



**Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'YA  
ARMAĞAN**

CILT-II

ANKARA-2015

Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Başkan)  
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU  
Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU  
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR  
Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN  
Dr. Haluk TOROSLU  
Dr. Fahri Gökçen TANER  
Ar. Gör. Yaprak ÖNTAN

Takım Numarası: 978-605-136-202-1  
ISBN: 978-605-136-203-8

Ankara Üniversitesi Basımevi  
İncitaşı Sokak No: 10  
06510 Beşevler / ANKARA  
Tel: 0 (312) 213 66 55  
Basım Tarihi:

## İÇİNDEKİLER

İçindekiler .....	v
Sunuş.....	ix
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'nun Özgeçmişi .....	xiii
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'nun Yayınları .....	xv

### ANI YAZILARI

<b>Berna ARDA</b> .....	1
<b>Ahmet ÇETİN</b> .....	9
<b>Yüksel ERSOY</b> .....	11
<b>Metin FEYZİOĞLU</b> .....	15
<b>Tuğrul KATOĞLU</b> .....	17
<b>Selahattin KEYMAN</b> .....	19
<b>Erden KUNTALP</b> .....	21
<b>Güneş OKUYUCU ERGÜN</b> .....	23

### MAKALELER

<b><i>Hale AKDAĞ</i></b> Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri .....	27
<b><i>Ar. Gör. Tuğçe AKDEMİR - Ar. Gör. Abdullah ÇAVDAR</i></b> Vergi Suçu Kavramı ve Mükellefleri Vergi Suçu İşlemeye Yönelten Etkenler.....	49
<b><i>Dr. Cenk AKİL</i></b> İpotekli Konut Finansmanı Sisteminin İcra ve İflâs Kanunu'na Getirdiği Değişiklikler .....	71
<b>Yrd. Doç. Dr. Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU</b> Bir Sorgulama Yöntemi Olarak Çapraz Sorgu .....	91

<b>Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA</b> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Al-Skeini Kararı – Banković Kararından Sapma.....	123
<b>Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN</b> Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu .....	137
<b>Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ</b> Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu .....	175
<b>Ar. Gör. Eylem BAŞ</b> Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından “Zamanaşımı” Kavramı Üzerine Bir İnceleme .....	199
<b>Prof. Dr. Nur CENTEL</b> 6352 Sayılı Kanun’la Kurulan Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri .....	245
<b>Av. Beytullah ÇETİN</b> Ceza Muhakemesi Hukukunda Yasak Yollarla Edinilmiş Delillerin Değerlendirilmesi.....	271
<b>Av. Remzi Demir</b> Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi...	291
<b>Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN</b> Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim.....	337
<b>Hasan DURSUN</b> Türk Hukuk Devriminden Sapmalar Kestirilemez Boyuttadır .....	361
<b>Yrd. Doç. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN</b> Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme .....	395
<b>Prof. Dr. Erdoğan GÖĞER</b> Vatandaşlık Hukukunda Telsik.....	431
<b>Nurcan GÜNDÜZ</b> Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata .....	489
<b>Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR</b> Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi.....	545

<b>Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI</b> Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu (TCK. m.302).....	557
<b>Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI - Ar. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR</b> Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu.....	569
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Tanzimat Sonrası Osmanlı Devletinin Kamusal Cezalandırma Sisteminde Yaşanan Değişim .....	575
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Ceza Hukuku Alanındaki Akademik Başarının, Sosyal Hayatta Etkili Sermaye Türleri İle İlişkisi .....	591
<b>Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU</b> Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs .....	611
<b>Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU</b> Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü .....	627
<b>Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU</b> Kasten Yaralama Suçu.....	639
<b>Ar. Gör. Atacan KÖKSAL</b> Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu .....	687
<b>Prof. Dr. Erden KUNTALP - Yrd. Doç. Dr. Pınar Altınok ORMANCI</b> Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	729
<b>Ar. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR</b> Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Işığında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı .....	753
<b>Ar. Gör. Duygu MERKİ</b> Şike Suçu Açısından Teşebbüs .....	789
<b>Ar. Gör. Zeynep MÜFTÜOĞLU HOŞ</b> Vergi Cezalarının Affı .....	797

<b>Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN</b> Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler .....	821
<b>Ar. Gör. Yaprak ÖNTAN</b> İntihara Yönlendirme Suçları.....	845
<b>Prof. Dr. Muharrem ÖZEN</b> Devlete Karşı Savaşa Tahrik Suçu.....	899
<b>Prof. Dr. Muharrem ÖZEN</b> Düşmanla İşbirliği Yapmak Suçu (TCK. m. 303) .....	905
<b>Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ</b> Tarihi Süreç İçerisinde Avusturya Ceza Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası.....	913
<b>Av. Gürkan ÖZOCAK</b> İşlenemez Suç .....	953
<b>Ar. Gör. Bilgehan SAVAŞCI</b> Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	989
<b>Prof. Dr. Sami SELÇUK</b> Eski Çağlarda Suç Hukuku.....	1013
<b>Prof. Dr. Turgut Tan</b> Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu (Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararı üzerine).....	1059
<b>Dr. Fahri Gökçen TANER</b> Terörle Mücadele Kanunundan 6545 Sayılı Kanun Sonrası Sulh Ceza Hakimliğine - Soruşturma Evresine Özgülenmiş Hakimlik Makamı	1071
<b>Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN</b> Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma.....	1093
<b>Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY</b> Karasularından Zararsız Geçiş Yapan Yabancı Gemiler Üzerinde Kıyı Devletinin Cezaî Yargı Yetkisi.....	1137

<b><i>M. Vefa TOROSLU</i></b> Forfaiting Finansman Tekniği .....	1171
<b><i>Dr. Haluk TOROSLU</i></b> Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı .....	1201
<b><i>Prof. Dr. Nükhet TURGUT</i></b> Hidroelektrik Santral (Hes) Politikasının Çevre Hukuku Açısından Sorgulanması .....	1233
<b><i>Ar. Gör. Faruk TURİNAY</i></b> Ceza Hukukunda Savaş Suçları Üzerine Bir İnceleme .....	1273
<b><i>Prof. Dr. Hamide ZAFER</i></b> Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2) .....	1307





## **REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU**

**Atacan KÖKSAL\***

### **GİRİŞ**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>1</sup>, “Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu, 765 sayılı mülga Ceza Kanunu’ndan<sup>2</sup> farklı bir biçimde 104. maddesinde 3 fıkra halinde düzenlemiştir. Buna göre ilk fıkroda, “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü yer almıştır. İkinci fıkradaki “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindeki düzenlemeyle, üçüncü fıkradaki “*Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*” biçimindeki düzenleme, suçun nitelikli halleri olarak Kanun’a eklenmiştir. Suçun, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde yer alan diğer suçlardan farklı düzenlenmesi karşısında, doktrin ve yargı kararlarında pek çok konuda fikir birliği oluşturulamamış; suçun mağduru, faili, fiil unsuru ve şikâyet hakkının kullanılması noktasında derin görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada, her unsuru bakımından çokça tartışmaya yol açan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hakkında doktrinde savunulan görüşler aktarılacak, bu görüşler yargı kararlarıyla desteklenecek ve Kanun’un bu düzenlemesi kendi içinde tutarlı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca hem ilgili kısımda hem de sonuç bölümünde, bu suçun yarattığı tutarsız durumları gidermek amacıyla öneri ve görüşlerimize de yer verilecektir.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

<sup>1</sup> 18.06.2014 tarihinde kabul edilen ve 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı “*Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile yapılan değişiklikler çalışma kapsamına dâhil edilmiştir.

<sup>2</sup> “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

## I. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

5237 sayılı TCK'da kanun koyucu, pasif süje ltnn ardından suçları tasnif ederken hukuki konu ltn esas almıştır.<sup>3</sup> Bu açıdan, TCK'da düzenlenmiş olan suç tiplerinin açıklanmasında, ilgili suçların Kanun'da bulunduğu yer önem taşır. Suçun Kanun'da düzenlendiği yer de dikkate alındığında ilk görüş bu suçun hukuki konusunun, "ocuğun cinsel dokunulmazlığı" olduğu yönündedir. Bu görüşe gerekçe olarak, TCK'nın reşit olmayanlara tam bir özgürlük tanımaması ve 15 yaşını dolduran çocuğun temyiz kudretini haiz olsa da rızasıyla gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak kestirememesi gösterilir.<sup>4</sup> Düzenlenme biçimi ve madde metni itibariyle 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuğun cinsel dokunulmazlığı bu sayede koruma altına alınır.<sup>5</sup> Ayrıca bu görüşü savunan bazı yazarlar, asıl amacın klerin zamansız cinsel deneyimlere karşı korunması olduğunu ve yaşı itibariyle olgun biçimde düşünemeyecek mağdurun cinsel zgrlğine doğrudan müdahale edilmeyerek, dolaylı yoldan korunduğunu ifade ederler.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Suçların tasnifi hakkında bkz. Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970; Zeki **HAFIZOğULLARI** – Devrim **GÜNGÖR**, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", TBBĐ, S. 69, 2007, s. 21-50. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-69-298> (29.10.2013)

<sup>4</sup> Bkz. Mehmet Nihat **KANBUR**, "Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)", in. CHĐ, S. 21, 2013, s. 35; Yener **ÜNVER**, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 317. Anayasa Mahkemesi de bu suçla ilgili olarak bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır." (E. 2006/17, K. 2009/33, 26.02.2009) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk2006-17.htm> (27.10.2013)

<sup>5</sup> Bkz. Veli zer **ÖZBEK** – Mehmet Nihat **KANBUR** – Koray **DOğAN** – Pınar **BACAKSIZ** – İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku zel Hükümler, B. 5, Ankara 2013, s. 345. Bazı yazarlar, mağdurun bildiği ve belki de haz alıp kendi cinsel arzularını, merakını da tatmin ettiği fiilin; şahsi, sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçlarını kabullendiğini söylemenin çoğu kez mümkün olmadığını belirterek, suçun hukuki konusunun tam da bu noktada ortaya çıktığını ifade ederler. Bkz. Murat **AYDIN**, ocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, B. 1, Ankara 2012, s. 75.

<sup>6</sup> Bkz. Özgür **BEYAZIT**, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", TAAD, S. 1, 2010, s. 296. Erişim: (<http://www.humanlawjustice.gov.tr/Uploads/Mizanpaj/78.pdf>) (29.10.2013). Benzer görüşteki bazı yazarlar, bu suçta korunan hukuki menfaatin karma nitelikli olduğunu ve suçla birlikte hem çocuğun cinsel özgürlüğünün hem de çocuğun yararının korunduğunu ifade ederler. Bkz. Handan Yokuş **SEVÜK**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", in. Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 295.

Bir başka görüşteki yazarlar, rızaya dayalı bir suç tipi olması nedeniyle, bu suçun hukuki konusunun aynı bölümde düzenlenen diğer suçlardan ayrıldığını ifade ederler.<sup>7</sup> Bu görüşe göre; suçun düzenlenme yeri her ne kadar “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” bölümü olsa da suçla ihlal edilen hukuki menfaatin cinsel özgürlük<sup>8</sup> olduğunun iddia edilmesi, mağdurun bu fiili gerçekleştirmek için ortaya koyduğu rızayla bağdaşmaz. Başka bir ifadeyle rızaya dayalı olan bir suçla ihlal edilen değer cinsel özgürlük olduğunun iddia edilmesi çelişkili bir durumdur. Bu nedenle suçla ihlal edilen hukuki menfaatin, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğunu savunmak daha tutarlıdır.<sup>9</sup>

Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, rızanın varlığının suçun kurucu unsuru olduğu gözetildiğinde, mağdurun rızaen gerçekleştirdiği eyleminde cinsel özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmesi tutarlı değildir. Ayrıca, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen mağdur çocuğun, bu farkındalığının dışında diğer şahsi, sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçları algılayamayacağı ileri sürülmesi de çelişkili bir durumdur. Bu açıdan, üzerinde çokça tartışmaya yol açan bu suçta hukuki konuyu, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olarak kabul etmek daha isabetlidir.

## II. MADDİ KONU VE MAĞDUR

Madde metni, bu suçun maddi konusu ve mağduru olarak 15 yaşını doldurmuş<sup>10</sup> fakat 18 yaşını doldurmamış, fiilin anlam ve sonuçlarını

<sup>7</sup> Bkz. Fahri Gökçen **TANER**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2013, s. 326.

<sup>8</sup> Bu görüşe göre, cinsel özgürlüğün ikili bir görünümü bulunur. Bu özgürlük, negatif yönüyle, kişiyi hukuka aykırı cinsel müdahalelerden korurken; pozitif yönüyle kişinin cinsel kimliğini özgür olarak ifade etme hakkını güvence altına alır. Öğretide cinsel özgürlüğün bu negatif görünümü, bazı yazarlar tarafından “*cinsel dokunulmazlık hakkı*” olarak adlandırılır. Bkz. **TANER**, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 31. “*Yeni TCK, cinsel özgürlüğün negatif yönünü öne çıkararak bölüm başlığını ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ şeklinde düzenlemiştir. Başka bazı devletlerin ceza kanunlarındaysa, bir bütün olarak ‘cinsel özgürlük’ dikkate alınarak, ilgili suçlar ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ şeklindeki bir başlık altında düzenlenmişlerdir. Bu düzenleme farklılığının, pratikte bir önem taşımadığı, sadece teorik bir önem taşıdığı savunulabilse de; cinsel özgürlük kavramının tercih edilmesi, hukukun esas olarak ‘özgürlükleri’ korumasının bir sonucu olarak daha doğru olurdu.*” Bkz. Türkan Yalçın **SANCAR**, Türk Ceza Hukukunda Kadın, B. 1, Ankara 2013, s. 99.

<sup>9</sup> Bkz. **TANER**, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 328.

<sup>10</sup> “*Cinsel ilişkiye rıza yaşı kavramıyla yani yaşın belirlenmesiyle bu suçların dekriminalize edilmeleri arasında çok sıkı bir ilişki bulunduğu açıktır. Avrupa Ceza Kanunlarındaki yaş sınırı XIX. yüzyılda ve XX. yüzyılın başındaki süreçlerin etkisiyle oluşmuş ve XX. yüzyılın ortasına kadar rıza yaşının yükselmesi şeklinde kendisini göstermiştir. Bizde başlangıçta yaş 15 iken sonra kanunda yapılan değişikliklerle 18’e çıkarılmıştır. Çocuk fuhşuyla mücadelede*

kavrayabilecek olan<sup>11</sup> çocuğu göstermektedir. Mağdurun daha önce başkalarıyla cinsel ilişkiye girmemiş olması suçun oluşumu açısından önemli değildir.<sup>12</sup> Mağdurla ilgili olarak doktrinde cinsiyet, kanuni yollarla erginlik kazanma halleri tartışılmakta ve konuya ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

### A. MAĞDURUN CİNSİYETİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

Kanuni düzenlemede, mağdurun cinsiyeti konusunda bir ayrıma gidilmemiş olması karşısında, bazı yazarlar, mağdurun cinsiyetinin kadın veya erkek olabileceğini savunurken;<sup>13</sup> bazı yazarlar failin kadın olması durumunda mağdurun kadın olamayacağını ileri sürmektedirler.<sup>14</sup>

Bir görüşe göre, iki kadın arasında doğal bir cinsel birleşme olamayacağı için fiil, 765 sayılı TCK anlamındaki ırza geçme olarak nitelendirilemez. Ancak TCK m. 104'te, ırza geçme olarak kabul edilen bir cinsel birleşme aranmamış ve kanun koyucu cinsel ilişki terimini cinsel birleşmeyi de kapsayacak şekilde geniş kullanmıştır. O halde kadın mağdurun vücuduna anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokan kadın fail de bu suçu işlemiş kabul edilecektir.<sup>15</sup>

---

*himaye yaşının yükseltilmesi kabul edilen bir esas olmuştur. Halen her iki cinsiyet bakımından Danimarka, Fransa ve İsveç'te rıza yaşı 15'tir. Almanya, Avusturya'da ise sınır 14'tür.*” Bkz. Sulhi **DÖNMEZER**, “Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 1, Ankara 2008, s. 270.

<sup>11</sup> 5237 sayılı TCK m. 103/1-a bendinde “On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış” cinsel istismar olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle mağdurun TCK m. 104/1'de öngörülen yaşta olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemişse söz konusu fiil, TCK m. 103'te yer alan “Çocukların cinsel istismarı” suçuna vücut verecektir.

<sup>12</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329. Bu suçun muadili olan ve 765 sayılı TCK m. 416/3'te düzenlenmiş olan suçun oluşmasında da Yargıtay, mağdurun daha önce cinsel ilişkiye girmiş olup olmamasını aramamıştır. “Mağdurenin kızlığının sanıkla cinsel ilişkiye girmeden önce bozulduğunun Adli Tıp Kurumu'nun raporundan anlaşılması nedeniyle...; kız olmasa dahi mağdurenin reşit olmaması halinde TCK'nın 416/son maddesinde düzenlenen reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun oluşabileceği gözetilerek ... noksan soruşturma ile yazılı biçimde hüküm kurulması ...” (5. CD. E. 2002/7510, K. 2003/5658, 03.11.2003) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2002-7510.htm> (29.10.2013)

<sup>13</sup> Bkz. KANBUR, s. 42.

<sup>14</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 329. Aynı yönde görüş için bkz. Durmuş **TEZCAN** – Mustafa Ruhan **ERDEM** – Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 10, Ankara 2013, s. 371.

<sup>15</sup> Bkz. KANBUR, s. 43; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 350.

Konuya ilişkin diğer görüşe göre, 765 sayılı TCK döneminde benzer suç tipinin düzenlendiği m. 416/3'te, failin sadece erkek olabileceğinin kabul edilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı düşünülmeyle birlikte, failin kadın veya erkek olarak kabul edilmesi ceza hukuku siyasetine daha uygun düşmektedir. Fakat kanuni düzenleme itibarıyla failin kadın olması halinde mağdurun erkek olması zorunludur; zira iki kadının birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeleri mümkün değildir.<sup>16</sup>

Görüldüğü üzere, mağdurun kadın olup olamayacağına yönelik çıkarımlar, benimsenen cinsel ilişki tanımına göre şekillenmektedir. Kanaatimizce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, cinsel ilişki tanımının cinsel birleşmeyi ve diğer cinsel davranışları da kapsayacak şekilde geniş tutulması mümkün değildir. Bu açıdan hem failin hem de mağdurun kadın olması halinde, TCK m. 104'ün aradığı cinsel ilişki gerçekleşmeyeceği için<sup>17</sup>, bu suç oluşmayacaktır.

## B. MAĞDURUN MAHKEME KARARIYLA ERGİN KILINMASI

Mağdurun mahkeme kararı yoluyla ergin kılınması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı konusunda doktrinde çoğunluğun görüşü, fiilin suç oluşturacağı yönündedir. Buna göre erginliğin kazanılmasına yönelik mahkeme kararı, özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmayacağından ve erginliğini mahkeme kararıyla kazanmış kimse, Kanun'da aranan mağdur tanımına uydüğundan mahkeme kararıyla erginlik kazanan kişinin 18 yaşını doldurmuş bir kimseyle cinsel ilişkiye girmesi halinde suç, varlığını koruyacaktır. Ayrıca bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla mahkemece, erginliğine karar verilen 15 yaşını bitirmiş çocuğun bir başkasıyla cinsel ilişki yaşaması halinde mağdur olması doğaldır. Zira burada cinsel ilişki, mahkeme kararıyla erginliğe ermenin doğal bir sonucu olmadığı için korunan hukuki yarar varlığını devam ettirmektedir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Bkz. TANER, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 329. Aynı yönde görüşler için bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371; ÜNVER, s. 324; Osman YAŞAR – Hasan Tahsin GÖKCAN – Mustafa ARTUÇ, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 3, B. 2, Ankara 2014, s. 3500; Selcen ATAÇ, “*Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu*”, in. *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, (Editör: Prof. Dr. Nur Centel), B. 1, İstanbul 2013, s. 132.

<sup>17</sup> Bu durumun heteroseksüel ilişkiler ve erkekler arasında gerçekleşen eşcinsel ilişkiler bakımından eşitsizlik yaratacağı, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış olan kadının bir başka kadınla gerçekleştireceği cinsel davranışlarda bu suçun oluşmamasının AIHS m. 8 ve m. 14'e aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. Enver AKSAKAL, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, in. *İBD*, C. 88, S. 2, Y. 2014, s. 273 vd.

<sup>18</sup> Bkz. KANBUR, s. 46. Aynı yönde görüşler için bkz. TANER, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 331; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, s. 349.

Konuya ilişkin diğer görüş, mahkeme kararıyla reşit kılınan ve 15 yaşını doldurmuş olan kişilerin, bu suçun mağduru olamayacağı yönündedir. Zira suç tipi “reşit olmayan” ile cinsel ilişkiyi cezalandırdığına göre, erginliğini elşy,de etmiş kimselerin bu suçtan mağdur olmaları mümkün değildir.<sup>19</sup>

Kanaatimizce, 4721 sayılı Medeni Kanun’un 12. maddesi gereğince mahkeme kararıyla ergin kılınmış olsa dahi küçüğün gerçekleştirdiği cinsel ilişki, TCK m. 104’te yer alan soyut tiplerle bağdaşmaktadır. Her ne kadar TCK m. 104, madde başlığı itibariyle “reşit olmayanla” ilişkiyi cezalandırır gibi gözükse de normun içeriği 15 yaşını doldurmuş ama 18 yaşını doldurmamış olan kişiyi mağdur olarak belirlemiştir.<sup>20</sup> Ayrıca maddi hakikatı araştırmakla yükümlü olan ceza muhakemesi<sup>21</sup> açısından da konu değerlendirildiğinde, mahkeme kararıyla ergin kılınmış kimsenin bu suçun mağduru olabileceği ve suçla korunan hukuki menfaatin bu kişi açısından da geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira bu kimselerin gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin, erginliğe ermenin doğal sonucu olarak görülmesi imkânsızdır.

### C. MAĞDURUN EVLENME YOLUYLA ERGİNLİK KAZANMASI

15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan kişilerin evlenmeleri sonucunda<sup>22</sup>, bu kişilerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır.

Evlenme, bir görüşe göre bir hukuka uygunluk nedeni olarak Medeni Kanun’da düzenlenip, evli kimselerin yaşayacakları ilişkilerde suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir durum olarak öngörülmüştür. Ancak bu hukuka uygunluk nedeninin varlığı tespit edilirken, reşit olmayan kimsenin cinsel ilişkiyi eşi veya eşi dışında bir kimseyle yaşamasına göre ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Buna göre, reşit olmayan çocuğun eşiyle cinsel

<sup>19</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 373, dn. 296. Aynı yönde görüşler için bkz. BEYAZIT, s. 296; SEVÜK, s. 296; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3497; Ahmet Ceylani TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, B. 2, Ankara 2013, s. 512.

<sup>20</sup> Bkz. Türkan Yalçın SANCAR, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, in. Güncel Hukuk, Nisan 2008, s. 14.

<sup>21</sup> Bkz. Nevzat TOROSLU – Metin FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Ankara 2012, s. 7.

<sup>22</sup> “Çocuğun cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını kavrama yaşı bir başka deyişle ‘rıza yaşı’ nın nasıl tespit edildiğine ilişkin bir açıklama yoktur. Üstelik Medeni Kanun’a göre evlenme yaşı 17, hâkim kararıyla 16’dır. 16 ve 17 yaşında çocuğun evlilik içinde cinsel özgürlüğünü kullanabileceği kanunla öngörülürken, 16 ve 17 yaşındaki çocuğun evli olmaması halinde cinsel özgürlüğünü kullanma hakkının sınırlandırılmasının nedeni açıklanamaz.” Bkz. SEVÜK, s. 294.

ilişki yaşamaması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gerçekleşmez. Burada bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmakta ve fiil baştan itibaren hukuka uygun hale gelmektedir. Zira kişinin evlenmeye kazandığı erginlik, evlilik içerisindeki cinsel ilişkileri kapsamaktadır.<sup>23</sup> Bu görüşe paralel olarak evlenmenin bir hukuka uygunluk nedeni olması açısından, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış evli bir kimsenin eşi dışındaki kimselerle yaşadığı cinsel ilişki, suç olma vasfını koruyacaktır.<sup>24</sup>

Karşı görüşteki yazarlar, evlilik içi veya evlilik dışı cinsel ilişki ayrımı yapmaksızın, evlenme yoluyla erginliğini kazanmış bir kimsenin, bu suçun mağduru olamayacağını savunmaktadırlar.<sup>25</sup> Gerekçe olarak, madde başlığında da yer aldığı üzere, bu hükmün “reşit olmayanla” cinsel ilişkiyi cezalandırdığı ve evlenme yoluyla erginliğini kazanan kişinin artık bu suçun mağduru olamayacağı gösterilmektedir.<sup>26</sup>

Kanaatimizce, sadece TCK m. 104’ün madde başlığını dikkate alan bu son görüşün isabetli olduğu söylenemez. Zira, reşit olmayan kişi açısından evlilik içi veya evlilik dışı cinsel ilişkinin korunan hukuki menfaatin zarar görmesi açısından fark oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de reşit olmayan kişinin eşiyle yaşadığı cinsel ilişkinin, doğru ve düzgün cinsel gelişime zarar vermeyeceğinden yola çıkarak, ilk görüşün daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

<sup>23</sup> Bkz. KANBUR, s. 45. Aynı yönde görüş için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 330.

<sup>24</sup> Bkz. KANBUR, s. 45.

<sup>25</sup> “Sanığın mağdureyle rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sanığın mağdureyle rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu, 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 11/2. maddesinin ‘evlenme kişiyi ergin kılar’ hükmü karşısında, reşit olan kişiyle rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması ...” (14. CD. 12610 – 460, 19.01.2012) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3510.

<sup>26</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 373. Aynı yönde görüşler için bkz. Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 79; Ersan ŞEN, Enstest Mağdurlarından Birisi: “Kadın”, in. Yorumluyorum II, B. 2, Ankara 2012, s. 130; BEYAZIT, s. 296; SEVÜK, s. 296; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3497; TUĞRUL, s. 512. Yargıtay da bu görüşe paralel şekilde mülga TCK döneminde, evlenmeye bir kimsenin erginliğini kazandığına, kazanılan bu erginliğin boşanmayla da korunduğuna ve boşanmadan sonra dahi rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin TCK m. 416/3’e vücut vermeyeceğine karar vermiştir. “Mağdurenin suçun işlendiği tarihten önce resmen evlendiği, Turgutlu Asliye Hukuk Mahkemesi’nin ... kesinleşen kararıyla boşandığı dosyadaki kayıt ve belgelerden anlaşılmasına, evlenmekle kazanılan rüştün boşanmakla kaybedilmesi söz konusu olamayacağına ... reşit olan mağdure ile onun rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın, unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan (TCK m. 416/son) beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi ...” (5. CD. E. 2003/687, K. 2003/505, 04.02.2003) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2003-687.htm> (29.10.2013)

### III. FAİL

#### A. FAİLİN CİNSİYETİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

Failin cinsiyeti konusunda yapılan tartışmalar, temelde hangi cinsel ilişki tanımının benimsendiğine paralel olarak ortaya çıkmıştır. Konuya ilişkin ilk görüş, bu suçun failinin erkek veya kadın olabileceği yönünde iken<sup>27</sup>; diğer görüşe göre kadın failin, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış erkek mağdurla cinsel ilişkiye girmesi, failin kadın olduğu halin tek örneğidir.<sup>28</sup> Bu konuda, mağdurun cinsiyeti başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyor ve kadınların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların, “cinsel ilişki” düzeyine varamayacağını kabul ediyoruz.

#### B. FAİLİN YAŞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

Son derece tartışmalı bir başka husus olan yaş konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde ağırlıklı olarak TCK m. 104’te düzenlenmiş olan suçun failinin 18 yaşını doldurmuş kimseler olabileceği görüşü benimsenmektedir.<sup>29</sup> Bu açıdan erginliğe ermiş ve cinsellik hakkında bilinç sahibi olduğu hukuken kabul edilmiş bir kimsenin henüz yaş bakımından ve hukuken bu olgunlukta olmayan birisiyle cinsel ilişki kurması suç sayılmak istenmiştir.<sup>30</sup> Zira kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırmak istemekteyse, bunu karşılar tarzda bir suç tipi oluşturmalı ve bu failin cezalandırılabilir ve/veya güvenlik tedbiri uygulanabilir şekilde olmasını sağlayacak özel bir düzenleme getirmelidir.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Bkz. KANBUR, s. 37.

<sup>28</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 331.

<sup>29</sup> Bkz. Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, B. 5, Ankara 2010, s. 67; Zeki **HAFIZOĞULLARI** - Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2011, s. 163; TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 336; KANBUR, s. 40; BEYAZIT, s. 299; AKSAKAL, s. 262.

<sup>30</sup> Bkz. KANBUR, s. 38. Aynı yönde görüş için bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371.

<sup>31</sup> Bkz. KANBUR, s. 40. Karşı görüşteki yazarlar, TCK m. 104 hükmünün TCK m. 103 ile beraber düşünülmesi gerektiğini, 104. maddedeki düzenlemenin çocukların sadece reşit olana karşı değil, birbirlerine karşı korunmasını da içine aldığı savunurlar. Ayrıca, hükmün lafzına bakıldığında, cinsel ilişkinin taraflarının 15 yaşını doldurmuş çocuklar olmaları halinde, her iki taraf için de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun uygulanması gerekir. Yazarlara göre; bu suçun failinin ancak 18 yaşını dolduran bir kişi olabileceği sonucuna ulaşılmak isteniyorsa, bunun yolu yasal değişiklikle kapsama sadece 18 yaşını doldurmuş kimselerin alınmasıdır. Bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, s. 347.



Bu görüşe karşı olarak, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan bir kimsenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olabileceği yönündeki görüşler iki grupta toplanabilir.<sup>32</sup> İlk grubu, bu suçta cinsel ilişkiye ikna eden çocuğun fail; ikna edilen çocuğun mağdur olduğunu savunanlar oluşturur.<sup>33</sup> İknadan anlaşılması gereken; cebir, tehdit veya hile olmaksızın, cinsel ilişkiye yönelik bir teklifin sunulmasıdır. Bu anlamda ikna etme, bir erkekten kadına olabileceği gibi bir kadından erkeğe de olabilir.<sup>34</sup>

İkinci grupta, reşit olmayan kadın ve erkeğin rızasız cinsel ilişkide bulunmaları halinde, her iki tarafın da hem fail hem de mağdur olacağını ileri sürenler yer alır.<sup>35</sup> Bu durumda, tıpkı kasten yaralama suçunun karşılıklı olarak işlenmesindeki gibi, her iki taraf da kendi fiilinden sorumlu olur. Eğer her iki taraf da şikâyet hakkını kullanırsa, bu kişiler hem mağdur hem de fail sıfatını alırlar. Taraflar ileride şikâyetlerini karşılıklı olarak geri alırlarsa bu takdirde kimseye ceza verilmez.<sup>36</sup>

Kanaatimizce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin 18 yaşından büyük bir kimse olması gerektiği kabul edilmelidir. Her ne kadar madde metninin lafzından failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş bir kimse olması gerekliliği çıkarılamasa da hükmün amaçsal yorumuyla, cezalandırılmak istenenin, cinsel olgunluğa erişmiş bir kimsenin henüz bu olgunluğa erişmemiş bir kimseyle yaşadığı cinsel ilişki olduğu görüşündeyiz. Aksi görüşün kabulü, şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi, fail ile mağdur sıfatının birleşmesi gibi sorunları beraberinde getireceği gibi; çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi yönündeki menfaati göz önünde tutulduğunda, her iki çocuğun cezalandırılması gibi anlamsız bir sonuca da yol açacaktır.

Yaş konusunda son olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TCK m. 104/2 hükmü incelenmelidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hali olarak TCK m. 104/2’de düzenlenmiş olan “*Fail mağdurdan beş yaştan*<sup>37</sup> *daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat*

<sup>32</sup> Bkz. BEYAZIT, s. 297.

<sup>33</sup> Bkz. Mehmet Emin **ARTUK** – Ahmet **GÖKCEN** – Ahmet Caner **YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 11, Ankara 2011, s. 195.

<sup>34</sup> BEYAZIT, s. 298.

<sup>35</sup> Bkz. ÜNVER, s. 317; Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 9, Ankara 2012, s. 247; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3496.

<sup>36</sup> BEYAZIT, s. 298.

<sup>37</sup> “2.7.2004 tarihli Adalet Komisyonundaki görüşme tutanaklarını incelediğimizde mağdur ile fail arasındaki yaş farkı önce 3 olarak belirlenmişse de, örneğin 16 yaşındaki mağdurdan 19 yaşını 1 gün geçmiş olması durumunda olayla ilgili resen takip yapılması uygun görülmediğinden 5 yaş farkı üzerinde uzlaşmıştır. 40 yaşındaki failin 16 yaşındaki mağdurla ilişkiye girerek evlenmesi toplum açısından rahatsız edici bir durum olduğu, bu nedenle fail

artırılır.” şeklindeki hüküm Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla iptal edilmiştir.<sup>38</sup>

TCK m. 104/2’nin iptalinin ardından, doktrindeki bazı yazarlar faille mağdur arasındaki yaş farkının fazla olması halinde TCK m. 61 hükümlerinin göz önüne alınıp, temel cezanın artırılarak verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Buna karşı olan görüşe göre<sup>39</sup>, böyle bir artırıma gidilebilmesinin koşulu, TCK m. 61’de yer alan ölçütlerden birisiyle ilişkili bir unsurun suçta yer almasıdır. Bu anlamda “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ölçütünün<sup>40</sup> hukuki konunun ihlali bakımından fark yaratmadığı da ifade edilmiştir.

---

ve mağdur arasında, bir yaş sınırı tespit edilmesi gerektiği, bu farkın da 5 yaş olmasının makul olacağı düşünülmüştür.” Bkz. BEYAZIT, s. 295.

<sup>38</sup> İptal kararının gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “5237 sayılı Yasa’nın 104. maddesi uyarınca suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikâyet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, on beş yaşını bitirip on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmamaktadır... Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda failerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kuralla failerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikâyete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” (E. 2005/103, K. 2005/89, 23.11.2005) Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk2005-103.htm> (27.10.2013)

<sup>39</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 348.

<sup>40</sup> Cezanın belirlenmesi konusunda ortaya konmuş bir görüşe göre; temel ceza belirlenirken nazara alınacak zararın maddi, manevi, bedensel veya ruhsal olması mümkündür. Ayrıca suç

Doktrinde bazı yazarlar<sup>41</sup> söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptalini isabetli bulmaktadırlar. Buna gerekçe olarak, Kanun'da yer alan 5 yaş sınırının herhangi bir bilimsel temel veya kriminolojik veriye dayanmadığı ve bir keyfilik taşıdığı gösterilmektedir.<sup>42</sup> Buna karşı olan diğer görüş; çocukların büyük yaştaki kişilerin istismarından korunması amacıyla konulmuş olan TCK m. 104/2 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptalini isabetli bulmamaktadır.<sup>43</sup>

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, Anayasal eşitlik ilkesi açısından isabetlidir. Aradaki yaş farkının belirli bir bilimsel temele dayanmaması ve aynı durumda olan mağdurla ilişkiye giren fail açısından eşitliğe aykırı bir farklılık yaratması dikkate alındığında, hükmün iptali yerindedir. Ayrıca bu hükmün çocuğun cinsel yönden istismarı anlamına gelebilecek fiillerin üstsoy tarafından gerçekleştirilmesini cezalandırdığının kabulü de mümkün değildir. Cinsel ilişki konusunda rızanın olduğu bir suç tipinde, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuğun cinsel yönden istismara uğradığını iddia etmek yanlıştır.

Bu açıdan, altsoyla üstsoy arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde altsoyun 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış olması halinde; 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, TCK m. 104/2'deki nitelikli halin uygulama alanı bulacağını düşünüyoruz. Ancak TCK m. 104/2 ve m. 104/3'te sayılmayan kimselerin gerçekleştirdikleri cinsel ilişkiler bakımından, ensest açıkça bir suç olarak düzenlenmedikçe<sup>44</sup>,

---

nedeniyle hukuki konuyu oluşturan varlık ya da menfaatin ne kadar zarar gördüğü veya ne kadar ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı dikkate alınırken; zarar veya tehlikenin objektif olarak değerlendirilmesi ve doğrudan tipik zararın göz önünde bulundurulması daha yerinde olacaktır. Bkz. Haluk **TOROSLU**, Ceza Müeyyidesi, B. 1, Ankara 2010, s. 176 vd.

<sup>41</sup> Bkz. KANBUR, s. 49; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 332; ŞEN, s. 131; ÜNVER, s. 317.

<sup>42</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 372. Yazarlar, iptal edilen bu fıkra ile İtalyan Ceza Kanunu'nun 609-qaater maddesinin görünüşte benzediğini ancak bu iki hükmün farklı hususları düzenlediğini düşünmektedirler. Zira İCK'daki hükümde, aralarındaki yaş farkı 3 veya 3'ten az olan çocukların gerçekleştirdikleri cinsel ilişkinin cezalandırılmadığı ifade edilmektedir. Örneğin, 13 yaşını doldurmuş olan bir kimseyle, rızaya dayalı olarak ilişkiye giren 16 yaşındaki çocuk cezalandırılmamaktadır. Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371, dn. 291; DÖNMEZER, s. 269.

<sup>43</sup> Bazı yazarlar, özellikle ensest TCK'da suç olarak düzenlenmemesi karşısında, çocukların kendi ebeveynleri ve kardeşleriyle aralarındaki cinsel ilişki niteliğindeki eylemlerin cezasız kaldığı görüşündedirler. Bkz. Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 79. Benzer yönde görüş için bkz. ARTUK - GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 196.

<sup>44</sup> “Hükümde yer alan ‘aralarında evlenme yasağı bulunan’ ifadesi akla ensesti getirirse de, aslında burada düzenlenen ensest suçu değildir. Zira ensestin, ceza hukukunda kabul gören tanımı, ‘aralarında evlenme yasağı bulunan ve cinsel ilişkiye rıza gösterme ehliyeti bulunan bireyler arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişki’ dir. Bu nedenle günlük dildeki

herhangi bir cezalandırma mümkün olamayacaktır. Başka bir ifadeyle, altsoyun 18 yaşını tamamlaması ve üstsoyla rızaen cinsel ilişkiye girmesi halinde, bu fiilin kanunilik ilkesi gereği cezalandırılmayacağı kanaatindeyiz.

### C. FAILİN MAHKEME KARARIYLA ERGİN KILINMASI

Reşit olmayanla cinsel ilişki konusunda mahkeme kararıyla failin ergin kılınmasının suça etki edip etmeyeceği, tıpkı bu suçun mağdurunda olduğu gibi tartışma konusudur.

Konuya ilişkin ilk görüşe göre; mahkeme kararıyla ergin kılınmış olan çocuklar bu suçta fail olamazlar. Buna gerekçe olarak, failin mahkeme kararıyla ergin kılınmış bir kimse olması halinde gerçek yaşına göre uygulama yapılması ve mahkeme kararıyla erginliğin dikkate alınmaması gerektiği gösterilmektedir.<sup>45</sup>

Buna karşı olan görüşe göre, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış ve mahkeme kararıyla reşit kılınmış olan bir kişinin cinsel ilişkinin tarafı olması halinde suçun faili olabilmesi mümkündür. Buna gerekçe olarak, herhangi bir yolla erginliğini kazanan bir kimsenin suçun faili olabileceği gösterilmektedir.<sup>46</sup>

Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış kişinin mahkeme kararıyla ergin kılınması, maddi hakikate yönelik ceza muhakemesi hukuku açısından da bakıldığında, failin 18 yaşını doldurması anlamına gelmemektedir. Yukarıda failin yaşı konusunda benimsemiş olduğumuz görüşle de tutarlılık arz etmesi açısından, mahkeme kararıyla ergin kılınmış olan bir kimsenin 18 yaşını doldurmadığı göz önüne alındığında, bu suçun faili olabilmesi mümkün değildir.

### D. FAILİN EVLENME YOLUYLA ERGİNLİK KAZANMASI

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin evlenme yoluyla erginliğini kazanması halinde suçun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır.

---

*yaygın kullanımının aksine, ceza hukukundaki ensestın çocuk istismarıyla doğrudan bir ilgisi yoktur. Zira ensest rıza gösterme ehliyetine sahip bireyler arasında gerçekleşen, rızaya dayalı ve çok faili bir suçtur.” Bkz. Fahri Gökçen TANER, “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, in. Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 63. Ensest konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şura GENÇ – Seçil COŞKUN, “Ensest”, in. TBBD, S. 106, 2013, s. 215-261. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-ensest-1274>) (17.09.2014) 6545 sayılı Kanun’la birlikte yeniden düzenlenen TCK m. 104/2 hükmü, ceza hukukunda kabul gören tanımdaki ensest ilişkileri cezalandırmadığı için bu konudaki görüşümüz halen geçerliliğini korumaktadır.*

<sup>45</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 331.

<sup>46</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371.

Konuya ilişkin ilk görüşe göre, evlenme yoluyla reşit kılınmış çocuklar bu suçun faili olamazlar. Bunun nedeni, failin evlenme yoluyla ergin kılınmış bir kişi olması halinde gerçek yaşına göre uygulama yapılması gerekliliğidir. Zira 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış kişi evlenme yoluyla ergin sayılsa da, kanuni düzenlemede fail için aranan özellikleri taşımadığı için suçun faili olamaz.<sup>47</sup>

Buna karşı olan görüşe göre, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan evli bir kişi bu suçun faili olabilir.<sup>48</sup> Buna gerekçe olarak evlenme yoluyla da olsa Kanun'un aradığı, reşit bir kimse bulunduğu için bu kişilerin rızaya dayalı olarak diğer küçüklerle gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bu suç kapsamındadır.

Kanaatimizce, evlenme yoluyla Medeni Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasına göre bir erginlik elde edilmiş olsa dahi, bu erginlik failin 18 yaşını doldurması sonucunu beraberinde getirmemektedir. Bu açıdan halen 18 yaşını doldurmamış bir kimse bulunduğu için, bu kimsenin rızaya dayalı olarak diğer küçüklerle gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermeyecektir.

#### IV. SUÇUN UNSURLARI

Suçun ikili ayrımı<sup>49</sup> esas alınarak, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun önce maddi unsur<sup>50</sup> sonra manevi unsurunu incelenerek, suçun kurucu unsurları değerlendirilecektir.

##### A. MADDİ UNSUR

Önceki bölümlerde de açıklandığı üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru konusunda benimsenen görüş, bu suçun faili ve mağduru hakkındaki çıkarımları doğrudan etkilemektedir. Düzenlemede

<sup>47</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 331.

<sup>48</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 371.

<sup>49</sup> Suçun ayrımı konusunda bkz. Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 19, Ankara 2013, s. 118 vd.; Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 2, Ankara 2010, s. 188 vd.; Tuğrul **KATOĞLU**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, B. 1, Ankara 2003, s. 127 vd.

<sup>50</sup> Benimsediğimiz görüş doğrultusunda, suçun maddi unsuru olumlu ve olumsuz unsurlar olarak ikiye ayrılır. Olumlu unsurlar, suç fiilini oluşturan, suçun kanuni tanımında yer alan ve suça tipikliğini veren hususlarken; olumsuz unsurlar, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleridir. Hukuka aykırılığın, fiil unsurunun içkin doğasına ait olması ve hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hatayı daha tutarlı açıklaması nedeniyle tarafımızca suçun ikili ayrımı benimsenmiştir. Suçun ikili ayrımını benimseyenler için bkz. **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 119; **KATOĞLU**, s. 160.

suçun maddi unsuru “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunmak*” olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda, suçun fiil unsuruyla ilgili olarak önce rızanın varlığı üzerinde durulacak, ardından da cinsel ilişki kavramı hakkında öğretinin ortaya koyduğu görüşler incelenecektir.

### 1. Rızanın Varlığı

Ceza hukuku anlamında rıza; rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.<sup>51</sup> Rızanın suça etkisi konusunda, rızanın hukuka aykırılık üzerinde etkili olduğu görüşü, rızanın tipiklik üzerinde etkili olduğu görüşü ve rızanın hem hukuka aykırılık hem de tipiklik üzerinde etkili olduğu görüşü öğretide savunulmaktadır.<sup>52</sup> Bu açıdan TCK’da yer alan bazı suçlarda, fiilin hukuksal değer sahibinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olması aranır. Başka bir ifadeyle fiilin Kanun’daki suç tarifine uygun olabilmesi için rızanın bulunması zorunlu bir şarttır. Rıza, tipikliğin gerçekleşmesi için fiilde bulunması gereken unsurlardan biridir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da bu türden bir suç olup, maddi unsur bakımından mağdurun rızasının varlığı suçun kurucu unsurudur.<sup>53</sup>

TCK’da yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar incelendiğinde, TCK m. 102’de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu maddi unsuru itibariyle rızasızlık üzerine kurulmuşken; TCK m. 103’te yer alan cinsel istismar suçunun 15 yaşını doldurmuş olan mağdurlar açısından oluşumunda cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin aranması bir tutarsızlık göstergesidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından da aynı tutarsızlık devam ettirilmiş ve suç rıza üzerine değil; cebir, tehdit ve hilenin yokluğu üzerine kurulmuştur.<sup>54</sup> Öğretide “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*” şeklinde ifadesini bulmuş olan kalıptan, çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterdiğinin anlaşılması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır.<sup>55</sup> Rızanın cinsel ilişkiden önce veya en azından ilişki sırasında verilmiş olması gerekir. Bu anlamda sonradan verilen rızanın (icazetin) suçun oluşumunda önleyici bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Bkz. Meral Ekici ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, B. 1, İstanbul 2012, s. 7.

<sup>52</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 62 vd.

<sup>53</sup> Bkz. ŞAHİN, s. 92.

<sup>54</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 333.

<sup>55</sup> Bkz. ŞAHİN, s. 93; TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 374; SEVÜK, s. 297; “*Kanunda açıkça söz etmemesine rağmen ‘cebir, tehdit ve hile olmaksızın’ ifadesinden, suçun belirleyici niteliğinin, cinsel ilişkiye çocuğun rıza göstermiş olduğu sonucu çıkmaktadır.*” Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 163.

<sup>56</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 163.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış, cinsel ilişkinin anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olan kişinin cinsel ilişkiye rızasının olmaması halinde (örneğin; uyku, sarhoşluk, zekâ geriliği ya da cebir, tehdit, hile halinde) çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.<sup>57</sup> Mağdurda zekâ geriliğinin bulunması halinde, bu durumun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fail, bu konudaki hatasından yararlanır ve fiil, cinsel istismar suçuna değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut verir.<sup>58</sup>

Rızanın varlığı konusunu Yargıtay, “*mağdurun beyanları*<sup>59</sup>, *suçun işlendiği dönemde mağdurla failin aralarındaki ilişki*<sup>60</sup>, *mağdurun kaçmaması*<sup>61</sup> ve *yardım istememesi*<sup>62</sup>” vb. ölçütlerden faydalanarak

<sup>57</sup> Bkz. ŞAHİN, s. 93; TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 374.

<sup>58</sup> Bkz. TANNER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 338.

<sup>59</sup> “*Mağdurenin olayı gizleyerek sekiz ay sonra hamile olduğunun anlaşılması üzerine ailesine bildirmiş olması karşısında; olayın ortaya çıkış biçimi ve zamanı ile birçok kez cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması da dikkate alındığında, sanığın mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğine dair savunmasının aksini gösterir kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı halde TCK'nın 416/son maddesi yerine TCK'nın 416/1. maddesi ile cezalandırılmasına karar verilmesi ...*” (5. CD. E. 2005/90, K. 2005/2469, 23.05.2005) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2005-90.htm> (29.10.2013)

<sup>60</sup> “*Sanığın iftira atması için ciddi bir neden bulunmayan mağdurenin aşamalarda tutarlı ve samimi beyanları, kızlık zarında yırtık olduğunu gösteren doktor raporu, sanığın mağdure ile duygusal arkadaşlıkları bulunduğu dair tevil yollu ikrarı, bunu doğrulayan tanık anlatımları, fotoğraflar ve dosya içeriğinden sanığın reşit olmayan mağdureyle rızası ile mayubiyetini müstelzim ve müteselsil biçimde cinsi münasebette bulunduğu anlaşıldığı halde, oluştaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde beraat kararı verilmesi ...*” (5. CD. 8120 – 21974, 03.10.2005) Aktaran: Ali **PARLAR** – Muzaffer **HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, B. 3, Ankara 2010, s. 1723.

<sup>61</sup> Cinsel özgürlüğe karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olan suçlarda, rızanın varlığını saptama konusunda, uygulamada, “kaçmamak” veya “katlanmanın” bir rıza göstergesi olduğuna yönelik yanlış bir algı mevcuttur. Bu suçların, mağdur nezdinde yaratacağı psikolojik travma dikkate alındığında, birçok kez mağdurun direnmemesi; yaşadığı şoktan, duyduğu korkudan, fiziksel olarak güçlü olmamasından, olayın duyulması halinde çevresi tarafından ayıplanıp dışlanacağından kaynaklanabilir. Bu hallerde mağdurun direnmemesi veya fiile katlanmak zorunda olması rızanın var olduğunu göstermemelidir. En önemli değerlerden olan cinsel özgürlük noktasında, “hayırın hayır” anlamına gelmesi, yasa koyucunun ve yargı organlarının mağdurdan “hayır” dışında başka dirençler göstermesini beklemesi yanlış bir tutumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 201 vd. Benzer görüş için bkz. Öykü Didem **AYDIN**, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, s. 10 vd. (Erişim: [http://www.turkhukuksitei.com/makale\\_175.htm](http://www.turkhukuksitei.com/makale_175.htm)) (12.01.2014)

<sup>62</sup> “*Dosya içeriği, sanığın aşamalarda eylemin rızayla gerçekleştiği yolundaki istikrarlı ve samimi savunması, mağdurenin olaydan sonra savcılıktaki ilk beyanında rızasıyla sanıkla gittiğini, cinsel ilişkide bulduklarını ve şikâyetçi olmadığını bildirdikten sonra olayın gerçekleşme biçimi, iştirak eden kişiler ve ilişki sayısı gibi hususlarda çelişkili anlatımlarda bulunması, yaklaşık bir ay süreyle yerleşim birimlerinde sanıkla birlikte kaldığı ve toplu taşıma araçlarıyla seyahat ettikleri halde hiçbir yardım isteme veya kaçma girişiminin*

belirlemektedir. Bazı olaylarda mağdurun rızasıyla girdiği cinsel ilişkiyi, “çevresine mazur gösterme çabası olarak”<sup>63</sup>, zorla gerçekleştirdiğini beyan ettiğine de rastlanmaktadır.<sup>64</sup> Bu durumda Yargıtay; tıbbi veriler, mağdurun beyanlarının tutarlılığı<sup>65</sup> ve diğer deliller ışığında<sup>66</sup> durumu açıklığa

---

*olmaması, yaşına nazaran doktor raporunda mukavemet gösterdiğine ya da sanığın zor kullandığına delalet edecek bulgunun olmaması, ... mağdurenin yaşına göre 5237 sayılı Yasanın 26. maddesi gereğince rızasının kaçırma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma eyleminin ise aynı Yasanın 104. maddesine temas ettiği ... gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde hüküm kurulması ...” (5. CD. 19126 – 877, 16.02.2006) Aktaran: PARLAR - HATİPOĞLU, s. 1722.*

<sup>63</sup> “Kendisine yönelik eylemler hamam ve cami tuvaleti gibi umumi yerlerde gerçekleştirilmesine rağmen mağdurun kimseden yardım istemediği, her seferinde bu yerlere sanıkla gitmeyi sürdürdüğü, uzun bir süreden beri devam eden ve teselsül eden eylemleri en yakınlarına dahi söylemediği, annesinin fark edip sıkıştırması üzerine tehditle ve isteği dışında sanığın bu eylemleri gerçekleştirdiğini ileri sürmeye başladığı, kendini haklı göstermek düşüncesiyle bu tarz bir anlatımda bulunduğu kabul edilmesi gerektiği, atılı suçların rızaya dayalı olarak işlendiği ve sanığın buna göre cezalandırılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması ...” (5. CD. E. 2004/5482, K. 2004/6274, 30.09.2004) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2004-5482.htm> (29.10.2013)

<sup>64</sup> “18.12.2012 günü evinden çıkarak bir süre dolaşıp gece saat 24.00 sıralarında sanığın çalıştığı lokale gelen mağdurenin, sanığın kendisine bira ve şarap içirdikten sonra zorla cinsel ilişkiye girdiğini iddia etmesine karşın, soruşturma aşamasındaki beyanında eylem sırasında bağırıp yardım istemediğini, ertesi sabah sanığın uyuduğu sırada yanından ayrılarak çıktığını, sokaklarda gezerken Mustafa isimli bir şahısla tanıştığını ve evine gidip birlikte kaldıklarını, kaldıkları süre boyunca aynı yatakta yatıklarını, cinsel organını ağzına alıp emdiğini söylediği ve daha sonra 23.02.2012 tarihinde kendiliğinden polis merkezine giderek 4 gün önce olan olay ile ilgili olarak şikayetçi olduğu, mahkemedeki ifadesinde Mustafa’dan bahsetmemesi, olaydan 4 gün sonra şikayetçi olması, olayın ertesi günü kolaylıkla sanığın yanından ayrılıp gittiğini beyan etmesi karşısında, mağdurenin zor iddiasının durumunu çevreye mazur göstermek düşüncesinin sonucu kabul edilmesi gerektiği ve eylemin zorla gerçekleştiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek sanığın mağdura yönelik iddia olunan cinsel istismar eyleminin TCK’nın 104. maddesinde öngörülen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması ...” (14. CD. 4202 – 5423, 06.05.2013) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3506.

<sup>65</sup> “Suç tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubu içerisinde bulunan mağdurun 28.06.2007 tarihli savcılık beyanında ‘beni ilk kullandığında rıza göstermemiştim, ancak daha sonra bana para da verdiği için istemesem de rıza gösterdim’ şeklindeki açıklaması ile aşamalarda olayı anlatım şekli ve kurgusu, yine yargılama aşamasındaki dinlenen diğer mağdur ve tanıkların beyanları ile açıkça anlaşıldığı şekilde, sanığın süregelen eylemlerine rağmen sürekli olarak sanığın evine giderek orada kalması hususları da gözetildiğinde, sanığın mağdura yönelik eylemini cebir veya tehditle gerçekleştirdiği her türlü kuşkudan uzak delil bulunmadığının kabulünün gerektiği, eylemin bu haliyle TCK’nın 104/1. maddesinde unsurları tamamlanan cinsel ilişki suçu kapsamında kaldığı ... yazılı gerekçelerle cinsel istismar suçundan mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” (5. CD. E. 2010/9548, K. 2011/326, 25.01.2011) Aktaran: TUĞRUL, s. 545.

<sup>66</sup> “İnceleme konusu olayda; babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdura 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır ... Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek



kavuşturmaya ve cinsel istismar suçunun mu<sup>67</sup> yoksa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mu oluştuğunu tespit etmeye çalışmaktadır.<sup>68</sup>

Suçun sübutu irdelenirken yakalama tutanakları, doktor ve bilirkişi<sup>69</sup> raporları<sup>70</sup>, varsa tanık beyanları, fail beyanları, kriminal raporları, failin

---

ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır... Sanık alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığı anda tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkarmadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkiyi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporlarıyla doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşılincaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır ... Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın tehdit kullanmak suretiyle zincirleme olarak ... öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından, yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” (CGK. E. 2002/5-324, K. 2003/55, 25.03.2003) Aktaran: TUĞRUL, s. 672, dn. 636.

<sup>67</sup> “Sanığın mağdur Mehmet’i ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle .... suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağduru ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de; ... mağduru gerçeği değerlendirmeye yetisinin gelişmiş olduğu, ... düşünce içeriğiyle olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğunu belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykut’a basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmet’e para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır ... Olayımızda, her bir eylemde de ... eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdur kendi motosikleti ile götürmüş ve cinsel istismara rıza göstermiştir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşikârdır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağduru 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle, ... mağduru rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de TCK’nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ...” (5. CD. E. 2011/2970, K. 2011/4134, 23.05.2011) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2011-2970.htm> (27.10.2013)

<sup>68</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 338.

<sup>69</sup> Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaprak ÖNTAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, B. 1, Ankara 2014.

<sup>70</sup> “Mağdure hakkında adli tabip tarafından düzenlenen ve ‘hymenin etrafı ve labiumların iç kenarlarının ekimozlu’ olduğunu belirten doktor raporu ile tüm dosya kapsamına göre;

yakalanış şekli, yakalandığı yer<sup>71</sup>, failin yakalandığı yerin çevreye göre konumu, mağdurun yaşam tarzı hep birlikte değerlendirilmelidir.<sup>72</sup> Failin savunmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, olayın oluş şekline göre değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu noktada; suçun varlığına işaret edecek “tıbbi kanıtların” varlığı, mağdurun vücudunda yeterli bulgu olması, tanık beyanları; bunların ve özellikle tıbbi bulgunun yokluğu durumunda, mağdurun iftira etmesi için bir neden olup olmadığı<sup>73</sup>, mağdurun tüm aşamalarındaki samimi beyanları dikkate alınmalıdır.<sup>74</sup>

## 2. Cinsel İlişki

Cinsel ilişki, hukuk sözlüğünde, normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak çiftleşmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>75</sup> Ancak, ceza hukuku doktrininde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundaki “cinsel ilişki” kavramı üzerine çok sayıda görüş ortaya konmuştur.

765 sayılı TCK’da, 5237 sayılı TCK’daki “cinsel ilişki” kavramı bulunmamaktaydı.<sup>76</sup> Mülga TCK “ırza geçme” suçunu 414 vd. maddelerinde

---

*öğretmen olan sanığın öğrencisi olan mağdureye karşı, fırsat bulduğunda sınıfta temizlik yaptırma bahanesi ile götürdüğü odada mağdurenin cinsel organını okşamak, sıkmak suretiyle zincirleme şekilde ırz ve namusa tasaddi suçunu işlediği sabit olduğu ...” (5. CD. E. 2008/11167, K. 2009/11550, 15.10.2009) Aktaran: TUĞRUL, s. 667, dn. 633.*

<sup>71</sup> “Sanık müdafinin 06.10.2008 havale tarihli dilekçesinde adı geçen ve özetle sanığın zorla cinsel saldırıda bulunmadığı ve mağdure tarafından sanığa tuzak kurulup iftira atıldığı konularında tanıklıkları bulunduğu ... 14.03.2008 tarihli zabıta araştırma yazısında ve ekindeki otel müşteri listesinde mağdure ve sanığın 22.11.2006 tarihinde otelin aynı odasında kaldıklarının bildirildiği, mağdurenin beyanlarında sanıkla aynı otele gitmediğini, kaybettiği nüfus cüzdanı kullanılarak kendisi gitmiş gibi kayıt oluşturulduğunu söylediği, ancak otelin kaydındaki nüfus cüzdanı seri numarası ile işbu davanın hazırlık soruşturması sırasında emniyet görevlilerine ibraz edilerek onaylı fotokopisi dosyaya konan nüfus cüzdanı seri numarasının aynı olduğu dikkate alınarak bu hususun mağdureye açıklatılması lüzumuna uyulmaması ...” (5. CD. E. 2009/5695, K. 2009/7892, 22.06.2009) Aktaran: TUĞRUL, s. 677-678.

<sup>72</sup> Bkz. TUĞRUL, s. 665.

<sup>73</sup> “Kendi onur ve namuslarını ilgilendiren bir konuda iftira atmaları için geçerli sebep bulunmayan mağdure ve annesinin aşamalarda değişmeyen tutarlı ve samimi anlatımlarına, sanığın tevil yollu beyanlarına ve dolaylı tanık anlatımlarına göre; sanığın dedesinin evinde bulunduğu esnada bu evin alt katında annesiyle birlikte tatil amaçlı kalan ve uzaktan akrabası olan mağdurenin oyun oynamak için yanına gelmesinden faydalanarak boş bir odaya götürüp burada kendi cinsel organını mağdurenin cinsel organına cinsel tatmin amacıyla sürüttüğü sabit olduğu halde ırz ve namusa tasaddi suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi ...” (5. CD. E. 2007/14445, K. 2009/11265, 08.10.2009) Aktaran: TUĞRUL, s. 671-672.

<sup>74</sup> Bkz. TUĞRUL, s. 666 vd.

<sup>75</sup> Bkz. Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, B. 3, Ankara 2005, s. 126.

<sup>76</sup> “Cinsel liberalizasyon hareketleri dolayısıyla cinsel ilişki, artık batı toplumlarında eski anlamını taşımadığı için cinsel özgürlüğü ihlal eden fiilleri bir bütün halinde tanımlamak ve

mağdurun yaşını esas alarak düzenliyor fakat açıkça tanımlamıyordu.<sup>77</sup> Ancak doktrin ve Yargıtay kararlarında<sup>78</sup> ırza geçmeden, “aktif failin tenasül organını<sup>79</sup> kadının vücuduna anal veya vajinal yoldan, erkeğin vücuduna anal yoldan sokulması” anlaşılmaktaydı. Oral yoldan gerçekleşen duhuller cinsi münasebet sayılmayarak ırza tasaddi olarak nitelendirilmekteydi.<sup>80</sup> Ayrıca, cinsel organa başka bir cismin ithal edilmesi bu suç kapsamında görülmediği gibi kocanın kadının rızasına aykırı olarak normal yoldan ilişki kurması ırza geçme olarak görülmüyordu. Koca, karısıyla, kadının rızası hilafına anal ilişkide bulunduğu fiil, 478. madde anlamında “kötü muamele” sayılıyordu.<sup>81</sup>

Bir görüş, 104. maddede yer alan “cinsel ilişki” kavramını, iki karşı ya da aynı cinsin üreme organlarının duhul niteliğinde birbirleriyle birleşmesi ya da anal veya oral yoldan cinsel organın duhulü olarak değerlendirir.<sup>82</sup> Bu durumda bir erkekle bir kadının vajinal, anal ya da oral yoldan birleşmesi

---

niteliklerine göre temel cezayı belirlemek hususunda hakime yetki vermek de, cinsel suçlarda uygulanan bir yasal biçim olarak kabul görüyor. Bu sistemde kanun, ırza geçmeyle diğer cinsel saldırılar ayırımı yapmıyor. Ancak genel eğilim, ırza geçme suçuna, diğer cinsel saldırılar arasında özel bir yer vermektir.” Bkz. DÖNMEZER, s. 262.

<sup>77</sup> Bkz. SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 102.

<sup>78</sup> “İrza geçme suçu aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesiyle oluşur. Şehvi duyguların cinsel birleşme dışında tatminine yönelik, sarkıntılık boyutunu aşan ve devamlılık gösteren davranışlar ırza tasaddi, belli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ise sarkıntılık suçunu oluşturur.” (CGK. E. 2002/5-44, K. 2002/175, 19.02.2002) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2002-5-44.htm> (29.10.2013)

<sup>79</sup> “Mağdure aşamalarda değişmeyen anlatımlarında sanığın parmağı ile kızlığını bozduğunu iddia etmiş ... mağdurenin babası F. kızının sanık A'nın parmağı ile kızlığını bozduğunu kendisine söylediğini belirtmiş olmasına ve bu anlatımlar dışında başka bir kanıt bulunmamasına göre, suçun lehe bir kabulle ırza geçme fiili dışında şehvi duyguların tatminine yönelik hoyratça ırz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu ... gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükme varılması ...” (5. CD. E. 1990/1429, K. 1990/2913, 24.05.1990) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1990-1429.htm> (29.10.2013) Görüldüğü üzere Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde, erkek failin cinsel organının duhulü haricindeki organ ithalini ırza geçme olarak değil ırza tasaddi olarak nitelendirmiştir.

<sup>80</sup> Bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 196.

<sup>81</sup> Bkz. SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 102. “Sanık; manevi cebir kullanarak eşiyile ters cinsel ilişkide (anal ilişkide) bulunduğu göre eylemi, TCK'nın 478/1-3 maddesindeki suçu oluşturur.” (4. CD. E. 1990/5557, K. 1990/7044, 19.12.1990) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-1990-5557.htm> (05.09.2014)

<sup>82</sup> “Yeni TCK, eski tabirle ‘ırza geçme’ suçlarının kapsamını genişletmiş; vücuda organ ya da cisim sokulmasını, yani; anal, oral ve vajinal ilişkiyi ırza geçme olarak kabul etmiştir. Rızaya dayalı da olsa, 15 yaşından büyük çocuklar söz konusu olduğunda, neden ırza geçmenin geniş tanımından vazgeçildiği ve suçun maddi unsurunun ‘cinsel ilişki’ ile sınırlandırıldığı anlaşılamamaktadır.” Bkz. SANCAR, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, s. 15.

veya bir erkeğin başka bir erkekle anal ya da oral yoldan yaşayacağı birleşme cinsel ilişki olarak kabul edilmektedir.<sup>83</sup>

Bir başka görüş, cinsel ilişki ifadesinden flört aşamasından öte ilişkilerin anlaşılması gerektiğini ve TCK m. 103/1-b hükmünün flört aşamasındaki ilişkilere izin verdiğini ifade etmektedir.<sup>84</sup>

Buna karşı olan bir başka görüşe göre cinsel ilişki, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan<sup>85</sup> ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi şeklinde tanımlanabilir.<sup>86</sup> Oral yoldan gerçekleştirilen davranışların cinsel ilişki sayılması mümkün değildir.<sup>87</sup> Zira bu tür cinsel davranışlar, bilinen cinsel ilişki tanımının dışında kalmaktadır.<sup>88</sup> Kanunilik ilkesi karşısında, bilinen bu cinsel ilişki tanımı dışında kalan organ ve cisim sokma fiilleri<sup>89</sup>, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermeyecektir.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> Bkz. KANBUR, s. 46. Yazarın bu suça teşebbüs konusunda yaptığı açıklamalarda, oral yoldan ilişki için sadece cinsel organın ağza sokulmasıyla fiilin tamamlanacağı ve oral yoldan sair cisim sokulmasının cinsel ilişki sayılmayacağı ortaya konmaktadır. Bkz. KANBUR, s. 50. Anal, vajinal veya oral yoldan gerçekleşen ilişkilerde çocuğun cinsel dokunulmazlığının ihlali açısından bir fark olmadığı ve cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması halinde çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunamayacağını savunan görüş için bkz. AKSAKAL, s. 260. Yazara göre; cinsel ilişki, kişinin kendi cinsel arzularını tatmin amacıyla karşısındaki kişiyle kuracağı, kendisini veya onu tatmine yarayan ve cinsel arzuları tatmine elverişli organlara girmeye sonuçlanan tüm eylemler olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda, bir kadın veya bir erkeğin başka bir erkek veya kadının anüsüne, vajinasına veya ağzına cinsel organını veya sair bir cismi sokması halleri cinsel ilişki kavramı içinde değerlendirilmelidir. Yazar ayrıca, oral yoldan ilişkinin sadece cinsel organ ithaliyle değil; aynı zamanda sair bir cisim ithaliyle de gerçekleşeceğini savunarak yukarıdaki görüşten ayrılır. Bkz. Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 76.

<sup>84</sup> Bkz. SOYASLAN, s. 247.

<sup>85</sup> “Adli tıp uygulamalarından elde edilen deneyimlerden, mağdurun kendisini fazla kasmaması veya kayganlaştırıcı madde kullanımı ve benzeri nedenlerle, anal yoldan organ sokulmasının tıbbi bir iz bırakmamasının mümkün olduğu, sanık ve mağdurenin birbirini tamamlayan beyanları ve tüm dosya kapsamına göre rızaen cinsel ilişkinin gerçekleştiği ... tebliğnamede eylemin organ sokma olmaksızın cinsel münasebet kapsamında kaldığı ve bu nedenle suç teşkil etmediği yönündeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” (14. CD. E. 2011/212, K. 2011/109, 20.07.2011) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3511.

<sup>86</sup> Bkz. TUĞRUL, s. 515.

<sup>87</sup> “Mağdurun da korkup soyunarak sanığın penisini ağzına alması şeklinde gerçekleşen olayda ... çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyeti yerine kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında da bulunmayan eylemin TCK'nın 104/1. maddesi kapsamında olduğu kabul edilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi ...” (14. CD. 12389 – 7711, 17.06.2013) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3500, dn. 1150.

<sup>88</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334. Aynı yönde görüş için bkz. SEVÜK, s. 297.

<sup>89</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 334. Ancak yazar, maddi unsurun “organ ve cisim sokma” şeklinde formüle edilmesinin, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişiminin

Kanaatimizce, “cinsel ilişki” kavramı konusunda bu son görüş üstün tutulmalı ve oral yoldan gerçekleşen birleşmeler bu suç açısından fiil unsuruna dahil edilmemelidir. Buna göre, bir erkeğin cinsel organını bir kadına anal veya vajinal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal etmesi cinsel ilişkiye vücut vermelidir. Bu tanımın haricinde yer alan ilişki türlerinin cinsel ilişki kavramına dahil edilmesi, hem korunan hukuki menfaatle bağdaşmayacak hem de failin cezai sorumluluğunu belirsiz bir şekilde genişletmek suretiyle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

### 3. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Suçun maddi unsurunun olumsuz şartı olarak yer alan hukuka aykırılık konusunda, TCK m. 26/2’de bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş “rıza”nın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı belirtilmelidir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere rıza, bu suçun oluşması için aranan ve fiil içerisinde yer alması zorunlu olan bir unsurdur. Başka bir ifadeyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından rıza, tipikliğe dahil olup, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Mağdurun rızasının bulunmaması halinde bir başka suç tipi olan “*Çocukların Cinsel İstismarı*” suçu oluşacaktır.

Bunun haricinde doktrinde; evlenme, bu suç için özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak gösterilmektedir. Buna göre, Medeni Kanun’un öngördüğü medeni nikâh neticesinde eşlerin birbirleriyle rızaen yaşadıkları cinsel ilişkiler, ortada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması nedeniyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermeyecektir.<sup>91</sup> Ancak dini nikâhlar, fiilî birlikte yaşamalar veya nişanlılık süreci<sup>92</sup> içerisinde yaşanan cinsel ilişkiler, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.<sup>93</sup>

### B. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur konusunda, suçun kurucu unsurlarından olan kusurluluk ve kusurluluğa etki edecek olan hata hallerinin incelenmesi gerekmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Doktrinin genel kabulü, suçun oluşmasında, özel kastın aranmayıp genel

---

etkin bir şekilde korunması açısından yerinde ve yeterli olacağını ifade etmektedir. Bkz. TANER, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 335.

<sup>90</sup> Cinsel ilişkinin tanımı noktasında aynı yönde görüşler için bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 374; BEYAZIT, s. 300; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3499.

<sup>91</sup> Bkz. KANBUR, s. 49. Aynı yönde görüşler için bkz. BEYAZIT, s. 302; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 352.

<sup>92</sup> “Nişanlanma, mahiyetinin gereği olarak, nişanlılara cinsel ilişkide bulunma hakkı vermez.” Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 2. <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc> (27.10.2013)

<sup>93</sup> Bkz. KANBUR, s. 49.

kastın yeterli olduğu yönündedir.<sup>94</sup> O halde şehvet maksadı ya da şehvi hisleri tatmin amacı kast bakımından önemsizdir; bunlar olmasa da cinsel ilişkiye yönelik bilme ve isteme, kastı oluşturacaktır.<sup>95</sup> Bu açıdan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin, 15-18 yaş arasında olan bir çocukla rızaen cinsel ilişkiye gireceğini bilmesi ve bunu istemesi kastın varlığı için gereklidir.

Failin, fiilin esaslı unsurları olan cinsel ilişki, mağdurun yaşı ve mağdurun rızasına ilişkin hatası TCK m. 30/1'de yer alan “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata sebebiyle taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” hükmü uyarınca çözümlenmelidir.

Failin, mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünerek hataya düşmesi kastını kaldırır ve suçun oluşumuna engel olur.<sup>96</sup> Taksirli hali Kanun'da düzenlenmeyen ve rızaen gerçekleştirilen bu fiilin bir başka suça vücut vermediği göz önüne alındığında, failin cezai sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Ancak failin, mağdurun 18 yaşını doldurmamış bir kimse olabileceği konusundaki şüphesinin<sup>97</sup> varlığı halinde, hatadan söz edilemeyecek ve somut olayın koşullarına göre doğrudan veya olası kastına göre<sup>98</sup> sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hatanın önem arz edebileceği bir diğer olasılık ise failin, 15-18 yaş arasında olan mağdurun, cinsel ilişkiye rızasının bulunduğunu sanmasıdır. Böyle bir hata, kaçınılmaz olması kaydıyla, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumunu önler ve bu halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ortaya çıkar. Kural olarak esaslı ve kaçınılmaz hata, ceza sorumluluğunu

<sup>94</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339.

<sup>95</sup> Bkz. KANBUR, s. 50.

<sup>96</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339; SEVÜK, s. 298; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 68. “*Aynı şekilde, mağdurun niteliğinde hataya düşülmesi de mümkündür. Buna göre örneğin, TCK’de düzenlenen ‘çocukların cinsel istismarı’ (m. 103) ve ‘reşit olmayanla cinsel ilişki’ (m. 104) gibi ‘cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar’ ile ilgili olarak mağdurun yaşı, fiilin niteliğini belirleyen bir unsur olarak kabul edilebilir. Bu çerçevede, ‘cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar’ bakımından, yaşı küçük olan kimsenin rızasının kanundan ötürü geçerli olmadığı, bu itibarla failin, mağdurun yaşına ilişkin olarak yaptığı hatanın, ‘rıza yokluğu’ nedeniyle fiilin suç olmasını önlemeyeceği düşünülebilir. Ancak Kanunumuzda, İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi, aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, bu tür suçlarda mağdurun yaşı konusunda yapılan hatanın kanaatimizce mazeret olarak ileri sürülebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçlar bakımından mağdurun yaşı konusunda yapılan hata kastı kaldırır.*” Bkz. Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 60 vd.

<sup>97</sup> “Şüpheli” kavramı ile hatanın farklılığı konusunda bkz. GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 24; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 234.

<sup>98</sup> “*Ancak failin, mağdurun yaşına ilişkin bilgisizliği kesin olmalıdır; fail mağdurun yaşı konusunda şüpheye düşmesine rağmen onunla cinsel ilişkiye giriyorsa olası kastla hareket etmiş olur.*” Bkz. AKSAKAL, s. 265.

tamamen kaldırmasına karşın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun varlığı ve bu suçun rızaya dayalı istisnai bir suç tipi olması nedeniyle failin tamamen başka bir suçtan<sup>99</sup> sorumlu olmasına yol açmaktadır.<sup>100</sup>

## V. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ VE SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

### A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, bir sırf hareket suçu olarak, maddi unsur kısmında açıklanan cinsel ilişki fiilinin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Bu itibarla, suçun tamamlanma anı, cinsel ilişkinin başlaması yani cinsel ilişki için gerekli duhulün gerçekleşmesiyle eş zamanlıdır.<sup>101</sup> Fiilin belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları veya bir boşalmanın gerçekleşmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla suç, teorik açıdan teşebbüse elverişlidir. Bu kapsamda failin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması ancak elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması, teşebbüsün varlığı için yeterlidir. Bu suç neticesiz bir suç olduğundan, suçun icrasına doğrudan başladığında cinsel ilişki de tamamlanmış olacaktır.<sup>102</sup>

Anal ve vajinal ilişkiler açısından anüs veya vajina halkasına organ veya sair cismin duhulüyle suç tamamlanacağı için, duhul gerçekleşmeden organ veya sair cisim yerleştirilmekle kalınmışsa fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.<sup>103</sup> Duhul öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme gibi davranışlar hazırlık hareketi niteliğindedir.

Fail, sayılan bu fiillere yönelik icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse<sup>104</sup> örneğin, ilişki öncesi öpüşme, dokunma vs. gerçekleşmiş fakat

<sup>99</sup> “Fiil üzerinde hata nedeniyle başka bir suçtan sorumlu olunması, kanunda bir fiili ortaklaşa düzenleyen ve birbirleriyle genel-özel hüküm ilişkisi içinde olan iki norm bulunduğu söz konusu olabilir. Bir hükmü diğerine göre özel hüküm haline getiren, özel hükmün fiilin genel hüküm tarafından düzenlenen unsurlarına ek olarak en az bir tane başka unsura daha sahip olmasıdır. Buna göre, normlardan biri diğerinin bütün unsurlarını kapsamakla birlikte, normu özel hale getiren başka unsurlara da sahip olduğu takdirde, bu unsurları bilmeyen fail, genel hüküm tarafından düzenlenen suçtan dolayı sorumlu olur.” Bkz. GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 80.

<sup>100</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339.

<sup>101</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 340.

<sup>102</sup> Bkz. KANBUR, s. 51.

<sup>103</sup> “Mağdurun aşamalarda istikrarlı anlatımlarına ve bu anlatımları teyit eden sanığın kolluktaki beyanına göre; sanığın cinsel organını mağdurun anüsüne sokmaya çalıştığı ancak bu sırada boşalması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından, ırza geçmeye eksik kalkışma suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde ırz ve namusa tasaddi kabulü ile hükme varılması ...” (5. CD. E. 2002/8779, K. 2002/8531, 18.12.2002) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2002-8779.htm> (29.10.2013)

<sup>104</sup> Kanaatimizce, bu suç için TCK m. 36’da yer alan gönüllü vazgeçmede sadece icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme hali uygulanabilir durumdadır. Zira yukarıda da

fail vajinal ya da anal yoldan birleşmekten vazgeçmişse TCK m. 36 gereğince, bu kimsenin cezai sorumluluğuna gidilemez. O ana kadarki hazırlık hareketleri de başka bir suça vücut vermediğine göre<sup>105</sup> bu halde faile bir ceza verilmeyecektir.<sup>106</sup>

## B. İŞTİRAK

İştirak açısından, suça azmettirme ve yardım etme iştirake ilişkin genel kurallar çerçevesinde mümkündür. Doktrinde tartışmalı olan konu “birlikte failliktir”.

Bir görüşe göre, bu suç açısından birlikte faillik çok zor gözükse de teorik olarak mümkündür. Örneğin, birden fazla failin aynı anda<sup>107</sup> ve farklı duhul noktalarından, mağdurun rızasıyla cinsel ilişki yaşamaları halinde birlikte faillik söz konusu olacaktır. Bu suçun birden fazla fail tarafından işlenmesinin Kanun’da özel olarak düzenlenmemesi karşısında<sup>108</sup>, bu türden bir fiille suç işlendiğinde TCK m. 61/1-a gereğince suçun işleniş biçimi kıstasıyla cezanın bireyselleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>109</sup>

Konuya ilişkin diğer görüşe göre, böyle bir tartışma ancak iki kişinin kadın mağdurla vajinal ve anal yoldan aynı anda ilişkiye girdiği hallerde söz konusu olabilir. Ancak bu noktada iki ayrı cinsel ilişki dolayısıyla iki ayrı fiil söz konusudur ve davranışların aynı anda gerçekleşmesi faillerin, birlikte fail olarak nitelendirilmesini gerektirmez.<sup>110</sup> “Bizzat işlenebilecek suç” olması nedeniyle, bu suçta birlikte faillik mümkün olmayıp; ancak yardım etme ve azmettirmenin gerçekleşebileceği düşünülebilir.<sup>111</sup>

---

açıklandığı üzere bu suçun icra hareketlerinin tamamlanmasıyla suç gerçekleştiği için, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi mümkün değildir.

<sup>105</sup> Bkz. BEYAZIT, s. 303; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, s. 353.

<sup>106</sup> “*Olayda ise suç tarihinde 17 yaşını doldurmuş mağdureyle rızaen cinsel ilişkiye girme kastıyla cinsel davranışlara başlayan sanığın, mağdurenin canının yandığını söyleyip itmesi üzerine eyleminden vazgeçtiği, ciddi bir engel neden bulunmadığının anlaşılmasına göre, sanığın vazgeçme anına kadar tamamlanan eyleminin rızaen tasaddi kapsamında kaldığı ve suç oluşturmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.*” (5. CD. E. 2008/6925, K. 2010/3157, 29.04.2010) Aktaran: Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 113.

<sup>107</sup> “*Birden çok failin aynı mağdurla ardı ardına cinsel ilişkiye girmesi halinde, her biri suçun tek başına failidir.*” Bkz. KANBUR, s. 52.

<sup>108</sup> Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında TCK m. 102/3-d ve TCK m. 103/3-a bentlerinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hallerinde cezaların artırılması öngörülmüştür.

<sup>109</sup> Bkz. KANBUR, s. 52.

<sup>110</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341.

<sup>111</sup> Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 375; ATAÇ, s. 133. “*Örneğin, aynı mağdura iki kişinin aynı anda başka bir sanığın hazırladığı evde mağdur ile ilişkiye girmeleri durumunda*



Kanaatimizce TCK m. 37/1’de yer alan “*kanuni tanım*da yer alan *fiili birlikte gerçekleştirmek*” ifadesi, fiili doğrudan gerçekleştirmek ile fiili irtikâp etmek kavramlarını toplayan bir üst kavram olarak kabul edilmelidir. Bu açıdan tipik fiilin işlenişini doğrudan doğruya beraber gerçekleştiren kişilerle birlikte tipik fiilin dışında kalan ancak suçun gerçekleşmesi için zorunlu hale gelmiş olan hareketleri gerçekleştiren kimseler de birlikte fail olarak değerlendirilmelidir.<sup>112</sup> Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, tipik fiile vücut verebilecek davranışlar bakımından, bizzat işlenebilecek bir suç olması nedeniyle birlikte faillığe elverişli değildir. Bu açıdan anal veya vajinal yoldan aynı anda cinsel ilişkiyi gerçekleştiren kimseler yönünden, ortada birden çok fiil bulunduğu için birlikte faillikten bahsedilemeyecek; faillerin reşit olmayan mağdurla aynı anda gerçekleştirdikleri cinsel ilişkiler birbirinden bağımsız olarak suç teşkil edecek ve her fail kendi fiilinden sorumlu olacaktır.

### C. SUÇLARIN İÇTİMAI

Aynı failin birden fazla mağdurla ardı ardına cinsel ilişkide bulunması halinde, mağdur sayısı kadar suç oluşur ve gerçek içtima kuralları uygulanır.<sup>113</sup> Ayrıca bu suçun konut dokunulmazlığının ihlali<sup>114</sup> kişi hürriyetinden yoksun kılma, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması<sup>115</sup> gibi suçlarla beraber işlenmesi halinde fail hem bu suçlardan hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır. Suçların çokluğu açısından TCK m. 43’te yer alan zincirleme suçla beraber TCK m. 44’te düzenlenmiş fikri içtima kurallarının bu suç bakımından incelenmesi gerekmektedir.

#### 1. Zincirleme Suç<sup>116</sup>

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdurla rızaen cinsel ilişkiye girmesi halinde zincirleme suç

---

*dahi, her fail kendi eyleminden sorumlu olacaktır. İlişki için evini hazırlayan veya tahsis eden ya da buna benzer bir faaliyette bulunan kişi, yardım eden sıfatıyla 39. maddeden sorumlu tutulacak ancak diğer iki fail hakkında 37. maddede düzenlenen, suçun birlikte işlenmesi hali faillere uygulanamayacak herkes kendi eyleminden sorumlu olacaktır. Bir fail hakkında şikâyetten vazgeçme diğer sanığa da TCK 73/5. maddesi uyarınca sirayet etmeyecektir.” Bkz. BEYAZIT, s. 303.*

<sup>112</sup> Bkz. Devrim AYDIN, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 135.

<sup>113</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 341.

<sup>114</sup> Konut dokunulmazlığını ihlal suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş Okuyucu ERGÜN, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, B. 1, Ankara 2010.

<sup>115</sup> Bkz. ÜNVER, s. 326.

<sup>116</sup> Zincirleme suçla ilgili ayrıntılı bilgi bkz. Türkan Yalçın SANCAR, Mütessesil Suç, B. 1, Ankara 1995.

hükümleri<sup>117</sup> uygulama alanı bulacaktır.<sup>118</sup> Aynı mağdura yönelen<sup>119</sup> fiillerin birinde vajinal birleşme diğerinde anal birleşmenin gerçekleşmesi halinde de, TCK m. 43 hükümlerince bir sonuca varılması gerekmektedir. Ancak aynı zaman dilimi içinde şekil itibariyle art arda yaşanan duhuller halinde, bu duhuller farklı yollardan gerçekleşse dahi zincirleme suçta değil tek suçta vücut verecektir.<sup>120</sup> Yine kısa bir zaman dilimi (Örneğin, bir gecelik sürede) içinde yaşanan birden fazla cinsel ilişki halinde, tatmin sayısından bağımsız olarak fiilin bütünselliği gereği tek bir suçtan hüküm kurulacaktır.<sup>121</sup>

Zincirleme suçun en önemli şartı olan suç işleme kararında birlik, zincirleme suçta sübjektif şart olarak adlandırılır. Sübjektif şart, zincirleme suçta bulunan her bir suç için verilen münferit kararlardan farklıdır. Münferit somut istemleri birleştiren psikolojik bir bağdır. Zincirleme suçu oluşturan her bir suçun manevi unsuru zorunlu olarak ayrıdır. Aynı ve tek olan şey

---

<sup>117</sup> 5237 sayılı TCK'da zincirleme suçun şartları, birden çok suçun bulunması, aynı kişinin mağdur olması halinde ihlaller arasında zaman aralığı (birden fazla kişinin mağdur olması halindeyse hareketin tekliği), aynı suçun birden fazla işlenmesi ve bir suç işleme kararının icrası yani sübjektif unsurdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Yalçın SANCAR, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", TBB, S. 70, 2007, s. 249 vd. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-322> (27.10.2013)

<sup>118</sup> "Mağdurenin aşamalarındaki beyanlarında sanığın arabasında ve evinde olmak üzere zorla iki kez cebirle ırzına geçtiğini beyan etmiş ise de, eylemleri kimseye anlatmadığı, sanığın başkasıyla ilişkisinin bulunduğunu ve daha sonra da kendisinin hamile olduğunu öğrendiği, annesinin çantasında hastaneden verilen muayene kağıtlarını görmesi ve olanları anlatması üzerine olayın anne ve babası tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na intikal ettirildiği, mağdurenin olaylardan yaklaşık 4-5 ay sonra şikayetçi olması, olay tarihinde 15 yaşını doldurmuş bulunması ve sanığın aşamalarda mağdureyle rızasıyla ilişkiye girdiğini savunması karşısında, kanıtlanan eylemlerinin TCK'nun 104/1 ve 43. maddelerinde düzenlenen zincirleme biçimde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması ..." (14. CD. 10779 – 4413, 15.04.2013) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3502, dn. 1164.

<sup>119</sup> "Böylece Yeni TCK'nın 43. maddesinde iki tür zincirleme suçta yer verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Birincisi birden çok hareketle aynı mağdura karşı işlenen zincirleme suç, diğeri de tek bir hareketle farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen zincirleme suç. O halde suçlar farklı zamanlarda aynı kişiye karşı işlendiğinde ve farklı kişilere karşı aynı anda tek bir hareketle işlendiğinde zincirleme suçtan söz edilebilecektir." Bkz. SANCAR, "Zincirleme Suç", s. 251. Yazar, "cinsel saldırı" ve "çocukların cinsel istismarı" suçlarının, birden çok hareketle aynı mağdura karşı zincirleme biçimde işlenebilecek suçlardan olduğu görüşündedir. Bkz. SANCAR, "Zincirleme Suç", s. 258. Kanaatimizce, yapısı itibariyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da zincirleme suç olarak sadece bu şekilde işlenebilir.

<sup>120</sup> "Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı zaman dilimi içinde önce vajinal sonra da anal yoldan nitelikli cinsel istismarda bulunduğu gözetilmeden, şartları oluşmadığı halde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle sanığa fazla ceza tayini kanuna aykırıdır." (5. CD. E. 2010/8595, K. 2011/82, 18.01.2011) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3378.

<sup>121</sup> Bkz. KANBUR, s. 53.

ister “bir suç işleme kararının icrası” ister “suç işleme kararında birlik” densin, bağımsız kastları birleştiren ve bu nedenle kasttan başka bir anlam ifade etmek zorunda olan psikolojik bir olgudur.<sup>122</sup> Esasını önceden kurulması gereken bir planın<sup>123</sup> varlığından alan sübjektif şartın belirlenmesinde, suçların işleniş biçimleri, işlenme zamanları, işlendikleri yer ve iştirak halinde işlenip işlenmedikleri başvurulabilecek bazı ölçütlerdendir. Zincirleme suçun en önemli unsuru olarak görülen sübjektif unsurun yargı kararlarında araştırılmadığı, failin aynı mağdura karşı aynı suçu değişik zamanlarda birden çok kere işlemesinin zincirleme suç için yeterli görüldüğüne rastlanmaktadır. Kanaatimizce bu hallerde sübjektif unsur incelemesi yapılmaksızın, doğrudan zincirleme suçun varlığına hükmedilmesi isabetsizdir.

Konuya ilişkin değinilmesi gereken son bir husus, zincirleme suç hükümlerinin cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına uygulanmasını mümkün kılan Kanun değişikliğidir. 29.06.2005 tarihinde kabul edilen ve 08.07.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5377 sayılı “Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un getirmiş olduğu düzenlemeyle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları zincirleme suçun kapsamına alınmış; başka bir ifadeyle TCK m. 43/1’de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak 5377 sayılı Kanun’la getirilmiş olan bu değişiklik sadece cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismar suçlarına ilişkin olup<sup>124</sup>; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu hiçbir zaman içine almamıştır. Bu bakımdan 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden itibaren zincirleme suç hükümleri, TCK m. 104’te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından uygulama alanı bulmuştur.

## 2. Fikri İctima

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun işlenmesiyle birden fazla farklı suçun oluşumuna sebep veren fail hakkında TCK m. 44 gereği, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulacaktır.

6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesi doktrinde, fiilin üstsoy tarafından 15 yaşını doldurmuş ama 18 yaşını doldurmamış çocuğa rızası dahilinde gerçekleştirilmesi halinde, TCK m. 232’de düzenlenen “*Kötü*

<sup>122</sup> Bkz. SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 254.

<sup>123</sup> Bkz. SANCAR, Mütessesil Suç, s. 96.

<sup>124</sup> “Bu değişikliğe gerekçe olarak şu husus dile getirilmiştir: ‘Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek ictima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hâkim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından, ciddi endişelere neden olmuştur.’ Bkz. SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 257 vd.

*Muamele*” suçunun oluşup oluşmayacağı konusu tartışmalıydı. Bir görüşe göre, rızaya dayansa bile böyle bir fiille, aile fertlerine gösterilmesi gereken rahim ve şefkat duygularının bağdaştırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmekte ve hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hem de kötü muamele suçunun oluştuğu savunulmaktaydı. Bu nedenle söz konusu halde ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı hüküm kurulması gerektiği ifade edilmekteydi.<sup>125</sup>

Buna karşı olan ve bizim de katıldığımız görüş, aile fertleriyle rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin, kötü muamele suçuna vücut vermeyeceği yönündeydi.<sup>126</sup> Zira bu fiilin kötü muamele suçuna vücut verebilmesi için davranışın, mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>127</sup> Çünkü cinsel ilişkiye rıza gösterilmesi halinde bu fiilin rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşp bağdaşmayacağını araştırmak isabetsizdir.<sup>128</sup>

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, bu suçun mağdurları arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi, bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan fiilin üstsoy veya fıkroda belirtilen derecedeki akrabalar tarafından gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında sadece TCK m. 104/2 uygulanacak ve fail aynı nedenden dolayı ayrıca TCK m. 232’den cezalandırılmayacaktır.

#### D. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

6545 sayılı Kanun ile TCK’nın 104. maddesinin 2. fıkrasına, “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi*

<sup>125</sup> Bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, s. 354.

<sup>126</sup> Doktrinde de cinsel nitelikli kötü muamelenin, fail tarafından mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilen her türlü davranış olduğu kabul edilmekteydi. Bu eylemlerin cinsel saldırı, cinsel taciz veya fuhşa ilişkin suç kalıplarını ihlal edebileceği ve bu hallerde kötü muamele suçuyla bu suçlar arasında fikri içtima kurallarının söz konusu olabileceği ileri sürülüyordu. Bkz. Hamide ZAFER, “*Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232)(Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)*”, in. MÜHFD, Y. 2009, S. 1, s. 119-175.

<sup>127</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 342.

<sup>128</sup> 765 sayılı Mülga TCK m. 478/1’de ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından küçük bir çocuğa veya birlikte yaşadığı aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelelerde bulunmak suç sayılmaktaydı. Bu suçun maddi unsuru, sağduyuya aykırı, insaf ve merhamet ölçüleriyle bağdaşmayan, kamu vicdanını zedeleyen davranışlar olarak anlaşılmaktaydı. Örneğin, kişinin birlikte oturduğu anne veya babasını huysuzluk yaptıkları iddiasıyla aç bırakmak, kocanın hasta karısına ilaç almaması fena muamele kapsamında görülüyordu. Ancak fiil, rahim ve şefkatle bağdaşmayacak fena muamelelerin ötesine geçtiğinde şartları varsa müessir fiil, ırza geçme, hakaret, sövme gibi suçların oluşacağı kabul ediliyordu. Terbiye ve inzibat vasıtalarını kötüye kullanma ve aile bireylerine karşı fena muamelede bulunma suçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Metin FEYZİOĞLU, “*Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları*”, in. AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 41-53.

halinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmü, 3. fıkrasına “Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.” hükmü eklenmiştir.

Eklenen bu yeni fıkralar, cinsel ilişki dışındaki davranışlara rıza gösterme ehliyeti olan 15 yaşını doldurmuş 18 yaşını doldurmamış bireylerle, ailevi veya kişisel durumu gereği özel ilişkisi bulunan birtakım kişilerin cinsel ilişkiye girmesini ağır biçimde cezalandırmaktadır. Aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’u m. 129’da sayılmıştır. Buna göre, üstsoy ile altsoy; kardeşler; amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında; kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoy veya altsoyu arasında; evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındaki evlilikler bu yasak kapsamında yer almaktadır.<sup>129</sup> Suçun nitelikli hallerinin soruşturma ve kovuşturulması re’sen yapılmaktadır.

Doktrinde, bu ağırlatıcı nedenin düzenlenme yerinin çocukların cinsel istismarı suçu olması gerektiği, Alman ve İtalyan Ceza Kanunlarında failin çocuk üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişi olması halinde, çocuğun rıza gösterme ehliyetini düzenleyen yaş sınırının yükseltildiği, değişikliğin yalnızca cinsel ilişkiyi esas alan bir suç tipi yerine tüm cinsel davranışları kapsayacak şekilde yapılmasının daha isabetli olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir.<sup>130</sup>

## VI. 765 SAYILI TCK’NIN 416/3. MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇLA KARŞILAŞTIRILMASI

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut verebilecek fiiller hakkında, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’na 1953 yılında eklenen 416. maddenin son fıkrası bir düzenleme getirmişti. Bu düzenleme “*Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyle cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeydi. Eski Kanun’daki 416. madde farklı olarak “*Irza Geçme*” suçunu düzenlemekteydi.<sup>131</sup> Bu açıdan yeni düzenlemenin eski düzenlemeden belirli yönleriyle farklılaştığı görülmektedir.

<sup>129</sup> Kesin evlenme engellerinden olan hısımlık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa DURAL – Tufan ÖĞÜZ – Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku C. 3 Aile Hukuku, B. 3, İstanbul 2010, s. 55 vd.

<sup>130</sup> Bkz. TANER, “*Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler*”, s. 63.

<sup>131</sup> Bkz. KANBUR, s. 34.

İlk farklılık fail ve mağdur bakımından ortaya çıkmıştır. 765 sayılı TCK döneminde, ırza geçme fiilinin faillerinin sadece erkekler olabileceği kabul edildiği için<sup>132</sup>, uygulamada bu suçtan, 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir kadın ya da erkeğe karşı işlenmiş fiiller anlaşılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da ise, suçun faili ve mağduru erkek veya kadın olabilmektedir.

Düzenlemeler arasındaki diğer farklılık, suçun Kanun'da düzenlendiği yer bağlamında ortaya çıkmıştır. 765 sayılı TCK'da bu fiiller, “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” bölümünde suç olarak düzenlenmişti.<sup>133</sup> Ancak 5237 sayılı TCK, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmı içerisinde ve “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” bölümü altında düzenlemiş bulunmaktadır. Suçun Kanun'da düzenlendiği yerin, bir muhakeme şartı olan şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi noktasında önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Kanunlardaki düzenlemeler arasındaki son farklılık bu suçların takibi yönünden ortaya çıkmıştır. 765 sayılı TCK m. 416/3'te düzenlenen suç, re'sen takip edilen bir suçken; 5237 sayılı TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinin soruşturma ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TCK m. 104/2 hükmü, faille mağdur arasındaki yaş farkının 5 veya daha fazla olması halinde hem cezanın artırılacağını hem de suçun re'sen takip edileceğini düzenlemişken; 23.11.2005 tarihinde bu fıkranın iptal edilmesi üzerine bu suçun basit halinin takibi şikâyete bağlanmıştır. Açıklanan nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda ise suç, re'sen takip edilecektir.

---

<sup>132</sup> “TCK'nın 414 vd. maddeleri zora dayanan ‘cinsel ilişkiyi’ değil, ‘ırza geçmeyi’ cezalandırdığı için; bu suçun mağdurunun kadın ya da erkek, failinin ise sadece erkek olabileceği, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kabul edilmiştir. Kadın failin ırzına geçmesi için bir erkeği zorlaması halinde ‘ırza geçme suçundan söz edilemeyeceğini; pasif kişinin ırza geçmesi mümkün olmadığından ve maddede kendi ırzına geçirme cezalandırılmadığından, kadınların ırza geçme suçunu işlemelerinin imkânsız olduğunu ve bu gibi durumlarda şartları varsa; tehdit, özgürlüğü kısıtlama ya da müessir fiil suçlarının oluşabileceğini savunanlar çoğunluktaydı.” Bkz. SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 103.

<sup>133</sup> Mülga TCK'da cinsel özgürlüğe karşı suçların “*Genel Adap ve Aile Düzeni*” başlığı altında düzenlenmesinin, bu suçların mağdurlarının daha çok kadınlar olduğu göz önüne alındığında, kadının birey değil, kolektif düzenin bir parçası olduğu anlayışını yansıttığı ifade edilmektedir. “*Sadece bu başlık dahi, devletin cinsel suçları ve başlıca mağdur olan kadını nasıl konumlandığını anlatmaya yeter. Burada kadın bir ‘birey’ olarak değil kolektifin bir parçası olarak ele alınır. Kadının beden bütünlüğü, cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı, onuru değildir korunmak istenen. Genel ahlak anlayışını ve aile düzenini korumak hedeflenir. Kadının yaygın ahlak normları içindeki yeri ve ailedeki konumu dikkate alındığında, korumanın nasıl gerçekleşebileceğini anlamak hiç de zor olmasa gerek. Aileye kutsallık tanımakta ve kadın aile içinde var edilmektedir. Kadın aileyi korumak için vardır; bu suçlarda zarar gören kadın değil, içinde bulunduğu toplum ve ailedir.*” Bkz. SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 94.

## VII. SUÇUN MUHAKEMESİ

### A. ŞİKÂYET

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ilk düzenlenme biçimindeki nitelikli halin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra, suçun basit halinin soruşturma ve kovuşturulması şikâyete bağlanmıştır. Bir muhakeme şartı olan<sup>134</sup> şikâyet, TCK m. 73'te düzenlenmiştir. Özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından şikâyet hakkına kimin sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasında için sürenin ne zamandan itibaren başlayacağı hususları öğretide tartışma konusu olmuştur.

Suçun soruşturma ve kovuşturulması için aranan şikâyet hakkının kime ait olduğu sorunu, failin yaşıyla ilgili olarak ortaya konulan görüşler doğrultusunda şekillenmektedir. Buna göre, failin 18 yaşını doldurmuş bir kimse olabileceği görüşü ile 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış bir kimse olabileceği görüşlerine binaen doktrinde bir ayrıma gidilmiştir.

Failin 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış kimseler olabileceğini kabul eden görüş benimsendiğinde, şikâyet hakkının kime ait olduğunu belirlemek sorun yaratmaktadır. Sorunun çözümüne ilişkin ortaya konan ilk görüş, ikna eden çocuğun fail; ikna edilen çocuğusa mağdur olduğundan yola çıkılarak, şikâyet hakkının sadece ikna edilen çocuğa tanınması doğrultusunda<sup>135</sup> diğer görüş, birbirleriyle cinsel ilişkiye girenlerin 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuklar olması halinde, her iki tarafın da şikâyet hakkına sahip olması gerektiği yönündedir. Buna göre, bir taraf şikâyet hakkını kullandığında bu kimse mağdur, şikâyet edilen kişiye fail; her iki taraf da şikâyet hakkını kullandığında her iki taraf da fail ve mağdur sıfatını kazanmaktadır.<sup>136</sup>

Bu suçta failin 18 yaşını doldurmuş bir kimse olması gerektiğini düşünenlere göre; şikâyet hakkına sahip olan kişi, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış olan ve kendisiyle cinsel ilişkide bulunan çocuktur. Şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan,<sup>137</sup> hakkın

<sup>134</sup> Bkz. TOROSLU – FEYZİOĞLU, s. 48 vd.; Devrim GÜNGÖR, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009, s. 31.

<sup>135</sup> Bkz. ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 195.

<sup>136</sup> Bkz. SOYASLAN, s. 247.

<sup>137</sup> “Sanığın, 15 yaşını tamamlamış mağdureye yönelik olarak işlediği iddia edilen eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesine göre takibi şikâyete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin olduğu, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkını kullanmak için kanuni temsilcilerinin iznine gerek olmayan mağdurenin soruşturma aşamasında vekil huzurunda alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu beyan etmesi karşısında, mağdure duruşmaya çağrılarak şikâyetinin devam edip etmediği, şikâyetçi değilse sanığa vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup, şikâyetin devam etmesi halinde de sanığın sorgusu yapıp uzlaşma hususu da taraflara sorularak sonucuna

yasal temsilciye değil münhasıran suçtan doğrudan zarar gören mağdura ait olduğu kabul edilmelidir.<sup>138</sup> 765 sayılı TCK m. 416/3 kapsamındaki suç, genel ahlak ve aile düzenine karşı suçlar bölümünde düzenlenmişken; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar arasında yer aldığı için kanun koyucu burada aile veya kanuni temsilcileri değil;<sup>139</sup> bizzat 15 yaşını doldurmuş olan çocuğu korumaktadır.<sup>140</sup> Bu durumda korunan hukuki değer sahibi olan çocuk, şikâyet hakkına tek başına sahiptir.<sup>141</sup>

Bir görüş, bu fiilin bir suç olarak düzenlenmesini isabetli bulmamaktadır. Zira bu davranış bir suç olarak düzenlenecekse, bu halde suçun “*kişilere karşı suçlar*” bölümünden farklı bir yerde düzenlenmesi ve re’sen takibi yerine<sup>142</sup> kanuni temsilciye şikâyet hakkı tanınması daha doğru olur.<sup>143</sup> Aksi halde davranışa rıza gösteren mağdurun aynı zamanda şikâyet hakkına sahip olmasındaki tutarsızlık<sup>144</sup> bertaraf edilemeyecektir.<sup>145</sup>

---

*göre bir hüküm kurulması gerekirken, mağdurenin anne ve babasının şikâyetten vazgeçmeleri nedeniyle sanık hakkında kamu davasının ... düşmesine karar verilmesi ...”* (14. CD. 14048 – 6281, 31.05.2012) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3510.

<sup>138</sup> Buna karşılık suçtan dolayı olarak zarar görenlerin ancak Kanun’da açıkça belirtilmesi halinde şikâyet hakkına sahip olacakları açıktır. Bu anlamda hakaret suçuna ilişkin TCK m. 131/2, suçtan dolayı olarak zarar görenlere şikâyet hakkının tanındığı bir Kanun hükmü olarak gösterilmektedir. Bkz. GÜNGÖR, Şikâyet Kurumu, s. 46.

<sup>139</sup> “*Diğer taraftan anne babanın suçtan zarar gördüğü bir gerçektir, ancak bu dolaylı bir zarardır ve dolaylı zarar da bir kişiye şikâyet hakkı vermez.*” Bkz. BEYAZIT, s. 305.

<sup>140</sup> Bkz. KANBUR, s. 59. Yazara göre; suçtan zarar görene ait olan şikâyet hakkı için, yalnızca suçtan doğrudan zarar görenlerin bu kapsamda ele alınmasının; dolaylı zarar görenlerin bu hakka ancak Kanun’da açık hüküm bulunması halinde sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Suçun mağduru haricinde başka kişilerin de suçtan doğrudan zarar gören sayılıp sayılmayacağına ilişkin en önemli dayanak, hükmün hukuki konusu ve dolayısıyla Kanun’un sistematigindeki yeridir. Zira kanun koyucu hukuki konu kriterini esas alarak yaptığı tasnifte, zarar gören veya tehlikeye giren varlık ya da menfaati esas almakta ve dolaylı olarak bu varlık veya menfaatin sahibini de işaret etmektedir. Bu bakımdan, bu suçta 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuğun şikâyet hakkına bizzat sahip olduğu kabul edilmelidir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 343-344.

<sup>141</sup> “*Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.2005 gün 2005/103 Esas 2005/89 sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK’nın 104/2. maddesini iptal etmesi nedeniyle eylemin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesine uyduğu ve anılan suçun takibinin şikâyete bağlı bulunduğu, mağdurenin ise tüm aşamalarda sanıktan davacı ve şikâyetçi olmadığı nazara alınarak kamu davasının şikâyet yokluğu sebebiyle CMK’nın 223/8 maddesi uyarınca düşürülmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ...”* (5. CD. E. 2005/18695, K. 2006/361, 30.01.2006) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2005-18695.htm> (29.10.2013)

<sup>142</sup> Suçun re’sen kovuşturulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. SEVÜK, s. 301; ÜNVER, s. 327.

<sup>143</sup> Bkz. AKSAKAL, s. 271.

<sup>144</sup> “*Yasakoyucu burada rızanın varlığına rağmen korumacı bir yaklaşımla şikâyetle eylemi suç haline dönüştürürken fail yönünden mağduriyete sebebiyet vermektedir. Failin cezalandırılması mağdurun tek taraflı beyanına bırakılmaktadır. Mağdur başlangıçta*



Kanaatimizce failin 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış bir kimse olabileceği görüşü benimsendiği halde, şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi sorun yaratmakta, konuya ilişkin ortaya konan görüşlerden hiçbiri bu belirlemenin yapılmasında ortaya sağlıklı bir ölçüt koyamamaktadır. Bu nedenle failin yaşı konusunda yaptığımız açıklamalar da gözetilerek, failin sadece 18 yaşını doldurmuş kişiler olabileceğinin kabulü daha tutarlı sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu görüş kabul edildiğinde şikâyet hakkının münhasıran 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuğa ait olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Şikâyet hakkının kime ait olduğu bu şekilde çözümlense de, cinsel ilişkiye rıza gösteren mağdura daha sonra bu suçtan ötürü şikâyet hakkı tanımak çelişkili bir durumdur. Bu türden bir düzenleme, şikâyet hakkını kullanmaması karşılığında mağdurun her türlü çıkarı temin edebilmesinin hukuki dayanağını oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, 15 yaşını tamamlamış fakat 18 yaşını tamamlamamış olan çocuğa şikâyet hakkı tanınmasının yanlış olduğu düşünülmektedir. Sorunun çözümü için öncelikli olarak bu fiilin suç olmaktan çıkarılması; bu mümkün değilse şikâyet hakkının çocuğa tanınmaması gerektiğini düşünüyoruz.

5237 sayılı TCK m. 73/1 ve 2 de yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, şikâyet hakkı, zamanaşımı süresini geçirmemek koşuluyla, müştekinin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içinde kullanılmalıdır.<sup>146</sup> Bu noktada, şikâyet hakkının kullanılması için

---

*isteyerek ve arzu ederek ortaya koyduğu iradesini, adeta gizli bir silah olarak kullanabilmektedir. Başlangıçta şartlar eşitken daha sonra yapılan şikâyetle bu şartlar fail aleyhine tek taraflı olarak değişmekte, bu durumda yasakoyucu mağduru korumakla faili mağdur etmektedir. Bu nedenle bu eylem yani 15-18 yaşında bulunanlarla yapılan cinsel ilişki ya doğrudan suç sayılarak iradenin tek taraflı fesada uğratılmasının önüne geçilmeliydi ya da rızanın bulunması halinde eylem her haliyle suç olmaktan çıkarılmıydu diye düşünmekteyiz.” Bkz. TUĞRUL, s. 518.*

<sup>145</sup> Yazar, öncelikli olarak TCK m. 104’te düzenlenmiş olan fiilin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini; bu olmadığı takdirde ise davranışa rıza gösteren mağdurun şikâyet hakkına sahip olmaması gerektiğini ve suçun Kanun’da “kişilere karşı suçlar” bölümünden farklı bir yerde düzenlenerek, kanuni temsilciye şikâyet hakkı tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 345. “Kaldı ki buna benzer bir suç, diğer Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında yoktur. Zira 15 yaşındaki çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde büyük ölçüde tasarruf edebildiğini kabul ettikten sonra, aynı yaşta çocuk için cinsel ilişkiyi ceza hukuku aracılığıyla önlemeye çalışmak, uygun bir yaklaşım değildir. Bu yaşta cinsel ilişkinin çocuk için psikolojik açıdan zararlı olması veya tercih edilen bir eylem olmaması başka şey, bunun ceza hukukunun konusu haline getirilmesi başka bir şeydir.” Bkz. TANER, “Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler”, s. 63.

<sup>146</sup> “Nüfus kaydına göre 07.09.1990 doğumlu olup 07.09.2008 tarihinde 18 yaşını tamamlamış olan mağdureye, sanığın 27.02.2008 tarihinden itibaren gerçekleştirdiği oluştaya uygun şekilde kabul edilen eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen takibi şikâyete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, 07.09.2008 tarihinden sonraki eylemlerinin ise mağdurenin reşit olması ve rızası nedeniyle suç oluşturmadığı, ilk defa

Kanun'da öngörülen hak düşürücü sürenin ne zamandan itibaren başlayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre mağdur, fiilin suç olduğunu, cinsel ilişkiyi ilk yaşadığı andan itibaren biliyorsa 6 aylık şikâyet süresi bu tarihten itibaren başlar. Ancak mağdur, yaşadığı cinsel ilişkinin suç olduğunu sonradan öğrenirse 6 aylık şikâyet süresi, mağdurun bunun suç olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlar. Bu görüşe dayanak olarak fiilin bilinmesinin, hukuka aykırılığı bilmeyi de kapsadığı gösterilmektedir.<sup>147</sup>

Buna karşı olan görüşe göre, bilmenin hukuka aykırılık hakkında da bilgi sahibi olmayı kapsadığı görüşü doğru değildir. Fiilin öğrenilmesinin, fiilin suç olduğunun bilinmesini gerekli kılmadığı gerekçesiyle bu görüşe katılmak ve böyle bir istisnayı gerekli görmek isabetsizdir.<sup>148</sup> Ayrıca bu görüşte olanlar şikâyet süresinin belirsiz olması ve mağdurun faili şikâyet tehdidi altında bırakması nedeniyle, şikâyet süresinin fiilin suç olduğunun öğrenilmesinden itibaren başlamasına karşı çıkmakta ve kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasının mağdurlar için de geçerli bir ilke olduğunu belirtmektedirler.<sup>149</sup>

Kanaatimizce, şikâyet hakkı süresinin başlangıcının Kanun'da açık bir şekilde "*fiilin ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarih*" olarak belirtilmesi karşısında, mağdurun bu fiilin suç olarak düzenlendiğini öğrenmesinin, şikâyet hakkı süresinin başlangıcında bir etkisi yoktur. Zira TCK m. 4'te ifade edildiği üzere ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmadığı ceza hukuku düzenimiz açısından, fiilin suç olduğunun öğrenilmesinin aranması, faili ucu açık bir şekilde ceza soruşturma ve kovuşturma tehdidi altında bırakacağı için yerinde değildir.

## B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Suçun basit hali için öngörülen ceza iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olduğu için madde itibariyle yetkili mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre asliye ceza mahkemeleridir. Ancak uygulamada, mağdurun rızasının bulunmadığından yola çıkılarak fiilin hukuki nitelendirilmesi TCK m. 103'te düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçundan yapıldıktan sonra, yargılama sırasında

---

28.10.2009 tarihinde şikâyetçi olan mağdurenin şikâyetinin 6 aylık yasal süreden sonra olduğu anlaşıldığından ve dava şartı bulunmadığından, kamu davasının ... düşmesine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması ... " (14. CD. 21668 – 6557, 11.06.2012) Aktaran: YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3509.

<sup>147</sup> Bkz. KANBUR, s. 60; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, s. 355.

<sup>148</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 346.

<sup>149</sup> Bkz. Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 83, dn. 95.

mağdurun rızasının olduğu saptandığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulması yaygın olduğu için, davaların ağır ceza mahkemelerinde görüldüğüne de sıkça rastlanmaktadır.<sup>150</sup> Suçun 2. ve 3. fıkralarda düzenlenen nitelikli halleri için madde itibarıyla yetkili mahkeme ise 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi gereği ağır ceza mahkemeleridir.

Yer yönünden yetki konusunda suçun işlendiği yer, yani faille mağdurun cinsel ilişkiyi gerçekleştirdiği yerdeki mahkeme yetkilidir.

### C. UZLAŞMA

Uzlaşma kurumu, 5560 sayılı Kanun'la değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddenin 3. fıkrasında, *“Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaşma yoluna gidilemez.”* hükmü getirilerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından uzlaşma yolu kapatılmıştır.<sup>151</sup>

### D. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

5271 sayılı CMK m. 231/5'teki *“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına*

<sup>150</sup> Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 347.

<sup>151</sup> CMK m. 253'te yer alan “uzlaşma” kurumu 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra 06.12.2006 tarihinde değişikliğe uğramış ve şimdiki şeklini almıştır. Bu Kanun'la değişmeden önce uzlaşma kurumu 5237 sayılı TCK m. 73/8 de düzenlenmişti ve soruşturulması ile kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda uzlaşma mümkündü. Bu durumda Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihiyle değişikliğin yapıldığı 06.12.2006 tarihi arasında TCK m. 104 kapsamına giren fiillerin işlenmesi halinde uzlaşmanın uygulanması mümkün olmuştur. Yargıtay, uzlaşmayı bir maddi ceza normu şeklinde algılayarak, 06.12.2006 tarihinden önce reşit olmayan kimselerle rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkiler karşısında, bu tarihten sonra da sanığın lehine olan yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Örneğin, Yargıtay'ın *“Sanığın üzerine atılı 5237 sayılı yasanın 104. maddesinde belirtilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikâyete bağlı olduğu ve 5560 sayılı Yasa ile değişik CMK'nın 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce işlendiği, 5237 sayılı yasanın 7/2. maddesi de nazara alındığında uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmalıdır; öncelikle CMK'nın 253. ve 254. maddelerine göre uzlaşma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması halinde yargılamanın sürdürülmesi ve neticesine göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmesi ...”* şeklinde verdiği kararda, uzlaşmaya ilişkin önceki düzenlemelerin lehe olduğunu gözeterek, uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. (5. CD. E. 2008/8174, K. 2009/14350, 14.12.2009) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2008-8174.htm> (27.10.2013)

*karar verilebilir.*” hükmü karşısında, bu suçun basit hali için alt sınırdan hüküm kurulması ve CMK m. 231’deki diğer koşulların sağlanması halinde, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür.<sup>152</sup> Suçun nitelikli hali içinse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün değildir.

## E. YAPTIRIM

TCK m. 104’te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit hali için öngörülen yaptırım iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. TCK m. 61 çerçevesinde belirlenen sonuç ceza miktarının bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmesi halinde, bu ceza TCK m. 50’ye göre adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilebileceği gibi<sup>153</sup>; TCK m. 51’e göre de ertelenebilecektir. Ayrıca mahkûmiyetle birlikte TCK m. 53’te yer alan hak yoksunlukları şeklindeki güvenlik tedbirleriyle suçun işleniş şekline uyar tarzda diğer güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilecektir.<sup>154</sup> Suçun ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan nitelikli halleri için Kanun’da öngörülen yaptırım on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır.

---

<sup>152</sup> CMK m. 231/12’de “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kararlarına karşı, mağdur veya savcıya tanınan itiraz kanun yoluna başvurulması halinde Yargıtay, itiraz hakkında karar verecek mercii sadece CMK m. 231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yönelik şekli şartları inceleyebileceği; bunun dışında kalan suçun sübutu, nitelendirilmesi gibi konularda esasa dair değerlendirme yapamayacağı yönünde kararlar vermektedir. Açıklanmayan mahkûmiyet hükmü varlık kazanamadığı için bu karara karşı temyiz incelemesine başvurmak mümkün değildir. Bu durumun AİHS.’in 13. maddesinde yer alan “Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvuru Hakkı”nı zedelediğini düşünmekteyiz. Örneğin, ilk derece mahkemesinin TCK m. 103’te yer alan “Çocuğun cinsel istismarı” suçunun koşulları bulunmasına rağmen, suçun hukuki nitelendirmesini yanlış yaparak TCK m. 104’te yer alan “Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçundan hüküm kurduğunu ve şartları bulunduğu için de CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiğini düşünelim. Verilen bu karara karşı mağdur veya savcının kendilerine tanınan itiraz kanun yoluna başvurusu halinde, itiraz mercii, Yargıtay’ın görüşü doğrultusunda, esasa ilişkin bir değerlendirmede bulunamayacak ve hüküm kurulması gereken suçun çocukların cinsel istismarı suçu olduğunu ileri süremeyecektir. Dolayısıyla mağdur veya suçtan zarar görenler adına kabul edilemez sonuçlar doğacaktır. Örnek karar için bkz. Yargıtay 14. CD. E. 2012/5625, K. 2012/6230 ve 31.05.2012 tarihli kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2012-5625.htm> (27.10.2013). Yargıtay’ın bu konudaki görüşüne ilişkin eleştiri için bkz. Veli Özer **ÖZBEK** – İsa **BAŞBÜYÜK**, “Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine”, in. CHD, S. 21, 2013, s. 7-19.

<sup>153</sup> Seçenek müeyyidelere çevirme hakkında bkz. TOROSLU, Ceza Müeyyidesi, s. 130 vd.

<sup>154</sup> Bkz. KANBUR, s. 54.

## F. DAVA ZAMANAŞIMI<sup>155</sup>

TCK m. 66/1 uyarınca, bu suçun basit şekli için dava zamanaşımı süresi 8 yıl iken; nitelikli şekli için bu süre 15 yıldır. TCK m. 66/6 uyarınca, suçu işleyenin “çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler” olması halinde zamanaşımı süresinin başlangıcı çocuğun 18 yaşını bitirmesi şartına bağlanmıştır. Fakat bu hükmün uygulanabilmesi için şikâyet süresi içinde şikâyetin yapılmış olması şarttır.<sup>156</sup>

## SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olan diğer suç tiplerinden mağdurun rızası yönünden ayrılan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, çoğu unsuru açısından doktrin ve yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. Yapılan bu tartışmalarda ve görüşlerin farklılık kazanmasında, suçun maddi unsuru içinde yer alan cinsel ilişki tanımının belirleyici olduğunu ifade etmek gerekir. Benimsenen cinsel ilişki tanımına göre suçun faili, mağduru, maddi unsuruyla beraber suçun takibi için Kanun’da öngörülmüş olan şikâyet hakkının kim tarafından hangi süreler içinde kullanılacağı hususlarında farklı sonuçlara varılabilmektedir.

Koruduğu hukuki menfaatin dahi ne olduğunun anlayamadığı bu suçun varlığı, hem uygulamada hem de ceza hukuku tekniğinde birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu açıdan, kısmen de olsa cinsel ilişkiye rıza gösterme hakkı bulunan 15 yaşını doldurmuş küçüğe daha sonra bu suçtan ötürü şikâyet hakkı tanımak, hakkın kötüye kullanılmasını himaye eder mahiyettedir. Bu nedenle TCK’da yer alan bu düzenleme karşılaştırmalı hukuk da göz önünde bulundurulduğunda ya tamamen kaldırılmalı ya da kanuni tanımda yer alan unsurlar açıklığa kavuşturularak yeknesak ve tutarlı bir uygulama sağlanmalıdır. Bu açıdan, madde metni ile başlığı arasındaki çelişkinin giderilmesi, failin 15 yaşını doldurmuş olan bir çocuk olup olamayacağının belirlenmesi, şikâyet hakkının suçtan dolayı zarar gören kanuni temsilcilere tanınması, “cinsel ilişki” kavramının 765 sayılı TCK dönemindeki ırza geçme suçuna vücut verecek fiillerden daha geniş olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasının, çalışmada ortaya koymuş olduğumuz sorunların çözümüne katkı sağlayacağını düşünüyoruz. Belirtmeliyiz ki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenen suçlar için kapsamlı değişiklikler getiren 6545 sayılı Kanun, işaret edilen bu sorunları görmezden gelmiş; bu suç için teori ve uygulamada yaşanan aksaklıkları giderme konusunda ise herhangi bir çözüm sağlamamıştır.

<sup>155</sup> Zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen **TANER**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, B. 1, Ankara 2008.

<sup>156</sup> Bkz. **TANER**, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 348.

## KAYNAKÇA

- AKSAKAL Enver** : “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, in. İBD, C. 88, S. 2, Y. 2014, s. 257-275. (Erişim: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/19/files/assets/common/downloads/Cilt98.pdf>) (15.08.2014)
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 11, Ankara 2011.
- ATAÇ Selcen** : “*Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu*”, in. Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, (Editör: Prof. Dr. Nur Centel), B. 1, İstanbul 2013, s. 111-141.
- AYDIN Devrim** : Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- AYDIN Murat** : Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, B. 1, Ankara 2012.
- AYDIN Öykü Didem** : “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, s. 1-16. (Erişim: [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_175.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm)) (12.01.2014)
- BEYAZIT Özgür** : “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, in. TAAD, S. 1, 2010, s. 293 – 310. (Erişim: <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Uploads/Mizanpaj/78.pdf>) (29.10.2013)
- DÖNMEZER Sulhi** : “*Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı*”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. I, Ankara 2008, s. 249-283.
- DURAL Mustafa – ÖĞÜZ Tufan – GÜMÜŞ Mustafa Alper** : Türk Özel Hukuku C. 3 Aile Hukuku, B. 3, İstanbul 2010.
- ERGÜN Güneş Okuyucu**: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlal Suçu, B. 1, Ankara 2010.
- FEYZİOĞLU Metin** : “*Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları*”, in. AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 41-53.
- GENÇ Şura – COŞKUN Seçil** : “*Ensest*”, in. TBBD, S. 106, 2013, s. 215-261. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-ensest-1274>) (17.09.2014)
- GÜNGÖR Devrim** : Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007. (**Fiil Üzerinde Hata**)
- GÜNGÖR Devrim** : 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara 2009. (**Şikayet Kurumu**)
- HAFIZOĞULLARI Zeki** : “*Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*” (Erişim: <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc>)
- HAFIZOĞULLARI Zeki – GÜNGÖR Devrim** : “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, in. TBBD, S. 69, 2007, s. 21-50. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-69-298>) (29.10.2013)

- HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 2, Ankara 2010.
- HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2011.
- KANBUR Mehmet Nihat** : “*Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)*”, in. CHD, S. 21, 2013, s. 33-68.
- KATOĞLU Tuğrul** : Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, B. 1, Ankara 2003.
- ÖNTAN Yaprak** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, B. 1, Ankara 2014.
- ÖZBEK Veli Özer – BAŞBÜYÜK İsa** : “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine*”, in. CHD, S. 21, 2013, s. 7-19.
- ÖZBEK Veli Özer – KANBUR Mehmet Nihat – DOĞAN Koray – BACAKSIZ Pınar – TEPE İlker** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 5, Ankara 2013.
- PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer** : Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, B. 3, Ankara 2010.
- SANCAR Türkan Yalçın** : “*Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu*”, in. Güncel Hukuk, Nisan 2008, s. 12-17.
- SANCAR Türkan Yalçın** : Müteselsil Suç, B. 1, Ankara 1995.
- SANCAR Türkan Yalçın** : Türk Ceza Hukukunda Kadın, B. 1, Ankara 2013.
- SANCAR Türkan Yalçın** : “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç*”, in. TBBD, S. 70, 2007, s. 244-259. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-322>) (27.10.2013) (**Zincirleme Suç**)
- SEVÜK Handan Yokuş** : “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları*”, in. Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 280-302.
- SOYASLAN Doğan** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 9, Ankara 2012.
- ŞAHİN Meral Ekici** : Ceza Hukukunda Rıza, B. 1, İstanbul 2012.
- ŞEN Ersan** : Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın, in. Yorumluyorum II, B. 2, Ankara 2012.
- TANER Fahri Gökçen** : “*6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*”, in. Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 60-63. (**Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler**)
- TANER Fahri Gökçen** : Ceza Hukukunda Zamanaşımı, B. 1, Ankara 2008.
- TANER Fahri Gökçen** : Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2013. (**Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**)

- TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK Murat** : Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 10, Ankara 2013.
- TOROSLU Haluk** : Ceza Müeyyidesi, B. 1, Ankara 2010.
- TOROSLU Nevzat** : Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 19, Ankara 2013.
- TOROSLU Nevzat** : Ceza Hukuku Özel Kısım, B. 5, Ankara 2010.
- TOROSLU Nevzat** : Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin** : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Ankara 2012.
- TUĞRUL Ahmet Ceylani** : Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, B. 2, Ankara 2013.
- ÜNVER Yener** : “*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*”, in. Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 294-342.
- Yargı Kararlarına Erişim İçin:** <http://www.kazanci.com/>
- YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa** : Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, B. 2, Ankara 2014.
- YILMAZ Ejder** : Hukuk Sözlüğü, B. 3, Ankara 2005.
- ZAFER Hamide** : “*Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması*”, in. MÜHFD, Y. 2009, S. 1, s. 119-175.



## KISALTMALAR

<b>AİHS.</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>B.</b>	: Bası
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CGK.</b>	: Ceza Genel Kurulu
<b>CHD</b>	: Ceza Hukuku Dergisi
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İCK</b>	: İtalyan Ceza Kanunu
<b>in.</b>	: İçinde
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: Madde
<b>MÜHFD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>No.</b>	: Numara
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TAAD</b>	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl



*HAKEMLİ*

## **KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**

*Prof. Dr. Erden KUNTALP<sup>1</sup>  
Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI<sup>2</sup>*

### **GİRİŞ**

01.07.2012’de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesi önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Esasen bu değişiklikler, İsviçre hukukunda 1941 yılında gerçekleştirilen revizyonun, Türk hukuk sistemine yansıtılmasıdır.

İsviçre’de, 1941 yılında kefalet sözleşmesine ilişkin İBK hükümlerinde önemli değişiklikler getirilmesinin başlıca sebebi, kefilin daha fazla korunmaya ihtiyacı olduğunun açığa çıkmasıdır. Aslında, her dönemde kanun koyucular ve hakimler, kefalet alanında kötüye kullanımların önüne geçmek ve kefilin korunması için uğraş vermişlerdir. Zira kefil, üstlendiği rizikonun ağırlığını her zaman ölçememekte; altına girdiği borcun etkileri ancak gelecekte ortaya çıkabildiğinden, sözleşmeyi yaptığı sırada, ödeme yapma zorunluluğu kefile uzak ve ihtimal dışı gözükmemektedir<sup>3</sup>. Ancak özellikle 1929 ekonomik krizinden sonra, kefilin altına girdiği yükün ağırlığının farkında olmaksızın ağır sonuçlarla karşı karşıya kalması, kefaletle ilişkin yasal düzenlemelerde değişiklikler yapılmasını gündeme taşımıştır.

O dönemde, İsviçre’de bankalar tarafından verilen kredilerin yaklaşık üçte biri, kefalet ile teminat altına alınmakta ve bu nedenle söz konusu sözleşme ülke ekonomisinde önemli bir rol oynamaktaydı. Kendi ayaklarının üstünde durmak için bir kapitale ihtiyaç duyan işçi sınıfının, bankaya sunabileceği tek teminat genellikle kefalet olarak ortaya çıkmakta ve bu açıdan da kefalet, milli ekonominin gelişmesine katkısı bulunan önemli bir araç olarak kabul edilmekteydi<sup>4</sup>. Bu nedenle, az sayıda da olsa, kefalet

<sup>1</sup> Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>2</sup> Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

<sup>3</sup> MEIER, Philippe, CR CO I, Bâle 2003, Intro. art. 492-512, n. 2.

<sup>4</sup> CAVIN, Pierre, “La révision de la législation en matière de cautionnement”, JdT 1938 I 290, s. 291 vd.

sözleşmesinin tamamen yasaklanmasına yönelik tekliflerin kabul görmeyerek; onun yerine, kefaletin işlevini yerine getirmesini engellemeyecek türden koruyucu hükümlerin öngörülmesi yoluna gidilmiştir<sup>5</sup>.

İsviçre hukukunda kefalet sözleşmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen revizyon kapsamında, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarının ağırlaştırılması, özellikle müteselsil kefalette kefilin hukuki konumunun iyileştirilmesi, kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkının güçlendirilmesi ve kefaletin sona ermesinin, kefilin menfaatine en iyi hizmet edecek şekilde düzenlenmesi sayılabilir<sup>6</sup>. Bunların yanısıra, kefilin hukuki konumu, özellikle İBK md. 492'nin son fıkrası ile güçlendirilmiş ve bu hükümlerle, kefaletle ilişkin yasal düzenlemelerin kural olarak emredici olduğu kabul edilmiştir<sup>7</sup>. TBK md. 582'nin son fıkrasında da aynen yer alan İBK md. 492/son düzenlemesine göre, kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edememektedir.

Kefilin haklarından önceden vazgeçemeyeceğine ilişkin bu kural, onun, önceden matbu şekilde hazırlanmış olan sözleşmeyi imzalayarak haklarından vazgeçmesini önlemeye yönelik olup, yasa koyucunun kefile tanıdığı def'i ve itiraz haklarından, kefilin sözleşme ile önceden vazgeçmesini engellemeyi amaçlamaktadır<sup>8 9</sup>.

---

<sup>5</sup> CAVIN, La révision, s. 292 vd.

<sup>6</sup> MEIER, CR CO I, Intro. art. 492-512, n. 4.

<sup>7</sup> İsviçre'de kefalet hükümlerinin 1941 yılında gözden geçirilmesinde, mevcut kefalet düzenlemesinin tamamlayıcı niteliği aynen muhafaza edilerek, yalnızca hangi hükmün emredici olduğunun her defasında belirtilmesi önerisi kabul edilmeyerek; hukuki güvenilirlik ve açıklık sağlamak düşüncesi ile, kefalet hükümlerinin, kanun aksini belirtmedikçe, kefil koruyucu hükümler olarak hepsinin emredici olduğu kabul edilmiştir. Bu hususta bkz. GIOVANOLI, Silvio, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern 1942, Art. 492, n.86. Ayrıca bkz. CAVIN, Pierre, "Le nouveau droit du cautionnement", JdT 1942 I 34, s. 35; MEIER, Philippe, CR CO I, Intro. art. 492-512, n. 5. Kefaletle ilişkin düzenlemelerin nisbi emredici nitelikte olduğu, bir başka ifadeyle kefil lehine değişiklikler yapılabileceği ileri sürülse de, uygulamada bu durumla nadiren karşılaşılacağı kuşkusuzdur.

<sup>8</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin 2 Mayıs 2012 tarihli ATF 138 III 453 kararı, c. 2.3.2, SJ 2013 I 97, s. 102; CAVIN, s. 35.

<sup>9</sup> Bu noktada, kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğine ilişkin TBK md. 582/son hükmünün, eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yapılmış olan kefalet sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bir başka ifadeyle, eBK döneminde yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinde, kefil tüm haklarından feragat etmiş ise, TBK yürürlüğe girdikten sonra, bu feragatler geçerli olmaya devam edecek midir? Bu hususta, TBK md. 582/son hükmünün emrediciliği göz önünde bulundurulmalı ve TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesi dikkate alınmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, TBK hükümleri, yürürlüğe

Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile, İsviçre'de yaklaşık yetmiş sene önce gerçekleştirilen bu değişiklikler, büyük ölçüde TBK'ya da alınmakla birlikte, bazı noktalarda mehz kanundan ayrılma söz konusu olmuştur. Bu çalışmada, kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan yeni düzenlemelerin, ne gibi sonuçlar doğuracağını eski Borçlar Kanunu (eBK) ile karşılaştırmalı şekilde inceleyerek, bir değerlendirme yapmaya çalışacağız.

## **I- Kefaletin hukuki niteliği ve özellikleri**

### **A) Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği**

Kefalet sözleşmesi, TBK md. 581'de tanımlanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, kefilin borcu fer'i bir borçtur; geçerliliği, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır<sup>10</sup>. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği, kefalet sözleşmesinin, alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasından doğan bir sonuçtur. Teminat kavramının doğası gereği, temin edilen borcun mevcut ve geçerli olması gerekmektedir. Bir borcun mevcut ve geçerli olup olmadığına bakılmaksızın verilen teminat, gerçekte olağanüstü bir teminat olup, garanti sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

Fer'i niteliğinden dolayı, alacaklının kefilden talepte bulunabilmesi için, asıl alacağın muaccel olması gerekmektedir<sup>12</sup>. Asıl alacak muaccel olmadan, kefilin borcu da muaccel olmaz (TBK md. 590/1, İBK md. 501/1).

Kefaletin fer'i nitelikte olmasının bir diğer sonucu, kefalet, asıl borcun kaderine bağlı olmasıdır<sup>13</sup>. Bu çerçevede asıl borç sona ererse, kefaletten doğan borç da sona erer (TBK md. 598/1, İBK md. 509/1).

---

girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır". O halde, eBK dönemindeki feragatler, TBK yürürlüğe girdikten sonra geçersiz olarak kabul edilmelidir. TBK md. 582/son'un ratio legis'i de bu sonucu doğrulamaktadır.

<sup>10</sup> GIOVANOLI, Art. 492, n. 16 vd.; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. II, İstanbul 2010, s. 695 vd.; REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 22 vd.; ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 79 vd.; TERCIER, Pierre/ FAVRE, Pascal G., Les contrats spéciaux, Genève-Zurich-Bâle 2009, s. 1027, n. 6790 vd.; MEIER, CR CO I, art. 492, n. 34 vd.

<sup>11</sup> ÖZEN, s. 80. Belirtmek gerekir ki, gelecekte doğacak veya geciktirici şarta bağlı bir borca kefalet mümkündür ve bu, kefaletin fer'iliğine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira, bu hallerde de kefilden talepte bulunulabilmesi için, asıl borcun doğmuş olması gerekmektedir.

<sup>12</sup> REİSOĞLU, s. 23; CAVIN, s. 44; ÖZEN, s. 85.

<sup>13</sup> MEIER, CR CO I, art. 492, n. 35; ÖZEN, s. 80 vd.

Kefaletle temin edilen alacak bir başkasına devredilirse, kefaletten doğan haklar da yeni alacaklıya geçer (TBK md. 189/1, İBK md. 170/1). Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinden doğan alacak, esas alacaktan bağımsız bir şekilde devredilemez. Aynı şekilde, kefalet sözleşmesinden doğan alacağın, esas alacaktan bağımsız bir şekilde rehni veya haczi de mümkün değildir<sup>14</sup>.

Kefaletin fer'iliğinden kaynaklanan bir başka sonuç, kefilin, asıl borçtan doğan (ancak asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanmayan) tüm def'i ve itirazları, alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>15</sup> (TBK md. 591, İBK md. 502). Asıl borçtan doğan def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme, kefil açısından aynı zamanda bir zorunluluk (kulfet) olup; bu def'i ve itirazları ileri sürmeksizin alacaklıya ödemede bulunması durumunda kefil, borçluya karşı olan rücu hakkını yitirmektedir<sup>16</sup>.

### **B) Kefalet sözleşmesinin ani ifalı olması**

Bu sözleşmenin zamanla olan ilişkisi açısından, doktrinde çok çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi, her ne kadar fer'i nitelikte de olsa, sözleşme olarak asıl borcu doğuran sözleşmeden bağımsız bir niteliği haizdir<sup>17</sup>. Ayrıca asıl borcun konusu ne olursa olsun, kefilin borcu, asıl borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı incelenirken, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcu dikkate alınmamalı; yalnızca kefalet sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu olan kefilin borcu göz önünde tutulmalıdır<sup>19</sup>.

Kefilin borcunun zamanla olan ilişkisi açısından, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, kefalet sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, karakteristik edim yükümlülüğü olan kefilin borcu, şarta bağlı ani bir edim şeklinde ortaya

<sup>14</sup> ÖZEN, s. 88.

<sup>15</sup> MEIER, CR CO I, art. 492, n. 35; ÖZEN, s. 85 vd.; REİSOĞLU, s. 24.

<sup>16</sup> MEIER, CR CO I, art. 502, n. 7. Borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürmek kefil için bir yükümlülük değil, bir kulfettir. Zira bunu yapmadığı takdirde sadece borçluya rücu hakkını kaybeder, başkaca bir yaptırımla karşı karşıya kalmaz.

<sup>17</sup> TANDOĞAN, s. 700 vd.; REİSOĞLU, s. 24; ÖZEN, s. 66; TERCIER/ FAVRE, s. 1026, n. 6787.

<sup>18</sup> TANDOĞAN, s. 697 vd.; REİSOĞLU, s. 27 vd.

<sup>19</sup> Oysa Alman hukukundaki gibi, kefilin kural olarak aynen ifa ile yükümlü olduğu bir hukuk sisteminde, kefilin yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, asıl borç ilişkisindeki borçlunun edimi olacağından, kefilin borcunun zamanla olan ilişkisinin tespitinde, asıl borçlunun edimi de önem kazanacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, İstanbul 2011, s. 68 vd.

çıkılmaktadır<sup>20</sup>. Her ne kadar kefil, edimini sürekli olarak ifaya hazır konumda bulunmak zorunda ise de, kefilin borcu, bir satım sözleşmesinden doğan borcun ifasının geciktirici şarta bağlanmasından farklı değildir<sup>21</sup>.

Bir diğer görüş ise, kefilin borcunun, asıl borçlunun edimini temin etmek olduğu noktasından yola çıkarak, kefilin borcunun kapsamının zamana bağlı olduğunu ve bu nedenle kefalet sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi olduğunu ifade etmektedir<sup>22</sup>. Bu görüş, kefilin edimini ifaya hazır durumda bulunması gerekliliğini bir asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirmekte ve bu garanti unsurundan ötürü sözleşmeyi, bir sürekli borç ilişkisi olarak kabul etmektedir.

Buna karşılık üçüncü bir görüş ise, kefalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi benzeri bir niteliği haiz olduğunu belirtmektedir<sup>23</sup>.

Kanaatimizce kefalet sözleşmesi, şarta bağlı ani edimli bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Kefilin, her an edimini ifaya hazır olması gerekliliği, onun bir asli edim yükümlülüğü değildir. Kefil, ancak asıl borç muaccel olduktan sonra, asıl borçlu bu borcu ifa etmezse, alacaklının bu nedenle uğradığı zarardan, taahhüt ettiği tutar miktarınca sorumlu olmaktadır. Kefilin, “borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde bundan doğan zararı kendisinin ödeyeceğini” taahhüt etmesi, kefalet sözleşmesinin sebebini (causa’sını) oluşturur; yoksa onu sürekli bir garanti yükümlülüğü altına sokmaz. Ayrıca kefilin borcunun kapsamı zamana bağlı olarak belirlenmemekte; borcun kapsamı, borçlunun temerrüdü ile belirli hale gelmekte ve sözleşmede belirlenen azami tutarı aşmamaktadır. Tüm bu nedenlerle, kefalet sözleşmesini geciktirici şarta bağlı ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmek yerinde olmaktadır<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> GAUCH, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 13, dipnot 4; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.s. 31.

<sup>21</sup> GAUCH, s. 13, dipnot 4; CHERPILLOD, Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988, s. 13, n. 5.

<sup>22</sup> VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007, s. 51 vd.

<sup>23</sup> TERCIER/ FAVRE, s. 1026, n. 6783. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmenin kabulünde yazarlar, kriter olarak karakteristik edimin tek bir edim olmasına rağmen, bunun ifasının birden fazla ifa hareketiyle gerçekleştirilmesini, ancak borcun sona ermesinin, her ifa hareketiyle kısım kısım değil, son ifa hareketiyle tek bir seferde gerçekleştiğini benimsemiş gözükmektedirler (Aynı eser, n. 381’e yaptıkları atıf dolayısıyla). Ancak, kanaatimizce, kefilin borcunu kısım kısım ifa etmesi halinde, borcun sona ermesi de her ifa hareketiyle kısım kısım gerçekleşmektedir.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 70.

Kefalet sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi oluşturup oluşturmadığına ilişkin yukarıdaki değerlendirme, aslında çok önemli sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edildiği takdirde, belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerine özgü bir sona erdirmeye yolu olan olağan fesih<sup>25</sup>, kefalet sözleşmesi açısından da geçerli olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Böyle bir durumda, örneğin, bir banka ile cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesi yapan asıl borçlunun borcuna kefil olan bir kişi, asıl borçlunun mevcut bir borcunun bulunmadığı durumda, herhangi bir gerekçe göstermeden yapacağı tek taraflı bir fesih beyanıyla, kefalet sözleşmesini ileriye etkili olarak sonlandırabilecektir. Oysa, ani edimli bir sözleşmenin var olduğunun kabul edilmesi halinde, kefilin, sözleşmeyi olağan fesih yoluyla sona erdirmesi söz konusu olamayacaktır. Yukarıdaki değerlendirmelerimizde kefalet sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu sonucuna vardığımızdan, kefalet sözleşmesinde olağan fesih imkanının mümkün olmadığı sonucunu da kabul etmek gerektiği açıktır.

### **C) Süreli kefaletin mümkün olması**

Kefalet sözleşmesi, ani edimli bir sözleşme olduğu halde, kefilin borcu açısından çeşitli süreler söz konusu olabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesi süresiz olarak yapılabileceği gibi, bir süreye de bağlanmış olabilir. Eğer kefalet sözleşmesi süreli olarak yapılmışsa, bu süre, kefilin borcunun ortadan kalkacağı zamana işaret etmektedir. Yoksa kararlaştırılan süre, kefilin ediminin kapsamının belirlenmesinde etkili değildir. Örneğin, asıl borçlunun borcuna kefil olan bir kişi, 1 yıllık bir süre için kefil olmuşsa, bu sürenin sonunda borcundan kurtulmaktadır (TBK md. 600). Eğer böyle bir kefalet sözleşmesi süresiz olarak yapılmışsa, kefilin ne şekilde borcundan kurtulacağı ise, TBK md. 601'de düzenlenmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, kefalet sözleşmesinin asıl borçtan bağımsız bir şekilde sona ermesi, süreli ve süresiz kefalet ayrımı yapılarak incelenecektir.

## **II- Kefalet sözleşmesinin sona ermesi**

Kefalet sözleşmesi, fer'i niteliği gereği, asıl borcu sona erdiren sebeplerden dolayı sona erebileceği gibi; asıl borçtan tamamen bağımsız bir şekilde, kendine özgü sebeplerle de sona erebilir. Aşağıda öncelikle kefaletin özelliklerinden kaynaklanan sona ermesini, daha sonra ise kefaletin özellikleri dışında kalan sebeplerden sona ermesini inceleyeceğiz.

---

<sup>25</sup> Olağan fesih, bütün belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde geçerli bir sona erdirmeye yolu olduğu konusunda bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 91.



## A) Kefaletin özelliklerinden kaynaklanan sona erme

### 1) Fer'i niteliğinden kaynaklanan sona erme

Kefalet sözleşmesi, fer'i niteliği gereği, asıl borcun sona ermesi nedeniyle, kendiliğinden sona erecektir. Nitekim TBK md. 598/1'e göre, "*Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*". Buna göre, borcun, asıl borçlunun borcu ifasıyla, borçluya yüklenemeyen bir sebeple imkansızlaşmasıyla, asıl borçlunun alacaklı tarafından ibrasıyla sona ermesi veya yenileme ya da alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle sona ermesi arasında, kefalet son bulması açısından hiçbir fark yoktur; asıl borcun sona ermesine yol açan bu sebeplerin her biri, fer'i niteliğinden dolayı kefaletin de sona ermesine yol açmaktadır<sup>26</sup>.

Bu hususta, cari hesabın taşıdığı özelliğe de değinmek gerekmektedir. Öncelikle, bir cari hesap ilişkisinin bütününe kefil olunmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir<sup>27</sup>. Tüm teminatlar açısından geçerli olan belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan TBK md. 528/1'e göre, "*kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*" Bu düzenleme, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>28</sup>. Belirlilik ilkesi çerçevesinde, asıl borç ilişkisinin sadece taraflarının bilinmesi yeterli değildir. Aynı zamanda borcun hukuki sebebi, kapsamı ve ifa zamanı da bilinmelidir<sup>29</sup>. Bu çerçevede, bir cari hesap ilişkisine kefil olmak mümkündür. Bu durumda asıl borcun hukuki kaynağı belli olduğu için, borcun tam miktarı belirli olmasa dahi, bunun "belirlenebilir" olduğu kabul edilmektedir. Ancak asıl borçlunun, hukuki sebebi ne olursa olsun, alacaklıya karşı ileride doğacak tüm borçlarına kefil olunması, geçersiz olarak kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Zira böyle bir durumda kefil, kişilik haklarına

<sup>26</sup> ÖZEN, s. 521 vd.; MEIER, CR CO I, art. 509, n. 2 vd.

<sup>27</sup> REİSOĞLU, s. 40.

<sup>28</sup> TERCIER/ FAVRE, s. 1036, n. 6860

<sup>29</sup> TERCIER/ FAVRE, s. 1036, n. 6860; ATF 120 II 35 (27.01.1994); ATF 128 III 434.

<sup>30</sup> REİSOĞLU, s. 37; SİRMEN, Lâle/ KIRCA, İsmail, Kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir inceleme, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, Ankara 2011, s. 607; ATF 120 II 35: Karara konu olan olayda, kefil, borçlunun bankaya karşı doğmuş doğacak tüm borçlarından sorumlu olmayı üstlenmiştir. Federal Mahkeme, böyle bir sorumluluğun hiçbir sınırının olmadığını ve kefilin taahhüdünün kapsamı hakkında kesin bir fikre sahip olmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Zira, asıl borçlunun bankaya karşı olan her tür borcu bu kapsama dahil edilebilir. Örneğin haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da bu kapsama dahil olacaktır. Federal Mahkeme'ye göre bu taahhüt geçersizdir, zira böyle

aykırılık teşkil edecek şekilde, aşırı derecede bir taahhüt altına girmiş olacak ve bu da TMK md. 23/2'ye aykırılık oluşturacaktır.

Bir cari hesap ilişkisinin bütünü için kefil olunması halinde, cari hesap sonucunun belirli bir zamanda sıfırlanması, kefaletin sona ermesine yol açmamaktadır. Cari hesap ilişkisi devam ettiği sürece, kefalet de devam etmektedir<sup>31</sup>. Bu durumda, kefalet sözleşmesinin ancak kendine özgü sebeplerle, bir başka ifadeyle asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak sona ermesi mümkün olabilecektir.

## 2) Haklı sebeple fesih imkanının bulunmaması

Bir sözleşmenin süresinin dolmasına veya en yakın olağan fesih süresine kadar sözleşmeye devam dürüstlük kuralına göre çekilemez hale gelmişse, o sözleşmenin feshi için haklı bir sebep mevcut demektir<sup>32</sup>. Ancak haklı sebeple fesih, sadece sürekli borç ilişkileri açısından geçerli olan bir sona erdirmeye imkanındır. İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrin, haklı sebeple feshi, tüm sürekli borç ilişkileri açısından geçerli genel bir ilke olarak kabul etmektedir<sup>33</sup>. Türk hukukunda henüz Yargıtay içtihatlarıyla böyle bir genel ilke kabul edilmiş değilse de, doktrinde<sup>34</sup> bu yönde görüşler ileri sürülmektedir. Gerçekten de, kanunda düzenlenmiş olsun veya olmasın, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerin varlığı halinde derhal feshedilebileceği kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, yukarıda da ele alındığı üzere, kefalet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi değil, ani ifalı bir sözleşmedir. Ani ifalı sözleşmelerde ise, haklı sebeple fesih imkanı mevcut değildir. Esasen ani ifalı sözleşmelerde böyle bir fesih imkanına ihtiyaç da yoktur. Zira bu tür sözleşmelerde karakteristik edimin ifası zamana yayılmamakta, tek bir ifa hareketiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, sözleşmeye devamı çekilmez hale getiren şartların ortaya çıkması da söz konusu olmamaktadır. Ancak,

---

bir taahhüt, kişilik hakkının aşırı derecede sınırlandırılması anlamına gelmekte olup, İMK md. 27/2 ( TMK md. 23/2)'ye aykırıdır. Bununla birlikte, Federal Mahkeme, söz konusu olaya ilişkin olarak, İBK md. 20/2'de yer bulan kısmi hükümsüzlüğün devreye girip giremeyeceğini tartışmakta ve İBK md. 20/2'nin ratio legis'ine bakıldığında, söz konusu hükmün, yüklenilen aşırı taahhütlerin, tarafların farazi iradeleri çerçevesinde, kanunen izin verilen sınıra çekmeye imkan verdiğini belirtmektedir. Böylece, söz konusu olaydaki kefalet sözleşmesini tamamen geçersiz kabul etmek yerine, borçlunun, bankaya karşı, cari hesap şeklinde açılmış krediden doğacak borçları açısından geçerli kabul edilebileceğini ortaya koymuş bulunmaktadır.

<sup>31</sup> ÖZEN, s. 524; aynı yönde MEIER, CR CO I, art. 509, n. 5.

<sup>32</sup> ALTINOK ORMANCI, s. 133.

<sup>33</sup> ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284; ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, s. 16; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, s. 124 vd.

<sup>34</sup> SELİÇİ, s. 201 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 111.

istisnaen, geciktirici şarta veya vadeye bağlanmış ani ifalı sözleşmelerde, şart gerçekleşinceye veya vade doluncaya kadar geçen süre içerisinde değişen koşullar, tarafların edimlerini yerine getirmeleri açısından bir beklenemezlik durumu yaratabilecektir. Kefalet sözleşmesi de, şarta bağlı ani edimli bir borç ilişkisi olarak değerlendirildiğinden, burada da aynı hususun gündeme gelebilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, İsviçre hukukunda mevcut olan kefaletten dönme imkanını TBK'ya alarak, belirli şartlar altında kefile sözleşme ile altına girdiği yükümlülükten kurtulma imkanını getirmiş ve böylece bu şartların varlığı halinde, kefilin borcunun geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına olanak tanımıştır. Kefaletten dönmenin hangi şartlar altında mümkün olduğuna ileride değinilecektir.

### **B) Kefaletin özellikleri dışında kalan sebeplerden dolayı sona erme**

Bu başlık altında, kefaletin, asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeden bağımsız olarak sona ermesi ele alınacaktır. Bu çerçevede, kefalet sözleşmesinin öncelikle bir süreye bağlı olarak sona ermesine değinilecek; daha sonra TBK ile getirilen yeni bir sona erme nedeni olan kefaletten dönme üzerinde durulacaktır.

#### **1) Kefalet sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak sona ermesi**

Kefalet sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak sona ermesi, üç farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda öncelikle süresiz ve süreli kefalet sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınarak, bu sözleşmelerin süre unsuruna bağlı olarak sona ermelerinin özellikleri incelenecek; sonrasında ise TBK ile getirilen on yıllık azami süre ele değerlendirilecektir.

##### **a) Süresiz kefalet sözleşmesi**

Kefalet sözleşmesinin, herhangi bir süreye bağlanmaksızın yapılabilmesi mümkündür. Bu takdirde süreli olmayan (süresiz) bir kefalet sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Süresiz kefalet sözleşmelerinde, kefilin altına girdiği yükümlülükten nasıl kurtulacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususta, eBK ile TBK'nın getirdiği düzenlemeler arasında oldukça önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu soruyu, öncelikle eBK dönemindeki düzenlemeler çerçevesinde, daha sonra da TBK çerçevesinde inceleyerek cevaplandırmaya çalışacağız.

##### **aa) eBK dönemindeki durum**

eBK md. 494'e göre, süreli olmayan kefalet sözleşmelerinde borç muaccel olduktan sonra, kefil alacaklıdan bir ay içinde icra veya mahkemeye müracaat ederek hakkını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibe

devam etmesini istemek imkanına sahip bulunmaktaydı. Bir borcun muaccel olması için alacaklının borçluya ihbarda bulunması gerekiyorsa, kefil, kefalet tarihinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muaccel olunca icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini talep edebilmekteydi. Şayet alacaklı, kefilin bu talebini nazara almazsa, o takdirde kefil borcundan kurtulmaktaydı.

Görüldüğü üzere, süresiz kefalet sözleşmelerinde, eBK kefile borcundan kurtulma imkanları sunmaktaydı. Kefilin, eBK md. 494'de belirtildiği şekilde alacaklıya yönelttiği talepler alacaklı tarafından yerine getirilmezse, kefil de borcundan kurtulabilmekteydi<sup>35</sup>. Ne var ki, Yargıtay içtihatları ve doktrin, eBK dönemindeki bu düzenlemenin emredici olmadığını kabul etmekteydi: Pek çok Yargıtay kararında<sup>36</sup> ve doktrinde<sup>37</sup>,

<sup>35</sup> eBK md. 494'de yer alan ve süresiz kefalet sözleşmelerinde kefile kefaletten kurtulma imkanı sağlayan bu imkanın, müteselsil kefalet açısından da mümkün olup olmayacağı doktrinde tartışılmaktaydı. Hakim görüş, müteselsil kefilin, eBK md. 494'den yararlanamayacağını ileri sürmekteydi: bkz. REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 240 vd.; BARLAS, Nami, Belirsiz süreli kefalet sözleşmelerinde asıl borcun muaccel olması halinde müteselsil kefilin BK m. 494/f.1 hükmünden yararlanmasının mümkün olup olmadığı sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 187 vd.; müteselsil kefilin bu imkandan kısıtlı bir şekilde yararlanabileceği yönünde bkz. TANDOĞAN, s. 803. Aksi yöndeki (müteselsil kefilin de bu hükümden tüm kapsamıyla yararlanabileceği yönündeki) görüş için bkz. ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkanları, İstanbul 1996, s. 154 vd.

<sup>36</sup> Yarg. HGK'nın 23.10.2002 tarihli, E. 2002/19-866, K. 2002/845 sayılı kararı: Karara konu olan olayda, cari hesap şeklinde işleyen bir krediye süresiz olarak kefil olunmuş ve sözleşmeye, eBK md. 493 ve 494'de kefilin kendisine tanınan haklardan feragat ettiğine dair açık hüküm konulmuştur. Kefil belirli bir tarihte bankaya gönderdiği ihtarname ile mevcut borç bakiyesinin kendisine bildirilmesini ve tebliğ tarihinden sonra borçluya kullanılacak kredilerden sorumlu olmayacağını beyan etmiş; banka bu talebe herhangi bir cevap vermemiştir. İhtarnamenin tebliğ tarihi itibarıyla asıl borçlunun bankaya herhangi bir borcu bulunmadığından, yerel mahkeme bu tarihten sonra kullanılan kredilerden kefilin sorumlu tutulamayacağına karar vermiş, kararın Yargıtay özel dairesince bozulması üzerine yerel mahkeme kararında direnmiş, direnme kararı da Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır. Ancak davacı vekili tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuş ve Hukuk Genel Kurulu, karar düzeltme incelemesinde direnme kararının zuhulen onanmış olduğunu ifade etmiş ve direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Gerek Yargıtay özel dairesi, gerekse Hukuk Genel Kurulu, eBK md. 493-494 hükümlerinin emredici olmadığını, kefile bu hükümlerde sunulan kurtulma imkanından peşinen feragatin mümkün olduğunu, cari hesap şeklinde işleyen bir kredide, kredi borcunun herhangi bir tarihte sıfırlanmış olmasının tek başına kredi sözleşmesini sona erdirmeyeceğini; bu tarihten sonra yeni bir kredi kullanılmasının yeni bir sözleşme olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle kefilin başlangıçtaki feragatinin bu yeni kredi açısından da geçerliliğini koruduğunu; ayrıca kefilin sözleşme kurulduktan sonra tek taraflı olarak kefaletini geri alamayacağını belirtmiştir. Hukuk Genel Kurulu, bu hususlarda özel daire ile HGK kararlarında herhangi bir görüş farklılığı bulunmadığını; HGK'nın özel daireden farklı yönde karar vermesinin (direnme kararını onamasının) somut

bu düzenlemenin tamamlayıcı bir kural olduğu, sözleşme ile aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmekteydi. Uygulamada da özellikle bankalar tarafından hazırlanan kefalet sözleşmelerinde, kefilin kendisine tanınan sorumluluktan kurtulma imkanından önceden feragat ettiğine dair beyanı alınmaktaydı. Böyle bir durumda cari kredi ilişkisine kefil olan kişi, eski borcu olmadığı halde, ileride doğacak borçlara kefil olmaktan hiçbir şekilde kurtulamıyor ve bu yönde yapmış olduğu herhangi bir beyanı geçerli kabul edilmiyordu. Bir borca bir defa kefil olan kişinin, ucu açık bir şekilde ilelebet bu kefaletin sorumluluğunu taşıması, kanaatimizce kişisel özgürlüğün aşırı şekilde sınırlandırılması anlamına gelmekte ve kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte idi.

#### **ab)TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki durum**

TBK md. 601, eBK md. 494'deki gibi, kefile, aynı taleplerle alacaklıya başvurma imkanını getirmiş, alacaklının kefilin istemlerini yerine getirmemesi halinde de kefilin borcundan kurtulacağını düzenlemiştir. Ancak TBK md. 601, eBK md. 494'e göre daha farklı şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, *“Sürelili olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.*

*Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.*

*Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur.”*

---

olayın şartlarından kaynaklandığını; daha açık bir ifadeyle bankanın kefilin ihtarnamesine cevap vermeyerek onda kefaletten kurtulduğu yönünde haklı bir kanaat uyandırdığını ancak buna rağmen borçluya kredi kullandırmasının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığını benimseyerek direnme kararını onadığını ifade etmiş; ancak karar düzeltme incelemesi sonucunda direnme kararını bozmuştur. eBK md. 493-494'de kefile tanınan kurtulma imkanlarından önceden feragatin mümkün olduğu yönünde başka kararlar için bkz. Yarg. HGK, T. 1.12.1999, E. 1999/19-1033, K. 1999/1005; Yarg. HGK, T. 19.11.1997, E. 1997/19-667, K. 1997/905; Yarg. 19. HD, T. 26.12.2005, E.2005/2261, K. 2005/13044 sayılı kararı; Yarg. 19. HD, T. 28.3.2005, E. 204/6918, K. 2005/ 3261; Yarg. 19. HD, T.23.6.2003, E.2002/3964, K.2003/6724; Yarg. 19. HD, T. 11.12.2000, E. 2000/8434, K. 2000/8577; Yarg. 19. HD, E.1996/4347, K.1996/7984;

<sup>37</sup> REİSOĞLU, 1992, s. 242.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eBK’da müteselsil kefilin bu imkandan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda herhangi bir açıklık yokken, TBK md. 601, bu imkanı müteselsil kefil açısından da kabul etmiştir. Hükmün düzenleniş şekline anlaşıldığı üzere, adi kefil gibi, müteselsil kefil de, alacaklıya borçluyu takip etmesi ve bu takibe ara vermeden devam etmesi yönünde bir bildirimde bulunabilecek; alacaklı bu istemleri yerine getirmese borcundan kurtulacaktır. Ancak düzenlemede, müteselsil kefilin, “kanunun öngördüğü hallerde” bu imkandan yararlanabileceği belirtilmekte, bu ifadeden de, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için yerine getirmesi gereken davranışların anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Gerçekten TBK md. 601’in karşılığını oluşturan İBK md. 511 düzenlemesi de, kefilin, “kendisinin takip edilebilmesi için gerekli olduğu takdirde” alacaklıdan bu taleplerde bulunabileceği düzenlenmiştir. TBK md. 586 gereği, alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, bunların paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulamayacağından, ancak böyle bir güvencenin varlığı ihtimalinde, müteselsil kefil alacaklıya bildirimde bulunarak bu rehinlerin paraya çevrilmesi işleminin bir ay içinde başlatılmasını isteyebilecektir. Alacaklı bir ay içinde bu süreci başlatmaz veya başlatmakla birlikte önemli ölçüde ara verirse, müteselsil kefil sorumluluktan kurtulacaktır<sup>39</sup>.

Süresiz kefalette kefile sunulan kefaletten kurtulma imkanına ilişkin önemli bir değişiklik de, TBK md. 582/3 ile getirilen “*kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*” hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm gereği, eBK’dakinin aksine, TBK md. 601’deki düzenlemenin emredici olduğu ve aksi yönde anlaşmaların, bir başka ifadeyle kefilin kendisine tanınan borçtan kurtulma imkanlarından önceden feragat etmesi sonucunu doğuracak anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmelidir<sup>40</sup>.

#### **b) Süreli kefalet sözleşmesi**

TBK md. 600’e göre, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur. Sürenin dolmasıyla kefilin sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkar; bunun için kefilin bir beyanına ya da herhangi bir mahkeme kararına gerek yoktur<sup>41</sup>. eBK’da ise, süreli kefalet halinde, sürenin dolmasını takip eden bir ay içinde, alacaklının icra veya mahkeme yoluyla takibe

---

<sup>38</sup> ÖZEN, s. 545.

<sup>39</sup> ÖZEN, s. 545; İBK açısından aynı yönde bkz. MEIER, CR CO I, art. 511, n. 8.

<sup>40</sup> Süreli olmayan kefalet sözleşmelerini düzenleyen İBK md. 511 hükmünün emredici olduğu yönünde bkz. MEIER, CR CO I, art. 511, n. 3; TERCIER/ FAVRE, s. 1069, n. 7114.

<sup>41</sup> ÖZEN, s. 534.

başlamaması veya takibe uzun süre ara vermesi halinde, kefilin kefaletten kurtulacağı düzenlenmişti (eBK md. 493). Dolayısıyla eBK, sürenin dolmasından sonra, alacaklıya takibe geçebilmesi için bir aylık ek bir süre vermektedir. Bu süre içinde alacaklının hareketsiz kalması halinde ise, kefil borcundan kurtulmaktaydı.

İBK md. 510/3 vd.'nda yer alan süreli kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenleme ise, eBK'daki düzenlemeye daha yakındır. İBK md. 510/3'e göre, belirli bir süre için kefil olan kişi, alacaklı bu sürenin dolmasını takip eden dört hafta içinde hukuken hakkının yerine getirilmesi için takibe başlamazsa veya takibe uzun süre ara verirse, kefalet borcundan kurtulur.

Bu düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce, hangi hallerde kefalet sözleşmesinin belirli bir süreye bağlanmış olduğunu tespit etmek faydalı olacaktır. Belirli süreli kefalet sözleşmesinin tespitinde, sözleşmenin kendisi ve somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır<sup>42</sup>. Kefilin sorumluluğu belirli bir tarih, bir süre veya objektif olarak belirlenebilir bir vade ile sınırlandırılmışsa, burada belirli süreye bağlı bir kefalet sözleşmesi söz konusudur<sup>43</sup>. Örneğin, kefalet sözleşmesi, "kefilin hayatı süresince"<sup>44</sup>, veya "daha erken sona erdirmeye ihbarı yapılmadığı takdirde beş yıl süreyle"<sup>45</sup>, ya da "lehine kefil olunan şirket, kâr elde etmeye başlayana kadar"<sup>46</sup> geçerli olmak üzere akdedilmişse, bu hallerde belirli bir süreye bağlı kefalet sözleşmesinin bulunduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık, bozucu şarta bağlı bir kefalet sözleşmesinin, bu hüküm çerçevesinde belirli süreli olduğundan bahsedilemez. Ayrıca, kefalet sözleşmesinin (kefilin sorumluluğunun) süreye bağlanması ile, temin edilen asıl borcun süre ile sınırlandırılması birbirinden farklıdır; ikinci durumda sadece belirli bir zaman sürecinde doğma ihtimali olan borçların teminat altına alınması söz konusudur. Oysa kefaletin süreye bağlanması ihtimalinde, bizzat kefilin yükümlülüğü bir süre ile sınırlandırılmaktadır<sup>47</sup>. Temin edilen asıl borcun süre ile sınırlandırıldığı haller, daha ziyade ileride doğma ihtimali olan

<sup>42</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a aa.

<sup>43</sup> ATF 125 III 435, c. 2a bb; aynı yönde bkz. ÖZEN, s. 536.

<sup>44</sup> MEIER, Art. 510, n. 11; ÖZEN s. 536. Burada süreli bir kefaletin kabul edilmesinin sebebi, kefilin ölümü üzerine mirasçılarının sorumluluğunun gündeme gelmeyecek olmasıdır. Ancak kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren on yıllık süre geçmişse, kefil ölmese bile, TBK md. 598/3 gereği sorumluluğu sona erecektir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.

<sup>45</sup> MEIER, Art. 510, n.11; ÖZEN, s. 536.

<sup>46</sup> MEIER, Art. 510, n. 11; ENGEL, Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, s. 659.

<sup>47</sup> MEIER, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a bb; ÖZEN, s. 538; benzer şekilde bkz. REİSOĞLU, s. 299.

borçlara kefil olunması halinde, özellikle de cari hesap şeklindeki kredi sözleşmeleri açısından gündeme gelebilir. Bu halde kefil, söz konusu süre içinde doğacak borçlardan, herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın sorumlu olacaktır; dolayısıyla İBK md. 510/3'ün uygulama alanının dışına çıkılmaktadır<sup>48</sup>. Tereddüt halinde, kefalet sözleşmesinin garanti amacına uygun olarak, süresiz olduğunun kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, süreye bağlanmış kefalet sözleşmelerinde, eBK düzenlemesi, alacaklıya bir aylık bir ek süre getirmekteydi. Kefalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlayan bu bir aylık süre içinde, alacaklının icra veya mahkeme yoluyla alacağını takip etmesi gerekmekteydi ve kefil de bu süre boyunca sorumlu olmaya devam ediyordu.

Söz konusu eBK düzenlemesinin emredici olmadığı doktrinde<sup>50</sup> ve pek çok Yargıtay kararıyla<sup>51</sup> kabul edilmekteydi. Bu çerçevede taraflarca aksi kararlaştırılabilen bu düzenleme, uygulamada en çok kefalet başvuran bankalar tarafından devre dışı bırakılarak, kefilin eBK md. 493'de kendisine tanınan kefaletten kurtulma imkanından önceden feragat etmesi sonucu doğmuş oluyordu.

İBK'daki düzenleme ise, belirli süreye bağlanmış kefalet sözleşmelerinde alacaklıya dört haftalık bir ek süre tanımaktadır. Alacaklı, bu süre içinde alacağını takibe geçmez veya takibe uzun süre ara verirse, kefil borcundan kurtulmaktadır. Söz konusu hüküm, sadece kefalet süresi sona erdiğinde, asıl borcun muaccel olduğu halleri kapsamaktadır<sup>52</sup>. Kefalet sözleşmesinin süresi sona erdiği halde asıl borç muaccel değilse, kefil ancak aynı teminat göstererek sorumluluktan kurtulabilecek; aksi takdirde asıl borç muaccel olana kadar sorumluluğu devam edecektir<sup>53</sup>. Ancak eBK

---

<sup>48</sup> ATF 125 III 435, c. 2a bb. Karara konu olan kefalet sözleşmesinde, "Asıl borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisi devam ettiği müddetçe, verilmiş olan bir kredi o an itibarıyla ödenmiş veya belirli bir süre boyunca kullanılmamış olsa bile, kefilin/kefillerin yükümlülüğü de devam edecektir" ifadesi yer almaktadır. Federal Mahkeme'ye göre, burada kefilin sorumluluğu değil, temin edilen asıl borç süre açısından sınırlandırılmıştır ve asıl borçlunun iflasi, banka ile borçlu arasındaki iş ilişkisinin sona ermesine yol açtığı halde, kefilin/kefillerin sorumlulukları devam eder. Federal Mahkeme burada, söz konusu kredinin asıl borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde verilmiş olduğunu dikkate almaktadır.

<sup>49</sup> MEIER, Art. 510, n. 11; ATF 125 III 435, c.2a bb); REİSOĞLU, s. 298.

<sup>50</sup> REİSOĞLU, 1992, s. 233; ÖZEN, s. 539.

<sup>51</sup> Yarg. HGK'nın 23.10.2002 tarihli, E. 2002/19-866, K. 2002/845 sayılı kararı; Yarg. 19. HD'nin 26.12.2005 tarihli, E.2005/2261, K. 2005/13044 sayılı kararı.

<sup>52</sup> ENGEL, s. 660; MEIER, Art. 510, n. 14.

<sup>53</sup> ENGEL, s. 660; MEIER, Art. 510, n. 20 ve 21; TERCIER/ FAVRE, s. 1067, n. 7106. Söz konusu İBK düzenlemesine ne eBK'da, ne de TBK'da yer verildiğinden, süreli kefalet



dönemindeki Yargıtay içtihatlarından farklı olarak, İsviçre hukukunda söz konusu düzenlemelerin emredici olduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Bu çerçevede, kefilin sorumluluğunun devam ettiği ek dört haftalık sürenin kefil yararına olarak tamamen ortadan kaldırılabilmesi ve bu takdirde süre dolar dolmaz kefalet sözleşmesinin de sona ereceği belirtilmekte; ancak dört haftalık ek sürenin alacaklı lehine uzatılmayacağı ifade edilmektedir<sup>55</sup>.

Sürelî kefaletin sona ermesini düzenleyen TBK md. 600 hükmü ise, kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağını düzenlemekte, ancak eBK'da yer alan ek bir aylık süreyi ortadan kaldırmaktadır. O halde, İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sürelî kefalette sürenin sonunda kefilin de sorumluluğu sona ermektedir. Bu nedenle kefil, ancak bu süre dolana kadar takip edilebilecek; aksi takdirde borcundan kurtulacaktır. TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, TBK md. 582/son gereği, artık TBK md. 600'ün de emredici nitelikte olduğunun kabulü gerektiğinden, sürelî kefalette süre dolduktan sonra kefilin sorumluluğunun devam etmesine yol açacak ek süre öngörülmesi geçersiz olacaktır.

Bu noktada, kefalet sözleşmesinin süresi dolduğu halde, asıl borcun muaccel olmaması ihtimalinde kefilin sorumlu olmaya devam edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus İsviçre hukukunda İBK md. 510/4 ve İBK md. 510/5 ile çözüme bağlanmıştır. İBK md. 510/4'e göre, kefalet sona erdikten sonraki dört haftalık süre içinde asıl borç henüz muaccel değilse, kefil, ancak aynı teminat göstererek kefalet borcundan kurtulmaktadır. İBK md. 510/5'e göre ise, kefil aynı teminat göstermediği takdirde, kefalet sözleşmesinin azami süresine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, asıl borcun muaccel olduğu süreye kadar sorumlu olmaya devam etmektedir.

İBK'daki md. 510/4 ve md. 510/5 düzenlemeleri, TBK'ya alınmamıştır. Bu durumda, asıl borcun muaccel olup olmadığına bakılmaksızın, kefalet süresinin dolmasıyla kefilin borcundan kurtulacağını kabulü gerekmektedir.

---

sözleşmelerinde (eBK'ya göre), süre dolduktan sonra kefilin talebine rağmen alacaklının kendisine tanınan ek bir aylık süre içinde harekete geçmemesi, kefilin sorumluluğunu asıl borcun muaccel olmadığı ihtimalinde de sona erdirmekte idi. Zira, belirli bir süre için taahhüt altına giren kefil daha uzun bir zaman sorumlu tutmak, eBK md. 493 hükmünün açıklığı karşısında mümkün değildir. Esasen alacaklının, esas borcun muaccel olmasından önce sona erecek bir kefaleti kabul etmemesi gerekir: bkz. REİSOĞLU, 1992, s. 232 vd.

<sup>54</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 12; TERCIER/FAVRE, s. 1067, n. 7103. Nitekim, eBK'da yer almayan, İBK md. 492/son hükmü, kefilin kendi menfaatine olan hükümlerden önceden feragatinin geçersiz olacağını düzenlemektedir.

<sup>55</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 12.

**c) Gerçek kişiler tarafından verilen kefaletin on yıllık süre sonunda sona ermesi**

TBK ile getirilen ve hem süreli, hem süresiz kefaletlerde geçerli olan önemli bir yenilik, gerçek kişi tarafından verilen kefaletin, on yıllık süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. TBK md. 598/3'e göre, "*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*" TBK md. 598/4'e göre ise, "*Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir.*" Görüldüğü üzere, artık süresiz olarak yapılmış bir kefalet sözleşmesi ile kefil ilelebet sorumluluk altında kalmayacak, on yıllık süre sonunda kefalet ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, TBK md. 601'deki kefaletten kurtulma imkanlarından yararlanmayan kefil de, on yılın sonunda sorumluluktan kurtulacaktır. Kefili korumaya yönelik azami süre getiren bu düzenlemenin emredici olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>.

On yıllık süre, belirli süreli kefalet sözleşmeleri açısından da geçerlidir<sup>57</sup>. Nitekim, TBK md. 598/4, on yıldan uzun süreli kefalet sözleşmesi yapılmış olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça, kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle on yıldan uzun süre için yapılan kefalet sözleşmelerinde, on yıllık süre dolmadan sözleşme süresi uzatılmaz veya yeni bir sözleşme yapılmazsa, on yıldan sonra kefilin sorumluluğuna gidilemeyecektir. TBK md. 598/son ise, kefalet sözleşmesinin süresinin ne şekilde uzatılabileceğini düzenlemektedir. Buna göre, "*kefalet süresi en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*".

İBK'da da, kefalet sözleşmeleri azami bir süreye bağlanmıştır. Ancak bu hususu düzenleyen İBK md. 509 düzenlemesi, TBK md. 598'e nazaran önemli farklılıklar içermektedir. Öncelikle, İBK md. 509/3'e göre, bir gerçek kişi tarafından verilen her kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak yirmi yılın geçmesiyle sona erer. Konfederasyona veya kamu tüzel kişilerine veya bir kantona karşı mevcut bulunan gümrük, vergi veya benzeri kamu hukuku kaynaklı borçlara kefalet ile ulaşım kefaleti, kamu çalışanlarına

<sup>56</sup> İBK açısından aynı yönde bkz. MEIER, CR CO I, art. 509, n. 14; KELLERHALS, Otto, "Zur gesetzlichen Höchstdauer von Bürgschaften beim Bankgeschäft", in: Wirtschaft und Recht, Zürich 1957, s. 237.

<sup>57</sup> ÖZEN, s. 533.

kefalet ve periyodik edimlere kefalet halleri, bu hükmün uygulama alanı dışındadır. Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda kefilin sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından itibaren yirmi yıl sonra sona ermektedir.

TBK md. 598/3'de on yıl, İBK md. 509/3'de ise yirmi yıl olarak öngörülen azami sorumluluk süresinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ve bu sürenin zamanaşımı süresi mi, yoksa hak düşürücü süre mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Hak düşürücü süreler, bir hakkın kullanılması veya bu hakkın kullanımı için zorunlu olan hukuki fiiller için öngörülen ve dolmasıyla hakkın sona ermesine yol açan sürelerdir<sup>58</sup>. Bu nedenle hak düşürücü süreler, ağırlıklı olarak yenilik doğuran haklar açısından söz konusu olurlar<sup>59</sup>. Alacak haklarında ise söz konusu olan süre genellikle zamanaşımı süresidir ve zamanaşımı süresi, alacak hakkını ortadan kaldırmayıp, sadece dava yoluyla ileri sürülmesine engel olmaktadır<sup>60</sup>.

Kefalet sözleşmesi için öngörülen bu azami süre, asıl borçtan bağımsız olarak kefaletin sona ermesine yol açmaktadır<sup>61</sup>. Bu sürenin, hak düşürücü süre niteliğinde olduğu kabul edilmelidir<sup>62</sup>, bu nedenle kesilmesi mümkün değildir. Ayrıca hakim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır<sup>63</sup>. Aslında kanun koyucu, alacaklının genel hükümlere göre (TBK md. 146 vd.) on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olan alacak hakkını, ayrıca bir de on yıllık hak düşürücü süreye tâbi kılmıştır. Bunun sebebi, kefilin korumaktır. Nitekim zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, kefalet alacağının doğması ve muaccel olması gerekmektedir. Kefalet alacağının muaccel olmasından itibaren alacaklı on yıl içinde alacağını talep edebilecek; aksi takdirde

---

<sup>58</sup> BUZ, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 262; OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006, s. 176; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, c. I, İstanbul 2008, s. 52.

<sup>59</sup> BUZ, s. 262; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 52.

<sup>60</sup> BUZ, s. 264; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 176.

<sup>61</sup> TERCIER/ FAVRE, s. 1070, n. 7127; MEIER, CR CO I, art. 509, n. 17; ATC (Cour Civile II), 01.04.2009, Revue valaisanne de jurisprudence 2010, s. 302 vd.

<sup>62</sup> KELLERHALS, s. 237; İsviçre Federal Mahkemesinin 1 Temmuz 2012 tarihli 4C.23/2002 sayılı kararı, c. 2.3. Karara konu olan olayda, İBK md. 509/3 ile kefalet süresi için öngörülen yirmi yıllık azami süre, alacaklının kefile karşı açmış olduğu dava devam etmekteyken dolmuştur. Federal Mahkeme, alacaklının zamanında (yani henüz yirmi yıllık süre dolmadan) kefile karşı takibe giriştiğini, bu nedenle dava devam etmekteyken yirmi yıllık süre dolsa da bunun dikkate alınmayacağını; aksi takdirde alacaklı zamanında harekete geçtiği halde, ona yüklenemeycek sebeplerle (örneğin kefilin davanın sonuçlanmasını geciktirici davranışları nedeniyle) dava sürecinin uzamasının sonuçlarının alacaklıya yüklenmiş olacağını ve bunun kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir: bkz. c. 2.4.

<sup>63</sup> Federal Mahkemenin 4C.23/2002 kararı, c.2.3; ATC (Cour Civile II), 01.04.2009, Revue valaisanne de jurisprudence 2010, s. 306. Kararda, "kanunda öngörülen söz konusu zamanaşımı süresinin veya hak düşürücü sürenin hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği" ifade edilmiş, fakat bu sürenin hukuki niteliği konusunda kesin bir kaniya varılmaktan kaçınılmıştır.

alacağı zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak alacağın doğması ve muaccel olması, kefalet sözleşmesi kurulduktan çok uzun bir süre sonrasında denk gelebilir. Örneğin bir kredi kartı sözleşmesine kefil olunması ihtimalinde, asıl borçlu kredi kartı borçlarını yirmi yıl boyunca düzgün bir şekilde ifa ettikten sonra, borcunu ödememeye başlayabilir. Bu durumda, kefilin borcu yirmi yıldan sonra muaccel olacak ve otuzuncu yılın sonuna kadar alacaklı tarafından dava edilebilecektir. Bu ise kefile aşırı bir sorumluluk yüklemek anlamına gelecektir. Başkasının borcu için kendisini yükümlülük altına sokan kefil kanun koyucu böyle bir yük altında bırakmak istememiş ve bu nedenle, TBK md. 598/3'de, zamanaşımı süresine ilave olarak, bir de hak düşürücü süre öngörmüştür. O halde kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla işlemeye başlayan on yıllık hak düşürücü süre içinde, zamanaşımı süresi henüz dolmamış (veya işlemeye hiç başlamamış) olabilir. Her halükarda, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren on yıl sonra alacaklının hakkı sona erecek ve kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Bu özellikleri itibariyle, TBK md. 598/3'de öngörülen on yıllık süre, hak düşürücü süredir ve kefalet alacağına, zamanaşımı süresine ek olarak getirilmiştir.

Bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olması nedeniyle, İBK md. 509'un son fıkrası, alacaklıyı korumaya yönelik bir düzenleme getirmektedir. Buna göre asıl borç, kefaletin sona ermesine iki yıldan az bir süre kala muaccel olmuşsa ve alacaklı, bu süre dolmadan bunu ileri sürememişse, alacaklı, kefalet türü ne olursa olsun, asıl borçluya veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmaksızın kefilin takip edebilir. TBK'ya alınmayan bu düzenleme, alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla yönelik olup<sup>64</sup>, doğrudan kefile başvurusu imkanını getirmektedir. Bu halde, doğrudan kendisine başvuru kefil, tartışma def'i, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i gibi imkanlardan yararlanamayacaktır<sup>65</sup>. Ancak Türk hukuku açısından böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından, asıl borç kefalet süresinin sona ermesine az bir süre kaldığında muaccel olsa dahi, alacaklı doğrudan kefile gidemeyecek, kefaletin türüne göre yapması gereken işlemleri tamamladıktan sonra, kefile başvurabilecektir. Bu süre içinde kefalet süresinin dolması ise alacaklının menfaatini ihlal edeceğinden, TBK md. 598/son düzenlemesine uygun şekilde, kefalet sözleşmesinin uzatılması alacaklının çıkarları açısından yerinde olacaktır.

## 2) Kefaletten dönme

Kefaletten dönme, TBK ile kefile tanınmış yeni bir imkandır. TBK md. 599'a göre, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin

---

<sup>64</sup> MEIER, CR CO I, art. 509, n. 21.

<sup>65</sup> MEIER, CR CO I, art. 509, n. 21.

iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı düzenleme, İBK md. 510'un ilk iki fıkrasında da yer almaktadır.

Kefalet, esas itibarıyla borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşme ihtimalini teminat altına almak için yapıldığından, sözleşme bir defa kurulduktan sonra, bu nedene dayanarak, kefilin altına girdiği borçtan tek taraflı olarak kurtulması kural olarak mümkün değildir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde, alacaklının hakkının tehlikeye düşmesi nedeniyle, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar alacaklıya ifadan kaçınma imkanı getiren TBK md. 98 dahi burada uygulama alanı bulamamaktadır. Bunun ilk sebebi, kefil ile sözleşme ilişkisi içinde olan kişinin borçlu değil, alacaklı olmasıdır. Dolayısıyla ancak alacaklının ödeme güçsüzlüğü içine düşmesi ihtimalinde, TBK md. 98 hükmü uygulama alanı bulabilirdi. Bir diğer neden ise, kefalet sözleşmesinin genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. TBK md. 98 ise, sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, karşı tarafın güçsüzlüğü halinde alacaklıya ifadan kaçınma imkanı getirmektedir<sup>66</sup>.

Ancak TBK md. 599 (ve İBK md. 510/1) kefilin altına girdiği yükümlülükten tek taraflı olarak kurtulamaması kuralına bir istisna getirmektedir<sup>67</sup>. TBK md. 599'da sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, kefil, tek taraflı bir beyanla sözleşmeden dönebilmektedir. Kefaletten dönme imkanı, gelecekte doğacak bir borç için verilen her tür kefalette geçerlidir; kefaletin bir süreye bağlanmış olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur<sup>68</sup>. Ayrıca bu hüküm TBK md. 582/son gereği emredici niteliktedir; aksi sözleşme ile kararlaştırılmamaktadır<sup>69</sup>.

Kefaletten dönme imkanının varlığından bahsedebilmek için, üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, kefalet sözleşmesinin gelecekte doğacak bir borç için yapılmış olmasıdır. İkinci olarak, dönme beyanı alacaklıya vardığı anda, asıl borcun henüz doğmamış olması gerekmektedir. Bu nedenle örneğin borçlu tarafından bankadan kredi çekilmiş veya satılan mal teslim edilmiş ya da cari hesap açılmışsa, artık kefilin kefaletten dönme imkanı yoktur<sup>70</sup>. Ancak istisnai olarak, teminat altına alınan alacak

<sup>66</sup> ÖZEN, s. 563.

<sup>67</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2; PESTALOZZI, Christoph M., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2011, Art. 510, n.3.

<sup>68</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2; PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n.3; ÖZEN, s. 562.

<sup>69</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 2.

<sup>70</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5; ÖZEN, s. 564 ve s. 566.

doğduktan sonra da kefilin bazı hallerde dönme hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, asıl borç doğduktan sonra, alacaklı TBK md. 98 (İBK md. 83) veya TBK md. 390 (İBK md. 316) 'a dayalı olarak, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına sahipse, kefilin de sözleşmeden dönme hakkının olduğu kabul edilmelidir. Zira TBK md. 599 ile kefile tanınan dönme hakkının temelinde yatan düşünceye göre, alacaklı, kefilin teminatına güvenerek kendisini kesin olarak bağlamış ve dönülemez bir yükümlülük altına girmişse, kefil artık dönme hakkını kullanamaz. Ancak yukarıda sayılan hallerde, alacaklı, esas borcu doğuran sözleşmeden dönebilmektedir; bu nedenle amaca uygun olarak, kefilin de dönme hakkının varlığını kabul etmek gerekir<sup>71</sup>. Bununla birlikte, alacaklının TBK md. 125'e dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkının bulunması, kefilin dönme hakkına sahip olduğu anlamına gelmez<sup>72</sup>. Zira bu ihtimalde borç doğmuş, hatta muaccel olmuş ancak borçlu tarafından ifa edilmemiştir. Burada alacaklıya tanınan dönme hakkı, onun seçimlik haklarından biridir ve daha önce ifa edilen edimlerin iadesini gerektirir. Alacaklı ifa ettiği edimi borçludan geri alamadığı takdirde, kefaletin teminat amacı gereği, kefile başvurarak uğradığı zararın tazminini kefiliden isteyebilecektir. Bu nedenle burada kefile dönme hakkının tanınmaması, yine kefaletin amacına uygun bir çözüm olacaktır.

Kefaletten dönebilmek için aranan son şart ise, borçlunun malvarlığı durumunun, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra önemli ölçüde bozulması veya kefilin sözleşmeyi yaparken, borçlunun malvarlığı hakkında yanlış bir değerlendirme yapmış olmasıdır. İlk ihtimalde borçlunun mali durumundaki değişikliğin sebebinin herhangi bir önemi yoktur; mali durumunun bozulması kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, piyasanın durumundan da kaynaklanabilir. Önemli olan, değişikliğin önemli ölçüde olmasıdır ve burada hakimın takdir yetkisi söz konusudur<sup>73</sup>.

İkinci ihtimalde ise kefil yükümlülük altına girerken, borçlunun mali durumunu gerçekte olduğundan çok daha iyi zannetmiş olmalı ve bu varsayımında iyiniyetli olmalıdır. Bu nedenle bu yanlış değerlendirmede kefilin kusuru bulunmamalıdır<sup>74</sup>. Aslında burada, TBK md. 32 anlamında bir temel hatası söz konusudur; ancak TBK md. 30 vd. çerçevesinde esaslı hata

<sup>71</sup> PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 4; ÖZEN, s. 564 vd.; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5.

<sup>72</sup> PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 4; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 5. Aksi yönde bkz. ÖZEN, s. 565: Yazara göre, alacaklının gerek TBK md. 98'e dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkının bulunması, gerekse TBK md. 125'e göre dönme hakkına sahip olması hallerinde kefilin dönme hakkını kullanmasına imkan verilmelidir.

<sup>73</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6; ÖZEN, s. 566 vd.

<sup>74</sup> MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6.

sözleşmenin geçersizliğine yol açarken, TBK md. 599'da yer alan temel hatası, kefile sözleşmeden dönme hakkı vermektedir.<sup>75</sup>

Dönme hakkını kullanan kefil, sözleşme ile bağlılıktan kurtulmakta ve böylece altına girdiği yükümlülük geçmişe etkili olarak sona ermektedir.<sup>76</sup> TBK md. 599/2 (İBK md. 510/2) gereği, kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Burada söz konusu olan zarar, hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, menfi zarardır.<sup>77</sup>

## SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, zamanla olan ilişkisi açısından değerlendirildiğinde, şarta bağlı ani edimli bir borç ilişkisi olarak ortaya çıkmakta, ancak sona ermesi açısından pek çok sorunu gündeme getirmektedir. Herhangi bir ani edimli sözleşmeden farklı olarak, kefilin ne kadar süre ile altına girdiği borçla sorumlu olmaya devam edeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira kefil, başkasının borcu için bir yükümlülük altına girerek, bu kişinin borcunu ifa etmemesinin rizikosuna katlanmakta; bu riziko ise kefalet sözleşmesi kurulduktan uzun bir süre sonra gerçekleşebilmektedir. Kefilin borcunun sona ermesi bakımından öncelikle belirtilmesi gereken husus, kefilin, sürekli borç ilişkilerine özgü sona erdirme sebepleri olan olağan fesih ve haklı sebeple fesih imkanlarından yararlanma imkanına sahip olmadığıdır.

eBK'daki kefalet hükümleri çerçevesinde kefilin altına girdiği borç ile ilelebet sorumlu olması ihtimali sıklıkla ortaya çıkabilmekte ve bu da kefilin kişisel özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandırılması anlamına gelmekteydi. 2012 yılının Temmuz ayında yürürlüğe giren TBK ile, kefil, eBK'ya nazaran çok daha fazla koruma altına alınmış ve lehine getirilen düzenlemelerden önceden feragat edemeyeceği hükme bağlanarak, kefalet hükümlerinin emredici niteliği ön plana çıkarılmıştır. Aynı zamanda hem süreli, hem süresiz kefalet sözleşmelerinde, gerçek kişi kefilin azami on yıl süre ile sorumlu olacağı hükme bağlanmış, böylece kefil, borçlunun ödememe rizikosunu ilelebet taşımaktan kurtarılmıştır. Bunların yanısıra, kefaletten dönme imkanı ile, belirli koşullar altında kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. İBK'ya 1942 yılındaki revizyonla getirilen bu değişiklikler, yetmiş yıl gecikmeyle TBK'ya alınarak, kefalet sözleşmesinde alacaklının hakkını kötüye kullanımının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

---

<sup>75</sup> PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 6; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 6: Her iki yazar da GIOVANOLI'ye atıf yaparak, esaslı saik hatasının mevcudiyetini ifade etmektedirler. Buna karşılık Özen, burada bir temel hatasının değil, basit bir saik hatasının mevcut olduğunu; bu nedenle kefilin hataya dayanarak sözleşmeyi iptal hakkına sahip olmadığını, ancak TBK md. 599 ile kefile dönme hakkının bahşedildiğini ifade etmektedir: bkz. ÖZEN, s. 567 vd.

<sup>76</sup> PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 7; ÖZEN, s. 568; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 8.

<sup>77</sup> PESTALOZZI, BaK OR I, Art. 510, n. 7; ÖZEN, s. 569; MEIER, CR CO I, Art. 510, n. 9.

## **BİBLİOGRAFYA**

- ALTINOK ORMANCI**, Pınar, Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, İstanbul 2011.
- BARLAS**, Nami, Belirsiz süreli kefalet sözleşmelerinde asıl borcun muaccel olması halinde müteselsil kefilin BK m. 494/f.1 hükmünden yararlanmasının mümkün olup olmadığı sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- CAVIN**, Pierre, “La révision de la législation en matiere de cautionnement”, JdT 1938 I 290. (atıf şekli: CAVIN, La révision, ...)
- CAVIN**, Pierre, “Le nouveau droit du cautionnement”, JdT 1942 I 34. (atıf şekli: CAVIN, ...)
- CHERPILLOD**, Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988.
- ELÇİN GRASSINGER**, Gülçin, Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkanları, İstanbul 1996.
- ENGEL**, Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000.
- GAUCH**, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.
- GIOVANOLI**, Silvio, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern 1942, Art. 492.
- KELLERHALS**, Otto, “Zur gesetzlichen Höchstdauer von Bürgschaften beim Bankgeschäft”, in: Wirtschaft und Recht, Zürich 1957, s. 237-254.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, c. I, İstanbul 2008.
- MEIER**, Philippe, Commentaire romand Code des Obligations I, Bâle 2003, Art. 492- 512 (atıf şekli: MEIER, CR CO I, ...)
- OĞUZMAN**, Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006.
- ÖZEN**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi, İstanbul 2012.
- PESTALOZZI**, Christoph M., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2011, Art. 492-512. (atıf şekli: PESTALOZZI, BaK OR I, ...)
- REİSOĞLU**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013. (atıf şekli: REİSOĞLU, ...)
- REİSOĞLU**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992. (atıf şekli: REİSOĞLU, 1992, ...)



**SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

**SİRMEN**, Lâle/ **KIRCA**, İsmail, Kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir inceleme, Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan, Ankara 2011, s. 603-610.

**TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. II, İstanbul 2010.

**TERCIER**, Pierre/ **FAVRE**, Pascal G., Les contrats spéciaux, Genève-Zurich-Bâle 2009.

**VENTURI – ZEN-RUFFINEN**, Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007.



*HAKEMLİ*

## **KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ İŞİĞİNDA CUMHURBAŞKANININ SORUMSUZLUĞU VE DOKUNULMAZLIĞI\***

*Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR\*\**

### **GİRİŞ**

Devlet başkanlarının anayasal düzen içindeki yerleri, bu bağlamda sorumsuzluklarının ve dokunulmazlıklarının kapsamı sorunu, özellikle devlet başkanlarının görev tanımlarının dışında kalan kişisel fiil ve işlemleri söz konusu olduğunda yoğun tartışmalara konu olmaktadır.<sup>1</sup> Türk Hukukunda da, 1982 Anayasasıyla Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun ve dokunulmazlığının sınırları sorunu uzun soluklu bir tartışma konusu olarak mevcudiyetini korumaktadır.

Kanun koyucunun, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı makamına saygısından ötürü Cumhurbaşkanının kişisel fiil ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu konusunda sustuğu<sup>2</sup> varsayılsa bile, hangi amaçla suskun

---

\* Katkılarından dolayı, İsmail Yüksel, Onur Kireçtepe ve Ümit Vefa Özbay'a teşekkür ederim

\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Aslında bu tartışmalar sadece Türk Hukuk Doktrininde yaşanmamıştır. Örneğin Anayasasında Başkan'ın kişisel fiil ve işlemleriyle ilgili benzer bir boşluk olan Amerika Birleşik Devletleri'nde benzer tartışmalar doğmuştur. Water Gate Skandalı sonrası yaşanan Nixon vs. USA (1974) ve bundan yirmi yıl sonra yaşanan Clinton vs. Jones (1994) davaları, Başkan'ın sorumsuzluğunun tartışılmasına neden olmuştur. Aslında Amerika Birleşik Devletlerindeki tartışmaları, iki ülke arasında Başkanın konumu ve yetkileri açısından her ne kadar ciddi sistem farklılıkları olsa da Türkiye'deki tartışmalarla paralellik arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CHANG, Enoch, "Presidential Immunity: A Survey of United States Cases, *Taiwan International Studies Quarterly*, Vol.3, No.1, (pp.149-170), Taiwan, 2007

<sup>2</sup> Örneğin Amerikan Anayasasında, Kanun Koyucu başkanın kişisel suçlarından sorumluluğu konusunda suskun kalmış ve bu suskunluğun kasıtlı bir ihmalden ileri geldiği öne sürülmüştür. (DANIELSON, George, "Presidential Immunity From Criminal Prosecution", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 63:1065, (pp.1065-1069), USA, 1975, p.1066.)

kaldığının açıklanabilmesi ve bu boşluk karşısında teleolojik yorum<sup>3</sup> yapılabilmesi için kuvvetler ayrılığı ilkesini başlangıç noktası olarak ele almak, buradan hareket etmek gerekmektedir.<sup>4</sup> Özellikle, devlet organlarının yetkileri, hareket alanlarının sınırları üzerinde çıkan anlaşmazlıklar veya anayasa hükümlerindeki bu sorunlara yol açan boşlukları doldurmak amacıyla kuvvetler ayrılığı kuramına sıklıkla başvurulduğu dile getirilmiştir.<sup>5</sup> Böylelikle cumhurbaşkanının dokunulmazlığı ve sorumsuzluğunun nedenleri ve de sınırları açıklığa kavuşturulabilecektir.

Türk Hukukunda teorik düzeyde tartışılan cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun sınırları ve dokunulmazlığı sorunu yakın dönemde tekrar güncellik kazanmıştır.<sup>6</sup> Hakkında suç isnadı olan ve davası görülen bir

---

<sup>3</sup> Teleolojik yorum yönteminde yorumcu kanunun amacını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Yorum yöntemleri, teleolojik yorum yönteminin genetik yorum yönetimiyle örtüşmesi hakkında bkz. YÜKSEL, İsmail, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret**, Adalet, Ankara, 2013.

<sup>4</sup> GRIFFIN, Stephen, "Presidential Immunity From Criminal Law Process: Amateur Hour At The Department of Justice", **Widener Law Symposium Journal**, Vol. 5:49, (pp.49-77), USA, 2000, p.1.

<sup>5</sup> DOEHRING, Karl, **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, İstanbul, 2002, s.200.

<sup>6</sup> Bunun nedeni de 11.Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce hakkında açıklan "Kayıp Trilyon Davası"dır. Bu dava ile, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen "kovuşturma yapılmasına yer olmadığına" ilişkin verilen karar 18.05.2009 tarihinde Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kaldırılmış olmasıdır. Takipsizlik kararının gerekçesi; "Anayasanın 105. maddesinin 1. fıkrası hükmünden Cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında kalan diğer görev suçlarından sorumlu olmadığına açıkça anlaşıldığından söz edilmiştir. Cumhurbaşkanının kişisel suçlardan dolayı sorumlu olup olmadığı, eğer sorumlu ise yargılamanın nasıl ve ne zaman yapılacağı hususunda açık bir belirsizlik olduğu, tersine yorum tekniği ile vatana ihanet suçu haricinde yargılanması mümkün bulunmayan Cumhurbaşkanının, kişisel suçlarla ilgili doktrinde tartışılan cezai sorumluluğunun ise yorumsal kıstaslarla doldurulmasının ve muğlak yargılama teknikleri ve makamları ihdas edilmesinin mümkün bulunmadığı görüşünün üzerinde durulmuş ve yasal imkânsızlık nedeniyle soruşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir." denilmektedir. (bkz. <http://www.milliyet.com.tr/Default.aspx?aType=SonDakika&ArticleID=877597&Date=17.06.2008&Kategori=siyaset> Erişim Tarihi: 02.09.2014) Sincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararında, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilirken Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, yasalar yönünden dokunulmazlığı bulunan ve yasalarda yargılanmaları istisna kabul edilen kişiler ile kıyas yapılarak, şüphelinin Cumhurbaşkanı olması nedeniyle milletvekili ve bakanlara tanınan dokunulmazlığının yasa koyucunun Cumhurbaşkanını da kapsadığı yönünde görüşleri hukuktan yoksun, kanunlara aykırı olduğu açıktır görüşü dile getirilmiştir. (bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/24974449/> Erişim Tarihi: 02.09.2014) Yargıtay, 11.Ceza Dairesi'nin bu kararında Cumhurbaşkanının kişisel suçları açısından dokunulmazlığının bulunup bulunmadığı konusunda bir görüş bildirmediği görülmektedir.

cumhurbaşkanı adayının, cumhurbaşkanı seçildikten sonra bu isnatla ilgili olarak yargılanıp yargılanamayacağıyla kamuoyu ve doktrinde uzun süre tartışılmıştır. Aslında karşımıza çıkan sorun Feyzioğlu'nun da belirttiği gibi cumhurbaşkanının dokunulmazlığı sorunudur.<sup>7</sup> Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu tartışmasının yeni bir anayasaya kadar güncelliğini koruyacağı belli olmuştur. Genellikle doktrinde cumhurbaşkanının sorumsuzluğuyla dokunulmazlığının birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Bunun nedeniyse cumhurbaşkanının kişisel fiil ve işlemlerinden dolayı nasıl sorumlu tutulacağı konusunda kanun koyucunun suskun kalmış olmasıdır. Özellikle cumhurbaşkanının görevi gereği işlemediği kişisel fiillerinden dolayı cezai sorumluluğu doktrinindeki tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır.<sup>8</sup>

Tüm bu tartışmalara rağmen, Türk Hukuk Tarihinde cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu 1962 yılında somut ve açık olarak tartışılmış ve bir mahkeme içtihadına edildiği de olmuştur.<sup>9</sup> Buna karşın, gerek 1962 Anayasası gerekse 1982 Anayasası cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ötürü cezai sorumluluğuyla ilgili bulunması sorunun çözümsüz kalmasına neden olmuştur.

Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu ve dokunulmazlığını değerlendirirken göz önüne almamız gereken başka bir husus da Anayasanın 102.maddesinde, 2007 yılında 5678 sayılı Kanunun 5.maddesiyle getirilen değişikliktir. Bu değişiklikte, artık cumhurbaşkanı kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilecektir. Halk tarafından seçilen devlet başkanının anayasal sistemdeki yerinin tartışılması, cumhurbaşkanının kişisel fiil ve işlemlerinden sorumluluğunun ve dokunulmazlığının belirlenmesine ışık tutacaktır.

Çalışmanın birinci kısmında kuvvetler ayrılığı ilkesi ve cumhurbaşkanlığı makamının tarihsel gelişimi, devlet başkanlarının

---

<sup>7</sup> Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, "**Cumhurbaşkanının Dokunulmazlığına Dair Değerlendirme**", (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/cumhurbaskani-dokunulmazligi.html>) Erişim Tarihi: 01.09.2014)

<sup>8</sup> Doktrinindeki görüş ve tartışmalar için bkz. ÇOBAN, Ali Rıza, ERDAĞ, Ali İhsan, "Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması", **TBB Dergisi**, Sayı:75, 2008

<sup>9</sup> Cumhurbaşkanının şahsi suçlarıyla ilgili bu tek içtihat, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 04.10.1962 ve 3607/ 3348 sayılı kararında yer bulmaktadır. Yargıtay'ın kararına göre, Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın, Amerika'da kendisine hediye edilen ve beraberinde getirdiği silah ve mermileri gümrüksüz yurda sokması fiili sebebiyle cezalandırılması gerektiğine etmektedir.(Bkz. ÖNDER, Salih, **Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.117)

sorumsuzluklarının ve ayrıcalıklarının kaynakları, günümüzle paralellik kurularak incelenmiştir. İkinci bölümdeyse tarihsel gelişimin ışığında 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yeri değerlendirilmiştir. Sonraki bölümde cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun kapsamı incelenmiştir. Ardından, cumhurbaşkanının kendi kişisel fiil ve işlemlerinden sorumluluğu değerlendirilmiştir. Son bölümdeyse Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığı ve neden dokunulmaz olması gerektiği tartışılmıştır.

## I. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ ve CUMHURBAŞKANLIĞI MAKAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi liberal hukuk devletinin en önemli öğelerinden biridir.<sup>10</sup> Söz konusu ilke, temel olarak, devlet kudretinin birbirini denetleyip dengeleyecek bağımsız organlar arsında yasama, yargı, yürütme işlevlerine göre paylaştırılmasını ifade etmektedir.

Dünya tarihine baktığımızda Yunan şehir devletleri ve Roma'nın belli başlı dönemleri hariç, devletlerin büyük çoğunluğunun monarşiler ile yönetildiği gözlemlenebilir. Yunan Şehir Devletleri döneminde kuvvetler ayrılığıyla ilgili ilk gözlemi yapan Aristo olmuştur. Aristo'ya göre, çok zenginlerle çok fakirlerin uç isteklerini ve çatışmalarını önlemek, onların arasında aracılık ve uzlaştırma görevi görmek için orta sınıf insanlarından oluşan karma bir hükümet kurulmalıdır.<sup>11</sup> Roma Cumhuriyeti dönemindeyse Poybios Roma Cumhuriyeti'nin esenliği için kamu erklerinin birbirilerine karşı sorumlu olup birbirlerini denetlemeleri gerektiğinin önemini vurgulamıştır.<sup>12</sup> Görüleceği üzere, Aristoteles'in yaptığı bu ayrım sınıf temeline dayanan ve sınıflar arası çıkar çatışmalarının uzlaştırılmasını hedef alan bir sistem iken, Poybios, denetim ve sorumluluğun üzerinde durmuştur. Demek ki eski çağlardan beri sınıfların veya menfaat gruplarının çatışmalarının dengelenmesi ve devlet gücünü kullananların denetiminin gereği her zaman hissedilmiştir.<sup>13</sup> Bunun dışında, Roma Cumhuriyeti ve Yunan Şehir Devletlerinin var oldukları zaman dilimi hariç, geçmiş çağlar, teokratik mutlak monarşilerin hâkimiyeti altında geçmiştir.

---

<sup>10</sup> DOEHRING, s.195

<sup>11</sup> Ed. BAHMUELLER, Charles F., **Civitas**, A Framework for Civil Education, Center For Civic Education, USA, 1991, s.381.

<sup>12</sup> BAHMUELLER, a.g.e, s.381

<sup>13</sup> Eski Yunan ve Roma'da devlet görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, İlhan, **Kamu Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s.11-33

Monarşilerde ilahi bir kudretten gücünü aldığına inanılan kral mutlak suretle sorumsuzdur. Kuvvetler ayrılığı ve buna bağlı olarak parlamento kavramları oluşana kadar yasama, yürütme ve yargı yetkisi bu tek adamda toplanmış ve bu yetkiler onun adına kullanılmıştır. Bu tek adamı yani kralı sınırlayan sadece ilahi yasalarlardır. Çünkü zaten bulunduğu konumu ona Tanrının bahşettiği varsayılır. İlahi kudretin sahibi olan hükümdar hiçbir eyleminden dolayı sorumlu değildir meğer ki ilahi yasaları ihlal etsin. Yönetilenden yönetene doğru (çünkü yönetenler yetki ve görevlerini hükümdarın adına kullanırlar) ve en uçta hükümdara kadar çıkıldıkça normların kaybolduğu gözlemlenecektir. Hükümdar, normların üstünde, bu dünyada Tanrı ile baş başadır.<sup>14</sup> Monarşilerde hükümdar mutlak olarak sorumsuzdur. Çünkü bulunduğu konum gereği, kral kanun koyucunun kendisidir.<sup>15</sup> Örneğin, monarşilerde, krala karşı işlenen suçlar vatana ihanet olarak değerlendirilmiştir.<sup>16</sup>

Yalnız bu sorumsuzluğun yol açtığı sorun devlet kudretinin kullanılmasında kendini göstermekte, mutlak güce ve dolayısıyla sorumsuzluğa sahip olan kişi, gücünü kullanırken o derece denetimsiz ve sınırsız olmaktadır. Hükümdarların egemenlikleri arttıkça, tebaaları bir o kadar keyfi, kaprisli ve acımasız bir yönetimle karşılaşmışlardır. Böylelikle, özgürlüklerini, güvenliklerini kaybetmişlerdir. Yine de, aşağıda da görülebileceği gibi mutlak monarşilerden meşruti monarşilere geçişte hükümdarın sorumluluğunun kapsamının arttırılmasından ziyade, genelde egemenlik kuvvetinin, özeldeyse şiddet tekelinin keyfi kullanımının sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.<sup>17</sup>

Kuvvetler ayrılığı ilkesi Aydınlanma çağıının ve felsefesinin bir eseridir.<sup>18</sup> Bu ilke, Aydınlanma felsefesinin üç kurucu düşünüründen biri olan Locke tarafından ortaya atılmış ve daha sonra Montesquieu tarafından gözlemlenip somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Aydınlanma dönemini takip eden Amerikan ve Fransız Devrimleriyle yaygın bir şekilde uygulanmıştır. Aydınlanma Çağı düşünürleri bütün kuvvetin tek bir insanın elinde

---

<sup>14</sup> Örneğin, Osmanlı'da Padişahı protesto etmek isteyen halkın Camii çıkışı “böbürlenme Padişahım senden büyük Allah var.” dediği ileri sürülür.

<sup>15</sup> Daha net bir şekilde ifade etmek gerekirse, XIV. Louis'in dediği gibi Kral devletin kendisidir.

<sup>16</sup> ÖZEK, Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s.76

<sup>17</sup> Bu bağlamda, Aydınlanma felsefesinin ceza hukukuna etkileri için bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, **TBB Dergisi**, Sayı.113, 2014

<sup>18</sup> Bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, **TBB Dergisi**, Sayı.113, 2014

toplanmasını önemli bir tehdit olarak görmüşlerdir. Bu nedenle temel amaçları hükümdarın keyfiliğini, tek elde toplanan mutlak gücün yozlaşmasını ve zorbalık aracı olmasını önlemek olmuştur. Aydınlanma Felsefesinden doğan siyasi ilkeler, teokratik rejimleri ve mutlak monarşiler için en büyük tehdit haline gelmiştir.

Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri, egemenliğin, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle fonksiyonlara bölünmesini, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan soyut ve genel kuralların oluşturduğu kanunlarla ülkenin yönetilmesini, bu bağlamda eşitliğin sağlanmasını, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılmasıyla kişilerin devlet kudretine karşı güvence altına alınmasını ve bunun için de yürütme erkinin yargısal denetimini hedeflemektedir. Bu bağlamda, mutlakıyetçi baskı yönetimlerine karşı, parlamentoca çıkarılan kanunlar, yürütmenin sınırlandırıp, yargısal denetimin bir aracı olarak işlev gördüklerinden hürriyetlerin güvencesi olarak algılanmış, asıl mücadele yürütmeye (monarşiye) karşı parlamentonun (burjuvaların) üstünlüğünü sağlamak hususunda verilmiştir.<sup>19</sup> Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle hükümdarın egemenliği halka verilmekte ama egemenliği oluşturan erkler çeşitli temsili organlar (yasama, yürütme, yargı) arasında paylaştırılmaktadır.<sup>20</sup> Bunun nedeniyse Montesquieu'nun bir erk ancak başka bir erkle sınırlandırılabilceği ve denetlenebileceği düşüncesinde yatmaktadır.<sup>21</sup>

Tarihsel koşulları gereği, kralın yetkilerinin sınırlandırılabilceği ilk ve en başarılı örnek İngiltere'dir. Monarşilerin parlamenter sistemlere evrimi ilk olarak İngiltere'de gözlemlenmiştir.<sup>22</sup> Magna Carta ile, soyular ve Kral Common Law altında eşit duruma getirilmiş, hakları belirlenmiş, Kral ve soyluların ülke meselelerinde beraber karar alması sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>23</sup> İngiltere'de monarşiyi Kral, aristokrasiyi Lordlar Kamarası, halkıysa Avam Kamarası temsil etmiştir. Lordlar ve Avam Kamarası yasaları hazırlar,-böylelikle Aristo'nun bahsettiği tarzda sınıfsal bir uzlaşma sağlandığı söylenebilir-hükümet Kral adına bu yasaları uygular. Yargıysa uyuşmazlıkları ve çıkar çatışmalarını çözmeye çalışırdı. Daha sonra Aydınlanma Çağı'nda, Aydınlanmanın kurucu babası Locke'un ve ardılı Montesquieu'nun bu sistemden etkilendiği söylenmektedir.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> TEZİÇ, s.359

<sup>20</sup> GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Y., Ankara, 2006, s.143

<sup>21</sup> GÖREN, s.143

<sup>22</sup> TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003 s. 358.

<sup>23</sup> DOEHRING, s.194 vd.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Mehmet, **Anayasal Devlet**, Natural, Ankara, 2004,s.83 vd.



Parlamenteer sistemin doğuğu İngiltere’de devlet başkanıyla ilgili önemli bir deyiş olan “Kral hata yapmaz ( The King can do no wrong)” kralın mutlak sorumsuzluğunun kaynağı olan ilkeyi ifadeyi etmektedir. Bu ilke kralı bütün beşeri fiillerden sorumsuz kılmaktadır. Bunun nedeniyse, ilk elde Kralın egemenliğinin sınırlandırılmasının amaçlanmış olmasıdır. Böylelikle, meşrutî monarşilerde günümüzde bile genellikle kral ve ailesinin konumları semboliktir. Buna bağlı olarak sorumsuzlukları ise yetkisizliklerinden ileri gelmektedir.<sup>25</sup>

Gerçekten de günümüz İngiltere’inde dahi, Kraliyet Ailesi çağımızda dahi çok saygın ve kutsal bir konumadır. Kraliyet Ailesi ülkenin bir sembolü ve onuru haline gelmiştir. Bu nedenle hanedanın bir gün başlarından ayrılacağı düşüncesi ayıplanır, hata Kral’ın hata yapabileceği, yani hukuka aykırı bir fiilde ve işlemden bulunabileceği bile düşünülemez. Zaten, hanedan üyelerinin yetiştiriliş ve yaşayış tarzlarıyla suç işleyebilmelerinin çok istisnai bir durum olabileceği düşünülmektedir. “Kral hata yapmaz” ilkesi çerçevesinde, hangi tür fiil söz konusu olursa olsun, krala karşı dava açılmaz. Zaten, Kral’ın işlemleri hususunda karşı imza kuralı geçerlidir. Yani kralın fiil ve işlemlerinin sorumluluğu ilgili bakan ve başbakanına aittir.<sup>26</sup> Aynı zamanda Kral, kendi kişisel fiil ve işlemlerinden de tam sorumsuzdur. Aslında sorumsuzdur demek de hata olur. Çünkü zaten hata yapamamaktadır. Bir hata varsa, onu çevresinde onu yönlendirmesi gereken devlet görevlilerinde aranmalıdır.<sup>27</sup>

İlk Anayasa ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin somut hale getirilişî 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile olmuştur.<sup>28</sup> Diğer tarafta, Kıta Avrupası’nda Aydınlanma Çağı aydınlarının mutlakîyetçi yönetimlere düşmanlığı o derece büyümüştür ki Fransız İhtilalı ile birlikte Kral XVI. Louis vatana ihanet suçlamasıyla idam edilmiş ve hanedansız bir yönetime geçilmiştir. Böylelikle cumhuriyetçilik Fransız İhtilalı’nin etkisiyle dünya üzerinde yayılmaya başlamıştır. Öyle ki, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nin 16.maddesinde "erkler ayrılığının uygulanmadığı bir toplumda Anayasanın da olmayacağı" ifadesi yer almıştır.

<sup>25</sup> ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 8.Baskı,2004, s. 311

<sup>26</sup> Teziç’e göre, “yürütme organının iki başlılığı, aslında parlamenteer monarşinin İngiltere’deki tarihi gelişimi içinde ortaya çıkmış olup, daha sonra Kıta Avrupası ülkelerine de yayılmıştır.”(TEZİÇ, s.358)

<sup>27</sup>Hatta bu bağlamda İngiliz düşünürlerin Kral Başbakanı veya tüm kabineyi öldürse kimin sorumlu olacağı konusunda latife edilmektedir.

<sup>28</sup> bkz. **Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri**, Çev. Muvaffak Akbay, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2199.pdf> Erişim Tarihi, 03.09.2014)

Aydınlanma düşüncesinin zaferi ve bu düşüncenin politik ilkeleri günümüz dünyasında mutlak monarşileri çoğunlukla yıkmış, monarşinin yerini, meşruti monarşiler, monarşilere tepki olarak ortaya çıkan cumhuriyetler almıştır.<sup>29</sup> Kuvvetler ayrılığı ilkesinin ortaya çıkışıyla, çağımızda, kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan parlamenter hükümet sistemi ve kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık hükümet sistemi karşımıza çıkmaktadır.<sup>30</sup> Bunlardan ilki çoğunlukla Avrupa'da, ikincisiyse çoğunlukla ABD ve Latin Amerika'da uygulanmaktadır.

Parlamenter rejimlerde, devlet başkanının kural olarak cezai ve siyasi sorumluluğu yoktur.<sup>31</sup> Devlet Başkanının siyasi açıdan olduğu gibi cezai açıdan da sorumsuzluğu meşruti monarşilerde mutlak niteliktedir.<sup>32</sup> Cumhuriyet rejimi söz konusu olduğunda, devlet başkanlarının görevlerini yerine getirirken siyasi, hukuki ve cezai sorumluluğu yoktur ama bu sorumsuzluğunun istisnaları vardır.<sup>33</sup> Cumhurbaşkanı'nın kişisel fiil ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu ise anayasalarda düzenlenmektedir ama, Türk Hukukunda 1982 Anayasası bu konuda sessiz kalmıştır. Örneğin Almanya Anayasası'nda, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'yı veya federal yasayı kasten ihlal etmesi halinde Yüce Divan'a sevk edilebileceği hükme bağlanmıştır.<sup>34</sup>

Doktrinde kimi düşünür, monarşilerden yola çıkarak, cumhurbaşkanlarının statülerinin kralların statülerine benzetilerek oluşturulduğunu ve sorumsuzluklarının buradan doğduğunu ileri sürmektedir.<sup>35</sup> Gerçekten de yürütmenin çift başlılığı karşısında cumhurbaşkanın devleti temsil eden sembolik bir makam olduğu ileri sürülebilirse de, cumhurbaşkanının yetkileri arttırıldıkça yürütme içindeki yeri güçlenmekte, makamının sembolik olma özelliği soluklaşmaktadır. Gerçekten de, günümüz cumhuriyetlerinde ve başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerde devlet başkanlığının meşruti monarşilerdeki kadar yetkisiz ve sembolik bir makam olduğu söylenemez. Buna karşın ister

---

<sup>29</sup> ÖZER, Atilla, **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.61

<sup>30</sup> ÖNDER, Salih, **Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.52

<sup>31</sup> GÖREN, s.147

<sup>32</sup> GÖREN, s.147

<sup>33</sup> TEZİÇ, s.408

<sup>34</sup> Bkz. ÇOBAN, Ali Rıza, ERDAĞ, Ali İhsan, "Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması", **TBB Dergisi**, Sayı:75, 2008.

<sup>35</sup> GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s. 81 vd.

cumhuriyet isterse meşruti monarşi içinde bulunsunlar, devlet başkanlarının artık hakem konumunda oldukları genel kabul görmekte ve işgal ettikleri makamın simgesel niteliği ağır basmaktadır. Türkiye’de ise Osmanlı zamanında Kanunu Esasi ile İngiltere'nin örnek alındığı bir sistem kurulmaya çalışılmıştır. Cumhurbaşkanlığı makamı ise Kurtuluş Savaşı sonunda ortaya çıkmıştır. Saltanat ve hilafetin kaldırılmasıyla simgesel de olsa önemli ve kutsal sayılabilecek bir makam olma özelliğini kazanmıştır.<sup>36</sup>

Kısacası Cumhurbaşkanı sadece yürütmenin başı değil, devletin de başıdır. <sup>37</sup> Cumhurbaşkanlığı makamının ancak bu yönüyle, yıkılan monarşilerdeki kralın yerin dolduran devleti temsilen oluşturulmuş sembolik bir makam olduğu söylenebilir. Çünkü, günümüz cumhuriyetlerinde devlet başkanlığı makamına sembolik olmanın ötesinde yetkiler verilebilmektedir. Çünkü, rejim bunalımlarının engellenmesi, siyasi iktidar üzerinde kimi zaman denetim kurulmasının amaçlanması gibi nedenlerle cumhurbaşkanının konumu, yetkileri arttırılarak kuvvetlendirilebilmektedir. 1982 Anayasasında, cumhurbaşkanının tarafsızlığının üzerinde önemle durulmasının nedeni burada aranabilir. <sup>38</sup> Devlet başkanlarının da sorumsuzluk ve dokunulmazlıklarını da, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde, sahip oldukları yetkilere ve dolayısıyla buldukları sistemdeki rollerine göre değerlendirmek gerekmektedir.

Bu bağlamda milletvekili dokunulmazlığının ve sorumsuzluğunun üzerinde kısaca durmak konumuza ışık tutabilir. Yasama muafiyetleri en eski anayasal kurumlardan biri olup, İngiltere’de monarşiye karşı halkın temsilcisi olan parlamenterlerin korunması amacıyla ortaya çıkmıştır. <sup>39</sup> Böylelikle yasamanın, yürütmeye karşı bağımsızlığının sağlandığı söylenebilir. Çünkü, parlamenterlerin diledikleri anda meclise girebilmeleri, adli makamlar ve kolluk güçlerinin engellemeleri olmaksızın yasama çalışmalarına katılabilmeleri dokunulmazlıkla sağlanabilmiş ve

---

<sup>36</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin üç asli unsuru vardır: Türk Uлуу (insan unsuru), Devletin ülkesi ve egemenliği. Egemenlik, Türk Uлуununundur (AY 6/I). Cumhurbaşkanı, bizzat Devletin başı ve Türk Uлуusu + egemenlik asli unsurlarını Cumhurbaşkanlığı makamı aracılığıyla kişiliğinde temsil eden Türk vatandaşdır. (bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ACAR, Bülent: "Cumhurbaşkanı Seçile Yeterliliğinin ‘Suç İsnadı Altında Bulunmama’ Koşulu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl.66, S.2, 2007)

<sup>37</sup> GÖREN, s.152; ÖNDER, s.55

<sup>38</sup> ÖNDER, s. 55

<sup>39</sup> AKTAŞ, Kadir, “Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye’deki Gelişimi”, **Yasama Dergisi**, S.3, (s.85-114), 2006, s.85

günümüzde dahi muhalefet partilerinin iktidarın nimetlerinden yararlanan iktidar partisine karşı korunması dokunulmazlıkla mümkün olabilmektedir.<sup>40</sup> Bu koşullar, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde ele alındığında, yasama dokunulmazlığı yalnız milletvekillerinin sübjektif bir hakkı değil, parlamentoya tanınmış anayasal bir objektif statüdür.<sup>41</sup> Bu nitelikleriyle sorumsuzluk ve dokunulmazlık gibi ayrıcalıklar, erklerin birbirleri karşısında bağımsızlıklarının sağlanmasına yönelik araçlardır. Devlet başkanlarının da, aşağıda değineceğimiz gibi özellikle icrai yetkilere sahipseler ve halk tarafından seçiliyorlarsa kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde makamlarına tanınmış objektif bir statü olarak dokunulmazlığa sahip olmalarının gerektiği düşünülebilir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ilgili son olarak göz önünde tutulması gereken husus, siyasi partilerin ortaya çıkışıyla birlikte bu ilkenin de çağımızda değişime uğradığıdır.<sup>42</sup> Siyasi partiler kurumsal yapılarıyla yasamaya hâkim olmakta, yasama organını yürütmenin etkisine almaktadırlar. Bu bağlamda, yürütmenin artan yetkisi sadece KHK yapısıyla sınırlı kalmamakta, gerek yasama inisiyatifi yoluyla, gerekse parlamento çoğunluğunu yönlendirmesi yoluyla hükümetler giderek yasa yapım sürecine katılmaktadır.<sup>43</sup> Hükümetin çağımızdaki tüm bu üstünlükleri karşısında, yasama, yürütme ve yargıyla ilgili önemli görevlere sahip, halk tarafından seçilen ve icrai yetkileri bulunan kuvvetli bir cumhurbaşkanlığı makamının, yürütmenin iki kolu arasında bir politika ayrılığına, meclis-devlet başkanı çatışmalarına imkan tanıyabileceği söylenebilir.<sup>44</sup> Bu nedenle, cumhurbaşkanının tarafsız kalabilmesi, baskı ve çatışmalardan korunması önem arz etmektedir. Koruma yollarından biri de onun geçici dokunulmazlığının ve sorumsuzluğunun kapsamını anayasada sağlam temellere oturtmaktır.

---

<sup>40</sup> FEYZİOĞLU, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", **AÜHF Dergisi**, Cilt 42, S.1-4, (s.21-47), 1991-1992, s.25

<sup>41</sup> BALO, Yılmaz Solmaz, "Yasama Dokunulmazlığı", **TBB Dergisi**, S.100, (s.13-44), 2012, s.21

<sup>42</sup> Bkz. AKGÜL, Mehmet Emin, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:68, Sayı:4, (s.79-101), 2010.

<sup>43</sup> KABOĞLU, İbrahim, **Anayasa ve Toplum**, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s.115

<sup>44</sup> Bkz. GÜNEŞ, Turan, "Devlet Başkanı-Meclis Çatışması", **AÜHF Dergisi**, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/395/4271.pdf>)

## II. 1982 ANAYASASI'NDA CUMHURBAŞKANININ YERİ

Anayasamız hükümet şekli olarak parlamenter sistemi benimsemiştir. Parlamenter hükümet sistemi, Bakanlar Kurulu'nun yasama organından bağımsız olmasına karşın, yasama organına karşı bireysel ve toplu siyasal sorumluluğunun bulunması yönüyle diğer hükümet sistemlerinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda parlamenter sistemde yürütme iktidarının yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Bu hükümet şeklinde yürütme yetki ve görevi bakanlar kurulu ile cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmış olup karşı imza kuralı kabul edilmiş ve bu bağlamda cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler istisnai olarak belirtilmiştir. <sup>46</sup> Bu nedenle cumhurbaşkanının parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu yoktur. Böylelikle yürütme iki kanatlı bir yapıya sahip olmaktadır ve cumhurbaşkanı bakanlar kurulundan farklı olarak bu yapının sorumsuz kanadını oluşturmaktadır. Kısacası, parlamenter hükümet sistemlerinde devlet başkanı, ne halka ne de parlamentoya karşı doğrudan sorumlu değildir.<sup>47</sup>

1982 Anayasası devletin aygıtlarının etkisini arttırmak adına, devletin üç erki içerisinde, yürütme erkine ağırlık vererek cumhurbaşkanının konumunu güçlendirmiştir. <sup>48</sup> 1982 Anayasası'nın 104.maddesinde Cumhurbaşkanının, devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetinin ve Türk Milletinin birliğini temsil edeceği, Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme görevini icra edeceği belirtilmiştir. Bu nedenle ilgili maddede, cumhurbaşkanına devletin yasama, yürütme ve yargı erkleriyle ilgili üç tür geniş kapsamlı görev ve yetki verilmiştir.<sup>49</sup> Cumhurbaşkanı bu görev ve yetkilerinden bir kısmını tek başına gerçekleştirmektedir.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> ONAR, Erdal, "*Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?*" **TBB Uluslararası Anayasa Kurultayı**, Ankara, 2001, (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/baskanlik-sistemi.pdf>), s. 72 vd.

<sup>46</sup> GÖREN, s. 152

<sup>47</sup> GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları: Bursa, 2013, s. 327 vd.

<sup>48</sup> ÖZBUDUN, s. 312

<sup>49</sup> Cumhurbaşkanının yasama ile ilgili görevleri, gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplanmaya çağırarak, kanunları yayımlamak, kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuyla sunmak, kanunların, kanun hükmündeki

Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının klasik parlamenter sistemdeki devlet başkanına göre daha fazla yetkiye sahip olduğu, eğer Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi halinde sistemin yarı-başkanlık sistemine oldukça yaklaşacağı belirtilmiştir.<sup>51</sup>

Bu paralelde, Server Tanilli, parlamenter sistem benimsenmiş olsa da, Anayasanın cumhurbaşkanını hiçbir yetkisi alınmayan, simgesel bir devlet başkanı durumuna getirmeyi amaçlamadığını, Anayasa'nın onun yansızlığını sağlama konusunda gösterdiği özenin bunun kanıtı olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle karşı imza ilkesinin katı bir biçimde yorumlanıp cumhurbaşkanının, 'çoğunluk partisinin emrindeki bir araç' haline getirilmesine karşı çıkmaktadır.<sup>52</sup>

1982 Anayasası'nda yapılan 2007 yılındaki değişiklikle beraber, cumhurbaşkanının istemeden dahi olsa elindeki yetkilerle ve halk tarafından seçilmiş biri olmanın verdiği güvenle kendini kuvvetli hissedebileceği, diğer taraftan, yürütmenin siyasi kanadının aynı nedenlerle cumhurbaşkanıyla

---

kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermektir.

Cumhurbaşkanının yürütme ekiyle ilgili görevleri ise, Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, Genelkurmay Başkanını atamak, Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak, Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmek, Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, kararnameleri imzalamak, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, üniversite rektörlerini seçmek olarak sayılmıştır.

Cumhurbaşkanının yargıyla ilgili görev yetkileri ise, Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanmak olarak tanımlanmıştır.

<sup>50</sup> Bkz. ULUSOY, Ali, "Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:3, 2008, (s.13-25)

<sup>51</sup> ONAR, a.g.m, s.103

<sup>52</sup> TANILLI, Server, *Devlet ve Demokrasi*, Alkım, İstanbul, 2007, s.327

karşı karşıya gelebileceği açıktır. Bu durumda, halk tarafından seçilen, geniş görev ve yetkilere sahip olan Cumhurbaşkanının, koşulların oluşması halinde ister istemez kısmi de olsa siyasi karaktere bürünebileceği açıktır.<sup>53</sup>

Cumhurbaşkanlığının, seçilme koşullarıyla, makama tanınan görev ve yetkilerin genişliğiyle sembolik bir makam olmaktan uzaklaştırıldığı açık olup, her halde cumhurbaşkanının sorumsuzluk ve dokunulmazlık hallerini buna göre belirlemek gerekmektedir.

### **III. CUMHURBAŞKANININ SORUMSUZLUĞU**

Cumhurbaşkanlığı makamının tarihçesi, makamın bahsettiği görev ve yetkiler, seçilme koşulları göz önüne alındığında, demokratik rejimlerde devlet başkanlarının sorumsuzluğunun sınırlarının nereye kadar genişletilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Özellikle yukarıda açıklanan nedenlerle, ülkemizdeki gibi yarı-başkanlık sitemine yakın rejimlerde bu sorunun daha fazla altının çizilmesinde fayda vardır.

#### **A.CUMHURBAŞKANININ SORUMSUZLUK HALLERİ**

Cumhurbaşkanın hangi hallerde tam sorumsuz olduğu ve hangi halde istisnai olarak sorumluluğunun doğduğu Anayasada düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili fiil ve işlemlerinden dolayı mutlak olarak sorumsuzdur. Bunun bir nedeni çifte (karşılıklı) imza ilkesinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir nedense, tek başına gerçekleştirdiği işlemler söz konusu olduğunda bu işlemlerin yargı yoluna götürülemeyeceğinin Anayasa'da düzenlenmiş olmasıdır. Cumhurbaşkanın göreviyle ilgili sorumlu tutulabildiği istisnai ve tek hal vatana ihanettir.

Cumhurbaşkanın hangi fiil ve işlemlerinin görevi kapsamına girdiği ve ne şekilde istisnai olarak sorumlu tutulabileceğinin incelenmesi, bu makama gelen kişinin kişisel işlem ve fiillerinden dolayı sorumluluğunun belirlenmesinde bize ışık tutacaktır.

#### **1-Cumhurbaşkanının Tam Sorumsuzluğu**

Cumhurbaşkanının sorumluluk ve sorumsuzluk halini düzenleyen Anayasa'nın 105.maddesinde, Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararlarının, başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı; bu kararlardan başbakan ve ilgili

---

<sup>53</sup> Tanilli, eserinde, maalesef şimdiye kadar Cumhurbaşkanlığının yansızlığı ilkesine uyulduğunu görmediğini ifade etmiştir.(TANILLI, a.g.e., s.332)

bakanların sorumlu olduğu belirtilmiş, cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddeyle, Türk Anayasa Hukukunda cumhurbaşkanına getirilen istisnai sorumluluk haliyse, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararlar parlamento tarafından suçlanmalıdır. Bu hükümle Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili fiillerinden dolayı sorumsuzluğunun tek istisnasının vatana ihanet suçu olduğu söylenebilir.

Aslında cumhurbaşkanının göreviyle ilgili fiil ve işlemlerinden tam sorumsuzluğunun en önemli nedeni karşı imza ilkesinin uygulanmasıdır. 1982 Anayasanın 105. maddesine göre Cumhurbaşkanı, ne Başbakan ve ilgili bakanla birlikte, ne de tek başına imzaladığı kararlardan dolayı, sorumlu değildir. Cumhurbaşkanının, Başbakan ve ilgili Bakanla birlikte imzaladığı kararların siyasi ve hukuki sorumluluğu kendisiyle birlikte imzalayan tarafa aittir. Burada, Cumhurbaşkanı devletin başı olarak bir hakem rolünde olup, imzalanan kararın uygulanması onun değil hükümetin tasarrufundadır. Bu kuralın tek istisnası vatana ihanet sayılan suçlardan birini işlemiş olması halidir. Bu bakımdan kararın cumhurbaşkanınca tek başına veya Başbakan ve ilgili bakanla birlikte imzalamış olması arasında fark yoktur. Yukarıda değindiğimiz Anayasa maddesinden anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler hariç olmak üzere bütün işlemleri için karşı imza kuralı geçerli olmak zorundadır.<sup>54</sup>

#### **a. Karşı İmza İlkesi**

Karşı-imza ilkesinin kökeni, parlamenter rejimin tedricen oluşmaya başladığı meşrutî monarşi çağına dayandığı ifade edilmektedir.<sup>55</sup> Sorumsuz olan hükümdarın işlemlerine, parlamentoya karşı sorumlu bulunan başbakan ve bakanların da katılmaları, yürütme yetkisinin hükümdar ile halk temsilcileriyle paylaşılması anlamına gelmektedir. Çağımızdaysa devlet başkanının bir kararının başbakan ve ilgili bakanlar tarafından bu eski manasıyla imzalanmasından çok, aslında başbakan ve ilgili bakanlar tarafından alınan bir kararın devlet başkanınca imzalanarak şeklen etkinleştirilmesi söz konusudur.<sup>56</sup>

Karşı imza kuralı devlet başkanı ve bakanlar kurulunun yürütme işlemlerini birlikte yapmalarını ifade etmekte ve bu işlemlerin siyasi

---

<sup>54</sup> GÖREN, s.236

<sup>55</sup> ÖZBUDUN, s.311

<sup>56</sup> ÖZBUDUN, s. 311 vd.



sorumlusu olan başbakan ve bakanların inisiyatifleriyle icra edilebilir hale gelmesini ifade etmektedir.<sup>57</sup> Böylelikle karşı imza kuralı ile sorumsuz devlet başkanının yetkilerinin içi boşaltılırken, parlamentoya karşı sorumlu olan bakanlar kurulu bu sorumluluğun karşılığı olan yetkilere kavuşmaktadır.<sup>58</sup> Kısacası bakanlar kurulunun sorumluluğunu gerektiren işlemler söz konusu olduğunda cumhurbaşkanı, bu işlemleri tek başına yapamayacaktır.

Karşı imza ilkesinin yukarıda sayılan nitelikleri, bu ilkenin işlevinin cumhurbaşkanının işlemlerinden kaynaklanabilecek hukuki, cezai ve siyasi sorumluluğunun başbakan ve ilgili bakanlarca üstlenilmesi olduğunu göstermektedir.<sup>59</sup> Örneğin, cumhurbaşkanı bir elçiyi rüşvet karşılığında atamışsa, bu suçtan dolayı yargılanacak olan kişi bu işleme imzasını atan başbakan ve dışişleri bakanı olacaktır.<sup>60</sup> Sonuç olarak karşı imza ilkesi, aynı zamanda cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun da nedenidir. Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu iktidarının sınırsız oluşundan değil, simgesel yetkilere sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

### **b. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler**

Bu noktada önümüze cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden dolayı sorumsuzluğunun kaynağının ne olduğu sorusu gelmektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin devlet başkanı olma sıfatından kaynaklandığı ve sembolik olduğu dile getirilmiş, her ülkede bu tip istisnalara yer verildiği ifade edilmiştir.<sup>61</sup> Buna karşın Anayasa'da Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin belirtilmediği gibi, uygulamada Cumhurbaşkanının icrai yetkilere sahip kurumlara ve yargısal organlara yapılacak atamalara ilişkin kapsamlı yetkilerinin bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> SABUNCU Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s. 238

<sup>58</sup> TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta, İstanbul, 2001 s.315

<sup>59</sup> GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, XVI+320 s. ([www.anayasa.gen.tr/devletbaskanlari.htm](http://www.anayasa.gen.tr/devletbaskanlari.htm)), s.1

<sup>60</sup> GÖZLER, a.g.e, s.1

<sup>61</sup> ULUSOY, s.13

<sup>62</sup> GÖREN,s.224. Örnek olarak, Cumhurbaşkanının üniversite rektörlerini ve yüksek yargı organlarına üye seçmesi gösterilebilir.

Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceği konusunda Anayasa'da açıklık olmaması Cumhurbaşkanının neden bu işlemleri için sorumsuz olduğu sorusunun cevaplanmasını güçleştirmekte ve hukuk devletiyle uyumsuz bir yapı arz etmektedir.

Anayasa 105.maddesinin ikinci fıkrasında, cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz hükmünü getirerek cumhurbaşkanını devletin başı olması nedeniyle yaptığı işlemlerden sorumsuz olduğunu belirtmiştir.

## **2- Cumhurbaşkanı'nın Göreviyle İlgili İstisnai Sorumluluğu: Vatana İhanet**

Anayasanın düzenlemesi ve içinde barındırdığı boşluklar cumhurbaşkanının sorumluluğu gerçekten sadece vatana ihanetten dolayı mı sorumlu tutulabileceği sorusunu akla getirmektedir. Bu soruyu cevaplandırmadan önce kısaca vatana ihanet kavramını ve mevzuatımızdaki yerini açıklamamız gerekmektedir.

Vatana ihanet kavramının ne ülkemizde ne de dünyada doktrinle kesin ve belirli bir tanımı yapılmış değildir.<sup>63</sup> Her ülke kendi kanunlarında, çeşitli fiilleri vatana ihanet olarak tanımlamıştır. Ama buna rağmen bu fiillerin birçok ortak noktasının olduğunu belirtmek gerekir. <sup>64</sup>

Vatana ihanet kavramıyla ilgili tartışmaların üç temel yaklaşıma dayandığını ifade edebiliriz.<sup>65</sup> Vatana ihanet kavramına kimi düşünür siyasi boyutuyla bakmakta, kimisiyse hukuki açıdan yaklaşmakta ve kanunilik ilkesine vurgu yapmaktadır. Üçüncü bir görüşse, her iki kanadı da uzlaştıran karma bir bakış açısı getirmiştir. Vatana ihanet kavramının siyasi boyutuna vurgu yapanlar, bu kavramın siyasi bir yargıyı ifade ettiğini, vatana ihanet suçlamasının bu yönüyle parlamentonun elinde bir silah işlevi gördüğünü, çünkü hangi fiillerin bu kapsama girdiğinin belirlenmemiş olduğunu ifade etmektedirler. Burada, hangi fiil veya fiillerin bu şekilde nitelendirileceğine

---

<sup>63</sup> bkz. KARAGÖZ Kasım, BİRTEK, Fatih, "Parlamerter Sistemde Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu ve Yargılanması", **Prof.Dr.Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Vedat, İstanbul, 2009. (ss.1071-1731)

<sup>64</sup> Türk hukukunda vatana ihanet kavramıyla ilgili olarak ilk düzenleme, 12.02.1991 tarih ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 29.04.1920 tarih ve 2 Sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu ile yapılmıştır. Türk Ceza Hukukunda, vatana ihanetle ilgili düzenlemeler için bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 183-184)

<sup>65</sup>Vatana ihanet kavramıyla ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. ÖZEK, Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s.75-79; ayrıca GÖZLER, Türk Anayasa, s.331.

parlamento karar verecektir. Vatana ihanet kavramına kanunilik ilkesi çerçevesinde yaklaşan düşünürler, ceza hukukundaki suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin üzerinde durmakta ve açıkça tanımlanan somut suç fillerine dayanılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, vatana ihanetle ilgili somut düzenlemeler Türk Askeri Ceza Kanununda bulunduğundan ancak bu Kanundaki düzenlemelerden cumhurbaşkanı sorumlu tutulabilir. Üçüncü görüş sahipleriye, eklektik bir düşünceden yola çıkarak, Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçlamasıyla Yüce Divana gönderildiğinde, Yüce Divanın ancak, cumhurbaşkanına filleri, Türk Ceza Kanunu tarafından hükme bağlanmış bir suç tipine giriyorsa ceza verebileceğini savunmaktadırlar.

Vatana ihanet kavramının siyasi yönünün üzerinde duran Teziç'e göre, bu kavramdan, genel olarak, cumhurbaşkanının görevlerini ağır şekilde ihmal ettiği hallerin anlaşılması gerektiği, bu siyasi kavramla suçlayacak olanınsa parlamento olacağı ve dolayısıyla vatana ihanet kavramının, siyaset ve hukukun ortak sınırlarındaki bir kavram olduğunu belirtmiştir.<sup>66</sup>

Vatana ihanet kavramına eklektik açıdan yaklaşan Tanör/Yüzbaşıoğlu göreyse, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle cumhurbaşkanına yönelik vatana ihanet suçlaması ancak ceza kanunlarındaki suçlara dayandırılabilir. Ama bu bağlamda hangi suçların vatana ihanet teşkil edeceğini, suçlandırma aşamasında TBMM belirleyecek ama bu konuda son nitelendirmeyi Yüce Divan yapacaktır.<sup>67</sup> Türk Hukukunda hakim olan görüş bu son görüştür.

T.B.M.M. İçtüzüğü'nün 105. maddesi: “ *Görevde bulunan veya görevden ayrılmış olan Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasını isteyen önerge ile Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükümlerine dayanıldığını ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlediği öne sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.* ” hükmünü barındırmaktadır. Bu bağlamda, vatana ihanetin belirli bir durumun adı olduğu, bir suçun adı olmadığı söylenebilir.<sup>68</sup> Nitekim vatana ihanet kavramı başlı başına suç olarak düzenlenmese bile siyasi içerikli bir kavramdır. Bu maddeyle kanun koyucunun karma görüşü benimsediği söylenebilir. Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçlaması yapılırken hangi ceza hükümlerine dayanıldığı gösterilmelidir.

---

<sup>66</sup> Bu görüşe göre, vatana ihanet bir ceza hukuku kavramı olmaktan çok siyasi/cezai bir kavramdır: suçların kanuniliği ilkesi dışındadır ve bunun yaptırımının ne olacağını Yüce Divan belirler.(TEZİÇ,s.409)

<sup>67</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.316

<sup>68</sup> GÖREN: s.236

Biz hakim görüşe katılmıyoruz. Vatana ihanet suçunun siyasi yönünün olması, parlamentonun her türlü suç fiiline dayanarak cumhurbaşkanını vatana ihanetle suçlayabileceği anlamına gelmemektedir. Buna en başta kavramın siyasi yönü engeldir.<sup>69</sup> Çünkü vatana ihanet terimi, devletin siyasi unsuru olan egemenlik<sup>70</sup> kudretini ortadan kaldırmayı, zayıflatmayı veya değiştirmeyi hedef alan ve bu amaçla işlenen fiilleri nitelemektedir. Bu bağlamda vatana ihanetin, temel anlamıyla siyasal iktidarın kullanılması bakımından özel sadakat hallerinin ihlali olarak tanımlandığının belirtilmesi gerekmektedir.<sup>71</sup> Örneğin, bir yargı mensubunu rüşvet alarak atayan cumhurbaşkanının vatana ihanet ettiğini söylemek bir zorlama olacaktır. Ama aynı yargı mensubu bir ülkenin casusu olduğunda ve cumhurbaşkanı bu kişiyi kasten atadığında durumun değişeceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, vatana ihanet kavramının devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları ifade etmektedir. Bu bağlamda vatana ihanet suç tipleri, devletin varlığı, ülkesinin bölünmez bütünlüğü ve Anayasal düzenini tehlikeye atmaları veya zarar vermeleri açısından üçe ayrılabilirler.<sup>72</sup>

Kanunilik ilkesi, insanların neyle suçlanacaklarını açık ve belirli bir şekilde bilmelerini de ifade etmektedir. Ancak böylelikle insanlar davranışlarını yönlendirebileceklerdir. İnsanların davranışlarını yönlendirebilmesi aynı zamanda geriye yürüme yasağına da bağlıdır. Çünkü kimse işlediği zaman yasak olmayan bir fiili nedeniyle suçlanamaz. Yine ancak böylelikle keyfilikten kaçınılabilir, çünkü aksi halde eskiden suç olmayan bir fiil suç haline getirilebilir ve geriye yürütülebilir. Bu durumda kişi neyin suç olduğunu bilmeden keyfi olarak suçlanacaktır. Şüphesiz bu koşullar cumhurbaşkanı için de geçerlidir. Cumhurbaşkanının hangi fiilleriyle vatana ihanetten suçlanabileceğini bilmesi gerekmektedir ki bu fiilleri işlemekten kaçınabilsin. Tersine durum, parlamentoya keyfilik tanımak olacak ve koşulları varlığı halinde cumhurbaşkanını parlamentonun baskısıyla karşı karşıya bırakacaktır. Bu nedenle de vatana ihanet kavramını salt siyasi açıdan değerlendiren görüşe katılmak mümkün değildir.

---

<sup>69</sup> Siyasi ceza hukuku kavramı için bkz. JESCHECK, Hans-Hainrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev. Feridun Yenisey, Beta, İstanbul, 2007, s.135

<sup>70</sup> Burada kullandığımız egemenlik kudreti kavramından devletin hukuk düzenini kuran, siyasi iktidarın hangi organlar tarafından ve nasıl, hangi sınırlar içinde kalacağını belirleyen, bağlayıcı ve üstün anayasa normlarını koyan kurucu iktidarın ve onun bu normlara yansımış iradesinin anlaşılması gerekmektedir. (KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Y., Ankara, 1988, s.62 vd

<sup>71</sup> ÖZEK, s.75

<sup>72</sup> JESCHECK, s.136

Diğer taraftan, vatana ihanet kavramını salt kanunilik ilkesine göre ele alınması da mümkündür değildir. Çünkü Askeri Ceza Kanunu dışında ihanet olarak tanımlanmış fiiller hukukumuzda bulunmamaktadır. Askeri Ceza Kanunu'nun Üçüncü Bab Birinci Faslı "hıyanet" başlığını taşımaktadır ve bu başlık altındaki "Vatan Aleyhindeki Cürümler" başlığını taşıyan 54.maddesinde: "Vatan aleyhinde bir cürüm yapan askeri şahıslar hakkında mülga 735 sayılı Türk Ceza Kanununun 125 inciden 145 inci maddeye kadar olan maddeleri hükümleri tatbik olunur." hükmünü içermektedir. Mülga Türk Ceza Kanununun Türk Ceza Kanunu'nun 125.maddeden 145. maddeye kadar olan maddeleri Kanunun birinci babında Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler başlığı altındadır. Cumhurbaşkanını Başkomutan olması nedeniyle asker kişi saymamız sadece savaş zamanları mümkün olduğuna göre asker kişiler için düzenlenmiş bu Kanunu uygulamamız da mümkün gözükmemektedir. Öyleyse, kanunilik ilkesinin uygulanması için Türk Ceza Kanunu'ndaki hangi suç tiplerinin vatana ihanet kavramının içine girebileceğinin yukarıda bahsedilenler ışığında belirlenmesi gerekmektedir. Burada önemle belirtmemiz gereken diğer bir husus da, Askeri Ceza Kanununun 54-63.maddeleri arasında düzenlenen suçların hali hazırda siyasi suçlar olduğudur.<sup>73</sup>

Bu nedenlerle kavramın içeriğinin doldurulmasında karşılaştırılmalı hukuktan ve siyasi suçlardan yola çıkılabilir.<sup>74</sup> Vatana ihanetin belirli bir tanımı yapılamasa da siyasi suçların dünyada vatana ihanet kapsamına girdiği yönünde şüphe yoktur<sup>75</sup>Hatta bazı ülkeler ceza kanunlarının ilgili kısımlarının başlığını yüksek ihanet olarak adlandırmaktadırlar.<sup>76</sup> Sonuç olarak vatana ihanet suçlarının Türk Ceza Kanunda, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar", "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar", "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" , "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlıkları altında düzenlendiği söylenebilir.

---

<sup>73</sup> ÇOLAK, Haluk, "Siyasal Suçların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu", **TBB Dergisi**, Sayı.2 (s.581-593), 1998, s.589

<sup>74</sup> Siyasi suç kavramı için bkz. EZER, Uğur, "Ceza Hukukumuzda Siyasi Suç", **Ankara Barosu Dergisi**, S.6, (s.881-886), 1984; HASSAN, Ümit, "Siyasi Suç Kavramı", **AÜHFD**, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/429/4799.pdf>)

<sup>75</sup> Çünkü vatana ihanet suçlarının neler olduğu tarihsel olarak da belirgindir. bkz. ISENBURGH, Joseph, "Impeachment and Presidential Immunity From Judicial Process", **Yale Law&Policy Review**, Vol. 18:53, (pp.53-109), USA, 1999 s.20 vd.

<sup>76</sup> JESCHECK, s.136

## **b. Cumhurbaşkanı'nın Vatana İhanetle Suçlanması ve Yargılanması**

Anayasa'nın 105. ve TBMM İçtüzüğü'nün 114. maddeleri birlikte göz önüne alındığında cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanması belirli bazı prosedürle ve buna bağlı olarak aşamalarla gerçekleşmektedir.

Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanabilmesi için ilk önce milletvekilleri tarafından cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandığı önerge meclise sunulur. Bu önerge, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tutarındaki üye tarafından yazılı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına verilir. TBMM İçtüzüğü, 114/4. maddesine göre bu önergede, hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlanması istenen cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet etmiş sayıldığı belirtilmesi gerekmektedir. Bu fıkrada dikkat çeken husus sadece görevdeki değil, görevden ayrılmış bulunan eski cumhurbaşkanlarının da vatana ihanetle suçlanıp suçlanamayacağı yönündedir. Çünkü açık ne Anayasa ne de İçtüzük açık bir ayrıma gitmemiştir. Üzerinde durulması gereken diğer bir önemli nokta da İçtüzükün bu hükmünün yukarıda değindiğimiz karma görüşe uygun bir nitelik arz etmesidir.

Vatana ihanetle suçlanma cumhurbaşkanının görevi gereği işlediği fiil ve işlemlerden sorumluluğunun istisnasıdır. Bu nedenle görevden ayrılma bile, görevi sırasında işlediği fiil ve işlemlerden parlamentoca sorumlu tutulup vatana ihanetle suçlanabilir. Çünkü burada amaç, cumhurbaşkanının sorumluluğunun yolunu açmak olup, yargılamayı zaten Yüce Divan yapacaktır. Aynı zamanda cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanması için kanunilik ilkesi gereği belirli bir ceza normunda tipikleştirilmiş bir fiile dayanılması zorunlu olduğundan, zamanaşımı konusunda ilgili bu normu göz önüne almak, Türk Ceza Kanununun dava ve ceza zamanaşımalarıyla ilgili 66., 67., ve 68. hükümlerini uygulamak gerekmektedir. Zamanaşımının da kesilmesinin de cumhurbaşkanın görev süresi göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Savunma hakkı gereği suçlanan cumhurbaşkanının savunmasının parlamentoca dinlenmesi gerekmektedir. Suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı, isterse savunmasını yazılı olarak da TBMM'ye gönderebilir. Bu savunma Genel Kurulda, savunmayı yapan kişinin beyanın bağlı kalınmak zorunda olduğu için aynen okunmak zorundadır. (İçtüzük, md. 114/3) Her ne kadar vatana ihanet isnadı belirli fiillere dayandırılrsa da,

savunmanın, parlamentoya karşı ve ihanet olgusu üzerine kurulacak olması nedeniyle teknik değil de siyasi bir savunma olacağı açıktır. <sup>77</sup> Cumhurbaşkanı savunması dinlendikten veya bu savunmanın yazılı hali okunduktan sonra oylamaya geçilir. Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanarak Yüce Divana sevkiyle ilgili karar alınabilmesi, TBMM üye tamsayısının nitelikli çoğunluğunun bu yönde oy kullanmasına bağlıdır. Yüce Divana sevk kararında da, “hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlanan cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği” belirtilmek zorundadır. (İçtüzük m.144/4)

TBMM'deki oylamada nitelikli çoğunluğun sağlanıp, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlanması durumunda, Cumhurbaşkanı'yı yargılayacak makam, Anayasanın 148/3.maddesine göre, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi olacaktır.<sup>78</sup> Doğrudan doğruya, özel(ihtisas) bir ceza mahkemesi niteliğine sahip olduğundan Yüce Divan'da Ceza Muhakemesi Kanuna göre yargılama yapılır.<sup>79</sup> Hâkim olan düşünce vatana ihanet suçunun siyasi/cezai bir hale göndermede bulunduğunu savunmakta ve Yüce Divan isnat edilen fiillerin vatana ihanet oluşturduğu hususunda yargılama yetkisi olmadığına altını çizmektedir.<sup>80</sup> Buna karşın, fiilin gerçekten vatana ihanet olup olmadığına yüce divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinin araştırması gerektiği de ileri sürülmüştür.<sup>81</sup> Hali hazırda vatana ihanetle suçlama parlamentonun bir aracıdır ve siyasi nitelik taşıdığı kabul edilmesi gerekir. Çünkü burada amaç yargılamak değil, cumhurbaşkanının yargılanmasının önünü açmaktır. Parlamento tarafından suçlanmış birinin fiilinin vatana ihanet oluşturup oluşturmadığı hususunda Yüce Divan'ın bir daha değerlendirme yapması parlamentonun yetki alanına girmek olur. Buna karşın, yukarıda değindiğimiz gibi, yukarıda değindiğimiz gibi vatana ihanetin ancak nitelikleri gereği ancak siyasi suçları kapsayabileceği kabul edildiğinde ortada bir tartışma kalmayacak, siyasi suçları oluşturan fiillerin olup olmadığını Yüce Divan

---

<sup>77</sup> Bkz. VERGES, Jacques, **Savunma Saldırıyor**, Metis Yayıncılık, İstanbul, 2009.

<sup>78</sup> ÖZBUDUN, s.318

<sup>79</sup> ASLAN, Yasin, " 'Yüce Divan' Olarak Anayasa Mahkemesi", **TBB Dergisi**, Sayı:82, 2009, s.5

<sup>80</sup> Centel Nur/ ÇAKMUT, Özlem./ZAFER, Hamide: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2002, s. 115 vd.; krş. Sabuncu ise, Yüce Divan'ın, Cumhurbaşkanı'nın eyleminin vatana ihanet olup olmadığına karar verebileceğini beyan etmektedir. Bkz. SABUNCU, s. 241

<sup>81</sup> ÖNDER, s.120

değerlendirecektir. Bu durumda Yüce Divan somut fiille ilgili, somut gerçeğe ulaşmaya çalışacak ve buna göre karar verecektir. Aynı zamanda, yukarıda değindiğimiz gibi vatana ihanet siyasi suçları içeren bir kavram olarak kabul edildiğinde, cumhurbaşkanının görevi dahilinde işlediği suçun taksirle veya kastla işlenip işlenmediğinin de bir önemi kalmayacaktır. Zira, siyasi suçlar, siyasi yönleri gereği ancak kasten işlenebilir.

Ek olarak, anayasa hukukçuları tarafından sıklıkla tartışılan bir konu da, vatana ihanetten dolayı suçlanarak Yüce Divana gönderilmiş bir cumhurbaşkanının görevinin sona erip ermeyeceğiyle ilgidir.<sup>82</sup> Örneğin, Özbudun'a göre, göreviyle ilgili adi bir suçtan dolayı Meclisçe Yüce Divana sevk edilen bir bakan, bakanlıktan düşmüş sayıldığına göre, T.B.M.M.'nin çok daha büyük bir çoğunluğuyla ve çok daha ağır bir suçla suçlanan bir cumhurbaşkanının, görevine devam edebileceğini düşünmek güçtür.<sup>83</sup> Bu sebeple, cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanması durumunda cumhurbaşkanlığı sıfatının sona ereceğini kabul etmenin yerinde olacağı ileri sürülmüş, bu görüş öğretilde hâkim olan görüş haline gelmiştir.<sup>84</sup> Bu görüşü savunanlar, vatana ihanetle suçlanmanın siyasi olduğunu, Meclis bu yönde karar aldığına ilkesel olsa suçlanan kişinin makamda bulunmasının doğru olmayacağı yönünde kanaat belirtmektedirler. Çünkü ortada bu vesileyle doğmuş bir güven bunalımı vardır.<sup>85</sup> Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Kanunilik ilkesi gereği kimse siyasi nedenlerle suçlanamaz. Aksi düşünce TBMM'nin bu konuda keyfi davranmasının yolunu açacaktır. Bu nedenle suçlama yapılırken, somut bir fiile dayanmak gerekmektedir. Bir fiilin sübut bulmadığı yargılama sonrası anlaşıldığında cumhurbaşkanı haksız bir şekilde görevinden edilmiş olacak, böylelikle -her ne kadar nitelikli çoğunluğu sağlamak zor da olsa- parlamentonun cumhurbaşkanı üzerinde baskı kurmasının yolu açılacaktır. Bu nedenle Yüce Divan kararının beklenmesinin daha doğru olacağı söylenebilir. Kaldı ki, cumhurbaşkanını halk oyuyla seçtiğimiz günümüz koşulları göz önüne alındığında bu görüşün kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

---

<sup>82</sup> bkz. KARAGÖZ /BİRTEK, a.g.m

<sup>83</sup> ÖZBUDUN,, s.318

<sup>84</sup> ÖZBUDUN, s. 318; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2009, s.144; SABUNCU, s. 241; GÖREN, s. 236 vd.; TEZİÇ, s. 410.

<sup>85</sup> SABUNCU, s. 241



#### IV. CUMHURBAŞKANININ KİŞİSEL HUKUKİ FİİL ve İŞLEMLERİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

Cumhurbaşkanlarının sorumsuzlukları ve dokunulmazlıklarıyla ilgili en önemli nokta sorumsuzluk ve dokunulmazlık sınırının görevlerinin dışına çıkartılarak kişisel fiil ve işlemlerine uygulanıp uygulanmayacağı hususundadır. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi bize ışık tutabilir.

##### A- KİŞİSEL HAKSIZ FİİL ve İŞLEMLERİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

Cumhurbaşkanı'nın kişisel işlem ve fiillerinden dolayı Anayasada açık bir hüküm yoktur. Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlemlerinden doğan sorumluluk çift(karşı)imza ilkesi gereği başbakan veya ilgili bakana ait olacaktır. Cumhurbaşkanının görevi gereği tek başına yaptığı işlemlerle ilgili olarak ise değinildiği üzere Anayasa'nın 105.maddesi gereği yargı mercilerine başvurulamayacaktır.

Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olmayan tüm kişisel haksız fiillerinden ve hukuki işlemlerinden, yani özel hukuka ilişkin sorumluluğu normal bir vatandaş gibi tamdır.<sup>86</sup> Herkes gibi Medeni Kanuna, Borçlar Kanununa ve diğer özel hukuk kurallarına tabiidir. Örneğin ödemediği bir borcu için icra takibine uğrayabilir, hakkında tazminat davası açılabilir.

Bu noktada önemli olan cumhurbaşkanının fiil ve işleminin Anayasada sayılan görevleriyle bağlantılı olup olmadığının tespitinde yatmaktadır. Örneğin tarafsız olmadığı gerekçesiyle kendisini protesto eden bir vatandaşa hakaret etmesi görev tanımlarıyla bağdaştırılamayacaktır. En önemlisi de manevi önemi çok yüksek bir makamda bulunan bir kişinin kendisinden böyle bir davranış da beklenilemez.

Örneğin, cumhurbaşkanının, en çok oyu almasına rağmen atamadığı bir öğretim üyesi nedeniyle basın tarafından yapılan bir eleştiriye, “çapsız” bir akademisyen olarak gördüğü için atamadığı beyanında bulunması görevi kapsamında değerlendirilebilir mi? Bu konuda cumhurbaşkanının görevinin sınırları çizilirken, fiil ve işlemlerinin doğrudan görevlerini yerine getirmeye yönelik olmasının gerektiğini düşünüyoruz. Yukarıdaki örnek bağlamında ele aldığımızda, cumhurbaşkanının basına yaptığı beyan, atama görevinin olmazsa olmaz bir önkoşulu değildir. Yani o fiil ve işlem gerçekleştirilemezse cumhurbaşkanı görevini yapamıyorsa, görevi gereği sorumsuz olduğunun kabulü gerekir.

---

<sup>86</sup> GÖZLER, Türk Anayasa, s.332 vd.; ÖNDER, s.122

## B- KİŞİSEL SUÇ FİİLLERİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu sorununu incelemeye, Türk Anayasa Hukukunun tarihsel sürecini kısaca ele alarak başlamamız, kanun koyucunun neden bu konuda suskun kaldığına ışık tutabilir düşüncesindeyiz.

Osmanlı'yı Birleşik Krallık gibi bir meşruti monarşiye dönüştürmeyi amaçlayan 1876 Kanun-i Esasi'nin 5'inci maddesinde<sup>87</sup> yer alan padişahın şahsının kutsal ve sorumsuz olduğunu düzenleyen hükmüyle Padişaha her meşruti monarşide olduğu gibi mutlak sorumsuzluk tanınmıştır. Meclis Hükümeti sistemini benimseyen 1921 Anayasası'nda ise bu konuda bir düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili bizce, hala daha günümüz koşullarına en uygun ve başarılı düzenleme, neden diğer anayasalarda terk edildiği açık olmayan 1924 Anayasası'nın 41/2.maddesidir.<sup>88</sup> Bu madde hükmünde, cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorumluluğu gerekirse Anayasa'nın milletvekili dokunulmazlığıyla ilgili maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yani 1924 Anayasası'nda cumhurbaşkanı kişisel suçlarından ötürü milletvekillerinin sahip olduğu geçici dokunulmazlığa sahiptir. Böylelikle cumhurbaşkanının, kişisel suçlardan dolayı, TBMM tarafından dokunulmazlığının kaldırılması halinde normal bir vatandaş gibi mahkemelerde yargılanabilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 ve 1982 Anayasalarında, Cumhurbaşkanının adi suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığından faydalanacağına dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Böylelikle kişisel suçlarından dolayı cumhurbaşkanının sorumluluğunun ne olacağı tartışmaları ortaya çıkmıştır. Kamu hukukunda kıyas yapılamayacağı ilkesi de göz önüne alındığında Anayasadaki aşağıda ele alacağımız istisnai düzenlemelerin uygulanamayacağı çoğunlukla kabul görmüş, tartışmalar daha da büyümüştür.<sup>89</sup> Gerek 1962 gerekse de 1982 Anayasasında böyle bir düzenleme olmasının nedeninin cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.<sup>90</sup> Bu paralelde doktrinde kimi düşünür soruna cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu açısından

---

<sup>87</sup> KARAKOÇ, İrem, "1876 Tarihli Kanun-i Esasi'de Yürütme Organı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı:2, 2006, (s.115-149), s.137

<sup>88</sup> YALÇIN, Ayhan, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları**, Geçit Kitabevi, İstanbul, 1986, s.54

<sup>89</sup> GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi I**, Ekin Y.,Bursa, 2011, 290 vd.

<sup>90</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki /ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2.Baskı 2010, s. 50

yaklaşmış, kimisi de cumhurbaşkanının dokunulmazlığının kapsam ve nedeni üzerinde durmuştur. Diğer ülke anayasalarının tersine, Anayasamızda bir hüküm veya hukukumuzda bir teamül bulunmaması nedeniyle aşağıda belirtilen her düşünce savunulabilmektedir.

## 1. Öğretideki Görüşler

### a. Sadece Vatan Hainliği İle Cumhurbaşkanının Suçlanabileceği Yönündeki Görüş

Bu görüşe göre Cumhurbaşkanı ancak vatan hainliğiyle suçlanması halinde yargılanabilir, bunun dışındaki hallerde meşruti monarşilerdeki gibi mutlak olarak sorumsuzdur. Bu görüşün savunucularından Hafizoğulları/Acar'a göre, Anayasanın 150/3.maddesinin hükmü karşısında Cumhurbaşkanının vatana ihanet suçları hariç, suçtan sorumsuzluğu asıldır.<sup>91</sup> Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu temel alan bu görüş çağdaş ceza hukuku normlarına ve hukuk devletine uymadığı yönünde eleştiriler almıştır.

Görülebileceği gibi, azınlıkta da olsa bu görüş sahiplerinin temel dayanak noktası, Anayasanın sadece vatan hainliği ile ilgili düzenleme içermesidir. Bu durumda zıt kanıt yoluyla cumhurbaşkanının vatan hainliği dışında bir cezai sorumluluğu olmadığını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre eğer Anayasanın mevcut 105.maddesi bu şekilde anlaşılmazsa Anayasanın sessizliği karşısında ileri sürülen tüm fikirler belirsizliği ve dolayısıyla tartışmaları gideremeyecektir. Aynı zamanda yine bu görüşe göre cumhurbaşkanlarına tanınan sorumsuzluk hali dünya üzerinde genel kabul gören bir imtiyazdır. Eğer cumhurbaşkanının kişisel fiillerinden dolayı sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kabul edilmezse, bu cumhurbaşkanını milletvekillerinden ve hatta meclis dışından seçilen bakanlardan bile daha aşağı bir statüye koymak olacaktır.<sup>92</sup>

Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Çünkü ilk elde meşru monarşilerle, cumhuriyetlerde devlet başkanlarının durumunun farklı olduğu, birincisinde mutlak sorumsuzluk söz konusuysen, ikincisinde bunun kabul edilmediği göz ardı edilmiştir. Cumhurbaşkanının vatana ihanetten sorumluluğu onun görevi gereği işlediği suçlardan sorumsuzluğunun bir istisnasıdır. Bir istisnadan yola çıkarak bu yolla bir genelleme yapmak

---

<sup>91</sup> HAFIZOĞULLARI/ACAR, s.31 vd.

<sup>92</sup> ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.186

mümkün olmasa gerekir. Hâlihazırda, benzer mantık yürütmeyeyle Anayasanın cumhurbaşkanının sadece göreviyle ilgili fiillerinden cezai sorumluluğunu düzenlediği, demek ki adi suçlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna da varılabilir. Kaldı ki siyasi açıdan sorumsuz olan Cumhurbaşkanını milletvekilleri ve bakanlar ile de kıyas etmek çok doğru bir yol olmasa gerekir.

Karşı görüşleri hukuk devleti kavramıyla bağdaştırmaya imkan yoktur ve çağdaş ceza hukukunda genel kabul gören görüş devlet başkanlarının kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olduğu yönündedir. Çünkü bir hukuk devletinde kim olursa olsun ve hangi görevi işgal ederse etsin hukuk kuralların üstünde olmadığı gibi dışında da değildir.<sup>93</sup>

#### **b. Cumhurbaşkanının Sıradan Bir Vatandaş Gibi Yargılabileceğini Savunan Görüş**

Bu görüş, cumhurbaşkanının kişisel işlem ve fiillerinden dolayı tam sorumluluğunu kabul etmektedirler. Bu görüşün savunucularına göre, kamu hukukunda kıyas olmaz ve Anayasanın 105.maddesinin açık bir düzenleme barındırmaması nedeniyle cumhurbaşkanının adi suçlarından ötürü sıradan bir vatandaştan hiçbir farkı yoktur ve onun gibi yargılanması gerekmektedir.<sup>94</sup>

Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Çünkü cumhurbaşkanlığı makamının önemini göz ardı etmek ve devlet başkanını normal bir vatandaşla denk tutmaktır. Aslında bu görüşün sahiplerinin çağımızda amaçladığı da budur. Yine de devletin başkanın o devleti temsil ettiği, onun saygınlığının devletin de saygınlığı olduğunu, bu makamın aynı bayrak gibi sembolik ve manevi bir niteliğinin olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü cumhurbaşkanlığı forsunun bile bu sembolik ve manevi değeri ifade ettiği söylenebilir.

Buna karşın makamlarla insanları bir tutmamanın gerektiği ve o makama uygun olmayan kişinin asıl o makamın saygınlığını bozacağı doğal olarak ileri sürülebilir. Ama bu soyut eleştirilerin yetersiz kaldığı söylenebilir. Çünkü, cumhurbaşkanına geçici dokunulmazlık ve sorumsuzluk tanınmasının arında aşağıda da değinileceği gibi somut mülahazalar vardır.

---

<sup>93</sup> DANIELSON, s.1069

<sup>94</sup> GÖZLER, Türk Anayasa, s.329; ÖNDER, s.116; DEMİRBAŞ, s. 146. Demirbaş, Anayasada açık bir düzenleme olmadığı için, Cumhurbaşkanı hakkında normal bir vatandaş ya da dokunulmazlığı kaldırılmış bir milletvekili gibi işlem yapılacağını savunmaktadır.

### c. Cumhurbaşkanına Kişisel Suçları İçin Milletvekili Dokunulmazlığı Hükümlerinden Yararlanmasını Savunan Görüş

Bu görüşün savunucuları genellikle 1924 Anayasası'nın düzenlemesini örnek almaktadırlar. Bu görüşün savunucuların temel aldığı mantıksal çıkarım, yukarıda da değinildiği gibi Anayasanın teknokratlara tanınan milletvekili dokunulmazlığının cumhurbaşkanına hayli hayli tanıyacağı yönündedir.<sup>95</sup>

Bu durumda milletvekillerinin sorumsuzluğu ve dokunulmazlığıyla ilgili hükümlerin kıyasen cumhurbaşkanı için de uygulanması önerilir.<sup>96</sup> Karşıt görüşte olanlar kamu hukukunda kıyas yapılamayacağı gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadırlar. Çünkü sınırlı sayıda istisna sayılmaktadır ve bu bağlamda kamu hukuku alanındaki tüm yetkilerin verilmiş yetkiler olduğunun altı çizilmektedir. Kısacası kamu hukukunda yetkilerin verildikleri ölçüde var oldukları ve dolayısıyla milletvekillerine ilişkin Anayasanın 83. maddesinin kıyasen uygulanmasının düşünülemeyeceğini savunmaktadır.<sup>97</sup> Gerçekten de milletvekillerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ilk bakışta uygun bir çözüm olarak gözükse de yukarıda sayılan nedenlerle teorik açıdan olanaklı değildir.

Son olarak değinmemiz gereken bir konu da, öğretide, Anayasaya koydukları geçici madde hükmü uyarınca TBMM'nin göreve başlamasıyla Cumhurbaşkanlığı Konseyine dönüşen Milli Güvenlik Konseyinin üyelerinin dokunulmazlık kazanmasının örnek olarak gösterilmesi ve bu bağlamda üyelere verilen dokunulmazlığın cumhurbaşkanına hayli hayli verilmesi gerektiğini savunan görüştür.<sup>98</sup> Zira bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü Milli Güvenlik Konseyi kurucu iktidardır. Kurucu iktidar, devletin temel hukuk düzenini yaratırken üstün pozitif hukuk kurallarıyla bağlı

---

<sup>95</sup> Bu görüşün başlıca savunucularından Ergun Özbudun'a göre, Anayasa, milletvekillerine ve hatta T.B.M.M. dışından atanan bakanlara dahi tanıdığı dokunulmazlık imtiyazını Cumhurbaşkanından esirgemiş olamaz. (ÖZBUDUN, s.317)

<sup>96</sup> Amerikan Hukukundaki benzer bir tartışma için bkz. DANIALSON, s.1

<sup>97</sup> GÖZLER, Genel Teorisi, s.293.

<sup>98</sup> ÖZBUDUN, s. 317; ayrıca bkz. ÖZDEN, Yekta, Güngör, "Cumhurbaşkanı Yargılanması", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı. 13, Eylül, 2007. Özden'e göre, Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığı vardır. "Dokunulmazlık" sözcüğü kullanılmadan öngörülen durum, Cumhurbaşkanının konumuna dayanmaktadır. Cumhurbaşkanı için gerekli ve yeterli olan dokunulmazlık Anayasa'nın 105. maddesinin son fıkrasıyla sağlanmıştır. Cumhurbaşkanı görev süresi içinde vatana ihanet suçundan başka suçla yargılanamaz. Görevinden önceki ya da sonraki kişisel suçları için bu süre içinde işlem yapılamaz. Vatana ihanet suçundan dolayı görevi sırasında ya da sonrasında yargılama yeri Yüce Divan'dır.

değildir.<sup>99</sup> Bu nedenle bütünüyle sınırsız ve bağımsız bir iradeyle kendileri hakkında istedikleri düzenlemeyi yapabilirler. Buna karşın cumhurbaşkanlığı makamı kurulu iktidarın bir tezahürüdür ve Konsey üyelerine göre tali niteliktedir. Çünkü kurulu iktidar, devletin yasama, yürütme ve yargı erkleri kaynaklarını anayasadan alır ve anayasa tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde faaliyet gösterebilirler.<sup>100</sup> Bu nedenle asli iktidar olan Milli Güvenlik Konseyi ile tali iktidarın bir tezahürü olan Cumhurbaşkanı iki benzemez olduklarından kıyasları kabil değildir.<sup>101</sup>

#### **d. Cumhurbaşkanının Kişisel Suçlarından Dolayı Yargılanabilmesi İçin TBMM'nin Karar Vermesi Gerektiğini Savunan Görüş**

1961 Anayasası zamanında ileri sürülen ve halen geçerliliğini kaybetmeyen bu görüşün sahipleri, cumhurbaşkanlığı görevinin tam bir sorumsuzluk sağlamadığını, cumhurbaşkanının kendi kişisel suçlarından dolayı yargılabileceğini ama bunun için özel muhakeme şartları olması gerektiği düşüncesindedirler.<sup>102</sup> Bu gerekten hareketle vatana ihanetle suçlamayla ilgili usullerin cumhurbaşkanına karşı açılacak bütün şahsi davalar için de uygulanmasının doğru olacağını savunurlar.

Bu görüşe göre, vatan hainliği gibi ağır bir suçlamayla kovuşturma yapılabilmesi için vatana ihanet halinde uygulanacak usulün uygulanmasının doğru olacağını ve bu bağlamda TBMM kararının gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>103</sup> Çünkü, cumhurbaşkanının herhangi bir vatandaş gibi kovuşturulmasını kabul edilemez bulmaktadırlar.

Bu görüşün aynı milletvekillerine ilişkin hükümlerin uygulanmasını savunan görüş gibi teorik açıdan olanaksız olduğu söylenebilir. Çünkü burada da bir istisna kıyas yoluyla cumhurbaşkanının şahsi suçları için genişletilmektedir. Kaldı ki uygulamada da bu görüşün nasıl sonuçlar verebileceği tartışmalıdır. Cumhurbaşkanını ancak siyasi yönü bulunan vatana ihanetle suçlayabilen parlamentonun, cumhurbaşkanını adi bir

---

<sup>99</sup> KAPANİ, s.63 vd.

<sup>100</sup> KAPANİ, s. 63

<sup>101</sup> Kurucu İktidar/Kurulu İktidar Ayrımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Bülent Hayri, **Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması ve Hukuki Sonuçları**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012

<sup>102</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYDA, s.187

<sup>103</sup> TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, s.79. GÖREN, s.239

suçundan ötürü vatana ihanetle suçlayamayacağına göre, kişisel suçlarından dolayı ceza hukuku çerçevesinde değerlendirmede bulunmak durumunda kalacaktır ve bu durum kolaylıkla yargı erkine müdahale olarak nitelendirilebilir.

#### **e. Cumhurbaşkanının Görev Süresi Sonunda Yargılabileceği Görüşü**

Bu görüşü savunanların çıkış noktası cumhurbaşkanının tam sorumsuzluğunu kabul edenler gibi Cumhurbaşkanı makamının saygınlığıdır. Buna karşın, bu görüşün savunucuları, Cumhurbaşkanına milletvekilliğine ve vatana ihanete ilişkin usullerin uygulanamayacağı konusunda da hemfikirdirler.<sup>104</sup> Öyleyse, cumhurbaşkanı hakkında kovuşturma yapılamayan bir kimse olarak kabul edilmeli ve görev süresinin bitiminde yargılanmalıdır.<sup>105</sup> Böylelikle cumhurbaşkanlığı görevi bir kovuşturma engeli olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda, cumhurbaşkanı aynı zamanda parlamento tehdidinden de kurtulmuş olacaktır.<sup>106</sup>

Bu görüş de, milletvekillerinin sorumsuzluk ve dokunulmazlığına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanmasını savunanlarla aynı sonuca vardığından somut koşul ve durumlara en uygun görüştür. Aslında buradaki tek fark, teorik imkânsızlıkları aşmak adına Anayasadaki hükümlerin kıyasen uygulanmasını bir dayanak noktası olarak öne sürülmemiş olmasıdır. Bu yüzden, cumhurbaşkanlığı görevini kovuşturma engeli olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklayamamaktadır.

Görüleceği üzere, doktrinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ötürü sorumlu olduğu yönünde genel bir kanaat vardır. Tartışma Cumhurbaşkanını ne şekilde kovuşturmaya tabii tutulacağı yönündedir. Bu durum da karşımıza Cumhurbaşkanının geçici dokunulmazlığı sorununu çıkarmaktadır. Anayasada boşluk olduğuna göre Cumhurbaşkanına neden göreviyle sınırlı geçici dokunulmazlık tanınacağı hususunda hukukun genel ilkelerine başvurmak gerekmektedir. Bu ilkelerden biri de kuvvetler ayrılığı ilkesidir.

### **VI. CUMHURBAŞKANININ DOKUNULMAZLIĞI SORUNU**

Yukarıda da belirtildiği gibi 1982 Anayasası'na göre Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın yetkileri sembolik olmaktan uzaktır ve üstelik cumhurbaşkanı artık halk tarafından seçilmektedir. Böylelikle

<sup>104</sup> ÖZBEK, et. al., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2011, s.173

<sup>105</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.188

<sup>106</sup> SOYASLAN, s.184

sistemin yarı-başkanlık sistemine önemli ölçüde everilmiş olduğu söylenebilir. Cumhurbaşkanı'nın bu konumu ona ister istemez siyasi bir yön de katacak ve hükümetle karşı karşıya gelebilmesine, parlamentodaki partilerin düşmanlığını çekmesine neden olabilecektir. Daha önce de değinildiği üzere cumhurbaşkanının hiç de göre ve yetkileri ileri sürüldüğü gibi sembolik olmayıp içinde icrai yetkileri de barındırmaktadır. Bu bağlamda, cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ötürü dokunulmazlığa tabii olması görevlerini sağlıklı ve kesintisiz bir biçimde icra etmesi için gereklidir. Zaten hukuk sistemlerinde milletvekilliği gibi belirli bir statüde olan kişilere dokunulmazlık tanınmasının nedeni görevlerini engellemeden yapabilmelerini sağlamaktır.<sup>107</sup> Kimse suç isnatları kullanılarak yapılan manevi baskıyla görevini tam olarak yapamaz.<sup>108</sup>

Bunun yanında cumhurbaşkanlığı makamı, ona sahip olan kişiye devletin başı sıfatı kazandırmaktadır. Bu makamın devleti temsil ettiği düşünülmektedir ve bu bağlamda makamın sembolik, manevi ve saygın bir yeri vardır.<sup>109</sup> Böyle bir makamdaki kişinin normal bir vatandaş gibi tutuklanmasının, gözaltına alınmasının, mübaşir tarafından çağrılmasının, mahkeme koridorlarına düşmesinin hayali zordur. Çünkü bu durum, özellikle de modernleşen toplumlarda kişiden çok makama ve devletin saygınlığına zarar verecektir.

Yukarıda bahsi geçen nedenlerden dolayı Cumhurbaşkanı'nın normal bir vatandaşın tabii olduğu ceza yargılaması usulleriyle yargılanmamasında kamu yararı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda cumhurbaşkanının dokunulmazlığının nedenlerinden birinin de kamu yararı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, meşruti monarşiyle yönetilen İngilizler kral yanlış yapmaz ilkesinden yola çıkarak dokunulmazlık sağlama yoluna giderken, Birleşik Devletlerde dokunulmazlığın tanınması kamu düzeni ve yararına dayandıklarını belirtmemiz gerekir.<sup>110</sup> Hafızoğulları da, Kanun Koyucunun söz konusu suskunluğunun, Cumhurbaşkanı'nın kanunu ihlal etmeyecek kadar yüksek bir kamusal kişiliğe sahip olmasına yönelik kabul ve inanca

---

<sup>107</sup> ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007, s.116

<sup>108</sup> Hükümetle arası kötü olan bir Cumhurbaşkanı'nın siyasiler tarafından açıklarının aranacağı açıktır.

<sup>109</sup> Bunu Cumhurbaşkanlığı forsunun manasından da anlamak mümkündür.

<sup>110</sup> JEFFERY, Joseph, "Temporary Presidential Immunity: Adhering To The Separation of Powers Doctrine and The Will Of The Framers For Civil Damages Litigation Involving The President-The Jones v. Clinton Case", **Saint Louis University Law Journal**, Vol: 40:833, (pp.833-864), USA, 1996, s.838



veya kovuşturmada kamusal yararın bulunmadığı anlamına geleceğini belirtmektedir. <sup>111</sup> Cumhuriyetle yönetilen ülkelerde de makamın kutsallığından veya sembolik oluşundan çok kamu düzeni ve yararının öne çıkması daha yerinde olacaktır.

Kanun Koyucunun cumhurbaşkanına makamının saygınlığına önem verdiğiyle ilgili bir veri de, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43/4.maddesidir. Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir. Tanıklık yapmayı istemesi halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderebilir. Bu maddeyle cumhurbaşkanlığının tanıklığına ve ifadesinin alınmasına yönelik özel bir düzenleme getirilmiş ve cumhurbaşkanının çağrılmaması esas kural olarak belirlenmiştir.<sup>112</sup> Demek ki, Kanun Koyucu, cumhurbaşkanının tanık olarak dinlenmesini onun iradesine bırakarak yargı erki karşısındaki ayrıcalıklı yerini ve gücünü göstermektedir.

Bu bağlamda yine kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde düşünüldüğünde ve 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanına verdiği yetkiler göz önüne alındığında, devletin başı sıfatını taşıyan Cumhurbaşkanının HSYK'ya üye atayan biri olarak, olağan usullerle mahkemede yargılanması sağlıklı olmayacaktır. Ek olarak, parlamentonun baskısını her daim üzerinde hissedebilir. Çünkü milletvekillerinin sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı hangi koşullar nedeniyle doğmuşsa siyasi sorumluluk haricinde tüm koşullar cumhurbaşkanı için de geçerlidir. Örneğin cumhurbaşkanına yalan yere suç isnadında bulunulabilir. Özel hayatında yaşadıkları tehdit unsuru olarak kullanılabilir ve bu uğurda özel hayat izlenerek taciz edilebilir. Cumhurbaşkanının yasama erki karşısında bağımsızlığını koruyabilmesi sorumsuzluğuyla ve dokunulmazlığıyla mümkündür. <sup>113</sup> Bu nedenle Cumhurbaşkanın dokunulmazlığı konusunda özel bir düzenleme olmasa bile makamının saygınlığı, kamu yararı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi dolayısıyla bu dokunulmazlığın makamına içkin olarak sahip olması gerektiğini düşünüyoruz. <sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: s.394

<sup>112</sup> ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2012, s.259

<sup>113</sup> KARATEPE, Şükrü, **Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s.144.

<sup>114</sup> Nitekim bu konuda Feyzioğlu'nun verdiği bir örnekte: "Fransız Temyiz Mahkemesi 2001 senesinde verdiği kararında, Anayasa'da açık hüküm olmasa da, Fransa Cumhurbaşkanının bu görevi devam ettiği sürece yargılanmasının mümkün olmadığını, dokunulmazlığın sistemin özünde, içinde yer aldığını, yargılamanın ancak dönem sonunda yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, bu kararı verirken, 1999 tarihinde Fransız Anayasa

Bu konunun çözümü, Anayasaya açık bir hüküm koymak olacaktır. Cumhurbaşkanının dokunulmazlığı konusunda en doğru yolsa, kişisel fiiliyle suç işlemiş olan Cumhurbaşkanının makamının saygınlığına uygun bir şekilde davranması ve istifa etmesi olacaktır.

## SONUÇ

Cumhurbaşkanının siyasi açıdan tam olarak sorumsuzdur ve bu sorumsuzluğu nedeniyle, göreviyle ilgili gerçekleştirdiği fiilleri açısından sorumsuz olup, sorumluluğunun tek istisnası vatana ihanettir. Öğretideki görüşler ve Anayasamızdaki açık hükümler tüm çıplaklığıyla bu olguyu ortaya koymaktadır. Ama Anayasamızın düzenlemediği ve yukarıda belirtildiği gibi suskun kaldığı alanlar vardır. Bu alanların en başında Cumhurbaşkanının dokunulmazlığı ve göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarıyla ilgili sorumluluk durumu gelmektedir.

Cumhurbaşkanının görevine başlamadan önce işlediği fiilleri açısından değerlendirirsek zaten yukarıda belirtildiği gibi Cumhurbaşkanlığına aday olan bir kişinin aday olduğu makamın saygınlığından ötürü ilke olarak herhangi bir suç isnadı altında olmaması gerekir. Yoksa başta aday olduğu zaman kendisinin ve sonra da bulunduğu makamın meşruluğu tartışmalı hale gelecektir. Ama bu durumda aday olacak kişilerin yerli yersiz soruşturmalarla önlerinin kapanabilmesine olanak yaratabilir. Bu durumda Anayasanın 76.maddesindeki fiillerle isnat altında olmama seçilme şartı olarak aranmalıdır.<sup>115</sup>

Öğretide tartışma konusu olan Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu hususunda yukarıda sayılan görüşlerin savunucuları bile kendi içlerinde ayrıntıda ayrılmaktadırlar. Ama genel kanaat Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından ötürü sorumlu olduğu yönündedir. Cumhurbaşkanı'nın normal bir vatandaş gibi yargılanabileceğini, dokunulmazlığı olmadığını kabul etmek ise gerçekten de makamın ağırlığını sarsacağı gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olacaktır.

---

Konseyince verilen bir hukuki görüşe dayanmıştır.”(bkz. Feyzioğlu, Cumhurbaşkanının Dokunulmazlığına Dair Değerlendirme, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/cumhurbaskani-dokunulmazligi.html>)

<sup>115</sup>“Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğinde, Cumhurbaşkanlığı seçiminde Cumhurbaşkanlığına aday olanlar için, AY 105/III gereğince AY 76’da gösterilen fiillerle isnat altında olmama (şüpheli veya sanık) anayasal koşuldur. Öyleyse, AY 76’da gösterilen fiillerle isnat altında olanlar, Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğine sahip değildirler.” (HAFIZOĞULLARI, ACAR: *Cumhurbaşkanı Seçilme Yeterliliğinin Bir “Bir Suç Isnadı Altında Bulunmama Koşulu”*, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CUMHUR.doc>)

Ek olarak 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanlığı makamını simgesel olmaktan uzak bir şekilde güçlendirdiği gerçeğini de mevcut durumda gözden kaçırmamalıyız. 1982 Anayasası cumhurbaşkanının kişiliğinde, güçlendirilmiş bir yürütme ve devlet yapısı ön görmektedir.<sup>116</sup> Bu bağlamda cumhurbaşkanının, halk tarafından seçilmesi, sahip olduğu kapsamlı görev ve yetkiler, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde düşünüldüğünde, sistemin yarı başkanlığa özellikleri itibarıyla oldukça yaklaştığı görülmektedir. Böyle bir durumda, cumhurbaşkanına geçici dokunulmazlık tanınmasının gerektiği açıktır. Açıkladığımız bu nedenlerle ve dünyadaki uygulamalar göz önüne alındığında cumhurbaşkanının şahsi eylemlerinden dolayı dokunulmazlığa sahip olması, görevi nedeniyle işlediği suçlardan ise tam sorumsuz olması makamın tarihsel gelişimine uygun olacaktır.

---

<sup>116</sup> KABOĞLU, s.66 vd.

## KAYNAKÇA

- ACAR**, Bülent Hayri, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması ve Hukuki Sonuçları, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012
- AKGÜL**, Mehmet Emin, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:4, (s.79-101), 2010
- AKIN**, İlhan, Kamu Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974
- AKTAŞ**, Kadir, "Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye'deki Gelişimi", Yasama Dergisi, S.3, (s.85-114), 2006
- Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri**, Çev. Muvaffak Akbay, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2199.pdf> Erişim Tarihi, 03.09.2014)
- ARTUK**, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009
- ASLAN**, Yasin, " 'Yüce Divan' Olarak Anayasa Mahkemesi", TBB Dergisi, Sayı:82, 2009
- BAHMUELLER**, Charles F., Civitas, A Framework for Civil Education, Center For Civic Education, USA, 1991
- BALO**, Yılmaz Solmaz, "Yasama Dokunulmazlığı", TBB Dergisi, S.100, (s.13-44), 2012
- CENDEL Nur/ ÇAKMUT**, Özlem,/ZAFER, Hamide: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2002
- CHANG**, Enoch, "Presidential Immunity: A Survey of United States Cases, Taiwan International Studies Quaterly, Vol.3, No.1, (pp.149-170), Taiwan, 2007
- ÇOBAN**, Ali Rıza, **ERDAĞ**, Ali İhsan, "Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu ve Yargılanması", TBB Dergisi, Sayı:75, 2008
- ÇOLAK**, Haluk, "Siyasal Suçların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu", TBB Dergisi, Sayı.2 (s.581-593), 1998
- DANIELSON**, George, "Presidential Immunity From Criminal Prosecution", The Georgetown Law Journal, Vol. 63:1065, (pp.1065-1069), USA, 1975
- DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2009
- DOEHRING**, Karl, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, İstanbul, 2002
- EZER**, Uğur, "Ceza Hukukumuzda Siyasi Suç", Ankara Barosu Dergisi, S.6, (s.881-886), 1984

- FEYZİOĞLU**, Metin, "Cumhurbaşkanının Dokunulmazlığına Dair Değerlendirme", (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/cumhurbaskani-dokunulmazligi.html>) Erişim Tarihi: 01.09.2014)
- FEYZİOĞLU**, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", AÜHF Dergisi, Cilt 42, S.1-4, (s.21-47), 1991-1992.
- GÖREN**, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Y., Ankara, 2006, s.143
- GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi I, Ekin Y.,Bursa, 2011
- GÖZLER**, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001
- GÖZLER**, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, XVI+320 s. ([www.anayasa.gen.tr/devletbaskanlari.htm](http://www.anayasa.gen.tr/devletbaskanlari.htm))
- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları: Bursa, 2013
- GRIFFIN**, Stephen, "Presidential Immunity From Criminal Law Process: Amateur Hour At The Department of Justice", Widener Law Symposium Journal, Vol. 5:49, (pp.49-77),USA, 2000
- GÜNEŞ**, Turan, "Devlet Başkanı-Meclis Çatışması", AÜHF Dergisi, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/395/4271.pdf>)
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı 2010
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ACAR**, Bülent: "Cumhurbaşkanı Seçile Yeterliliğinin 'Suç İsnadı Altında Bulunmama' Koşulu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl.66, S.2, 2007
- HASSAN**, Ümit, "Siyasi Suç Kavramı", AÜHFD, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/429/4799.pdf>)
- ISENBERGH**, Joseph, "Impeachment and Presidential Immunity From Judicial Process", Yale Law&Policy Review, Vol. 18:53, (pp.53-109), USA, 1999
- JEFFERY**, Joseph, "Temporary Presidential Immunity: Adhering To The Separation of Powers Doctrine and The Will Of The Framers For Civil Damages Litigation Involving The President-The Jones v. Clinton Case", Saint Louis University Law Journal, Vol: 40:833, (pp.833-864), USA, 1996
- JESCHECK**, Hans-Hainrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, Beta, İstanbul, 2007
- KABOĞLU**, İbrahim, Anayasa ve Toplum, İmge Kitabevi, Ankara, 2000
- KAPANİ**, Münici, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Y., Ankara, 1988
- KARAGÖZ** Kasım, **BİRTEK**, Fatih, "Parlamentar Sistemde Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu ve Yargılanması", Prof.Dr.Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat, İstanbul, 2009

- KARAKOÇ**, İrem, "1876 Tarihli Kanun-I Esasi'de Yürütme Organı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı:2, 2006, (s.115-149)
- KARATEPE**, Şükrü, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013
- KÜÇÜKTAŞDEMİR**, Özgür, "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", TBB Dergisi, Sayı.113
- ONAR**, Erdal, "*Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?*" TBB Uluslararası Anayasa Kurultayı, Ankara, 2001, (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/baskanlik-sistemi.pdf>)
- ÖNDER**, Salih, Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- ÖZBEK**, et. al., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011
- ÖZBUDUN**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 8.Baskı
- ÖZDEN**, Yekta, Güngör, "Cumhurbaşkanı Yargılanamaz", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı. 13, Eylül, 2007
- ÖZEK**, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967
- ÖZER**, Atilla, Anayasa Hukuku Genel İlkeler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- ÖZTÜRK**, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara
- SABUNCU** Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2012
- TANİLLİ**, Server, Devlet ve Demokrasi, Alkım, İstanbul, 2007
- TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Nemci: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 2001
- TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011
- TURHAN**, Mehmet, Anayasal Devlet, Natural, Ankara, 2004
- ULUSOY**, Ali, "Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3, 2008
- ÜNVER**, Yener, **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2012
- VERGES**, Jacques, Savunma Saldırıyor, Metis Yayıncılık, İstanbul, 2009
- YALÇIN**, Ayhan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları, Geçit Kitabevi, İstanbul, 1986,
- YÜKSEL**, İsmail, Anayasa Yargısında Yorumlu Ret, Adalet, Ankara, 2013

*HAKEMLİ*

## **ŞİKE SUÇU AÇISINDAN TEŞEBBÜS**

*Duygu MERKİ\**

### **GİRİŞ**

Türkiye’de, spora ve özellikle futbola olan ilginin artması ve büyük spor kulüplerinin maçlarına yoğun rağbet gösterilmesi ile birlikte, konu ile ilgili bazı alanlarda yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu gözlemlenmiştir. Belirli isimler altında birleşen kulüp taraftarlarının yalnızca takımlarına destek olmakla kalmayıp, birtakım olumsuz ve çoğu zaman suç teşkil eden fiilleri işlemek için birlikte hareket etmeye başlamaları üzerine, bu konulara ilişkin kanuni düzenlemeler yapılması zorunlu hale gelmiştir. Esasen sadece Türkiye’de değil, tüm dünyada benzer olayların yaşanması sonucunda ortaya çıkan benzer ihtiyaçları karşılamak ve küreselleşen dünyada ortak bir faaliyet olan sporun müşterek bir rejime tabi olabilmesini sağlamak adına ilk olarak Avrupa’da 19.08.1985 tarihinde ‘Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi’ imzaya açılmıştır. Türkiye tarafından da sözleşmenin imzalanması ile birlikte ‘Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’ 26.01.1990 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, taraf olan ülkelere, futbol başta olmak üzere tüm spor karşılaşmalarında taraftarların sebep olabilecekleri şiddet olayları ve taşkınlıklarda önlem alma ve gerekli olduğu takdirde mevzuatta düzenlemelere ve yeniliklere gidilmesi şeklinde yükümlülükler getirmektedir.

Ülkemizde, taraftarların suç teşkil eden fiillerine karşı Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanmışsa da düzenlemelerin bu alan için yetersiz olduğu görülmüş ve başka önlemleri de içinde barındıran 24.04.2004 tarih ve 5149 sayılı ‘Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’ özel bir düzenleme olarak mevzuata dahil edilmiştir. Söz konusu kanunda, genel olarak, bir spor karşılaşması öncesinde, sırasında ve sonrasında taraftarların hal ve davranışlarına karşı uygulanabilecek

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

yaptırımlara ve alınabilecek önlemlere yer verilmiştir. 5149 sayılı yasa fazla uzun ömürlü olmamıştır. Bunun sebebi olarak, kanunun uygulanabilir olmadığı ve yaptırım olarak öngörülen idari para cezalarının caydırıcı olmaktan uzak olduğu görüşleri hakim olmuştur<sup>1</sup>. Bunun üzerine, 31 Mart 2011 tarihinde kabul edilen 6222 sayılı ‘Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’ 14 Nisan 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

6222 sayılı kanunda, 5149 sayılı kanundan farklı olarak ve ilk kez şike ve teşvik primi suçları düzenlenmiştir. Daha önce bu konuda kanunda bir düzenleme bulunmadığından, bu tür fiiller ancak Türk Ceza Kanunu’nun dolandırıcılık suçuna ilişkin hükmü içerisinde değerlendirilebiliyordu. Fakat açıkça ceza kanunundaki maddelere dayanılarak şike veya teşvik primi ile ilgili bir yargılama yapılmış değildir. Bu konuda yalnızca idari yaptırımların uygulanması ile yetinilmiştir<sup>2</sup>. Söz konusu suç tipleri için 6222 sayılı kanunda öngörülen cezaların ağırlığının, önleme bakımından etkili olacağı yazarlar tarafından düşünülmüş ve desteklenmiştir<sup>3</sup>. Nitekim 6222 sayılı kanunun, şike ve teşvik primi suçlarının düzenlendiği 11. maddesi derhal uygulanma alanı bulmuş ve futbolda önemli spor kulüplerinin isimlerinin geçtiği bir soruşturma Türkiye’nin adeta gündemine oturmuştur.

Söz konusu soruşturma ile birlikte kanunun hükümleri ve öngördüğü cezalar tartışma konusu olmuştur. Özellikle cezaların çok ağır olduğuna ilişkin tartışmalar kamuoyunda uzunca bir süre yer aldıktan sonra yasakoyucu 15.12.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6250 sayılı kanun ile cezalarda indirim yolunda bir değişiklik yapmıştır. Şike suçunun 5 yıldan 12 yıla kadar olan hapis cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir. Yazarlar tarafından da suç ile cezayı orantılı hale getirmek bakımından yerinde bir değişiklik olarak değerlendirilmiştir<sup>4</sup>.

## ŞİKE SUÇU

Şike suçu, 6222 sayılı kanunun 11. maddesinin 1-4. fıkralarında düzenlenmiştir. Şike suçuna ilişkin yapılan kanuni düzenlemenin, Türk Ceza Kanunu’nda rüşvet suçunun düzenlendiği 252. maddesindeki hükme

<sup>1</sup> **DONAY**, Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, İstanbul, 2011, s. 37; **YURTCAN**, Erdener, Sporda Şiddetin ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, Ankara, 2011, s. vii; **ÖZGENÇ**, İzzet, ‘Açılış Konuşması’, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Ankara 2011, s. 11; **KOCA**, Mahmut, ‘6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler’, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Ankara 2011, s. 47.

<sup>2</sup> **DONAY**, s. 97.

<sup>3</sup> **YURTCAN**, s. 35.

<sup>4</sup> **GÜNGÖR**, Devrim, ‘Şike Suçu’, Ankara Barosu Dergisi, Y. 60, S. 2011/4, s. 38.



benzediği görülmektedir<sup>5</sup>. TCK madde 252’de bir kamu görevlisi, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapmak veya yapmamak üzere bir kişiden bir anlaşma çerçevesinde menfaat temin etmektedir; şike suçunda ise belli bir spor karşılaşmasının sonucunu etkilemek amacıyla bir kişi, bir diğer kişiden bir anlaşma çerçevesinde menfaat temin etmektedir.

11. maddenin birinci fıkrasının ilk ve ikinci cümlelerinde düzenlenmiş olan şike suçu, temel hali değerlendirildiğinde, rüşvet suçu gibi, çok failli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>6</sup>. Birden fazla kişinin birlikte suç işlemesi suçun unsurunu oluşturduğu hallerde bunların çok failli suçlar olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Şike suçunun bir tarafında, spor karşılaşmasının sonucunu etkilemek karşılığında kendisine kazanç veya sair menfaat temin eden bir kişi, diğer tarafında ise bu kazanç veya menfaati karşı tarafa kazandıran kişi bulunmaktadır. Bu sebeple her iki tarafın da şike suçunun faili durumunda olduğu açıktır. Şike suçunda birden fazla fail bulunduğu gerekçesiyle birden fazla ihlalin ve birden fazla suçun işlendiğinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü çok failli suçlarda, birden fazla fail bulunmasına karşın tek bir ihlal ve tek bir suç mevcuttur<sup>8</sup>. Şike suçunda, faillerden birinin tek başına normu ihlal ettiğinden de bahsedilemez; çünkü çok failli bir suç olan şike suçunun neticesi, faillerin hareketlerinin birleşmesi ile birlikte gerçekleşmektedir<sup>9</sup>.

Tarafların, belli bir spor karşılaşmasının sonucunu bir tarafın etkilemesi karşılığında diğer tarafın bu kişiye bir kazanç veya sair bir menfaat temin edeceği konusunda anlaşmaya varmaları ve söz konusu olan kazanç veya menfaatin bu kişi tarafından temin edilmesi ile birlikte şike suçu tamamlanmaktadır<sup>10 11</sup>. Çok failli suçlarda, suçun tamamlandığından bahsedebilmek için, kanuni tipte öngörülen tüm hareketlerin gerçekleştirilmiş olması gerekir<sup>12</sup>. Yani failler kendilerine düşen tüm hareketleri gerçekleştirmiş olmalıdırlar. O halde şike suçunun tamamlandığından bahsedebilmek için aranan hareketler şunlardır:

- Şike suçunun bir tarafındaki kişi, belli bir spor karşılaşmasının sonucunu etkilemesi için bir kişiye kazanç veya sair menfaat temin edeceğine ilişkin anlaşmaya varmakta ve karşı tarafa söz konusu kazanç veya menfaati sağlamaktadır.

<sup>5</sup> DONAY, s. 100.

<sup>6</sup> YURTCAN, s. 36; KOCA, s. 53; GÜNGÖR, s. 39.

<sup>7</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2011, s.329; HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s.346.

<sup>8</sup> SANCAR, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara, 1998, s. 201.

<sup>9</sup> SANCAR, s. 201.

<sup>10</sup> KOCA, s. 52 ve 53; GÜNGÖR, s. 39.

<sup>11</sup> Rüşvet suçunun da, rüşvetin konusunu oluşturan menfaatin elde edilmesiyle tamamlanacağı kabul edilmektedir (TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2012, s. 299).

<sup>12</sup> SANCAR, s. 236.

- Şike suçunun diğer tarafındaki kişi ise, karşı taraftan bir kazanç veya sair menfaat temin etmek karşılığında belli bir spor karşılaşmasının sonucunu etkileyeceğine dair bir anlaşmaya varmakta ve bu anlaşma çerçevesinde kazanç veya sair menfaati kendi hesabına temin etmektedir.

### ŞİKE SUÇUNA TEŞEBBÜS

Şike suçunun tamamlanması için aranan asıl netice kazanç veya menfaat temin edilmesi olduğundan, bunun gerçekleşmemesi halinde, yani yalnızca anlaşmaya varılmış olması durumunda, şike suçunun tamamlandığından söz edilemeyecek; fakat suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilecektir<sup>13</sup>. Bu durumda kural olarak, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde 35. maddede düzenlenmiş olan teşebbüs hükmü ile birlikte değerlendirilecek ve meydana gelen zarar veya tehlike göz önünde bulundurularak, temel ceza faillere indirilerek uygulanacaktır. Ancak 6222 sayılı kanunun 11. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kazanç veya sair menfaat temini hususunda anlaşmaya varılmış olması durumunda, söz konusu temin gerçekleşmemiş dahi olsa suç tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir. Tarafların anlaşmaya varmaları halinde, suç tamamlanmamış olmasına rağmen tıpkı tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır<sup>14</sup>. Maddede “anlaşmaya varılmış olması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolünür” ifadesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu anlaşmaya varılmış olmasını nihai netice olarak kabul etmemekte, yani suçun tamamlanmış olduğunu kabul etmemektedir; fakat korumak istediği menfaati dikkate aldığından, bir başka deyişle suç ve ceza politikası bakımından gerekli gördüğünden<sup>15</sup>, bu suçta teşebbüs edilmesi halini de suç tamamlanmış gibi aynı cezayla cezalandırmayı uygun görmektedir<sup>16 17</sup>.

Cezalandırma açısından suçun tamamlanmış olması veya teşebbüs aşamasında kalmış olması bakımından ayırım yapılmayan suçlara kalkışma suçları denir. Kalkışma suçlarında, suç teşebbüs aşamasında kalsa bile tamamlanmış suç gibi cezalandırılır<sup>18</sup>. Şike suçunun düzenlendiği madde

<sup>13</sup> GÜNGÖR, s. 41.

<sup>14</sup> YURTCAN, s. 36; KOCA, s. 53; GÜNGÖR, s. 41.

<sup>15</sup> YURTCAN, s. 36.

<sup>16</sup> KOCA, s. 57.

<sup>17</sup> Benzer bir düzenleme 5237 sayılı kanunda düzenlenmiş olan rüşvet suçu bakımından da mevcuttur. Buna ilişkin hüküm 252. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alırken 6352 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra 252. maddenin 3. fıkrasında aynı şekilde yer almıştır.

<sup>18</sup> SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994, s. 195; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 1989, s. 63; ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa

değerlendirildiğinde, burada bir kalkışma suçunun bulunduğu açıktır. Çünkü şike suçu bakımından teşebbüs aşaması olan ‘anlaşmaya varılmış olması’ halinde bile suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı ilk fıkrada belirtilmiştir. Dolayısıyla şike suçuna konu olan menfaat henüz temin edilmemiş olmasına rağmen suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır.

### **ŞİKE SUÇUNDA ANLAŞMAYA VARILAMADIĞI TAKDİRDE TEŞEBBÜS (TCK MADDE 35) HÜKMÜNÜN UYGULANMASI DOĞRU MUDUR?**

Kanunun aynı maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm dikkat çekicidir. Fıkrada, kazanç veya sair menfaat, vaat veya teklifte bulunulması fakat anlaşmaya varılamamış olması halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Daha önce belirttiğimiz gibi tarafların anlaşması ve bu anlaşmaya dayanarak menfaat teminin sağlanması durumunda şike suçu tamamlanmış olmaktadır. Tarafların anlaşmasına rağmen menfaat temini gerçekleşmez ise suç henüz tamamlanmamasına ve aslında teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde yer alan hüküm uyarınca suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır. Peki, tarafların anlaşmaya varamamış olmaları halinde bunu TCK 35- teşebbüs hükmü içerisinde değerlendirerek cezalandırmak gerçekten doğru mudur?

11. maddenin 3. fıkrası incelendiğinde, isabetli bir düzenleme yapıldığını söylemek mümkün değildir. Bu fıkraya dayanılarak TCK 35- teşebbüs kurallarının uygulanamayacağı kanısındayız. Bu düşüncemizin iki hukuki sebebi bulunmaktadır:

1. Şike suçunun çok failli bir suç olduğunu yukarıda belirtmiştik. Çok failli suçlarda, faillerden biri kendine düşen hareketi yapmaya henüz başlamamışsa çok faillik durumu gerçekleşmemiş demektir<sup>20</sup>. Şike suçunun düzenlendiği maddenin 3. fıkrasında öngörülen halde, taraflardan biri kazanç veya sair menfaat teklifinde bulunmakta fakat diğer taraf teklifi kabul etmemekte ya da cevapsız bırakmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi çok failli suçlar tek suçtur, bu sebeple ya tüm failler bakımından tamamlanır

---

Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara, 2008, s. 303; İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009, s. 195.

<sup>19</sup> Benzer bir hükmün, 6352 sayılı kanun ile değiştirilen rüşvet suçuna da eklendiğini belirtmek gerekir. Fakat madde 252/4’te bulunan bu düzenlemedeki en büyük fark, rüşvet teklifinin yapılmış ve fakat henüz anlaşmaya varılamamış olunması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına işaret edilmemiş olmasıdır. Çünkü fıkrada bu durumda suçun tamamlanmış haline göre verilecek olan cezanın yarıya indirilerek uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>20</sup> SANCAR, s. 238.

ya da tüm failler bakımından teşebbüs aşamasında kalır<sup>21</sup>. Fakat maddede teşebbüs olarak kabul edilmek istenen durumda, faillerden birinin tipik fiile uygun herhangi bir hareketi bulunmamaktadır ve bu sebeple şike suçunun ne tamamlandığını ne de teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek mümkün olabilir. Nasıl ki bir suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için failin icra hareketlerine başlamış olması aranıyorsa, çok failli suçlar zorunlu olarak birden fazla kişi ile işleniyor olduklarından, çok failli suçların teşebbüs aşamasında kaldıklarından bahsedebilmek için tüm faillerin icra hareketlerine başlamış olmalarını aramak gerekir. Bu sebeple çok failli suçlarda teşebbüsten bahsedebilmek için faillerden yalnızca birinin icra hareketlerine başlamış olması yeterli değildir; zorunlu olan diğer fail sayısı kaç ise o sayıdaki failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Faillerden birisinin hareketinin eksikliği, diğer faillerin hareketlerini de elverişsiz kılacak ve bunların hukuki bir varlık kazanmalarına engel olacaktır<sup>22</sup>. Kanunun aradığı kişi sayısından daha az kişinin hareketi teşebbüsü gerçekleştirilmeyeceğinden<sup>23</sup>, 6222 sayılı kanunun 11. maddesinin 3. fıkrasında taraflardan yalnızca birinin hareketinin varlığı karşısında teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin düzenlenmenin hukuka uygun olduğunu kabul etmek olası değildir.

2. Şike suçuna teşebbüs olarak kabul edilen anlaşmaya varılmış olması hali zaten suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır. Ve bu şekildeki düzenlemenin bir kalkışma suçu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Kalkışma suçlarının en büyük özelliği, bunlara teşebbüsün mümkün olmamasıdır<sup>24</sup>. 11. maddenin 3. fıkrasında ise tarafların anlaşmaya varamamış olmaları halinde dahi teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı kaleme alınmıştır. Fakat ancak bir hazırlık hareketi olarak kabul edilebilecek olan anlaşma teklifinde bulunma fiiline teşebbüs hükümlerinin uygulanması, kalkışma suçuna teşebbüs hükümlerinin uygulanması anlamına gelecektir ki bunun ceza hukukuna uygun düşmeyeceği açıktır. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak ileri sürülen, kanun koyucunun suç ve ceza politikasının bir sonucu olarak Türk sporunu şike suçundan tümüyle arındırmak üzere bu yöntemi seçtiği görüşüne<sup>25</sup> katılmak ve teşebbüs hükmünün uygulanmasını kabul etmek ise söz konusu olamaz. Suçun ‘teşebbüs haline teşebbüsün’ mümkün olduğunu söylemek ve bunu cezalandırmak ceza hukuku mantığı ve tekniği ile bağdaşmamaktadır.

---

<sup>21</sup> SANCAR, s. 238.

<sup>22</sup> SANCAR, s. 239.

<sup>23</sup> SANCAR, s. 240.

<sup>24</sup> İPEKÇİOĞLU, s. 195; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, S. 345.

<sup>25</sup> YURTCAN, s. 38.

## **KAYNAKÇA**

- DONAY**, Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, İstanbul, 2011.
- GÜNGÖR**, Devrim, 'Şike Suçu', Ankara Barosu Dergisi, Y. 60, S. 2011/4.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki-**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010.
- İPEKÇİOĞLU**, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.
- KOCA**, Mahmut, '6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler', Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Ankara 2011.
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 1989.
- ÖZGENÇ**, İzzet, 'Açılış Konuşması', Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Ankara 2011.
- ÖZTÜRK**, Bahri-**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara, 2008.
- SANCAR**, Türkan, Çok Faili Suçlar, Ankara, 1998.
- SOYASLAN**, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994.
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2011.
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2012.
- YURTCAN**, Erdener, Sporda Şiddetin ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, Ankara, 2011.



## VERGİ CEZALARININ AFFI

*Zeynep MÜFTÜOĞLU HOŞ\**

### GİRİŞ

Devletin varlık koşulu<sup>1</sup> ve mali egemenliğinin görünümü olan vergilendirme yetkisi<sup>2</sup>, kamu hizmetlerini gerçekleştirebilmek için kullanılan bir araç olduğundan kamu gelirlerinin toplanmasında başvurulması siyasi bir zorunluluktur<sup>3</sup>. Günümüz modern devletlerinde vergi gelirlerinin toplanması yetkisi eski dönemlerdeki gibi gücü elinde bulunduran tek kişiye ya da gruba ait olmayıp belirli kurallara tabidir. Hukuk devleti ve vergilendirmede yasallık ilkelerinin sonucu olarak vergilerle ilgili düzenlemeler kanunlarla yapılmaktadır<sup>4</sup>. Farklı isimler altında vergi aflarını düzenleyen kanunlar ise devletin sahip olduğu vergilendirme yetkisinden vazgeçmesi anlamına gelmektedir.

Kökeni Antik Yunan'a uzanan af kelimesi o zamanlar unutmak, bağışlamak anlamında kullanılmaktaydı<sup>5</sup>. Günümüzde "mali af" kavramı en geniş anlamıyla vergi kanunlarına aykırı hareket edenlere karşı uygulanan yaptırımların ortadan kaldırılması şeklinde tanımlanabilir<sup>6</sup>. Vergi affı, vergi kanunlarına aykırı hareket etmeleri nedeni ile idari ve hukuki yaptırımlara çarptırılmış bireylerin bu yaptırımlarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır<sup>7</sup>. Daha geniş anlamda mali aflar ise hem kamu hukuku hem

---

\*Atılım Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Nami, Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982, s. 3.

<sup>2</sup> Nami, Çağan, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, s. 171.

<sup>3</sup> Nami, Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 4.

<sup>4</sup> Şerafettin, Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 5.

<sup>5</sup> Güneş, Çetin, "Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi", *Yönetim ve Ekonomi*, C. 14, s. 2, 2007, s.172.

<sup>6</sup> Hasan, Yalçın; Arif, Başer, "Türkiye'deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri", *Vergi Dünyası*, S. 173, Ocak 1996, s. 104.

<sup>7</sup> Ayşe, Güner " Vergi Afları- Vergiye Uyum İlişkisi Üzerine", *Prof. Dr. Sahih Şanver'e Armağan*, M. Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 10, İstanbul, 1988, s.

de özel hukuk ilişkisinden doğan yükümlülükleri bağışlamakta kullanılan aflardır ve vergi aflarını kapsarlar. Mali af, SSK borç ve cezaları, mülk ve teşebbüs gelirleri, devlet bankalarının çiftçilere verdiği krediler gibi geniş bir kapsama sahipken vergi afları vergi borçlarını, vergi cezalarını, gecikme zamlarını ve uygulamada bazen örneği görüldüğü üzere vergi asıllarını kapsamaktadır. Pek çok yazar vergi affı ve mali af kavramları arasında ayırım gözetmemekle<sup>8</sup> beraber bu çalışmada vergi afları, vergi borçlarını, vergi cezalarını, gecikme zamlarını ve uygulamada bazen örneği görüldüğü üzere vergi asıllarını kapsayan tanımı kastedilerek kullanılacaktır.

Af, çoğu zaman toplumsal barış ve kamu yararı düşünülerek oluşturulan bir yasama tasarrufudur<sup>9</sup>. Vergi afları, vergi cezalarının sona erme nedenlerindedir ve devletin tek taraflı olarak alacağından vazgeçmesi şeklinde gerçekleşir. Vergi afları kamu alacağının tahsilinden vazgeçilmesi sonucunu doğurur. Tarh edilmiş vergilerin, belli süreler içinde ödenmesi kaydıyla bu vergilere ait cezalara veya bunların gecikme zamlarına uygulanır. Esas işlevi vergi cezalarını sona erdirmek olan vergi afları bazen cezanın yanında verginin aslının (belli koşullar oluşmuşsa) bir kısmını affetmek için de kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Af, mükelleflere eski beyanlarını düzeltme ve daha önce ödemedikleri vergileri ödeme kolaylığı sağlayan bir araçtır; mükelleflerin, vergi idaresinin denetiminden muaf tutulduğu bir sistem değildir<sup>11</sup>.

Af kavramının, vergi hukukunda, ceza hukuku anlamındaki vergi cezaları ve idari yaptırım niteliğindeki mali (parasal) cezaları kapsamı gerekirken yukarıda da belirtildiği gibi ülkemizde bazı dönemlerde, af kanununda öngörülen koşulların oluşması halinde vergi aslını, gecikme zammını ve gecikme faizini de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu kullanımı ile aflar hem vergi aslı hem de gecikme zammı ve faizi bakımından daha tartışmalı hale gelmektedir. İlerleyen bölümlerde ele alınacağı üzere vergi cezalarının affı, mükellefler arasında eşitlik ilkesine zarar vermesi bakımından oldukça sakıncalı bulunmakta fakat yine de

---

261- 271. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, “Vergi Aflarının Vergi Uyumuna Etkisi”, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>, Erişim Tarihi: 19.11.2011).

<sup>8</sup> Cemali, Eker, *Türkiye’de Vergi Aflarının Sosyal ve Ekonomik Etkileri*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2006, s. 1.

<sup>9</sup> Kemal, Kılıçdaroğlu, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, *Vergi Dünyası*, S. 286, Haziran 2005, s. 38.

<sup>10</sup> Mualla, Öncel; Ahmet, Kumrulu; Nami, Çağan, *Vergi Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 153.

<sup>11</sup> Worldbank: Amnesties, [www.worldbank.org/publicsector/tax/amnesites.html](http://www.worldbank.org/publicsector/tax/amnesites.html) (Erişim Tarihi: 14.11.2003.) (Aktaran: Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 136, 2004, s. 61).



sıklıkla uygulanmaktadır. Vergilerin aslının affi da eşitlik bakımından aynı sakıncaları içermektedir. Verginin aslından vazgeçilmesi durumunda vergilerin yasallığı ilkesi bakımından bir ihlal yokken yatay eşitlik bakımından oldukça duyarlı bir alan doğmaktadır. Af kanunu çıkarılacağı zaman getirilecek aftan yararlanmak için verginin aslının ödenmesi şartının aranması yerinde olacaktır. Böyle bir koşul, mükelleflerin vergi alacaklarını zamanında ödemeleri için faydalı olacaktır<sup>12</sup>. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi, bunun tam tersine bazen vergi afları esas işlevleri olan vergi cezalarını sona erdirme amacının yanında verginin aslını da affetmek için kullanılabilir<sup>13</sup>. Uygun olanı ise af kanunlarının sadece vergi cezaları için uygulanması ve verginin aslını kapsayacak şekilde düzenlenmemesidir. Çünkü toplumda verginin aslının affedileceği beklentisinin uyandırılmaması hem vergi ödemeyi caydırıcı bir sonuca hem de vergisini ödeyen ve ödemeyen bireyler arasında adaletsizliğe yol açacaktır<sup>14</sup>. Gecikme zamlarının ve faizlerinin af kapsamına alınması ise bunların ceza mı tazminat mı olduğu ve ceza ya da tazminattan vazgeçilip vazgeçilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir<sup>15</sup>. Vergi afları tarh edilmiş vergilerin, belli süreler içinde ödenmesi kaydıyla bu vergilere ait cezalara veya bunların gecikme zamlarına uygulanır<sup>16</sup>. Doktrinde gecikme zamlarına af kanunlarının, bu kanunda açıkça belirtilmedikçe uygulanmaması gerektiğini savunan görüşe göre gecikme zamları, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesi nedeni ile devletin uyguladığı kaybı karşılamak için alındığından vergi cezalarından farklı bir niteliğe sahiptirler<sup>17</sup>.

Bu çalışmada vergi affi kavramı, tarihçesi ve kapsamı açıklandıktan sonra devletin bir müdahale aracı olarak vergi aflarına başvurma nedenleri irdelenecektir. Bu nedenlerin sosyal, ekonomik ve siyasi nedenler olmak üzere açıklanmasının ardından vergi aflarına dair lehte ve aleyhte görüşlere yer verilecektir. Son bölümde Türkiye’de vergi affi olgusu incelenmiştir. Bu bölümde, ülkemizde vergi affi çıkarma yetkisinin kaynağı, kapsamına yer

<sup>12</sup> Age, s. 122.

<sup>13</sup> Mualla, Öncel; Ahmet, Kumrulu; Nami, Çağan, *Vergi Hukuku*, s. 153

<sup>14</sup> Yusuf, Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 438.

<sup>15</sup> Gecikme faizi, kanunda tazminat nitelikli bir kurum şeklinde düzenlenmiştir. Bu ayrımı bankaların uyguladığı cari faiz haddi ile karşılaştırarak yapmak mümkündür. Söz konusu oranın altında kalan gecikme faizi düzenlemelerinin tazminat nitelikli, üzerinde olan düzenlemelerin ise cezai nitelikte olduğu söylenebilir. Aynı karşılaştırma gecikme zammı için de yapılabilecektir. Gecikme zamlarının kanunda düzenlendiği şekliyle oranları bankaların uyguladıkları cari faiz hadlerinin altındaysa tazmin; üzerindeyse cezai nitelikli öngörüldükleri söylenebilecektir.

<sup>16</sup> Mualla, Öncel; Ahmet, Kumrulu; Nami, Çağan, *Vergi Hukuku*, s. 153.

<sup>17</sup> M. Kamil, Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları: 121, İstanbul, 2006, s. 330.

verildikten sonra ülkemizde çıkarılan af kanunları, bu kanunlara ait gerekçe ve eleştirilerle birlikte ele alınacaktır.

## I. VERGİ AFFI KAVRAMI, TARİHÇESİ VE KAPSAMI

Vergi afları hiç de yeni olmayan bir kurumdur. Bu aflara dair ilk yazılı belgeler Mısır'da M.Ö. 200 yılına ait kalıntılarda bulunmuştur. Bu kalıntılardan anlaşılmaktadır ki o zaman Mısır'da çıkarılan vergi affı toplumsal yapıyı düzeltmek için vergi isyancılarının affedilmesi için kullanılmıştır. Vergi afları, Roma İmparatorluğu'nda da sıkça başvurulan bir yöntem olmuş; İmparatorluğa ait belgelere göre M.S. 401, 411, 434, 445, 450 ve 458 yıllarında vergi afları çıkarılmıştır<sup>18</sup>. Günümüzde de vergi sisteminde meydana gelmiş uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurulmadan idare ve mükellef arasında çözüme kavuşturulması çağdaş vergi sistemlerinin başvurduğu bir sistem haline gelmiştir<sup>19</sup>. Fakat bu uygulamaya gelişmekte olan ülkelerde bir rutin haline gelecek şekilde sık yer verilmektedir<sup>20</sup>. Vergi gelirleri devletlerin mali kaynaklarının en büyük bölümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle vergi sisteminde meydana gelen sorunların çözülmesi tüm devletlerin ana hedeflerinden birisidir<sup>21</sup>. Vergiler devlet olma geleneğinin bir sonucu olarak doğmuştur ve görülüyor ki vergi aflarına yüzyıllardan beri vergi sisteminde yaşanan aksaklıklara çözüm olarak başvurulmaktadır<sup>22</sup>. Fakat bu uygulamaya gelişmekte olan ülkelerde bir rutin haline gelecek şekilde sık yer verilmektedir<sup>23</sup>.

Doktrinde düzeltme affı, araştırma affı, takibat affı, beyan affı, kayıt tutma affı, kovuşturma affı gibi sınıflandırmalar da yapılmaktadır. Bunlardan düzeltme affı, mükelleflere genellikle belirlenen dönemlerin vergi beyannamelerini gözden geçirme ve geçmiş beyanlarını düzeltme hakkı tanınır. Böylelikle mükellefler kaçırdıkları vergileri ödeme fırsatı bulurlar.

---

<sup>18</sup> Benna Torgler; A. Cristoph, Shlategger, *Tax Amnesty and Political Participation, Financial Aid From the WWZ- Forum*, Project No. B 57 and the Swiaa National Science Foundation Project No. 5004- 58534, 2003, s. 3. (Aktaran: Güneş, Çetin, "Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi", s.177).

<sup>19</sup> İsmail, Polat, "213 Sayılı Vergi Usul Kanunu Hükümlerine Göre Pişmalık ve Islah Müessesesi", *Vergi Denetmenleri Dergisi*, S. 60, 2002, s. 9. (Aktaran: Güneş, Çetin, "Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi", s.173).

<sup>20</sup> Fatih, Savaşan, "Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları ("Vergi Barışı" Uygulama Sonuçları)", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2006, s. 42.

<sup>21</sup> Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>.

<sup>22</sup> Güneş, Çetin, "Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi", s.172.

<sup>23</sup> Fatih, Savaşan, "Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları ("Vergi Barışı" Uygulama Sonuçları)", s. 42.

Araştırma affında ise mükelleflerin bir miktar ödeme yapmaları karşılığında belirli dönemdeki gelirleri yani vergilendirilebilir gelirin gerçek miktarı ve kaynağı araştırılmaz. Tatbikat affı olarak adlandırılan afta vergi idaresi mükellefin bir miktar tazminat ödemesi koşulu ile belli yıllara ilişkin dava yetkisinden vazgeçmektedir<sup>24</sup>. Beyan affı, beyanda bulunmayanların bu nedenle aldıkları cezalarının affı anlamına gelmektedir. Kayıt tutma affı, geçmiş dönemlere ait tutulmayan yasal kayıtların affıdır. Kovuşturma affı, tespit edilen suçluların kovuşturma dokunulmazlığına kavuşturulmasıdır. Vergi idaresi, mükellefin belli bir ödeme yapması ile dava hakkında vazgeçmektedir<sup>25</sup>. Bizim kanun ve uygulamalarımızda daha örneği görülmemiş olmakla beraber afların vergi cezalarının iade edildiği bir çeşidi de mevcuttur<sup>26</sup>.

Ceza hukukunda afta siyasi ve sosyal ortamı rahatlatmak amaçlanmakta iken vergi affıyla öncelikli amaçlanan devlete gelir sağlanmasıdır. Aralarındaki bir diğer fark ise ceza aflarına sosyal ve siyasi bunalım dönemlerinde başvurulurken vergi aflarına mali ve ekonomik bunalım dönemlerinde başvurulmaktadır<sup>27</sup>. Ceza hukukunda af genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan genel af, hem mahkumiyeti hem kamu davasını ortadan kaldırırken; özel af, yalnız cezaya dair olup mahkumiyete etki etmemektedir<sup>28</sup>.

Af kanunları geriye yürümezlik kuralının istisnalarından birisidir. Genel kuralın aksine af kanunları kural olarak geriye yürürler ve geçmişteki vergilendirme işlemlerini etkilerler. Bu özellik af kanunlarının doğaları gereği kabul edilmektedir çünkü bu kanunların özünde geçmişin unutulması, affedilmesi, silinmesi yatmaktadır. Af kanunlarının geriye etki etmemeleri, gelecekte işlenecek fiillerin affedilmesi durumuna neden olacaktır ki böyle bir ihtimal söz konusu değildir<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> L. A. Franzoni, "Punishment and Grace: On the Economics of Tax Amnesties", *Public Finance*, 51 (3), 1996, s. 353- 368. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>).

<sup>25</sup> Worldbank, *Amnesties*, [www.worldbank.org/publicsector/tax/amnesties.html](http://www.worldbank.org/publicsector/tax/amnesties.html) (Erişim Tarihi: 14.11.2003,) (Aktaran: Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, "Türkiye'de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I", s. 61).

<sup>26</sup> Faruk, Erem, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. 2*, Ankara, 1971, s. 419. (Aktaran: Nami, Çağan, "Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1-2., s.121)

<sup>27</sup> Cemali, Eker, *Türkiye'de Vergi Aflarının Sosyal ve Ekonomik Etkileri*, s. 8.

<sup>28</sup> Selahattin, Keyman, *Türk Hukukunda Af*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965, s. 42 vd.

<sup>29</sup> A. Volkan, Özgüven, *Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 126.

Vergi cezaları aflarının bireysel nitelikli olmasında teorik bir engel bulunmamakla birlikte doktrinde vergi aflarının genel nitelikli olmaları daha uygun bulunmaktadır<sup>30</sup>. Bu aflardan, vergi mükellefi olmaları gereken ya da vergi mükellefi olup da ödemesi gereken vergi miktarının sadece bir bölümünü ödemiş kişi ve kurumlar yararlanmaktadır<sup>31</sup>. Af kanunlarının sadece belli dönemlere ait vergiler için kesilmiş cezaları affetmesi, mükelleflerin af kanunu çıkacağı söylentisi ile suç işlemeye yönelmesini engellemektir<sup>32</sup>.

## II. DEVLETİN BİR MÜDAHALE ARACI OLARAK VERGİ AFLARINA BAŞVURMA NEDENLERİ

### A. Sosyal Nedenler

Vergi aflarına başvurulmasında adaletsizliği gidermek ve vergi uyumuna teşvik etmek gibi sosyal nedenlerden bahsedilebilir. Sosyal nedenlerin başında adaletsizliği gidermek endişesi yer almaktadır. Zaman içinde paranın değerindeki azalmakta, vergi etkinliğini kaybetmektedir. Bu kaybı önlemek için zamanında ödenmeyen vergilere gecikme cezası uygulanmakta fakat bu cezanın faiz oranları enflasyonla uyumlu hale getirilememektedir. Faizler çoğu zaman piyasa faiz oranlarının üzerinde kalmakta; bu durum ise cezai faiz miktarlarının verginin aslından da fazla olmasına mükelleflerin ödeyemeyecek duruma gelmesine yol açmaktadır. Çıkarılan af yasaları ile bu durum biraz olsun giderilebilmektedir<sup>33</sup>. Bu durumdan özellikle küçük işletmeler etkilenmektedir. Söz konusu afların, küçük işletmelerin varlıklarını sürdürebilmeleri için önem taşıdığı düşünülmektedir<sup>34</sup>.

Adaletsizliğin giderilmesi gayesi, vergi kanunlarının bilmeyen mükelleflerin maruz kaldığı olumsuzlukları ortadan kaldırma girişimlerini de kapsamaktadır. Her ne kadar ceza hukukunun bazı genel ilkelerinin vergi ceza hukukuna uygulanabileceğini söylesek de örneğin ceza hukukunun “kanunu bilmemek mazeret değildir” ilkesinin ekonomik ve mali suçlara uygulanması bazen haklı sayılamayacak sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğin yapılan bir Mükellef Eğilimler Anketi çalışmasında görülmüştür ki mükellefler Gelir İdaresi Başkanlığı'nın mükellefleri bilgilendirmek için

<sup>30</sup> M. Kamil, Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, s. 330.

<sup>31</sup> Ayşe, Güner, “Vergi Afları- Vergiye Uyum İlişkisi Üzerine”, s. 261- 271. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>)

<sup>32</sup> Nami, Çağan, “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, s. 122.

<sup>33</sup> Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, s. 62.

<sup>34</sup> Duran, Bülbül, “Vergi Aflarının Ekonomik ve Sosyal Etkileri-I”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 131, 2003, s. 207.

kullandığı posta, faks, yüz yüze iletişim, medya gibi olanaklardan pek faydalanamamaktadırlar. Mükelleflerin birçoğu kendilerine bilgi ulaştırmak için sunulan hizmetlerden haberdar değildirler. Eğitim seviyesi düşük ya da yüksek pek çok mükellef, vergi sisteminin karmaşıklığından şikayetçidir. Bu açıklamalar, sisteme dahil olmuş ama bilinçli olmadan vergi uyumsuzluğu göstermiş kişilerin yükümlü oldukları cezaların kaldırılması için vergi aflarının kimi zaman adaleti sağlamada olumlu etki yaratabileceğini destekler niteliktedir<sup>35</sup>. Bu durumda vergi aflarının getirilmesi bu sonuçların ortadan kaldırılmasına yardımcı bir araç olarak işlev görmektedir<sup>36</sup>.

Vergi aflarına, yaşanan ekonomik ve mali bunalımlardan sonra toplumun toparlanabilmesi için bir rehabilitasyon görevi üstelenecek şekilde de başvurulabilmektedir. Bunalımların atlatılması olağan dönemler için hazırlanmış düzenlemelerle değil, içinde bulunulan bunalım durumuna uygun düzenlemelerle atlatılabileceğinden vergi aflarına gidilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu dönemlerde uygulanan aflar, kaçınılmaz olarak yol açılmış adaletsizlik ve hataları düzeltmenin de bir yolu olduğundan barışın ve huzurun kurulmasında katkı sağlayabilmektedir<sup>37</sup>.

Vergi aflarının, vergi uyumuna teşvik etme aracı olarak kullanılması ise vergi kaçırılmış fakat daha sonra umduğundan daha fazla suçluluk duygusu içine düşmüş kişiler üzerinde etkili olmaktadır. Bu mükellefler, vergi aflarından faydalanarak bu suçluluk duygusundan kurtulmak isteyebilir. Bu nedenle afların uyuma teşvik etmede olumlu yönleri de bulunmaktadır<sup>38</sup>. Aynı durum bilerek ya da içinde bulunduğu mali zorluklar nedeni ile vergi kaçırılmış ve bu durumun ortaya çıkmasından utanç duyan ve maruz kalacakları yaptırımdan korkan mükellefler için de geçerlidir. Vergi afları bu kişilere temiz bir sayfa açmaları ve bundan sonraki hayatlarında vergi sistemi ile uyumlu bir vatandaş olmaları için şans tanınmaktadır<sup>39</sup>.

Bireyler, doğaları gereği denetim riskine girmek istemediklerinden affa katılım konusunda daha istekli oldukları varsayılmaktadırlar. Bu nedenle vergi aflarının vergi sisteminde etkinlik ilkesinin gerçekleştirilmesinde de

---

<sup>35</sup> Elif, Tuay; İnci, Güvenç, *Türkiye’de Mükelleflerin Vergiye Bakışı*, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 51, 2007, s. 135-137.

<sup>36</sup> Nami, Çağan, “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, s. 115.

<sup>37</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.174.

<sup>38</sup> Fatih, Savaşan, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)”, s. 47.

<sup>39</sup> Allen, H, Lerman, “Tax Amnesty: The Federal Perspective”, *National Tax Journal*, 38 (3), 1986, s. 325- 332. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>).

katkısı olduğu savunulmaktadır. Kişiler denetim riski ile karşılaşmaktansa aftan yararlanmayı tercih ettiklerinde hem bütçe dengesinin sağlanmasına katkıda bulunmuş hem de başka biçimde alınmaları mümkün olmayan vergiler bazen af ile alınmış olmaktadır. Affin, bireyleri vergiye uyumlu davranmaları için teşvik ettiği bahsedilen diğer nedenler yanında insan psikolojisi nedeni ile vergi sisteminde bu şekilde etkinlik sağladığından bahsedilebilir<sup>40</sup>.

### B. Ekonomik Nedenler

Hükümetler, vergi aflarına başvurduklarında ekonomik beklentiler içinde de olabilirler. Vergi afları kimi zaman piyasaları canlandırmanın bir aracı olarak kullanılmaktadır<sup>41</sup>. Çünkü aflar, çeşitli nedenlerle gizli kalmış servet unsurlarının ekonomik dolaşıma katılmasında rol oynamaktadır<sup>42</sup>. Nasıl ki vergi kurumunun ortaya çıkmasının temelinde devlete gelir sağlama amacı yatıyorsa aynı amaç vergi aflarında da görülmektedir. Vergi aflarının işlevlerinden birisi de ekonomik kriz döneminde devlete gelir sağlamak olabilir<sup>43</sup>. Bu konuda dikkate alınması önemli olan bir husus vergi aflarından gelir elde etmek amaçlanıyorsa mali affin konusunun sınırlandırılıp, kapsamının genişletilmesinin, bu amacın gerçekleşmesinde etkili olacaktır. Aynı şekilde mali aftan gelir elde etmek için uygun zamanda çıkarılması da oldukça önemlidir. Yani mükelleflerin yükümlülüklerini yüksek oranda yerine getirdiği bir dönemde çıkarılacak affin mali getirisi de istenen düzeyde olmayacaktır<sup>44</sup>.

### C. Siyasi Nedenler

Vergi afları dönem dönem vergi toplamayı kolaylaştırma amacı ile kullanılmaktadır<sup>45</sup>. Bu aflar, vergi idaresi ve vergi yargısı açısından sonuca

<sup>40</sup> Doğan, Gökbel, *Vergi Affi*, <http://www.eso-es.net/kuurmsal/yazi.asp?90> (Erişim Tarihi: 13.08.2003). (Aktaran: Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.175).

<sup>41</sup> Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, “Türkiye’de Mali Affin Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, s. 62; Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.173.

<sup>42</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.173.

<sup>43</sup> İlhan, Gökcalp, “Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler”, *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E- Dergisi*, S. 12, 2007, s. 9.

<sup>44</sup> Murat, Özden, “Mali Af Uygulama Sonuçlarında Etkinliği Belirleyen Kriterler ve Alınabilecek Önlemler”, *Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, C.2, S. 2, 1994, s. 119-121.

<sup>45</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.172.

ulaştırılması çok güçleşen iş yükünün eritilmesi işlevi de görmektedir. Bir yandan mükelleflere kolaylık getirilirken bir yandan da birikmiş ve tahsili güçleşmiş vergi alacaklarının kısmen de olsa tahsilini mümkün kılar. Vergi aflarının idareye katkıları arasında sonlandırılmamış ve sonlandırılması fazla zaman alacak vergi işlemlerinin eritilmesi de sayılabilir. Bu durumlar vergi aflarının idarenin, birikmiş iş yükünü azaltmak bakımından da kullanıldığını göstermektedir<sup>46</sup>. Vergi sisteminde meydana gelmiş olan aşırı iş yükü nedeni ile oluşmuş aksaklıkları düzeltmek ve köklü bir değişime gitmek için öncelikle vergi aflarına başvurularak sistemin yükü hafifletilebilir. Böylelikle geçmiş dönemler tasfiye edilmekte ve yeni bir sistem daha kolay kurulabilmektedir. Az gelişmiş ülkelerde hükümetler askeri darbelerin, devrimlerin ve karşı devrimlerin ardından eski yönetimin mali alandan tasfiye edilmesinde vergi aflarını devreye sokabilmektedir<sup>47</sup>.

### III. VERGİ AFLARINA DAİR GÖRÜŞLER

#### A. Vergi Aflarını Savunan Görüşler

“Devletin Bir Müdahale Aracı Olarak Vergi Aflarına Başvurma Nedenleri” bölümünde sayılan nedenler aynı zamanda vergi aflarını savunan kişilerin de dayandığı temelleri oluşturmaktadır. Tekrardan kaçınmak amacı ile bu bölümde söz konusu dayanak noktalarına kısaca değinirsek vergi afları, gecikme cezası faizleri nedeni ile doğan adaletsizliğin giderilmesinde; kanunu bilmediği için vergi uyumsuzluğu gösteren bireylerin vergi cezasına tabi olması durumunun ortadan kaldırılmasında; yaşanan ekonomik ve mali bunalımlardan sonra toplumun toparlanabilmesi için bir rehabilitasyon görevi görmede; vergi kaçırdığı için suçluluk duyan ve bu durumu düzeltmek isteyen bireyleri teşvik etmede; denetim riski ile karşılaşmak istemeyen bireyleri vergiyle uyumlu hale getirmede; piyasayı canlandırmada; gizli kalmış servet unsurlarını ekonomik dolaşıma katmakta; devlete gelir sağlamada; vergi toplamayı kolaylaştırmada; idarenin, birikmiş iş yükünü azaltmada; vergi sistemini ya da eski siyasi sistemi tasfiye etmede önemli bir araç olarak görülmektedirler. Bu sayılanlara ek olarak vergi yasaları günün gerçeklerine uymuyor, geride kalıyorsa da vergi affı kanunları mükelleflerin mağduriyetlerini gidermek için kullanılacak bir yol olabilir. Vergi aflarını savunan bir diğer görüşe göre ülkemizde vergi ahlakı henüz oturmamıştır. Bu nedenle bireylerin eğitimleri tamamlanana ve

<sup>46</sup> Abdurrahman, Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, s. 97.

<sup>47</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.173.

yetişkin eleman sayısı oluşturulana kadar muayyen zamanlarda vergi aflarının çıkarılması uygundur<sup>48</sup>.

Vergi kanunlarını savunan kişiler bu afların devletin kamu alacağından vazgeçmesi nedeni kamu gelirlerinin azalacağı sorununu ise çok önemli bulmamaktadırlar. Bunun gerekçesini de vergi cezalarının toplam kamu gelirleri içindeki yerinin zaten çok küçük olduğu ve devletin bu az miktardaki alacağından vazgeçmesinin kamu maliyesi açısından büyük bir kayıp olmayacağı şeklinde açıklamaktadırlar<sup>49</sup>. Fakat bu yorum, ülkemizde olduğu gibi vergi aslının da affa uğradığı durumlarda yetersiz görünmektedir.

### **B. Vergi Aflarına Karşı Çıkan Görüşler**

Bir görüşe göre vergi cezaları, devletin mükellefler tarafından işlenen vergi suçları nedeni ile uğradığı zararın karşılanması amacını güder. Yani tazmin edici amacı ağır basar. Bir başka görüşe göre ise vergi cezaları tazmin amaçlı değil; cezai niteliklidir. Devletin uğradığı zararı aşan tutarda karşılık olarak suçluyu cezalandırmak amaçlanır<sup>50</sup>. Vergi cezalarının tazminat amaçlı mı cezai nitelikli mi olduğu konusuna Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu idari cezaların cezai nitelik taşıdığı şeklinde karar vermiştir<sup>51</sup>. Fakat her halükarda vergi cezalarının her iki işlevi için de vergi aflarına sıkça başvurulması olumsuz etki doğurmaktadır. Çünkü vergi affi sırasında kısa vadede gelir elde edilebilir fakat uzun vadede bireylerin vergi uyumsuzluğunun artma olasılığı çok fazla olduğundan devletin uğradığı zararın da katlanarak büyüme tehlikesi doğabilir. Aynı şekilde vergi aflarına sıklıkla başvurulması caydırıcılık etkisinin zayıflamasına da yol açacaktır. Bireyler bir vergi affi beklentisinde olacak, cezalarının bu affa silineceği bilgisi ile cezaya neden olan uyumsuzlukları gerçekleştirmekten kaçınmayacaklardır.

Vergi cezalarının ve zamlarının ticari hayatta rekabet eşitliğini sağlama bakımından çok önemli bir rolü vardır fakat vergi afları bu dengeyi derinden

<sup>48</sup> Hasan, Yalçın; Arif, Başer, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, s. 108, 109.

<sup>49</sup> Nami, Çağan, “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, s.122

<sup>50</sup> Akif, Erginay, *Vergi Hukuku*, Ankara, 1971, s. 15; Sahir, Erman, *Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Ceza Hukukuna Ait Prensipler*, Maliye Enstitüsü Konferansları, 15. Seri, İstanbul, 1968, s. 75. (Aktaran: Nami, Çağan: “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, s. 113 )

<sup>51</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.06. 1980, 17, *Danıştay Dergisi*, S. 40- 42, 69; Bendenoun v, Fransa: Doğru: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999. (Aktaran: Nihal, Saban, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, *Anayasa Dergisi*, S. 18, s. 457).



sarsabilmektedir<sup>52</sup>. Vergi cezaları ve gecikme zamlarıyla birlikte vergi asıllarının da affedildiği vergi afları, adalet ilkesini ve vergilerin ödeme gücüne göre alınacağı ilkesini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Sadece vergi cezalarını ve gecikme zamlarını affeden aflar ise vergi borcunu ödeyenler ve ödemeyenler arasında zaman ve para değeri açısından eşitsizlik oluşturmaktadır. Çünkü af çıkarılınca vergi görevlerini zamanında yerine getirmeyenler bu uyumsuzluklarının yaptırımlarından kurtulmuş olmaktadır. Ayrıca ekonomik konjonktürün kötü olduğu dönemlerde paranın değeri düşeceğinden vergi borçlarını zamanında ödemiş bireyler borçlarını, paranın değerinin düşmüş olduğu şekliyle ödeyeceklerinden bu da eşitsizlik doğurmaktadır. Ülkemizde af müessesesi ile sadece vergisini ödeyen ve ödemeyen bireyler arasında değil; vergi affından yararlananlar arasında dahi eşitsizlik yaratacak durumlar yaratılabilmektedir<sup>53</sup>. Vergi afları vergi hukukunun anayasal ilkeleri olan adalet ve eşitlik ilkelerinin ihlal ettiğiinden vergi adaletinin bozulmasına neden olmaktadır<sup>54</sup>.

Bir hukuk sisteminde af kurumunun öngörülmesinin başlıca nedeni yapılan haksızlıkların ortadan kaldırılmak istenmesidir. Fakat bazen kapsamı dikkatle hazırlanmadan çıkarılan af kanunlarının kendileri adaletsiz durumlar doğurmaktadır<sup>55</sup>. Vergi affı uygulandığı zaman verginin hangi bölümüne uygulanırsa, hangi oran esas alınırsa alınsın, sistemi aldatanların sorumluluktan kurtarılması sonucunu doğurduğundan vergisini zamanında ödeyen ve ödemeyen vatandaş arasında eşitsizlik yarattığı kuşkusuzdur.

Afların sık sık tekrarlanması bireylerde tekrar af çıkacağı beklentisi uyandırdığından uyumsuz davranışları tetiklemekte, kaçakçılığın meşrulaşmasına neden olmaktadır<sup>56</sup>. Vergi aflarının normalleşmesi bireylerde vergi affı beklentisi ve hatta tahmini doğuracağından vergi kaçırma, vergi sistemini aldatma gibi durumlarda artış gözlenecektir. Bu durum genel ceza hukuku için de vergi hukuku için de geçerlidir. Suç işlediğinde affedileceğini bilen birey bu suçu hiç çekinmeden işleyecektir. Bu nedenle vergi afları suç ve ceza politikasına aykırı düşmekte; cezanın korkutma ve önleme fonksiyonunu zayıflatmaktadır<sup>57</sup>. Aflardan yararlanabilecek bireyler daha önce vergi kaçırmış ve bu nedenle cezalandırılmış bireylerdir. Fakat vergi afları bu kişilere hoşgörü

---

<sup>52</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.175.

<sup>53</sup> Cemali, Eker, *Türkiye’de Vergi Aflarının Sosyal ve Ekonomik Etkileri*, s. 30.

<sup>54</sup> Nihal, Saban, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, s. 468.

<sup>55</sup> M. Kamil, Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, s. 331.

<sup>56</sup> Faith, Saraçoğlu, “Vergi Afları, Vergiye Uyum ve Türkiye Uygulamaları”, [http://fatihsaracoglu.com/dosyalar/Akademik\\_Calismalar/Makaleler/Makale\\_10.pdf](http://fatihsaracoglu.com/dosyalar/Akademik_Calismalar/Makaleler/Makale_10.pdf) (Erişim Tarihi: 30.11.2011)

<sup>57</sup> Güneş, Çetin, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, s.176.

gösterilmesi savları ile meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır<sup>58</sup>. Bu durum uyumsuz mükelleflerin affa katılımını azaltıcı rol oynayabilecek bir unsurdur çünkü özellikle denetimin düşük ve etkisiz olduğu ülkelerde bireylerin tespit edilmemiş pek çok vergi uyumsuzluğu bulunabilmektedir. Çıkarılan af kanunundan faydalanabilecek durumda olan kişilerin, tespit edilmemiş vergi uyumsuzlukları da bulunuyorsa kişiler bu tespit edilmemiş vergi borçlarının ortaya çıkmaması için aftan yararlanmaktan imtina edebilirler<sup>59</sup>.

Vergi afları, devletin, devlet vatandaş ilişkisinin vergi sisteminde aldığı şekil olan vergi alacaklısı- vergi borçlusunu ilişkisinin daha en başından düzgün kurulumadığının kabulü anlamına gelmektedir<sup>60</sup>. Vergi aflarına sık başvurulması durumu vatandaşlarda vergi idaresinin vergi yasalarını uygulamada acizliği düşüncesi uyandırdığından da uyumsuzluğa yönelme eğilimi doğurmaktadır. Çünkü bireyler idarenin bu aczi nedeni ile yakalanma olasılığını da düşük görmekte bu nedenle vergilerini ödememe yoluna daha sık başvurumaktadırlar<sup>61</sup>. Vergi aflarının sık sık tekrarlanması mükelleflerde süreklilik beklentisi arttırdığından uzun vadede vergi kaçırma eğiliminde artışa neden olabilmektedir<sup>62</sup>. Örneğin otuz beş yıl içinde Hindistan'da yedi, Arjantin'de yirmi bir 21 defa vergi affına gidilmiştir<sup>63</sup>. Ve bu ard arda çıkarılan vergi aflarından aynı bireylerin defalarca yararlandığı görülmüştür<sup>64</sup>. Bu durumda aflar mükellefleri dürüst davranmaya teşvik etmemekte ve vergi uyumsuzluğu- yeni af döngüsünden nemalanan bir mükellef çeşidi doğurmaktadır<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Nihal, Saban, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak", s. 452.

<sup>59</sup> Ronald C, Fisher; John H., Goddeeris; James C., Young, "Participation in Tax Amnesties: The Individual Income Tax", *National Tax Journal*, V. 42, N. 1, 1989, s. 16. (Aktaran: Fatih, Savaşan, "Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları ("Vergi Barışı" Uygulama Sonuçları)", s. 48).

<sup>60</sup> Murat, Başaran, "Vergi Barışı Kanunu Üzerinden Mali Af Arayışları", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 173, 2003, s. 58.

<sup>61</sup> Fatih, Savaşan, "Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye'de Vergi Aflarından Kimler Faydalıyor?", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, 2006, s. 153.

<sup>62</sup> Ali, Çelikkaya, "Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler", 2002, <http://www.eakademi.org/makaleler/acelikkaya-1.htm> (Erişim Tarihi: 13.03.2006). (Aktaran: İlhan, Gökalp, "Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler", s. 9).

<sup>63</sup> Richard, Bird, "Administrative Dimensions of Tax Reform", *International Tax Program Paper* 0302, 2003, s. 22, [www.rotman.utoronto.ca/iib/ITP0302.pdf](http://www.rotman.utoronto.ca/iib/ITP0302.pdf) (Erişim Tarihi: 10.10.2005). (Aktaran: Fatih, Savaşan, "Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları ("Vergi Barışı" Uygulama Sonuçları)", s. 49).

<sup>64</sup> William M , Parle; Mike W, Hirlinger, "Evaluating the Use of Tax Amnesty by State Governments", *Public Administration Review*, May- June, 1986, s. 246- 255. (Aktaran: Tunçer, Mehmet, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>).

<sup>65</sup> Fatih, Savaşan, "Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye'de Vergi Aflarından Kimler Faydalıyor?", s. 150.

## IV. ÜLKEMİZDE VERGİ AFFI YETKİSİ VE UYGULAMALARI

### A. Ülkemizde Vergi Affı Yetkisi

Türk hukukunda af yetkisi, kaynağını anayasadan alır; vergi adaleti kavramının içeriğini Anayasa doldurur<sup>66</sup>. Anayasanın Cumhuriyetin Temel Organları başlıklı üçüncü bölümünün 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkileri arasında üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilâmı çıkarmak da sayılmıştır. Fakat görüldüğü gibi mali afların çıkarılması yetkisi Anayasada özel olarak düzenlenmemiş; genel af ve özel af şeklinde yer verilmiştir. Anayasamızda aynı şekilde vergi kanunlarının geriye yürümezliğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

TBMM'ye verilen bu yetki, Anayasanın, verginin yasallığı ilkesini düzenleyen 73. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanun yoluyla kullanılır. Bu hüküm gereğince, vergiler ancak kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır. Vergi afları da verginin sona erme nedenlerinden olduğundan TBMM tarafından çıkarılan bir kanunla düzenlenmesi gerekmektedir<sup>67</sup>. Çünkü vergi toplanması, kaynağını devletin egemenlik gücünden alan yetkiye dayanır ve bireylerin katlandığı mali bir fedakarlığı ifade etmektedir. Bu nedenle, yapılan düzenlemelerin herkes için geçerli olması eşitlik ve adalet ilkelerini gerçekleştirebilmesi için vergi aflarının da kanunlar eliyle düzenlenmesi gerekmektedir<sup>68</sup>.

Anayasanın af yetkisi ile ilgili bir diğer maddesi de cumhurbaşkanına tanınan yetkini düzenlediği 104. maddedir. Fakat bu maddenin vergi cezalarının aflarında kullanılmaması gerekmektedir. Çünkü cumhurbaşkanına bu yetkinin tanınmasının nedeni madde metninde de açıkça belirtildiği üzere kişilerin sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle cezalarının hafifletmek ya da kaldırmaktır. Yani hapis cezasına katlanamayacağı düşünülen hükümlüler için öngörölmüş bir yetkidir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının bu yetkiyi idari cezalar için kullanması doğru olmaz<sup>69</sup>.

Vergi Usul Kanunu'nda ise vergi afları ile ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>66</sup> Billur Yaltı, Soydan, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak 1", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 119, 1998, s. 117.

<sup>67</sup> Nihal, Saban, *Vergi Hukuku*, s. 152.

<sup>68</sup> Abdurrahman, Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, s. 4, 5.

<sup>69</sup> M. Kamil, Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, s. 330.

Ülkemiz Avrupa Birliği aday ülke statüsünde olduğundan mevzuat eksikliğini Birliğin mevzuatı ile uyumlu şekilde doldurmak durumundadır. Halihazırda ülkemizin uyumlaştırması gereken büyük bir mevzuat sistemi bulunmaktadır. Kopenhag kriterleri uyumlaştırılması gereken mevzuat ve getirilmesi gereken ilkelerin en temel olanlarından. Bu kriterler insan haklarını ve piyasa ekonomisi ilkelerini birlikte getirmektedir. Birlik hukukuna göre birey, vergi mükellefi olarak görülmeli ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında korunmalıdır. Aynı zamanda piyasa ekonomisi de gerçekleştirilmek istenmektedir be vergi afları bu bağlamda sadece Ortak Pazarla bağdaştıkları yani rekabeti bozucu ya da bozacağı kuşkusuz etkisi yaratmadığı sürece kullanılabilirler<sup>70</sup>.

Ülkemiz vergi afları konusunda oldukça zengin bir ülkedir. Cumhuriyetin ilk yıllarından bugüne kadar çıkarılan aflar, genel af yasaları içinde birkaç madde ile ya da özel olarak çıkarılan yasalarla, sadece vergi cezalarının affına ilişkin düzenlemelerle, sadece belirli vergi ve cezaların aflarını kapsayan af kanunları ile, ödenmeyen vergi aslı ve cezaları ile birlikte bu cezalar için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaların affına ilişkin düzenlemelerle, ödeme kolaylığı olarak nitelendirilebilecek borçların zamana yayılarak taksitlendirilerek ödenmesini sağlayarak ve bunun gibi farklı şekillerde düzenlenmiştir<sup>71</sup>.

Önceki bölümde yer verildiği üzere afların lehinde ve aleyhinde olmak üzere oldukça görüş bulunmaktadır. Bu nedenle diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de bazı af kanunları çıkarılırken, kanunun adında dahi af kelimesine yer verilmemekte böylelikle aflara karşı olan kesimin tepkisi bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Örneğin ülkemizde 4811 sayılı af kanunu, Vergi Barışı Kanunu; 281 sayılı af kanunu, Bir Kısım Vergi Cezaları ile Gecikme Zamlarının Tecil ve Tasfiyesine Dair Kanun olarak anılmaktadır. Almanya’da 2003 yılında beyan edilmemiş gelirleri kapsayan af kanunu, Vergi Dürüstlüğü Teşvik Yasası olarak adlandırılmıştır<sup>72</sup>.

Ülkemizde af kanunu ya da farklı kanunlar içinde hükümlere yer vererek çıkarılan af kanunlarının gerekçeleri dönemsel olarak değişiklik göstermektedir. 1944 yılında çıkarılan 4518 sayılı kanun tarımdan elde edilen gelirlere uygulanacak vergi yasasının mükellefler için çok ağır

<sup>70</sup> Nihal, Saban, Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak, s. 474, 475. Ayrıca aynı kaynağın atfıyla: OJC 113, 24.04.1999.

<sup>71</sup> Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, s. 60.

<sup>72</sup> Fatih, Savaşan, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)” s. 54 ve aynı makalenin atfıyla: Martin, Kellner, “Tax Amnesty 2004/ 2005- an Appropriate Revenue Tool?”, German Law Journal, V. 5, N. 4, 2004, s. 336.

sonuçlar doğuracak olması nedeni ile bu ağır sonuçları bertaraf etmek için çıkarılmıştır. Kanunun gerekçesinde 1942 yılının torak mahsullerinin tahmin usulünün sakat ve mahsulün verimsiz olması nedeni ile çiftçilerin çok az gelir elde etmiş olması, bu gelirden bir de vergi ödenecek olursa çiftçinin çok zor durumda kalacağı bu nedenle bu mükelleflere vergi affı getirildiği açıklanmaktadır<sup>73</sup>. 1960 ve 1970’li yıllarda çıkarılan afların gerekçesi yasaların, toplumun değişen ihtiyaçları karşısında yetersiz kalması olarak gösterilmiştir. Bu yetersizliğin yol açtığı adaletsizliğin ortadan kaldırılması için vergi afları aracına başvurulmuştur. Bu dönemlerde özel olarak af kanunları çıkarılmamış; çıkarılan siyasi nitelikli aflar kapsamına mali aflar da eklenerek bireylerin mağduriyeti giderilmeye çalışılmıştır. 1980’li yıllarda çıkarılan kanunların gerekçesi ise ekonomik amaçlı olmuştur. 2431 sayılı kanunun gerekçesi gizli kalmış servet unsurlarının kayıt altına alınmasının hedeflendiği açıkça belirtmektedir. 2801 sayılı kanun da ekonomik istikrar politikasının bir hedefi olarak mali amaçlı çıkarılmış, 1970’ler yaşanan darboğaz nedeni ile vergi dışı kalmış fonların ekonomiye çekilmesi amaçlanmıştır<sup>74</sup>. Bu yıllarda vergilerin bütçe açıklarını kapatmak için kullanıldığını görüyoruz. Bu yıllardan itibaren çıkarılan af kanunları vergi kaçırıcılarla siyasi otoritenin pazarlığına dönüşmüş bir hal almıştır<sup>75</sup>. Ülkemizde seçmenlerin 4/5’i gibi büyük bir bölümü beyannameli vergi mükellefi olmamasına rağmen, vergi afları seçim propagandası olarak da sıkça başvurulan bir yöntemdir. Örneğin “vergi barışı” olarak adlandırılan af, seçimlerden önceki son üç ay içinde iktidar partisinin “Acil Eylem Planı”na dahil edilerek yürürlüğe sokulmuştur<sup>76</sup>. Bu planın, vergi mevzuatının basitleştirilmesi, vergi barışı projesinin üç ay içinde gerçekleştirilmesi gibi amaçları vardı<sup>77</sup>. 2003 yılında çıkartılan 4811 sayılı vergi affı kanunu vergi affı ise devlet gelirlerini arttırmayı amaçlamakta idi ve bu vergi affı sonrasında beklenenden daha fazla bir tahsilat yapıldı. Bu affın çıkarılmasında bir diğer önemli amaç da verdi idaresinin birikmiş iş yükünü azaltmaktır<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Kemal, Kılıçdaroğlu, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, s. 39.

<sup>74</sup> Hasan, Yalçın; Arif, Başer, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, s. 107.

<sup>75</sup> Kemal, Kılıçdaroğlu, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, s. 39.

<sup>76</sup> Güneri, Akalın, “XXI. Yüzyılda Piyasa Uyumlu Türk Vergi Sisteminin Stratejisi Ne Olmalıdır?”, *Gelişme Stratejileri ve Makroekonomik Politikalar, Tebliğ Sunuşları*, 2004 Türkiye İktisat Kongresi, 5-9 Mayıs, İzmir, s. 116. ( Aktaran: Fatih, Savaşan, “Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye’de Vergi Aflarından Kimler Faydalıyor?”, s. 156); İsmail, Can, “Ekonomik Krizlere Karşı Uygulanması Gereken Vergi Politikası”, *Maliye Dergisi*, s. 142, Ocak- Nisan, s. 80, 82.

<sup>77</sup> İsmail, Can, “Ekonomik Krizlere Karşı Uygulanması Gereken Vergi Politikası”, s. 81.

<sup>78</sup> Fatih, Savaşan, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)”, s. 55.

## B. Ülkemizde Çıkarılan Bazı Vergi Affı Kanunları ve Tartışmalar<sup>79</sup>

Ülkemizde 1906 yılından günümüze 2-3 yılda bir olmak üzere toplam 30 defa<sup>80</sup> ya da cumhuriyetin kuruluşundan günümüze, 17.5.1924 ve 27.4.2005 tarihleri arasında 38 defa af kanunu çıkarıldığını hesaplayan kaynaklar mevcuttur. 80 yılda 38 af kanunu yaklaşık olarak her iki yılda bir af çıkarıldığını göstermektedir<sup>81</sup>. 2005 yılından sonra da çeşitli kapsamlarda vergi afları çıkarılmaya devam edilmiştir. Ülkemizde vergi afları özellikle son kırk yılda artış göstermiş ve özellikle 1980 yılından sonra yaklaşık her üç yıla bir vergi affı düşecek şekilde af çıkarılmıştır<sup>82</sup>. Son kırk beş yıl içinde neredeyse her bir buçuk yıla bir af düşecek şekilde hesap yapanlar da bulunmaktadır<sup>83</sup>.

İlk vergi affı 1906 yılında çıkarılan bir “irade-i seniye” ile yol vergisi yükümlülüğünden doğmuş cezaların affedilmesi ile olmuştur<sup>84</sup>. Cumhuriyet tarihinde vergi cezalarının affına ilk defa 1951 yılında yürürlüğe giren 281 sayılı Bir Kısım Vergi Cezaları ile Gecikme Zamlarının Tecil ve Tasfiyesine Dair Kanunla rastlıyoruz. Bu kanundan sonra yapılan bazı af düzenlemelerinde ceza ve gecikme zamları da af kapsamına alınmıştır. Örneğin 218 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu vergi cezalarının tamamını ya da bir kısmını af kapsamına alan kanunlardır. 218 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun vergi cezalarının diğer cezalarla birlikte affedildiği ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır. 281 sayılı kanundan farklı olarak gecikme zamlarının af kapsamı dışında tutulmuştur<sup>85</sup>. 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun vergi cezaları ile gecikme zamlarını ve af kapsamına almış fakat aftan yararlanmayı vergi aslının ödenmesi şartına bağlı tutmuş olması ile farklılık göstermektedir<sup>86</sup>. 4792 sayılı kanunun dikkat çeken yönü ise Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere TBMM’ye gönderilmiş olması ve bunun gerekçesidir. Cumhurbaşkanı’nın kanunu meclise geri gönderme

<sup>79</sup> Cumhuriyet tarihi boyunca çıkarılmış af kanunları listesi için bkz: Kemal, Kılıçdaroğlu, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, s. 43.

<sup>80</sup> Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, s. 59.

<sup>81</sup> Nurettin, Bilici, *Vergi Hukuku Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi*, Seçkin Yayınları, 26. Bası, Ankara, 2011, s. 118; Kemal, Kılıçdaroğlu, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, s. 38.

<sup>82</sup> İlhan, Gökalp, “Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler”, s. 9.

<sup>83</sup> Fatih, Savaşan, “Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye’de Vergi Aflarından Kimler Faydalaniyor?”, s. 149.

<sup>84</sup> Fatih, Savaşan, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)”, s. 52.

<sup>85</sup> Nami, Çağan, “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, s. 116, 117.

<sup>86</sup> Age: s. 118.

gerekeci, 1980- 2000 yılları arasında ülkemizde 11 defa af kanunu çıkarılmış olmasıdır. Cumhurbaşkanı bu durumun af kurumunu gelenekselleştirdiğini, vergi suçlarının işlenmesini özendirdiğini, vergi cezalarının caydırıcı etkisini azalttığını ve adalet duygusunu incittiğini vurgulamıştır<sup>87 88</sup>.

Vergi aflarının sayısı arttıkça tartışmalı uygulamalar da çoğalmaktadır. Bu çalışmada, çıkarılan bütün vergi aflarının tartışmalı noktalarına değinmek mümkün olmayacağından konu iki örnekle ortaya koyulacaktır. 4792 sayılı Vergi Barışı Kanunu ile sahte fatura kullananlar af kapsamına alınmış; sahte fatura düzenleme af kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu durum doktrin tarafından sahte fatura hazırlama ve kullanmanın birbirinden ayrılmaz fiiller olması bakımından eleştirilmektedir. Bu eylemlerin cezalandırma açısında ayrı ayrı değerlendirilmesi, eylemin tabiatına uymamaktadır<sup>89</sup>. Bu durum kanun çıkarıldığı dönemde büyük bir soru işareti yaratmıştır. 4811 sayılı

<sup>87</sup> 16.1.2003 Tarihli ve 4792 Sayılı Vergi Barışı Kanunu ve Anayasanın 89. Maddesi Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/520), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss53m.htm> (Erişim Tarihi: 01.12.2011)

<sup>88</sup> Af kanunlarının sayısının bu kadar çok olması, devletin bir müdahale aracı olarak vergi aflarına bu kadar sık başvurusu kuşkusuz ki mükelleflerin davranışlarını etkilemektedir. Yapılan bazı araştırmalara göre aftan önce vergiye uyumu yüksek olanların af kanunu uygulandıktan sonra da uyumları yüksek olmaya devam etmektedir. Aftan önce vergiye uyumu orta düzeyde olan mükellefler ise af kanunu uygulandıktan sonra vergiye uyum oranlarını düşürmektedirler<sup>88</sup>. Görülüyor ki tartışmalar, eleştiriler, yorumlar mükellefler arasında da yapılmaktadır. Vergi aflarının mükellefler arasında nasıl algılandığı, kanunların amacına ulaşıp ulaşmadığı gibi sorular çeşitli anketlerle araştırılmaktadır. Mükelleflerin vergiye karşı tutum ve davranışlarını etkileyen çeşitli değişkenler arasındaki ilişkinin analizini yapan bir anket sonucuna göre mükelleflerin %47.5'i affa karşı olduklarını vurgulamışlardır. Yaş ve vergi affına karşı olma ilişkisi 21- 30 yaş arası %26; 31- 40 yaş arası %3; 41- 50 yaş arası % 46; 51 yaş üstü % 59 olarak görülmüştür. Yapılan ankete göre mükelleflerin %64'ü vergi aflarının düşük beyanda bulunma eğilimi arttırdığını düşünmekte; %22'si ise aflar hakkında böyle olumsuz bir yaklaşımda değildir. Ankete katılanların çok büyük bir bölümü vergi aflarının değil vergi cezalarının artırılmasının doğru beyanda bulunmayı arttıracığını düşünmekte, %76'sı cezaların yetersiz olduğu kanaatinde. Ankete katılanların %45'i afların kayıt dışı ekonomiyi önlemede olumlu etkisi olduğunu düşünmekte; eğitim seviyesi arttıkça bu düşünce de artmaktadır. Denetim geçiren mükelleflerin affa bakışı ise çok sık denetlenen ya da hiç denetlenmeyen mükelleflerde aynıdır. Yani bu grup mükellef % 56'lık bir oranla hiç af çıkmamasından yanadır. Fakat sadece birkaç defa denetlenen mükellefler de sadece %40'lık oranda affa karşıdır. Mükelleflerin %67'si vergi affının olumsuz sonuçlar doğuracağını, %64'ü vergi aflarının olumsuz beyanda bulunmayı yükselteceğini düşünmektedir. Ali, Çelikkaya; Hüseyin, Gürbüz, "Mükelleflerin Vergiye Karşı Tutum ve Davranışlarını Etkileyen Çeşitli Değişkenler Arasındaki İlişkinin Analizi", *Sosyo Ekonomi*, S. 8, 2008, s. 29- 48.

<sup>89</sup> Zeynep, Arıkan; Hatice, Yurtsever, "Türkiye'de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I", s. 61.

Vergi Barışı Kanunu ise başka bir yönden eleştirilmektedir. Söz konusu kanun 2000, 2001 yıllarında yaşanan sosyal ve ekonomik krizin olumsuz etkilerini mükellefler üzerinden kaldırarak onlara yardım etme gerekçesi ile çıkarılmıştır. Fakat bu kanun SSK ve Bağ- Kur primlerini ödeyemeyenleri af kapsamına almamıştır. Ayrıca depremzede vergi yükümlüleri ve diğer vergi yükümlüleri arasında da önemli bir fark oluşturulmamıştır. Ayrıca yasanın amacı kriz döneminin olumsuz sonuçlarını gidermek olarak açıklanmış fakat kapsamı beş yıllık zamanaşımına kadar genişletilmiştir. Bu durum asıl amacın gelir etmek olduğu tartışmasını gündeme getirmektedir. Bunlarla ek olarak naylon fatura düzenleyen ve kullananların af kapsamına alınması da bu yasayı tartışmalı duruma getirmektedir. Krizin olumsuz etkilerini gidermek için yapılan çalışmada, yolsuzluk yapanların cezalarının affedilmesi, akla başka siyasi gerekçeleri getirmektedir<sup>90</sup>.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Aflarına Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi'nin ülkemizde uygulanmakta olan vergi aflarına bakış açısını, E. 1986/5, K. 1987/7, RG. 12.11.1987-19632 sayılı ve E. 1992/29, K. 1993/23, RG 23.12.1999-23915 sayılı kararlarına bakarak incelenebilir.

Anayasa Mahkemesi E. 1986/5, K. 1987/7, RG. 12.11.1987-19632 sayılı<sup>91</sup> kararında vergi afları ve eşitlik ilkesi arasındaki bağlantıyı irdelemiştir. Mahkemedен 3239 sayılı kanunun geçici 4. maddesinde vergi borcu aslı 300.000 (dahil) lirayı aşmayanların, vergi borcu aslının % 25 fazlasını ödemeleri durumunda haklarında kesilen cezaların terkin edileceği ve gecikme zammı ile tecil faizinin hesaplanmayacağı düzenlenmesinin vergi ve cezasını iyi niyetle zamanında ödeyenlerin cezalandırıldığı gerekçesiyle Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırılığı iddiasıyla iptali talep edilmiştir. Mahkeme ise kanunun söz konusu geçici 4. maddesinde belirlenen tarihte adlarına vergi ve ceza tarh edilen ve vergi borcu aslı 300.000 lirayı aşmayan bütün mükelleflerin aynı hukuki durum içinde olduğunu; eşitlik ilkesinin, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusu olacağı dolayısıyla maddenin Anayasanın

<sup>90</sup> Kemal, Kılıçdaroğlu, "Sorgulanmayan Vergi Afları", s. 41, 42.

<sup>91</sup> 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu; 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 2978 Sayılı ücretlilere Vergi İadesi Hakkında Kanun, 492 Sayılı Harçlar Kanunu, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, 210 Sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu, 1319 Sayılı Emlâk Vergisi Kanunu, 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3074 Sayılı Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanunu, 2380 Sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergisi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile 6802 Sayılı Gider Vergileri Kanununda Değişiklikler Yapılması ve Bu Kanunlara Bazı Hükümler Eklenmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki l Sayılı Cetvele Yeni Kadrolar Eklenmesi Hakkında Kanun



10. maddesine aykırı olmadığını hükme bağlamıştır. Mahkeme 300 000 liralık koşulun getirilmesinin sınırı aşanlarla aşmayanlar arasında eşitsizlik yaratıp yaratmayacağını tartışmış; vergisini zamanında ödeyenlerle ödemeyenler arasında doğacak soruna değinmemiştir. Söz konusu sınırın getirilmesinin vergi ihtilaflarını azaltmak, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak, idarenin ve yargının yükünü azaltmak gibi önemli kamu yararları gözetilerek yapılmış bir farklılaştırma olduğuna hükmetmiştir.

Bu karar doktrinde oldukça eleştiri konusu olmaktadır. Çünkü görülmektedir ki Anayasa Mahkemesine göre yükümlüler arasında farklılaştırmaya gidilmesi devletin bundan beklediği fayda ile haklı nedene dayandırılmaktadır. Mahkeme kamu yararı ilkesini eşitsizlik için haklı neden olarak kabul etmektedir. Kamu yararını sağlamanın yolları olarak gösterdiği olgulardan birisi vergi ihtilaflarını azalmaktır. Fakat idarenin daha en baştan işlemlerinin hukuka aykırı olduğu karinesi yaratılması, hukuka aykırı davranmak şeklinde “idari pratik” geliştirmiş olduğu kabulüne yol açacaktır. Bu şekilde çalışan bir idarenin eylemlerinin kamu yararı ile sonuçlanması ne kadar mümkün olacaktır? Ayrıca mahkemenin, aftan yararlanacak mükelleflere sınır uygulanmasının eşitsizliğe aykırı olmadığını savunması eşitlik ilkesinin vergisini ödeyenler ve ödemeyenler arasında zedelendiğinin değil; ödemeyenler arasında bozulmadığının tartışılması eleştirilmektedir<sup>92</sup>. Ayrıca bu durum Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olmakla da sakıncalı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında görüyoruz ki eşitlik ilkesi ekonomik sosyal ve toplumsal gereklilikler gibi ölçütler göz önünde tutularak bu ölçütler yasama organının takdir yetkisinin sınırı değil sınırsızlığı şeklinde genişletilmektedir. Vergi aflarını denetlerken yasama organının sosyal gerekçeleri değil; yasama organının hukuki gerekçelerine göre denetim yapılmaktadır. Ancak hangi hukuki gerekçe sorusuna Anayasanın devlete yüklediği ekonomik ödevler açısından bakılırsa Mahkemenin bu denetimi eşitlik ilkesine dayalı değil sosyal devlet ilkesine dayalı bir denetim olarak yorumlanmaktadır<sup>93</sup>.

Anayasa Mahkemesi E. 1992/29, K. 1993/23, RG 23.12.1999-23915 sayılı kararında ise 3787 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkındaki Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasına, kamu alacaklarının tahsili için getirilen bazı kolaylaştırıcı maddelerin fiili alanda Hazineye gelir getirmek , ihtilaflı

<sup>92</sup> Nihal, Saban, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, s. 461, 462.

<sup>93</sup> Billur Yaltı, Soydan, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak 1”, s. 107, 108.

dosyaların azaltılması gibi çok büyük faydalar sağlayacak olmasının kamu yararına olduğuna ve eşitlik ilkesine zarar vermediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre durum ve konumlardaki farklılıklar nedeni ile kamu yararını sağlamak için yasalarda farklı uygulamalar getirilmesi eşitliği bozmamaktadır.

Bu karar, vergi borçlarının tahsilini kolaylaştırmanın başlı başına bir kamu yararı doğurup doğurmayacağı konusunda eleştirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, alacağın tahsilini kolaylaştıran yasaların kamu yararına olduğunu kabul etmekte fakat bu yasaların aynı zamanda Hazineyi koruma amacı olduğunu da belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin ise bir kararında gecikme faizlerinin alınmasını enflasyonist ortamda ekonomik nedenlerle yerinde bulurken bu kararında verginin aslından vazgeçmeyerek gecikme faizinden, zammından ve cezalarından vazgeçerek oluşturduğunu savunduğu kamu yararı düşüncesi çelişkili bulunmaktadır<sup>94</sup>.

## SONUÇ

Vergi aflarının vatandaşlar üzerinde olumlu ya da olumsuz etkiler doğurması devletin, vergi aflarını kabul ederken bunun yanında bazı diğer düzenlemelere de yer vermesine bağlıdır. Şöyle ki vergi afları sık sık tekrarlanmıyor; vatandaşların ummadığı bir anda sadece tek seferlik kabul ediliyorsa vatandaşlar üzerinde doğurduğu yukarıda sayılan pek çok olumsuz sonuç oluşmayabilecektir. Ayrıca vergi affı ilan edilirken bunun yanında vatandaşlara etkin bir hizmet sunularak sorumluluklarına ilişkin nitelikli bir eğitim verilmesi, afftan sonra vatandaşların uyumlu şekilde vergi ödemesine katkıda bulunabilecektir. Afla birlikte vergi kaçakçılığına dair daha sert cezaların getirilmesi de vergiye uyumu arttıracaktır<sup>95</sup>. Vergi affı ile birlikte bu sayılan önlemler gibi düzenlemeler de yapılırsa devletin vergi affı ilan etmede amaçladığı pozitif hedefe ulaşması kolaylaşacak ve vergi affının toplum üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçlar en azından hafifleyecektir. Bu şekilde daha katı kurullarla birlikte getirilen vergi afları bireylerde vergi kaçakçılığının maliyetinin arttığı düşüncesini doğurabileceğinden, bireylerin de bir ceza olmaksızın vergiye uyum sağlamalarına neden olabilecektir<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Nihal, Saban, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa İle Sorunsallaştırmak", s. 467; Ahmet, Kumrulu, "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *AÜHFĐ*, C. 15, S. 1-4, 1988, s. 245.

<sup>95</sup> James, Alm; Michael, MnKee; William, Beck, "Amazing Grace: Tax Amnesties and Compliance", *National Tax Journal*, 43 (1), 1990, s. 23- 37. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>)

<sup>96</sup> Ronal C., Fisher; John H., Goddeeris; James C., Young, "Participation in Tax Amnesties: The Individual Income Tax", *National Tax Journal* 42 (1), 1989, s. 15- 27. (Aktaran: Mehmet, Tunçer, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>).

Yukarıda da belirtildiği üzere vergi aflarının getirilmesinde, adaletsizliği giderme amacı da pek çok zaman önemli rol oynamaktadır. Fakat vergi afları Anayasada düzenlenen aynı hukuki durumda olanlara aynı, farklı hukuki durumda olanlara farklı hükümler uygulanması temeline dayanan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturma tehlikesini pek çok zaman içinde barındırmaktadır<sup>97</sup>. Yani adaletsizliği gidermek eşitliği zedeleyici sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sorun ülkemizde etkilerini açıkça göstermektedir. Rakamlar da gösteriyor ki ülkemiz vergi aflarına sıkça başvuru alan bir ülkedir ve bireyler tarafından bu yasalar, birer rutin uygulamalar olarak algılanmaya başlanmıştır. Her af kanunundan önce “bu son af” denmesi hiçbir etki yaratmamaktadır. Vergiye uyumlu bireylerde de adaletsizlik duygusu uyandıran bu durum adeta vergi ödeyenleri cezalandırır hale gelmiştir. Afların bu kadar sık çıkarılması uyumlu bireylerin de düzenli davranışlarını bozmakta, vergiye uyumunu düşürmektedir. Bu tehlikenin yanında af yetkisinin kullanılmasının, devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesi durumunu da doğurduğu göz önünde tutulursa görülecektir ki bu yetkinin ancak ender kullanılması isabetli olacaktır<sup>98</sup>.

Vergi aflarının özellikle son on yıllarda daha çok ekonomik amaçlı yani devlete gelir getirmek için çıkarılmaktadır. “Af geliri” kavramı af uygulandıktan sonra ilk aşamada elde edilen gelirdir. Fakat bu ilk aşamada elde edilen gelirleri, doğrudan devlete kalan gelir gibi hesaplamak bizi bazı yanlış sonuçlara götürebilecektir. Bu rakam, af uygulamasından sağlanan miktarı tam olarak vermeyebileceği gibi sadece bu geliri arttırmak için yapılacak çalışmalar vergi aflarının mali sonuçlarına tam olarak ulaşmasını da engelleyebilecektir. Bu nedenle af uygulandıktan sonra elde edilen vergi geliri hesaplamalar ve bu aflara dair politikalar yapılırken net miktar olan reel af geliri temel alınmalıdır<sup>99</sup>. Kaldı ki günümüzde ülkemizin vergi tahsilatında elde ettiği gelir gün geçtikçe azalmaktadır<sup>100</sup>. Bunun nedeninin ve dolayısıyla sonucunun vergi-af arasındaki kısır döngüden kaynaklandığı söylenebilir. Bu nedenle kısa vadede gelir getiriyor olması, vergi aflarının devletin kamu gelirlerini arttırdığı tezini uzun vadede desteklememektedir. Vergi afları bir yandan devlete gelir getirme fonksiyonunu kaybederken bir yandan da bireylere çeşitli amaçlarla yardımcı olma fonksiyonunu kaybetmektedir. Çünkü vergi affı uygulandığında devletin bir kısım alacağından vazgeçmesi durumu, gelir boşluğu yaratacağından bu boşluk da yine bir şekilde bireylerin üsteleneceği vergi ödeviyle doldurulacaktır<sup>101</sup>. Sonuç olarak birey açısından değişen bir şey olmayacaktır.

<sup>97</sup> Murat, Başaran, “Vergi Barışı Kanunu Üzerinden Mali Af Arayışları”, s.59.

<sup>98</sup> M. Kamil, Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, s. 331.

<sup>99</sup> Murat, Özden, “Mali Af Uygulama Sonuçlarında Etkinliği Belirleyen Kriterler ve Alınabilecek Önlemler”, s. 109,110.

<sup>100</sup> Hasan, Yalçın; Arif, Başer, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, s. 110.

<sup>101</sup> Akdoğan: s. 97.

## KAYNAKLAR

- Akdoğan, Abdurrahman ,*Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008.
- Aksoy, Şerafettin, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Arıkan, Zeynep; Yurtsever, Hatice, “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları-I”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 136, 2004.
- Başaran, Murat, “Vergi Barışı Kanunu Üzerinden Mali Af Arayışları”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 173, 2003.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi*, Seçkin Yayınları, 26. Bası, Ankara, 2011.
- Bülbül, Duran, “Vergi Aflarının Ekonomik ve Sosyal Etkileri-I”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 131, 2003.
- Can, İsmail, “Ekonomik Krizlere Karşı Uygulanması Gereken Vergi Politikası”, *Maliye Dergisi*, S. 142, 2003.
- Can, İsmail, “Ekonomik Krizlere Karşı Uygulanması Gereken Vergi Politikası”, *Maliye Dergisi*, S. 142, 2003.
- Çağan, Nami, “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1-2, 1972.
- Çağan, Nami, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çağan, Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984.
- Çelikkaya, Ali; Gürbüz, Hüseyin, “Mükelleflerin Vergiye Karşı Tutum ve Davranışlarını Etkileyen Çeşitli Değişkenler Arasındaki İlişkinin Analizi”, *Sosyo Ekonomi Dergisi*, S. 8, 2008.
- Çetin, Güneş, “Afların Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, C. 14, 2007.
- Eker, Cemali, *Türkiye’de Vergi Aflarının Sosyal ve Ekonomik Etkileri*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2006.
- Gökalp, İlhan, “Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler”, *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E- Dergisi*, S. 12, 2007.
- Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Keyman, Selahattin, *Türk Hukukunda Af*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965.
- Kılıçdaroğlu, Kemal, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 286, Haziran 2005.

- Kumrulu, Ahmet, “Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler”, *AÜHFD*, C. 15, S. 1-4, 1988. Mutluer, M. Kamil, *Vergi Genel Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları: 121, İstanbul, 2006.
- Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Özden, Murat, “Mali Af Uygulama Sonuçlarında Etkinliği Belirleyen Kriterler ve Alınabilecek Önlemler”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, C.2, S. 2, 1994.
- Özgüven, Volkan, *Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- Saban, Nihal, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, *Anayasa Dergisi*, S. 18, 2001.
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Saraçoğlu, Fatih, “Vergi Afları, Vergiye Uyum ve Türkiye Uygulamaları”, [http://fatihsaracoglu.com/dosyalar/Akademik\\_Calismalar/Makaleler/Makale\\_10.pdf](http://fatihsaracoglu.com/dosyalar/Akademik_Calismalar/Makaleler/Makale_10.pdf) (Erişim Tarihi: 30.11.2011).
- Savaşan, Fatih, “Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye’de Vergi Aflarından Kimler Faydalaniyor?”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, 2006.
- Savaşan, Fatih, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2006.
- Tuay, Elif; Güvenç, İnci, *Türkiye’de Mükelleflerin Vergiye Bakışı*, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 51, 2007.
- Tunçer, Mehmet, “Vergi Aflarının Vergi Uyumuna Etkisi”, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/9/11-mehmet/mehmet.htm>, (Erişim Tarihi: 19.11.2011).
- Yalçın Hasan; Başer, Arif, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, *Vergi Dünyası*, S. 173, Ocak 1996, s. 104.
- Yaltı Soydan, Billur, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak 1”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 119, 1998.
- “16.1.2003 Tarihli ve 4792 Sayılı Vergi Barışı Kanunu ve Anayasanın 89. Maddesi Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/520)”, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss53m.htm> (Erişim Tarihi: 01.12.2011).



*HAKEMLİ*

## GEBE OLDUĞU BİLİNEN KADINA KARŞI İŞLENEN KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNA İLİŞKİN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

*Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN\**

“hoş geldin bebek  
Yaşama sırası sende” \*\*

### I. GİRİŞ

Genel olarak insan öldürme, bir kimsenin bir başka kimse tarafından kasıtlı veya taksirli bir davranışla ve hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın hayatına son verilmesidir.<sup>1</sup> İnsan öldürmenin suç olarak düzenlenmesinin amacı, insan hayatının korunmasıdır.<sup>2</sup> Hukuk düzeni insan hayatına aynı zamanda sosyal bir değer atfeder ve bu nedenle insan hayatı, hem bireyin menfaatleri bakımından hem de toplumun menfaatleri bakımından korunur.<sup>3</sup>

İnsan öldürme suçunun temel şekli, TCK'nın 81. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*” TCK'nın 82. maddesinde ise, kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenleri öngörülmüştür. Söz konusu maddenin birinci fıkrasının f bendi uyarınca, gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenlerinden biridir.<sup>4</sup> Mülga TCK'da yer almayan bu ağırlaştırıcı neden, Türk ceza hukuku sistemine 5237 sayılı yürürlükteki TCK ile girmiştir.<sup>5</sup> Söz konusu bendin gerekçesine göre, suçun

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Nazım Hikmet, “Hoş Geldin Bebek” şiirinden.

<sup>1</sup> ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, Milano 2008, s. 43; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2014, s. 21.

<sup>2</sup> GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat: “Kasten öldürme suçu (TCK. M. 81)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. 1-2, s. 100.

<sup>3</sup> ANTOLISEI: *Par. spec.*, I, s. 43

<sup>4</sup> İÇEL, Kayıhan: “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”*”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 6 S. 12, 2007/2, s. 63.

<sup>5</sup> BAYRAKTAR, Köksal, “*Kasten Adam Öldürme*”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 59-60.

gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi hâlinde,“iki hayata”<sup>6</sup> son verildiği için, faile daha ağır ceza verilmektedir. Gerçekten de burada, kadının hayatına son vermenin yanı sıra, cenini<sup>7</sup> de ortadan kaldıran failin fiili, daha ağır olarak değerlendirildiği için kasten öldürme suçunun gebe kadına karşı işlenmesi ağırlaştırıcı neden yapılmıştır.

Ancak bu noktada gebe kadına karşı gerçekleştirilen öldürmeye yönelik davranış sonucunda, ceninin sağ doğduktan sonra ölmesi veya yaralama suçunun sonuçlarından birinin sağ doğan bebek üzerinde ortaya çıkması ya da bu fiilden hiçbir şekilde etkilenmeksizin bebeğin sağlıklı bir biçimde hayatına devam etmesi halinde nasıl bir çözümün benimseneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Belirtilen bu hallerde dahi fail yine de tek bir ağırlaştırılmış insan öldürme suçundan mı sorumlu tutulacaktır? Yoksa failin gebe olduğunu bildiği kadını öldürmeye yönelik davranışlarına rağmen, bebeğin sağ doğması, durumu değiştirecek midir? Zira artık henüz doğmadan anne karnında ölmüş bir cenin değil; sağ doğduktan sonra, failin, anne karnındayken gerçekleştirdiği davranışının etkisiyle ölen veya yaralama suçunun sonuçlarından birine maruz kalan yahut failin bu davranışından hiçbir şekilde olumsuz etkilenmeden hayatına devam eden bir bebek söz konudur.

## **II. KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN GEBE OLDUĞU BİLİLEN KADINA KARŞI İŞLENMESİNDEN KAYNAKLANAN BAZI SORUNLAR**

### **1. İnsan Öldürme Suçunun Maddi Konusunu Oluşturmak Bakımından İnsan Olma Niteliğinin Başlangıcı ve Sonu**

Bilindiği üzere, suçun maddi konusu, genel kabule göre, suçun üzerinde işlendiği şahıs veya şeydir.<sup>8</sup>Bununla beraber, suçun üzerinde işlendiği her şahıs veya şey değil; suç yaratan normda öngörülen şahıs veya şey, suçun maddi konusunu oluşturabilir.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Her ne kadar madde gerekçesinde ceninin “hayat”ından söz edilse de ceza hukuku bakımından hayat, doğumla başlayan ve ölümlle sona eren bir süreci ifade eden teknik bir terimdir.

<sup>7</sup> Tıpta ve diğer bazı disiplinlerde gebelik ürünü farklı aşamalarda farklı şekillerde adlandırılrsa da ceza hukukunda gebelik ürünün gebeliğin başlangıcından doğuma kadar cenin olarak adlandırıldığı hakkında bkz. KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukuku ve Etik”, Toplum ve Hekim, yıl: 2004, c. 19, sayı 4, ss. 300- 306, s. 303.

<sup>8</sup> ANTOLISEI: Francesco: Manuale di diritto penale, Parte generale, Milano 1987, s. 160; GIANNITTI, Francesco: L’oggetto materiale del reato, Milano 1966, s. 23.

<sup>9</sup> GIANNITTI: s. 23; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2014, s. 102. Suçun maddi konusu terimi de eleştirilmiş; “davranışın maddi konusu (oggetto materiale della



İnsan öldürme suçunun maddi konusu ise, fail dışında kalan başka bir insandır.<sup>10</sup> Ancak, hayatın ve insan olma halinin hukuki bakımdan ne zaman başlayacağı ve ne zaman sona ermiş sayılacağı sorunu, yoğun tartışmalara konu olmaktadır.<sup>11</sup> Bu sorunun çözümü bakımından, öncelikle, ceninin niteliğinin belirlenmesine yönelik farklı görüşler ortaya atılmakta; ceninin, insan varlığına mı dâhil olduğu, yoksa bir eşya mı olduğu; hukukun öznesi mi, yoksa nesnesi mi olduğu tartışılmaktadır. Ceninin niteliğini belirlemek bakımından üç temel yaklaşım göze çarpmaktadır.<sup>12</sup> Bunlardan biri, cenin ile doğmuş kişi arasında mutlak bir fark gözetir; cenini, bir eşya yahut annenin bir parçası veya insan olması umulan bir varlık olarak görür ve doğrudan cenine haklar tanınamayacağını; onun, başka şeylere ya da vücudun başka kısımlarına ilişkin hukuki rejime tabi kılarak başkalarının haklarının nesnesi haline getirilmesini savunur.<sup>13</sup> Bu konudaki ikinci temel yaklaşım, cenin ile doğmuş kişiyi mutlak surette eşit tutar; ceninin onura, öz varlığa (essenza) kişisel ve devredilemez haklara sahip olduğunu kabul eder.<sup>14</sup> Konuyla ilgili üçüncü bir yaklaşım ise, daha ortalama bir çözüm izleyerek, cenin ile doğmuş insan arasında kısmî farklılık gözetir; cenini insan varlığına dâhil sayar; ancak (doğana kadar) insan ya da kişi olarak kabul etmez; bu nedenle, hukukun nesnesi değil, öznesi olarak görmekte beraber, daha zayıf bir hukuki korumadan yararlanmasını öngörür.<sup>15</sup>

İnsan olma halinin başlangıcı ile ilgili olarak ise, biyolojik ve felsefi esaslara dayanan iki temel yaklaşımsöz konusudur. Bu yaklaşımlardan biri, insan olma niteliğinin başlangıcını öne alır ve dölleme anından itibaren fetüsü insan sayar. Bu konudaki diğer bir yaklaşım ise, insan olma niteliğinin daha sonraki bir aşamada başladığını kabul eden görüştür. Ancak bu sonuncu yaklaşımı savunanlar da kendi içlerinde insan olma niteliğinin başladığı bu daha sonraki aşamanın ne olması gerektiği konusunda farklı görüşler ortaya atmaktadırlar. Buna göre, rahimde tutunma anı, ilk embriyonik izlerin ortaya

---

condotta criminosa)” veya “tipik fiilin maddi konusu (oggetto materiale del fatto tipico)” ifadesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir. (GIANNITTI: s. 6 vd).

<sup>10</sup> TOROSLU: Özel Kısım, s. 21; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 125; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2014, s. 126. Belirtmek gerekir ki bu suçta mağdur ile suçun maddi konusu aynıdır (HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 209; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Ankara 2014, s. 133.).

<sup>11</sup> Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. MANTOVANI, Ferrando: Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, Milano 2011, s. 4 vd.

<sup>12</sup> GÖKCEN/BALCI: s. 101.

<sup>13</sup> MANTOVANI: s. 5.

<sup>14</sup> MANTOVANI: s. 5-6.

<sup>15</sup> MANTOVANI: s. 6 vd.

çıkması, beynin veya temel organların ortaya çıkması gibi farklı aşamaları savunanlar bulunmaktadır.<sup>16</sup>

Mantovani, insan kavramının, geleneksel anlamdaki “*kişi*”yle birlikte, potansiyel bir organizma veya insan benzeri değil, yaşayan bir organizma olarak nitelendirilebilecek “*cenin*”i de ifade ettiğini belirtmektedir.<sup>17</sup> Adı geçen yazar, ceza hukuku bakımından insan olma niteliğinin, ceninin anneden bağımsız (otonom) yaşayabilme kabiliyetine sahip olduğu andan itibaren başladığını kabul eder. Buna göre, sadece doğmuş kişiler değil, henüz doğmamış olsa bile, otonom bir şekilde yaşayabilme kapasitesine sahip olan cenin de (yani herhangi bir nedenle doğum gerçekleşecek olursa, anne karnı dışında yaşayabilecek aşamada bulunan cenin de) insan kabul edilmektedir.<sup>18</sup> Mantovani bu görüşünü, “Anneliğin Sosyal Açıdan Korunmasına ve Gebeliğin Rızaya Dayalı Olarak Sonlandırılmasına İlişkin Hükümler” içeren 22 Mayıs 1978 tarih ve 194 sayılı kanunun<sup>19</sup> 7. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesine dayandırmaktadır. Belirtilen hüküm uyarınca, eğer ceninin bağımsız yaşama ihtimali varsa, gebelik ancak gebeliğin ya da doğumun annenin hayatı bakımından ağır tehlike oluşturması halinde sonlandırılabilir ve söz konusu müdahaleyi yapan doktor, ceninin hayatını kurtarmak için gereken bütün önlemleri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla, bu hüküm karşısında, İtalyan Ceza Kanunu’nun, insan olma niteliğinin ceninin ana rahminden ayrılması ile kazanılacağını öngören 578. maddesinin aşıldığını ve artık insan olma niteliğinin tam doğumla ya da rahimden ayrılma ile değil; bağımsız yaşama imkânının ortaya çıkması ile başladığı savunulmuştur.<sup>20</sup>

Alman Anayasa Mahkemesinin, 1975 ve 1993 yıllarında verdiği iki karar, ceninin hukuki niteliği ve hayatın başlangıcı tartışmaları bakımından oldukça önemlidir. 1975 tarihinde, kürtajla ilgili olarak verdiği kararında Alman Anayasa Mahkemesi, anne karnında gelişmekte olan “hayatın”<sup>21</sup> da

---

<sup>16</sup> MANTOVANI: s. 10 vd.

<sup>17</sup> MANTOVANI: s. 4.

<sup>18</sup> MANTOVANI: s. 28-29.

<sup>19</sup> İtalyan ceza hukukunda çocuk düşürme ve düşürtme suçları, önceleri İtalyan Ceza Kanununun “İrkin Bütünlüğüne ve Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı 10. Kısmında yer almaktaydı. Ancak söz konusu kısım, “Anneliğin Sosyal Açıdan Korunmasına ve Gebeliğin Rızaya Dayalı Olarak Sonlandırılmasına İlişkin Hükümler” içeren 22 Mayıs 1978 tarih 194 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>20</sup> MANTOVANI: s. 29-30.

<sup>21</sup> Daha önce de belirtildiği üzere “hayat” ceza hukukunda doğumla başlayıp ölümlerle sona eren süreci kapsayan teknik bir terimdir. Dolayısıyla, ceninin “hayat”, “doğmamış hayat”, “doğmamış bebek”, “doğmamış çocuk” olarak nitelendirilmesi teknik açıdan uygun bulunmasa da yabancı mahkemelerin kullandıkları kavramsal terminolojiye sadık kalmak

bağımsız bir hukuki değer olarak anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrası kapsamında korunduğuna; devletin söz konusu “hayatı” koruma yükümlülüğünün, sadece anne karnında gelişen bu “hayata” saldırmamayı değil, aynı zamanda dışarıdan gelecek saldırılara karşı da korumayı ve geliştirmeyi gerektirdiğine; devletin bu koruma yükümlülüğünün anneye karşı dahi söz konusu olduğuna; anne karnındaki “hayatı” korumanın, annenin kendini gerçekleştirme ve belirleme hakkına (self determination) üstün olduğuna; bu üstünlüğün, hamileliğin başından sonuna kadar geçerli olduğuna ve hiçbir periyodu bakımından tartışma konusu yapılamayacağına hükmetmiştir.<sup>22</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi, yine kürtajla ilgili olarak 1993 yılında verdiği kararında ise, Alman Anayasasının insan hayatını koruduğuna ve bunun “doğmamış hayatı” da kapsadığına; “doğmamış hayat”ın da devletin korumasından yararlanmaya hakkı olduğuna; Alman Anayasasının devlete sadece “doğmamış hayat” a doğrudan müdahalede bulunma yasağı değil, onu koruma ve destekleme ödevi de getirdiğine; devletin özellikle de üçüncü kişilerden gelecek gayrimeşru müdahalelere karşı “doğmamış hayat”ı koruması gerektiğine; “doğmamış insan hayatı”nın da insan onuru kapsamında olduğuna; hukuk sisteminin, “doğmamış”ın bağımsız yaşam hakkını tanıyarak gelişmesi için hukuki önkoşulları yaratması gerektiğine; yaşam hakkının annenin “doğmamış”ı kabul etmesiyle başlamadığına; “doğmamış hayatı” koruma yükümlülüğünün kavramsal olarak insan hayatı ile değil, bireysel hayatla ilgili olduğuna hükmetmiştir.<sup>23</sup>

İtalyan Anayasa Mahkemesinin de konuyla bağlantılı iki kararı özellikle dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme, 1975 yılında kürtajla ilgili olarak verdiği kararında<sup>24</sup>, ceninin (“concepito”) korunmasının anayasal temellerinin bulunduğu; Anayasanın 31/2. maddesinin anneliğin (“maternita”) korunmasını gerektirdiğine; 2. maddesinin ise, devredilemez, vazgeçilemez insan haklarını tanıdığına ve garanti altına aldığına; ceninin (“concepito”) kendine has özellikleri bulunan hukuki durumunun bunların arasında yer almamasının düşünülemeyeceğine; ancak bu hakların halihazırda kişi durumunda bulunan annenin sadece yaşam hakkı ile değil, aynı zamanda sağlık hakkı ile henüz kişi olmayan, kişiye dönüşmesi gereken ceninin

---

amacıyla, bu kavramlar, söz konusu mahkeme kararlarında kullanıldıkları şekilde Türkçeye aktarılmıştır.

<sup>22</sup> Söz konusu kararın İngilizce tercümesi için bkz. [http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/nvp/german/german\\_abortion\\_decision2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/nvp/german/german_abortion_decision2.html)

<sup>23</sup> Söz konusu kararın İngilizce tercümesi için bkz. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, para. 145 ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528\\_2bvf000290en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html)).

<sup>24</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>.

korunması arasında eşitlik bulunmadığına hükmetmiştir. 1997 yılında verdiği kararında<sup>25</sup> ise İtalyan Anayasa Mahkemesi, ceninin (“concepito”) yaşam hakkının bulunduğu ve gebeliğin planlı bir biçimde sonlandırılmasının bu hakkın antitezi olduğuna; ancak bu hakkın sadece annenin anayasa tarafından korunan ve devredilemez, vazgeçilemez hakları arasında bulunan sağlık ve yaşam hakkının karşısında feda edilebileceğine karar vermiştir.

Kürtaj ve ceninin yaşam hakkı konularındaki en önemli kararlardan biri Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin 1973 yılında verdiği karardır.<sup>26</sup> Yüksek Mahkeme söz konusu kararında, cenin ile doğmuş kişi arasında mutlak bir fark gözeterek, 14. değişiklikte geçen “kişi” ibaresinin “doğmamışları” kapsamadığına hükmedilmiştir.

Yaşam hakkının başlangıcı ve ceninin de AİHS m. 2 anlamında yaşam hakkına sahip olup olmadığı meselesi, çeşitli konularla, özellikle de kürtajla bağlantılı olarak AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından da tartışılmıştır. Komisyon, bir babanın, karısının sağlık gerekleri nedeniyle kürtaj olmasına izin verilmesi aleyhine yaptığı başvuru çerçevesinde sorunu ele aldığı X. v. İngiltere kararında<sup>27</sup>, Sözleşmenin pek çok maddesinde geçen “herkes” teriminin doğum öncesine uygulanamayacağını; ancak bazı istisnai hallerde, örneğin m. 6/1 kapsamında böyle bir uygulamanın kabul edilmesi gerektiğini<sup>28</sup>; bununla beraber, “herkes” teriminin genel kullanımının ve madde 2 bağlamındaki kullanımının ceninikapsamayacağını belirtmiş; hayat ve hayatın başlangıcı konularındaki görüş ayrılıklarının altını çizmiş; 2. maddenin cenini hiçbir biçimde kapsamadığı şeklinde mi yoksa cenine mutlak bir yaşam hakkı verdiği şeklinde mi anlaşılması gerektiğini incelemiş<sup>29</sup>; ancak bu iki seçenek hakkında değerlendirmede bulunmaksızın üçüncü bir yorum geliştirerek ceninin yaşam hakkını belirli istisnalarla tanımıştır.<sup>30</sup> Komisyon bu yorumunu, anne karnındaki bebeğin yaşamı ile ayılmaz bir bütün olan annenin yaşamının korunması gerekliliğine dayandırırken şöyle demiştir: “Cenin ‘hayat’ı, gebe annenin hayatına sıkı sıkıya bağlıdır ve gebe annenin hayatından ayrı bir biçimde değerlendirilemez. Eğer 2. maddenin cenin kapsadığı ve fetüsün bu madde bağlamında hiçbir sınırlama olmaksızın korunması gerektiği kabul edilecek olursa, gebeliğin devamının annenin hayatı bakımından tehlike arz ettiği durumlarda dahi, kürtajın yasaklanması gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu

<sup>25</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0035s-97.htm>.

<sup>26</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>.

<sup>27</sup> X. v. İngiltere: Başvuru no. 8416/79, Komisyon Kararı, 13 Mayıs 1980.

<sup>28</sup> X v. İngiltere: p. 7.

<sup>29</sup> X v. İngiltere: p. 17.

<sup>30</sup> KORF, Douwe: The Right to Life, s. 10, ([http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-08\(2006\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-08(2006)_en.pdf)).

ise, ceninin ‘doğmamış hayatı’nın gebe kadının hayatından üstün tutulması anlamına gelecektir.”<sup>31</sup> Kısacası X v. İngiltere kararında Komisyon, 2. maddenin cenine uygulanamayacağı, maddede öngörülen sınırlamaların, doğaları gereği ancak doğmuş kimselere uygulanabileceği görüşünü benimsemiştir.<sup>32</sup>

Tıbbi gereklere dayanmayan ve babanın iradesine aykırı olarak gerçekleştirilen bir kürtajla ilgi H. v. Norveç kararında<sup>33</sup> ise Komisyon X v. İngiltere kararındaki 2. maddenin cenini (“unborn”) kapsamadığı görüşünü hatırlattıktan sonra, söz konusu maddenin birinci cümlesinin; ‘herkesin hayatı hukukla korunur’ ibaresinin devlete sadece kişilerin hayatını kasten sonlandırmama değil, aynı zamanda hayatı korumak için gerekli önlemleri alma ödevi de yüklediğini belirterek şöyle demiştir: “Komisyon, fetüsün 2. maddenin (yukarıda açıklanan) 1. cümlesi bağlamında belirli bir korumadan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda karar vermeyi gerekli görmemekle birlikte; taraf devletler arasında 2. maddenin doğmamış hayatı koruyup korumadığı ya da hangi boyutta koruduğu konusunda ciddi görüş ayrılıkları bulunmasından bağımsız olarak, fetüsün belirli hallerde 2. madde kapsamında korumadan yararlanacağını kabul eder.”

AİHM, ceninin, belirli durumlarda, Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan haklara sahip olduğu yönündeki görüşünü, yine kürtajla ilgili Boso v. İtalya kararında<sup>34</sup> da yinelemiştir.

Vo v. Fransa Kararında<sup>35</sup> ise, Mahkeme öncelikle, 2. maddenin ‘hukuk herkesin yaşam hakkını korur’ hükmü karşısında, kişiliğin ve hayatın başlangıcı konusundaki tartışmaya dâhil olmasının uygun olup olmadığını değerlendirmiş<sup>36</sup> ve ardından şu belirlemelerde bulunmuştur: “Konuya ilişkin kararların (case-law) özetlenmesinden bugüne kadar Sözleşme organları (Convention institutions) tarafından incelenen durumlarda -ki bu, kürtajla ilgili çeşitli kanunlara ilişkindir- doğmamış çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi ile doğrudan korunan bir “kişi” olarak kabul edilmediği ve eğer doğmamış çocuk, “yaşam” “hakkı”na sahipse bile, bunun tamamen annenin hakları ve çıkarları ile sınırlı olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte,

<sup>31</sup> X v. İngiltere: p. 19.

<sup>32</sup> KORF: s. 10.

<sup>33</sup> H. v. Norveç: (no. 17004/90, 19 Mayıs 1992, (<http://echr.ketse.com/doc/17004.90-en-19920519/view/>).

<sup>34</sup> Boso v. İtalya: no. 50490/99, 2002-VII, (<http://echr.ketse.com/doc/50490.99-en-20020905/view/>).

<sup>35</sup> Vo v. Fransa: no. 53924/00, 8 Temmuz 2004, ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{))

<sup>36</sup> Vo v. Fransa: p. 81.

*Sözleşme organları, belirli durumlarda, güvencelerin doğmamış çocuğu kapsayacak şekilde genişletilebileceğini reddetmemektedirler. Yine bu kararların incelenmesinden, konunun her zaman, bir kadın, bir anne veya bir baba tarafından birbiriyle bağlantılı ya da doğmamış bir çocuğa karşı ileri sürülen değişik ve kimi zaman da çatışan haklar ve özgürlükler dengelenerek ele alındığı açıktır. ...”<sup>37</sup>*

*“Konuya ilişkin kararların özetlenmesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 2. maddenin bu bağlamdaki yorumu, denge kurma arayışıyla şekillenmiş ve Sözleşme organları, insanoğlunu tanımlamanın hukuki, tıbbi, felsefi, etik ve dini boyutlarına ilişkin yaklaşımını belirlerken, meseleye ilişkin ulusal düzeydeki farklı yaklaşımları göz önünde bulundurmuştur.”<sup>38</sup>*

Gerçekten de AİHM'in de vurguladığı üzere, bütün bunlar göstermektedir ki, niteliği ve hukuki durumu henüz belirlenmemiş olan ceninin ne şekilde korunacağı her toplumun kendi içindeki değişik güçler/dinamikler tarafından belirlenecektir.<sup>39</sup> Ceninin niteliği ve statüsü hakkında Avrupa Birliği ülkeleri arasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar bilimsel gelişmeler ışığında, genetik mühendisliği, embriyo deneyleri ve yapay dölleme gibi alanlarda embriyo ve fetüsü korumaya yönelik düzenlemeler yapılsa da bu konuda devletlerarasında ancak, embriyo ve fetüsün insan nesline ait olduğuna dair uzlaşma olabilir. Söz konusu varlığın potansiyeli ve insana dönüşme kapasitesi, insan onuru adına korunmasını gerektirse de bu husus, onu Sözleşmenin 2. maddesi anlamında "yaşam hakkı"na sahip bir "kişi"ye dönüştürmez. Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde dahi “herkes” teriminin tanımlanmasından özenle kaçınılmış ve bu konuda bir görüş birliği bulunmaması nedeniyle taraf devletler, iç hukuklarında, bu sözleşmenin uygulanması bakımından söz konusu terimi tanımlama konusunda serbest bırakılmışlardır.<sup>40</sup>

İşte bütün bunlara dayanarak AİHM; ceninin 2. madde kapsamında bir “kişi” olarak kabul edilebilip edilemeyeceğini soyut olarak belirlemenin mümkün olmadığına<sup>41</sup> ancak, ceninin hukuki statüsünün açık olmamasının, onun hukuken hiçbir korumadan yararlanamayacağı anlamına gelmediğine<sup>42</sup> karar vermiştir.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> **Vo v. Fransa:** p. 80.

<sup>38</sup> **Vo v. Fransa:** p. 82.

<sup>39</sup> **Vo v. Fransa:** p. 83.

<sup>40</sup> **Vo v. Fransa:** p. 84.

<sup>41</sup> **Vo v. Fransa:** p. 85.

<sup>42</sup> **Vo v. Fransa:** p. 86.

<sup>43</sup> AİHM kararlarının daha ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. **KIRCHNER**, Stefan: "The Personal Scope of the Right to Life Under Article 2(1) of the European Convention on Human

Türk ceza hukukunda da yaşamın ne zaman başlayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yaşamın normal doğumda doğum sancılarının başlaması, sezaryenle doğumdaysa ana rahminin açılmasıyla<sup>44</sup>; vücudun bir kısmının ana rahminden ayrılmasıyla<sup>45</sup>; canlı doğmaya başlamış olmakla<sup>46</sup>; ana rahminden ayrılarak doğum yolculuğuna başlamakla<sup>47</sup> ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık haline gelmekle<sup>48</sup>; vücudun bir kısmı ana rahminden ayrılmakla<sup>49</sup> başlayacağını savunan yazarlar vardır. Belirtmek gerekir ki Türk ceza hukuku bakımından insan olma niteliğinin sağ ve tam doğumla başladığının kabul edilmesi uygun olacaktır.<sup>50</sup>

Ölüm anı ile ilgili olarak da Türk hukuk sisteminde genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda ve bu kanunun uygulanması ile sınırlı olmak üzere, beyinsel ölüm (tıbbi ölüm), ölüm anı olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında ölüm anı ile ilgili genel bir düzenleme hukukumuzda yer almamaktadır. Bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmaması karşısında, 2238 sayılı kanunun uygulama alanı dışında kalan konular bakımından biyolojik ölümün esas alınması gerekir.<sup>51</sup> Dolayısıyla Türk ceza hukuku sisteminde insan, doğum tamamlandığı andan biyolojik

---

*Rights After the Judgment in A, B and C v. Ireland*", German Law Journal, vol. 13, no. 6, ss. 783-792, ([http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No6/PDF\\_Vol\\_13\\_No\\_06\\_783-792\\_Kirchner%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No6/PDF_Vol_13_No_06_783-792_Kirchner%20FINAL.pdf)) ; PUPPNICK, Grégor: "Abortion and the European Convention on Human Rights", Irish Journal of Legal Studies, vol. 3, no. 2, ss. 142-192, (<http://eclj.org/pdf/ijls-vol-3-issue-2-article-8-7-comparative-puppnick.pdf>).

<sup>44</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: s. 126; DEMİRBAŞ, Timur: Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara 1992, s. 84.

<sup>45</sup> GÖKÇEN/BALCI: s. 33.

<sup>46</sup> SOYASLAN: s. 52.

<sup>47</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, 2008, s. 144; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011, s. 35.

<sup>48</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer: Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2007, s. 25-26.

<sup>49</sup> DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s. 12.

<sup>50</sup> TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 312; HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2010, s. 415-416; TOROSLU: Özel Kısım, s. 22; ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994, s. 7; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 28; KATOĞLU: "Ceza Hukuku ve Etik", s. 303.

<sup>51</sup> HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN: s. 144. Aksi yönde olmak üzere beyin ölümünü esas alan görüşler için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 25; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: s. 130; ERMAN/ÖZEK: s. 7.

ölümün gerçekleştiği ana kadar öldürme ve yaralama suçlarının maddi konusunu oluşturabilir.<sup>52</sup>

Buna göre, nasıl ki ölmüş bir kimse, insan öldürme suçunun maddi konusunu oluşturamıyorsa<sup>53</sup> cenin de insan öldürme suçunun maddi konusunu oluşturamaz ve dolayısıyla ceninin hayatına son vermeye yönelik davranışlar, insan öldürme suçukapsamında değerlendirilmez.<sup>54</sup> Bununla beraber, doğumun tamamlanmasından önceki aşamada cenin, tamamen ceza hukukunun koruması dışında değildir. Bu aşamadan önce cenine yönelik olarak gerçekleştirilecek fiiller, örneğin çocuk düşürme veyadüşürme suçu gibi, başka suçları oluşturabilecektir.<sup>55</sup> Yine aynı nedenle, hamile kadına karşı gerçekleştirilen insan öldürme ve bazı hallerde yaralama fiilleri daha ağır biçimde cezalandırılmaktadır.

## **2. Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı Gerçekleştirilen Öldürmeye Yönelik Davranışın Etkilerinin Sağ Doğduktan Sonra Bebek Üzerinde Ortaya Çıkması Halinde Maddi Unsurla İlgili Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar**

Türk ceza hukuku bakımından kişiliğin sağ ve tam doğumla başladığının kabul edildiği ve bu andan önce ceninin insan öldürme suçunun maddi konusunu oluşturamayacağı belirtilmişti. Ancak, gebe olduğu bilinen kadına yönelik kasten öldürme fiili sonucunda cenin, anne karnındayken ölmeyip de daha önce yapılan gebe kadını öldürmeye yönelik davranışların etkisiyle, sağ doğduktan sonra ölecek olursa veya sağ doğmuş ve yaralama suçunun sonuçlarından bir veya birkaçı bebek üzerinde ortaya çıkmışsa ya

<sup>52</sup> **TOROSLU**: Özel Kısım, s. 22; Ölüm halinin belirlenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. **HAKERİ**: Tıp Hukuku, s. 58-59; **MANTOVANI**: s. 34 vd.

<sup>53</sup> **EREM**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, Ankara 1976, s. 245-246. Halen ölmüş bir kimseyi öldürmeye çalışılması halinde maddi konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçun söz konusu olduğuna dair bkz. **ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 31; **DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1979, s. 526-527; **ZAFER**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 301; **HAKERİ**, Ceza Hukuku, s. 502; **ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 464; **ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 459; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 396; **DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 436.

<sup>54</sup> Aynı yönde olmak üzere bkz. **YILMAZ**, Halil: “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2001, S. 2, ss. 69-88, s. 73-74; **Y. 1. CD., E. 2004/2133, K. 2004/4204, T. 17.12.2004** (Kazancı veri tabanı); **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: s. 127.

<sup>55</sup> **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: s. 127; **ÖZEN**, Mustafa: “Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 5, Ocak 2007, s. 97-101.



da cenin, sağ ve tam biçimde dünyaya gelmiş ve failin gebe olduğunu bildiği anneye yönelik davranışlarından hiçbir şekilde etkilenmeksizin hayatına devam etmişse; failin nasıl cezalandırılacağı sorunu üzerinde durulmalıdır.

Anne karnındayken gerçekleştirilen anneyi öldürmeye veya yaralamaya yönelik fiil nedeniyle, bebeğin doğduğundayaralama suçunun sonuçlarından birine maruz kalması veya sonradan ölmesi ya da bu fiilden hiçbir biçimde etkilenmeksizin hayatına devam etmesi durumunda, dünyaya gelmeden anne karnındayken varlığı sonlanan bir cenin değil; dünyaya gelmiş bir insan söz konusudur ve bu nedenle, failin böyle bir durumda yine de *tek bir ağırlaştırılmış insan öldürme suçundan sorumlu tutulması*, tereddütlere neden olmaktadır. Bununla beraber, failin, gebe kadını öldürmeye veya yaralamaya yönelik fiilinin sağ doğan bebek üzerinde ortaya çıkan etkilerinden de sorumlu tutulması ise, bazı sorunlara yol açmaktadır.

Buradaki asıl mesele, davranış yapıldığı anda henüz dünyaya gelmemiş olmasına rağmen, bebeğin sağ ve tam olarak doğduktan sonra, anne karnındayken gerçekleştirilen davranışın etkisiyle ölmesi veya yaralanmış bulunmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, anneyi öldürmeye yönelik davranış, cenin anne karnındayken gerçekleştirilmekte; davranışın cenin üzerindeki etkisi ise, sağ ve tam olarak doğan bebek üzerinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, davranış gerçekleştirildiği anda cenin dünyaya gelmemiş olduğundan, yani maddi konu henüz bulunmadığından; anne karnındayken yapılan davranışın doğduktan sonra bebek üzerinde ortaya çıkan etkilerinden dolayı failin sorumlu tutulabilip tutulamayacağı duraksamalara neden olmaktadır. Gebe kadına karşı gerçekleştirilen kasten öldürme fiili sonucunda, ceninin varlığının anne karnındayken, yani doğmadan sonlanması halinde, henüz ortada bir kişi yoktur ve böyle bir durumda cenin bakımından insan öldürme suçunun maddi konusu bulunmamaktadır. Buna karşın, ceninin dünyaya geldikten sonra ölmesi veya yaralama suçunun sonuçlarından birine maruz kaması halinde maddi konunun bulunup bulunmadığı üzerinde durulmalıdır. Burada asıl çözümlenmesi gereken sorun, maddi konunun bulunması gereken anın ne olduğudur. Başka bir deyişle, maddi konunun, sonucun gerçekleştiği anda bulunmasının yeterli olup olmadığı; yoksa mutlaka davranış yapıldığı anda mevcut olmasının gerekip gerekmediği sorusu cevaplanmalıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, maddi konu, suçun ya da suçu oluşturan davranışın üzerinde gerçekleştiği şahıs veya şey olarak tanımlanır.<sup>56</sup>Bu itibarla, kural olarak, failin suçu oluşturan davranışı gerçekleştirdiği anda

---

<sup>56</sup> Bkz. **GIANNITTI**: s. 23; **TOROSLU**: Genel Kısım, s. 102; **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s. 166; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**: Genel Hükümler, s. 209; **ÜNVER**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 141.

maddi konunun bulunması gerekmektedir. Ancak burada oldukça ayrıksı bir durum söz konusudur. Zira davranış gerçekleştirildiği anda bulunmamasına rağmen, bu davranışın sonuçları/etkileri devam etmekte ve sonradan dünyaya gelen çocuğun üzerinde ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar sonuç, failin davranışının dış dünyaya yansıyan etkisi olsa ve tipik fiilin yapısına dâhil bulunsa da failin davranışından ayrıdır. Dolayısıyla, fail gebe kadını öldürmeye yönelik davranışları gerçekleştirdiği anda, cenin henüz bir kişi sayılmadığından, insan öldürme suçunun gerçekleştiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Cenin doğduktan sonra, doğmadan önceki davranışların sonuçlarına maruz kalması halinde maddi konu sayılıp sayılmayacağı hususunun tartışmalı olması, biraz da ceninin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira cenin, sağ ve tam doğumdan önce bir insan sayılmaz<sup>57</sup> ve bu nedenle insan öldürme suçunun maddi konusunu ve pasif süjesini oluşturamazsa da o, bir eşya veya bir hücre topluluğu da değildir. İnsan olmaya aday, yaşayan bir varlıktır. Zaten ceninin bu potansiyeli nedeniyle hukuk sistemi, doğumdan önce de cenini, insan onuru adına, korur ve ona birtakım haklar tanır (örneğin sağ ve tam doğum şartıyla, ceninin anne rahmine düştüğü andan itibaren miras hakkına sahip olması, çocuk düşürme ve düşürtme suçunun konusunu oluşturması gibi...). Ancak bu koruma ve haklar, onu ceza hukuku anlamında “yaşam hakkı”na sahip bir “kişi” haline getirmez.<sup>58</sup> Türk ceza hukuku bakımından doğumdan önce cenin, insan olma niteliğine sahip değildir ve dolayısıyla, bu aşamada gerek anneyi öldürmeye gerekse cenini ortadan kaldırmaya yönelik davranışların sonuçlarının sağ doğduktan sonra bebek üzerinde gerçekleşmesi, maddi konunun yokluğu nedeniyle, insan öldürme suçunu oluşturmaz.

İnceleme konusu sorun, birkaç kez Fransız Temyiz Mahkemesince de tartışılmıştır. Adı geçen mahkemenin konuya ilişkin içtihadı oldukça dikkat çekicidir. Fransız Temyiz Mahkemesi, sonradan AİHM yargılamasına konu olan 30 Ocak 1999 tarihli kararında<sup>59</sup>, ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesinin bir gereği olarak, fetüsün taksirli öldürme suçunun mağduru olamayacağına hükmetmiştir.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> **KATOĞLU**, Tuğrul: “Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 2, Kamu Hukuku, İstanbul 2004, s. 284.

<sup>58</sup> Bkz. **Vo v. Fransa**: p. 84.

<sup>59</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, Ceza Dairesi, 30 Temmuz 1999, No. **97-82351**; “<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007071396>”.

<sup>60</sup> Söz konusu olayda Vietnam asıllı Thi-NhoVo, 6 aylık hamiledir ve altıncı ay rutin kontrolünü yaptırmak üzere, 27 Kasım 1991 günü Lyon Genel Hastanesine gider. Aynı gün,

Altı aylık gebe bir kadının trafik kazasında yaralandığı ve bebeğini kaybettiği bir başka olayda Fransız Temyiz Mahkemesi, 2001 yılında verdiği kararı ile istinaf mahkemesinin, alkollü araç kullanmak suretiyle kazaya sebebiyet veren sürücüyü, anne bakımından taksirle yaralama suçundan cezalandırırken, bebeğin ölümü bakımından taksirle insan öldürme suçunun işlenmediğine hükmeden kararını, şu gerekçe ile onamıştır<sup>61</sup>:

*"Doktor Hennequin'in raporuna göre, bebeğin beyninde, erken doğan bir bebeğin hayatta kalmasını engelleyecek düzeyde önemli hasarlar ortaya çıkmış olup, bu hasarlar ile annenin ve ilerleyen günlerde bebeğin ölümüne neden olan kaza arasında illiyet bağı bulunmaktadır; bebek erken doğmuş ancak akciğerlerinde ve göğsü ile karnı arasındaki kısımda hava olmaması*

---

ThiThanh Van Vo adında bir başka Tayvan asıllı kadın, aynı hastanede spiral çıkartma operasyonu geçirecektir. Söz konusu operasyonu yapacak olan Dr. G., bekleme odasına doğru, Bayan Vo diye seslendiğinde, AİHM'e de başvuran ve aslında 6 aylık hamilelik kontrolü için giden kadın, doktorun odasına gider. Doktor, konuşma sırasında, Bayan Vo'nun Fransızca anlamakta zorluk çektiğini fark eder; dosyasını incelediğinde, spiral çıkartılacağını görür ve öncesinde hastayı muayene etmeksizin operasyona başlar. Ancak bu esnada amniyon kesesini deler ve önemli bir miktar amniyon sıvısının kaybedilmesine neden olur. Klinik muayenede uterusun çok genişlediğini fark edince bir görüntüleme ister ve bunun üzerine kimliklerin karıştırıldığını anlayarak hemen hastanın hastaneye yatışını gerçekleştirir. Thi-NhoVo, 29 Kasım 1991 günü hastaneden taburcu edilir. Ancak 4 Aralık 1991'de daha ayrıntılı testler için yeniden hastaneye geldiğinde, amniyon sıvısının yerine gelmediği ve hamileliğin daha fazla sürdüremeyeceği gerekçesiyle hamilelik sonlandırılır. Bunun üzerine bayan Vo ve partneri, taksirli yaralama ve fetüs bakımından taksirli insan öldürme suçlarından dolayı şikayetçi olurlar. Lyon Ceza Mahkemesi, 3 Haziran 1996 günlü kararı ile fetüsün hukuki durumunu belirleyen yasal bir kural bulunmadığı; bu eksiklik karşısında bilinen bilimsel olgulara bakılması gerektiği; mahkemenin bu olguyu kabul etmek durumunda bulunduğu; henüz yasakoyucuların tanımlamayı başaramadığı bir konuda hukuk yaratamayacağı; ancak 6 aylık bir fetüsün yaşama kabiliyeti olduğu, 20-21 haftalık fetüsün ise yaşama kabiliyeti bulunmadığı ve mülga Ceza Kanununun 319. Maddesi veya yürürlükteki ceza kanununun 221-6. Maddesi anlamında "insan" ya da "diğeri" sayılamayacağı gerekçesiyle taksirli insan öldürme suçunun işlenmediğine karar vermiştir. Söz konusu karara karşı başvurulmuş istinaf yargılaması sonucunda, Lyon İstinaf Mahkemesi, 13 Mart 1997 tarihli kararında, insan hayatını korumaya yönelik birtakım uluslararası sözleşme hükümlerini ve ulusal yasa kurallarını andıktan sonra, yaşama kabiliyetinin bilimsel açıdan belirsiz ve şüpheli bir kavram olduğu ve hukuk buna dayanarak bir ayırım yapmadığı için, hukuki etkiden de yoksun bulunduğu gerekçelerine de dayanarak, kanıtlanmış bilimsel olgular ve ortalama vicdan (common sense) 20-24 haftalık sağlık durumu iyi olan bir fetüsün ölümüne (dikkatsizlik veya ihmalle) neden olmanın taksirli insan öldürme olarak nitelendirilmesini gerekli kıldığından bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Sanığın başvurusu üzerine, konuyu inceleyen Fransız Temyiz Mahkemesi ise, sanığın fiilinin, Ceza Kanununun insan öldürme suçunu tanımlayan hükümlerine uymadığı ve istinaf mahkemesinin dayandığı uluslararası ve ulusal hukuk kurallarını yanlış uyguladığı gerekçesiyle, 30 Temmuz 1999 tarihli kararı ile istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur.

<sup>61</sup>Fransız Temyiz Mahkemesi, Ceza Dairesi, 29 Haziran 2001, No. 99-85973; "<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046781&fastReqId=882932379&fastPos=2>".

*dolayısıyla nefes alamamıştır; beyindeki hasar dolayısıyla hayatta kalamamıştır ve ölümü kazanın bir sonucudur. Tüm bunlara rağmen, ceza hukuku ölü doğmuş bebeklere, kişilere karşı suçlar bağlamında bir koruma sağlamamaktadır. Nitekim bir "kişi"den söz edebilmek için, yaşayan yani dünyaya gelmiş ve belirli bir süre hayatta kalmış bir varlığın bulunması gerekmektedir. Bir bebeğe karşı insan öldürme suçu ancak doğduğu anda kalbi atan ve nefes alan bir bebeğe karşı işlenebilir. Ceza hukukunda dar yorum ilkesi geçerli olup, somut olayda taksirle insan öldürme suçunun koşulları gerçekleşmemiştir."*

Fransız Temyiz Mahkemesinin 2002 yılında verdiği bir başka kararına konu olan olayda ise, gebe bir kadın, 10 Kasım 1991 tarihinde doğum vakti gelmesine rağmen 17 Kasım 1991 tarihinde hastaneye yatmış ve saat 20:30'a doğru müşahede altına alınmıştır. Bebeğin kalp ritminde bir bozukluk gözlemlenmesine rağmen hemşire durumu doktora haber vermemiştir. Ertesi sabah saat 7:00'de aynı ritim bozukluğu tekrarlanmış ve ardından bebeğin kalbi durmuştur. Saat 8:00'e doğru doktor bebeğin ölmüş olduğunu tespit ederek bebeği sezaryen ile almıştır. Fransız Mahkemesi, söz konusu davada, hemşire ve doktorun kusurlu olduğunun tespit edilmesine rağmen, *"suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza kanunlarının dar yorumlanmasını gerektirir. Bu nedenle, taksirle insan öldürme suçunun ölü olarak doğmuş bir bebeğe karşı işlenmesi mümkün değildir."* gerekçesiyle taksirle insan öldürme suçundan cezalandırılmayacaklarına hükmetmiştir.<sup>62</sup>

Fransız Temyiz Mahkemesinin konuya ilişkin 2003 yılında verdiği kararı ise, oldukça ilginçtir.<sup>63</sup> Karara konu olayda, 8 aylık gebe bir kadın, trafik kazası sonucu ağır yaralanmış ve hastaneye kaldırılmıştır. Hastanede aynı gün saat 16:39'da sezaryen ile bir bebek dünyaya getirmiş, ancak bebek kaza anında maruz kaldığı lezyonlar dolayısıyla saat 17:39'da hayatını kaybetmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi söz konusu davada, bebeğin canlı doğmuş ve bir saat hayatta kalmış olması nedeniyle, kazaya sebebiyet veren sürücüyü bebeğin ölümünden dolayı insan öldürme suçundan cezalandırmıştır.

Belirtmek gerekir ki Fransız Temyiz Mahkemesinin bu kararı, birkaç dakika yaşadktan sonra ölen bebeğin mağdur kabul edilmesine rağmen, uteroda ölen bir bebeğin mağdur kabul edilmemesi nedeniyle ve doğurma (procreate) özgürlüğünün kürtaj olma özgürlüğü kadar korunmadığı gerekçesiyle Fransız öğretisi tarafından yoğun eleştirilere maruz kalmıştır.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, Ceza Dairesi, 25 Haziran 2002, No. 00-81359; "http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069402".

<sup>63</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, Ceza Dairesi, 2 Aralık 2003, No. 03-82344; "http://www.juritravail.com/jurisprudence/JURITEXT000007070233.html".

<sup>64</sup> Söz konusu eleştiriler için bkz. PRADEL, Jean: *"Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire"*, Recueil Dalloz, 2004, s. 449.

Fransız Temyiz Mahkemesi, 2006 yılında verdiği kararında ise, trafik kazası sonucu, 28 haftalık gebe bir kadının hayatını kaybettiği başka bir olayda kazaya sebebiyet veren sürücünün ceninin ölümü dolayısıyla insan öldürme suçundan cezalandırılmayacağına hükmetmiştir<sup>65</sup> Söz konusu kararda Fransız Temyiz mahkemesi, önceki pek çok kararında da vurguladığı ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesini hatırlatarak, henüz doğmamış bir bebeğin kanunda geçen "başkası" ifadesinin kapsamına giremeyeceğine; taksirle insan öldürme suçunun ancak bebeğin canlı doğması halinde uygulanabileceğine; herhangi bir ceza kanununun ilkesel olarak doğru olup olmadığı tartışmasını yapma yetkisinin mahkemelerde olmadığına; aksi bir durumun yasakoyucunun yerine geçmek anlamına geleceğine ve henüz doğmamış bebeğin hayatının korunmasına yönelik olarak, özellikle taksirle insan öldürme bağlamında, çocuk düşürme suçuna ilişkin mevzuat ile insan embriyosunun statüsüne dair taslak mevzuat dışında herhangi bir kanun olmadığına hükmetmiştir.

Her ne kadar Fransız Temyiz Mahkemesinin içtihadı aksi yönde şekillenmiş olsa ve sağ doğmak kaydıyla anne karnındayken gerçekleştirilen davranışlar bakımından cenin maddi konu olarak kabul edilmiş bulunsa da Türk ceza hukuku bakımından bu çözümün benimsenmesi, mümkün görünmemektedir.<sup>66</sup> Zira eğer aksi kabul edilecek olur ve ceninin, sağ doğmak kaydıyla, doğumdan önce gerçekleştirilen gebe kadını öldürmeye yönelik davranışlar bakımından insan öldürme suçunun maddi konusunu oluşturacağı düşünülecek olursa<sup>67</sup> ortaya şu sonuçlar çıkacaktır:

- i. Bebek doğduktan sonra ölecek olursa, fail, hem gebe kadına karşı gerçekleştirilen insan öldürme suçundan, TCK m. 82/1-f uyarınca hem de çocuğa karşı gerçekleştirilen insan öldürme suçundan dolayı TCK m. 82/1-e uyarınca sorumlu olacaktır.
- ii. Eğer bebek ölmez, bununla beraber yaralama suçunun sonuçlarından biri bebek üzerinde ortaya çıkarsa, burada ikili bir ayırım yapmak gerekecektir:

<sup>65</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, Ceza Dairesi, 27 Haziran 2006, No. 05-83767; "http://basedaj.php.fr/daj/public/index/display/id\_theme/32/id\_fiche/3533".

<sup>66</sup> Bkz. **ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 127-128; **HAKERİ**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2007, s. 229; **KOCA/ÜZÜLMEZ**: Özel Hükümler, s. 67; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: s. 127.

<sup>67</sup> Anne karnındayken annenin uğradığı saldırı nedeniyle ceninin sağ doğduktan sonra ve fakat bu saldırının etkisiyle ölmesi durumunda, failin bebeğin ölümü bakımından kasten öldürmeye ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılması gerektiğine dair bkz. **GÖKCEN/BALCI**: s. 34.

- a) Fail, ceninin hayatını sonlandırmak bakımından doğrudan kastla hareket etmişse, (TCK m. 82/1-f'ye ek olarak) TCK m. 82/1-e'ye teşebbüsten sorumlu olacaktır.
  - b) Yok, eğer failin, ceninin hayatını sonlandırmak bakımından sadece dolaylı kastı varsa, netice kastı belirleyeceği için, yaralama suçuna ilişkin hangi ipotez gerçekleşmişse, ilgili hükümden dolayı cezalandırılacaktır.
- iii. Eğer bebek, anne karnındayken gerçekleştirilen anneyi öldürmeye yönelik davranışlardan hiçbir biçimde etkilenmeksizin hayatına devam edecek olursa, yine ikili bir ayırım yapmak gerekecektir:
- a) Failin ceninin hayatını sonlandırmak bakımından doğrudan kastla hareket ettiği hallerde (TCK m. 82/1-f'ye ek olarak) TCK m. 82/1-e'ye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekecektir.
  - b) Failin ceninin hayatını sonlandırmak bakımından dolaylı kastla hareket ettiği hallerde ise, TCK m. 82/1-e'den dolayı sorumluluğu bulunmayacaktır.

Failin, gebe kadına yönelik davranışlarının etkisinin sağ doğrudan sonra bebek üzerinde ortaya çıkmasından da sorumlu olacağı kabul edilmesi, çoklu gebelik durumlarında da çözülmesi güç sorunlar doğuracaktır. Şöyle ki failin çoklu gebeliğin söz konusu olduğunu bilmediği hallerde, bebeklerden herbirinin anne karnındayken gerçekleştirilen davranıştan farklı şekilde etkilenmesi durumunda failin bunlardan ne şekilde sorumlu olacağını belirlemek güçleşecektir. Örneğin üçlü bir gebelik durumunda, anne karnındayken gerçekleştirilen davranış sonucunda, bebeklerden birinin ölmesi, diğerinin organlarından birinin işlevini sürekli yitirmesi, üçüncüsünün ise bu davranıştan hiçbir biçimde etkilenmeksizin sağlıklı bir biçimde hayatına devam etmesi halinde failin, bu sonuçlardan ne şekilde sorumlu tutulacağını tespit etmek, kast karinesine başvurmaksızın adeta imkânsızdır.

Anne karnındayken gerçekleştirilen davranışların sonuçlarının sağ doğan bebek üzerinde ortaya çıkması halinde öldürme veya yaralama suçlarının işlenmiş olacağı kabul edilmesi, çözülmesi güç bir başka sorunu daha ortaya çıkaracaktır. Zira böyle bir durumda, çocuk düşürme-düşürtme suçları ile bu fiilleri birbirinden ayırmak mümkün olmayacaktır. Şöyle ki, çocuk düşürmeye yönelik davranışlar (başka bir deyişle rahmin tahliyesine yönelik davranışlar) sonucunda, bebeğin sağ biçimde dünyaya

gelip bu davranışların etkisiyle ölmesi ya da yaralanmış bulunması halinde, failin çocuk düşürtme suçundan mı yoksa bebeği öldürmek veya yaralamaktan mı sorumlu tutulacağı belirlenemeyecektir.<sup>68</sup>

Aslında TCK m. 82-f mevcut haliyle de uygulama açısından önemli sakıncayı barındırmaktadır. Failin gebe olduğunu bildiği kadına yönelik davranışları sonucunda, kadın ölmesine rağmen, bebek failin bu davranışlarından hiçbir şekilde etkilenmeksizin dünyaya gelip yaşamına devam edecek olsa dahi, TCK m. 82-f'deki ağırlaştırıcı nedeni faile uygulamak gerekecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, burada "Kasten öldürme suçunun; gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi" ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Anne karnındaki bebeğin bundan olumsuz şekilde etkilenip etkilenmemesi ayrımı yapılmamıştır. Oysa bu yöndeki bir sakıncayı önlemek amacıyla, söz konusu bende, tıpkı yaralama suçuna ilişkin olmak üzere TCK m. 87/1-e'de olduğu gibi, bebeğin de olumsuz etkilenmesini arayan; örneğin, bebeğin de ölmesine veya vaktinden önce doğmasına neden olması gerektiği yönündeki bir ibarenin eklenmesi yerinde olacaktır.

### **3. Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı Gerçekleştirilen Öldürmeye Yönelik Davranışlar Sonucunda Bebeğin Sağ Doğduktan Sonra Bu Davranışın Etkilerinin Bebek Üzerinde Ortaya Çıkması Halinde Manevi Unsurla İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar**

Sağ doğması kaydıyla, anne karnındayken gerçekleştirilen anneyi öldürmeye yönelik davranışların bebek üzerinde ortaya çıkan sonuçlarının insan öldürme suçunu oluşturacağı kabul edilmesi, sadece suçun maddi konusu bakımından değil, manevi unsur bakımından da bazı sorunlara neden olacaktır. Zira kasten insan öldürme suçu, TCK m. 81'de "*Bir insanı kasten öldür*"mek şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, bu suçta manevi unsur bir insanı öldürme bilinç ve iradesidir.<sup>69</sup> Oysa hamile bir kadını kasten öldürmeye yönelik davranışlarda bulunan fail, cenini de yok etmek için hareket etmiş olsa dahi; cenin henüz bir insan sayılmadığından, failin cenin bakımından bir insanı öldürme bilinç ve iradesine sahip olduğu söylenemez. Bu nedenle, inceleme konusu durum bakımından, failin manevi unsurunun bulunduğu kabul edilemez.

Bir an için, belirtilen durumlarda failde manevi unsurun bulunduğu kabul edilecek olsa dahi, bunun ne olduğunu belirlemek çoğunlukla mümkün

<sup>68</sup> Burada herhangi bir karışıklığı engellemek bakımından ayrıca belirtmek gerekirse, rahmin tahliyesine yönelik davranışlar neticesinde bebek sağ biçimde dünyaya gelir ve bu aşamadan sonra bebeği öldürmeye yönelik davranışlar yapılacak olursa, burada failin kastı ve davranışı yenilenmiş olacağı için bundan ayrıca sorumlu tutulacağına tereddüt yoktur.

<sup>69</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 40.

olmayacaktır. Şöyle ki, failin annesi öldürmenin yanı sıra cenini ortadan kaldırmak veya sadece cenini ortadan kaldırmak için hareket ettiği durumlarda, kastının bebeğin sağ doğduktan sonra ölmesi halini de kapsamı gerekecektir. Ayrıca bebeğin sağ doğduktan sonra ölmeyip yaralama suçuna ilişkin sonuçlarından birinin gerçekleştiği durumlarda ise, failin anne karnındaki cenini ortadan kaldırmak bakımından dolaylı kastla mı doğrudan kastla mı hareket ettiğinin belirlenmesi gerekecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, böyle bir durumda cenini ortadan kaldırmak bakımından doğrudan kastla hareket etmişse ve fakat bebek doğduktan sonra ölmemiş, ancak yaralama suçunun sonuçlarından biri ortaya çıkmışsa fail, TCK m. 82/1-e'ye teşebbüsten; yok eğer dolaylı kastla hareket etmişse, netice kastı belirler kuralı gereği, gerçekleşen yaralama sonucundan sorumlu olacaktır. Öte yandan, yine yukarıda değinildiği üzere, bebek anne karnındayken gerçekleştirilen öldürmeye yönelik davranışlardan hiçbir biçimde etkilenmeksizin hayatına sağ salim devam edecek olursa, failin doğrudan kastla veya dolaylı kastla hareket etmiş olmasına göre, ya TCK m. 82/1-e'ye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekecek ya da bebek bakımından herhangi bir cezai sorumluluğu olmaksızın sadece anne bakımından TCK m. 82/1-f'den sorumlu olacaktır.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar ceninin varlığına son vermek bilinç ve iradesi, insan öldürme kastı anlamına gelmese de fail, kadının hamile olduğunu bildiğine göre, annenin karnındaki insan olmaya aday varlığı da ortadan kaldıracığı bilinç ve iradesiyle hareket etmektedir. Faildeki bu kötülük, insan öldürme suçunun gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi hali ağırlaştırıcı neden yapılarak cezalandırılmaktaysa da söz konusu ağırlaştırıcı nedenin, bebeğin sağ dünyaya geldikten sonra bu davranışın sonuçlarına maruz kalması halini karşıladığı söylenemez.

### **III. YARALAMA SUÇUNUN GEBE OLDUĞU BİLİLEN KADINA KARŞI İŞLENMESİNDEN KAYNAKLANAN BAZI SORUNLAR**

TCK'nın 86. maddesinde öngörülen kasten yaralama suçu, kasten başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmaktan ibarettir. Kasten yaralama suçunun gebe kadına karşı işlenmesi hali ise, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama ipotezlerinden biri olarak, TCK m. 87/1-e'de, düzenlenmiştir.<sup>70</sup> Söz konusu hüküm uyarınca, kasten yaralama fiili, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olursa, 86. maddeye göre belirlenecek ceza

---

<sup>70</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 57.



artırılacaktır.<sup>71</sup> Ancak bebeğin erken doğmasına neden olması dışında, gebe kadına karşı gerçekleştirilen yaralamaya yönelik fiiller, ayrı bir cezalandırmanın konusu yapılmamıştır. Buna göre, failin yaralamaya yönelik fiili bebeğin erken doğmasına neden olmamasına karşın; yaralama suçunun sonuçlarından biri bebek üzerinde ortaya çıkacak olursa, failin nasıl cezalandırılacağı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Böyle bir durumda fail, yalnızca TCK m. 86 uyarınca mı cezalandırılacaktır? Ya da gebe bir kadına karşı gerçekleştirilen yaralama fiili sonucunda bebek hem erken doğmuş hem de TCK m. 86 veya 87’de öngörülen sonuçlardan bir veya birkaçı da bebek üzerinde gerçekleşmiş olursa yahut bebek erken doğduktan sonra ölürse failin sadece TCK m. 87/1-e uyarınca cezalandırılması ile mi yetinilecektir?

Aslında yukarıda kasten öldürme suçuna ilişkin olarak yapılan tartışmalar, esas itibariyle, yaralama suçu bakımından da geçerlidir. Zira yaralama suçlarının maddi konusu ile insan öldürme suçlarının maddi konusu aynıdır. Her iki suç tipi de ancak fail dışında kalan yaşayan bir insana karşı işlenebilir. İnsandan ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değinilmişti. Bu itibarla cenin yaralama suçunun maddi konusunu oluşturamaz. Dolayısıyla, annesinin karnındayken gerçekleştirilen yaralamaya yönelik davranışların etkileri doğduktan sonra bebek üzerinde ortaya çıksa bile, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında, faili ayrıca bunlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Örneğin gebe kadına karşı gerçekleştirilecek bir bıçakla yaralama neticesinde erken doğum söz konusu olmaz ve bebek vaktinde doğar; ancak uzuvlarından ya da organlarından biri, bu fiil nedeniyle işlevini yitirmiş bulunursa, fail yine de sadece anneye yönelik yaralama fiili bakımından TCK m. 86 uyarınca cezalandırılacaktır. Ya da yaralama fiili neticesinde bebek erken doğacak olur ve hayatını erken doğuma bağlı olarak gelişen sağlık sorunları ile sürdürmek zorunda kalırsa ya da erken doğduktan sonra ölecek olursa yine de fail sadece TCK m. 87/1-e uyarınca cezalandırılacaktır.

Aksi yönde bir çözümün benimsenmesi, yani mevcut düzenlemeler karşısında, anne karnındayken gerçekleştirilen yaralama fiilinin sonuçlarının doğduktan sonra bebek üzerinde gerçekleşmesi halinde, failin ayrıca bundan dolayı da cezalandırılması gerektiğini düşünmek, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında zordur. Çünkü burada failin manevi unsurunu belirlemek adeta olanaksızdır. Örneğin gebe kadına karşı kasten yaralama

---

<sup>71</sup> **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** Özel Hükümler, s. 85; **KIZIROĞLU,** Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 175.

fiilini gerçekleştiren failin, anne karnındaki cenini yaralamak bakımından da doğrudan kastla hareket ettiğini düşünelim. Sonuçta bebeğin sağ doğduktan sonra bu davranışın etkilerinin bebek üzerinde ortaya çıktığını kabul edelim. Örneğin bebeğin duyularından ya da organlarından birinin sürekli zayıflamış olduğu ya da işlevini yitirdiği bir durumda failin kastının bu durumu kapsayıp kapsamadığını ya da taksirinin bulunup bulunmadığını belirlemek çoğunlukla mümkün olmayacak ve kusur karinesine başvurarak faili gerçekleştiren sonuçtan sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu ise bizi yeniden objektif sorumluluğa götürecektir.

Çoklu gebelik durumlarında sorun daha da karmaşık bir hal alacaktır. Gebeliğin çoklu gebelik olduğunu bilmeyen, tekli gebelik zannederek hem bebeği hem de anneyi yaralamaya yönelik bir fiil gerçekleştiren failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi oldukça zor olacaktır. Örneğin, bebeklerden sadece biri bu fiilden etkilenmiş olarak doğarsa veya her ikisi de farklı şekillerde ya da aynı şekilde yaralanmış olarak doğarsa (örneğin birinin yüzünde sabit iz meydana gelirken, diğerinin organlarından birinin işlevini sürekli olarak yitirmesi durumunda) çoklu gebelik olduğunu bilmeyen failin hangi sonuçtan nasıl sorumlu tutulacağı belirlenemeyecektir. Kaldı ki bu zorluk, failin gebeliğin çoklu gebelik olduğunu bildiği hallerde de aşılacaktır. Zira çoklu gebelik olduğunu bilse bile hangi bebeğe hangi fiili gerçekleştirmek kastıyla hareket ettiğini belirlemek, yukarıda insan öldürme suçu başlığı altında ayrıntılarıyla tartışıldığı üzere mümkün olmayacaktır.

İşte tüm bu nedenlerle, yukarıda da belirtildiği üzere, gebe kadına karşı gerçekleştirilen yaralamaya yönelik fiillerin etkisinin, sağ doğan bebek üzerinde ortaya çıkması halinde dahi, mevcut düzenlemeler karşısında bu bebeğin maddi konu kabul edilerek failin bebek üzerinde ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir.

#### IV. SONUÇ

Hayatın ve insan olma niteliğinin başlangıcı, öteden beri, hemen hemen bütün toplumlarda ve hukuk sistemlerinde tartışılmalı ve üzerinde uzlaşmaya varılamamış bir sorundur. Söz konusu sorunun hukuki, tıbbi, biyolojik, felsefi, etik ve dini boyutlarının bulunması, üzerinde uzlaşmaya varılmasını daha da zorlaştırmaktadır. Her ne kadar cenin, genel olarak, sağ ve tam doğumdan önce bir insan sayılmamakta<sup>72</sup> ve bu nedenle insan öldürme suçunun maddi konusunu ve pasif süjesini oluşturamamakta ise de o, bir eşya veya bir hücre topluluğu da değildir. İnsan olmaya aday, yaşayan

---

<sup>72</sup> KATOĞLU: s. 284.

bir varlıktır. Zaten ceninin bu potansiyeli nedeniyle, hukuk sistemleri, doğumdan önce de cenini, insan onuru adına korumakta ve ona birtakım haklar tanımaktadır. Ancak bu koruma ve haklar, onu ceza hukuku anlamında “yaşam hakkı”na sahip bir “kişi” haline getirmeye yetmemektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere, Türk ceza hukuku bakımından insan olma niteliği sağ ve tam doğumla başlamaktadır. Bu nedenle, Türk Hukuku bakımından, sağ doğuduktan sonra doğumdan önceki davranışların etkileri kendisi üzerinde ortaya çıksa dahi cenin, henüz anne karnındayken gerçekleştirilen öldürmeye ya da yaralamaya yönelik davranışların maddi konusunu oluşturamaz. Dolayısıyla, burada kanuni bir boşluk olduğu kabul edilerek bunun kanunkoyucu tarafından doldurulması en doğru çözüm olacaktır. Zira öldürmeye ya da yaralamaya yönelik davranış gerçekleştirildiği anda, cenin henüz dünyaya gelmemiş olduğundan söz konusu suçların maddi konusunu oluşturmasa da sonradan bebeğin sağ doğması olgusuna kayıtsız kalmak, dünyaya hiç gelmemiş saymak da doğru değildir. Kaldı ki davranış gerçekleştirildiği anda dünyaya gelmemiş olmakla beraber, davranışın devam eden etkileri/sonuçları doğuduktan sonra bebeğin üzerinde ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, doğmadan anne karnında hayatı sonlanan bir cenin ile sağ doğup anne karnındayken gerçekleştirilen öldürmeye veya yaralamaya yönelik davranışın etkilerine maruz kalan bir bebeği aynı kefeye koymak, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında kaçınılmaz olsa da olması gereken hukuk açısından yerinde değildir. Halbuki mevcut durumda, doğuduktan sonra, annesinin karnındayken gerçekleştirilen öldürmeye veya yaralamaya yönelik davranışların zararlı etkilerine maruz kalan, örneğin doğuduktan sonra ölen ya da sakat kalan bebeğin bu durumu tamamen göz ardı edilmektedir.

Öldürmeye veya yaralamaya yönelik davranışlarda bulunduğu kadının gebe olduğunu bilen fail, annenin karnındaki insan olmaya aday varlığı da ortadan kaldırmak ya da ona zarar vermek bilinç ve iradesiyle hareket etmektedir. Faildeki bu kötülük, insan öldürme suçunun gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi ya da gebe kadına yönelik yaralama fiili sonucu bebeğin erken doğması, ağırlaştırıcı neden yapılarak cezalandırılmaktaysa da söz konusu ağırlaştırıcı nedenlerin, bebeğin sağ dünyaya geldikten sonra bu davranışın sonuçlarına maruz kalması halini karşıladığı söylenemez. Bu ise cezanın fiilin ağırlığı ile ve failin sosyal tehlikeliliği ile orantılı olması ilkesine uygun değildir. Tüm bu nedenlerle, kanunkoyucu tarafından, bu konuya ilişkin açık düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki sorunun bu denli çok yönlü ve zorlu olması, bu konuda bütün aksaklıkları, eksiklikleri gideren ve herkesin kabul edeceği çözümler getiren hukuki düzenlemeler yapılmasını adeta olanaksız kılmaktadır.

## KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.
- ANTOLISEI**, Francesco: Manuale di diritto penale, Parte speciale, I, Milano 2008. (Par. Spec., 1).
- ANTOLISEI**, Francesco: Manuale di diritto penale, Parte generale, Milano 1987. (Par. Gen.).
- BAYRAKTAR**, Köksal, “*Kasten Adam Öldürme*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, ss. 57-77.
- CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem Yenerer: Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 2007.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara 1992.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1979.
- DÖNMEZER**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001.
- EREM**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, Ankara 1976.
- ERMAN**, Sahir/**ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994.
- GIANNITTI**, Francesco: L’oggetto materiale del reato, Milano 1966.
- GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat: “Kasten öldürme suçu (TCK. M. 81)”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 1-2, ss. 95-218.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**KETİZMEN**, Muammer: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, 2008, ss. 143-154.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku, Ankara 2014.
- HAKERİ**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2007.
- HAKERİ**, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2010.
- İÇEL**, Kayıhan: “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6 S. 12, 2007/2, ss. 61-70.

- KATOĞLU**, Tuğrul: “Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması”, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. 2, Kamu Hukuku, İstanbul 2004, ss. 269-292.
- KATOĞLU**, Tuğrul: “Ceza Hukuku ve Etik”, Toplum ve Hekim, yıl: 2004, c. 19, sayı 4, ss. 300- 306
- KIRCHNER**, Stefan: "*The Personal Scope of the Right to Life Under Article 2(1) of the European Convention on Human Rights After the Judgment in A, B and C v. Ireland*", German Law Journal, vol. 13, no. 6, ss. 783-792, ([http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No6/PDF\\_Vol\\_13\\_No\\_06\\_783-792\\_Kirchner%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No6/PDF_Vol_13_No_06_783-792_Kirchner%20FINAL.pdf)).
- KIZIROĞLU**, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, ss. 165-190.
- KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- KORF**, Douwe: “*The Right To Life*”, ([http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-08\(2006\)\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-08(2006)_en.pdf)).
- MANTOVANI**, Ferrando: Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, Milano 2011.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- ÖZEN**, Mustafa: “*Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 5, Ocak 2007, ss. 97-101.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011.
- PRADEL**, Jean: “*Violences involontaires sur femme enceinte et délit d’homicide involontaire*”, Recueil Dalloz, 2004, ss. 449.
- PUPPNICK**, Grégor: "*Abortion and the European Convention on Human Rights*", Irish Journal of Legal Studies, Vol. 3, No. 2, ss. 142-192, (<http://eclj.org/pdf/ijls-vol-3-issue-2-article-8-7-comparative-puppinck.pdf>).
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Ankara 2014.
- TOROSLU**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2014.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2014.
- ÜNVER**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- ÜZÜLMEZ**, İlhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- YILMAZ**, Halil: “*Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2001, S. 2, ss. 69-88.
- ZAFER**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

## İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇLARI

*Yaprak ÖNTAN\**

### I. GENEL OLARAK

‘İntihar’ sözlükte; “*Bir kimsenin toplumsal ve ruhsal nedenlerin etkisi ile kendi hayatına son vermesi*”<sup>1</sup> olarak tanımlanmıştır. Bir diğer tanıma göre, “*ölen kişi tarafından ölümle sonuçlanacağı bilinerek yapılan olumlu ya da olumsuz bir edimin doğrudan ya da dolaylı sonucu olan her ölüm olayına*” intihar denirken; ‘intihar girişimi’, “*bu biçimde tanımlanan, ama ölüm sonucu doğmadan durdurulan edim*”dir<sup>2</sup>. Bu tanımlardan çıkan en önemli sonuç, kişinin intihar etmesinden anlaşılması gerekenin mutlak anlamda ölüm neticesini kapsadığıdır. Kişinin kendini öldürmeye yönelik hareketleri neticesinde, ölüm meydana gelmediği takdirde intihar girişimi ya da teşebbüsünden bahsetmek gerekir. Bu şekildeki saptama, intihara yönlendirme suçları bakımından, failin suç teşkil eden bir fiilinin olup olmadığının belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

İntihar, kişinin kendisini öldürmesi, ölen kişi tarafından yapılan bir hareket sonucu ölümün meydana gelmesi anlamına geldiğinden; öldürme suçlarını teşkil eden hareketin bir başkasının yaşamına son vermesi gerekmesi itibarıyla, insan öldürme fiilinden tamamen farklıdır. Bunun yanı sıra, eski dönemlerin aksine, intihar ve intihara teşebbüs fiilleri, modern ceza hukuku sistemlerinin büyük çoğunluğunda<sup>3</sup> ve Türk ceza hukukunda suç değildir<sup>4</sup>.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

<sup>1</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53f1c64a34fa01.44343846](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53f1c64a34fa01.44343846)

<sup>2</sup> **DURKHEIM**, Emile: İntihar, Toplumbilimsel İnceleme, (Çev: Özer OZANKAYA), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1986, s. 4.

<sup>3</sup> **MANTOVANI**, Ferrando: Diritto Penale Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona, Quarta Edizione, CEDAM, Padova 2011, s. 122.

<sup>4</sup> 5237 sayılı TCK’nın intihara yönlendirme suçlarını düzenleyen 84. maddesi, kanun yürürlüğe girdiğinde hatalı olarak ‘İntihar’ başlığını taşımaktaydı. 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile madde başlığı ‘İntihara yönlendirme’ olarak değiştirilmiştir.

Daha öncesinde ise, yüzyıllar boyunca, intihar cezalandırılmaktaydı. Kişinin kendisine veya başkalarına karşı sahip olduğu yaşama yükümlülüğü adına, intihar teşebbüsünde bulunup sağ kurtulana yaptırım uygulanması yoluna gidildiği gibi, intiharın gerçekleşmesi durumunda, kadavra ya da ölenin bıraktığı mirasa kimi baskıcı tedbirler uygulanmaktaydı<sup>5</sup>. Ancak intiharın suç teşkil etmemesi gerektiği eskiden beri savunula gelmiştir<sup>6</sup>. İntiharın suç teşkil etmemesi, suç politikası ile etkili bir baskının pratik imkânsızlığı gerekçesiyledir<sup>7</sup>. Anılan gerekçeler, kanun koyucuyu, intihar fiillerini takip etmeyi bırakarak, yaptırımı, ahlaki ve sosyal tehlikelilik nedenleriyle, yalnızca fiile iştirak eden üçüncü kişilere yöneltmeye itmiştir<sup>8</sup>.

Bireylerin kendi hayatları üzerinde mutlak tasarruf haklarının olup olmadığı ve ölmenin de yaşam gibi bir hak sayılıp sayılmayacağı tartışmasından bağımsız olarak, intihar eden kişi ölmüş olduğundan, ceza intihar eden ya da diğerleri için hiçbir etki doğurmayacağı gibi<sup>9</sup> bu fiili suç teşkil ettiği takdirde, *mors omnia solvit* ilkesi gereğince, ölenin yargılanarak cezalandırılması zaten mümkün olmayacaktır. Ayrıca, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince<sup>10</sup>, intihar fiilinden ötürü ölenin yakınlarına ceza verilmesi de söz konusu olamaz. Yaşam da sağlık gibi zorla kişiye empoze edilemeyeceğinden ve hukuk bireylerin kişisel alanlarında kalan davranışlarıyla ilgilenmediğinden<sup>11</sup>, intihara teşebbüs sonucu ölüm gerçekleşmediğinde de intihar girişiminde bulunana ceza verilemez. Yine fail ile mağdur sıfatının birleşmesinin mümkün olmaması nedeniyle de intihar fiilinin cezalandırılmayacağı belirtilmelidir<sup>12</sup>. Hepsi bir yana, intihara teşebbüs eden ancak ölüm neticesi gerçekleşmeden bu karardan vazgeçen kişinin cezalandırılması çelişki de yaratmaktadır. Şöyle ki, kişi hayatta kalması halinde bir ceza tehdidi ile yüz yüze olduğunu bileceğinden,

<sup>5</sup> MANTOVANI, s. 122.

<sup>6</sup> BECCARIA, Marki Cesare: Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, (Çev: Muhittin Göklü), MCML, İstanbul, s. 345.

<sup>7</sup> ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale Parte Speciale I, Quindicesima Edizione, Giuffrè, Milano 2008, s. 67.

<sup>8</sup> LATTANZI, Giorgio/LUPO, Ernesto: Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, I Delitti Contro La Famiglia I Delitti Contro La Persona, Vol: XI, Tomo: primo, Giuffrè, Milano 2010, s. 200.

İntihar ve intihara yönlendirme suçunun tarihçesi için bkz. ARTUK, Mehmet Emin: “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1-2, 1994, s. 113 vd.

<sup>9</sup> BECCARIA, s. 345.

<sup>10</sup> BECCARIA, s. 345.

<sup>11</sup> MANZINI, Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, Delitti Conta La Persona, Vol: Ottavo, Quinta Edizione, UTET, Torino 1985, s. 109; MANTOVANI, s. 123.

<sup>12</sup> FEYZİOĞLU, Metin: “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 43, S: 1-4, 1993, s. 162-163; ÖZEN, Mustafa: “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, s. 33.



intihara teşebbüsün suç sayılması, kararından vazgeçmek isteyen kişi için adeta yaşamına son vermesi yönünde bir teşvik olacaktır<sup>13</sup>. Son olarak, intihara teşebbüsün ceza yaptırımıyla karşılanmasının caydırıcı ya da ıslah edici olacağı da söylenemez. Yaşamından vazgeçen bir kişinin ceza tehdidiyle fiilinden caydırılması söz konusu olmayacağı gibi<sup>14</sup>, özellikle psikolojik sorunları nedeniyle intihara kalkışan bir kişinin cezaevinde ıslahı da mümkün değildir<sup>15</sup>.

Bugün, intihar ya da intihara teşebbüs suç sayılmamasına rağmen, cezalandırmanın etkisizliği intihara iştirak eden üçüncü kişiler yönünden söz konusu olmadığından<sup>16</sup>, intihara teşvik, yardım etme vb. hareketlerin suç teşkil ettikleri görülmektedir. İntihar fiili suç olmadığından, kişiyi intihar ettirmeye yönelik, azmettirme, teşvik ya da yardım gibi hareketleri gerçekleştiren diğer kişilerin suça iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaları mümkün değildir<sup>17</sup>. İntihar fiilini gerçekleştiren cezalandırılmazken, bu fiile bir şekilde “iştirak” edenlerin cezalandırılması muhakkak ki anormal bir durumdur<sup>18</sup>. Bu nedenle, intihara azmettirme, teşvik etme, yardım etme gibi hareketlerle gerçekleştirilen fiilin bağımsız bir suç olarak tanımlanması gerekmekte<sup>19</sup> ve modern ceza kanunlarında, ya bu yöntemin benimsendiği<sup>20</sup> ya da bu hareketlerin de intiharla birlikte cezalandırmanın konusunu teşkil etmediği görülmektedir<sup>21</sup>. 765 sayılı

---

<sup>13</sup> DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta, İstanbul 2001, s. 100; ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994, s.76.

<sup>14</sup> BECCARIA, s. 351, 352.

<sup>15</sup> Ayrıca, intiharın cezalandırılmasının ceza hukukunun tamamen ahlak kurallarının etkisi altına girdiği anlamını taşıdığı belirtilmiştir. ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 78.

<sup>16</sup> TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 35, 36.

<sup>17</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C: 1, Beta, İstanbul 2007, s. 77; EREM, Faruk: “Ceza Hukukunda İntihar”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 4, Ekim 1990, s. 492; TOROSLU, Özel Kısım, s. 36.

<sup>18</sup> ANTOLISEI, s. 68; LATTANZI/LUPO, s. 200.

<sup>19</sup> ARTUK, Mehmet Emin: “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C: 8, S: 1-3, 1994, s. 11-12; EREM, s. 492.

<sup>20</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 209; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 77.

<sup>21</sup> ARTUK, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu”, s. 129. İntihara yönlendirmenin suç kabul edildiği farklı ülkelerdeki normatif düzenlemeler hakkında ayrıca bkz. ARTUK, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu”, s. 131-136; ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 13-16.

Alman Ceza Kanunu (AlmCK)’nda intihara azmettirme, teşvik etme, yardım etme vb. hareketlerin vücut verdiği bağımsız bir suç tipine yer verilmemişken, İtalyan Ceza Kanunu (İCK)’nin 580. maddesinde, “İntihara teşvik veya yardım” başlığı altında, başkalarını

TCK'dan birçok noktada ayrılmakla beraber 5237 sayılı TCK'nın 84. maddesinde intihara azmettirme, teşvik etme ve yardım etme hareketleriyle ayrı bir suç tipi içerisinde cezalandırılmaları kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir<sup>22</sup>.

Bu doğrultuda, intihara yönlendirme suçları, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının 'Kişilere Karşı Suçlar' başlıklı ikinci kısmında yer alan 'Hayata Karşı Suçlar' bölümünde öldürme suçlarından bağımsız ve farklı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. İntihara yönlendirme suçlarının düzenlendiği 84. maddeye göre;

*“(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Mülga ikinci cümle: 29/6/2005 – 5377/10 md.) (4) İşlediği filin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”*

## II. İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇLARINDA HUKUKİ KONU, FAİL VE MAĞDUR

### A. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu, suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaattir<sup>23</sup>.

---

intihara azmettiren veya başkalarının intihar kararını kuvvetlendiren ya da çeşitli yöntemlerle intiharlarını kolaylaştıran kişilerin cezalandırıldıkları görülmektedir.

<sup>22</sup> TCK'nın maddeye ilişkin gerekçesinde, “Canlı türü olarak insan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdüye sahiptir. Ancak, algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle veya yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukukî geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle, belirtilen durumlarda hukuken muteber bir iradeden söz etmek mümkün değildir. Ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizzatıhi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir. İntihar eden kişilerinin tümünün algılama yeteneğinin olmadığı veya hasta oldukları şeklindeki bir belirlemeye katılmak mümkün değildir. Aynı yönde bkz. ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 7-8. Bunun yanı sıra, intiharın ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olması şeklindeki yargıya, intiharı değil intihara yönlendirmeyi suç sayan bir ceza politikasının sonucu olan ceza normunun gerekçesinde yer verilmesi de anlaşılmalıdır.

<sup>23</sup> TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 87 vd.

İntihara yönlendirme suçunun hukuki konusunun hayat varlığı, yaşamın muhafazasındaki devlete ait menfaat olduğu ifade edilmiştir<sup>24</sup>. Bu tanıma atf yapan bir görüşe göre, suçu tanımlayan normla insan hayatı şeklindeki varlığın muhafazasındaki menfaat, bu suçun hukuki konusudur<sup>25</sup>.

Doktrinde, 765 sayılı TCK'daki 'intihara ikna ve yardım' suçunda olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen intihara yönlendirme suçlarını öngören normla da birden fazla hukuki varlık ya da menfaatin korunduğu belirtilmiştir. Gerçekten bir görüşe göre, yaşam üzerinde tasarruf mümkün olmadığından ilgili menfaat yalnızca intihar edene ait değildir. Kamusal bir menfaat de korunduğundan, birden fazla konulu bir hüküm söz konusudur<sup>26</sup>. İntihara yönlendirme suçlarında yaşam hakkının yanı sıra özgürlük hakkının ve böylece iki farklı hukuki değer korunduğu da ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Bir diğer görüşe göre, intihara yönlendirme suçlarından, intihara ikna veya yardım ile intihara sevk veya mecbur etme suçlarının hukuki konuları yaşam hakkı olmakla beraber; intihara alenen teşvik suçu, esas itibarıyla, kamu düzenini korumaya yönelik olarak kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini alenen tahrik etmeyi suç sayan bir düşüncenin ürünüdür. Bu anlamda bu suçun hukuki konusu, başkalarının kişileri intihara sürüklemesinin engellenmesine ilişkin bireysel yararın yanında kamusal yarardır<sup>28</sup>.

Bir suçun birden çok hukuki varlığa zarar vermesi ya da bunları tehlikeye koyması mümkün olmakla beraber, hukuki konu üstünlük kriterine göre ve kanun koyucu tarafından belirlenir<sup>29</sup>. Bu belirlemeden sonra, suçun hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerin belirlenen tek hukuki konuya göre yapılması gerekir. Suçların tasnifinde de hukuki konu esas alınmalıdır<sup>30</sup>. Bu çerçevede, intihara yönlendirme suçlarının, TCK'nın özel hükümlerinin 'Kişilere Karşı Suçlar' başlıklı ikinci kısmında yer alan 'Hayata Karşı Suçlar' bölümünde düzenlenmiş olması önem arz etmektedir. Kanun koyucu, böylelikle, birden çok hukuki varlık ya da menfaati ihlal etse dahi, intihara yönlendirme suçları bakımından bu varlık ya da menfaatlerden birine üstünlük tanımış olmaktadır. Suçların düzenlendiği başlık ve bölüm uyarınca, bu suçların hukuki konusunun, öldürme suçuyla aynı şekilde hayat varlığı veya başka bir ifadeye göre yaşama hakkı olduğu söylenmelidir<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> MANZINI, s. 109.

<sup>25</sup> EREM, s. 493.

<sup>26</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 79; EREM, s. 493.

<sup>27</sup> ÖZEN, s. 36.

<sup>28</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2011, s. 67.

<sup>29</sup> TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 288, 289.

<sup>30</sup> Bu konuda bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/GÜNGÖR, Devrim: "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 69, 2007, s. 21 vd.

<sup>31</sup> ARTUK, "Mukayeseli Hukuk", s. 17; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 210; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 79; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 64; KOCA, Mahmut:

## B. FAİL VE MAĞDUR

Hükümde suçların faili olmak bakımından bir özellik aranmadığından, intihara yönlendirme suçlarının faili herkes olabilir.

İntihara yönlendirme suçlarından, TCK'nın 84/1-2 fıkralarında düzenlenen intihara ikna veya yardım etme suçunun mağduru ise; intihara yönelme fiilinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunan, kendisine karşı cebir ya da tehdit kullanılmaksızın<sup>32</sup>, intihara azmettirilerek, teşvik edilerek, intihar kararı kuvvetlendirilerek veya intiharına yardım edilerek intihar eden ya da intihara teşebbüs eden kişidir<sup>33</sup>. Maddenin 3. fıkrasındaki intihara alenen teşvik suçunun da mağduru benzer bir şekilde, intihara yönelme fiilinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunan, cebir veya tehdit altında bulunmayan gayri muayyen sayıdaki kişiler<sup>34</sup> olmakla beraber daha sonra açıklanacağı üzere, intihara teşvik edilen kişilerin intihar etmeleri ya da en azından intihara teşebbüs etmeleri aranmamaktadır. TCK'nın 84/4. maddesinde hükme bağlanan, intihara sevk veya mecbur etme suçunun mağduru ise, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan ya da kendisine karşı kullanılan cebir veya tehdit nedeniyle intihar eden ya da intihara teşebbüs eden kişidir. Bir başka deyişle madde 84/4'teki suçun mağduru isnat yeteneği olmayan ya da isnat yeteneğinden mahrum kılınan veya kendisine cebir ya da tehdit yöneltilen bir kişi olabilir<sup>35</sup>.

Bunun haricinde, 84. maddede, intihara yönlendirme suçlarının mağduru bakımından cinsiyet, ırk, dil, din ve özellikle sağlık durumu bakımından herhangi bir ek nitelik ya da durum aranmamıştır<sup>36</sup>.

---

“İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 12, Nisan 2010, s. 25; **ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 177; **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 172.

İCK'da da intihara teşvik veya yardım suçu ‘Kişilere Karşı Suçlar’ başlığı altında ve ‘Yaşama ve Kişi Bütünlüğüne Karşı Suçlar’ arasında düzenlenmiştir.

<sup>32</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 80; **KOCA**, s. 27.

<sup>33</sup> **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 64.

<sup>34</sup> **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 67.

<sup>35</sup> **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**KETİZMEN**, Muammer: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 1, Kış 2008, s. 151.

<sup>36</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 80.

### III. İNTİHARA İKNA VEYA YARDIM ETME SUÇU

#### A. SUÇUN UNSURLARI

##### 1. Maddi Unsur

###### a. Fiil

İntihara ikna veya yardım etme suçunun maddi unsuru, başkasını intihara azmettirmek, teşvik etmek, başkasının intihar kararını kuvvetlendirmek veya başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etmekten ibarettir<sup>37</sup>. Suç, TCK'nın 84/1. maddesindeki bu hareketlerden herhangi birinin yapılması suretiyle işlenebilir. Bu anlamda intihara ikna veya yardım etme suçu seçimlik hareketli bir suçtur<sup>38</sup> ve maddede sayılı hareketlerden bir tanesinin yapılması maddi unsurun gerçekleşmesi için gerekli ve yeterlidir. Failin bu hipotezlerden bir kaçını veya hepsini yapması fiilin ve dolayısıyla suçun tekliğini etkilemez<sup>39</sup>.

765 sayılı TCK'da ise, kanunun 454. maddesinde, “*Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.*” hükmüne yer verilmeyle, suç teşkil eden hareketler, birini intihara ikna ve yardım etmek olarak belirlenmişti. Bu anlamda, 5237 sayılı Kanun'da, ikna veya yardım etmenin dışında başkasını azmettirmek ve başkasının intihar kararını kuvvetlendirmek hipotezlerinin de maddi unsura vücut vermesi nedeniyle, suç teşkil eden hareketlerin kapsamının genişletildiği görülmektedir. Ayrıca, 765 sayılı TCK, “*ikna ve yardım*” demek suretiyle 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak seçimlik hareket öngörmemekte, suçun oluşumunu ikna ve yardımın bir arada bulunmasına bağlamaktaydı<sup>40</sup>. Buna göre, yürürlükteki kanuna nazaran tipik fiilin gerçekleştirilmesi çok daha güçlü.

<sup>37</sup> İCK'nın ise, 580. maddesinde, başkalarını intihara azmettirme veya başkalarının intihar kararını kuvvetlendirme ya da çeşitli yöntemlerle intiharlarını kolaylaştırma hareketleri suçun maddi unsuru olarak tanımlanmıştır.

<sup>38</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 212; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 80; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA, s. 28; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 178; ÖZEN, s. 37; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172; TOROSLU, Özel Kısım, s. 36.

<sup>39</sup> LATTANZI/LUPO, s. 202, 203; MANZINI, s. 113.

<sup>40</sup> ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 13, 25; DÖNMEZER, s. 100; EREM, s. 493. Lafzî yorum gereği, hareketlerden yalnızca birinin yapılmasının suçun oluşumu için yeterli olduğu şeklindeki aksi görüş için bkz. ERMAN/ÖZEK, s. 77; ÖNDER, s. 79, 80. Anılan hüküm yürürlükte olduğu dönemde doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmaktaydı. Eleştiriler, özellikle 765 sayılı TCK'nın ilgili hükmünün mehzaz kanun olan 1889 tarihli Zanardelli İtalyan Ceza Kanunu'ndan alındığı, ancak mehzaz kanunun intihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 370. maddesinde, “*ikna veya yardım*” dendiği, çeviri hatası yapılmak suretiyle

İntihar fiili suç teşkil etmediğinden, azmettirme, teşvik, intihar kararını kuvvetlendirme ya da intihara yardım hareketlerini gerçekleştiren diğer kişilerin suça iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmalarının mümkün olmayışı, kavramlar açıklanırken iştirak kurumuna ilişkin bilgilerden yararlanılmasına engel teşkil etmemektedir. Ceza hukukunda azmettirme; manevi nitelikte bir iştirak türü olup suç işlemeyi düşünmeyen faile suç işleme kararını verdirmek ve bu şekilde suçun ilk ve etkili psişik nedenini oluşturmaktır<sup>41</sup>. Buradan yola çıkılarak, intihara azmettirmenin, intihar etmeyi düşünmeyen, bu fikir aklında hiç olmayan bir kişiye intihar etme kararını verdirmek<sup>42</sup> ve böylece intiharın ilk ve etkili psişik nedenini oluşturmak olarak tanımlanması mümkündür<sup>43</sup>. Daha önceden, intihar etmeyi düşünen bir kişi, intihara azmettirilmiş olmaz<sup>44</sup>, bu durumda intihara teşvik ya da duruma göre intihar kararını kuvvetlendirmeden bahsedilebilir<sup>45</sup>. Ancak, kişinin, failin hareketinden önce var olan çeşitli nedenlerin katılımıyla, kolayca intihara azmettirilmiş olması önem taşımaz<sup>46</sup>. Mağdurun özgürlüğünü ya da iradesini ortadan kaldırmaya yönelik cebir veya hile niteliğinde olmadıkça her tür araçla azmettirme gerçekleştirilebilir<sup>47</sup>. Ancak icraî bir hareketle gerçekleştirilebilen<sup>48</sup> azmettirme için mağdurun intihar kararını almasına neden olabilecek mektup, video gibi her tür vasıta kullanılabilir<sup>49</sup>.

Ceza hukukunda teşvik etmek, manevi bir iştirak türü olup suç işlemeyi düşünen ancak bu konuda henüz karar vermemiş olan bir kimsenin karar vermeye ve suçu işlemeye yöneltilmesidir<sup>50</sup>. İntihara teşvik etmek ise, intihar

---

TCK'nın 454. maddesinde 'veya' yerine 've' bağlacı kullanıldığı, böylece de hükmün uygulanma alanının son derece sınırlandırıldığı noktalarında toplanmaktaydı. **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 25; **DÖNMEZER**, s. 100, 101. Ayrıca, ikna kavramının doğru olmadığı, mehzaz kanunun ilgili hükmünün çevirisinin azmettirme olması gerektiği de belirtilmiştir. **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 27; **EREM**, s. 494. Ne var ki, TCK'da ikna kavramının kullanılmasının nedeninin, azmettirmenin ancak suç teşkil eden bir fiile iştirak halinde mümkün olmasından kaynaklandığı, bununla birlikte iknanın azmettirme anlamına geldiği de belirtilmiştir. **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 28. İkna kavramının azmettirme olarak anlaşılamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. **ÖNDER**, s. 80.

<sup>41</sup> **TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2012, s. 326.

<sup>42</sup> **ANTOLISEI**, s. 68; **LATTANZI/LUPO**, s. 202; **MANTOVANI**, s. 127; **MANZINI**, s. 115.

<sup>43</sup> **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 214; **EREM**, s. 495; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 65; **KOCA**, s. 29; **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 36, 37.

<sup>44</sup> **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 81.

<sup>45</sup> **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 82.

<sup>46</sup> **MANZINI**, s. 115.

<sup>47</sup> **MANZINI**, s. 115.

<sup>48</sup> **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 214; **ÖZEN**, s. 37.

<sup>49</sup> **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 29; **KOCA**, s. 29.

<sup>50</sup> **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 327.

etmeyi düşünen ancak henüz bu konudaki kararı kesinleşmeyen bir kişiyi intihar kararını vermeye yöneltmektir<sup>51</sup>. İntihara azmettirmede, böyle bir düşüncesi olmayan kişinin iradesi üzerinde etkili olmak suretiyle intihar etmesi sağlanmaya çalışılırken<sup>52</sup>, intihara teşvikte, teşvik edilen kişinin hâlihazırda bir intihar düşüncesi mevcuttur ve fail, kişiyi intihara karar vermeye yönlendirecek davranışlar sergilemektedir.

İştirak hükümleri çerçevesinde, suç işleme kararını kuvvetlendirmek yine manevi bir iştirak türüdür. Burada, bir suç işlemeye karar vermiş olan faili karar aşamasından icra aşamasına geçmeye itmek söz konusudur<sup>53</sup>. Başkasının intihar kararını kuvvetlendirmek de bu doğrultuda, intihar etmeye karar vermiş olan bir kişinin karar aşamasından icra aşamasına geçmeye itilmesi, bu konuda etkili olunmasıdır<sup>54</sup>. İntihar kararını vermiş olan kişinin cesaretlendirilmesi, bu kararını uygulama eğiliminin güçlendirilmesi, intihar kararını kuvvetlendirme şeklindeki hareket hipotezine vücut verecektir<sup>55</sup>.

TCK madde 84/1'de öngörülen hareket tiplerinden sonuncusu ise başkasının intiharına yardım etmedir ve intihar etmek isteyen bir kişinin intiharını fiilen ve etkili bir şekilde kolaylaştırmak anlamına gelir<sup>56</sup>. Bunun için kişinin daha önceden intihar etmeye karar vermiş olması gerekir<sup>57</sup>. Fail başkasının intiharına maddi şekilde olduğu gibi manevi şekilde de yardım edebilir. Gerçekten, örneğin; intihar etme kararını veren kişiye zehir, ip, silah gibi vasıta temin ederek<sup>58</sup> maddi şekilde yardım edilebileceği gibi, nasıl intihar edileceği konusunda kişiye yol göstermek<sup>59</sup> suretiyle manevi yardımda da bulunulabilir<sup>60</sup>. Yardım, intihardan önce olabileceği gibi intihar sırasında da yapılabilir<sup>61</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, failin

<sup>51</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 214; HAFİOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; MANZINI, s. 115; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>52</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 82.

<sup>53</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 214; TOROSLU, Genel Kısım, s. 327.

<sup>54</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>55</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83.

<sup>56</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>57</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; ÖNDER, s. 81; ÖZEN, s. 38.

<sup>58</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; KOCA, s. 33; MANTOVANI, s. 128; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>59</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; DÖNMEZER, s. 101; MANTOVANI, s. 128; ÖNDER, s. 81.

<sup>60</sup> Doktrinde, failin intihar edene, intihar sonrasında ailesiyle ilgileneceğini söylemesi de manevi anlamda intihara yardım olarak değerlendirilmektedir. KOCA, s. 33; ÖZEN, s. 39. Ancak bu örnek, intihar edenin bizzat intihar fiilini kolaylaştırmaktan ziyade, intihar kararı verilmişse icraya geçirci etkiye sahiptir ve bu nedenle intihar kararını kuvvetlendirme hipotezine daha uygundur.

<sup>61</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; KOCA, s. 33; ÖNDER, s. 81; ÖZEN, s. 39.

hareketinin intihara yardım etme sınırları içerisinde kalması gerektirir. Aksi takdirde hareket, bir başka suç olan kasten öldürmeye vücut verebilir. İki suç arasındaki ayırt edici ölçüt, failin hareketinin başkasının intiharına yardım sayılabilmesi için, intihar ya da intihara teşebbüsün; yani ölüm neticesini doğuran veya doğurmaya elverişli olmakla beraber devamında ölüm neticesini meydana gelmeyen hareketin bizzat ve sadece intihar ya da intihara teşebbüs eden tarafından yapılmasıdır<sup>62</sup>. Yardım eden, ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli hareketi de yapmışsa kasten öldürmeden sorumlu olacaktır<sup>63</sup>. Örneğin; zehirli maddeyi intihar etmek isteyen kişiye enjekte eden failin hareketi başkasının intiharına yardım olarak nitelenemez. Yine, intihar etmek isteyerek boynuna bir ip geçiren ancak cesaret edemediği için üzerinde durduğu sandalyeyi tekmeleyemeyen bir kişinin sandalyesinin düşürerek tavandan asılı kalmasına ve ölmesine yol açan hareketi yapan fail artık intihara yardımdan değil kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> EREM, s. 495, 496; KOCA, s. 33; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 172, 173.

*“Önce kendisi banyoda iken silah sesi duyduğunu ifade eden sanığın, müteakip beyanında maktulün isteği üzerine tetiğe bastığını, daha sonra da birlikte tetiğe bastıklarını, savunması, kurşunun yakın ateş mesafesinden kafanın tam arkasından girip alın soldan çıkması, kurşun giriş yerinin tabancanın denemesi için veya şaka yollu tetiğe basma şeklindeki mutad taksirli davranışa uyum göstermemesi, maktulün intihar etmek istemesi üzerine birlikte tetiğe basmaları halinde dahi bu hususun sanığın müstakil öldürme kasıt ve eylemini değiştirmeyeceği cihetle sanığın eşini öldürmek suçundan tecziyesi gerekirken, ...”* **1. CD. 20.12.2006, 4833/5870** (Akt: MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, C: 2, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013, s. 1342.

<sup>63</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 215; ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 26; EREM, s. 495, 496.

<sup>64</sup> ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 25.

Aktif ötanazi olarak adlandırılan ve iyileşmesi mümkün olmayan ve acı çeken kişinin yaşamının hekim tarafından dışarıdan yapılan aktif bir hareketle sona erdirilmesi hali, bu anlamda, TCK bakımından 81. maddedeki kasten öldürme suçuna vücut vermektedir. ÖZEN, Muharrem/EKİCİ ŞAHİN, Meral: “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, S: 4, 2010, s. 18. Oysaki TCK tasarısının 140. maddesinde, ‘Acıyı dindirme saiki’ başlığı altında; *“İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”* hükmüne yer verilmişti.

Bu konuda İCK’nın “Rıza Gösterenin Öldürülmesi” başlıklı 579. maddesinde düzenlenen suça değinmek yerinde olacaktır. Maddeye göre; *“Her kim, rızasıyla birlikte bir kişinin ölümüne neden olursa, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Bu hükümlerle, adam öldürme ve intihara teşvik veya yardım suçu arasında bir ceza sorumluluğu alanı yaratılmak istenmiştir. Böylece, mağduru onun rızası üzerine öldüren fail adam öldürme suçunun failinden ayrılmakta ve öldürme suçuna göre daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bir başka deyişle, İCK’ya göre ötanazi cezalandırılmakla beraber, geçerli bir rızanın varlığı halinde fail daha hafif cezalandırılmaktadır.



İntihar edecek kişiye araç sağlamak veya yol göstermek suretiyle yardım edilmesinde, sağlanan aracın veya önerilen yöntemin yerine bir başkasının kullanılması halinde dahi failin yardım etme hareketi nedeniyle suçtan sorumlu tutulacağı öne sürülmüştür<sup>65</sup>. Ancak örneğin; mağdurun, failin kendisine temin ettiği zehir yerine bileklerini kesmek suretiyle intihar etmesi halinde, yardım etme hipotezi bakımından nedensellik bağı kopmuş olacağından, fail mağdurun olsa olsa intihar kararını kuvvetlendirmiş olacaktır<sup>66</sup>. Bu durumda suç yine işlenmiş olacak olmakla beraber failin hareketinin yardım etme hipotezinden çıktığı belirtilmelidir.

İntihara azmettirme, teşvik etme ve intihar kararını kuvvetlendirme hareketlerinin ancak icrai nitelikte olmalarına karşılık esas itibarıyla yine icrai bir hareketle gerçekleştirilebilecek olan yardım etme hipotezinin ihmali olarak da gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre, intihara asıl olarak icrai hareketle yardım edilebilecek olmakla beraber ihmali hareketle yardım edilmesi de mümkündür. Buna göre, TCK'da, bazı suçların ihmali hareketle işlenmesi halinin açıkça düzenlenmiş olması, açıkça böyle bir düzenlemeye yer vermeyen suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği anlamına gelmediğinden tüm suçlar için geçerli olduğu üzere intihara yardım etmenin de ihmali hareketle işlenmesi mümkündür<sup>67</sup>. Bir diğer görüşe göre, failin eğer, intiharı önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğü varsa, kişinin intiharına engel olmaması halinde, intihara yardım etmiş sayılacaktır<sup>68</sup>. Hukuki yükümlülük, kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden ya da failin daha önce bilerek gerçekleştirdiği tehlikeli hareketten kaynaklanabilir. Bu doğrultuda, ailevi ilişkilere dayalı olarak, hayatta kalması için beslenmesi gereken bir kişinin

---

Yine AlmCK'nın 216. maddesinde, "Öldürdüğü insanın açık ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü yer almaktadır.

Ötanazi konusunda detaylı bilgi için bkz **ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN**, s. 15-33.

<sup>65</sup> **ÖZEN**, s. 39.

<sup>66</sup> Aynı yönde bkz. **EREM**, s. 496; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 173.

<sup>67</sup> **ÖZEN**, s. 40.

<sup>68</sup> Bu yönde bkz. **ANTOLISEI**, s. 69; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 215; **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 83; **EREM**, s. 496; **HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 300; **KOCA**, s. 33; **LATTANZI/LUPO**, s. 223; **MANTOVANI**, s. 128.

Ayrıca TCK'nın madde gerekçesinde de; "Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir." denmektedir.

yakın akrabasının, tedaviye ilişkin hasta bakıcının, eğitim ilişkisine dair öğretmenin ya da mağdurun gözlem altında veya göz altında olmasından dolayı sağlık mesleği mensuplarının veya kolluk görevlilerinin sahip olabilecekleri yükümlülükler bunlara örnek gösterilebilir<sup>69</sup>. İntihar ‘Hayata Karşı Suçlar’dan biri olduğuna göre, Türk hukuku bakımından, hukuki yükümlülük belirlenirken TCK’nın ‘Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi’ başlıklı 83. maddesi esas alınmalıdır<sup>70</sup>. Ancak, failin bir kişinin intiharını engelleme konusunda herhangi bir yükümlülüğü söz konusu değilse 84. madde anlamında bir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır<sup>71</sup>. Bu halde, madde 98’de düzenlenen, ‘Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi’ suçunun söz konusu olup olmadığının araştırılması gerekir<sup>72</sup>. İntihara ihmali hareketle yardım etmenin mümkün olmadığını söyleyen aksi yöndeki görüşe göre ise, suçun ihmali hareketle işlenebilmesinin kabulü için kanunilik ilkesinin gereği olarak, kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmalıdır. Bu nedenle ihmali hareketin cezalandırılmasına ilişkin hüküm 83. maddede özel hükümler içerisinde ve

<sup>69</sup> ANTOLISEI, s. 69; LATTANZI/LUPO, s. 204.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 82. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatı tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.” Bu hükme de dayanarak, hukuki bir yükümlülüğün olduğu açıktır.

Hukuki yükümlülüğün mevcudiyeti karşısında sorumluluğun belirlenmesine ilişkin ilk görüş; cezaevlerinde açlık grevi yapan hükümlü ve tutuklular bakımından, grevcinin ölümü ya da vücudunda kalıcı bir zarar bırakma neticesini doğuracak eylemine müdahale edilmesinin başkası lehine meşru müdafaa nedeniyle hukuka aykırı olmadığını, grevcinin rızasının bulunmadığı durumda, vücut bütünlüğü tehlikeye girdiği noktada hekimin dışarıdan besleme ve tedavi yapma yükümlülüğünün doğduğunu, bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde, intihara ikna ve yardım suçu zikredilmeksizin failin, kamu görevlisi ise görevi ihmal ve yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü ilgili suçtan sorumlu tutulacağını belirtmektedir. FEYZİOĞLU, s. 163-167.

Bir diğer görüşe göre, bu yükümlülüğün kasten ihmal edilmesi halinde, kamu görevlisinin hareketi 84. madde kapsamında intihara ihmali hareketle yardım kapsamında değerlendirilebilecektir. KOCA, s. 34. Hükümlüyü nakleden bir muhafızın, intiharı engelleme yükümlülüğü çerçevesinde hükümlünün köprüden atlamasını engellememesi halinde intihar failine katıldığını, ihmali olarak da intihara yardım edilebileceğini ve bu konunun açlık grevleri açısından önemli olduğunu belirten görüş için bkz. EREM, s. 496.

<sup>70</sup> KOCA, s. 34. İCK’da ise, genel hükümler içerisinde, 40. maddede, “Bir neticeyi engellemek, engellemeye dair hukuki bir yükümlülük söz konusu ise, ona neden olmaya eşdeğerdir.” hükmü yer almaktadır.

<sup>71</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; KOCA, s. 34.

<sup>72</sup> KOCA, s. 34.

belli bir suç tipine özgü olarak değil, genel hükümler içerisinde düzenlenmeliydi<sup>73</sup>. Bu görüşe göre, ayrıca, intihara yardım etmenin ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin kabul edilmesi halinde, kasten öldürme suçunda olduğu gibi, faile verilen cezada indirim yapılması konusunda hâkime takdir hakkı verilmemesi de adil olmayacaktır<sup>74</sup>.

83. maddede öngörüldüğü gibi, kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirilen davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmasından dolayı icrai bir harekette bulunma yükümlülüğü bulunan kişi, bu hareketi gerçekleştirilmeden yükümlülüğünü ihlal ettiğinde nedensellik bağının ve manevi unsurun mevcut olması şartıyla meydana gelen ölüm bakımından, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır. Suçların ihmali hareketle işlenebilmesi için buna ilişkin bir düzenlemeye genel hükümlerde yer verilmesi gerekip gerekmediğinden bağımsız olarak, bir kişinin intiharına, hukuki yükümlülüğün ihlali suretiyle engel olunmaması intihara yardım etme suçunun ihmali hareketle işlenmesine değil, kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenmesine vücut verecektir<sup>75</sup>. Gerçekten, örneğin; plajda görevli bir cankurtaranın dalgaların sürüklediği bir kişiyi kurtarmak için harekete geçmemesi ile yüzme bilmediği halde bilerek intihar etmek amacıyla denize atlayan bir kişinin boğulmasına seyirci kalması arasında veya bir annenin yanlışlıkla içtiği deterjan nedeniyle fenalaşan çocuğunu hastaneye yetiştirmemesi ile bunu intihar etmek amacıyla yapan çocuğunun durumunu fark ederek hareketsiz kalması arasında bir fark yoktur<sup>76</sup>. Her iki örnekte de, faillerin, belli kişi veya kişilerin yaşamını korumak ya da kurtarmak şeklindeki hukuki yükümlülükleri söz konusudur. Ölenin bilerek ya da bilmeyerek yaptığı davranıştan sonra, yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle ölüm neticesi meydana gelmektedir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile intihar girişiminde bulunanın örneğin; üçüncü kişilerin müdahalesiyle kurtarılması halinde de, fail 83. maddeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.

<sup>73</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 181; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 175.

<sup>74</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 181.

<sup>75</sup> ERMAN/ÖZEK; s. 78; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 174. Ancak yazarlar, 84. madde bakımından suçun ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilirse, ihmali hareketle yardım etme hipotezinin gerçekleşebileceğini de söylemektedirler. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 175.

<sup>76</sup> İntihara ihmali hareketle de yardım edilebileceğini söyleyen yazarlardan bir kısmı, intihar eden kişinin intihar kararını serbestçe verebilecek iradeye sahip olmaması (örneğin, yaşça küçük, akıl hastası ya da sarhoş olması) ve intiharın, yükümlülüğü olan tarafından engellenmemesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun oluşacağını söylemektedirler. HAKERİ, s. 301; KOCA, s. 34, 35. Ancak mağdurun intiharla ilgili anlama ve isteme yeteneğinin olması ile failin mağdura bakma, gözetme, hayatta kalmasını ya da hayatını kurtarma yükümlülüğünün olmasının farklı oldukları düşünülmektedir.

Bu bağlamda herhangi bir hukuki yükümlülüğü bulunmayan bir kişinin intihar eden birini fark etmesi ve intiharı engellemek için harekete geçmemesi halinde ise, ne 83. ne de 84/1. madde kapsamında herhangi bir sorumluluk söz konusu olur. Tanımadığı birinin yüksek bir yerden atlamak üzere olduğunu gören kişinin kayıtsız kalması durumunda, sırf intiharı engellemekten ötürü intihar edene yardımda bulunulduğu ileri sürülemez<sup>77</sup>. Yine tedavi olmadığı halde öleceğini bilen ancak tedaviyi reddeden bir hastaya tıbbi müdahalede bulunmayan bir doktorun hastanın intiharına yardım ettiği ileri sürülemez. Zira doktorun, kendisini tedavi etmek adına da olsa, hastanın rızası olmadan, ona tıbbi müdahalelerde bulunma yükümlülüğünden söz edilemeyeceği gibi tam tersi rızanın yokluğunda böyle bir müdahalenin yapılması da yasak olmaktadır. Pasif ötanazi olarak adlandırılan bu halde, doktorun öldürme ya da intihara yardım etme suçlarından bir sorumluluğu olmayacağı kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Ancak, intihar girişiminde bulunan kişi, henüz ölmemiş olup bundan sonra kendisini içinde bulunduğu durumdan kurtaracak herhangi bir davranışı da yapamayacak durumda ise, örneğin bilincini yitirmişse veya yaralandığı için kıpırdamıyor ya da hastaneye gidemiyorsa ve hukuki bir yükümlülüğünün bulunmaması nedeniyle intihara engel olmayan kişi, intihar girişiminde bulunanın bu durumunun farkındaysa artık yardım ve bildirim yükümlülüğüne sahip olacaktır. Bu koşullar altında, ancak, *“yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmez ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmez”* hükmünü içeren TCK’nın 98/1. maddesi uyarınca ve yardım etmeme veya bildirimde bulunmama nedeniyle ölüm gerçekleştiği takdirde ise aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, ‘Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi’ suçundan sorumlu tutulabilecektir<sup>79</sup>. Böyle bir durumda, yine, kişinin intihara yardım etme suçunu ihmali hareketle işlediğinden bahsedilemez; çünkü hukuki yükümlülük yalnızca bu andan itibaren zor durumdaki kişiye yardımcı olunmasını veya yetkili mercie bildirimde bulunulmasını gerektirmektedir ve intihar girişiminde bulunanın bu zor duruma düşmesinde, failin herhangi bir nedensel katkısı söz konusu değildir. Açıklanan gerekçelerle ihmali hareketle, bir kişinin intiharına yardım edilebileceği düşünülmemektedir.

---

<sup>77</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; KOCA, s. 33; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 181; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 174.

<sup>78</sup> ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 31.

<sup>79</sup> Benzer şekilde bkz. KOCA, s. 34; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 174.

84. maddenin 1. fıkrasında öngörülen seçimlik hareketlerin mahiyeti ortaya konduktan sonra, öğretide ve yargı kararlarında sıkça tartışılan bazı özel durumlarda, intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ve yardım hareketlerinin mevcut olup olmadığının tartışılması gereklidir. Bunlardan ilki, belirli bir davranışın yapılması ya da yapılmaması halinde intihar edeceğini söyleyen kişinin isteğini yerine getirmemenin intihara teşvik etme veya intihar kararını kuvvetlendirme olarak nitelenip nitelenemeyeceğidir. Kendisine belli bir miktar borç para vermezse intihar edeceğini söyleyen kişiye para vermeyen kişinin, borç isteyen ve kendisiyle evlenmezse intihar edeceğini söyleyen tarafın bu isteğini yerine getirmeyenin, kişinin intihar etmesi halinde sorumlu olup olmayacağı tartışması bu duruma örnek gösterilebilir<sup>80</sup>. Bu ve benzeri durumlarda, intihar edenin isteğini yerine getirmeyen kişinin sorumlu tutulması gerektiği söylenemeyecektir. Zira öncelikle isteğin yerine getirilmemesi intihara teşvik etme ya da intihar kararını kuvvetlendirme hareketi olarak nitelenemez. Kaldı ki suçun oluşması için gerekli olan manevi unsurun; yani kastın da bulunduğu söylenemeyecektir. Doktrinde bu gibi durumlarda intihar edenin isteğini yerine getirmeyen kişinin isteğin yerine getirilmesi konusunda hukuki bir yükümlülüğü yoksa sorumlu olmayacağı belirtilmiştir<sup>81</sup>. Ancak icrai bir harekette bulunma isteğinin yerine getirilmemesi hipotezinde her şeyden önce icra değil ihmal söz konusudur ve yukarıda da belirtildiği üzere intihara teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara yardım etme hareketlerinin ihmalle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Aksi savunulmakla beraber<sup>82</sup>, konu yapılmaması istenen bir hareketin gerçekleştirilmesi hipotezi yönünden ele alındığında da, örneğin kendisini evden kovarsa intihar edeceğini belirten veya hatta kovulduğunda intihar edeceği öngörülen 16 yaşındaki çocuğun babası tarafından evden kovulması ve çocuğun intihar etmesi durumunda, çocuğuna bakma yükümlülüğü bulunan babanın çocuğu evden kovma hareketi ile intihara teşvik ettiği ya da intihar kararını kuvvetlendirdiği söylenemez. Nitekim çocuğun intihar edeceğini öngörmek intiharı istemek anlamına gelmeyecek ve aşağıda açıklanacağı üzere suçun taksirle ya da olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Aksi yöndeki bir kabul bireylerin hareketlerini serbestçe belirleme özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.

İkinci olarak, karşılıklı anlaşma ile birlikte intihar etmeye karar verme halinde, intihar etmek isteyenlerden birinin eylem neticesinde yaşamına son

---

<sup>80</sup> ERMAN/ÖZEK, s. 79.

<sup>81</sup> EREM, s. 496; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 175; ÖZEN, s. 42.

<sup>82</sup> ANTOLISEI, s. 69.

vermesine veya intihar girişiminde bulunup kurtulmasına rağmen, diğer kişinin yine intihar girişiminden sonra hayatta kalması veya hiç girişimde dahi bulunmaması durumunda sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı sorundur. Doktrinde bir görüşe göre bu durumda, ikili intihar için anlaşılardan biri ölür diğeri hayatta kalırsa, hayatta kalanın ceza sorumluluğu bulunmayacaktır<sup>83</sup>. Ancak, her durumda hayatta kalanın sorumlu olmayacağı söylenemez. Sorumluluğun söz konusu olup olmadığını belirlemede isabetli olan ölçüt, bir kişi ölürken diğer kişinin hayatta kalması veya hiç intihar girişimde bulunmaması halinde, hayatta kalanın birlikte intihar etme konusunda, öleni azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ya da yardım etme hareketlerinden birini yapıp yapmadığına bakmak olacaktır. Hayatta kalan bu hareketleri gerçekleştirdiyse sorumlu tutulacaktır. Ancak, aksine, ölen kişi hayatta kalan kişiyi ikna etti veya ona yardımda bulduysa, bir diğer ifadeyle hayatta kalan yönetenin adeta 'idaresi altında' ise, hayatta kalanın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>84</sup>. Bu ölçüte benzer bir şekilde, birlikte intihar fikrini hayatta kalan ortaya

<sup>83</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 176.

<sup>84</sup> ANTOLISEI, s. 69; LATTANZI/LUPO, s. 203.

*"Sanık E. ile maktul Z.'in bir süre önce internette tanıştıkları, Z.'in kendisini K. olarak tanıttığı ve yazışmalarda erkek gibi davrandığı, bunun sonucunda aralarında duygusal bir ilişkinin geliştiği, bir süre sonra yine internet üzerinden Z.'in açıklaması üzerine onun aslında erkek olmadığını öğrenen E.'in önce ilişkiye son vermek istediği, daha sonra ise ilişkiyi sürdürme kararı aldıkları, önce buluştukları, sonra da birlikte yaşamak için .ya gidip olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Z.'in ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı, daha sonra Z.'in bunu başaramaması üzerine artık yaşamının anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Z.'in gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaltı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yanyana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek istediği, daha sonra Z.'in baskın çıkması üzerine, öncelikle Z.'in tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip öldüğü, ardından E.'in de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, bir kaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, bunun üzerine annesine telefon ederek yardım istediği ve kolluk güçlerinin E. ile maktulün bulunduğu yere geldikleri olayda;*

*Her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması, ... Yasaya aykırı görülmeyle, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olup, bu nedenle hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına BOZULMASINA, 11.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi." 1. CD., 11.04.2013, E. 2010/6485, K. 2013/3121 (www.kazanci.com).*

attıysa, intihara azmettirmeden sorumlu olacağı, ölen ortaya attıysa hayatta kalanın ceza sorumluluğunun bulunmayacağı da ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Bu noktada, ölen, hayatta kalanı azmettirdiyse de hayatta kalanın ölene kendisiyle beraber intihar edeceğini söylemesi ve hatta intihar girişiminde bulunması, hayatta kalan bakımından hiç olmazsa intihar kararını kuvvetlendirme olarak nitelenebilir; ancak bu durumda hayatta kalanın ölene intihar edeceğini söylerken onun intihar kararını kuvvetlendirmeye yönelik kastının bulunması, örneğin onu birlikte bir an önce icra aşamasına geçmeye yönlendirmeyi istemesi gereklidir. Birlikte intihar etmeye karar verenlerin her ikisinin de intihar girişiminde bulunması ancak hayatta kalmaları halinde de yukarıda bahsedilen ölçütler uyarınca hareket etmek en doğru çözüm olacaktır<sup>86</sup>. Ancak, intihara ikna veya yardım konusunda, karşılıklı intihar kararı verenlerin örneğin biri intihara azmettirme hareketini gerçekleştirmiş, azmettirilen de birlikte intihar edecekleri yeri hazırlamış ve silahı temin etmişse, hayatta kalanın ya da her iki kişi de hayatta kaldıysa ikisinin de suçtan sorumlu tutulabilecekleri düşünülebilir. Birlikte intihar etme konusunda birbirlerini teşvik etme, intihar kararlarını karşılıklı olarak kuvvetlendirme halinde iki taraf da intihar girişiminde dahi bulunmadığında, aşağıda açıklanacağı üzere 84/1. madde uyarınca kimse için herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır. Son olarak burada, karşılıklı intihar kararı örneğinden farklı olmakla beraber, rus ruleti örneğine de değinmek gerekir. Bu örneğe göre de, eğer tabancayı ateşleyen ölen mağdur değilse, ateşleyen kişi adam öldürmeden sorumlu olacak ve diğer kişilerin de bu suça iştirak hükümleri uyarınca sorumlulukları belirlenecektir. Ancak tetiği çeken ve ölen kişi aynı olduğunda, diğer kişilerin intihara ikna veya yardımdan ötürü sorumlulukları söz konusu olacaktır<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> ÖZEN, s. 47.

<sup>86</sup> “Evli ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık B. ile 16 yaşındaki mağdur K.'in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, B.'in 11.03.2010 tarihinde K.'in telefonuna mesaj çekerek "benimle her şeye var mısın" dediği, K.'in de "evet" şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde K.'in evden 4 kutu ilaç alarak okul çıkışı B. ile buluştuğu, birlikte Mersin'den Erdemli'ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde B.'in K.'e ilaçları getirip getirmediğini sorduğu, K.'in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce K.'in içmeye başladığı, B.'in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndürüldükleri olayda, intihar etmeyi sanık B.'in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmalı, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, ...Bozmayı gerektirmekle” 1. CD., 04.12.2013, E. 2013/4118, K. 2013/7481 (www.kazanci.com).

<sup>87</sup> SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 146.

Kötü muamele suçunun işlenmesi suretiyle bu suçun mağdurunun intihara yönlendirilmesinin mümkün olup olmadığı da doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmıştır<sup>88</sup>. Bir görüşe göre, kötü muamelenin kişinin kendisini öldürmesi maksadıyla yapılmış olduğu kanıtlanabilirse fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulabilir<sup>89</sup>. Bir diğer görüşe göre, kötü muamele neticesinde mağdurun intihar etmesi halinde, fail mağdurun intihar edeceğini öngörmediyse basit taksirle, öngördü ancak bu neticeyi istemediyse bilinçli taksirle hareket etmiş olacak ve suçun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, intihara azmettirmekten sorumlu olmayacaktır. Ancak fail intihar neticesini öngörmüş ve kabullenmişse olası kastla intihara azmettirmeden sorumlu tutulabilecektir<sup>90</sup>. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Doğrudan kast açısından ise, kötü muameleye devam edilmesi halinde, kötü muamele suçunun mağdurunun intihar edeceği öngörülse hatta bunun bilindiği iddia edilecek olsa dahi, kötü muamele suçunun failinin kötü muamele şeklindeki hareketle, mağduru intihara azmettirdiğini, teşvik ettiğini veya intihar kararını kuvvetlendirdiğini de bilmesi ve istemesi ve buna ek olarak ölüm neticesini de istemesi gerekmektedir<sup>91</sup>. Kaldı ki, mağdura kötü muamelede bulunulması, ona örneğin, intihar etmesinin telkin edilmesinin aksine, kötü muamele suçunun mağdurunda intihar fikrini oluşturmaya, teşvik etmeye veya kuvvetlendirmeye elverişli değildir. Kötü muamele ile bu suçun mağduruna intihar telkin edilmemektedir, mağdur kötü muameleye dayanamayarak bundan kurtulmak için, örneğin; kaçmak, şikayetçi olmak yerine intihar etmeyi seçmektedir. Bu açıdan failin hareketleriyle intihar

<sup>88</sup> Bazı yabancı ülke ceza kanunlarında kötü muamele suretiyle intihara ikna veya yardımın ayrı bir maddeyle düzenlendiği hakkında bkz. **ARTUK**, “Mukayeseli Hukuk”, s. 34, 35.

<sup>89</sup> **EREM**, s. 498.

<sup>90</sup> **ÖZEN**, s. 55. Yazar, intiharı düşünmeyen mağdurun kötü muamele neticesinde tek kurtuluş yolu olarak intiharı düşünüp gerçekleştirmiş olması varsayımından hareketle burada seçimlik hareketlerden azmettirmenin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zanardelli Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, bir kadına kötü muamele yapmak suretiyle intihara sevk eden kimsenin, intihara ikna veya yardım suçunu düzenleyen 370. madde uyarınca sorumlu tutulacağına karar verdiği, bir başka kararda ise, karısının intihar edeceğini bildiği halde intihara sevk etmek için kendisine kötü muameleye devam eden koca hakkında da yine 370. maddenin uygulanacağına karar verdiği hakkında bkz. **MAJNO**: Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C: III, Baylan Matbaası, Ankara 1980, s. 246.

<sup>91</sup> **EREM/ÖZEK**, s. 79. Kötü muamele teşkil eden hareketler sonucu mağdurun intihar etmesi halinde intihara ikna ve yardım suçunun oluşmayacağı yönünde ayrıca bkz. **ARTUK**, “Mukayeseli Hukuk”, s. 34.

*“İntihara ikna suçunun teşekkül edebilmesi için müntehire karşı failin suumuamelede bulunması ve müntehirin de maruz kaldığı suumuameleden bizar olarak intihar ettiğinin sübutu kağı olamayıp fail tarafından bu neticenin kast ve istihdaf edildiğinin sübutu da şarttır.” YCGK, 29.01.1951, E. 1950/261, K. 1950/17 (Akt. EREM, s. 499).*



neticesi arasında nedensellik bağı bulunmadığı da söylenebilir<sup>92</sup>. Anılan tartışma cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, şantaj, hakaret

<sup>92</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında, kötü muamelemin intihara ikna bakımından elverişli olmadığı da tartışıldıktan sonra çoğunluk görüşü ile kötü muamele teşkil eden dövme gibi hareketlerle mağdurun intiharı arasında nedensellik bağının bulunmadığına karar verilmiştir.

"Dosyaya, oluşa ve mevcut delillere göre; Sanıkla, ölen Feruzan sekiz senedir evli olup, üç tane çocukları bulunmaktadır, kayınvalidesi ve kayınpederi ile aynı evde oturan Feruzan, bu şahıslarla geçinemediği gibi, Gaziantep'te başka bir kadınla ilişkisinden şüphelendiği sanıkla aralarında da geçimsizlik bulunmaktadır. Zaman zaman kocasının kendisini dövdüğünü ve ayrılmak istediğini babasına anlatmış, ancak babasının boşanmasına razı olmaması nedeniyle uyumsuz yaşantısını sürdürmekte ve bu arada bunalım geçirdikçe Ordu'lu hemşehrisi Hemşire Şükran'a telefon ederek problemlerini anlatmaktadır. Bu durumda bulunan Feruzan'ın; suç tarihinden 3 ay kadar önce kocasının rızasını almadan çocuğunu aldıracağı, sağlığına tam olarak kavuşamaması ve adet görmesi nedeniyle 12.2.1978 günü bulaşıkları yıkamadığı gibi, patates, soğan kabuklarını çöplüğe atmayıp lavaboda bırakması nedeniyle çıkan tartışma sırasında sanık tarafından dövülüp, o evde istenmediği söylenmekle birlikte; babasının evine gitmesi için eline 150 lira verilmesi üzerine, dokuz aylık çocuğunu yanına alıp, önce gümrük memuru hemşehrisi M. Ali'nin evine gittiği, kocasının evine geri gönderilmesine rağmen dönmeyip, geceyi aile dostları Faruk ve Necla'nın evinde geçirdikten sonra onların tavsiyeleri uyarınca kocasının yanına döndüğü, ancak sanığın "sen hala burada mısın? Benim sana ihtiyacım kalmadı, ilgileneceğim başka kadınlar var" gibi sözler söylemekle birlikte çıkan tartışma sırasında yine kendisini dövdüğü, ayrı yatakta yatmaya kalkan kocasına gece yarısı sokulup yaptığı barışma teklifinin "Anama orospu dedin" gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yeniden bunalıma düşerek bir kutu hap alıp intihara teşebbüs ettiği, ancak sonuç alamadığı, 14.2.1978 günü tanık Şükran'a telefon edip "Kayınvalidesi, kayınpederi ve kocası tarafından eve kapatıldığını babasına haber vermesini" söyledikten sonra, 15.2.1978 günü saat 14.30 sularında odasına kapanarak asmak suretiyle kendisini öldürdüğü anlaşılmıştır...Nedensellik bağlantısı konusunda kanunumuzca kabul edilmiş genel bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmek için, bir şartın muayyen bir neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olması gerekir. Bir kimse egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz. 452. maddenin uygulanması için, failce yapılan hareketin objektif takdire göre uygun ve elverişli sayılması daima aranacaktır. ( Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk, 5. Bası, Cilt 1, S. 507 ve devamı ).

Adli Tıp Meclisi'nin anılan raporu ve olayla ilgili toplanan diğer delillerden sanığın şahit olan müessir fiili ile ölüm olayı arasında mağdurenin intiharı gibi başka bir eylemin girmesi nedeniyle nedensellik bağının kesildiği, başka deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında bir maddi sebebiyet bağlantısı olmadığına anlaşılmışına göre C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile, özel daire bozma kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir."

Çoğunluk görüşüne karşı olan bir üye ise, "Ölü muayene ve otopsi zabıt varakasının tetkikinden maktulenin çeşitli yerlerinden 20 ekimoz bulunduğu anlaşıldığı, tanık beyanlarından da sanığın maktuleyi devamlı surette dövdüğü, canından bezdirdiği, eve hapsedtiği, maruz kaldığı bu çeşit muamelelerden kurtulmak için maktulenin canına kıydığının belirgin bir şekilde ortaya çıkması nedeniyle, müessir fiil ile ölüm olayı arasında dolaylı bir irtibat bulunduğu kabulü gerektiğini; bu durumda ölümün, TCK.nun 452/2. maddesinin müeyyideye bağladığı ) "... failin iradesinden hariç ve gayrimelhus esbabın müessir file

gibi başka suçlar bakımından da yapılabilecekse de varılan sonucun değişmeyeceği düşünülmektedir<sup>93</sup>.

Mülga 765 sayılı TCK'da 454. maddede düzenlenen intihara ikna ve yardım suçunda, "*Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.*" demek suretiyle, suçun oluşumu veya bazı görüşlere göre failin cezalandırılabilirliği için intiharın gerçekleşmesi aranmaktaydı. İtalyan Ceza Kanunu'nun 580. maddesi de, "*Her kim başkalarını intihara azmettirir veya başkalarının intihar kararını kuvvetlendirir ya da çeşitli yöntemlerle intiharlarını kolaylaştırırsa, intiharın gerçekleşmesi halinde beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İntihar gerçekleşmezse, intihar teşebbüsünün, ağır ya da çok ağır kişisel bir yaralanma meydana getirmesi şartıyla 1 yıldan 5 yıla kadar cezalandırılır.*" demek suretiyle, ölümü ya da teşebbüs halinde kalan intihar bakımından ağır ya da çok ağır bir yaralanmayı aramaktadır<sup>94</sup>. Mülga TCK'nın aradığı ölümün gerçekleşmesi şartının suçun neticesi mi yoksa bir cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu hususunda ise doktrinde bir görüş birliği yoktur. İtalyan hukukunda da aynı husus geçerlidir<sup>95</sup>. Bir görüşe göre, intiharın gerçekleşmesi yani ölüm bir cezalandırılabilirlik şartıdır. Hareketin cezalandırılması, failin iradesinin dışında olan ölümün gerçekleşmesine bağlıdır<sup>96</sup> ve tamamlanan ya da teşebbüs halinde kalan intihar failin değil

---

inzimamı" nedeniyle meydana geldiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğunu" belirtmiştir. YCGK, 12.05.1980, E. 1980/1-151, K. 1980/206 (www.kazanci.com).

<sup>93</sup> "Sanıklar hakkında Hüseyin'in "etek giydirilmiş anüsüne şişe sokulmuş fotoğratlarını işfa etmek üzere çekerek onun kişiliğine çok ağır saldırıda bulunmaları sonucu Hüseyin'in "intihar ettiği" olayda... müdahil vekilinin intihara teşvikten verilen hükümlerin yersizliğine ilişkin ve yerinde görülmeven temyiz itirazlarının reddiyle... sanıklar Osman, Saldıray ve Tamer'in maktülü intihar teşvik suçundan beraatlerine ilişkin hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi ( ONANMASINA )," 1. CD., 11.02.2002, E. 2002/242, K. 2002/466 (www.kazanci.com)

<sup>94</sup> İntihar girişimi sonucu intiharın gerçekleşmemesini düzenleyen ikinci cümlede failin hafifletici nedeni olmadığı hakkında bkz. CADOPPI, Alberto/CANESTRARI, Stefano/MANNA, Adelmo/PAPA, Michele: Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, I Delitti Contro La Vita e L'incolumità Personale, Vol:VII, UTET, Torino 2011, s. 122.

<sup>95</sup> CADOPPI/CANESTRARI/MANNA/PAPA, s. 122, 123; LATTANZI/LUPO, s. 204.

<sup>96</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 78; EREM, s. 499; MANZİNİ, s. 122, 123; KOCA, s. 28; ÖZEN, s. 35.

Ancak İCK bakımından ayrıca, objektif cezalandırılabilirlik şartına ilişkin genel hükümlerdeki 44. maddenin bu suç için uygulanmasının mümkün olmadığı, zira burada failin ölüm neticesini istemesi gerektiği hakkında bkz. MANZİNİ, s. 122, 123. (İCK madde 44 bakımından failin, cezalandırılabilirlik şartını teşkil eden neticeyi isteyip istememesi önem arz etmemektedir.)

mağdurun bir eylemidir<sup>97</sup>. Aksi yöndeki görüş ise, ölümün bir netice olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşte olanlar, kanuni tanımda ölümün netice olarak belirtildiğini ve failin bu neticeyi istediği<sup>98</sup>, ölümün intihara ikna veya yardım edenin öngördüğü bir netice olduğu<sup>99</sup>, mağdurun intihar ederek ölmesinin, failin arzusu dışında kalan, kusurlu hareketiyle neden olsa bile kendisine yükletilemeyen bir husus olmadığı<sup>100</sup>, azmettirme ve yardım için neticenin öngörülmesi ve istenmesinin gerekmesi ve kanunun, failin, öngördüğü hususu iradi olarak gerçekleştirmeye çalışmasını araması nedenleriyle ölümün suçun dışında bir şart olmadığını<sup>101</sup> belirtmişlerdir<sup>102</sup>. Bu tartışmanın pratik sonucunun, ölümün netice olarak kabul edilmesinin, intihar girişiminden sonra ölüm (ya da İtalyan ceza hukuku bakımından İCK'da belirlenen ağır yaralanma hali) gerçekleşmediğinde failin ilgili suça teşebbüsten cezalandırılmasını mümkün kılacağı; aksi halde ölüm bir cezalandırılabilirlik şartıysa ve gerçekleşmediyse failin ceza sorumluluğunun bulunmayacak olması olduğu ifade edilmişse de<sup>103</sup> ölüm netice sayıldığında dahi mağdurun intihara teşebbüs etmesinin failin de suça teşebbüsü anlamına gelip gelmeyeceği kuşkuludur. Zira bu durumda, suçun oluşumu için intihar girişiminde bulunulması aranırsa bu girişimde bulunulmadığında da faili teşebbüsten sorumlu tutmak gerekir ki aşağıda açıklanacağı üzere bu mümkün değildir. Her ne kadar, failin değil mağdurun bir hareketiyle

---

Objektif cezalandırılabilirlik şartı ile cezalandırılabilirlik şartının farklı olduğu ve başkasını intihara ikna ve yardımın suçun unsuru olduğu, ölüme inandırmanın, ölümü istemek olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. **EREM**, s. 499.

<sup>97</sup> **MANZINI**, s. 122.

<sup>98</sup> **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 18, 23.

<sup>99</sup> **DÖNMEZER**, s. 101.

<sup>100</sup> **ERMAN/ÖZEK**, s. 78. Yazarlar, "kanunda yazılı bir netice failin kusurlu bir hareketiyle buna sebebiyet verdiği zaman kendisine yüklenebiliyor ve bu takdirde fail o neticeden sorumlu tutulabiliyorsa bir unsurun söz konusu olduğu kanaatinde olduklarını" tekrar belirtmişlerdir.

<sup>101</sup> Doktrindeki bu yöndeki görüşün açıklaması için bkz. **LATTANZI/LUPO**, s. 204. Aynı yönde bkz. **ANTOLISEI**, s. 68; **MANTOVANI**, s. 130.

<sup>102</sup> Yargıtay'ın ölümü suçun unsuru yani netice olarak gördüğü kararları mevcuttur.

"TCK.nun 454. maddede belirgin suçun oluşması, intiharın yani ölümün meydana gelmesi şartına bağlı olup, teşebbüs hali suç teşkil etmediği nedeniyle unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraeti, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, müdahil vekilinin sübuta, eksik incelemeye yöneltilen, takdire ilişkin ve yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA)..." **1. CD., 14.06.1995, E. 1995/1561, K. 1995/1780** (www.kazanci.com)

"İntihara ikna suçunun teşekkül edebilmesi için müntehire karşı failin suimamelede bulunması ve müntehirin de maruz kaldığı suimameleden bizar olarak intihar ettiğinin sübutu kağıt olamayıp fail tarafından bu neticenin kast ve istihdaf edildiğinin sübutu da şarttır." **YCGK, 29.01.1951, E. 1950/261, K. 1950/17** (Akt. **EREM**, s. 499).

<sup>103</sup> **ERMAN/ÖZEK**, s. 78.

gerçekleşecek olsa da, ölümü bir netice olarak değerlendirmek daha yerinde olacaktır; çünkü suça vücut verecek olan hareketleri yapan fail mağdurun yaşamına son vermesini de istemektedir ve mağdurunun ölümünün failin kastının dışında olduğu söylenemeyecektir<sup>104</sup>. Ölüm neticesinin gerçekleşmesini isteyen failin bu neticenin ortaya çıkması hedefine yöneltilmiş hareketlerinin, mağdur eliyle gerçekleştirilecek olsa da yaşamına son vermeye mağduru itmesi, ona bir nevi intiharını gerçekleştirmesi gereklidir. Cezalandırılabilirlik şartı, suç fiilinin dışında, fiilden sonra ve en fazla onunla aynı anda gerçekleşen, failin veya üçüncü kişilerin iradi ve gayiriiradi hareketlerinin neden olabileceği bir olaydır<sup>105</sup>. Bu şekilde algılanan cezalandırılabilirlik şartı, bütün unsurlarıyla tamamlanmış bir suçun varlığını gerekli kılar<sup>106</sup> ve suçun oluşumunu etkilemez. Ölüm cezalandırılabilirlik şartı sayıldığında, failin salt hareketlerinin suç teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Oysa ki mağduru intihara itmeye muktedir olmayan bir hareketin suçla korunan hukuki varlığı tehlikeye koymaya elverişli olduğu söylenemez ve bu durumda suç teşkil etmesini açıklamak da çok kolay olmaz. Zira korunan varlığın ihlalini ilgilendiren ve fiilin ihlal ediciliğini içermekle onun suç haline getirilmesinin nedeni olan olaylar kurucu unsurlar olarak kabul edilmelidir<sup>107</sup>. Kaldı ki, bir olayın, unsur mu yoksa cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu konusunda tereddüt edildiği takdirde, unsur kabul edilmesi halinde failin kastının bu unsuru da kapsamadığı durumlarda suç oluşmayacağından, daraltıcı yoruma başvurarak failin lehine olarak o olayı unsur kabul etmek gerektiği de belirtilmiştir<sup>108</sup>. İntihar ya da intihar teşebbüsü suçun neticesi kabul edilince, failin hareketleri ile netice arasında nedensellik bağı ilişkisinin de bulunması gerekir<sup>109</sup>. Aksi yönde görüşler bulunmakla beraber<sup>110</sup>, failin hareketiyle netice arasında nedensel bir ilişki gereklidir; çünkü nedensel bir katkının

<sup>104</sup> Benzer bir şekilde, iftira suçunda, iftira fiili sonucu belirli mahkûmiyetlerin söz konusu olması durumunda, bunlar failin iradesinin ve kontrolünün dışında olsa da, failin daha ağır cezalandırılmasına yol açan neticelerdir.

<sup>105</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 446.

<sup>106</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 446.

<sup>107</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 448.

<sup>108</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: 1, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 320.

<sup>109</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 212; ERMAN/ÖZEK, s. 78. Yazarlara göre, mağdurun intiharında failin ikna veya yardımının da payının bulunması yeterli olup, intiharın tek sebebinin failin ikna veya yardımından ibaret olması şart değildir.

<sup>110</sup> Bunun için bkz. MANZINI, s. 114. Ancak yazar, intihar ya da intihar girişiminin cezalandırılabilirlik şartı olması nedeniyle nedensellik bağının gerekmediğini de belirtmektedir.

Nedensellik bağının bulunmasının gerekmediği şeklindeki görüşün İtalya'da azınlıkta olduğu hakkında bkz. LATTANZI/LUPO, s. 205.

olmadığı durumda, intihar eylemine katılmaktan bahsedilemez<sup>111</sup>. Bu konuda İtalyan mahkeme kararlarında, nedensellik bağının arandığı ve intihar, failin hareketlerinden bağımsız olarak gerçekleşmişse, failin bu hareketleri gerçekleştirmesinin tek başına yeterli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, failin hareketi mağduru kendisini öldürmeye yöneltmede somut olarak elverişli olmalıdır<sup>112</sup>.

TCK madde 84/1’de ise, intihara azmettirilen, teşvik edilen, intihar kararı kuvvetlendirilen ya da intiharına yardım edilen mağdurun intihar girişiminde bulunmasından bahsedilmemektedir. Maddenin 2. fıkrasında, ‘intiharın gerçekleşmesi durumu’ ayrıca düzenlenmiş olup intiharın gerçekleşmesi, mağdurun yaşamına son vermesi anlamına gelmektedir<sup>113</sup>. Buna göre 84/1. maddedeki suçun tamamlanması için intiharın gerçekleşmesine gerek olmadığı aşıkardır. Ancak 1. fıkrada, intihara yönlendirilen ya da intiharına yardım edilen mağdurun en azından intihar teşebbüsünde bulunmasının aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır. Ceza Kanunu tasarisinin 141. maddesinde, “Başkasının intihar etmesi için karar verdirten veya var olan intihar kararını güçlendiren veya her ne suretle olursa olsun intihar eylemine yardım eden kimse, intihara teşebbüs edildiğinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm olur. Ölümün meydana gelmesi halinde faile verilecek ceza yarısı oranında artırılır.” hükmü öngörülmüştü ve failin hareketlerinden sonra mağdurun en azından intihar girişiminde bulunması aranmıştı. Yürürlükteki kanunda ise, 84/1. maddede mağdurun intihar girişiminde bulunmuş olmasının aranmaması nedeniyle, suçun sırf hareket suçu olduğu ve intihar girişiminde bulunmasa dahi, mağdurun intihara azmettirilmesi, teşvik edilmesi, intihar kararının kuvvetlendirilmesi ya da intiharına yardım edilmesi ile suçun tamamlanacağı ileri sürülmüştür<sup>114</sup>. Ancak bu görüşün aksine, yürürlükteki hüküm uyarınca, suçun oluşabilmesi için yine de failin hedefindeki, ferden belli olan mağdurun intihar girişiminde bulunması gerektiğini belirten görüş de mevcuttur<sup>115</sup>. Bir kere, intihar girişiminde bulunmayan kişiye yardım

<sup>111</sup> ANTOLISEI, s. 68.

<sup>112</sup> LATTANZI/LUPO, s. 205. Bu hususun tespitinin kolay olmadığı ve faille mağdur arasındaki ilişkiyle, karakterlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği de belirtilmiştir.

<sup>113</sup> Aksi yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 180. Yazarlara göre, ikinci fıkradaki intiharın gerçekleşmesi ölümün gerçekleşmesi demek değildir.

<sup>114</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 87; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA, s. 28; ÖZEN, s. 37.

Kanunun gerekçesinde; “İntihara teşvik veya yardımın cezalandırılabilmesi için, kişinin intihar etmesi şart değildir.” denmişse de, belirtildiği üzere intihar kişinin kendisini öldürmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, gerekçede, suçun oluşması için intihara teşebbüs edilmesinin aranıp aranmayacağına dair bir açıklama yoktur.

<sup>115</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 212; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 175. Yürürlükteki hüküm uyarınca, failin sorumlu olması için mağdurun intihara teşebbüsünün aranmasının gerektiğine katılmanın zor görüldüğünü söylemekle beraber, azmettirme, teşvik,

edilmesi mümkün değildir. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği üzere, yardım etme hipotezi çerçevesinde, kendisine örneğin; intiharda kullanılacak araç sağlanan mağdur bu aracı hiç kullanmadığı takdirde fail olsa olsa intihar kararını kuvvetlendirme hipotezi yönünden sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda, yardım etme hareketinin söz konusu olabilmesi için temin edilen aracın ya da intihar için önerilen yöntemin kullanılması gerektiğinden, mağdur her halükarda intihar girişiminde bulunmalıdır. İntihara azmettirme, teşvik etme ve intihar kararını kuvvetlendirme bakımından ise, iştirak kuralları uyarınca azmettiren, teşvik eden ya da kararını kuvvetlendiren failin ceza sorumluluğunun doğması için intihara en azından teşebbüs edilmesi gerektiği, aksi halde bu hareketlerin hazırlık hareketleri olarak kalacağı, intihar etmek suç olmadığından, belki ileri sürülemeyecektir. Ancak failin gerçekleştirdiği bu hareketlerin bir kişiyi intihara yöneltmeye elverişli olup olmadıklarının değerlendirilebilmesi için, hareketlerin yöneltildiği mağdurun intihar girişiminde bulunup bulunmadığına bakılması gereklidir. Gerçekten, failin kendisini intihara azmettirmek, teşvik etmek ya da intihar kararının icrasına geçirtmek için sarf ettiği sözleri mağdurun ciddiye almaması, umursamaması ve dolayısıyla intihar girişiminde bulunmaması durumunda bu hareketlerin kişiyi intihara yönlendirmeye elverişsiz olduğu sonucuna varmak gerekecek ve işlenemez suç gündeme gelecektir. Sonuç vermeyen bir ikna veya yardımın cezalandırılması ise, ceza sorumluluğunu belirleyen genel ilkelerle bağdaştırılamaz<sup>116</sup>. Kaldı ki, bu suç ‘Hayata Karşı Suçlar’ bölümünde düzenlenmiştir ve hukuki konusu öldürme suçuyla aynı şekilde hayat varlığı, başka bir ifadeyle yaşam hakkıdır. Normla korunan varlık insan yaşamı olduğuna göre, zarar vermek bir yana bunu tehdit dahi edemeyen bir hareketin suç teşkil etmesi ve cezalandırılması mümkün olmamalıdır. Aksi halde, korunan hukuki varlığı tehdit etmeyen bir düşünce açıklamasının cezalandırılması yani ifade özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olur<sup>117</sup>. Ancak sorunun çözümü için en mantıklısı, suçun neticesi olarak mağdurun ölümünün, hiç değilse intihar girişiminde bulunmasının, biçimsel kanuniliğin alt ilkesi olan açıklık ilkesi gereğince hükümde belirtilmesidir.

### **b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması**

84/1. maddedeki suçun olumsuz unsuru, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması ise de, hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbiri bu suçun

---

yardım etme gibi hareketlerin intihara sürükleyebilecek nitelikte olmasının yani nedensellik bağının aranmasının en doğru çözüm şekli olduğu ve bu nedenle suçun somut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 180.

<sup>116</sup> **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 36.

<sup>117</sup> Aynı yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN**, s. 154; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 65, 66. Yazarlar, mağdurun intihara en azından teşebbüsünün aranmaması halinde, kanunun hazırlık hareketlerinin cezalandırması olduğunu belirtmektedirler.

yapısına uygun düşmemektedir. Gerçekten, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ya da ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri içerisinde bir kişinin intihara azmettirilmesi, teşvik edilmesi, intihar kararının kuvvetlendirilmesi veya intiharına yardım edilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>118</sup>.

Ancak konuyla doğrudan ilgili olmamakla beraber, doktrinde, intihar etmek üzere olan birinin yaşamına son vermesini engellemek amacıyla, bu kişiye karşı kuvvet ya da bir diğer deyişle cebir veya tehdit kullanılması halinde, zor kullanan kişinin meşru savunma koşulları içerisinde hareket ettiği ve fiilinin suç teşkil etmeyeceği hususu üzerinde durulmuştur<sup>119</sup>. Bu yöndeki görüşe göre, kendi yaşamına son veren kişi, kendi yaşam bütünlüğüne karşı haksız bir saldırı gerçekleştirdiğinden saldırıyı orantılı bir şekilde defetmek için zor kullanan kişi meşru savunmadan yararlanır<sup>120</sup>. Ancak belirtilmelidir ki, bu halde meşru savunmanın kabulü, aynı zamanda kişilerin yaşamları üzerinde tasarrufta bulunamayacakları ön kabulünü gerektirmektedir.

## 2. Manevi Unsur

İntihara ikna veya yardım suçunun manevi unsuru kasttır. Bu suçta kast, failin başkasını intihara azmettirmek, teşvik etmek veya başkasının intiharına yardım etmek bilinç ve iradesine sahip olmasıdır<sup>121</sup>. Dolayısıyla buna, bir başkasının intiharının öngörülmesi ve istenmesi de dâhildir<sup>122</sup>. Failin örneğin; nefret, intikam, zalimlik, batıl inanç, miras almak ya da kişiyi hastalığından, rahatsızlığından kurtarmak motivasyonu ya da amacı, önem taşımaz<sup>123</sup>. Fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmediği gibi, bu suçun mahiyeti icabı taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

<sup>118</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 66; KOCA, s. 35, 36; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 176.

<sup>119</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 83, 84; EREM/ÖZEK, s. 76; KOCA, s. 36.

<sup>120</sup> KOCA, s. 36.

<sup>121</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 66; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>122</sup> MANTOVANI, s. 131.

*“Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Z.'nin erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık N.'a “Z.'ya söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsa kıysın canına, intihar etsin” diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi N.'nin kızına aynı zamanda “kafana takma” diyerek bu sözleri ciddiye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi, ...Bozmayı gerektirmekle,” 1. CD., 13.11.2013, E. 2011/7369, K. 2013/6272 (www.kazanci.com).*

<sup>123</sup> MANTOVANI, s. 131.

Doktrinde, bazı yazarlar tarafından, suçun oluşması için failin genel kastının yeterli olmadığı, bunun yanında ayrıca özel kastın da aranacağı belirtilmiştir<sup>124</sup>. Bu anlamda, maddede öngörülen hareketi gerçekleştirme bilinç ve iradesi şeklindeki genel kast ile failin mağdurun kendisini öldürmesini istemesi şeklindeki özel kast suçun oluşumu için gereklidir<sup>125</sup>. Ne var ki, mağdurun en azından intihar girişiminde bulunmasının failin hareketlerinin elverişliliğini ortaya koyması nedeniyle aranması ve bir netice olarak addedildiğinde failin kastının bunu da kapsamı gerektiğini söylemek gerekse de, bu husus failin özel kastla hareket ettiği anlamına gelmemektedir<sup>126</sup>. İtalyan hukukunda da, doktrinde ve yargı kararlarında, genel kastın yeterli olduğu yönündeki görüşün galip geldiği belirtilmektedir<sup>127</sup>. Buna göre, normda, neticenin gerçekleştirilmesinin dışında, buna ek bir amaca gönderme mevcut değildir. Manevi unsurun, ortaya çıkabilecek olan ölüm neticesinin önlenemezliğiyle, bir kişiyi intihar etmeye yönlendirmeyi bilme ve isteme olduğu açıktır. Mağdurun intiharı neticesi zaten açıkça öngörülür ve kasta dâhildir<sup>128</sup>. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 4. maddesinde, intihara yönlendirme suçlarının da dâhil olduğu bazı suçların Kanun'un 1. maddesinde öngörülen amaçlarla işlenmesi halinde 5. madde uyarınca cezaların ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. Örneğin, terör saikiyle bir kişinin intihar bombacısı olmaya azmettirilmesi ve mağdurun vücuduna bağladığı patlayıcıları patlatarak intihar etmesi durumunda ceza ağırlaştırılacaktır. İşte bu halde, failin özel kastla hareket etmesi gerektiği söylenebilir.

Suçun olası kastla işlenebileceği de ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, kural olarak kasten işlenen suçların olası kastla da işlenmesi mümkündür ve suç tipinde aksine düşünmeyi gerektiren bir düzenleme de yoktur, olası kast da kastın bir türüdür<sup>129</sup>. Failin kastının mağdurun ölmesini kapsamı gerekmez ve failin mağdurun intiharını öngörmesine rağmen, ölümü göze alarak hareketini gerçekleştirmesi durumunda olası kast söz konusu olur<sup>130</sup>. Ne var ki, failin hareketlerini gerçekleştirirken bu hareketleri yönelttiği ferden belli mağdurun intiharı neticesini istemediği söylenemez. Bu nedenle, suçun olası kastla işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Gerçekten,

<sup>124</sup> MANZINI, s. 124, 125. Mülga TCK'daki ikna ve yardım suçu için özel kastın gerektiği yönünde bkz. ARTUK, "Mukayeseli Hukuk", s. 48; EREM, s. 497.

<sup>125</sup> EREM, s. 497.

<sup>126</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 218; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 66; ÖZEN, s. 43; TOROSLU, Genel Kısım, s. 37.

<sup>127</sup> LATTANZI/LUPO, s. 205.

<sup>128</sup> LATTANZI/LUPO, s. 206.

<sup>129</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 84; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 183; ÖZEN, s. 42.

<sup>130</sup> KOCA, s. 36; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 176.



azmettirme, teşvik, kararı kuvvetlendirme ve yardım etme hipotezleri örneğin iştirak kalıpları olarak değerlendirildiğinde, bu hareketleri gerçekleştiren kişinin bir suçun gerçekleştirilmesini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. İşlenmemesi için bir suçun azmettirilmesi ya da teşvik edilmesi düşünülemez. İntihar suç teşkil etmemekle beraber aynı şekilde düşünmemek için bir neden yoktur. Bu doğrultuda, failin seçimlik hareketlerden bir veya birkaçını gerçekleştirirken mağdurun intiharını istemediği veya hareketleriyle mağduru intihara yönelttiğini bilmediği söylenemez. Mağdurun ölümü kastın kapsamının içine girince de, “intihar ederse etsin” düşüncesiyle intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara yardım etme hareketlerinin yapılmasının mümkün olmamaktadır.

## B. İNTİHARA İKNA VEYA YARDIM SONUCU İNTİHARIN GERÇEKLEŞMESİ

84. maddenin ikinci fıkrasında, “*İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükmün hukuki niteliği hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Öncelikle fıkra söz edilen ‘intiharın gerçekleşmesi’ durumunu mağdurun intihar girişiminde bulunması olarak anlayan görüş bulunmakla beraber<sup>131</sup>, ağırlıklı görüş intiharın gerçekleşmesinin mağdurun yaşamına son vermesi anlamına geldiği kanaatindedir<sup>132</sup>.

İntiharın gerçekleşmesi yani mağdurun ölmesi halini düzenleyen 2. fıkranın suçun nitelikli hali mi neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali mi olduğu konusunda da yine görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlar, intiharın gerçekleşmesinin 1. fıkra düzenleneni suçun nitelikli halini teşkil ettiğini açıkça belirtmişlerdir<sup>133</sup>. Bunun dışında, intiharın gerçekleşmesinin cezayı ağırlaştırıran bir neden olduğu da söylenmiştir<sup>134</sup>. Bir diğer görüşe ve kanunun gerekçesine göre ise, 2. fıkra hükmü suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir<sup>135</sup>. Nitelikli hal ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal arasındaki farkın manevi unsur olduğu, nitelikli unsurun mutlaka bilinmesi ve failin kastı

<sup>131</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182.

<sup>132</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 84; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; KOCA, s. 36; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 175; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>133</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 217; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 84; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 176.

<sup>134</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; TOROSLU, Özel Kısım, s. 37.

<sup>135</sup> KOCA, s. 36. Gerekçede de, “*Maddenin ikinci fıkrasında, intihara teşvik veya yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir.*” ifadesi yer almaktadır.

kapsamında olması gerektiği, oysa ki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için taksirin yeterli olduğu, intiharı teşvik ve yardım bakımından ise failin en azından olası kastı olacağından bu ayrımın tek pratik sonucunun ispat sorunlarını aşmak olduğu belirtilmiştir<sup>136</sup>.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, gerçek ve gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>137</sup>. Bu ayrıma göre, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için, kasıtlı temel bir suç tipinin mevcut olması ve ortaya çıkan özel netice bakımından en azından taksirin yeterli görülmesi aranmaktadır. Buna göre, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonu şeklinde gerçekleşen suç tipleridir<sup>138</sup>. Örneğin, çocuk düşürtme suçunun işlenmesi neticesinde fail taksirle gebe kadının ölümüne de neden olduğunda, cezası ağırlaştırılacak olmakla beraber sorumluluğu 99. madde uyarınca belirlenecektir. Bunun yerine fail çocuk düşürtme suçunu kasten işlemekle beraber, bu sırada gebe kadının öleceğini de aynı şekilde biliyor ve istiyorsa, failin kasten öldürme suçundan da sorumlu tutulması gerekir. Buna karşılık, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar taksir-taksir veya kast-kast kombinasyonu şeklinde gerçekleşirler. Buna göre failin kastının doğrudan özel neticeye yönelik olduğu durumlarda gerçek değil gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olabilir<sup>139</sup>. Kasıtlı suçun sonucu olan ağır neticeler kasten gerçekleştirildiklerinde dahi bağımsız bir suç söz konusu olmamakta, bu ağır neticeyi öngören ilgili hükme göre sorumluluk belirlenmektedir<sup>140</sup>. Nitekim 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkraları buna örnek gösterilebilir. Burada örneğin fail, kastettiği yaralama suçunun neticesinde mağdurun yüzünde sabit bir iz oluşturacağını da biliyor ve istiyor olabilir. Bu nedenle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ortaya çıkan netice açısından, hiçbir zaman doğrudan kastın söz konusu olmayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Gerçekten örneğin; Kanun'un 306. maddesinin 2 ve 4. fıkralarında, yabancı devlet aleyhine asker toplama fiili sonucunda "*savaş meydana gelirse*" veya "*siyasal ilişki kesilir veya misilleme meydana gelirse*" ceza ağırlaştırılır. Failin bu sonuç yönünden taksirli ya da kasıtlı olması önem arz etmemektedir<sup>141</sup>. Yine iftira veya yalan tanıklık suçlarında,

---

<sup>136</sup> KOCA, s. 36, 37.

<sup>137</sup> Burada, bu ayrımın temelinde ortaya çıkan daha ağır veya başka netice açısından var olan manevi unsura göre yapılan tasnif esas alınmaktadır. Bu ayrım gerçek-görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak da ifade edilmektedir. Ancak kavramların kullanımında farklı ölçütlere göre belirleme yapılarak, kavramlar değişik anlamlarda da kullanılmaktadır.

<sup>138</sup> DOĞAN, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 27.

<sup>139</sup> DOĞAN, s. 27, 28.

<sup>140</sup> ÖZENBAŞ, Nazmiye: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 20, 21.

<sup>141</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 215.

suç teşkil eden fiillerin belirli mahkûmiyetlere neden olması halinde ceza ağırlaştırılır. Kişinin hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için iftira edenin ya da yalan tanıklıkta bulunanın, iftira ettiği veya aleyhinde tanıklıkta bulunduğu kişinin suçlu bulunarak hüküm giymesini istemediği söylemek kolay değil, bu husus genellikle kastın kapsamındadır. Bu örneklerdeki sonuçların gerçekleşmesinin failin iradesine bağlı olmaması da bir fark yaratmaz.

Açıklanan gerekçelerle, intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara yardım etme hareketlerinin etkisiyle mağdurun intihar etmesi neticesi ve bu netice nedeniyle failin cezasının ağırlaştırılmasını öngören hüküm de suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak değerlendirilebilir. 84. maddenin 1. fıkrası uyarınca mağdurun intihar girişiminde bulunması suçun oluşumu için aranacak olsa da olmasa da, 2. fıkranın varlığı 1. fıkra için ölüm neticesinin suçun unsuru olamayacağını ortaya koymaktadır. Ölüm neticesi bu itibarla, 1. fıkrada düzenlenen suçun maddi unsuruna dâhil değildir ve özel bir netice olarak ortaya çıkmaktadır. Failin kastının mağdurun intiharını da kapsadığı söylemek ise bu açıdan bir çelişki yaratmamaktadır. Açıklandığı üzere, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin kast-kast kombinasyonuna sahip olması da mümkündür ve gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların aksine fail gerçekleşen özel neticeyi bilip istediğinde ayrıca bu neticeyi öngören farklı bir normdan sorumlu tutulmayacaktır. Ancak 84. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme ister suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali, ister nitelikli hali olduğu kabul edilsin yahut 1. fıkra suçun hafif şekli sayılarak 2. fıkranın suçun basit şekli olduğu ifade edilsin sonuç değişmemektedir. Nitekim failin bu suç bakımından taksirle ya da olası kastla hareket etmesi mümkün değildir ve mağdurun ölümü her durumda failin kastına dâhildir.

#### **IV. İNTİHARA ALENEN TEŞVİK SUÇU**

##### **A. SUÇUN UNSURLARI**

###### **1. Maddi Unsur**

###### **a. Fiil**

İntihara alenen teşvik etmenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Görüş ayrılıkları, intihara alenen teşvikin, TCK'nın 84. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında öngörülen intihara yönlendirme suçundan farklı bir suç veya bu suçun nitelikli hali olup olmadığı noktasında toplanmaktadır<sup>142</sup>. Maddenin 3.

<sup>142</sup> 84. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemenin 1 ve 2'nci fıkralardakinden farklı ve bağımsız bir suça yücut verdiği yönündeki görüş için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 211; **HAFİOĞULLARI/ÖZEN**, s. 67; **KOCA**, s. 30; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 173, 174; **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 38. İntihara alenen teşvikin 84/1. maddenin nitelikli halini teşkil

fıkrasındaki düzenleme, maddi unsur itibariyle intihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 1. fıkradan suç teşkil eden fiil itibariyle ayrılmakta, böylece aynı maddede düzenlenmiş olsa da farklı ve bağımsız bir suç teşkil etmektedir.

Gerçekten, öncelikle, 84. maddenin 3. fıkrasındaki fiil “*başkalarını intihara alenen teşvik etmek*” olup ‘aleniye’ suçun unsurudur<sup>143</sup>. Maddenin 1. fıkrasından farklı olarak burada teşvikin aleni olarak yapılması gerekmektedir. Böylelikle fıkra, belirli bir kişinin hedef alınmamış olmasını gerektirmesi<sup>144</sup> bakımından 84/1. maddedeki suçtan ayrılmaktadır. Ceza kanunda bir tanım bulunmamasına ve öğretide bu konuda farklı görüşler bulunmasına rağmen, aleniye; birden çok ve belirsiz sayıda kişilerin harekete muttali olmalarının mümkün olmasıdır<sup>145</sup>. Belirli olmayan ve birden fazla kişiye algılanabilir, öğrenilebilir, haberdar olunabilir oldukça, hareket alenidir<sup>146</sup>. Aleniye için, hareketin herkese açık ya da tahsisleri itibariyle veya tesadüfen genel bir yerde yapılması gerekmemektedir ve özel yerler de kimi durumlarda ve failin başkaları tarafından duyulma iradesine bağlı olarak aleniye imkân verebilir<sup>147</sup>. Bu anlamda, aleniye suçun işlendiği yere bağlı değildir<sup>148</sup>. Ayrıca, intihara alenen teşvik suçunun aşağıda açıklanacağı üzere bir soyut tehlike suçu olması nedeniyle, intihara teşvik hareketi neticesinde bir veya birden çok kişinin intihar ya da intihara teşebbüs etmiş olması aranmayacak ve birden çok ve belirsiz sayıdaki kişilerin, intihara teşvik teşkil eden hareketi öğrenebilmelerinin mümkün olması aleniye için yeterli olacaktır<sup>149</sup>. Bir topluluğa yapılan sözlü açıklamayla veya belirsiz ve birden çok sayıda kişinin görebileceği bir yere asılan yazılı bir açıklama

---

ettiği şeklindeki aksi yöndeki görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 84. İntihara alenen teşvik suçunun maddi unsuru bakımından ayrıca düzenlendiğini belirten görüş için ise bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 179. Bağlayıcı olmamakla birlikte, TCK’nın 84. maddeye ilişkin gerekçesinde de maddenin 3. fıkrasında düzenlenen hükmün ayrı bir suç olduğu ifade edilmiştir.

<sup>143</sup> **SANCAR**, Türkan Yalçın: Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 181.

<sup>144</sup> **KOCA**, s. 30; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 174; **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 38.

<sup>145</sup> **SANCAR**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, s. 174.

<sup>146</sup> **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 215; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 85; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 68; **KOCA**, s. 30; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 179. TCK’nın 84. maddesine ilişkin gerekçede de, “*Aleniye için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır.*” denmektedir.

<sup>147</sup> Örneğin, bir evin balkonu ya da sokak kenarındaki bir bahçe de aleniye olanak tanıyabilir. **SANCAR**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, s. 173, 174.

<sup>148</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 85.

<sup>149</sup> Suçun oluşması için alenen yapılan teşvikin algılanmış olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 85; **ÖZEN**, s. 58.

veya afişle ya da kuşkusuz basın, yayın ve internet yoluyla yapılan sözlü, yazılı ya da görsel nitelikte olabilecek teşvik, aleni olacaktır<sup>150</sup>.

İntihara alenen teşvik suçunda teşvikin, başkalarının intihar etmesine mani olan manevi engelleri kaldırarak şekilde<sup>151</sup>, açıkça intihara özendirici ya da cesaretlendirici olması gerekir<sup>152</sup>. İntihar konusunda yalnızca görüş açıklamak ve hatta intiharı onaylamak, intihar etmeyi telkin edici olmadıkça bu suça vücut vermez<sup>153</sup>. İntihara ilişkin kullanılan ifadelerin başkalarını etkileme niteliği yok ise, suç da oluşmayacaktır<sup>154</sup>. 84. maddenin 1. fıkrasında seçimlik hareketlerden biri olan teşvik, yukarıda açıklandığı üzere, intihar etmeyi düşünen ancak bu konuda henüz kesin bir karar vermemiş olan kişiye intihar kararını verdirilmeye yöneltmektir. Buna karşılık, 3. fıkra hükme bağlanan intihara alenen teşvikin, intihar etmeyi düşünen ancak bu konuda kesin kararını henüz vermeyen belirsiz ve birden çok sayıdaki kişiye yöneltildiğinden bahsedilmesi elbette mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, intihara alenen teşvik suçunun oluşması için başkalarının intihar ya da intihara teşebbüs etmiş olması aranmaz<sup>155</sup>. Gerçekten ilgili madde hükmünde de suçun oluşumu için intihar ya da en azından intihar girişimi aranmış değildir. Kaldı ki, belirli bir mağdur hedef alınmaksızın, alenen yapılan teşvikten etkilenerek intihar ya da intihara teşebbüs eden kişilerin olup olmadığı ya da kaç kişi olduğunun tespiti hemen hemen imkânsızdır ve buna gerek de yoktur. Maddenin 1. fıkrasındaki suçtan farklı olarak, burada failin hareketinin ferden belli olmayan kişileri intihara teşvik etmeye elverişli olup olmadığı da tartışılmaz. 1. fıkra hareketin hedefinde olan mağdur belli bir kişidir oysa 3. fıkra bakımından failin hareketinin etkisiyle intihar eden ya da intihar girişiminde bulunan kişiler olabileceği gibi böyle bir girişimde bulunmayan kişiler de söz konusu olabilecektir. 84. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen bu suç, TCK'nın 214. maddesinde düzenlenen suç işlemeye tahrik suçuyla benzerlik göstermektedir<sup>156</sup>. Yine alenen gerçekleştirilecek suç işlemeye yönelik

---

<sup>150</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 68; KOCA, s. 30.

<sup>151</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 38.

<sup>152</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 85.

<sup>153</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 38.

<sup>154</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 68. Yazarlar, etkileme niteliği olmayan ifadelerin elverişli sayılamayacaklarını ve bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olacağını belirtmektedirler.

<sup>155</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 68; KOCA, s. 32; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 174; TOROSLU, Özel Kısım, s. 38. Aksi yönde bkz. ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 271.

<sup>156</sup> İntihara alenen teşvik suçunun TCK'nın 214. maddesinde öngörülen suç işlemeye tahrik suçunun özel bir şekli olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; ÖZEN, s. 60.

tahrikin suç teşkil etmesi için, 214. maddede tahrik edilen suçların işlenmesi ya da en azından bunlara teşebbüs edilmesi aranmamaktadır. Kural olarak tahrikin konusunu oluşturan suçun işlenmemiş olması halinde tahrikin hazırlık hareketi sayılması ve cezalandırılmaması gerekirken, kanun alenen tahrik bakımından bu kuraldan ayrılmıştır<sup>157</sup>. Alenen tahrik bir netice doğurmamış olsa dahi cezalandırılmaktadır<sup>158</sup>. Bu anlamda, her iki suç da birer soyut tehlike suçudur<sup>159</sup> ve hareketle korunan hukuki değer tehlikeye konup konmadığı araştırılmayacaktır<sup>160</sup>. Bu halde hareketin tipe uygunluğunun tespiti ile yetinilir, zira hareket yapıldığı sırada zararlı neticenin gerçekleşmesi için gerekli şartların mevcut olup olmadığını denetlemek mümkün değildir<sup>161</sup>. 84. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen intihara alenen teşvik suçu, TCK'nın 216. maddesinde hükme bağlanmış olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuyla kıyaslandığı takdirde de aynı sonuca varılabilir. Nitekim halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda da aleniyet suçun unsurudur, ancak burada tahrik nedeniyle “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike*”nin de ortaya çıkmış olması aranmaktadır. Tehlike şeklindeki netice açıkça kanun metninde tanımlanmakla bu suç somut tehlike suçu niteliği kazanmakta<sup>162</sup> ve bu açıdan intihara alenen teşvik suçundan farklılık arz etmektedir.

Bu noktada, intihara alenen teşvik suçu oluşuktan sonra ayrıca teşvikin etkisiyle intihar eden ya da intihara teşebbüs edenlerin bulunduğu saptanması halinde, failin alenen intihara teşvik suçunun haricinde başkaca bir sorumluluğunun doğup doğmayacağı akla gelebilir. Failin maddenin 1 ve 2. fıkraları uyarınca, intihar ya da intihara teşebbüs eden sayısınca sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>163</sup>. Zira 3. fıkrada hükme bağlanan suç, 1. fıkradaki suçun nitelikli hali veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali değil bu suçtan tamamen farklı ve bağımsız bir suçtur<sup>164</sup>. Unsurları farklı iki suç

---

<sup>157</sup> Bunun nedeninin failin aleni olmasından kaynaklanan kamu barışına yönelik tehdit olduğu hakkında bkz. **TOROSLU**, s. 252. İntihara alenen teşvik suçunun da, suça iştirak düşüncesinin değil, kamunun düzenini, kanundaki ifadeyle kamu barışını korumaya yönelik olarak kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini alenen tahrik etmeyi suç sayan düşüncesinin bir ürünü olduğu yönünde bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 67.

<sup>158</sup> **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 252, 253.

<sup>159</sup> Aynı yönde bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 216. Ancak yazarlar, düzenlemenin bu yönüyle yerinde olmadığını, ceza normunda soyut bir tehlikenin ortaya çıkmasının aranmasının daha yerinde olacağını ifade etmektedirler.

<sup>160</sup> **CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta, İstanbul 2008, s. 256.

<sup>161</sup> **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 138.

<sup>162</sup> **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 257.

<sup>163</sup> Aksi yönde bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 291.

<sup>164</sup> **KOCA**, s. 32.

arasında bu türden bir ilişki kurulması mümkün değildir ve intihara alenen teşvik suçuna ilişkin 3. fıkraya hükmünde, 1 veya 2. fıkralara herhangi bir atıf yapılmamıştır. Bir görüşe göre, alenen teşvik neticesinde intihar olaylarının gerçekleşmesi durumunda faili gerçekleştiren intihar sayısının kasten öldürme suçundan sorumlu tutmak gerekmektedir<sup>165</sup>. Bu görüşe göre, alenen teşvik hareketi fail tarafından bilerek meydana getirilen ön gelen tehlike olarak değerlendirilecek ve gerçekleşen ölümler bakımından fail en azından olası kastla hareket etmiş olduğundan, 83. maddeye göre ihmalen kasten öldürmeden sorumlu tutulabilecektir<sup>166</sup>. Öncelikle failin intihara alenen teşvikinin ön gelen bir tehlike olarak nitelendirilmesi ve failin bu tehlikeden kaynaklanan garantörlüğünden bahsedilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira hareketin ön gelen tehlike olarak nitelendirilebilmesi için, failin bu hareketle bir başkasını yüksek bir koruma ihtiyacının bulunduğu ve yardım olmaksızın kendisini kurtaramayacağı bir duruma sokması gerekmektedir<sup>167</sup>. Oysa ki, burada telkin edici nitelikte olmakla beraber teşvikten sonra intihar edip etmemeye karar verecek ve icraya geçecek olan teşvik edilendir ve teşvik hareketinin teşvik olanın anlama ve isteme yeteneklerini ortadan kaldırdığı söylenemez. Teşvik bir tehlike olarak kendi başına ölüm neticesini meydana getirmeye elverişsizdir. Bu husus, 84. maddedeki suçun seçimlik hareketlerinden biri olarak öngörülen teşvik hareketinin intihara yönlendirmeye elverişli olup olmamasıyla karıştırılmamalıdır. Kişinin intihar etmesi, teşvikin yönlendirmeye elverişliliğinin tespitinde belirleyicidir; ölüm neticesini doğurmaya elverişliliğinin değil. Kaldı ki, intiharın gerçekleşmesi halinde failin 83. madde uyarınca sorumlu tutulacağı kabul edilse dahi, intihara yalnızca teşebbüs edildiğinde failin 83. maddeye teşebbüsten sorumlu olması mümkün gözükmemektedir. Gerçekten, örneğin; trafikte taksirle bir kişiyi yaralayan, mağduru olay yerinde terk eder ve mağdur gerekli tıbbi tedavi yapıldığı takdirde kurtulacakken yapılamadığı için ölürse, fail 83. madde uyarınca kasten ihmali hareketle öldürmeden sorumlu olacaktır. Ancak, failin mağduru terk etmesine rağmen mağdur yaralı olarak kurtulur ya da kurtarılırsa, fail 83. maddeye teşebbüsten değil yalnızca taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Buna göre, intihara alenen teşvik suçundan sonra teşvik olan kişinin intihara teşebbüs etmesi ancak ölmemesi durumunda, fail 83. maddeye teşebbüsten sorumlu tutulamayacağına göre, ihmali hareketle kasten yaralamadan mı sorumlu olacaktır? Öncelikle failin kastı yaralama suçuna ilişkin değildir. Ayrıca intihara teşebbüs eden kişinin teşebbüs sonucunda vücudunda hiçbir fiziksel acının meydana gelmemesi

---

<sup>165</sup> KOCA, s. 32; ÖZEN, s. 60.

<sup>166</sup> KOCA, s. 32.

<sup>167</sup> HAKERİ, s. 161.

veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin hiç etkilenmemiş olması da m¼mk¼nd¼r. Örneğin; kendisini asmaya çalışan bir kişinin boynuna geçirdiği ipin kopması nedeniyle yaşamına son verememesi durumunda yaralama suçunun kanunda öngör¼len neticelerinden hiçbiri gerçekleşmeyebilir. Bu noktada, intihara alenen teşvik suçuyla benzerlik kurulan suç işlemeye tahrik suçunda, tahrikin etkisiyle suç işlenmesi halinde, tahrik eden failin işlenen ya da teřebb¼s aşamasında kalan suçlardan sorumlu tutulacağı gerekçesiyle, intihara alenen teşvik neticesinde meydana gelen intihar veya intihara teřebb¼slerden de teşvik eden failin sorumlu tutulması gerektiği ileri sür¼lebilir. Ancak suç işlemeye tahrik suçunun d¼zenlendiđi 214. maddenin 3. fıkrasında tahrik konusu suçların işlenmesi halinde tahrik eden kişinin bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağı açıkça d¼zenlenmiřtir. D¼zenleme olmasaydı dahi, tahrikin konusunu bir suç oluşturduğundan, iştirak h¼k¼mleri çerçevesinde aynı sonuca varılabilirdi. Ne var ki, b¼ylesi bir d¼zenleme, belirtildiği üzere, 84. maddede yer almadığı gibi, intihar ya da intihara teřebb¼s etmek de suç teşkil etmemektedir. Açıklanan nedenlerle, kanunda aksine bir d¼zenleme yapılmadığı, intihara alenen teşvik suçunu takiben gerçekleşen intihar ya da intihara teřebb¼s olaylarından dolayı failin 84. maddenin 3. fıkrasından başkaca bir sorumluluğu olmayacaktır.

İntihara alenen teşvik suçunun, basın ve yayın yoluyla işlenmesini, bu suçun ağırlaştırıcı hali olarak öngören ve 84. maddenin 3. fıkrasının 2. c¼mlesinde yer alan d¼zenleme y¼r¼rl¼kten kaldırılmıştır<sup>168</sup>. Ancak teşvikin basın, yayın yoluyla alenileştirilmesi m¼mk¼nd¼r ve bu durumda yukarıda da belirtildiği üzere intihara alenen teşvik suçu söz konusu olmaktadır. Alenen teşvik suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken husus, TCK'nın 84/3. maddesi ile Basın Kanunu'nun 20. maddesi arasındaki ilişkidir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 20. maddesi; *“Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu t¼r fillere özendirilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza b¼lgesel s¼reli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın s¼reli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.”* h¼km¼n¼ ihtiva etmektedir. İntihara teşvikin basın ve yayın yoluyla yapılması halinde hangi kanunun ilgili h¼km¼n¼ uygulanacağı konusunda, öğretide farklı gör¼ř ve gerekçeler ileri sür¼lm¼řt¼r. 765 sayılı m¼lga TCK ve 5680 sayılı m¼lga Basın Kanunu<sup>169</sup>,nu esas alan bir gör¼ře

<sup>168</sup> Bkz. 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 10. maddesi.

<sup>169</sup> 5680 sayılı m¼lga Basın Kanunu'nun konuya ilişkin ilgili h¼km¼ olan 32. maddesi, *“İntihar vakaları hakkında haber çerçevesini aşan ve okuyanları tesir altında bırakacak*



göre, intihara ikna ve yardım suçunun belli bir mağdura yönelik olması gerekir. Bu yüzden, okuyanlarda intihar arzusunu uyandıracak yayınların yapılması intihara ikna suçunu oluşturmaz<sup>170</sup>. Yine bu dönemdeki başka bir görüşe göre, Basın Kanunu'nun ilgili maddesi haberle sınırlı olarak uygulama alanına sahiptir. Bir yazı, haber, ilmî veya edebi kaygılardan uzak sadece intihara özendirme amacı güdüyorsa, diğer koşulların da varlığı halinde belirsiz kişilere karşı intihara ikna ve yardım suçunun oluştuğu kabul edilir<sup>171</sup>. İkinci bir görüşe göre, TCK'daki suçtan bahsedilebilmesi için, intihara teşvik niteliğindeki sözlerin alenen sarf edilmesinin yanı sıra bu teşvik neticesinde başkalarının etkilenmesi ve en azından intihara teşebbüs etmeleri aranır. Basın Kanunu madde 20 bakımından ise, yayımın bireyler üzerinde herhangi bir etki doğurup doğurmadığının somut tespitine gerek yoktur<sup>172</sup>. Bu görüş eleştirilerek, suçun basın yoluyla işlenmesi halinde özel hüküm olması nedeniyle Basın Kanunu'nun uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>173</sup>. Farklı bir görüşe göre, özel-genel ve sonraki-önceki kanun ilişkisi çerçevesinde, sonraki genel kanun olan TCK'nın 84/3. maddesi ile önceki özel kanun olan Basın Kanunu'nun 20. maddesi zaten yürürlükten kaldırılmıştır<sup>174</sup>. Yukarıda özetlenen bu görüşlerden, manevi unsur esas alana atıf yaparak konuyu değerlendiren son görüş ise, haber verme hakkı ve haber verme hakkının sınırının aşılması yönlerinden bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, haber niteliği ağır basan bir yazıda haber verme hakkının sınırları taksirle aşılarak okuyucu intihara özendiriliyorsa Basın Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca sorumluluk söz konusu olacaktır. Sınırın kasten aşılması halinde ise fail intihara alenen teşvik suçundan sorumlu olacaktır<sup>175</sup>. Gerçekten de, iki hükümden hangisinin uygulanacağına, manevi unsura bakılarak karar verilmelidir. Basın Kanunu madde 20'nin uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle, bir intihar olayını veya intihar olgusuyla ilgili araştırmaları konu edinen ve haber verme hakkı şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin sınırı aşılmamış olsaydı haber olarak nitelenecek olan bir yazı ve/veya resim söz konusu olmalıdır. Ancak bu yazı veya resmin içeriği veya ifade edilişi ve gösteriliş tarzı, intihara özendirici bir nitelik

---

*mahiyette olan tafsilat ve vakaya müteallik resimlerin yayınlanması yasaktır. Bu madde hükmüne aykırı hareket edenler beş milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.*" şeklindeydi.

<sup>170</sup> **ERMAN/ÖZEK**, s. 77.

<sup>171</sup> **ARTUK**, Mehmet Emin: "Mukayeseli Hukuk", s. 33. Failin, intihara ikna ve yardımdan sorumlu tutulabilmesi için bu yönde kastı olması gerekmektedir. **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 29.

<sup>172</sup> **ŞEN**, s. 272.

<sup>173</sup> **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 174.

<sup>174</sup> **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 180; **ÖZEN**, s. 59.

<sup>175</sup> **KOCA**, s. 31, 32.

taşımalıdır<sup>176</sup>. Bu durumda fail alenen intihara teşvik suçunu işlemeyi istememektedir. İntihara özendirici oluşu nedeniyle hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması söz konusu olduğunda bu şekildeki bir yazı veya resmi yayımlayan para cezasıyla cezalandırılır. Yazar, bir intihar olayı üzerinden yazdığı yazı ile başkalarını da intihara teşvik ettiğini biliyor ve istiyor ise intihara alenen teşvik suçundan sorumlu olacaktır<sup>177</sup>. Nitekim bu durumda, bir hukuka uygunluk nedeninin sınırının kasten aşılması söz konusu olacağından fail kast ettiği suç olan intihara alenen teşvik suçundan ötürü cezalandırılır<sup>178</sup>. Fail artık intihara alenen teşvik etmek kastıyla hareket etmektedir ve teşvik hareketini ilgili yazı ve/veya resimle gerçekleştirmektedir.

#### **b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması**

İntihara alenen teşvik suçundan bahsedilebilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamalıdır. 84. maddenin 1. fıkrasındaki suç için olduğu gibi, intihara alenen teşvik suçu bakımından da TCK'nın 24 ve devamındaki maddelerde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olması mümkün değildir. Bu suçla ilgili olarak, haber verme hakkı hukuka uygunluk nedeni akla gelebilecekse de, fail intihara alenen teşvik etmek kastıyla hareket ettiğinde bu hareketin somutlaştığı yazı ve/veya resmin artık haber olarak nitelenmesi de mümkün olmayacaktır. Bu suç bakımından, edebi eserler, sanat eserleri ya da bilimsel nitelikteki eserlerde intihara teşvik edici ifadelerin bulunması halinde ne olacağı sorusu akla gelebilir. Edebi, sanatsal ya da bilimsel nitelikteki bir eserde, örneğin; bir romanda kahramanın intiharından detaylı olarak bahsedilmesi ya da intihar eden bir kişiyi betimleyen bir tablonun sergilenmesi, intiharla ilgili bir şarkının radyoda çalınması ya da intiharın psikolojik veya sosyolojik açıdan değerlendirilmesi, farklı intihar yöntemlerinin çeşitli istatistiklerinin verilmesi suç teşkil etmemektedir. Gerçekten, haklı olarak belirtildiği gibi, intiharı övmek ya da kurmaca veya gerçek bir kişinin intiharını haklı

<sup>176</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 216.

<sup>177</sup> EREM, s. 495. Konuya benzer şekilde manevi unsur açısından yaklaşan yazara göre, "Gazetecide intihara azmettirme ve intihara yardım kastı yoktur. Gazetecinin kastı alaka çekici haber neşretmektir."

<sup>178</sup> İntihara alenen teşvik suçuyla ilgili olarak, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/1-a(1) maddesine göre; internet ortamında yapılan ve içeriği intihara yönlendirme suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından erişimin engellenmesine kararı verilebileceği de belirtilmelidir.

göstermek dahi teşvik etmek değildir<sup>179</sup>. Ancak bu ve benzeri fiillerin suç teşkil etmemesi bunların sanat ya da bilimsel eser olmalarından kaynaklanmamaktadır, bir başka deyişle intihara alenen teşvik etme hareketi edebi, sanatsal ya da bilimsel nitelikteki eserlerle somutlaştığında hukuka uygun hale gelmektedir denilemez. Pekala, bir eserde yer alan kimi yazılı, sözlü ya da görsel ifadelerle intihara alenen teşvik suçunun işlenmesi mümkündür. Ancak bu halde kitabın, şarkının, filmin ve benzerinin ilgili kısmı veya duruma göre tamamı bakımından artık bunların edebi, sanatsal ya da bilimsel bir eser olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı söylenmelidir. Burada ayırıcı unsur kasttır. İntihara alenen teşvik etme bilinç ve isteğiyle yazılan bir yazı veya çekilen bir film artık eser olma niteliğini de taşımayacaktır denilebilir.

## 2. Manevi Unsur

İntihara alenen teşvik etme suçu kasten işlenebilir. Hükümde suçun taksirli biçimine yer verilmemiştir. Bu suçta genel kast yeterlidir; özel kast aranmamaktadır. Kast; failin, intihar etmeleri için, başkalarını alenen teşvik ettiğini bilmesi ve istemesidir. Kastın kapsamına failin yaptığı teşvikin aleni olduğunu bilmesi ve istemesi de dâhildir<sup>180</sup>. Aksi halde failin suç teşkil etmesi mümkün değildir. Özel kast aranmamaktadır<sup>181</sup> ve suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

## V. İNTİHARA SEVK VEYA MECBUR ETME SUÇU

### A. SUÇUN UNSURLARI

#### 1. Maddi Unsur

##### a. Fiil

TCK'nın 84/4. maddesinde, aynı maddenin 1 ve 3. fıkralarındaki suçlardan farklı ve bağımsız bir suç olarak intihara sevk veya mecbur etme suçu düzenlenmiştir<sup>182</sup>. Gerçekten bu suç maddi unsuru ve yukarıda da belirtildiği üzere, suçun mağduru yönlerinden diğer iki suçtan ayrılmaktadır. Bu nedenle, madde 84/4 hüküm madde 84/1'de düzenlenen suçun nitelikli hali değildir<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> EREM, s. 497.

<sup>180</sup> SANCAR, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, s. 174.

<sup>181</sup> 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 4. maddesinde, intihara yönlendirme suçlarının da dâhil olduğu bazı suçların Kanun'un 1. maddesinde öngörülen amaçlarla işlenmesi halinde 5. madde uyarınca cezaların ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>182</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 69 vd.; ÖZEN, s. 60, 61; TOROSLU, Özel Kısım, s. 36.

<sup>183</sup> Aksi görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 84, 85.

Maddenin 4. fıkrasındaki suçun maddi unsuru iki farklı hipotezden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi, isnat edilebilir olmayan bir kimseyi intihara sevk etmek; ikincisi ise isnat yeteneğine sahip bir kişiyi cebir ya da tehdit kullanarak intihara mecbur etmektir.

Hipotezlerden ilki, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmesidir. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişiler, ceza hukuku anlamında, isnat yeteneği olmayan veya ortadan kaldırılan kişilerdir<sup>184</sup>. TCK'nın 31/1 ve 32/1. maddelerinde “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme*” ve “*davranışlarını yönlendirme*”; 31/2. maddesinde “*fiili algılama*” ve “*davranışlarını yönlendirme*”; 84/4. maddesinde ise “*işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama*” yeteneklerinden söz edilmektedir. Esasında ilgili maddelerde, isnat edilebilirliğin özünü oluşturan ‘anlama ve isteme yeteneği’nden bahsedilmektedir<sup>185</sup>. Madde 84/4’e göre, işlediği fiilin; yani intiharın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği, bir diğer ifadeyle anlama ve isteme yeteneği gelişmemiş, bu yeteneğe sahip olmayan bir kişinin intihara sevk edilmesi söz konusu olmaktadır. İntihar etmenin anlamını ve gerçekleştirdiği hareket neticesinde yaşamına son vereceğini bilmeyen veya intihar yönündeki hareketlerini serbestçe belirleyip kendi yargısına göre yapması gerekli olanı isteyemeyen, bu yeteneklerden her ikisine birden sahip olmayan<sup>186</sup> bir kişi, intihara sevk edildiğinde, sevk eden fail TCK'nın 84/4. maddesi uyarınca kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur.

Buna göre, isnat yeteneği olmayan ve 84. maddenin 4. fıkrasındaki suçun mağduru olabilecek kişiler, öncelikle, intihar ettiği ya da intihar girişiminde bulunduğu tarihte, 12 yaşından küçük çocuklar ve 12 yaşını doldurmuş 15 yaşını doldurmamış olup da intiharla ilgili olarak anlama ve isteme yeteneği yeterince gelişmemiş çocuklar olmaktadır<sup>187</sup>. Buna paralel olarak, sağır ve dilsizler yönünden ise, TCK madde 33’e göre, 15 yaşından küçük çocuklar ve 15 yaşını doldurmuş olmakla beraber 18 yaşını doldurmamış, intiharla ilgili olarak anlama ve isteme yeteneği yeterince gelişmemiş çocuklar suçun mağduru olabilecektir. Bu kategoriye aynı şekilde, tam veya kısmi akıl hastaları da dâhil olabilirler. Ancak bunun için, özellikle kısmi akıl hastalarının 12 yaşını doldurup 15 yaşını doldurmamış

<sup>184</sup> İCK’da da ilgili 580. maddenin 4. cümlesinde benzer bir şekilde; “*Ancak, yukarıda bahsedilen kişi 14 yaşından küçük veya her durumda anlama ve isteme yeteneğinden yoksun ise, öldürmeye ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmü yer almaktadır.

<sup>185</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 368, 369.

<sup>186</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 369.

<sup>187</sup> Aynı yönde bkz. ÖZEN, s. 61.

olan çocuklar bakımından olduğu gibi, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş oluşu, süje tarafından ortaya konan somut intihar ya da intihara teşebbüs yönünden değerlendirilmelidir. Zira isnat edilebilirliğin bir fiil yönünden mevcut olmasına karşın, bir başka fiil yönünden mevcut olmaması mümkündür<sup>188</sup>.

İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmeleri de 4. fıkradaki ilk hipoteze girmektedir. Bu kişiler geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle isnat yeteneği ortadan kalkanlardır. Doktrinde bir görüşe göre, madde hükmünde isnat yeteneğinin ortadan kalkmasından değil kaldırılmasından söz edildiğinden, isteyerek uyuşturucu, uyarıcı madde ya da alkol kullanarak bunların etkisi altında kalan kişinin intihara sevk edilmesi halinde, fail maddenin 4. fıkrasından değil duruma göre 1 ya da 2. fıkrasından sorumlu olacaktır<sup>189</sup>. Fıkra ile güdülen amacın, isnat edilebilir olmayan kişilerin bu durumlarından faydalanarak intihar etmelerini sağlayanların çok daha ağır bir şekilde cezalandırılmalarını sağlamak olduğu düşünüldüğünde, intihara sevk edilen kişilerin uyuşturucu, uyarıcı madde ya da alkolü kendi istekleriyle almış olup olmadıklarının bir önemi bulunmamalıdır<sup>190</sup>. Bu ayırım, uyuşturucu, uyarıcı madde ya da alkol etkisi altındaki kişiye karşı değil bu kişi tarafından bir suç işlendiği durumda önem taşır. Aksi halde, örneğin; öldürme suçunun kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi şeklindeki ağırlaştırıcı nedeninin, kendi iradesiyle uyuşturucu ya da alkol kullanıp bunun etkisiyle kendisini savunamayacak duruma düşen kişiyi öldüren fail hakkında uygulanmaması gerektiğinin kabulü gerekir. Ancak madde hükmünde geçen ‘ortadan kaldırılan’ ifadesi, failin intihara sevk ettiği mağdurun sevk hareketinden önce isnat edilebilirliğini de kaldırması gerektiği şeklindeki, yukarıda bahsedilen yorumu yapmayı olanaklı kılmaktadır. Bu nedenle, hükmün isnat yeteneği; fıkradaki ifadeyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ortadan ‘kalkmış’ şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Birinci hipoteze göre, suç teşkil eden bir fiilden bahsedilebilmesi için, isnat yeteneği olmayan ya da kalkmış olan mağdurun intihara sevk edilmesi gerekmektedir. Sevk; sözlükte, sürükleme, itme olarak tanımlanmıştır<sup>191</sup>. Bir tanıma göre, sevk etmek; kişinin çeşitli yollarla kandırılıp intiharının

<sup>188</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 370.

<sup>189</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70. Mağdurun alkol ya da uyuşturucu maddeyi iradesi dışında almış olması gerektiği hakkında bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 86. Ancak yazarlar, mağdurun iradesi dışında aldığı alkol ya da uyuşturucuyu, mağdura, madde 84/4’teki suçun failinin bizzat vermesinin gerekip gerekmediği konusunda görüş bildirmemektedirler.

<sup>190</sup> Aynı yönde bkz. ÖZEN, s. 61.

<sup>191</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5443b-f6aacc5df3.65458110](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5443b-f6aacc5df3.65458110)

sağlanmasıdır<sup>192</sup>. Ancak, kandırma ve hile halinde aşağıda açıklanacağı üzere, fail yine kasten öldürme suçundan sorumlu olacaksa da, bu sorumluluk 84. maddenin 4. fıkrası delaletiyle olmayacaktır. İntihara sevk etmek; kişinin intihara itilmesidir ve sevk etme için kişinin intihar etmesinin asıl nedeni olmanın yeterli olduğu ifade edilmiştir<sup>193</sup>. Buna göre, isnat yeteneği olmayan ya da kalkmış olan kişinin intihara sevk edilmesi için kişiye cebir ya da tehdit uygulanması veya hileyle intihar etmesinin sağlanması gerekmediği gibi, cebir veya tehdit kullanıldığı takdirde, isnat yeteneği olsun ya da olmasın, mağdur intihara sevk edilmiş değil, mecbur edilmiş olduğundan 4. fıkradaki ikinci hipotez söz konusu olacaktır<sup>194</sup>.

84. maddenin 4. fıkrasında suçun maddi unsuru teşkil eden ikinci hipotez ise, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etmektir. Cebir için kişiye karşı fiziki bir güç kullanılması ve böylece mağdurun intihar ettirilmesi gerekir<sup>195</sup>. Maddi cebirde, mağdur intihar etmek zorundadır; çünkü icbar edene mecbur olmakla bir iradesinin olduğundan bahsedilemez<sup>196</sup>. Tehdit ise, bir kimsenin kendisine veya bir yakınına, haksız bir zarara uğratılacağından söz edilerek korkutulması<sup>197</sup>, gelecekteki ağır bir kötülüğün muhtemel gösterilmesi yoluyla intihara mecbur bırakılmasıdır<sup>198</sup>. Maddi cebirden farklı olarak manevi cebir; yani tehditte ise, mağdur kendisini tehdit eden faile mutlak anlamda mecbur değildir; bir diğer ifadeyle mağdurun zorlanmış olsa da hala bir iradesi vardır ve hareket, maddi cebirden farklı olarak mağdura ait olmaya devam etmektedir<sup>199</sup>. Bu açıdan, tehdit, kişiyi intihar ettirmeye elverişli olmalıdır ki, kişi intihar etmeye zorlanmış, mecbur edilmiş olsun<sup>200</sup>. Tehdidin konusunu oluşturan gelecekteki kötülüğün gerçekleştirilmesinin failin iradesine bağlı olması gerekir<sup>201</sup>. İntihara mecbur etmenin gerçekleştiğinin kabulü için, failin hareketiyle, intiharın asıl nedenini oluşturması aranmalıdır<sup>202</sup>. Hile ise, suçun maddi unsurunu oluşturan ikinci hipoteze dâhil edilmemiştir. Bu nedenle, mağdurun hile ile kandırılması ve hataya düşürülmesi suretiyle kendini

---

<sup>192</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 69.

<sup>193</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 39.

<sup>194</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 69.

<sup>195</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 217; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 86; TOROSLU, Özel Kısım, s. 39.

<sup>196</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70.

<sup>197</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 217; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 87; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70.

<sup>198</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 39.

<sup>199</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 233.

<sup>200</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70.

<sup>201</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 76.

<sup>202</sup> TOROSLU, Özel Kısım, s. 39.

öldürmesinin sağlanması, madde 84/4'ün kapsamına girmemektedir. Ancak böyle bir düzenlemeye esasında gerek de yoktur. Zira aşağıda da açıklanacağı üzere, maddenin 4. fıkrasındaki hüküm, dolaylı faillik kurumuna benzemektedir ve fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır. Hile, hatta cebir ya da tehdide veya isnat edilebilir olmayan kişilerin intihara sevk edilmelerine ilişkin bağımsız bir suça vücut veren böylesi bir hüküm olmasaydı dahi, failin, ceza hukukunun genel ilkeleri ve dolaylı faillik kurumu çerçevesinde kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı sonucuna varılabilir<sup>203</sup>. Nitekim failin dolu olduğunu bildiği halde, boş olduğunu belirterek mağdura bir silah vermesi ve ona silahı başına dayayarak tetiği çekmesini söylemesi sonucunda, failin dediklerini yapan mağdurun kendini öldürmesi örneğinde, failin kasten öldürme suçundan sorumlu olacağı aşikârdır<sup>204</sup>.

Gerçekten de, 84. maddenin 4. fıkrasındaki suçun gerçekleşmesi halinde fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır. Bu fıkra, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, özünde zaten adam öldürme suçunun bir işleniş biçimidir<sup>205</sup>. Bu görüşe göre, 4. fıkroda belirtilen iki hipotez de adam öldürme suçunun öldürülmek istenen kişinin araç olarak kullanılması, bir diğer ifadeyle dolaylı faillik suretiyle işlenmesidir<sup>206</sup>. TCK'nın 37/2. maddesi uyarınca, isnat edilebilir olmayan bir kimseyi intihara sevk eden ya da isnat yeteneğine sahip bir kişiyi cebir ya da tehdit kullanarak intihara mecbur eden failin aslında kasten öldürme suçunun dolaylı faili olduğu ileri sürülmüştür<sup>207</sup>. Isnat yeteneği olmayan, cezalandırılmayan ya da kusurlu sayılamayan bir kişinin, bir suçu işlemeye maddi bir araç olarak kullanılması dolaylı failliği ortaya çıkarmaktadır<sup>208</sup>. İntihar etmek suç değildir ancak intihara sevk etme ya da mecbur etme hipotezleri bakımından, kişinin maddi bir araç olarak kullanılması suretiyle kendisine işletilen suç, özünde kasten

---

<sup>203</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZEN**, s. 65; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 173. 765 sayılı mülga TCK'nın intihara ikna ve yardım suçunun düzenlendiği 454. maddesinde de, böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, isnat yeteneği olmayan ya da kaldırılanın, cebir ya da tehdit kullanılarak zorlananın intihar ettirilmesi halinde, basit veya nitelikli öldürme suçunun söz konusu olacağı belirtilmekteydi. **ARTUK**, "Mukayeseli Hukuk", s. 24; **DÖNMEZER**, s. 102; **EREM**, s. 501. Ne var ki, yazar bu konuda bir düzenleme bulunmayışını eksiklik olarak görmektedir. **EREM**, s. 501. Ancak cebir veya tehdide başvurma intihara ikna anlamına geldiği şeklinde de görüş mevcuttur. **ERMAN/ÖZEK**, s. 77.

<sup>204</sup> **LATTANZI/LUPO**, s. 201. Hile ile işlenen suçun adam öldürme olduğu şeklindeki aynı yöndeki görüş için bkz. **EREM**, s. 494, 498.

<sup>205</sup> **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 39.

<sup>206</sup> **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 69; **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 39. Gerekçede de bu fıkra ile kasten öldürme suçunun dolaylı faillik şeklinde işlendiği ifade edilmektedir.

<sup>207</sup> **KOCA**, s. 38; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 173.

<sup>208</sup> **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 304.

öldürme suçudur. Yalnızca burada, mağdur aynı zamanda hareket kendisine yaptırılan kişi olmaktadır. Bu nedenle, madde 84/4'teki düzenlemenin, dolaylı faillik müessesesinin kendine has bir görünümü olduğu tespiti yerindedir<sup>209</sup>. Bu doğrultuda, 84. maddenin 4. fıkrasındaki düzenleme olmasaydı da aynı sonuca varılabileceğinden, ağırlaştırıcı nedenler, teşebbüs ve içtima konusunda tartışma yaratan bu düzenlemenin hiç yapılmamış olmasının ya da örneğin, farklı bir ceza öngörülme istenseydi veya kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenlerinin bu hipotezlere uygulanması istenmeseydi, hükmün kasten öldürme suçu içerisinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı düşünülebilir<sup>210</sup>. Ancak 84/4. maddenin hâlihazırda ayrıca düzenlenmiş olması karşısında, artık dolaylı faillik müessesesinden bahsetmeye gerek olmadığı ve failin kasten öldürme suçunun dolaylı faili değil, 84/4. maddedeki suçun doğrudan faili olduğu da belirtilmiştir<sup>211</sup>. Gerçekten de TCK'nın 84/4. maddesindeki mevcut düzenleme nedeniyle, isnat edilebilir olmayan bir kimseyi intihara sevk eden ya da isnat yeteneğine sahip bir kişiyi cebir ya da tehdit kullanarak intihara mecbur eden faili artık bu bağımsız suçun doğrudan faili kabul etmek gerekir. Failin sorumluluğunun kasten öldürme suçu hükümlerine göre belirlenecek olması veya bu düzenleme olmasaydı da aynı sonuca dolaylı faillik kurumuyla ulaşılabilecek olması bundan ayrı bir konudur. Bu doğrultuda, 84/4. maddedeki suçun mağduru çocuk ya da akıl hastası olduğunda, bu kişilerin kanunun deyimiyle 'kusur yetenekleri' de bulunmayacağından, dolaylı faillik hükümleri nedeniyle, failin cezasının TCK madde 37/2'nin 2. cümlesi uyarınca, üçte birden yarısına kadar arttırılacağı şeklindeki görüş yerinde değildir<sup>212</sup>.

Maddenin 4. fıkrasındaki bu suç ancak icrai nitelikte bir hareketle işlenebilir. Ayrıca suç neticeli bir suçtur<sup>213</sup>. Bu anlamda, failin intihara sevk ya da mecbur etme şeklindeki hareketlerinin etkisiyle mağdurun intihar etmesi yani yaşamına son vermesi gerekir<sup>214</sup>. Aksi halde failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacak olmasını açıklamak imkânsızdır. Ayrıca maddede "*intihara mecbur edenler*" denildiği için de failin kasten öldürme suçundan cezalandırılabilmesi için intiharın gerçekleşmesi gerektiği

---

<sup>209</sup> ÖZEN, s. 52.

<sup>210</sup> Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 173.

<sup>211</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 89; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 184. Yazarlar kanun koyucunun buradaki amacının failin cezasının ağırlaştırmak olduğunu belirtmektedirler. Ne var ki bunun yerine, bu konuda öldürme suçu içerisinde düzenlenebilir veya yürürlükteki düzenlemede kasten öldürme suçuna atıf yapmak yerine yalnızca daha ağır bir ceza öngörülmesi de tercih edilebilirdi.

<sup>212</sup> Aksi yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 184.

<sup>213</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70.

<sup>214</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70; TOROSLU, Özel Kısım, s. 39.



ifade edilmiştir<sup>215</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, intihara sevk edilen kişi intihar girişiminde bile bulunmasa dahi failin kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekir<sup>216</sup>. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, cezalandırılabilir bir teşebbüsün başlangıcı mağdurun en azından intihar girişiminde bulunmuş olmasını gerektirir<sup>217</sup>.

Burada önemli bir husus, failin fiili nedeniyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacak olmasının hükme bağlanmış olması karşısında, kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenlerinin de gerçekleşmesi halinde bunların faille uygulanacak olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, 81. maddenin müeyyide hükmüne göndermede bulunulmuştur. Aynı durumda olanlar bakımından çelişkili bir durum yaratılmış olmakla beraber, fail hakkında 82. maddede yer alan şiddet nedenleri değil 81. madde hükmü yani basit adam öldürme hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>218</sup>. Ancak 84. maddenin 4. fıkrası, failin kasten öldürme suçunun cezasından değil ‘kastan öldürme suçundan’ sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Bu nedenle, olayda, 82. maddede öngörülen ağırlaştırıcı nedenlerden bir veya birkaçı mevcut olduğunda, failin sorumluluğunun, bunların dikkate alınması suretiyle ağırlaştırılması gerekir<sup>219</sup>. Gerçekten örneğin; töre saikiyle, tehdit edilerek bir kişinin intihara etmeye mecbur bırakılması durumunda failin sorumluluğu TCK’nın 81. maddesine göre değil, 82/1-k maddesine göre belirlenmelidir<sup>220</sup>. Bu noktada, 82/1. maddenin (e) bendine ayrıca değinmek gereklidir. Buna göre, kasten öldürme suçunun, “Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesi suçu ağırlaştırıcı bir nedendir. 84/4. maddede öngörülen ilk hipoteze göre, isnat yeteneği olmayan ya da kalkmış olan mağdurun intihara sevk edilmesi gerekmekte ve bu durumda suçun mağduru 12 yaşından küçük çocuklar ve 12 yaşını doldurmuş 15 yaşını doldurmamış olup da intiharla ilgili olarak anlama ve isteme yeteneği yeterince gelişmemiş çocuklar, duruma göre tam veya kısmi akıl hastaları ve isnat yeteneği kaldırılan kişiler olabilir. Dikkat edilirse, çoğunlukla, anılan kişilerin “çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi” hipoteziyle örtüşeceği söylenebilir. 84/4. maddedeki suçun oluşumu için bu kişilerin intihara sevk edilmesinin gerekmesi nedeniyle, failin kasten öldürme suçuna göre sorumluluğunun belirlenmesinde, mağdurun bir kez daha dikkate alınarak cezanın ağırlaştırılacak olması eleştirilebilir. 4. fıkradaki hükmün hiç düzenlenmemiş olması veya kasten öldürme suçunun bünyesinde hükme bağlanması gerektiği yönündeki eleştirileri tekrar haklı çıkarmakla beraber,

<sup>215</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 173.

<sup>216</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182.

<sup>217</sup> Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 173.

<sup>218</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 71.

<sup>219</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182, 183.

<sup>220</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182.

hâlihazırdaki durum ve 84/4. maddede failin “*kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı*”nın belirtilmesi karşısında, isnat yeteneği olmayan ya da kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmesi halinde, failin cezasının, çoğunlukla 82/1-e maddesine göre ağırlaştırılmasının gerekeceği sonucuna varılmaktadır.

### **b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması**

Hukuka uygunluk nedenleri, TCK'nın 84. maddesinin 4. fırcasında düzenlenen suçla bağdaşmamaktadır<sup>221</sup>. Suçun faili kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacak olmakla beraber, kasten öldürme suçu için geçerli olabilecek meşru savunma ya da zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk nedenlerinin, isnat yeteneği olmayan ya da ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmesi veya cebir ya da tehditle bir kişinin intihara mecbur edilmesi bakımından da söz konusu olacağını söylemek mümkün gözükmemektedir.

## **2. Manevi Unsur**

İntihara sevk ya da mecbur etme suçunun manevi unsuru kasttır. Bu suçta kast, failin, isnat yeteneği olmadığını veya ortadan kaldırıldığını bildiği bir kişiyi intihara sevk etmek veya herhangi bir kimseyi cebir ya da tehdit kullanarak intihara mecbur etmek bilinç ve iradesine sahip olması gerekli ve yeterlidir<sup>222</sup>. Özel kast aranmamaktadır<sup>223</sup>. Suçun taksirli şekline kanunda yer verilmediği gibi, olası kastla işlenmesi de mümkün değildir<sup>224</sup>.

## **VI. İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇLARININ ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ**

### **A. Teşebbüs**

Doktrindeki genel kabule göre, 84/1. maddedeki suça teşebbüs mümkün değildir<sup>225</sup>. Suçun oluşumu için mağdurun intihar girişiminde bulunmasının

<sup>221</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70.

<sup>222</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 70, 71; TOROSLU, Özel Kısım, s. 39, 40.

<sup>223</sup> 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 4. maddesinde, intihara yönlendirme suçlarının da dâhil olduğu bazı suçların Kanun'un 1. maddesinde öngörülen amaçlarla işlenmesi halinde 5. madde uyarınca cezaların ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. 84/4. madde uyarınca failin sorumluluğunu belirlemede esas alınacak olan kasten öldürme suçu da 4. maddede sayılmaktadır.

<sup>224</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 71.

<sup>225</sup> 765 sayılı TCK döneminde de, genel olarak, kanunun 454. maddesinde düzenlenen intihara ikna ve yardım suçuna teşebbüs edilemeyeceği belirtilmekteydi. Bu yönde bkz. ARTUK, “Mukayeseli Hukuk”, s. 23, 24, 49, 50; DÖNMEZER, s. 101; EREM, s. 500. Aksi yöndeki görüş için bkz. ERMAN/ÖZEK, s. 78, 79.

geremediği ve suçun sırf hareket suçu olduğunu belirtenler, failin hüküme sayılan hareketlerden bir veya birkaçını gerçekleştirilmesiyle suçun tamamlanacağını, bu nedenle suça teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmektedirler<sup>226</sup>. Bu yazarlardan kimilerine göre teşebbüs, ancak icra hareketleri parçalara bölünebildiğinde, azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya yardım etme hareketlerine vücut veren yazı, söz ve benzerinin mağdura ulaştırılmadan önce ele geçirilmesi ve engellenmesi halinde mümkündür<sup>227</sup>. Madde 84/1'deki suç için mağdurun intihar girişiminde bulunması aranacak olsa da sonuç değişmemektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, intihar girişiminin aranmasının gerekliliği, bunun failin hareketlerinin elverişli olup olmadığını ortaya koyacak olmasından kaynaklanmaktadır. Mağdur intihar girişiminde bulunmadığı süre, sadece normda öngörülen hareketlerin fail tarafından gerçekleştirilmesi teşebbüs olarak nitelenemez. Zira hareketlerin elverişli olup olmadıkları bilinemeyeceğinden, madde 35 çerçevesinde, suçun 'elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlandığı' da ileri sürülemez. Bu açıdan, örneğin; içeriğiyle failin mağdurun intihar kararını kuvvetlendirmeye çalıştığı bir mektubu mağdura yollaması, ancak mektubun mağdura ulaşmadan bir başkasınca ele geçirilmesi halinde failin suça teşebbüs ettiği yine söylenemeyecektir.

Mağdurunun intiharının gerçekleşmesi halini ayrıca hükme bağlayan 2. fıkra teşebbüsün mümkün olup olmadığına yönelik görüşler ise, özünde 1. fıkradaki suçun işlenmesi için mağdurun intihar girişiminde bulunmasının aranıp aranmayacağına dair ulaşılan yargıya dayanmaktadır. 1. fıkradaki suç sırf hareket suçu olarak niteleyen görüşlerden birine göre, failin hareketlerinin etkisiyle mağdur intihar etmeye çalışır ancak kurtulursa, 2. fıkranın aradığı ölüm neticesi gerçekleşmemiş olduğundan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs edildiği kabul edilebilecektir<sup>228</sup>. Aksine, 1. fıkradaki suçtan söz edilebilmesi için, mağdurun intihar girişiminde bulunmasının gerektiği kabul edildiğinde, 2. fıkradaki duruma teşebbüs de söz konusu olmayacaktır; çünkü failin sorumluluğu intihar gerçekleştiyse 2. fıkra göre, mağdur intihar girişiminde bulduysa ancak ölmediyse 1. fıkra göre belirlenecek olup mağdurun intihar girişiminde bile bulunmadığı durumda failin ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 87; KOCA, s. 37; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 183-184.

<sup>227</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 184; ÖZEN, s. 50.

<sup>228</sup> Bu yönde bkz. KOCA, s. 37.

<sup>229</sup> Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 218; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 173, 175-177.

84. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen intihara alenen teşvik suçu bakımından ise, teşvik hareketinin etkisiyle bir veya daha fazla kişinin intihar etmesinin ya da intihar girişiminde bulunmasının gerekmediği yukarıda belirtilmişti. Bu açıdan, bu suça teşebbüs, intihara teşvik edici nitelikteki yazıların bulunduğu bir afişin herkesin görebileceği bir yere asılmak üzereyken failin kolluk kuvvetlerince engellenmesi örneğinde olduğu gibi, son derece sınırlı durumlarda söz konusu olabilir. Bunun dışında, neticesiz bir suç olan intihara alenen teşvik suçuna teşebbüs mümkün değildir<sup>230</sup>.

Son olarak, 84/4. maddede öngörülen suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Gerçekten, isnat yeteneği olmayan ya da kaldırılan kişinin intihara sevk edilmesi veya bir kişinin cebir veya tehditle intihara mecbur edilmesi halinde, hüküm faili kasten öldürme suçundan sorumlu tutmaktadır. Failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulabilmesi için de, yukarıda da belirtildiği üzere ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ölüm neticesi gerçekleşmemekle beraber mağdurun intihar girişiminde bulunması halinde ise, failin sorumluluğu bir bütün olarak kasten öldürme suçuna göre belirleneceğinden ve bu suç bağımsız olarak düzenlenmemiş olsa idi, dolaylı faillik kurumu çerçevesinde de failin sorumluluğu yine kasten öldürme suçuna göre belirleneceğinden, failin kasten öldürme suçuna teşebbüs ettiği söylenebilir<sup>231</sup>. Ancak, aksi yönde görüş bulunmakla beraber<sup>232</sup>, mağdurun intihar girişiminde dahi bulunmaması halinde kasten öldürme suçu açısından cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin varlığı kabul edilmeli ve fail teşebbüsten sorumlu tutulmamalıdır. Zira bu durumda, intihara sevk etme ya da cebir veya tehdit kullanarak intihara mecbur etme hareketlerinin mağdurun yaşamını tehlikeye koymak açısından elverişli oldukları söylenemez.

## B. İştirak

İntihara yönlendirme suçları iştirak bakımından herhangi bir özellik taşımamaktadır<sup>233</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, intihara ikna veya yardım suçu bakımından seçimlik olarak öngörülen hareketler olan intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve intihara yardım etme, iştirak kalıpları esas alınarak düzenlenmiş olmakla

<sup>230</sup> Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 68.

<sup>231</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 217; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 87; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 177.

<sup>232</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 182.

<sup>233</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 218; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 177.

beraber, bu hareketlerden bir veya birkaçını gerçekleştiren fail bir başkasının intiharına iştirak etmiş olmamaktadır. Zira intihar etmek suç değildir ve bu hareketler kanunda intihara ikna veya yardım etme şeklindeki bağımsız suçun seçimlik hareketleri olarak öngörülmüşlerdir.

Ne var ki, intihara ikna veya yardım suçu ve bu arada intihara alenen teşvik ve intihara sevk ya da mecbur etme suçları bakımından iştirakin her şekli gerçekleşebilir<sup>234</sup>. Öncelikle, 84. maddenin ilgili fıkralarındaki her suç tipi bakımından, bu suçlardaki tipik fiili birlikte gerçekleştirenlerin her biri TCK'nın 37/1. maddesi uyarınca müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Örneğin; intihar edecek kişinin intihar sırasında kullanacağı araçları birlikte hazırlayan diğer iki kişi, yardım etme hareketi bakımından müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır<sup>235</sup>. Doktrinde, intihara ikna veya yardım suçu bakımından, intihara azmettirme, teşvik etme ve intihar kararını kuvvetlendirme hareketlerinin manevi nitelikte olmalarından bahisle bu hareketler üzerinde, müştereken fiili hâkimiyet kurmanın mümkün olmadığı, bu hareketlerin sadece failin bedensel davranışlarıyla icra edilebilen hareketler olduğu gerekçeleriyle, müşterek failliğin mümkün olmadığı belirtilmiştir<sup>236</sup>. Ancak, iştirak iradesinin mevcudiyeti halinde, iki veya daha fazla kişinin birlikte bir başkasını intihar etmeye azmettirmeleri, teşvik etmeleri veya var olan intihar kararını kuvvetlendirmeleri pekâlâ mümkündür. Örneğin; her iki failin de önceden kararlaştırdıkları plan dâhilinde, intihar etmeyi hiç düşünmeyen bir kişiye intihar kararını verdirmek üzere, onunla birbirlerini destekleyerek konuşmaları ve bu suretle intiharın ilk ve etkili psikik nedenini oluşturmaları durumunda, failerin azmettirme hareketi ve fiil üzerinde ortak hâkimiyetleri olmadığını söylemek güçtür. Yine, iki failin birlikte intiharı telkin edici nitelikteki bir konuşmayı içeren videoyu hazırlamaları ve herkesin erişebileceği şekilde bir paylaşım sitesine yüklemeleri halinde, her ikisinin de müşterek fail olarak alenen intihara teşvik etme suçundan sorumlu olacaklarını söylemek gerekir.

İştirakin diğer türleri olan azmettirme ve yardım etme de intihara yönlendirme suçlarının hepsi bakımından söz konusu olabilir<sup>237</sup>. Gerçekten örneğin, bir kişinin bir başkasının intiharına yardım etmeye azmettirilmesi halinde, azmettiren madde 84/1'deki suça, madde 38 delaletiyle azmettirmeden sorumlu olacaktır<sup>238</sup>. Yine bir kişiyi intihara alenen teşvik suçunu işlemeye teşvik eden kişinin sorumluluğu, madde 84/3 ve 39/2-a

<sup>234</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88.

<sup>235</sup> KOCA, s. 38.

<sup>236</sup> KOCA, s. 38; ÖZEN, s. 52.

<sup>237</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 184.

<sup>238</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88.

uyarınca; 10 yaşındaki bir çocuğu intihara sevk eden kişiye yardım eden kişinin sorumluluğu ise madde 84/4 ve duruma göre madde 39/2-b veya (c) uyarınca belirlenecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, intihar girişiminde bulunan ancak hayatta kalan mağdurun, intiharına yardım eden faili, kendisine yardım etmesi konusunda azmettirmesi durumu, fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesi mümkün olmadığından, iştirak kapsamında değerlendirilemez<sup>239</sup>.

### C. İctima

İntihara yönlendirme suçları ve içtima bakımından özellikle zincirleme suç konusu üzerinde durulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK ile birlikte, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı suçlar, kanunun 43/3. maddesinde sayılı olarak belirtilmiş olup bunlar; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarıdır. Buna göre, sayılı suçlar haricinde ve bu arada intihara yönlendirme suçlarının bazıları bakımından, şartları gerçekleştiği takdirde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği söylenmelidir. Ancak, doktrinde haklı olarak, kasten öldürme suçuna zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacak oluşunu gerektiren nedenlerin intihara yönlendirme suçları bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir<sup>240</sup>. Bu açıdan, 84. maddede düzenlenen suçların da istisna kapsamında tutulması daha isabetli olurdu.

84. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç bakımından, ölüm neticesinin gerçekleşmesi de aranmadığından, madde 43/1 çerçevesinde, aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında olmak şartıyla, aynı kişinin değişik zamanlarda intihara azmettirilmesi, teşvik edilmesi, intihar kararının kuvvetlendirilmesi veya intiharına yardım edilmesi mümkündür<sup>241</sup>. Örneğin; intihara azmettirilen mağdurun intihar girişiminde bulunup sağ kurtulmasından bir süre sonra, tekrar intihar etmek istediğinde, kendisine aynı fail tarafından bu kez yardım edilmesi durumunda, faile zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, 1. fıkrada öngörülen birden çok seçimlik hareketin, failin intihar kararını kuvvetlendirdiği mağdura akabinde intihar ederken kullanacağı ilacı da temin etmesi gibi, tek bir hedefe yönelik ve aralarında önemli bir zaman aralığı bulunmayacak şekilde gerçekleştirilmesi halinde, tek bir fiilin söz konusu olacağı ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına yol açacak

<sup>239</sup> ERMAN/ÖZEK, s. 80.

<sup>240</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 185.

<sup>241</sup> Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 177. Yazarlar, suçun farklı zamanlarda "aynı kişiye karşı" işlenemeyeceği gerekçesiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmektedirler.

içtimai bir durumun da gerçekleşmeyeceğidir<sup>242</sup>. İntihara teşvik edildikten sonra intihar etmeye çalışan ancak kurtarılan mağdurun daha sonra tekrar intihar etmeye azmettirilmesi ve azmettirme üzerine bu kez yaşamına son vermesi örneğinde ise 84. maddenin hem 1. fıkrası hem de 2. fıkrası gündeme gelecektir. Burada da, failin ceza sorumluluğu belirlenirken 43/1. madde hükmünün uygulanması mümkündür. 43/1. maddenin 3. cümlesinde, “*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.*” ifadesi yer almaktadır. (4. maddenin 2. fıkrası suçun nitelikli hali kabul edildiğinde bu açıdan bir sorun yoktur. Ancak madde 84/2’nin 1. fıkradaki suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul edilmesi durumunda ne olacaktır? 43/1. madde hükmünde, suç ile suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin ‘aynı suç’ sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. Ancak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin de bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Buna göre, mağdurun ikinci kez intihar girişiminde bulunması ve bu kez ölmesi durumunda, zincirleme suça ilişkin artırım yapıldıktan sonra netice sebebiyle ağırlaşan hale ilişkin hükmün uygulanacağı ileri sürülmüştür<sup>243</sup>. Ancak burada, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç için öngörülen cezanın esas alınarak bundan sonra zincirleme suç hükümlerinin uygulanması daha isabetli olacaktır. Nitekim zincirleme suç kapsamındaki suçlardan bir kısmı tamamlanmış bir kısmı teşebbüs halinde kalmışsa tamamlanmış suçun; ağırlaştırıcı neden taşıyanı varsa bunun cezası esas alınmakta daha sonra zincirleme suç hükmü uyarınca ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılmaktadır<sup>244</sup>. Doktrinde 43. maddenin 2. fıkrasının da 84. maddenin 1 ve 2. fıkraları için uygulanabilir olduğu görüşü hâkimdir. Belirli birden fazla kişiye tek bir intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ya da yardım etme hareketinin yapılması durumunda, faile bir tek hareketinden dolayı ceza verilir ve bu ceza arttırılır<sup>245</sup>. Ancak, failin hareketini yönelttiği mağdurların belli kişiler olması önem arz eder, aksi halde şartları gerçekleştiği takdirde 84. maddenin 3. fıkrasındaki intihara alenen teşvik suçu gündeme gelebilir.

Alenen intihara teşvik suçunun birden fazla işlenmesi halinde ise, mağdurun intihar etmeye alenen teşvik edilen gayri muayyen, yani birden çok sayıdaki ve belirsiz kişiler olması, madde 43/1’in ilk cümlesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesinin aradığı

<sup>242</sup> Bu yönde bkz. **SANCAR**, Türkan Yalçın: “Yeni Türk Ceza Kanunda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 70, 2007, s. 250.

<sup>243</sup> **KOCA**, s. 39. Yargıtay’ın bu yönde kararı da mevcuttur. Karar için bkz. **DOĞAN**, s. 270, 271.

<sup>244</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 494.

<sup>245</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 87, 88; **KOCA**, s. 38; **ÖZEN**, s. 53; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 177. Aksi yönde bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 184, 185.

şartlardan olan suçun “*aynı kişiye karşı*” işlenmesini imkânsız kılmaktadır. Zincirleme suça ilişkin değerlendirmede bulunurken, alenen intihara teşvik suçunu, bu suça benzetilen suç işlemeye tahrik suçuyla karıştırmamak gerekir. Nitekim hukuki konusu farklılık arz eden suç işlemeye tahrik suçunun mağduru, kanunda bu suçun düzenlendiği kısma göre, toplumdur. Oysa ki, alenen intihara teşvik suçu, ‘Kişilere Karşı Suçlar’ arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle, 43/1. maddedeki ‘kişi’ kavramı suçun mağduru olarak değerlendirilse dahi, alenen intihara teşvik suçunun aynı suç işleme kararı çerçevesinde birden çok işlenmesi halinde, failin ceza sorumluluğunun ilk etapta zincirleme suç hükümleri uyarınca belirlenmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak, 43/1. maddenin son cümlesinde geçen “*mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*” ifadesinin alenen intihara teşvik suçu bakımından uygulanabilirliğine değinmek gerekir. Bağlayıcı olmamakla beraber, 43. maddeye 5377 sayılı kanunla eklenen bu cümleye ilişkin gerekçede, rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi suçlar mağduru gayri muayyen suçlara örnek olarak gösterilmiştir<sup>246</sup>. Ne var ki, bu suçların mağduru gayri muayyen değildir. Bir suçun mağdurunun toplum ya da devlet olması, gerçek bir kişi olmaması başka, gayri muayyen olması başka bir şeydir. Ayrıca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için birden fazla suç söz konusu olmalıdır<sup>247</sup>. Mağduru gayri muayyen suç, mağduru belli olmayan, topluma değil bir topluluğa karşı işlenen suçtur<sup>248</sup>. Bu nedenle, kanun koyucunun aklında olanın tersine, maddeye eklenen bu cümle, topluma ya da devlete karşı suçlarda değil, örneğin, gayri muayyen kişileri hedef alan intihara alenen teşvik suçu birden çok kez aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlendiğinde, uygulama alanı bulur<sup>249</sup>. 43. maddenin 2. fıkrasındaki “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille (hareketle) işlenmesi*” hipotezinin ise bu suça uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Hareketin suç teşkil etmesi için, yukarıda da belirtildiği üzere, intihara teşvik etmenin zaten alenen yapılması aranmaktadır. Suçun mağduru da yine zaten birden çok ve belirsiz kişilerdir. Dolayısıyla burada tek bir hareket neticesinde birden çok fiil, dolayısıyla suç ortaya çıkması ve bunların içtima ettirilmesi söz konusu değildir. Ortada tek bir suç vardır ve 43/2. maddenin uygulama alanı yoktur<sup>250</sup>.

84. maddenin son fıkrasında yer alan suç bakımından ise, failin ceza sorumluluğunun kasten öldürme suçu uyarınca belirlenecek olmasının hükmedilmiş olması karşısında, aynı suç işleme kararı çerçevesinde, isnat yeteneği olmayan ya da ortadan kaldırılan kişiyi önce intihara sevk veya bir kişiyi cebir ya da tehdit kullanarak intihara mecbur etmeye teşebbüs edilmesi

<sup>246</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 341.

<sup>247</sup> SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 256.

<sup>248</sup> SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 257.

<sup>249</sup> Aksi yönde görüş için bkz. ÖZEN, s. 53.

<sup>250</sup> Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 219.



ve sonra yine sevk veya mecbur etme hareketleriyle kişinin intihar ettirilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Zira failin yalnızca alacağı ceza kasten öldürme suçuna göre belirlenmemektedir. Failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması, 43. maddenin 3. fıkrası hükmü göz önünde bulundurularak işlediği suçların zincirleme suç hükümlerince içtima ettirilemeyeceğini ortaya koymaktadır<sup>251</sup>.

İntihara yönlendirme suçlarının içtimaı konusunda, son olarak belirtmek gerekir ki, 84. maddenin 4. fıkrasında cebir veya tehdit ile mağdurun intihara mecbur edilmesi hipotezi bakımından, failin, intihar gerçekleştiği takdirde kasten öldürme suçu, intihara teşebbüs edilmesi halinde ise kasten öldürmeye teşebbüse göre belirlenecek ceza sorumluluğu haricinde ayrıca cebir veya tehdit suçlarından sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Cebir veya tehdit, failin tipik fiilinin unsurları olmakla bu suçun icra hareketlerinin kapsamında kalacaktır<sup>252</sup>.

## VII. İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇLARINDA YAPTIRIM

İntihara yönlendirme suçlarından, TCK'nın 84. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Bu fıkra da öngörülen seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi suçun teklifini etkilemeyecek olmakla beraber, cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir<sup>253</sup>. Mağdurun intihar etmesi durumunda, fail dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Madde 84/3'te hükme bağlanan intihara alenen teşvik suçu için ise, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Son olarak, maddenin 4. fıkrasında yer alan intihara sevk veya mecbur etme suçu bakımından kasten öldürme suçunun karşılığı olan cezaya bakmak gerekecektir. Bu durumda fail madde 81 ve 82 uyarınca müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

İntihara yönlendirme suçları için yalnızca veya hapis cezasıyla birlikte adli para cezası öngörülmemiştir. Yine bu suçların hiçbirinin yaptırımı olarak kısa süreli hapis cezası belirlenmemiştir. Ancak somut ceza bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olarak belirlendiğinde bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkündür<sup>254</sup>. Zira hapis cezası şeklindeki sonuç ceza, suçu öngören normda belirtilen özel alt sınırın altında ya da özel üst sınırın üstünde olabilir<sup>255</sup>.

<sup>251</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 219; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 185.

<sup>252</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 217; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88.

<sup>253</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67.

<sup>254</sup> KOCA, s. 39. Aksi yöndeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 90; ÖZEN, s. 63.

<sup>255</sup> TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınevi, Ankara 2010, s. 234.

## KAYNAKÇA

- ANTOLISEI**, Francesco: Manuale di Diritto Penale Parte Speciale I, Quindicesima Edizione, Giuffrè, Milano 2008.
- ARTUK**, Mehmet Emin: “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1-2, 1994, ss. 113-142. (“İntihar ve İntihara Yardım Suçu”)
- ARTUK**, Mehmet Emin: “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C: 8, S: 1-3, 1994, ss. 7-60. (“Mukayeseli Hukuk”)
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- BECCARIA**, Marki Cesare: Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, (Çev: Muhittin Göklü), MCML, İstanbul.
- CADOPPI**, Alberto/**CANESTRARI**, Stefano/**MANNA**, Adelmo/**PAPA**, Michele: Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, I Delitti Contro La Vita e L'incolumità Personale, Vol:VII, UTET, Torino 2011.
- CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C: 1, Beta, İstanbul 2007.
- CENDEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta, İstanbul 2008. (Türk Ceza Hukukuna Giriş)
- DOĞAN**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- DÖNMEZER**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta, İstanbul 2001.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: 1, 13. Bası, Beta, İstanbul 1997.
- DURKHEIM**, Emile: İntihar, Toplumbilimsel İnceleme, (Çev: Özer OZANKAYA), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1986.
- EREM**, Faruk: “Ceza Hukukunda İntihar”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 4, Ekim 1990, ss. 490-502.
- ERMAN**, Sahir/**ÖZEK**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994.
- FEYZİOĞLU**, Metin: “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 43, S: 1-4, 1993, ss. 157-169.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**GÜNGÖR**, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 69, 2007, ss. 21-50.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer:** “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 1, Kış 2008, ss. 143-154.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2011.
- HAKERİ, Hakan:** Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- KOCA, Mahmut:** “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 12, Nisan 2010, ss. 19-40.
- LATTANZI, Giorgio/LUPO, Ernesto:** Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, I Delitti Contro La Famiglia I Delitti Contro La Persona, Vol: XI, Tomo: primo, Giuffrè, Milano 2010.
- MAJNO:** Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C: III, Baylan Matbaası, Ankara 1980.
- MALKOÇ, İsmail:** Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, C: 2, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013.
- MANTOVANI, Ferrando:** Diritto Penale Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona, Quarta Edizione, CEDAM, Padova 2011.
- MANZINI, Vincenzo:** Trattato di Diritto Penale Italiano, Delitti Contro La Persona, Vol: Ottavo, Quinta Edizione, UTET, Torino 1985.
- ÖNDER, Ayhan:** Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZEN, Muharrem/EKİCİ ŞAHİN, Meral:** “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, S: 4, 2010, ss. 15-36.
- ÖZEN, Mustafa:** “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, ss. 32-67.
- ÖZENBAŞ, Nazmiye:** Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2011.
- SANCAR, Türkan Yalçın:** Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004. (Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları)
- SANCAR, Türkan Yalçın:** “Yeni Türk Ceza Kanunda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 70, 2007, ss. 244-259. (Zincirleme Suç)
- SOYASLAN, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

**ŞEN**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2012.

**TOROSLU**, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınevi, Ankara 2010.

**TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2012. (Genel Kısım)

**TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2013. (Özel Kısım)

**TOROSLU**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970. (Cürümlerin Tasnifi)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts)

## DEVLETE KARŞI SAVAŞA TAHRİK SUÇU

*Prof. Dr. Muharrem ÖZEN\**

### I. KANUNUN DÜZENLEMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 304. Maddesinde, “Devlete karşı savaşa tahrik” suçu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, “ (1) Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapan kişi, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Türk Ceza Kanunu'nun 304.maddesi hükmünde öngörülen ‘Devlete Karşı Savaşa Tahrik’ suçunun, Roma’dan buyana, biçimlenerek, tüm Avrupa devletleri ceza kanunlarında yer verilmiş olduğu ifade edilmektedir<sup>1</sup>.

Gerçekten, ör., İCK., 243. Maddesinde, bir kimsenin, yabancı bir devletin savaş çıkarması veya devlete karşı düşmanca davranışlarda bulunulması ya da bizzat bu amaca matuf diğer davranışlar yapılması için yabancı bir kimse ile anlaşmaya varmasını suç saymakta ve savaşın çıkması veya düşmanlığın gerçekleşmesi halinde cezayı ağırlaştırmaktadır.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1936/3038 sayılı Kanunla ( m.1 ) değişik 127. maddesinde, Yabancı Devletin Türkiye Devleti aleyhine harp açması veya hasmane hareketlerde bulunulması için yabancı ile anlaşan veya bu maksada matuf fiiller işleyen kimseyi, cezalandırmakta; harp vuku bulursa ya da hasmane hareketler vukua gelirse cezayı ağırlaştırmaktadır.

Kanun, 304.maddede, Devlete Karşı Savaşa Tahrik suçunu, üç fıkra halinde düzenlemiş bulunmaktadır. Birinci fıkrada, Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açılması veya hasmane hareketlerde bulunulması için yabancı devlet yetkililerini tahrik etmeyi veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapmayı suç saymakta; ikinci fıkrada,

---

\*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

<sup>1</sup> Manzini, Trattato di dritto penale Italiano, IV, Torino, 1982, s. 65

hasmane hareketi tanımlamakta; üçüncü fıkrada, tanımlanan suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri öngörmektedir.

Kuşkusuz kısmen ortak yönleri olmakla birlikte, Kanunun düzenlemesi, diğerlerinden farklılık arz etmektedir. Ancak, suçun tanımı yapılırken, kapsamı ve sınırlarını belirlenirken, farklılıklar gözetilerek, kadim doktrinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

## II. FAİL, HUKUKİ KONU ve MAĞDUR

Türk Ceza Kanunu “ ... yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya ... işbirliği yapan kişi “ dediğinden, suçun faili, Türk veya yabancı devlet yetkilisi, herkes olabilir<sup>2</sup>. Yabancı devlet yetkilisinden, gerekçede de belirtildiği üzere, yabancı devlet adına görev yapan kimseler, ör., bakan milletvekili, diplomat, üst düzey kamu görevlisi, vs. anlaşılmalıdır.

Kanun, bu suçla, kimden ve nerden gelirse gelsin, Devleti, bir savaş tehlikesinden, olası düşmanca davranışlardan uzak tutmak, kısacası barış ortamını korumak istemektedir<sup>3</sup>. Gerekçede, maddenin koruduğu hukuki yararın, “ esas itibarıyla, Türkiye bakımından dış barışın korunması” olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten, doktrinde, yabancı bir devletin, Türkiye Cumhuriyetine karşı düşmanca tutum almasına veya savaş açmasına yol açabilecek biçimde tahrik edilmesi ya da bu yolda yabancı yetkililerle işbirliği yapılması, Türk Devletinin hem diğer devletlerle olan barış ve dostluk ilişkilerini bozma tehlikesine yol açar, hem de güvenliğini tehlikeye düşürür denmektedir<sup>4</sup>. Öyleyse, hukuki konu, Devletin, her koşulda, barışın korunmasına ilişkin çıkarıdır.

Suçun mağduru, kamu tüzel kişisi olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devletidir. Kanunun, 304 maddesi hükmünde öngördüğü suçla, çıkarı ihlal edilen kişi, kamu hukukunun süjesi olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devletidir<sup>5</sup>.

## III. FİİL

Türk Ceza Kanunu, fiili, failin, “Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunulması için yabancı devlet

<sup>2</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976, s. 17; Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, Ankara, 1969, s. 25: Bu suçu işlemek için vatandaş olmak şart değildir. Suçun yabancı ülkede işlenmesi mümkündür. Suç iki taraflı suçlardandır. Yabancı da suçun asli failidir. Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 971

<sup>3</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 25

<sup>4</sup> Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s. 8424

<sup>5</sup> Pannain, proceso nel diritto penale, II, Roma, 1946, s. 48

yetkililerini tahrik etmesi” ya da “bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapması” olarak tanımlamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, 304. Maddesinin 2. fıkrasında hasmane hareketleri tanımlamıştır. Buna göre, “Bu madde uygulamasında, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliğine karşı suç işlemek üzere oluşturulmuş örgütlerin doğrudan veya dolaylı olarak desteklenmesi hasmane hareket olarak kabul edilir”. Hasmane hareketler, herhalde, konusu özel olan bu tanımla sınırlı değildir. Gerçekten, gerekçede, hasmane hareketler, barış ilişkileri ile bağdaşması olanağı bulunmayan fiil ve hareketleri ifade etmektedir; böylece hasmane hareket, düşmanca tutumu ifade eder, hatta savaş nedeni olabilir denmektedir.

Ancak, doktrinde, hasmane hareketler konusunda fikir birliği bulunmadığı ileri sürülmektedir<sup>6</sup>. Gerçekten, hasmane hareketlerden, kimi, sadece yakın bir savaşa yol açabilecek cebri hareketleri anlarken<sup>7</sup>; kimi mutlaka bu nitelik olsun dememekte, misilleme, ablukaya alma, vs., yanında, devletin vatandaşını kitle halinde ülkesinden çıkarma, diplomatik ilişkileri kesme, ultimatom verme, gümrük savaşı çıkarmak, vs., gibi uluslar arası ilişkilerde normal düzene aykırılık oluşturan her türlü hareketi de anlamaktadır<sup>8</sup>. Savaş, Devletler Genel Hukuku anlamında barışın bozulması veya birçok devletin silahlı çatışmaya girmesidir<sup>9</sup>.

Yabancı devlet yetkilileri, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine savaş açabilecek veya doğrudan ya da dolaylı olarak hasmane hareketlerde bulunabilecek konumda olan, başta hükümet olmak üzere, kamu görevlisi herkestir<sup>10</sup>.

Yabancı devlet yetkililerini tahrik etmek veya yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapmak, o kişileri Devlete karşı savaş açmak veya hasmane hareketlerde bulunmak için kışkırtmak veya bu amaca yönelik olarak onlarla birlikte etkinlikte bulunmaktır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, fiili, failin, “ ... için yabancı ile anlaşması veya bu maksada matuf fiiller işlemesi “ olarak tanımlamakta, savaşın vuku bulmasını, hasmane hareketin vuku gelmesini suçu ağırlaştırıran neden saymaktadır. Kanunların düzenlemelerinin birçok yönden

<sup>6</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 25

<sup>7</sup> Majno, Ceza Kanunu, 2. s. 18

<sup>8</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 67 vd.; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 971; Pannain, Diritto penale, II, Ps., s. 51

<sup>9</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 68

<sup>10</sup> Antolisei, Manuale di dritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982, s. 971

farklı olduğu görülmektedir.. Gerçekten, 765 sayılı Kanunun öngördüğü suç bir “ zarar tehlikesi suçu “ iken, Kanunun öngördüğü suç salt tehlike suçudur<sup>11</sup>, yani bizzat hareketin kendisi zararlı veya tehlikeli sayılmaktadır. Zaten, gerekçede, “bu suçun tamamlanması için, Türkiye açısından savaşın gerçekleşmiş bulunmasına ihtiyaç yoktur” denmektedir.

Kanun, “yabancı devlet yetkililerini tahrik etmekten” yani, kışkırtmaktan veya “yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapmaktan”, yani anlaşmaktan, birlikte bir etkinlikte bulunmaktan söz etmektedir. İCK., aynı olguyu “ ... için anlaşmalar yapmak “ ( tenere inteligenze ) biçiminde ifade etmektedir. Tahrik etmek, bir tahrik edilen kişiyi; işbirliği, anlaşmalar yapmak, kendisi veya kendileri ile işbirliği, anlaşma yapılacak bir başka kişiyi veya kişileri gerektirmektedir. Ortaya çıkan sonuç, suçun, karşılıklı iki tarafı olan, her iki tarafı da cezalandırılabilen, çok faili bir suç olmasıdır<sup>12</sup>. Burada zorunlu iştirak söz konusu olmaktadır. Zarar veya zarar tehlikesi suçu olmayıp, salt hareketten ibaret olduğundan, suç, failin, Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini, elverişli, iltibasa yer vermeyen hareketlerle, tahrik ettiği ya da yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yaptığı yerde ve zamanda işlenmiş olur<sup>13</sup>. Gerek tahrikte bulunma, gerekse işbirliği yapma, tarafların mutabakatı ile olur. Aynı amaç için tarafların iradelerinin birleşmiş olması gerekmektedir. Bunun dışındaki hareketler, ör., kimden gelirse gelsin, telkinler, temaslar vs., tahrikte bulunma, işbirliği yapmak değildir<sup>14</sup>. Bunlar hazırlık hareketleridir. Suç icra hareketi ile işlenir; ihmal hareketinin yeri yoktur. Bu suçta, suça teşebbüsün, mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

Kanun, fiilin ülkede veya yabancı ülkede işlenmesi arasında fark gözetmemektedir. Suç, yurt dışında da işlense, Türk kanunları uygulanır (TCK. m. 13 ).

Zorunlu iştirak kuralları içinde suça iştirak mümkündür.

Bu suçta, fikri içtima, bileşik suç mümkün olmaz. Ancak, şartları olduğunda, zincirleme suçun mümkün olabileceği düşünülebilir.

<sup>11</sup> Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8424

<sup>12</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 65

<sup>13</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 75

<sup>14</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 26

<sup>15</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 73; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 971. Aksi düşünce için bkz. Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8426: Tahrik hareketi yönünden icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda teşebbüs mümkündür... Anlaşma biçimindeki eyleme teşebbüs olanaklı değildir.



#### **IV. HUKUKA AYKIRILIK**

Fiil her zaman hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinden hiçbiri, özellikle kanunun hükmünü amirin emrini yerine getirmek, bu suçla bağdaşmaz. Gerçekten, yabancı devlet yetkililerinden, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çıkarına istihbarat faaliyetinde bulunmakla görevlendirilmiş olan kimse, faaliyetinde, kimliğini gizlemek, güvenilir gözükme, inandırıcı olmak için, öne çıkıp bu suçu işlediğinde, kanun hükmünü, amirin emrini yerine getirmiş olmaz. Zira Kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez.

#### **V. KUSURLULUK**

Suç, kastla işlenir. Suçun varlığı aranan kast, doğrudan kasttır. Ancak, ayrıca, özel kast da gerekmektedir<sup>16</sup>. Suçun taksirli biçimi yoktur. Zaten taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

Kast, failin, Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için, yabancı devlet yetkililerini, bilerek ve isteyerek tahrik etmesi, ya da bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile bilerek ve isteyerek işbirliği yapmasıdır.

Fiili hatanın mümkün olmadığını düşüncesindeyiz.

#### **VI. CEZA**

Fiil sabit olduğunda, fail, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suç seçimlik hareketli bir suç olduğundan, birden çok seçimlik hareketin yapılması, temel ceza belirlenirken göz önüne alınır.

Kanun. 3. fıkra hükmünde, “bu maddede tanımlanan suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır” hükmüne yer vermiş bulunmaktadır. Hükmün iyi ifade edilmediğini düşünüyoruz. Bu gönderme hükmünün, 60. madde hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>16</sup> Manzini, Trattato, IV, s.73; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 29

### **KAYNAKÇA**

Antolisei, Manuale di dritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982

Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, Ankara, 1969

Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976

Manzini, Trattato di dritto penale Italiano, IV, Torino, 1982

Pannain, proceso nel diritto penale, II, Roma, 1946

Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010

## DÜŞMANLA İŞBİRLİĞİ YAPMAK SUÇU (TCK. m. 303)

*Prof. Dr. Muharrem ÖZEN\**

### I. KANUNUN DÜZENLEMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 303. maddesi hükmünde, vatandaşın, ülkesi aleyhine “düşmanla işbirliği yapması” fiilini suç saymaktadır. Bu düzenlemeye göre, “(1) *Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul eden, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye giren vatandaş, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Düşman devlet ordusunda herhangi bir komuta görevi üstlenen vatandaş, ağırlatılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Geçmişte, suçun özel bir isminin olmadığı, suça “vatana ihanet” denebileceği ileri sürülmüştür<sup>1</sup>. Zanardelli Kanununda ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda, maddelerin zaten “madde kenar başlığı” yoktur ve dolayısıyla suçlar adlandırılmış değildir. Suçu, madde kenar başlığında, İCK., “vatandaşın Devlet aleyhine silah taşınması” ; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, “düşmanla işbirliği yapmak” olarak adlandırmaktadır. İsmine ne denirse densin, sonuçta, suç, vatandaşın, ülkesine karşı olan bağlılık yükümlülüğünün ihlalidir.

Kaynak Zanardelli Kanunu ( m. 105 ), 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ( m. 126 ), İCK. ( m. 242 ) ve Kanunun düzenlemelerinin, suçun esasına ilişkin olarak benzerlik gösterdiği görülmektedir. Ancak, diğer kanunlarda olmayan, Kanunun “ Birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur” hükmü gerekli

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

<sup>1</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976, s. 10

değildir. Kanımızca bu düzenleme fazlalıktır, çünkü başka suçlar, bu suçun bir unsuru veya bir ağırlaştırıcı nedeni olmadığından, zaten zorunlu olarak cezalandırılacaklardır. Ayrıca, Kanun, öteki kanunlardan ayrılmış, onlarda yer almış olan iki tanım hükmüne<sup>2</sup> yer vermemiştir. Bunun bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz.

Türk Ceza Kanunu, 303. maddesinin, birinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul eden, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyetine Karşı silahlı mücadeleye giren vatandaşı müebbet hapis; ikinci fıkrasında, düşman devlet ordusunda herhangi bir komuta görevi üstlenen vatandaşı ağırlatılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırmaktadır.

Türk Ceza Kanunu, 303. maddesinin son fıkrası hükmünde, savaş şartlarının doğurduğu özel bir zorunluluk haline yer vermiş bulunmaktadır.

Kanun, 303. maddede, biri seçimlik hareketli, iki suça yer vermiştir. Suçlar ortak yönleri gözetilerek incelenecektir.

Kısaca belirtmek gerekirse, Kanunun esasının diğer düzenlemelerle benzer olması, hükmün yorumunda, öngörülen suçların tanımlanmasında, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde, kadim doktrin ve uygulamalardan yararlanılmasını mümkün kılmaktadır.

## II. FAİL, HUKUKİ KONU ve MAĞDUR

Türk Ceza Kanunu “ ... eden, ...’ye giren, ... üstlenen vatandaş “ dediğinden, suçun faili Türk vatandaşdır.

Anayasamıza göre, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. Hiç bir Türk vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz ( Ay. m. 66 ). Vatandaşlık, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu itibarla suçun failinin Türk vatandaşı olup olmadığı bu mevzuat çerçevesinde belirlenecektir.

Asker kişiler, ACK’ una muhataptırlar.

---

<sup>2</sup> Bu bab hükümlerine göre herhangi bir sebeple Türk vatandaşlığı sıfatını kaybeden kimse dahi vatandaş hükmünde sayılır / Türkiye Devleti tarafından Devlet olarak tanınmış olmasa bile haklarında muharip muamelesi yapılan siyasi kümeler dahi Türk Devleti ile harp halinde bulunan Devlet gibi telakki edilir.

Esas olan, failin, suçu işlediği esnada Türk vatandaşı olmasıdır. Öyleyse, Türk Vatandaşı değilken veya Türk vatandaşlığından çıkarılmış olduktan sonra düşmanla işbirliği yapmış olan kimse, fail değildir, dolayısıyla bu suçu işlemiş olmaz. Belirtelim ki, vatansızlar da bu suçun faili olamazlar<sup>3</sup>.

Faili ancak vatandaş olduğu için, suç, özgü (mahsus) suçtur.

Vatandaş vatana bağlılıkla yükümlü ( Ay. m. 66 ) olduğuna göre, fiil, sadece savaş halinde olan ülke bakımından, çocuğu kez anlamlı olmamakla birlikte, bir zarar tehlikesi doğurduğu için değil, ama aynı zamanda her bir vatandaşın vatanına karşı zorunlu olduğu sadakat yükümlülüğünün ağır ihlali olduğu için cezalandırılmaktadır<sup>4</sup>. Böyle olunca, suçun hukuki konusu, vatandaşların ülkeye karşı zorunlu oldukları sadakat yükümlülüğünün sağlanmasına ilişkin kamusal yarar olmaktadır.

Suçun mağduru, kamu tüzel kişisi, Devlettir. Devletin çıkarı, kendisine, vatandaşlık bağı ile bağlı olan kimselerin, sadakat yükümlülüklerini ihlal etmemeleridir<sup>5</sup>.

### III. FİİL

#### A. TCK 303/1. Madde Hükümünde Öngörülen Suç

Fiil, failin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul etmesi veya düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyetine Karşı silahlı mücadeleye girmesidir. Hükümde, iki önermeyi ayıran “virgül” ve anlamında değil veya anlamındadır. Gerçekten, gerekçede, iki ifade, virgülle değil veya ile ayrılmıştır. Böyle olunca, suç, seçimlik hareketli bir suç olmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olmak, Devletin, Devletler Genel Hukuku kurallarına göre, başka bir devletle veya başka devletlerle savaş halinde bulunmasıdır. Savaş halinde bulunmak, fiilen savaşa tutuşmuş olmayı gerektirmez; savaş ilan edilmiş olması yeterlidir. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin müttefiki bir devlete karşı savaş ilan edilmiş veya bilfiil savaşa girilmiş olması, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olmaktır. Gerçekten, gerekçede, askeri ittifaklar nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin savaş halinde bulunduğu devlet ile aralarında savaş

<sup>3</sup> Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 10 ; Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, Ankara, 1969, s. 21; Manzini, Manzini, , Trattato di dritto penale Italiano, IV, Torino, 1982, s.24, s. 21; Antolisei, Manuale di dritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982, s. 969

<sup>4</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969

<sup>5</sup> Pannain, proceso nel diritto penale, II, Roma, 1946, s. 41

için ittifak veya iştiraki olan bir diğer devletin ordusunda hizmet kabil eden vatandaşın, Türkiye Devleti ile savaş halinde bulunan devlet ordusunda hizmet kabul etmiş gibi sayılması gerekecektir, denmektedir.

Savaş halinin suçun önşartı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kimi savaş halini suçun önşartı sayarken<sup>6</sup> kimi bu halin suçun unsuru olduğu kanaatindedir<sup>7</sup>.

Ordu, düşman devletin silahlı kuvvetlerdir.

Hizmet, askeri, teknik, idari herhangi bir hizmettir. Düşman devletin silahlı kuvvetlerinde yalnızca askerlik hizmeti değil, diğer herhangi bir hizmet kabul etmiş olmak da, bu suçu oluşturur<sup>8</sup>. Hizmet geniş anlamda alınmalıdır. Savaş halinde olunan devletin, ör., askeri hizmete tahsis edilmiş ticari gemilerinde hizmet de bu suçu oluşturur<sup>9</sup>.

Failin, düşman devletin yanında, Türkiye Cumhuriyetine karşı silahlı mücadeleye girmesi, Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı bilfiil silahlı mücadele içinde bulunması, yani düşman devlet yanında ülkesine karşı savaşmasıdır.

Kuşkusuz, iç savaş, hükmün kapsamı dışındadır.

Suç, sadece icra hareketi ile işlenir. Gerçekten “Hizmet kabul etmek” veya “silahlı mücadeleye girmek” icra hareketini gerektiren davranışlardır. Etkileri sürmekle, yani sürekli bir durum içinde olunmakla birlikte, suç, ani suçtur<sup>10</sup>. Seçimlik hareketlerden biri veya diğeri ya da her ikisi yapıldığında suç oluşmuş olur. Herhalde, silahlı mücadeleye girmiş olmak için, asker olarak hizmet kabul etmiş olmak gerekmektedir.

Suç, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul edildiği veya düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye girildiği anda işlenmiş, dolayısıyla tamamlanmış olur. Ancak, silahlı mücadeleye girildikten veya hizmete kabul edildikten sonra, zorunlu olarak silahlı mücadelenin veya hizmetin sürdürülmesi, suçu, kesintisiz suç yapmaz, ani suç olmaktan çıkarmaz. Kuşkusuz, suçta, ani suçun kuralları geçerli olur.

<sup>6</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 47

<sup>7</sup> Pannain, Diritt penale, II, Ps., s. 40

<sup>8</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 970; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 72: Kabul edilen hizmetin mahiyetinin önemi yoktur. Yeter ki hizmet ordu ( silahlı kuvvetler ) içinde olsun. Bu itibarla teknik, hatta sıhhi hizmetler de hükme dahildir.

<sup>9</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 72

<sup>10</sup> Aksi düşünce için bkz., Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 970: Suç, kesintisiz suçtur; Manzini, Trattato, V, s. 57: Burada, hiç kuşkusuz, oluşu itibarıyla ( eventualmente ) kesintisiz bur suç söz konusu olmaktadır. Pannain, Diritto penale, II, Ps., s. 41

Suç, salt hareketten ibaret bulunmaktadır. Hareketten bir zararın veya zarar tehlikesinin olması beklenmemektedir. Böyle olunca, aksi de ileri sürülmüş olmakla birlikte<sup>11</sup>, bu suçta, suça teşebbüs olmaz<sup>12</sup>. Hizmet kabul edilmeden önceki hareketler, ör., hizmete kabul edilmek için başvuruda bulunmak, ya da silahlı mücadeleye girilmeden önceki hareketler, ör., silah altına alınmak için başvuruda bulunmuş olmak, hazırlık hareketleridir.

Kuşkusuz, özgü suç kuralları içinde suça iştirak edilebilir. Bu bağlamda, faillik durumunda sadece özgü suçun faili olabilir. Diğer şerikler suçta ya azmettiren ya da yardım eden olabilir (TCK. m. 40/2)

Bu suçta, zincirleme suç mümkündür. Bu durumda TCK'nın 43. Maddesinde yer alan koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna karşılık bu suç bakımından fikri içtima mümkün olmaz.

### **B. TCK 303/2. Madde Hükmünde Öngörülen Suç**

Fiil, failin, düşman devlet ordusunda, herhangi bir komuta görevi üstlenmesidir.

Düşman devlet, gerekçede, tanımlanmıştır: “ Bu suçun oluşabilmesi için düşman devletle savaş halinde olunması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı hasmane hareketlerde bulunan devlet, düşman devlet olarak kabul edilmelidir” Hasmane hareketler, Devletler Genel Hukukunun, bu nitelikte gördüğü barışçıl olmayan davranışlardır.

Ordu, düşman devletin silahlı kuvvetleridir.

Herhangi bir komuta görevi, gerekçede belirtildiği üzere, düşman devlet ordusunda, dolaylı da olsa, yönetme ve idareye etkili olma şeklinde bin görevin üstlenilmiş olmasıdır.

Suç, salt icra hareketinden ibarettir. Düşman devlet ordusunda herhangi bir komuta görevi üstlenilmekle birlikte suç işlenmiş olur. Yukarıda yapılan açıklamalar genelde bu suç için de geçerlidir.

---

<sup>11</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 970; . Pannan, Diritto penale, II, Ps., s. 41, 42

<sup>12</sup> Yaşar-Gökcan-Artunç, Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s. 8421: Düşman devlet ordusunda hizmet veya komuta görevini üstlenmek veya Türk Devletine karşı silahlı mücadeleye girmek eylemleri, sırf hareket suçları niteliğindedir. Bu nedenle, yalnızca hareketin bölünebildiği hallerde teşebbüs olanaklı görülebilir.

## **1. Birinci ve İkinci Fıkroda Öngörülen Suçların İşlenmesi Sırasında Başka Suçların İşlenmesi**

Türk Ceza Kanunu, 3. fıkroda, bu suçların işlenmesi sırasında, ayrıca başka suçların işlenmesini, bunlardan bağımsız olarak, ayrıca cezalandırmaktadır. Bu malumun ilanıdır. Burada, suçların içtimasına ilişkin bir husus yoktur. Ayrıca işlenen suçlar bu suçların ne unsuru ne de ağırlaştırıcı nedenidir. Öte yandan bu suçlar, bir “kalkışma suçu” da değildir. Kanun koyucunun, kalkışma suçlarında yapmış olduğu yanışı, burada tekrar etmiş olması isabetli olmamıştır.

Elbette, fail, ör., düşman devlet ordusunda komuta görevi üstlendikten sonra, görevini yaparken, insan öldürmesi, insan yaralaması, insanları hürriyetinden yoksun bırakması, işkencede bulunması, vs., fiillerini işlediğinde, bu fiillerinden ayrıca cezalandırılacaktır.

## **IV. HUKUKA AYKIRILIK**

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Kanun emriyle ( CMK. m. 223/2 d, 3 b ) niteliği tartışmalı hale konmuş olmakla birlikte, Kanun, ”savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde vatandaş hakkında bu nedenle cezaya hükmolunmaz” diyerek özel bir zorunluluk haline yer vermiş bulunmaktadır<sup>13</sup>. Gerçekten, savaş zamanında düşman toprağında bulunmak zorunda kalan bir kimseden Devletin kahramanlık beklemeye hakkı yoktur; hizmete alınmasına katlanmasının mazur görülmesi gerekir.

Ayrıca, doktrinde, Devlete karşı silah kullanmak için düşman ordusundan kaçan, yanlışlıkla Türk kuvvetleri tarafından ateşe maruz kalan kimsenin kendini savunması halinin meşru savunma kabul edilmesi ileri sürülmüştür<sup>14</sup>.

Savaşta, düşman devlet tarafından istila edilmiş olan toprak da, herhalde, bu hüküm anlamında “düşman devlet toprağı” olmaktadır.

## **V. KUSURLULUK**

Suçlar kastla işlenirler. Kast genel kasttır. Suçun oluşmasına taksir yeterli değildir<sup>15</sup>. Suçun olası kastla işlenmesi de mümkün olmaz.

<sup>13</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 970; Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8421

<sup>14</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 23

<sup>15</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 23. Failde 125 ( 302 ) yazılı bir fiili işlemek saiki mevcut ise her iki maddedeki suç husule gelmiş olur



Kast, failin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda bilerek ve isteyerek hizmet kabul etmesi veya düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyetine karşı bilerek ve isteyerek silahlı mücadeleye girmesi ya da düşman devlet ordusunda bilerek ve isteyerek herhangi bir komuta görevi üstlenmesidir.

Doktrinde, suçların, Türkiye Cumhuriyeti Devletine veya müttefiklerine bir yarar sağlamak, ör. düşman birliklerinin konumu, savaş gücü, hareket kabiliyeti, vs. hakkında bilgi edinilmesi amacı ile işlenmiş olması halinde, failin kusurlu sayılamayacağı ileri sürülmektedir<sup>16</sup>.

Fiili hata mümkündür. Failin; ör. Türk vatandaşı iken, başka bir devletin vatandaşlığını alarak Türk vatandaşlığından çıkmış olduğunu; ordusunda görev aldığı devletin, ittifakı dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde iken, dost devlet olduğunu zannetmesi, vs., halleri fiili hatadır.

## **VI. CEZA**

Birinci fıkrada öngörülen suç sabit olduğunda, Kanun, faili, müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Buna karşılık, müstakil bir suç olduğu kabul edilen, ikinci fıkrada öngörülen suç sabit olduğunda, Kanun, faili, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

---

<sup>16</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 970; Pannan, Diritto penale, II, Ps., s. 42.

### **KAYNAKÇA**

Antolisei, Manuale di dritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982,

Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, Ankara, 1969

Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976

Manzini, Trattato di dritto penale Italiano, IV, Torino, 1982

Pannain, Processo nel diritto penale, II, Roma, 1946

Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010

*HAKEMLİ*

## **TARİHİ SÜREÇ İÇERİSİNDE AVUSTURYA CEZA HUKUKUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI**

*Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ\**

### **GİRİŞ**

Ceza sorumluluğunun gelişim süreci incelendiğinde, kolektif sorumluluk anlayışından objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk aşamalarına ulaşıldığı gözlemlenmektedir<sup>1</sup>. Kusurlu sorumluluğu benimsemiş bir hukuk sisteminde suçlar genellikle ya kasten ya da taksirle işlenirler. Ancak Ceza Kanunları kast ve taksirin aynı suç içerisinde birlikte buldukları suç tiplerine de yer vermişlerdir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar da bu tür suçlardandır.

Bilindiği gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu üzerinde Alman dilini konuşan ülkelerin öğretisi oldukça etkili olmuştur. Bu kapsamda Avusturya ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk ölçütü konusunda geçirilen aşamaların incelenmesi, Türk Ceza Hukuku'nda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki manevi unsur anlamak bakımından faydalı olacaktır.

Çalışma kapsamında Türk ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların incelemesi yapılmayacak<sup>2</sup>, konu, Avusturya ceza hukukunda kasıtlı

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat TOROSLU, “*Cezai Sorumluluğun Gelişimi*”, *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, (Ocak-Nisan 1990), s. 121 vd.

<sup>2</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. baskı, Ankara, 2013, s.226 vd.; Nevzat TOROSLU-Yüksel ERSOY, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Ankara, 2004, s. 10; Hamide ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75*, 3. baskı, İstanbul, 2013, s. 282 vd.; Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. baskı, İstanbul, 2011, s. 407 vd.; Muharrem ÖZEN, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, 1998; Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. baskı, Ankara, 2012, s. 311 vd.; Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel*

suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk bakımından aranan manevi unsur ile sınırlı tutulacaktır.

### 1. § 7, f. 2, StGB ve Avusturya Ceza Hukukunda Yer Alan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Türk Ceza Kanunu'nu üzerinde Alman dilini konuşan ülkelerin öğretisi etkili olmuştur. Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Avusturya'da da hukuka aykırı bir fiili takip eden istenmeyen netice bakımından taksirin bulunabileceği kabul edilmiştir. Özellikle Alman Ceza Kanunu § 18'e<sup>3</sup> karşılık gelen Avusturya Ceza Kanunu § 7, f. 2<sup>4</sup> bu konudaki temel düzenlemeyi teşkil etmektedir<sup>5</sup>. Söz konusu hükme göre, kanunun bir suçla ilgili olarak meydana gelen özel neticeyi daha ağır cezalandırdığı durumlarda, failin bu cezadan sorumlu olabilmesi için söz konusu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir.

Avusturya Ceza Hukuku öğretisinde de temel kasıtlı suçla ilgili olarak neden oluşan taksirli suçlar için kast-taksir kombinasyonundan bahsedilmektedir<sup>6</sup>.

---

*Hükümler*, 6. baskı, Ankara, 2013, s. 231 vd.; Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 12. baskı, Ankara, 2012, s. 271 vd.; Veli Özer ÖZBEK, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", *CHD*, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s. 229 vd.; İzzet ÖZGENÇ, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *SÜHFD*, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 374 vd.; Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. baskı, Ankara, 2013, s. 246 vd.; Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. baskı, Ankara, 2005, s. 433; Veli Özer ÖZBEK- M. Nihat KANBUR- Pınar BACAĞIZ- Koray DOĞAN-İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara, 2013, s. 518 vd.; Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. baskı, Ankara, 2012, s.379 vd.; Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. baskı, Ankara, 2012, s. 391 vd.; Seydi KAYMAZ, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu*, Ankara, 2009.

<sup>3</sup> Alman Ceza Hukuku'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile ilgili bkz. Koray DOĞAN, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, 2011; Nazmiye ÖZENBAŞ, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası*, Ankara, 2012.

<sup>4</sup> Bkz. Emilio DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, (a cura di Vassalli), Milano, 1982, s. 290.

<sup>5</sup> Manfred BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar zum StGB*, (bearbeitet von Foregger-Nowakowski), Wien, 1979, kn. 7, 9 vd.; Rudolf RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, Tübingen, 1986, s. 312; DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva...*, s. 288.

Bkz. Otto LEUKAUF-Herbert STEININGER, *Kommentar zum StGB*, Eisenstadt, 1974 (3. Aufl., Eisenstadt, 1992), § 7, kn. 29 vd.; Jürgen FUCHS, § 7 şerhi, *Österreichisches Strafrecht*, AT I, *Grundlage und Lehre von der Straftat*, 6. Aufl. Wien, 2004, s. 67, 89; Egmont FOREGGER- Ernst Eugen FABRIZY, § 7 şerhi, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 7. Auflage, Wien, 1999, kn. 2.

<sup>6</sup> Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, AT, 2. Aufl. 1994, s. 320.

Avusturya Ceza Kanunu § 7, f. 2, kast-taksir kombinasyonu dışında, kast-kast ve taksir-taksir kombinasyonu için de uygulanır.

Alman Ceza Kanunu'nda taksir-taksir kombinasyonu şeklinde herhangi bir düzenleme kalmamış olmasına rağmen<sup>7</sup>, Avusturya Ceza Kanunu'nda yer alan bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç da, ağır netice de taksirli suç olarak öngörülmüştür: örneğin taksirli yaralama suçunun failinin, taksirli olarak ağır neticelere neden olması durumu (§ 88, f. 4); taksirli yangın çıkarma (§ 170, f. 2) veya taksirli olarak atom enerjisi (§ 172, f. 2) veya radyasyon (§ 174, f. 2) kullanma, patlayıcı maddeler ile tehlike yaratma (§ 177, f. 2) neticesinde taksirli olarak çok sayıda kişinin ölümüne veya ağır yaralanmasına neden olma bu tür suçlara örnek olarak gösterilebilir<sup>8</sup>.

Avusturya Ceza Kanunu'nda, Alman ve İtalyan Ceza Kanun'larına göre çok daha fazla sayıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezi bulunmaktadır<sup>9</sup>. Ayrıca ağırlaştırıcı neden olarak sadece ölüm neticesi değil, çok faklı neticeler öngörülmüştür<sup>10</sup>.

---

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonunun tipik örneğidir. Einhard STEININGER, § 7 şerhi, in *Triffterer-StGB Kommentar*, Wien, 1993, kn. 10 vd.

Hukuka aykırı bir alanda başlayan taksir, suçta sapma ile ilgili olarak da karşımıza çıkmaktadır. Suçta sapma konusunda Avusturya hakim öğretisi, Alman hukuk sistemindeki gibi suçta sapma halini düzenleyen bir hükmün bulunmaması dolayısıyla (FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 113; FOREGGER- FABRIZY, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, § 75 şerhi, kn. 2) suçta sapma, hedef alınan kişiye karşı işlenmiş teşebbüs halinde kalmış suç ve hedeflenen başkasına karşı işlenmiş taksirli suç olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı bir alanda başlayan taksirden bahsedilmektedir. 1852 tarihli Ceza Kanunu bu durumu insan öldürme (§ 134) suçu ile ilgili olarak düzenlemiştir. Öğretide bu hükmün öldürme suçları dışında da uygulanabilecek genel bir hüküm haline getirilebileceği ifade edilmekteydi. Bkz. Theodor RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, BT, 2. Aufl. Wien, 1962, s. 12.

<sup>7</sup> 1998 yılında yapılan 6. Reform yasası ile temel suçun ve ağırlaştırıcı neticenin taksirli olduğu suç tipleri kanundan çıkarılmıştır.

<sup>8</sup> Diethelm KIENAPFEL - Frank HÖPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrecht*, AT, 8. Aufl. Wien, 2000, s. 164; Manfred BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, s. 113, dn. 87, s. 146.

<sup>9</sup> Aşağıda yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, meydana gelen ağırlaştırıcı netice dikkate alınarak sıralanmıştır. Ancak Avusturya ceza hukukunda ağır taksir bulunmadığı için ağır neticenin taksirle mi, ağır taksirle mi meydana geldiği dikkate alınmamıştır. LEUKAUF - STEININGER, *Kommentar*, § 7, kn. 32; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 146, dn. 3.

1) Ağırlaştırıcı netice olarak ölüm neticesinin öngörüldüğü suçlar

§ 82, f. 3 Terk

§ 86 Ölümle neticelenen yaralama

§ 87, f. 2 Kasıtlı ağır yaralama

- 
- § 92, f. 3 Küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk  
§ 93, f. Küçükleri ve kendini idare edemeyenleri sömürme  
§ 94, f. 2 Failin yaraladığı kişiye yardım yükümlülüğünün ihmali  
§ 95, f. 1 Felaket veya diğer genel tehlike durumlarında yardım yükümlülüğünün ihmali  
§ 96, f. 2 Çocuk düşürme  
§ 98 Kadının rızası olmaksızın çocuk düşürme  
§ 102, f. 3 Fidyeye amacıyla adam kaçırma  
§ 104a, f. 3 İzinsiz göçmenlik sömürüsü  
§ 131 Sonradan kullanılan şiddetle işlenen yağma  
§ 140 İzinsiz avlanan kişi tarafından kullanılan şiddet  
§ 143 Ağır yağma  
§ 169, f. 3 Yangın çıkarma  
§ 171, f. 2 Atom enerjisi veya radyasyon ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 173, f. 2 Patlayıcı maddeler ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 176, f. 2 Genel tehlike yaratan diğer suçlar  
§ 177b, f. 3 Nükleer maddeler ve radyasyonun izinsiz kullanımı  
§ 185, f. 2 Hava korsanlığı  
§ 186, f. 3 Hava taşımacılığı güvenliğinin kasıtlı olarak tehlikeye sokulması  
§ 198, f. 2 Aile yükümlülüklerinin ihlali  
§ 201, f. 3 Cinsel saldırı  
§ 202, f. 2 Şiddet ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar  
§ 205, f. 3 Kendini idare edemeyenlerin cinsel istismarı  
§ 206, f. 3 Çocukların cinsel istismarı  
§ 207, f. 3 Çocukların cinsel istismarının ağır şekli  
§ 312, f. 3 Tutuklu veya hükümlülere karşı kötü muamele ve yardım yükümlülüğünün ihlali  
2) *Ağırlaştırıcı netice olarak mağdurun intiharının veya intihar teşebbüsünün öngörüldüğü suçlar*  
§ 106, f. 2 Cebir kullanma suçunun ağır şekli  
§ 107, f. 3 Ağır tehlike içeren tehdit  
§ 145, f. 3 Ağır yağma  
3) *Ağırlaştırıcı netice olarak yaralama sonucunda iyileşmenin uzun sürmesinin (§ 85 de yer alan anlamda) öngörüldüğü suçlar*  
§ 85 f. 2 Yaralama  
§ 87 f. 2 Tasarlama suretiyle işlenen yaralama  
§ 92, f. 3 Küçüklere ve kendini idare edemeyenlere karşı kötü muamele  
§ 93, f. 2 Çocukların ve kendini idare edemeyenlerin istismarı  
§ 131 Sonradan şiddet veya tehdidin kullanıldığı yağma suçu  
§ 140 Yasa dışı avlanan kişinin kullandığı şiddet  
§ 143 Ağır yağma  
§ 312, f. 3 Tutuklu veya hükümlüye kötü muamele veya yardım yükümlülüğünün ihlali  
4) *Ağırlaştırıcı netice olarak § 84, f. 1'de yer alan şekliyle ağır yaralanmanın öngörüldüğü suçlar*  
§ 84, f. 1 Yaralama  
§ 94, f. 2 Failin yaraladığı kişiye karşı yardım yükümlülüğünün ihmali  
§ 143 Ağır yağma  
§ 201, f. 3 Cinsel saldırı  
§ 202, f. 2 Şiddet içeren cinsel davranışlar  
§ 205, f. 3 Kendisini idare edemeyenlerin cinsel istismarı  
§ 206, f. 3 Küçüklerin cinsel istismarı

Avusturya Ceza Kanunu'nda temel kasıtlı fiilin tek başına suç teşkil etmediği, ancak neticenin taksirle meydana geldiği bazı suçlar vardır ki bunlara gerçek kast-taksir kombinasyonu halleri adı verilir<sup>11</sup>.

- 
- § 207, f. 3 Küçüklerin cinsel istismarının ağır şekli  
§ 312, f. 3 Tutuklu veya hükümlüye kötü muamele veya yardım yükümlülüğünün ihlali  
5) *Ağırlaştırıcı netice olarak birden fazla kişiye karşı § 84, f. 1'de öngörülen ağır yaralamanın öngörüldüğü suçlar*  
§ 169, f. 3 Yangın çıkarma  
§ 171, f. 2 Atom enerjisi veya radyasyon ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 173, f. 2 Patlayıcı maddeler ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 176, f. 2 Genel tehlike yaratan diğer suçlar  
§ 177b, f. 3 Nükleer maddelerin ve radyoaktif maddelerin izinsiz kullanımı  
6) *Ağırlaştırıcı netice olarak birden fazla kişi açısından rahatsızlık verici bir durum yaratmanın öngörüldüğü suçlar*  
§ 169, f. 3 Yangın çıkarma  
§ 171, f. 2 Atom enerjisi veya radyasyon ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 173, f. 2 Patlayıcı maddeler ile gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler  
§ 176, f. 2 Genel tehlike yaratan diğer suçlar  
§ 177b, f. 3 Nükleer maddelerin ve radyoaktif maddelerin izinsiz kullanımı  
7) *Ağırlaştırıcı netice olarak mağdurun uzun süre psikolojik ve fiziksel olarak zayıf ve aşağılanmış hissetmesine neden olunmasının öngörüldüğü suçlar*  
§ 201, f. 3 Cinsel saldırı  
§ 202, f. 2 Şiddet içeren cinsel davranışlar  
8) *Ağırlaştırıcı netice olarak mağdurun hamile kalmasının öngörüldüğü suçlar*  
§ 205, f. 3 Kendisini idare edemeyenlerin cinsel istismarı  
§ 206, f. 3 Küçüklerin cinsel istismarı  
§ 207, f. 3 Küçüklerin cinsel istismarının ağır şekli  
9) *Ağırlaştırıcı netice olarak mağdurun sağlığına veya fiziksel veya psikolojik gelişimine ağır bir zarar verme veya bakımsız kalması neticesinin öngörüldüğü suçlar*  
§ 198, f. 2 Aile yükümlülüğünün ihmali  
10) *Ağırlaştırıcı netice olarak belli bir miktarın üzerinde malvarlığı değerinde azalma meydana getirmenin öngörüldüğü suçlar*  
§ 136 f. 3 Araçlara karşı gerçekleştirilmiş kullanma hırsızlığı (Av.CK. § 7, f. 2'nin bu hükme uygulanması ile ilgili olarak bkz. FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 89; STEININGER, E., § 7 şerhi, kn. 20; FOREGGER -FABRIZY, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, § 136 şerhi, kn. 5.)  
Geçmişte § 126, f. 1, b. 7, ve f. 2 (belli bir meblağın üzerinde maddi zarara neden olan mala zarar verme) hükmü uygulama tarafından (bkz. OGH 18.2.1976, in *JBl* 1977, s. 213) taksirle neden olursa dahi faile yüklenebilecek bir netice olarak kabul edilmiştir. Yakın tarihli uygulama (OGH 10.11.1983, in *JBl* 1984, s. 269), öğretiden uzaklaşarak söz konusu neticenin kasıtlı olmasını aramaktadır. krş. Christoph MAYERHOFER - Sepp SIEDER, *Das österreichische Strafrecht*, Erster Teil, *StGB*, 4. Aufl., Wien, 1994, § 7 şerhi, kn. 5; STEININGER, E., § 7 şerhi, kn. 20.  
<sup>10</sup> BURGSTALLER, § 7 şerhi, *Wiener Kommentar zum StGB*, kn. 10.  
<sup>11</sup> Örneğin § 83, f. 2'de öngörülen kasıtlı kötü muamele sonucu taksirli yaralamaya neden olma; § 92, f. 2'de öngörülen küçükleri ve kendini idare edemeyenleri koruma görevinin kasıtlı şekilde ihmali neticesi mağdurun sağlığının zarar görmesi, fiziksel ve psikolojik gelişimine zarar verilmesi.

## 2. Tarihi Gelişim: Dolaylı Kasttan (Habsburg Ceza Hukuku) En Azından Taksirli Sorumluluğa

### 2.1. Habsburg Ceza Kanunu'nda Öngörülen Dolaylı Kast

Dolaylı kast teorisi 1700'lü yılların sonunda başta Almanya olmak üzere, Alman dilini konuşan diğer ülkelerde de kullanılmıştır. Bu teori özellikle 1768 tarihli Ceza Kanunu (*Constitutio Criminalis Theresiana*)<sup>12</sup> ile hukuk sistemine girmiştir.

Theresiana'nın dolaylı kasta ilişkin 3. maddesi § 2 uyarınca fail, zararlı neticeyi meydana getirmeyi istememiş olsa da, zararlı neticeler meydana getirebilecek olan hareketi yapmayı istemiştir<sup>13</sup> (Bir kişiyi yaralamak amacıyla ateş eden failin, bu kişiyi öldürmesi durumunda olduğu gibi). Söz konusu madde uyarınca suç doğrudan kastla da işlense, dolaylı kastla da işlense, faile aynı ceza verilecektir<sup>14</sup>. Bu da dolaylı kastla işlenen suçun neden bu derece ağır bir ceza ile cezalandırıldığını açıklar. Bu durum neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da karşımıza çıkmaktadır ve bu suçların dolaylı kast ile işlenmiş olduklarının kabul edildiği dönemde neden çok ağır şekilde cezalandırıldıklarını açıklamaktadır.

Dolaylı kast tanımına Habsburg kanun koyucusu daha sonraki yasal düzenlemelerde de yer vermiştir<sup>15</sup>:

- 1787 tarihli II Jozefin Ceza Kanunu (Josefinisches Strafgesetz von 1787)'nin birinci bölümü § 3'de "Bir zarar doğrudan istenmemiş olsa dahi kötü bir hedefe yönelmiş hareketten kaynaklanmaktadır ve bu hareket aynı zamanda istenmeyen neticeye de neden olabilecek niteliktedir"<sup>16</sup> ifadesi yer almıştır.
- 1797 tarihli Batı Galiçya Ceza Kanunu (Westgalizisches Strafgesetzbuch) § 7'de<sup>17</sup> de dolaylı kast tanımı aynı şekilde verilmektedir.

---

<sup>12</sup> Bu teori 1794 tarihli *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* tarafından da kabul edilmiştir. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, s. 182 vd.; Marcello FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*. Torino, 1925 s. 61.

<sup>13</sup> Bkz. *Allgemeine Bestimmungen österreichischer Strafgesetzbücher 1768-1852, zur Vergleichung zusammengestellt*, (bearbeitet von STOOB –KÜNBBERG), Heidelberg, 1909, s. 28.

<sup>14</sup> Bkz. FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 51.

<sup>15</sup> LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 185 vd.; FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 61 vd.

<sup>16</sup> *Allgemeine Bestimmungen*, s. 28.

<sup>17</sup> Bu metin Galiçya topraklarında daha sonra 1803 tarihli ceza kanununda karşımıza çıkmaktadır. Christian BRODA, *Die österreichische Strafrechtsreform*, Wien, 1965, s. 12.



- 1803 tarihli Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen) § 1'e göre ise, kast (kötü niyet) sadece kötü bir neticeye yöneldiğinde değil hareketin kötü bir neticeyi meydana getireceği durumlarda da bulunur<sup>18</sup>.
- 1852 tarihli Ceza Kanunu § 1'de dolaylı kast tanımı yapılmıştır<sup>19</sup>. Bu tanım da 1803 tarihli kanundaki tanım ile aynıdır.

1852 tarihli Ceza Kanunu (II Jozefin ve Batı Galiçya Ceza Kanunları da) Covarruvias, Nettelbladt ve Glaentzer'in görüşleri doğrultusunda en azından madde metninde doğrudan kast ile dolaylı kast halinde aynı cezanın verilmesi sisteminden vazgeçmiştir<sup>20</sup>.

1852 tarihli Ceza Kanunu § 134 ve 136 uyarınca bir kimseyi öldürme kastıyla hareket eden fail ölüm cezası ile cezalandırılırken, § 140 e 142 uyarınca öldürme kastı olmaksızın başka bir zarar vermek kastıyla hareket eden fail, hareketi ile mağdurun ölümüne neden olduğunda, 5 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Mağdur ile fail arasında yakın akrabalık ilişkisinin bulunması veya failin mağdura karşı bazı yükümlülükler altında olması durumunda, 10 yıldan 20 yıla kadar ağır hapis cezası verilir<sup>21</sup>.

Eğer dolaylı kastla öldürme, gerçekleştirilmekte olan bir yağma sırasında meydana gelirse, 1852 tarihli Kanun § 141 uyarınca, dolaylı kast ile doğrudan kast için verilen ceza eşitlenmekte, her iki durumda da ölüm cezası verilmektedir.

1852 tarihli Ceza Kanunu § 335 taksirli öldürmeyi 6 aydan 1 yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırmaktadır. Bu durumda taksirli öldürmenin en fazla 1 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırıldığını göz önünde bulundurursak, dolaylı kastla meydana getirilen insan öldürme en azından 5 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırıldığında, dolaylı kastın çok ağır şekilde cezalandırıldığı ortadadır<sup>22</sup>. Dolaylı kastı ağır şekilde cezalandırma yönündeki bu eğilim, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların cezalandırılması üzerinde de etkili olmuştur.

<sup>18</sup> BRODA, *Die Österreichische Strafrechtsreform*, s. 12; *Allgemeine Bestimmungen*, s. 29.

<sup>19</sup> Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, die Strafgerichts-Competenz-Verordnungen und die Press-Ordnung vom 27. Mai 1852 für das Kaiserthum Oesterreich, Wien, 1853 (Almanca ve İtalyanca yazılmıştır).

<sup>20</sup> Söz konusu yazarların görüşüne göre doğrudan ve dolaylı kastla işlenen suçlara aynı ceza verilmemelidir, dolaylı kast halinde verilecek ceza daha az olmalıdır. Bkz. FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 52 vd.

<sup>21</sup> Benzer bir düzenleme Batı Galiçya Ceza Kanunu § 121'de öngörülmüştür. Bkz. FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 52 vd.

<sup>22</sup> Bkz. RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 210.

Bu tip ceza kanunlarında dolaylı kast, en azından öğretinin bir kısmı tarafından kast karinesi olarak yorumlanmıştır<sup>23</sup>. Çünkü ceza muhakemesi içerisinde kastın ispatının zor olması dolayısıyla kast karinesi ile muhakemenin ilerleyişinin hızlandırılması mümkün olacaktır<sup>24</sup>.

İlk başta sadece muhakemeyi kolaylaştırmak amacını güden dolaylı kast, daha sonra gerçek bir sorumluluk şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, istenmeyen fiilleri dolaylı kast ile cezalandırmayı sağlayacak kanun hükümleri yapılmıştır<sup>25</sup>.

Dolaylı kast ile sorumluluk için:

a) Fail bir başka suçu işleme kastı ile hareket etmelidir.

b) Bu hareketten istenenden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi gerekir<sup>26</sup>.

c) Hareket ile ağır netice arasında bir uygunluk bağlantısı bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle bu hareket meydana gelen neticeyi meydana getirmeye elverişli olmalıdır<sup>27</sup>. Bu uygunluk soyut olarak değerlendirilecektir. Anormal neticeler dahi bu uygunluk dışında değerlendirilmemektedir<sup>28</sup>.

d) Sadece öğretilerde azınlıkta kalan bir görüş bir şart daha aramaktaydı: Failde (doğrudan) istenmeyen netice bakımından taksir bulunmalıdır. O halde dolaylı kast, kasıtlı bir suçtan failin taksirli kabul edilebileceği bir netice meydana geldiğinde varlığı kabul edilen bir kast türüdür<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 212.

<sup>24</sup> Bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 184; Gustav RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung*, Berlin, 1908, AT, Band 2, s. 230; FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 63.

<sup>25</sup> Bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 192 vd.; RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 230; Gottfried BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW* 1936, Band 55, s. 48 vd.; RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 210.

<sup>26</sup> Bu iki şartın dolaylı kast ile kastın aşılması arasındaki benzerliği ortaya koyduğu ifade edilmiştir. RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 210.

<sup>27</sup> RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 244; RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 210.

<sup>28</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 211. Yazar uygunluk şartının sorumluluk alanını daraltma konusunda herhangi bir etkisi olmadığını belirtir. Yazara göre zarar vermeye elverişli hareket aynı zamanda öldürmeye de elverişlidir.

<sup>29</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 211; RITTLER, *Lehrbuch*, II, s. 12 (ölümün germekleşmesi durumunda) ve s. 30 (ağır yaralamanın gerçekleşmesi halinde); bkz. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 147; aksi görüş öğretilerde daha baskın durumdadır, bkz. Gustav KANIAK, *Das österreichische Strafgesetz*, 6. Aufl. Wien, 1969, § 140 şerhi, kn. 6, s. 287; Friedrich NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Wien-Köln, 1955, s. 74.

## 2.2. 1852 Tarihli Ceza Kanunu'nda (Doğrudan) İstenmeyen Neticeden Sorumluluk

1. 1852 tarihli Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde hakim olan öğretiyeye göre, temel kasıtlı suçun işlenmesi ile meydana gelen istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda dolaylı kast uygulanabilir. Bunun için, meydana gelen neticenin, fail tarafından istenmeyen bir netice olduğunun ilgili hükümde açıkça belirtilmesi gerekmektedir<sup>30</sup>. Böylece dolaylı kast, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerinde kullanılmıştır.

İnsan öldürme suçu bakımından, mağdura yönelik başka bir kötülük yapma kastının bulunduğu, ancak öldürme kastının bulunmadığı haller bu duruma örnektir (§ 140 StG 1852). Aynı şekilde yağma neticesinde ölüme neden olma da, dolaylı kastın kullanılabilabileceği bir suçtur (§ 141 StG 1852)<sup>31</sup>. Dolaylı kast ile cezalandırılacak olan bir başka durum ise 1852 tarihli Ceza Kanunu § 152, § 155 b, c, d, § 156' da yer alan yaralama suçudur<sup>32</sup>.

Kanun yapma tekniği bakımından değerlendirildiğinde, söz konusu suçlarda (doğrudan) istenmeyen netice, diğer suçun unsuru haline gelmekteydi<sup>33</sup> ve bu suça ismini vermekteydi<sup>34</sup>. Dolayısıyla bu suçlar (§ 140, 141 StG 1852) doğrudan hayata karşı suçlar grubunda yer alan suçlardı, "yaralamayı takip eden öldürme" veya "yağmayı takip eden öldürme" olarak adlandırılmakta ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlar veya mala karşı suçlar grubu içerisinde değerlendirilmemekteydi.

2. Oysa başka bazı suç hipotezlerinde istenmeyen netice, temel kasıtlı suçun cezasını artıran bir neden olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerine benzer bir durum yaratılmıştır<sup>35</sup>.

Örneğin cinsel saldırı suçu neticesi kadının sağlığının bozulmasına veya ölümüne neden olunursa ceza artırılır (§ 126 StG 1852). Aynı şekilde çocuk düşürme suçunun kadının hayatı için bir tehlike yaratması veya sağlığına ağır bir zarar vermesi (§ 148 StG 1852), küçükleri terk neticesi küçüğün ölümü (§ 150, 151 StG 1852), düello sonucunda ölümün meydana gelmesi hallerinde ceza artırılmaktadır (§ 161 StG 1852).

<sup>30</sup> RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 244; RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 211; aksi görüş için bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 199.

<sup>31</sup> Bkz. RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 210 vd.; RITTLER, *Lehrbuch*, II, s. 11 vd.; DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 288.

<sup>32</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 212; RITTLER, *Lehrbuch*, II, s. 29 vd.

<sup>33</sup> Bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 201.

<sup>34</sup> Bkz. RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 245.

<sup>35</sup> LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 201; RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 192; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 146; DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 288. *Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines oesterreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909 und zum Vorentwurfe des Einführungsgesetzes*, Wien, 1910, s. 25.

Bu tür suçlarda ağırlaştırıcı neticeler, ağır şekilde cezalandırılabilmenin objektif şartlarını oluşturmaktadır ve sorumluluk için sadece nedensellik bağının varlığı yeterli görülmüştür<sup>36</sup>. Ağırlaştırıcı neticenin kasten veya taksirle meydana getirilip getirilmediği araştırılmamaktadır<sup>37</sup>.

Öğretideki bir görüş, sadece nedensellik bağının varlığına dayanan ve objektif sorumluluğun kalıntılarını yansıtan bu suç hipotezlerinin sayısının azaltılmasına çalışmıştır. Bunu sağlayacak yol olarak da uygunluk bağlantısını kullanmıştır<sup>38</sup>.

**3.** 1852 tarihli Kanunda istenmeyen ağırlaşmış neticenin faile yüklenebilmesi için öngörülebilirlik aranmıştır<sup>39</sup>.

§ 86 son cümlesinde mala zarar verme sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği hallerde, bu neticenin öngörülebilir olması halinde faile verilecek ceza artırılıyordu. § 167, a hükmünde de yangın neticesi ölümün meydana gelmesi halinde, ölüm neticesinin öngörülebilir olması durumunda faile verilecek ceza artırılmaktadır.

### **2.3. Sorumluluğu Sınırlayan Ölçüt Olarak Taksirin Kanun Metnine Eklenmesi**

XIX. yüzyılın sonlarından itibaren Avusturya ve Alman öğretisinde, gerek saf objektif sorumluluk halleri (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda olduğu gibi) gerekse uygunluk teorisinin uygulanması ile yumuşatılmış objektif sorumluluk halleri (dolaylı kast ile işlenen suçlar gibi) öğreti tarafından eleştirilmeye başlanmıştır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili değişiklik çalışmaları ilk önce Avusturya'da ortaya çıkmış, Almanya'da, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile ilgili Avusturya'da başlatılan bu çalışmalar yakından takip edilmiş ve daha sonra Almanya'da bu yönde çalışmalar başlatılmıştır. Bu nedenle bu iki ülke arasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile ilgili reform çalışmaları paralellik göstermektedir. Sübjektif unsur olarak somut öngörülebilirliğin kanun metnine eklenmesi yönündeki görüşler, Avusturya'da Almanya'dan daha önce ortaya çıkmıştır. Daha sonra ise

<sup>36</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 192; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 16.

<sup>37</sup> Bkz. RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 192; RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 245. Örneğin tecvüz neticesinde mağdurun intihar ederek ölmesi veya hamile kalması ve doğum sırasında meydana gelen komplikasyon neticesi ölmesi durumunda ceza artırılır (bkz. RITTLER, *Lehrbuch*, II, s. 301).

<sup>38</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 192.

<sup>39</sup> Bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 201; RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 192 (yazar öngörülebilirlik ile taksiri eş anlamlı kabul etmektedir); DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 288. Bkz. *Erläuternde Bemerkungen*, s. 25.

ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk için taksirin aranması yönündeki anlayış berliirmeye başlamıştır. Oysa Almanya’da somut öngörülebilirlik yönündeki teoriler hiç ortaya çıkmamış, doğrudan, taksirin aranması yönündeki Avusturya’da gelişmiş olan anlayış benimsenmiş ve geliştirilmiştir. Gerçekten Avusturya’da somut öngörülebilirliğin ilk olarak 1877 tarihli ceza kanunu tasarısında ortaya çıktığı görülmektedir.

#### **a) 1877 Tarihli Ceza Kanunu Tasarısı**

1877 Tarihli Ceza Kanunu Tasarısı § 55, f. 3’e göre, hareketten meydana gelen neticelerin fail tarafından hareketin gerçekleştirildiği anda düşünülmesinin (*denken*) ve hareketin gerçekleştirilmesinden sonra önlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, neticenin ağırlaştırılmış olması nedeniyle ortaya çıkan ağır cezanın faile uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>40</sup>.

Bu hüküm daha sonra 1889 tarihli ceza kanunu tasarısında (§ 54, f.3) da herhangi bir değişikliğe uğramadan yer almıştır. Söz konusu metin sadece dil açısından düzeltilmiş haliyle 1891 tarihli tasarıda da bulunmaktadır.

#### **b) 1891 Tarihli Ceza Kanunu Tasarısı**

1891 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı § 54, f. 3 uyarınca, hareketin yapıldığı sırada bu davranıştan meydana gelen neticelerin fail tarafından hareketin gerçekleştirildiği anda öngörülmesinin (*voraussehen*) mümkün olmadığı ve hareketin gerçekleştirilmesinden sonra önlenmesinin mümkün olmadığı hallerde neticenin ağırlaştırılmış olması nedeniyle ortaya çıkan ağır cezanın faile uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>41</sup>.

Bu hüküm herhangi bir değişikliğe uğramadan 1893 tasarısında da yer almıştır. Bu tasarı 1894’de meclis tarafından kabul edilmemiştir ve ceza kanunu ile ilgili yapılan ilk reform çalışması böylece başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

1902’de yeni bir ceza kanunu yapmak üzere yeniden çalışmalar başlatılmıştır. 1906’da yeni Ceza Kanunu tasarısı hazırlanıp tamamlanmıştır<sup>42</sup>. Bu tasarının genel hükümler kısmında bir neticenin ne zaman cezalandırılabilir ve ne zaman daha ağır şekilde cezalandırılabilir olduğuna ilişkin bir hüküm yer almıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar da sözü edilen düzenleme çerçevesinde ağır şekilde cezalandırılabilir hükümler arasındadır.

---

<sup>40</sup> Söz konusu hükmün metni için bkz. RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 248, LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 284.

<sup>41</sup> *Erläuternde Bemerkungen*, s. 25.

<sup>42</sup> Bkz. RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 21.

### c) 1906 Tarihli Komisyon Tasarısı

1906 tarihli tasarı § 2, f. 2 uyarınca, özel hükümler kısmında yer alan bir hüküm veya belli bir neticenin meydana gelmesi halinde verilecek olan ceza, failin bu neticeyi gerçekleştirmek isteyip istememesinden bağımsız olarak uygulanacak ise, sadece neticenin istisnai nedenler etkisiyle meydana gelmesi durumunda söz konusu netice faile isnat edilemez.

1906 tasarısı kusur ilkesinin hakim kılınması açısından geri atılmış bir adımdır. Somut öngörülebilirlik kavramı ile ilgili katedilen yol boşa gitmiş ve sadece “istisnai nedenler” ifadesine yer verilmekle yetinilmiştir. Dolayısıyla istenmeyen neticeden sorumluluk konusundaki tek sınır “uygunluk bağlantısı”dır. Uygunluk bağlantısı yasada zaten dolaylı kastla işlenen suçlar ile ilgili olarak öngörülmüş olduğuna göre, tasarı ile getirilen tek yenilik uygunluk bağlantısının neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak da aranması olmuştur<sup>43</sup>.

1909 tarihli tasarıdan itibaren § 2, f. 2 tasarı metninden çıkarılmıştır.

### d) Eylül 1909 Tarihli Ceza Kanunu tasarısı

Eylül 1909 tarihli Ceza Kanunu tasarısı § 8 uyarınca, cezalandırılabilir bir davranıştan doğan neticelere bağlı olan ağır cezalar, bu neticeler, genel olarak fiilin işlendiği anda fail tarafından bilinen şartlar dikkate alındığında öngörülebilir iseler, faile yüklenebilirler<sup>44</sup>.

Tasarının bu maddesi, objektif sorumluluğun ortadan kaldırılması ve kusur ilkesinin tam olarak uygulanmasını sağlamak amacını gütmektedir<sup>45</sup>.

Kusur ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi için sorumluluğun kusurlu olduğunun belirtilmesi yeterli değildir, aynı zamanda faile verilecek cezanın da kusurdan fazla olmaması gerekir<sup>46</sup>.

Bu tasarının amaçlarına ulaşmak için bilinçli olarak ağırlaştırıcı neticeden sorumluluğun sınırı olarak taksir kabul edilmemiştir. § 8’de objektif-sübjektif bir kriter eklenmiştir. Gerçekten bu hükümle yargıca, fail tarafından bilinmesi gereken veya bilinen şartların ve ortalama bir kişi tarafından neticenin öngörülüp öngörülemeyeceğinin araştırılması görevi yüklenmektedir. Böylece somut olayın şartlarını bilmeyen failin objektif sorumluluk gereğince sorumlu olmasının önüne geçilmektedir. Aynı

<sup>43</sup> Bkz. RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, s. 244; bkz. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, s. 201.

<sup>44</sup> Bkz. FINZI, *Il “delitto preterintenzionale”*, s. 43, dn 2.

<sup>45</sup> *Erläuternde Bemerkungen*, s. 24.

<sup>46</sup> *Erläuternde Bemerkungen*, s. 24.

zamanda failin neticeyi öngörme kapasitesine sahip olmamasından kaynaklanan bir avantaj sağlaması da mümkün olmayacaktır.

1909 tasarısı daha sonra başka bir komisyon tarafından tekrar incelenmiştir. Aynı zamanda öğretilerde de bu tasarının tartışılması sağlanmıştır. Bu tasarı aynı zamanda 1908 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı ve 1909 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı ile de karşılaştırılmıştır. Böylece 1912 tarihli hükümet tasarısı meydana getirilmiştir. Bu tasarı ile ağırlamış istenmeyen neticeden sorumluluk sınırı olarak taksir, kanun metnine eklenmiştir.

#### **e) 1912 Tarihli Hükümet Tasarısı**

1912 tarihli hükümet tasarısı § 7 gereğince, cezalandırılabilir bir davranıştan kaynaklanan belirli neticelerin meydana gelmesine bağlı olarak daha ağır cezaların öngörüldüğü hallerde, bu ağır cezalar faile ancak bu neticelere taksir ile neden olduğunda yüklenebilirler.

Tasarının 7. paragrafı mecliste tartışılırken heherhangi bir değişikliğe uğramamış ve 1913'de söz konusu tasarı mecliste kabul edilmiştir. Meclis komisyonunun söz konusu tasarı hakkındaki görüşünde, kusurluluğun sadece cezalandırmak veya cezalandırmamak noktasında önem taşımadığı, aynı zamanda cezanın belirlenmesinde de etkili olması gerektiği, bu nedenle § 7 ile kusur ilkesinin tam olarak uygulanabilir kılındığı ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

Kusur ilkesinin yerleşmesi bakımından çok önemli olan bu kanun tasarısı birinci dünya savaşının çıkmış olmasının etkisiyle yasalaşamamıştır. Savaştan sonra ise Avusturya ve Almanya Ceza Kanunlarının birleştirilmesi amacı ortaya çıkmış ve birleştirmeyi gerçekleştirmek üzere Kadečka adlı Ceza hukukçuları birliği 1922 tarihinde, 1919 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı'ndan hareket ederek bir Avusturya Ceza Kanunu Tasarısı hazırlamıştır. Bu tasarıda da istenmeyen ağır neticeden sorumluluk için taksirin aranması gerektiği noktasından hareket edilmiştir<sup>48</sup>.

#### **f) 1922 Tarihli Avusturya Ceza Kanunu Karşıt Tasarısı**

1922 tarihli Avusturya Ceza Kanunu Karşıt Tasarısı'nın genel kısmı, 1919 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun birinci kitabı ile aynıdır.

1922 tarihli Tasarı'nın neticeden sorumluluk başlığını taşıyan 20. paragrafına göre, bir fiilden kanunda belirtilen özel netice meydana

---

<sup>47</sup> *Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage zur Reform des Strafrechtes*, Wien, 1913, s. 22 vd.

<sup>48</sup> *Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919*, Wien, 1922.

geldiğinde, bu özel neticeye bağlı olarak daha ağır bir cezanın öngörüldüğü durumlarda, ağır ceza, faile neticeyi en azından taksir ile meydana getirdiğinde uygulanır.

Daha sonraki yıllarda ise Almanya ve Avusturya için ortak bir ceza kanunu yapılmasını sağlamak için her iki ülkenin de bakanlık düzeyinde katıldığı bir komisyon kurulmuştur. Yapılan ortak çalışmalar her iki ülke için geçerli olacak kanun tasarılarının oluşturulmasını sağlamıştır: 1922 (Radbruch tasarısı), 1925 ve 1927 tarihli tasarıların hepsi istenmeyen ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk için en azından taksiri öngörmekte idiler. Bu çalışmalar dönemin politik gelişmeleri dolayısıyla yasalaşamamıştır (Avusturya Dollfuß hükümeti nazist Almanya'ya katılmıştır, 1938)<sup>49</sup>.

Avusturya'da, İkinci Dünya Savaşı'nın bitmesinden birkaç yıl sonra, 1954 yılında ceza kanunu tasarısı hazırlamak üzere tekrar çalışmalara başlanmıştır. 1964 ve 1966 tarihli iki bakanlık tasarısı ve 1968 tarihli bir hükümet tasarısı oluşturulmuş ve ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk için her üç tasarıda da taksir aranmıştır<sup>50</sup>.

1971 yılında yukarıda yer alan tasarıları temel alan yeni bir hükümet tasarısı hazırlanmış ve 23.1.1974 tarihli kanun (1 Ocak 1975de yürürlüğe girmiştir) üzerinde söz konusu tasarı etkili olmuştur<sup>51</sup>.

1974 tarihli kanunun istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda düzenleme getiren § 7, f. 2 hükmü tüm bu gelişmelerin son noktası olmuştur.

#### 2.4. Değerlendirme

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk ölçütü konusunda dolaylı kasttan başlayan süreç taksir ölçütünün kanun metni içerisine alınması ile sona ermiştir.

Avusturya ceza hukukunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar konusundaki gelişimi Alman hukukundaki gelişmeden farklı bir çizgi izlemiştir: Avusturya Ceza Kanunu uzun süre 1803 tarihli Alman Ceza Kanunu'nu referans almıştır. 1803 tarihli Alman Ceza Kanunu, kasıtlı fiili takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda dolaylı kast anlayışını benimsemiştir. 1852 tarihli Ceza Kanunu'nda, neticesi sebebiyle

<sup>49</sup> RITTLER, *Lehrbuch*, I, s. 23; Eugen SERINI, *Das neue Österreichische Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, (hrsg. von Jescheck –Lüttger), Berlin ; New York, 1977, s. 737.

<sup>50</sup> Bkz. BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, kn. 8; Winfried PLATZGUMMER, *Die "Allgemeine Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik*, in *JBl* 1971, s. 238.

<sup>51</sup> *Bericht der Kommission für Justizgegenstände* s. 22 vd.



ağırlaştırılmış suçlara ilişkin yenilik getirici herhangi düzenleme yapılmamıştır. Feuerbach tarafından ileri sürülen ve Alman öğretisini uzun süre meşgul eden, kastta beliren taksir anlayışı<sup>52</sup> Avusturya ceza hukukunu etkilememiştir.

Feuerbach'ın görüşlerinden herhangi bir etkilenme olmamasına rağmen Avusturya'da da öğreti, Almanya'da 1870-1871 tarihli Kanunun kabulünden sonraki dönemde olduğu gibi, kusur ilkesini kasıtlı bir suçtan meydana gelen istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda da uygulama ihtiyacı duymuştur. Kusurun bu suçlarda da aranmasını sağlayacak unsur olarak "taksir" kabul edilmiştir. Dolaylı kast ile işlenen suçlarda kanunda açıkça aranan uygunluk bağlantısının, kusur ilkesinin gerçekleşmesini sağlayamadığı kabul edilmiştir. Uygunluk bağlantısının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından da aranması yönündeki görüş, 1906 tarihli tasarıda da ileri sürülmüştür. Ancak bu tasarı kanunlaşmamış ve böylece sözü edilen teori uygulamaya yansıtılmamıştır.

---

<sup>52</sup> Dolaylı kast kavramı, çok genel bir kavram olması ve çok geniş bir alanda uygulanabilir nitelikte bulunması nedeniyle eleştirilmiştir. Dolaylı kast, kastın ispatıyla ilgili güçlüğü yenmek amacıyla oluşturulmuş bir kavramdır ve sadece basit bir şüpheyle failin cezalandırılmasına neden olmaktadır. Giovannangelo DE FRANCESCO, "La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica", *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1993, s. 409 vd.; Emilio DOLCINI, "L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato", *RIDPP* 1979, s. 765.

Aydınlanma döneminde ise bir masumun cezalandırılmasındansa yüz tane suçlunun serbest kalması yeğlenmiştir. Bu nedenle bu dönemde dolaylı kast kavramının kabul edilmesi mümkün değildir. Bkz. Giorgio MARINUCCI, "Il diritto penale messo in discussione", *RIDPP* 2002, s. 1040 vd.

Feuerbach dolaylı kast kavramını kabul etmeyerek, temel kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk için, *doğrudan kastta beliren taksir* kavramını ilk defa kullanan yazar olmuştur. Yazar, 1800 yılında yayınlanan *Betrachtungen* ve 1801 yılında yayınlanan *Lehrbuch*'da dolaylı kast kavramının taksirden başka bir şey olmadığını belirtmiştir. Ancak Feuerbach dolaylı kast kavramını reddetmesine rağmen, kasıtlı bir suçu takip eden istenmeyen neticenin taksirle meydana gelmesi halinde failin alacağı cezanın, normal bir taksirli suçtan daha ağır olması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, kasıtlı suçu takip eden ölüm neticesi için failin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması gerekir ki, bu ceza kasıtlı öldürme suçu için verilen cezanın aynısıdır. Böylece bu görüş gereğince teorik olarak dolaylı kast kavramı reddedilmekte ise de, pratikte dolaylı kastın kabulü ile aynı neticelerin doğduğu görülmektedir. Feuerbach ayrıca Kritik adlı eserinde, neticenin öngörüldüğü hallerde kasttan, öngörülmeyen ancak öngörülebilir olduğu hallerde taksirden sorumlu olunacağını ifade etmiştir. Böylece yazar dolaylı kast kavramını reddetmekle birlikte, çeşitli eserleri arasında da çelişki bulunmaktadır. Ancak sonuç olarak her ne kadar görüşlerinde değişiklikler olsa da, Feuerbach'ın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda taksirin aranması gerektiğini belirten ilk kişi olması ve bu konuda yapılan diğer araştırmalara öncülük etmesi oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Ayrıca Feuerbach'ın bu görüşleri ileriki yıllarda yapılacak ceza yasalarını da etkilemiştir. FINZI, *Il "delitto preterintenzionale"*, s. 22, 67; DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, s. 765-766.

Taksirin kullanımı ile meydana gelen gelişmeler ise Alman hukukundaki gelişmeler ile paralellik göstermektedir.

### **3. Avusturya Öğretisi Ve Uygulamasında Taksirin Sorumluluğu Sınırlayıcı Kriter Olarak Kullanılması**

1975 tarihli yeni Ceza Kanunu'nun (§ 7, f. 2) yürürlüğe girmesi ile birlikte Avusturya'da da kasıtlı suçu takip eden istenmeyen ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk için en azından taksirin varlığı aranmaya başlanmıştır<sup>53</sup>.

Aşağıda Avusturya Ceza Kanunu'nda istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda taksirin sorumluluğu sınırlamada etkili olup olmayacağı ve bu taksirin yapısı incelenecektir.

#### **3.1. Birinci Dönem (1975-1985): Temel Kasıtlı Suçun İşlenmesi İle Birlikte Davranış Kuralının Da İhlal Edildiği Yönündeki Anlayış**

##### **a) Öğreti**

Avusturya öğretisinde 1975'den 1980'li yılların ortalarına kadar olan dönemde, Alman öğretisi<sup>54</sup> ve özellikle Jescheck'in görüşlerinde<sup>55</sup> olduğu gibi temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte, ağırlaşmış netice bakımından objektif davranış kuralının da ihlal edildiği kabul edilmiştir<sup>56</sup>. Bu nedenle

<sup>53</sup> Bkz. DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 288 vd.

<sup>54</sup> Bkz. DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 290.

<sup>55</sup> Bkz. BURGSTALLER, *Erfolgszurechnung*, s. 357.

<sup>56</sup> Alman Ceza Hukuku'nda taksirin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda aranmaya başlandığı 1953 yılından 1970'li yıllara kadar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin varlığı aranmış ve bu dönemde taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iyi bir filtre görevini görmüştür. 1970'li yıllardan itibaren tüm unsurlarıyla gerçek bir taksirin varlığı gerekli görülmemiştir. Uygulama neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki taksiri daha hafif bir taksir olarak yorumlamaya başlamıştır. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda taksir daha az etkin bir filtre görevi görmüştür. Alman uygulamasında, taksirin içeriğinin zayıflatılması eğilimi sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda değil, tüm taksirli suçlar bakımından kendisini göstermiştir. Bkz. Giorgio MARINUCCI, "Non c'è dolo senza colpa. Morte della 'imputazione oggettiva dell'evento' e trasfigurazione nella colpevolezza?", *RIDPP* 1991, s. 9 vd.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış netice bakımından aranan taksirin içeriği zaman içinde giderek zayıflatılmıştır. Taksir kavramı soyut öngörülebilirlik kavramına indirgenmiştir. Sadece neticeye bakılıp bu neticenin normal yaşam deneyimlerine uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu nedenle yargıçlar somut olayda neticenin gerçekten öngörülebilir olup olmadığını incelememişlerdir. Meydana gelmesi failce planlanan netice ile meydana gelen netice arasında çok büyük bir farklılık bulunsa dahi fail neticeden sorumlu

ağırlaştırıcı netice bakımından ayrıca davranış kuralı ihlalinin bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılmasına gerek duyulmamıştır<sup>57</sup>.

Avusturya hakim öğretisine göre, (Alman öğretisinden farklı olarak) taksirin bulunması için sadece öngörülebilirliğin bulunması yeterli değildir<sup>58</sup>. Taksirli neticeden sorumluluk için öngörülebilirliğin yanı sıra, uygunluk bağlantısı (*Adäquanzzusammenhang*), tehlike bağlantısı (*Risikozusammenhang*) veya riskin artması ölçütlerinin (*Risikoerhöhung*) de bulunması gerekir<sup>59</sup>.

Yukarıda sayılan ölçütlerden neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından önem taşıyanı, tehlike bağlantısı ölçütüdür<sup>60</sup>. Gerçekten uygunluk bağlantısı ağırlaşmış neticeden sorumluluk bakımından sadece bir ön filtre görevini görür ve sorumluluğu sınırlama konusunda yetersiz kalır<sup>61</sup>. Riskin artması ölçütü de, sorumluluğu sınırlama konusunda yetersiz görülmüştür.

Tehlike bağlantısı ölçütünü uygulayan Avusturya ceza hukuku öğretisine göre, istenmeyen netice, üçüncü kişinin veya mağdurun ağır

---

tutulmaktadır. Gabrio FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, s. 441; MARINUCCI, *La Colpa per Inosservanza di Leggi*, Milano, 1965, s. 261 vd.; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, s. 18 vd.

<sup>57</sup> Bkz. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 146, dn. 4; Diethelm KIENAPFEL, *Die Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs*, in *ZVR* 1977, s. 167; Diethelm KIENAPFEL, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil : mit einer Einführung in programmierter Form*, 2. Aufl., Wien, 1979, s. 454; Diethelm KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT, Band I*, 2. Aufl., Wien, 1984, s. 115; LEUKAF-STEININGER, *Kommentar*, 2. Aufl., 1979, § 7 şerhi, s. 137; Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, AT*, 1. Aufl., Wien, 1985, s. 321; MAYERHOFER-RIEDER, *Das österreichische Strafrecht, Erster Teil, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 1981, sub § 7, kn. 8 vd.

<sup>58</sup> Avusturya ceza hukukunda taksirin öngörülebilirliğe indirgenmesi ile ilgili bkz. LEUKAF-STEININGER, *Kommentar*, s. 137; FOREGGER-FABRIZY, *Strafgesetzbuch*, § 7 şerhi, kn. 4, s. 55.

<sup>59</sup> Her üç şartı arayan yazarlar için bkz. TRIFFTERER, *Strafrecht*, s. 321 (aynı yönde 2. bası, 1994, s. 321); BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 146; BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, kn. 21 vd. (aynı yönde 2. bası 2001, kn. 23 vd.); sadece tehlike bağlantısı ve uygunluk bağlantısına atıf yapan yazarlar için bkz. KIENAPFEL, *Die Fahrlässigkeit*, s. 164; KIENAPFEL, *Grundriß*, BT, Band I, s. 116; ID., *Grundriß*, BT, Band I, 3. Aufl., 1990, s. 157; KIENAPFEL-HÖPFEL, *Strafrecht*, AT, s. 164; Manfred BURGSTALLER, *Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Zurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit*, in FS-Pallin, Wien, 1989, s. 56; sadece tehlike bağlantısına atıf yapan yazarlar da bulunmaktadır: Christian BERTEL- Klaus SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht*, BT I, Innsbruck, 1989, s. 31.

<sup>60</sup> BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, kn. 21.

<sup>61</sup> Bkz. BURGSTALLER, *Erfolgszurechnung*, s. 361; BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, kn. 24.

taksirli davranışı ile meydana geldiğinde, fail bu eklenen istemediği neticeden taksirli olarak sorumlu tutulamaz<sup>62</sup>.

Almanya'da ağırlaştırıcı netice mağdurun davranışından ileri geldiğinde doğrudan bağlantı teorisi ile sorun çözümlenmeye çalışılmıştır<sup>63</sup>. Oysa Avusturya ceza hukukunda bu konunun çözümü için tehlike bağlantısı kullanılmıştır. Bu durum Avusturya öğretisinde doğrudan bağlantı teorisinin neden uygulanmadığını da izah etmektedir<sup>64</sup>.

Somut olayda fail tarafından hangi davranış kuralın ihlal edildiği belirlenmeden ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk konusunda uygunluk bağlantısı, tehlike bağlantısı ve riskin artması ölçütlerinin kullanımı doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca bu durum söz konusu kriterlerin içeriğinin de zayıflamasına neden olur.

Fiil ile hangi davranış kuralının ihlal edildiğini tespit etmek gerekmektedir. Daha sonra meydana gelen neticenin bu davranış kuralı ile koruma altına alınıp alınmadığı belirlenmelidir. Ayrıca bu davranış kuralına uyulsa idi neticenin meydana gelmeme ihtimalinin derecesi de yüksek olmalıdır. Avusturya öğretisinde tehlike bağlantısı teorisi basit taksir ile ilgili olarak ortaya konulmuştur. Tehlike bağlantısı kriterinin uygulanabilmesi

---

<sup>62</sup> Bkz. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 146; BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, kn. 21 vd. (aynı yönde 2. baskı, 2001, kn. 23 vd.); BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 56; KIENAPFEL, *Die Fahrlässigkeit*, s. 164; KIENAPFEL, *Grundriß*, BT, *Band I*, s. 116; KIENAPFEL, *Grundriß*, BT, *Band I*, 3. Aufl., 1990, s. 157; KIENAPFEL-HÖPFEL, *Strafrecht*, s. 164; STEININGER, E., § 7 şerhi, kn. 27; TRIFFTERER, *Strafrecht*, AT, s. 321 (2. Aufl., 1994, s. 321).

<sup>63</sup> 1970'li yıllardan itibaren neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından tüm unsurlarıyla gerçek bir taksirin varlığı gerekli görülmemiştir. Uygulama neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki taksiri daha hafif bir taksir olarak yorumlamaya başlamıştır. Bu dönemde hakim olan doğrudan bağlantı (unmittelbarer Zusammenhang) görüşünün ortaya çıkmasında 30.9.1970 tarihli Rötzel kararı önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bu karara göre A, annesinin evinde çalışan bir kadına saldırır ve kadının kolunu yaralar ve burnunu kırar. Kadın korkuya kapılır ve saldırı henüz bitmediği için kendi odasına kaçır ve balkona çıkar. Balkondan başka bir odanın balkonuna atlamaya çalışır. Atladığı sırada kadın düşerek yaralanır ve söz konusu yaralar nedeni ile ölür.

İlk derece mahkemesi faili ölümlü neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan mahkum eder (Al.CK § 226'nın eski metni). Yüksek mahkeme (BGH) ise ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı ıslah eder ve basit yaralama suçu (Al.CK § 223'ün eski metni) ile taksirli ölüme neden olma suçuna fikri içtima hükümlerini uygular. Söz konusu olayda ölüm neticesi öngörülebilir bir netice olarak kabul edilmiş ancak olayda yaralama suçu ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantının bulunmadığı ifade edilmiştir. Fail tarafından meydana getirilen yaraların doğrudan ölüm neticesine neden olabilecek nitelikte olmadığına karar verilmiştir.

BGH 30.9.1970, (in *NJW* 1971, s. 152).

<sup>64</sup> DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 291, FERSCHL, *Das Problem*, s. 89, dn. 137.

için öncelikle, meydana gelen neticenin, somut olayda ihlal edilen davranış kuralının önlemeye çalıştığı tehlikenin gerçekleşmiş şekli olması gerekir. Riskin artması teorisinin uygulanabilmesi için ise, davranış kuralına uygun bir fiilin esas alınması gerekir<sup>65</sup>.

Avusturya öğretisinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak hatalı olduğu nokta, basit taksir ile ilgili olarak yaptığı yukarıdaki değerlendirmeyi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak yapmamasıdır. Avusturya ceza hukuku öğretisinde temel kasıtlı suçun işlenmesi ile meydana gelen istenmeyen netice bakımından davranış kuralının ihlalinin gerçekleştiği kabul edilmektedir ve hangi davranış kuralının ihlal edildiğinin araştırılmasına gerek duyulmamaktadır. Tehlike bağlantısının ve riskin artması ölçütünün uygulanması mümkün değildir, çünkü bu teorileri uygulayabilmek için hangi davranış kuralının ihlal edildiğinin bilinmesi gerekmektedir.

Öğretideki bu eksiklik aynı zamanda uygulama için de büyük bir sorun teşkil edecektir. Yukarıda yer alan ölçütler, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından yeterli bir filtre görevi göremeyecektir.

#### **b) Uygulama**

1975'den 1985'e kadar uzanan dönemde, Avusturya uygulaması, öğretilen farklı şekilde, ağırlaştırıcı neticeyi sadece öngörülebilirliğe dayalı olarak cezalandırmıştır.

Avusturya uygulamasında içeriği zayıflatılmış taksirin kullanımı neredeyse daima *mahkûmiyet kararını* beraberinde getirmektedir. Birkaç örnekle açıklamak gerekirse:

1) Bir istasyonun kafeteryasının önünde, sarhoş vaziyetteki A, B'nin nişanlısını rahatsız eder. Eski bir profesyonel boksör olan B de biraz sarhoştur ve A'nın yüzüne sert bir şekilde yumruk atar. A, bu yumruğun etkisiyle geriye doğru düşer ve başını yere çarpar. A'nın başının temporal bölgesindeki bazı kemikleri kırılır. A bayılır ve hemen hastaneye kaldırılır. A'yı tedavi eden doktor, A'nın başında ciddi kırıkların olduğunu tespit edemez. Bu nedenle poliklinikte kısa bir tedaviden sonra A'yı evine yollar. Birkaç saat sonra A tekrar bilincini kaybeder ve tekrar hastaneye kaldırılır. Bu sefer A, ameliyat edilir ve kendisini uzun bir tedavi süreci bekleyen A, bir ay sonra ölür<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Bkz. BURGSTALLER, § 6 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2. Aufl., kn. 65, 75.

<sup>66</sup> OGH 7.1.1976 (*EvBl* 1976/203 in *ÖJZ* 1976, s. 406; in *ZVR* 1976, s. 178).

Bu dava Burgstaller tarafından da ayrıntılı şekilde tartışılmıştır: BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 357.

OGH, B'yi ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu tutar (§ 86). Mahkeme, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından taksirin sadece öngörülebilirlikten (objektif ve subjektif öngörülebilirlik) ibaret olabileceğini ifade eder. Tek başına cezalandırılabilir nitelikte olan temel kasıtlı suç, ağırlaşmış neticeyi önlemek için gerekli olan bir davranış kuralın ihlalinin de daima beraberinde getirir. Bu görüşü benimseyen OGH'e göre, ortalama bir insan ve bu arada sanık gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, eski bir boksör tarafından atılan bir yumruğun, bu yumruğun atıldığı kimseyi yere düşürebileceğini ve aynı zamanda bu kişi çok sarhoş olduğuna göre yere düşmesi ihtimalinin çok daha yüksek olduğunu ve yere düşüp başını çarpması ihtimalinin bulunduğunu öngörülebilirdi. Bu şekilde vurulmuş olan bir yumruğun herhangi bir ağır netice meydana getirmeme ihtimaline ise herhangi bir önem verilmemiştir. Somut olayda doktorun yanlış tedavisi ve ameliyatın birkaç saat gecikmeli olarak yapılması B'nin lehine bir sonuç doğurmaz kararına varılmıştır. Mahkemeye göre doktorun davranışı B'nin hareketi ile A'nın ölümü arasındaki nedensellik bağına kesmediği ve doktorun taksirli davranışı, failin davranışı ile meydana gelen netice arasındaki objektif tehlike bağına kesmediği için B lehine herhangi bir sonuç doğurmaz.

2) Bir başka kararda ise C, barda D'nin yüzüne şiddetli bir yumruk atar. Sarhoş olduğu açık bir şekilde belli olan D, bu yumruğun etkisiyle yere düşer ve başını çarpar, bazı kafa kemikleri kırılır ve beyinde hasar meydana gelir. C, bir arkadaşının yardımıyla D'yi karanlık bir yola götürür. Birkaç saat sonra kimse tarafından görülmediği için yardım edilmeyen D ölür<sup>67</sup>.

İlk derece mahkemesi C'yi ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu bulur. OGH, olay mahkemesinin kararını onaylar. Yüksek mahkemeye göre, tüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda olduğu gibi somut suç da kast ve taksir birlikteliğinden meydana gelmiştir. Taksir ise ağırlaşmış neticenin öngörülebilir olup olmamasına bağlıdır. Bir davranış kuralının ihlali meselesine gelince, temel kasıtlı suçun işlenmesi ile ağırlaşmış netice bakımından daima bir davranış kuralı ihlalinin bulunduğu kabul edilir. Dolayısıyla, bir netice faile ancak fail tarafından öngörülebilir olması durumunda yüklenebilir. Önemli olan neticenin meydana gelebileceğinin öngörülebilip öngörülememesidir, yoksa neticeye giden yolda meydana gelen olayların öngörülmesi şart değildir. Bir neticenin öngörülebilir olduğundan bahsedebilmek için, failin hayat deneyimleri ile neticenin, hareketi ile meydana gelmesinin olasılık dışı bulunmadığını öngörebilecek düzeyde bulunması gerekir.

---

<sup>67</sup> OGH 17.10.1978 (EvBl 1979/71 in ÖJZ 1979, s. 214).

OGH hareket ile meydana gelen ölüm neticesi arasındaki tehlike bağlantısını aramaktadır. Bu da C'nin ölüm neticesinden sorumlu olması için yeterlidir.

3) E ve F bir manav dükkânının arka tarafında G'ye saldırırlar. E, G'nin yüzüne iki sert yumruk atar ve burun kemiğinin kırılmasına ve iç kanamaya neden olur. F, G'nin başında su dolu bir şişeyi kırar ve şişe pek çok parçaya ayrılır. G bayılarak yere düşer. E ve F, G'yi bağlayıp ağzına bir mendil tıklarlar ve bağlı bir şekilde dükkânın arka kısmında bırakırlar. G bu saldırı sonucu meydana gelen kanama neticesi kendi kanını soluyarak boğulur<sup>68</sup>.

OGH, ilk derece mahkemesinin kararını onaylayarak E ve F'yi ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan (§ 86) dolayı sorumlu tutar. Sanıkları G'nin ölümünden dolayı taksirli bulabilmek için objektif-sübjektif öngörülebilirliğin ve nedensellik ilişkisinin bulunması yeterlidir. OGH'ye göre genel tecrübe gereği bir kimsenin başına cam bir şişe ile vurmanın ölüm neticesini de meydana getirebileceği öngörülebilir niteliktedir. Olaya öngörülemeyen başka etkenlerin de eklenmesi sorumluluğu etkilemez. Zaten bir kişinin kafasına şişeyle, şişenin dağılmasını sağlayacak şekilde vurmak tek başına ölüm neticesini meydana getirebilecek niteliktedir, eklenen diğer faktörlerin dikkate alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca kişinin kendi kanıyla boğulup ölebileceği de öngörülemez bir netice değildir<sup>69</sup>.

Avusturya uygulamasında bu dönemde az sayıdaki kararda failin *kısmi sorumsuzluğuna* karar verilmiştir:

4) L, yaralama kastıyla M'yi yere atar. Bu hareket M'nin sağ kolunun kırılmasına neden olur. Daha sonra bu kolda meydana gelen enfeksiyon (gazlı kangren) ve emboli nedeniyle koldaki kan dolaşımı bozulur ve kolun kesilmesi gerekir<sup>70</sup>.

Olay mahkemesi L'yi kolun kırılması neticesinden sorumlu bulur. Ancak kolun kesilmesinden sorumlu bulmaz. Kararda L ağır yaralama nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu bulunur (§ 84). Ancak mahkeme, neticenin uzun süre iyileşemeyecek olması dolayısıyla ağırlaşmış şeklinden (§ 85) faili sorumlu bulmamıştır. OGH olay mahkemesinin kolun kesilmesinden dolayı faili sorumlu bulmayan kararını onaylar. Bu da L'nin, M'nin kolunu kaybetmesi bakımından taksirinin

<sup>68</sup> OGH 17.1.1979 (in *JBl* 1979, s. 440).

<sup>69</sup> Ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda öngörülebilirliğin bulunmasını ve tehlike bağlantısını yeterli gören diğer kararlar için bkz. OGH 24.3.1983 (in *JBl* 1984, s. 98); OGH 1.12.1983 (in *JBl* 1984, s. 326).

<sup>70</sup> OGH 19.11.1975 (*EvBl* 1976/201 in *ÖJZ* 1976, s. 403).

bulunmadığını ifade eder. Mahkeme aynı zamanda Avusturya Ceza Kanunu § 7, f. 2’de aranan taksirin, § 6<sup>71</sup>’de aranan taksir ile aynı nitelikte olduğunu vurgular. Mahkemeye göre, L açısından M’nin kolunu kaybedebileceği öngörülebilir değildir. OGH’ye göre genellikle ağırlaştırıcı netice ancak failin normal yaşam deneyimleri dolayısıyla meydana gelebileceği öngörülebilir nitelikte ise bu neticeden failin sorumluluğu söz konusu olabilir. Hekim raporuna göre kolun iyileşme sürecinde karşılaşılan problemler ve dolayısıyla kolun kaybı nadiren gerçekleşen bir durumdur. Bu nedenle bu netice öngörülebilir değildir. Meydana gelen netice harekete uygun bir netice değildir. Bu netice failin meydana getirdiği tehlike alanının dışında kalmaktadır ve fail tarafından öngörülemeyecek birtakım şartların birleşmesi ile meydana gelen bir neticedir.

5) N, kardeşi O’nun yüzüne bir yumruk atar. O’nun sol gözündeki bir hastalık nedeniyle, bu gözü neredeyse hiç görmemektedir. N’nin yumruğu ile zaten hasta olan gözün kornea tabakasında bir yırtılma meydana gelir ve bu nedenle tüm gözün çıkarılması gerekmektedir. Gözün çıkarılması O’nun yüzünde sabit iz kalması anlamına gelmektedir<sup>72</sup>.

Olay mahkemesi N’yi § 85’deki uzun süren etki bırakan yaralama suçundan dolayı sorumlu bulur. OGH ise olay mahkemesi hâkiminin kararını değiştirir. N’nin sadece § 84’de yer alan ve yaranın ağır olmasından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulabileceğine hükmeder. Dolayısıyla N, sadece ağır yaralamadan dolayı sorumlu bulunmuş, gözün kaybindan dolayı sorumlu bulunmamıştır. OGH’ye göre kalıcı etkili yaralanmayı öngören § 85’den dolayı sorumlu tutulabilmesi için § 7, f. 2 uyarınca, failin bilgisi ve ortalama insanın sahip olduğu kapasite dikkate alınarak neticeyi öngörebilecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yaralama niteliğindeki ağırlaştırıcı netice, atipik nedensel süreç içerisinde meydana geldiğinde fail bundan sorumlu olmamalıdır. Ancak eğer bu yaralama şeklinde ortaya çıkan ağırlaştırıcı neticeler öngörülebilir (objektif ve sübjektif) nitelikte iseler ve bu neticeler davranış ile uygunluk içerisinde bulunuyorlar ise, fail bu neticelerden sorumlu olmalıdır.

Yukarıda yer alan kararların tümünde özel bir davranış kuralının ihlaline ilişkin herhangi bir araştırma yapılmamaktadır. Temel kasıtlı suçun işlenmesi ile eklenen istenmeyen neticenin önlenmesi için aranan davranış kuralı ihlalinin de gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.

<sup>71</sup> Avusturya Ceza Kanunu § 6’da, Alman Ceza Kanunu’ndan farklı olarak, İtalyan ve Türk Ceza Kanun’larında olduğu gibi taksirin tanımına yer verilmiştir. Taksirin psikolojik yapısı ile ilgili açıklamalar için bkz. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, s. 94 vd.

<sup>72</sup> OGH 28.11.1978 (*EvBl* 1979/118, in *ÖJZ* 1979, s. 353).



Davranış kuralının ihlalinin ispatına ihtiyaç duyulmaması dolayısıyla, taksir sadece öngörülebilirlikten ibaret sayılmaktadır.

Taksirin sadece öngörülebilirlikten ibaret sayılmasının nedenlerinden ilki taksiri sadece öngörülebilirliğe indirgeyen teorinin benimsenmesidir, diğeri ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk bakımından pek de yeterli olmayan bir filtre olarak tehlike bağlantısı anlayışının benimsenmesidir.

Yukarıdaki kararlarda tehlike bağlantısının varlığı, başkalarının hayatını veya vücut bütünlüğünü korumayı amaçlayan belli davranışları yükleyen normların ihlaline bağlı olarak açıklanmak istenmiştir. Oysa davranış kuralları ile korunmak istenen hukuki yararların ne olduğunun ve davranış kuralı ile önlenmek istenen tehlikenin eklenen netice ile ortaya çıkıp çıkmadığının her somut olayda belirlenmesi gerekmektedir<sup>73</sup>. Tehlike bağlantısı, ağırlaşmış neticeyi önlemeye yönelik davranış kuralının ihlalinin ispatını araştırmayarak, ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda yeterli bir filtre görevi görememektedir.

Kararlarda soyut bir öngörülebilirlik söz konusudur. Nitekim birinci kararda, netice olası durumlar arasında ise öngörülebilir sayılmaktadır. İkinci ve üçüncü kararlarda ise bu netice günlük hayat tecrübeleri kapsamında değerlendirilebiliyor ise öngörülebilir sayılmaktadır.

Failin ağırlaşmış neticeden sorumlu tutulmadığı kararlarda ise, öngörülebilirlik kavramı ile somut olay içerisindeki nedensel ilişkiler dikkate alınmaktadır. Eklenen neticeden sorumsuzluk kararı, olağan olmayan nedensel ilişkilerin bulunduğu durumlarda verilmiştir (örneğin gazlı kangrenin meydana gelmesinin istisnai bir hal olması veya gözün alınması operasyonunun istisnai bir şekilde yapılması gibi).

### **3.2. İkinci Dönem (1985-1988): Somut Neticeyi Öngören Özel Bir Davranış Kuralının İhlalinin İspatının Arandığı Dönem**

#### **a) Öğreti**

1980'li yılların ortalarından itibaren Avusturya uygulaması Burgstaller'in teorisinden hareket ederek, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin yapısını yeniden tanımlayan bir yön çizer.

Burgstaller'in 1979'da § 7'yi şerh ettiği sırada hakim olan öğretiyeye göre, temel kasıtlı suçun gerçekleştirilmesi, ağır netice bakımından da davranış kuralının ihlali anlamını taşır. Ancak bu görüş yazara göre her

---

<sup>73</sup> BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 357.

zaman kabul edilebilir değildir. Temel kasıtlı suç, meydana geliş şekli itibariyle ağırlaştırıcı netice bakımından herhangi bir tehlike oluşturmuyorsa, ağır suç için herhangi bir davranış kuralı ihlali de gerçekleşmemiştir<sup>74</sup>.

O halde yazara göre, temel kasıtlı suçun işlenmesi her zaman ağırlaşmış netice bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk konusunda aranan davranış kuralı ihlalini beraberinde getirmemektedir.

### **b) Uygulama**

1985-1988 yılları arasında OGH tarafından Burgstaller'in teorisine atfı yapan hatta onun teorisini aşan bazı kararlar verilir. Bu kararlarda ağır netice bakımından bir davranış kuralı ihlalinin bulunup bulunmadığının ispatının uygulama açısından büyük önem taşıdığı ifade edilir. Bu dönemde verilen kararlardan birkaç örnek ile konuyu açıklarsak:

1) P ve Q bir aracı çalarak kullanma hırsızlığı gerçekleştirirler. Ancak arabayla giderlerken aracı kullanmakta olan P kaza yapar. Bu sırada araçta hırsızlığa ilişkin hükümde belirtilen belli bir sırım üzerinde zarar meydana gelir<sup>75</sup>. Olay mahkemesi, failleri malvarlığında önemli ölçüde azalma meydana gelmesi dolayısıyla ağırlaşmış kullanma hırsızlığından sorumlu tutar. OGH, Q ile ilgili kararı bozar. Q hakkında meydana gelen ağır netice bakımından Q'nun bir kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini ifade eder. Q'nun kusurunun bulunup bulunmadığı genel hükümler (§ 6) uyarınca araştırılmalıdır. Sadece aracı çalmanın, malda ağır zarar meydana gelmesi bakımından davranış kurallarının ihlal edildiği sonucunu doğurmayacağı ifade edilir.

2) R, zaten bir beyin omurilik rahatsızlığı olan nişanlısı S'yi omuzlarından iter. S duvara yaklaşık iki adım uzaklıktadır. S hastalığı nedeniyle elini kullanmadığı için bu itmeye karşı direnemez ve duvara çarpar. Bu çarpmanın etkisiyle çeşitli ağırlıklarda yaralarla (burun kırığı, dudakta yaralama vs.) birlikte kalıcı olarak omurilik içinden geçen ve idrar torbası ve bağırsakları kontrol eden sinir harabiyeti meydana gelir<sup>76</sup>.

Olay mahkemesi R'yi kalıcı sinir yaralanmasına ve böylece organlardan birinin kalıcı olarak fonksiyon görememesi neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (§ 85) suçundan sorumlu tutar. OGH ise R'yi sadece ağır yaralamadan dolayı (örneğin burnun kırılması, dudakta yaralanma gibi neticelerden dolayı) sorumlu bulurken (§ 84) organlardan birinin sürekli

<sup>74</sup> BURGSTALLER, § 7 *şerhi*, in *Wiener Kommentar*, kn. 20.

<sup>75</sup> OGH 19.3.1985 (in *ÖJZ* 1985, s. 731).

<sup>76</sup> OGH 29.4.1986 (in *JBl* 1988, s. 395).

fonksiyon kaybı dolayısıyla cezada bir artırım uygulamamıştır. OGH'ye göre, somut olayda ağırlaşmış netice olan kalıcı organ hasarından taksirli sorumluluk için, bu tür yaralanmalar hakkında öngörülmuş özel bir davranış kuralının ihlali ve bu neticeye neden olabilecek özel bir dikkatsizlik (§ 6, f. 1) bulunduğu ispat edilmesi gerekir. Temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte ağırlaşmış netice (daimi organ kaybı) bakımından özel bir davranış kuralının ihlalinin de her zaman meydana geldiği söylenemez. Suçun işleniş biçimi itibariyle geçmişe dönük bir inceleme yapıldığında gerçekleştirilen hareket meydana gelen ağır netice bakımından tehlikeli bir nitelik arz etmiyorsa, söz konuyu neticeyi özel olarak öngören davranış kuralı ihlalinin de söz etmek mümkün olmayacaktır. Mahkemeye göre, sağduyulu, normal bir bilgi ve tecrübeye sahip bir kişi tarafından el ile omuza yapılan ani ve güçlü bir itme neticesi ağır bir takım neticelerin meydana gelebileceği öngörülebilir. Ancak böyle bir itme neticesi § 85'de öngörülen ağır ve daimi organ hasarı oluşabileceği öngörülemez<sup>77</sup>. Mağdurun bu derece ağır yaralanmasına ve duvara çarpma konusunda çaba sarfetmesine engel olan neden failin itme hareketi ile birlikte mağdurun boyun omurlarının kırılarak sinirlerini zedelemesi ve mağdurun ellerini kullanamamasıdır. Ancak doktor raporuna göre böyle bir itme hareketi neticesi boyun omurlarının kırılması oldukça istisnai bir durumdur. R, S'nin boynunda bir problem olduğu ve boyun ağrısı çektiğini bilse dahi bu durum onun böyle bir itme hareketi ile boynun kırılabileceğini öngörmesi için yeterli değildir.

3) T, sınıf arkadaşı U ile dalga geçmek için diğer sınıf arkadaşlarının yanında U'nun omzuna vurur. U'nun omzu kısa süre önce kırılmıştır ve iyileşme dönemindedir. Bu nedenle T'nin yumrukları nedeniyle U'nun omuzu yeniden kırılır<sup>78</sup>.

OGH yukarıda yer alan 29.4.1986 tarihli kararda uyguladığı ilkeleri kullanarak, U'nun kısa süre önce omzunu kırmış olduğunu bilmeyen T'yi aşığılama amacıyla hafif yaralama suçundan (§ 115) dolayı sorumlu bulur. Ancak neticesi sebebiyle ağır yaralama suçundan (§ 84) dolayı sorumlu tutmamıştır. Çünkü temel suçta ağırlaşmış netice bakımından herhangi bir tehlike bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu ağırlaşmış neticeyi engellemeye yönelik özel bir davranış kuralının ihlali söz konusu değildir.

4) V, sarhoş olan karısının ağzı üzerine iki kez yumruk vurur. Bu yumruklar kadının düşmesine veya dişlerinin kırılmasına neden olmaz.

<sup>77</sup> Burgstaller'e göre, Mahkeme öngörülebilirliği somut olaydaki netice ve nedensellik bağından bağımsız olarak değerlendirebilir. BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 60.

<sup>78</sup> OGH 3.5.1988 (in *JBl* 1989, s. 395).

Herhangi bir tedavi görmeyen kadın yaklaşık bu olaydan iki saat sonra beyin kanaması dolayısıyla ölür<sup>79</sup>.

Olay mahkemesi tarafından V, ölüm neticesi dolayısıyla ağırlaşmış suçtan sorumlu bulunmuştur. V, kadının ölümü bakımından taksirinin bulunmadığı iddiası ile hükmü temyiz eder. OGH 29.4.1986 tarihli kararı dikkate alarak, somut olay bakımından temel kasıtlı suç ile ölüm olayını engellemeye yönelik özel bir davranış kuralı ihlalinin bulunmadığı gerekçesiyle olay mahkemesinin kararını bozar. Yaralama fiili hafif bir yaralama dahi olsa ağır yaralama bakımından davranış kuralının ihlaline dair bir delil meydana getirebilir. Ancak ölüm neticesi bakımından davranış kuralının ihlal edildiği otomatik olarak söylenemez. Ölüm neticesinin faile isnat edilebilmesi için ölüm neticesini önlemeye yönelik özel bir davranış kuralının ihlal edilmesi gerekir. Temel kasıtlı suç, ağırlaşmış netice bakımından herhangi bir tehlike yaratmamakta ise ortada bir davranış kuralı ihlalinin de bulunduğu söylenemez. Mahkemeye göre ağırlaşmış netice, ancak failin içinde bulunduğu şartlarda ve failin sahip olduğu bilgilere sahip olan sağlıklı bir kişi tarafından günlük hayat deneyimleri uyarınca öngörülebilir nitelikte gözüküyor ise fail bu neticeden taksirli olarak sorumlu kabul edilebilir. Somut olayda ise yetişkin bir kimsenin ağzına iki yumruk atılması neticesinde belirgin ancak ağır olmayan yaralar meydana getirmiş ise ve mağdurun dişlerinin kaybına ve çok sarhoş olmasına rağmen düşmesine dahi neden olmamış ise günlük hayat deneyimleri gereğince bu iki yumruğun bir kimsenin ölümüne neden olması öngörülebilir değildir. Mahkeme, ağır yaralama neticeleri bakımından V'nin taksirin bulunduğu karar vermiştir. Söz konusu karara göre kişinin yüzüne vurulması halinde meydana gelen ağır yaralanmalar objektif ve sübjektif olarak öngörülebilir niteliktedir. Dolayısıyla V, meydana gelen ağır yaralanmalar dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumludur (§ 85)<sup>80</sup>.

Sonuç olarak yukarıda yer alan kararlarda temel suçun işlenmesi ile birlikte ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralı ihlalinin de meydana geldiği yönündeki geleneksel anlayış terkedilmiştir. Ayrıca davranış kuralının ihlal edildiğinin her somut olayda kanıtlanması gerektiği vurgulanmıştır. Davranış kuralının somut olayda ihlal edildiğinin ispatı için ise, failin içinde bulunduğu şartlarda bulunan ve failin sahip olduğu bilgiye sahip olan sağlıklı kişi bakımından neticenin öngörülebilir olarak kabul

<sup>79</sup> OGH 3.5.1988 (in *JBl* 1989, s. 395).

<sup>80</sup> Kararda taksirin temel suçta dair hareketin yapıldığı anda bulunması gerektiği, sonradan meydana gelen bir taksirden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. İlk derece mahkemesi ise taksirin, temel suçun tamamlanmasından sonra, ağırlaşmış suçta dair hareketlerin yapıldığı anda bulunmasını aramıştır.

edilmesi gerekir. Bu yöntemin kullanıldığı yukarıdaki kararlarda fail ağırlaşmış neticeden sorumlu bulunmamıştır. Bu durum da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluğu sınırlama konusunda taksirin uygun bir kriter olduğunu göstermektedir.

### 3.3. Üçüncü Dönem (1980'li Yılların Sonundan Bugüne)

#### a) Öğreti

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış neticenin özel olarak öngörüldüğü davranış kuralının ihlalinin arandığı ve yukarıda bahsi geçen uygulama, öğretiyi tarafından da genel kabul görmüştür<sup>81</sup>.

Ancak takip eden yıllarda öğretilerde ağır neticeyi öngören davranış kuralının ihlalinin çok istisnai hallerde araştırılması gerektiği görüşü tekrar benimsenmeye başlanmıştır. Çünkü öğretilere göre temel suçun gerçekleştirilmesi ile davranış kuralının ihlali de meydana gelmektedir<sup>82</sup>. Davranış kuralı ihlalinin ispatının arandığı az sayıdaki durumlar, genellikle çok hafif bir yaralamanın (örneğin hafifçe itirme, bir tokat atma), ağır yaralama veya ölümlerle neticelenmesi halleridir<sup>83</sup>.

Böylece bazı yazarlar ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralının ihlalinin aranmasına gerek olmadığına dair eski öğretilere geri dönmüştür. Ancak bu yazarlar, eski teoriye göre küçük bir değişiklik yaparak, temel kasıtlı suçun ağırlaşmış netice bakımından çok az bir tehlike meydana getirdiği hallerde, ağırlaşmış neticeden sorumluluk için davranış kuralı ihlalinin aranmaktadır<sup>84</sup>. Bu dönemde bazı yazarlar, uygulamadaki bu anlayışı eleştirirken<sup>85</sup>, bazı yazarlar ise uygulamadaki bu görüşü dikkate dahi almamışlardır<sup>86</sup>.

Sonuç olarak Avusturya öğretisi, uygulamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda ağır neticeyi öngören davranış

<sup>81</sup> Bkz. KIENAPFEL, OGH 3.5.1988 tarihli karar incelemesi, in *JBl* 1989, s. 396; KIENAPFEL, *Grundriß*, BT, 3. Aufl., 1990, s. 124, s. 156; BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 59.

<sup>82</sup> FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 89; BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2. Aufl., 2001, kn. 21; BURGSTALLER-FABRIZY, § 84 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2. Aufl., 2001, kn. 30.

<sup>83</sup> KIENAPFEL-HÖPFEL, *Strafrecht*, AT, s. 164; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 91; BURGSTALLER § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 22.

<sup>84</sup> TRIFFTERER, *Strafrecht*, AT, 1994, s. 321 (istisnaen ifadesi madde metninde bulunmaktadır). Bkz. MAYERHOFER-SIEDER, *Das österreichische Strafrecht - Strafgesetzbuch*, s. 99, STEININGER E., § 7 şerhi, kn. 23-26.

<sup>85</sup> Bkz. BERTEL- SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht*, BT I, s. 31 vd.

<sup>86</sup> Bkz. FOREGGER-FABRIZY, *Strafgesetzbuch*, kn. 4 vd; bkz.

kuralı ihlalinin model ajan ölçüt kullanılarak ispat edilmesi gerektiğini ifade eden görüşünün önemini ve yenilik getirici karakterini anlayamamıştır. Daha yakın bir tarihte Burgstaller de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda, ağırlaşmış neticeyi öngören özel bir davranış kuralı ihlalinin gerekli olmadığını ifade etmiştir<sup>87</sup>.

## b) Uygulama

Ağırlaşmış neticeyi öngören özel bir davranış kuralının ihlalinin gerekli gören uygulama kısa süre içerisinde önemini yitirmiştir. Zaten bu uygulamanın doğduğu 1985-1988 yılları arasında da tüm kararlar aynı yönde verilmemiştir. Daha sonra 1990'lı yıllardan itibaren bu anlayış tamamen terk edilmiş<sup>88</sup> ve neredeyse bütün kararlar mahkûmiyet ile sonuçlanmıştır.

### a) Mahkûmiyet kararları

1) W, yaşlı olan X'i eliyle ittirir. Bu itmenin etkisiyle yaşlı X yere düşer ve bu düşme ölümcül yaralara neden olur<sup>89</sup>.

Olay mahkemesi W'yi ölümle neticelenen ağırlaşmış yaralamadan (§ 86) sorumlu tutar. Sanık somut olayda ölüm açısından objektif ve sübjektif öngörülebilirliğin bulunmadığını belirterek hükmü yüksek mahkeme önüne taşır. OGH bu temyiz talebini reddeder. Gerekçe olarak ise şunları gösterir:

- Sübjektif öngörülebilirliğin varlığı için failin genel olarak neticenin uygunluk ve tehlike bağlantısı içerisinde olması yeterlidir. Nedensellik bağlantısının öngörülebilirliğine ihtiyaç bulunmamaktadır.
- Objektif öngörülebilirlik açısından ise uygunluk bağlantısının ispatı yeterlidir. Bu nedenle ağırlaşmış neticenin günlük yaşam deneyimlerinin tamamen dışında olmadığı her durumda uygunluk bağlantısı bulunmaktadır. Olay mahkemesi uygunluk bağının varlığını somut olayda mağdurun yaşlı bir insan olmasına ve yerin zeminin sert olmasına (asfalt) dayandırmaktadır. OGH'ye göre ise, itme sonucu mağdurun düşmesi ve yaşlı bir kişinin kafasını asfalta çarparak ölmesi olayı günlük yaşam deneyimlerinin dışında kalmamaktadır.

2) Y, Z'nin karnına bir bıçak saplar (bu fiiller zaten kendi başına cezalandırılabilir kasıtlı ağır yaralama suçunu (§ 87, f. 1) meydana getirir). Z

<sup>87</sup> BURGSTALLER-FABRIZY, § 84 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 30

<sup>88</sup> Bkz. BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 21,

<sup>89</sup> OGH 3.7.1986 (in *JBl* 1987, s. 59).

çok fazla bir ağrı hissetmez ve evine gider. Birkaç saat sonra hastaneye gider ve hastaneye yatırılmadan sadece poliklinikte tedavi edilir. Çünkü acil servis doktoru mağdurun bağırsaklarının ve karın zarının kesildiğini fark edemez. Z, bu yanlış teşhis dolayısıyla evine gitmek ve dört saat sonra kontrol için gelmeye karar verir. Z, dört saat sonra kontrol için hastaneye geri gelir. Bu sefer doğru bir teşhis konulur ve acil olarak ameliyata alınır. Bu ameliyata rağmen Z'nin durumu kötüleşir. Daha sonra gerçekleştirilen iki ameliyata rağmen Z, peritonit nedeniyle ölür<sup>90</sup>.

Olay mahkemesi Y'yi kasten ağır yaralama sonucu meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutar. Z'nin ölümünden sorumlu tutulan Y, bu ölüm neticesinden sorumluluğuna dair kararı yüksek mahkemeye taşır. Y, ortada doktorun yanlış teşhisi ve Z'nin tedavi sırasında eve gitmiş olması nedeniyle ölüm neticesinden sorumlu tutulmaması gerektiğini iddia eder. OGH sanığın bu talebini kabul etmez ve mağdurun ölümünden sorumlu olması için gerekli olan bütün objektif şartların meydana geldiğini ifade eder.

OGH uygunluk bağlantısı bakımından bir kişinin karnından bıçaklanmasının o kişinin ölümü ile neticelenmesinin günlük hayat tecrübelerinin dışında kalmadığını ifade eder.

OGH, Y'nin davranışı ile Z'nin ölümü arasında tehlike bağlantısının da bulunduğunu kabul eder. Tehlike bağlantısı kanun hükmünün korumak istediği hukuki yarar dikkate alınarak belirlenir. Somut olayda ağırlaşmış neticenin temel kasıtlı suç ile korunması hedeflenen hukuki yararlarından olup olmadığına göre tehlike bağlantısının tespit edilmesi gerekir. OGH'ye göre yaralamayı yasaklayan hüküm ile doktorların veya mağdurun hatalı davranışları ile ölümün meydana gelmesinin de önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. § 84 ve 85 ile yaralama suçu ile korunmak istenen alan oldukça geniş bir alandır. Bu nedenle ağır taksir ile doktorun teşhisinde hata yapmış olması dahi failin hareketi ile mağdurun ölümü arasındaki tehlike bağlantısının ortadan kalkmasına neden olmaz. Tehlike bağlantısı, mağdurun davranışı ile ancak mağdurun bilinçli olarak sağduyulu bir kimsenin gerçekleştirmeyeceği bir şekilde hayatını büyük bir tehlikeye attığı takdirde kesilir.

3) Biraz sarhoş olan A, Romen bir genç kıızı bazı yalanlarla kandırarak üçüncü kattaki evine getirir. Evin kapısını anahtarla kilitleyerek kızın evden kaçmasını engellemeyi planlar. Daha sonra kıza tecavüz eder ve kıza aslında öyle bir şey olmamasına rağmen beş arkadaşının daha kendisine tecavüz etmek için gelmek üzere olduklarını söyler. A ayrıca beş arkadaşından birini telefonla arama numarası da yaparak daha inandırıcı olmaya çalışır. A, yatak

<sup>90</sup> OGH 15.5.1991 (in *JB1* 1992, s. 464; in *ZVR* 1992, s. 75).

odasından bir süreliğine uzaklaştığında kız kaçmak amacıyla üçüncü katta bulunan ve A tarafından açık bırakılan ve yatağa yakın olan evin penceresinden atlar. Bunun sonucunda kızın bir omuru, topukları ve bacakları kırılmıştır<sup>91</sup>.

Olay mahkemesi A'yı ağır yaralama nedeniyle ağırlanmış cinsel saldırı suçundan sorumlu bulmuştur. OGH olay mahkemesinin kararını onaylar. Ağırlanmış neticeden taksirli sorumluluk için (§ 7, f. 2), normal taksirde gerekli olan ölçütlerin (§ 6)<sup>92</sup> uygulanması gerekir. Bunun için ağırlanmış neticenin objektif ve sübjektif öngörülebilirliğinin ve faile bu neticenin objektif yüklenilebilirliğinin de bulunması gerekir.

OGH'ye göre objektif öngörülebilirlik, uygunluk bağlantısı ile aynı şeyi ifade eder ve somut olayda objektif öngörülebilirlik bulunmaktadır. Çünkü somut olaydaki nedensellik ilişkisi günlük hayat tecrübelerinin dışında kalmamaktadır. Olayın oluş biçiminin en küçük ayrıntısına kadar öngörülmesi şart değildir. Sadece neticenin günlük hayat deneyimlerinin dışında kalmaması yeterlidir. Ayrıca tecavüze uğramış ve tekrar tecavüze uğrayacağı yönünde tehdit edilmiş olan mağdurun kapının da kilitli olması nedeniyle içinde bulunduğu korku ve endişenin de etkisi ile kaçmak için camdan atlması hayat tecrübelerine tamamen aykırı bir davranış değildir.

Sübjektif öngörülebilirlik açısından ise, OGH taksirli sorumluluğun fail sarhoş olmadan önceki durumuna göre belirleneceğini, sarhoşluktan sonraki bir an için sübjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılmayacağını ifade eder.

Neticenin faile objektif isnadiyeti bakımından ise OGH'ye göre tehlike bağlantısı mağdurun hareketi ile kesilmemiştir. Çünkü mağdur kendi rızası ile hayatı için böylesine büyük bir tehlike yaratan bir duruma atılmamıştır. Mağdurun davranışı, mağdurla aynı durumda bulunan sağduyulu bir insanın davranışlarına nazaran tamamen mantıksız, gereksiz bir davranış değildir.

Yukarıdaki kararlardan Avusturya uygulamasının eski öğretiyeye tekrar döndüğünü görmekteyiz. Kararlarda, meydana gelen ağır neticeyi öngören bir davranış kuralının ihlal edilmiş olup olmamasına herhangi bir önem vermemektedir. Taksiri sadece öngörülebilirliğe indirgemektedir.

OGH'nin bazı kararlarında<sup>93</sup> davranış kuralı ihlalinden bahsedilmiş ancak bu sadece şekli düzeyde kalmıştır. Çünkü mahkeme daha sonra ağır neticeyi öngören bir davranış kuralının ihlal edilip edilmediğine dair somut bir araştırma yapmamıştır.

<sup>91</sup> OGH 4.5.1995 (in *JBl* 1996, s. 804).

<sup>92</sup> Av. C.K. § 6 taksirin tanımını içermektedir.

<sup>93</sup> OGH 15.10.1998 (in *JBl* 1999, s. 399).



Taksire ilişkin özel bir değerlendirmenin yapıldığı diğer başka kararlarda da<sup>94</sup>, neticenin soyut öngörülebilirliğine dair bir inceleme yapılmakla yetinilmiştir ve neticenin günlük hayat tecrübelerinin dışında kalmaması yeterli görülmüştür.

Bazı kararlarda ise<sup>95</sup> OGH taksirin varlığına dair herhangi bir araştırma yapmamaktadır. Sadece tehlike bağlantısının bulunduğunu belirterek taksirin varlığını kabul etmiştir. Tehlike bağlantısı üçüncü bir kişinin taksirli bir davranışının varlığı halinde dahi kesilmeden var olmaya devam etmektedir.

Tehlike bağlantısının birinci unsuru olan davranış kuralının ihlali hiç araştırılmamıştır. Davranış kuralının ihlali yerine failin davranışı veya temel suçla korunan hukuksal yarar dikkate alınmıştır. Bu durum tehlike bağlantısının ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda uygun bir filtre görevi göremeyeceği yönünde eleştirilere neden olur<sup>96</sup>.

#### b) *Olay mahkemesinin kararını bozan OGH kararları*

1) 18.10.1984 tarihinde D ve E bir barda kavga etmeye başlarlar. D, E'yi elbiselerinden çekerek ona vurur. E ise bu duruma hiçbir direnç göstermez. Bu sırada E yere düşer ve D, yere düşen E'nin karnına tekmeler atar. E ayağa kalktığında çok ağrısı olmasına rağmen ambulans çağırma kabul etmez. Olaydan 12 saat sonra bir doktora gider. Doktor kendisine durumunun oldukça ağır ve tehlikeli olduğunu söyler. E durumunu bilmesine rağmen, arabayla yaklaşık 20 saat süren uzun bir yolculuk yapar. Burada hastaneye gider ve ameliyat edilir. 20.10.1984'de saat 16'da peritonitin neden olduğu toksikoz tablosu nedeniyle ölür. Bu peritonit bağırsaklardaki ve mesenterdeki yırtılmadan ileri gelmiştir. Bu ise D'nin tekmelerinden kaynaklanmaktadır. Toksikoz tablosunun böylesine hızlı ilerlemesi ise mağdurun gerçekleştirdiği uzun yolculuktan kaynaklanmıştır<sup>97</sup>.

Olay mahkemesi D'yi ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutmuştur. OGH bu kararı bozmuştur. OGH'ye göre D'nin fiili ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağlantısı bulunmaktadır. Yerde bulunan bir kişinin karnına tekmeler alması neticesinde bağırsaklarının parçalanması ve bunu takiben toksikoz tablosunun gelişmesi ve ayrıca mağdurun gerekli bakımın yapılmasını kabul etmemesi ve bu haldeyken uzun bir yolculuk yapması halinde ölümün meydana gelmesi durumunun hayatın normal akışına aykırı olmaması nedeniyle olayda

<sup>94</sup> OGH 3.7.1986 (in *JB1* 1987, s. 59); OGH 4.5.1995 (in *JB1* 1996, s. 804).

<sup>95</sup> OGH 15.5.1991 (in *JB1* 1992, s. 464; in *ZVR* 1992, s. 75).

<sup>96</sup> Yukarıda 1975-1985 arası dönem öğretisine bakınız.

<sup>97</sup> OGH 21.1.1987 (in *ÖJZ* 1987, s. 505).

uygunluk bağlantısı da bulunmaktadır. Bütün bunlara rağmen OGH, D'nin mahkûmiyet kararını onaylamamıştır. Çünkü OGH'ye göre, failin fiili ile meydana gelen netice arasında bu netice anormal bir netice olmamasına rağmen olay mahkemesi hakiminin tehlike bağlantısını araştırmamış olması nedeniyle mahkûmiyet hükmünün verilmesi mümkün değildir. OGH'ye göre, olay mahkemesince verilecek ikinci kararda E'nin tedavi olmaksızın böylesine uzun bir yolculuğa çıkma kararının tehlike bağlantısını kesip kesmediğinin araştırılması gerekir. OGH'ye göre hakim öğretinin belirttiğinin aksine mağdurun taksirli davranıp davranmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Ancak mağdurun sağduyulu bir kişi tarafından hiçbir şekilde gerçekleştirilmeyecek şekilde davranıp davranmadığı ve bu davranış olmaksızın mağdurun ölüp ölmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir.

2) A cep telefonunun antenini mağdurun sırtına dürtüp silah gibi kullanarak cüzdânını kendisine vermesi için onu tehdit eder. Bu olay yağma teşebbüsü şeklinde kalmış olsa da mağdurda nörolojik ve psikolojik bakımdan kalıcı depresyon ve panik ile ilgili bir hastalığa neden olur<sup>98</sup>.

Olay mahkemesi bu olayla ilgili olarak sanığı teşebbüs halinde kalmış yağma neticesi uzun süreli hastalığın meydana gelmesi nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yağma suçundan (§ 143) mahkûm etmiştir. OGH, olay mahkemesi hakiminin kararını bozar. OGH'ye göre ağır netice, yağma sırasında gerçekleştirilen yaralamanın neticesi olarak meydana gelmelidir. Somut olayda ise ortadaki tek yaralama fiili mağdurun sırtına telefonun anteninin dürtülmesidir. Bu nedenle somut olayda temeldeki fiil ile meydana gelen ağır yaralanma arasında bağlantı bulunmamaktadır. Bu nedenle OGH'ye göre § 143 olayda uygulanmaz. Somut olaydaki ağır yaralanma, temel suçta meydana getirilen yaralardan değil, tehditten ileri gelmiştir. OGH'ye göre olay mahkemesi A'nın, mağdurdaki psikolojik bozukluk ile ilgili kusurunu dikkate almamıştır.

Bu iki kararda OGH, olay mahkemelerinin kararlarını iki değişik gerekçe ile bozmuştur. Birinci kararda OGH'ye göre mağdurun hatalı davranışının tehlike bağlantısını kesip kesmediğinin araştırılması gerekmektedir. OGH'ye göre tehlike bağlantısı, mağdurun davranışı sağduyulu bir kişi tarafından tamamen anlamsız bulunduğu takdirde kesilir. Ayrıca mağdurun hatalı davranışı olmasa idi ölüm neticesinin meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılması gerekir.

---

<sup>98</sup> OGH 15.12.1998 (in *JBl* 2000, s. 128).

İkinci olayda ise karar çok farklı bir gerekçe ile bozulmuştur. Bu kararda § 143'ün lafzi yorumundan kaynaklanan bir bozma gerekçesi göze çarpmaktadır. § 143, ağırlaşmış neticenin yağma sırasında gerçekleştirilen yaralamadan ileri gelmesini aramaktadır. Gerçekten f. 1'de "kullanılan şiddet nedeniyle bir kişinin ağır şekilde yaralanması veya ölmesinden bahsedilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında ise "şiddetin uygulanması uzun süren yaralanma veya ölüm neticesine neden olursa" ifadesine yer vermektedir. § 143 bu şekilde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, ağırlaşmış neticenin sadece yağma sırasında kullanılan şiddetten dolayı meydana gelmesi halinde, ölüm neticesi bakımından taksire ilişkin herhangi bir araştırmaya gerek kalmaksızın failin bu ağırlaşmış neticeden sorumlu olmasına neden olmaktadır<sup>99</sup>.

#### **4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar Konusunda Avusturya Öğretisindeki Diğer Tartışmalar**

##### **4.1. Temel Suça Teşebbüsün Önemi**

Avusturya hakim öğretisi ve uygulamasına göre temel suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilebilir. Ancak bunun için failin fiili ile ağır netice arasında en azından tehlike bağlantısının bulunması gerekir<sup>100</sup>.

Teorik açıdan temel suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun bulunabileceği kabul edilebilse de pratik açıdan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sıklıkla rastlanılanları olan ölüm veya ağır yaralama neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar (§ 84, 85, 86) bakımından öğretinin ve uygulamanın bir kısmı tehlike bağlantısının temel suçun tamamlanmış olması halinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Buna göre temel suçun basit yaralama düzeyine ulaşmış olması gerekir<sup>101</sup>. Bu görüş temel suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde neticesi

<sup>99</sup> Bkz. Maria EDER RIEDER, § 143 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 23vd.; konu ile ilgili Alman öğretisi için bkz. Hans-Ludwig GÜNTHER, *Der Zusammenhang zwischen Raub und Todesfolge (§ 251 StGB)*, in FS-Hirsch, Berlin - New York, 1999, s. 546; Kristian KÜHL, *Erfolgsqualifizierte Delikte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre BGH - Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV*, München, 2000, s. 247, 260 vd.

<sup>100</sup> BURGSTALLER, karar incelemesi OGH 8.5.2001, in *JBl* 2001, s. 602; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 235; KIENAPFEL-HÖPFEL, *Strafrecht*, AT, s. 165; STEININGER E., § 7 şerhi, kn. 37 vd.

<sup>101</sup> BURGSTALLER-FABRIZY, §§ 84, 85 ve 86 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 37, kn. 32 ve kn. 13; KÖCK, *Inkonsistenzen im Strafdrohungssystem*, s. 264 vd. Sadece teşebbüs halinde kalmış yaralama hallerinde de §§ 84, 85 ve 86'nın uygulanması yönündeki görüşler için bkz. KIENAPFEL, *Grundriß*, BT, Band I, 4. Aufl., § 84, kn. 48, § 86, kn. 21; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, s. 236; STEININGER E., § 7 şerhi, kn. 38, 42.

sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin uygulanmasını engelleyerek zaten ağırlaşmış netice bakımından taksirin aranması dolayısıyla sınırlı şekilde uygulanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların uygulanma alanını iyice daraltmaktadır.

#### 4.2. Cezanın Ölçütü Ve Ağır Taksir

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bazıları için öngörülen cezanın, bu suçlara suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması halinde verilecek olan cezadan çok daha yüksek olmasına rağmen<sup>102</sup>, Avusturya'da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara verilecek ceza üzerinde durulmamıştır<sup>103</sup>.

Yakın bir zamanda ve az sayıda yazar tarafından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için öngörülen cezanın, suçların içtimaı ile ilgili olarak verilen cezadan çok daha ağır olduğu üzerinde durulmuştur<sup>104</sup>. Ceza ile ilgili bu sorunu aşmak için daha ağır düzeyde bir taksirin gerekli olduğu fikri Alman öğretisindeki ağır taksire<sup>105</sup> atıf yapılarak ortaya konulmuştur<sup>106</sup>.

#### Sonuç

Avusturya ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerine, Alman, İtalyan ve Türk ceza hukuklarındakinden çok daha yoğun bir şekilde yer verilmiştir.

Avusturya Ceza Kanunu § 7, f. 2 neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç konudaki temel düzenlemeyi teşkil etmektedir. Söz konusu hükme göre, kanunun bir suça bağlı olarak meydana gelen özel neticeyi daha ağır

<sup>102</sup> Eleştiriler için bkz. BURGSTALLER, § 7 şerhi, in *Wiener Kommentar*, 2001, kn. 10; STEININGER E., § 7 şerhi, kn. 14.

<sup>103</sup> Bkz. DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva*, s. 292.

<sup>104</sup> KÖCK, *Inkonsistenzen*, s. 264 vd.

<sup>105</sup> Alman hukukunda ağır taksir ilgili tartışmalar için bkz. Christian BIRNBAUM, *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, Berlin, 2000, s. 32 vd.; Wilhelm GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bonn, 1958, s. 257; Kai BUSSMANN, "Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem 6. StrRG", *GA* 1999, s. 21 vd. ; Rudolf RENGIER, "Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. StrRG", *ZStW* 1999, Band 111, s. 21; Paul Johann Anselm von FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Gießen, 1804, neu herausgegeben von Werner Schmid, Frankfurt -Main, 1988, s. 44 vd; Klaus UEKÖTTER, *Das Merkmal 'Leichtfertigkeit' bei strafrechtlichen Erfolgsdelikten und erfolgsqualifizierten Delikten*, Münster, 1993, s. 75; Hans WELZEL, "Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?", *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, 1954, s. 45.

<sup>106</sup> KÖCK, *Inkonsistenzen*, s. 266. Ağırlaşmış suçtan sorumluluk için derecesi bir derece daha yüksek olan taksire ihtiyaç duyulmaktadır. BURGSTALLER, *Spezielle Fragen*, s. 60.

cezalandırıldığı durumlarda, failin bu cezadan sorumlu olabilmesi için söz konusu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir.

Tarihi süreç içerisinde Avusturya ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluk için aranan manevi unsur konusunda ilk olarak karşımıza “dolaylı kast teorisi” çıkmaktadır. Bu teori uyarınca doğrudan kast durumlarında fail, zararlı neticeyi meydana getirmeyi istememiş olsa da, zararlı neticeler meydana getirebilecek olan hareketi yapmayı istemiştir. Bu nedenle suç doğrudan kastla da işlense, dolaylı kastla da işlense, faile aynı ceza verilecektir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da, fail meydana gelen ağır neticeyi meydana getirmeyi istememiş olsa da, bu neticeyi meydana getirebilecek olan hareketi yapmayı istemiştir.

Dolaylı kast, en azından öğretinin bir kısmı tarafından kast karinesi olarak yorumlanmıştır. İlk başta sadece muhakemeyi kolaylaştırmak amacını güden dolaylı kast, daha sonra istenmeyen fiilleri cezalandırmayı sağlayacak bir ölçüt halini almıştır.

XIX. yüzyılın sonlarından itibaren Avusturya ve Alman öğretisinde, gerek saf objektif sorumluluk halleri (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda olduğu gibi) gerekse uygunluk teorisinin uygulanması ile yumuşatılmış objektif sorumluluk halleri (dolaylı kast ile işlenen suçlar gibi) öğretisi tarafından eleştirilmeye başlanmıştır.

Bu dönemde subjektif unsur olarak somut öngörülebilirliğin kanun metnine eklenmesi yönünde görüşler ortaya çıkmış, bunu takiben de subjektif unsur olarak somut öngörülebilirliğin kanun metnine eklenmesi savunulmaya başlanmıştır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk ölçütü konusunda dolaylı kasttan başlayan süreç taksir ölçütünün kanun metni içerisine alınması ile sona ermiştir.

1975 tarihli yeni Ceza Kanunu'nun (§ 7, f. 2) yürürlüğe girmesi ile birlikte Avusturya'da da kasıtlı suçu takip eden istenmeyen ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk için en azından taksirin varlığı aranmaya başlanmıştır.

1975'den 1980'li yılların ortalarına kadar olan dönemde temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte, ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralının da ihlal edildiği kabul edilmiştir. Bu nedenle ağırlaştırıcı netice bakımından ayrıca davranış kuralı ihlalinin bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılmasına gerek duyulmamıştır. Diğer taksirli suçlarda sorumluluğu sınırlandırıcı ölçüt olarak kullanılan tehlike bağlantısı ölçütü, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından kullanılmamaktadır. Bu dönemde

uygulama ise ağırlaştırıcı neticeyi sadece öngörülebilirliğe dayalı olarak cezalandırmıştır.

1980'li yılların ortalarından itibaren, Burgstaller'in teorisinden hareket ederek, temel kasıtlı suçun işlenmesinin, her zaman ağırlaştırılmış netice bakımından davranış kuralı ihlalinin beraberinde getirmedeği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu dönemde uygulama da sorumluluk için ağır netice bakımından bir davranış kuralı ihlalinin bulunup bulunmadığının ispatını aramıştır.

Ancak takip eden yıllarda öğretilerde ağır neticeyi öngören davranış kuralının ihlalinin çok istisnai hallerde araştırılması gerektiği görüşü tekrar benimsenmeye başlanmıştır.

Sonuç olarak Avusturya Ceza Kanunu'nda ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk için taksirin aranacağı madde metninde bulunmasına rağmen, öğretisi ve uygulamada genellikle taksirin bulunup bulunmadığının ispatı yoluna gidilmemiştir. Dolayısıyla tek başına taksirin madde metninde yer alması kusur ilkesinin tam olarak uygulanmasını garanti altına almaya yetmemektedir. Gerçekten, taksir kriterini kabul etmiş olan Avusturya ceza hukukunda istenmeyen neticeden failin sorumlu bulunmadığı haller çok sınırlı kalmıştır. İstenmeyen neticeden faili sorumlu tutmak çabası ile taksirin içeriğinin zayıflatılması dahi göze alınmıştır. O halde kasıtlı suçun takip eden neticeden taksirli sorumluluğa ilişkin bir düzenleme yapılırken dikkatli olunmalıdır. Çünkü madde metninde taksir yazmasına rağmen aslında objektif sorumluluk doğurabilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda kusur ilkesini hakim kılma amacı çerçevesinde üzerinde durulması gereken bir başka konu ise bu suçlar için öngörülen ceza meselesi olmalıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların açıkça düzenlendiği sistemlerde, bu suçlar için öngörülen ceza, fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde verilecek cezadan daha ağır olduğunda, failin kusuru ile verilecek ceza arasında bulunması gereken denge bozulmuş olacaktır.

## Kaynakça

- ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA, Ahmet Caner, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bası, Ankara, 2007.
- BAUMANN, Jürgen - WEBER, Ulrich - MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, Bielefeld, 2003.
- BERTEL, Christian - SCHWAIGHOFER, Klaus, *Österreichisches Strafrecht*, BT I, Innsbruck, 1989.
- BIRNBAUM, Christian, *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, Berlin, 2000.
- BOLDT, Gottfried, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW 1936, Band 55*, s. 44 vd.
- BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974
- \_\_\_\_\_, *Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Zurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit*, in FS-Pallin, Wien, 1989, s. 39 vd.
- BUSSMANN, Kai, “Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem 6. StrRG”, *GA* 1999, s. 21 vd.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. baskı, İstanbul, 2011.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, “La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica”, *Diritto penale dell’Ottocento. I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1993, s. 409 vd.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 8. baskı, Ankara, 2012.
- DOĞAN, Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, 2011.
- DOLCINI, Emilio, “L’imputazione dell’evento aggravante. Un contributo di diritto comparato”, *RIDPP* 1979, s. 755 vd.
- \_\_\_\_\_, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l’esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall’evento*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, (a cura di Vassalli), Milano, 1982.
- FINZI, Marcello. *Il “delitto preterintenzionale”*. Torino, 1925.
- FOREGGER, Egmont- FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 7. Auflage, Wien, 1999.
- FORTI, Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FUCHS, Jürgen, *Österreichisches Strafrecht*, AT I, *Grundlage und Lehre von der Straftat*, 6. Aufl. Wien, 2004.

- GALLAS, Wilhelm, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bonn, 1958.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Der Zusammenhang zwischen Raub und Todesfolge (§ 251 StGB)*, in FS-Hirsch, Berlin - New York, 1999, s. 543 vd.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bası, Ankara, 2013 s. 308 vd.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. baskı, Ankara, 2013.
- KANIAK, Gustav, *Das österreichische Strafrecht*, 6. Aufl. Wien, 1969.
- KAYMAZ, Seydi, *Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu*, Ankara, 2009.
- KIENAPFEL, Diethelm - HÖPFEL, Frank, *Grundriß des österreichischen Strafrecht*, AT, 8. Aufl., Wien, 2000.
- KIENAPFEL, Diethelm, *Die Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1977, s. 145 vd.
- \_\_\_\_\_, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT, Band I*, 2. Aufl., Wien, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil : mit einer Einführung in programmierter Form*, 2. Aufl., Wien, 1979.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. baskı, Ankara, 2013.
- KÖCK, Elisabeth, *Inkonsistenzen im Strafdrohungssystem*, in *ÖJZ* 2001, s. 261 vd.
- KÜHL, Kristian, *Erfolgsqualifizierte Delikte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre BGH - Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV*, München, 2000, s. 236 vd.
- LEUKAUF, Otto- STEININGER, Herbert, *Kommentar zum StGB*, Eisenstadt, 1974.
- LÖFFLER, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895.
- MARINUCCI, Giorgio, “ *Il diritto penale messo in discussione*”, *RIDPP* 2002, s. 1040 vd.
- \_\_\_\_\_, “Non c’è dolo senza colpa. Morte della ‘imputazione oggettiva dell’evento’ e trasfigurazione nella colpevolezza?”, *RIDPP* 1991, s. 3 vd.
- MAYERHOFER, Christoph - SIEDER, Sepp, *Das österreichische Strafrecht*, Erster Teil, *StGB*, 4. Aufl., Wien, 1994
- NOWAKOWSKI, Friedrich, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Wien-Köln, 1955.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, M. Nihat - BACAKSIZ, Pınar - DOĞAN, Koray - TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara, 2013.



- ÖZBEK, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, *CHD*, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s. 223 vd.
- ÖZEN, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, 1998.
- ÖZENBAŞ, Nazmiye, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası*, Ankara, 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, *SÜHFD*, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 345 vd.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 12. baskı, Ankara, 2012.
- PLATZGUMMER, Winfried, *Die „Allgemeine Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfes im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik*, in *JBl* 1971, s. 238 vd.
- RADBRUCH, Gustav, *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung*, 1908, AT, Band 2, Berlin, 1908, s. 227 vd.
- RENGIER, Rudolf, “Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. StrRG“, *ZStW* 1999, Band 111, s. 1 vd.
- \_\_\_\_\_, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.
- RITTLER, Theodor, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, BT, 2. Aufl., Wien, 1962.
- SERINI, Eugen, *Das neue Österreichische Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, (hrsg. von Jescheck –Lüttger), Berlin ; New York, 1977.
- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bası, Ankara, 2005.
- STEININGER, Einhard, § 7 şerhi, in *Triffterer-StGB Kommentar*, Wien, 1993.
- TOROSLU, Nevzat - ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Ankara, 2004, s.1 vd.
- TOROSLU, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, (Ocak-Nisan 1990), s. 121 vd.
- \_\_\_\_\_, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. baskı, Ankara, 2013.
- TRIFFTERER, Otto, *Österreichisches Strafrecht*, AT, 1. Aufl., Wien, 1985, (2. Aufl. 1994).
- UEKÖTTER, Klaus, *Das Merkmal ‘Leichtfertigkeit’ bei strafrechtlichen Erfolgsdelikten und erfolgsqualifizierten Delikten*, Münster, 1993.
- von FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Gießen, 1804, neu herausgegeben von Werner Schmid, Frankfurt –Main, 1988.

WELZEL, Hans, “*Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?*”, *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, 1954.

ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75*, 3. baskı, İstanbul, 2013.

*Allgemeine Bestimmungen österreichischer Strafgesetzbücher 1768-1852, zur Vergleichung zusammengestellt*, (bearbeitet von STOOB –KÜNßBERG), Heidelberg, 1909.

*Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage zur Reform des Strafrechtes*, Wien, 1913.

Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, die Strafgerichts-Competenz-Verordnungen und die Press-Ordnung vom 27. Mai 1852 für das Kaiserthum Oesterreich, Wien, 1853.

*Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines oesterreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909 und zum Vorentwurfe des Einführungsgesetzes*, Wien, 1910.

*Triffterer-StGB Kommentar*, Wien, 1993.

*Wiener Kommentar zum StGB*, (bearbeitet von Foregger-Nowakowski), Wien, 1979 (2. Aufl., 2001).

## İŞLENEMEZ SUÇ

*Av. Gürkan ÖZOCAK\**

### I. GİRİŞ

Ceza hukukunda, suçun biçimsel ve maddi olmak üzere iki anlayışı bulunmaktadır. Buna göre, biçimsel anlayış kaynağını yalnızca ceza kanunundan almakta, bir başka deyişle suçu ceza kanunu tarafından öngörülen emir veya yasağın ihlalinden ibaret saymaktayken; maddi anlayış ise, suçun özüne ilişkin bir değerlendirmede bulunmakta ve bir fiilin ceza kanununda tanımlanması dışında, suç sayılmasını zorunlu kılan özün ne olduğunun araştırılmasını öngörmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda suçun, kanun koyucunun değerlendirmesine göre devletin amaçları ile çatışan ve müeyyide olarak cezayı gerektiren bir insan davranışı olduğunu söylemek mümkündür<sup>2</sup>.

Suç, somut olarak ortaya çıkışı yönünden çeşitli aşamalardan geçerek meydana gelir. Suça doğru giden süreçte ilk olarak düşünce aşaması ortaya çıkar. Düşünce aşaması failin psişğinde oluştuğundan, bu aşama esasen ceza hukukunun müdahale alanının dışında kalmaktadır. Ancak fail, düşünce dünyasında oluşan suç kararını icra etmeye başladığı anda ceza hukukunun ve yaptırım mekanizmasının müdahalesiyle karşı karşıya gelir. Bu aşamalardan ilki olan düşünce aşaması yalnızca kasıtlı suçlar bakımından geçerli olmakla birlikte, bu aşama ani suçlarda bir anda ortaya çıkabileceği gibi, düşünce kastıyla veya tasarlanarak işlenen suçlar bakımından daha uzun bir sürede de oluşabilmektedir. Görüldüğü üzere, dinamik bir yapıya sahip olan suçun ortaya çıkıncaya kadar geçtiği bu aşamaların bütününe “*iter criminis*”, yani “*suç yolu*” adı verilir<sup>3</sup>.

---

\*Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD Ceza ve Ceza Usul Hukuku BD Doktora Öğrencisi.

<sup>1</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2009, s. 92-93 (**Genel Kısım**); HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 177-179.

<sup>2</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 96.

<sup>3</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009, s. 20; ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale, Milano, 2003 s. 477; ARCIULI,

Ancak, yukarıdaki aşamalardan geçerek oluşan suç, başlı başına failin psişisindeki kararın icrası ile meydana gelmez. Zira, kanundaki tanımın ihlali ile oluşan fiilin kanunu ihlal edebilmesi, kanunda öngörülen sonucu meydana getirebilmesi, bir başka deyişle “sağlıklı bir biçimde doğması” için, fail tarafından ortaya konulan hareketin sonucu gerçekleştirmeye elverişli olması ve bunun yanında bir maddi konusunun bulunması gerekir.

Failin psişisinde oluşan suç kararı, ortada elverişli bir hareket ve maddi konu bulunmasına karşın, failin elinde olmayan nedenlerle sonuca ulaşamıyorsa, bu durumda suça teşebbüsten bahsetmek gerekecektir. 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde teşebbüs şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kişi işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*”.

Teşebbüse gerçek anlamda karakterini veren husus, söz konusu tanımdaki “*elverişli hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama*” ölçütüdür. 765 sayılı eski TCK'nun teşebbüsü düzenleyen 61. ve 62. maddelerinin “Cürme Teşebbüs” başlıklı babında da elverişli araçlarla (“*vesaiti mahsusa ile*”) icraya başlayıp da hareketin failin elinde olmayan nedenlerle (“*ihiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı*”) tamamlanamamasından bahsedilmekteydi. Aynı şekilde eski kanunumuzun mehazı olan İtalyan Ceza Kanunu'nun suça teşebbüsü düzenleyen 56. maddesinde de benzer bir şekilde suçun elverişli hareketlerle icrasına başlanmasından ve tamamlanamamasından söz edilmektedir<sup>4</sup>. Buna göre, teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun maddi unsuru, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama ancak suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama, manevi unsuru ise suç işleme kastıdır.

Ne var ki, failin psişisinde suç kararı tam olarak oluşmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi, suça teşebbüsün aksine kullanılan araçların ve dolayısıyla hareketin elverişsizliğinden yahut suçun maddi konusunun bulunmamasından ileri geliyorsa, bu durumda işlenemez suçtan söz edilir. Örneğin, fail ceza kanununda suç olarak öngörülen öldürme sonucunu gerçekleştirmek için hareket ettiği anda, ancak öldürmek amacıyla bir kimseye

---

Francesca Romana, *Il Delitto Tentato*, Torino, 2007, s.19; CANESTRARI, Stefano / CORNACCHIA, Luigi / DE SIMONE, Giulio, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2007, s. 667; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2001, s. 443; MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 2006, s. 336; TOROSLU, Genel Kısım, s. 248.

Bununla birlikte, MANTOVANI suç yolunun bu aşamalarını insan hayatının doğum, yaşam ve ölüm evrelerine benzeterek “*Il reato, come ogni cosa umana, nasce, vive e muore.*” sözcüklerini kullanmıştır. Bkz. MANTOVANI, s. 443.

<sup>4</sup> PETROCELLI, Biagio, *Il Delitto Tentato*, Padova, 1966, s. 23.

zehir yerine tebeşir tozu verdiğinde hareket sonucu gerçekleştirmeye elverişsiz olduğundan veya canlı zannederek bir cesede ateş ettiğinde maddi konu yokluğundan dolayı, artık suça teşebbüsten değil, işlenemez suçun varlığından söz edilecektir<sup>5</sup>.

Bu itibarla, çalışmamızda, öncelikle işlenemez suç ile ilgili terminolojik tartışmalara kısaca değinilecek, ardından işlenemez suçun hukuki niteliğine ve suç genel teorisindeki yerine ilişkin görüşler değerlendirilecektir. Bunun ardından, işlenemez suçun cezalandırılması sorunu kapsamında, cezalandırılmasını ve cezalandırılmaması gerektiğini savunan görüşler tartışılıp, konuya ilişkin değerlendirmemiz sunulacaktır. Nihayet bu tartışmalardan sonra, işlenemez suçun ortaya çıkış biçimleri açıklanacak ve bu hususlarla ilgili Türk ve İtalyan doktrininin görüşleri ve bu ülkelerin ceza kanunlarındaki normatif düzenlemeler aktarılıp karşılaştırıldıktan sonra, konuya ilişkin değerlendirmemiz ortaya konulacaktır.

## II. İŞLENEMEZ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ

### A. Genel Olarak

İşlenemez suç kavramının incelenmesine geçilmeden önce, terminolojiye ilişkin tartışmalara kısaca değinmek gerekir. Türk doktrininde çoğu yazar tarafından “işlenemez suç” olarak adlandırılan bu kavram, bazı yazarlarca “muhal suç” yahut “işlenmez suç” gibi adlarla da incelenmektedir<sup>6</sup>. Bunun dışında İtalyan doktrininde neredeyse mutabakatla kabul olunan “*reato impossibile*” teriminin karşılığı olarak, söz konusu kuruma “imkansız suç”<sup>7</sup> yahut “imkansız teşebbüs”<sup>8</sup> (*tentativo impossibile*) de denilmektedir.

Kurum, Alman doktrininde “*elverişsiz teşebbüs*” anlamına gelen “*untauglicher Versuch*” başlığı altında incelendiğinden, ülkemizdeki Alman doktrininden etkilenen bazı yazarlar ise bu kavrama “*elverişsiz teşebbüs*” adını vermektedir<sup>9</sup>. Ancak, “*elverişsiz teşebbüs*” (*tentativo inidoneo*) ifadesi

<sup>5</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 265; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 340.

<sup>6</sup> ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara, 1968, s. 1 (**İşlenemez Suç**); TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul, 1953, s. 280.

<sup>7</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 1.

<sup>8</sup> VANNINI, Ottorino, Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, Firenze, 1939, s. 236 (**Diritto Penale**).

<sup>9</sup> KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 349; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2006, s. 238; TOZMAN, Önder, Suça Teşebbüs, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2008, s. 18.

İtalyan doktrinindeki bazı yazarlarca da kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Biz, teşebbüs kurumundan farkını ortaya koymak adına ve esasen failin psişğinde oluşan ve olgunlaşan suçun maddi konunu yokluğu ya da hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemezliği sebebiyle, bu kurumu birçok yazar gibi “*işlenemez suç*” adıyla inceleyeceğiz.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, sonucun gerçekleşmemesi, kullanılan araçların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmamasından kaynaklanıyorsa, “*işlenemez suç*”tan söz konusu olur<sup>11</sup>. Her iki halde de sonuç gerçekleşmemesine rağmen, elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanması durumunda suça teşebbüs ve cezalandırılabilir bir fiil söz konusu olurken; fail tarafından kullanılan araçların yahut gerçekleştirilen hareketlerin elverişsiz olması veya icrasına başlanan suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda ise cezalandırılabilir bir fiilden söz edilemeyeceğinden faile ceza vermek olanaksızdır.

Ne 765 sayılı TCK’nda, ne de 5237 sayılı TCK’nda işlenemez suça ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, ceza kanunlarında bu yönde hükümler bulunmasının çözüm sağlamadığı da görülmektedir. Zira, İCK’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında “*suç oluşturmayan bir fiili, suç oluşturduğu yolundaki hatalı kanaatle gerçekleştiren kişi cezalandırılmaz*”<sup>12</sup> denilerek “sözde suç” (*reato putativo*) tanımlanmış ve aynı maddenin 2. fıkrasında da “*Hareketin elverişsizliği veya konunun yokluğu nedeniyle zararlı veya tehlikeli sonucun mümkün olmaması durumunda ceza verilmez*”<sup>13</sup> hükmü öngörülerek “işlenemez suç”un (*reato impossibile*) yasal sınırları belirlenmiş olmasına karşın<sup>14</sup>, İtalyan ceza hukukçuları tarafından sözde suç ile işlenemez suçun birbirinden nasıl ayırt edileceği ve bu ayrımı yapmayı mümkün kılacak ölçütlerin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır<sup>15</sup>. Bu nedenle,

<sup>10</sup> BELTRANI, Sergio, *Il Delitto Tentato*, Padova, 2003, s. 27.

<sup>11</sup> ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 1-2; CAVALLO, Vincenzo, *Diritto Penale, Parte Generale, Volume II*, Napoli, 1955, s. 500; ERSOY, Yüksel, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Ankara, 1968, s. 155; RANIERI, Silvio, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1945, s. 299; TOROSLU, Genel Kısım, s. 265.

<sup>12</sup> “*Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato nella supposizione erronea che esso costituisca reato.*”

<sup>13</sup> “*La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell’azione o per la inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso pericoloso.*”

<sup>14</sup> VANNINI, *Diritto Penale*, s. 88-89.

<sup>15</sup> ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 2.

İCK’nun 49. maddesinde sözde suç “*reato supposto*” adıyla düzenlenmekteyken, İtalyan doktrininde birçok yazar bu kavramı “*reato putativo*” olarak adlandırmaktadır. Ancak bu farklılık terminolojik bir tercihten ibaret olup, anlam bakımından herhangi bir fark yaratmamaktadır.

işlenemez suçun hukuki niteliğine ve bu durumda faile ceza verilip verilemeyeceği sorununa ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

### **B. İşlenemez Suçun Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler**

İşlenemez suçun hukuki niteliğine ilişkin bir çok görüş öne sürülmüştür. Bazı yazarlara göre, işlenemez suç ile sözde suç arasında herhangi bir bağılılık ilişkisi olmayıp, işlenemez suç sözde suçtan tamamen bağımsız bir varlığa sahiptir<sup>16</sup>.

Kural üzerinde, fiil üzerinde veya hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hataya dayanmak üzere, üç biçimde ortaya çıkan sözde (*varsayımsal, mefruz*) suçun, failin aslında herhangi bir suça vücut vermediği halde, fiilinin bir suç oluşturduğunu sanması olarak tanımlanması mümkündür<sup>17</sup>. Kural üzerinde hataya dayanan sözde suç<sup>18</sup>, failin suçun kanuni tipinde hataya düşmesi ve ceza hukuku düzeni bakımından önemsiz olan fiilini suç zannetmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kanunun birden fazla evlilik işlemi yapmayı suç saydığı bilen failin (İCK m. 556, TCK m. 230), bir kimseyle evliyken bir başka kadınla imam nikahı yaptırması veya resmi olmayan bir şekilde evlenmesi durumunda, sözde suç söz konusu olacaktır<sup>19</sup>. Yalan tanıklığın suç olduğunu bilen bir kişinin, yalan tanıklık yaptığını düşünerek aslında doğruyu söylemesi<sup>20</sup> veya kendisine ait yahut sahipsiz bir malı, başkasına ait olduğunu ve çaldığını düşünerek alması<sup>21</sup> durumunda ise fiil üzerinde hatadan kaynaklanan sözde suçtan söz etmek gerekir. Son olarak, örneğin, sahibinin rızası olduğunu bilmeden malını çaldığını düşünerek taşınır malı bulunduğu yerden alan kişinin fiili hırsızlık suçuna vücut vermez. Çünkü TCK'nun 26. maddesine göre, rızanın bulunması fiili objektif açıdan hukuka uygun hale getirir<sup>22</sup>. Fail, suç olduğu bilinciyle tipik bir fiil meydana getirmesine rağmen, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu bilmiyorsa, bu durumda hukuka uygunluk nedeninin bilinmemesinden kaynaklanan bir sözde suç söz konusu olacaktır.

İşlenemez suç ile sözde suç tamamen birbirinden ayıran yazarların aksine, bazı yazarlara göre, işlenemez suç bağımsız bir varlığa sahip

<sup>16</sup> ANTOLISEI, s. 500 vd.

<sup>17</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 341.

<sup>18</sup> Kural üzerinde hata hakkında bkz. GÜNGÖR, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", TBB Dergisi, C. 68, Ankara, 2007, s. 135 vd.

<sup>19</sup> ANTOLISEI, s. 505.

<sup>20</sup> MANTOVANI, s. 396.

<sup>21</sup> ANTOLISEI, s. 505.

<sup>22</sup> ERSOY, s. 154; GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, 2007, s. 127.

olmayıp, sözde suçun bir türünden ibarettir. Böyle düşünenler arasında özellikle *Manzini*, *Bettioli* ve *Frosali* sayılabilir<sup>23</sup>.

*Manzini*'ye göre, suçun varlığında yanılmayla suçun tamamlanması imkanında yanılma birbirinden ayrılmalıdır. Suçun varlığında yanılma durumunda, ceza normu tarafından yasaklanmış olduğu düşüncesiyle suç olmayan bir fiilin işlenmesi söz konusudur. Örneğin, gümrüğe tabi olmayan bir malı, gümrük vergisi vermemek için gizlice ülkeye sokmak fiilinde, suçun kurucu unsurlarında veya fiilin cezalandırılabilme şartlarında bir yanılma bulunduğundan, sözde suçtan bahsetmek gerekir. Suçun tamamlanması imkanında yanılma durumunda ise, failin suçu işleyebileceğine inanması, ancak somut olay bakımından buna imkan bulunamaması söz konusudur. İşte bu ikinci halde, işlenemez suç mevcuttur. Yazara göre, failin işlediği fiili cezalandıran bir normun öngörülmemesi ile fiilin öngörülen bir normun içeriğine uygun olmaması arasında bir fark bulunmadığı gerekçesiyle, bütün bu yanılma halleri sözde suç başlığı altında toplanabilir<sup>24</sup>.

İşlenemez suçun sözde suçun bir türü olduğunu düşünen bir diğer yazar *Bettioli* ise, sözde suçu hukuki hata ve fiili hata olarak ikiye ayırmakta ve esasen fiilin yasaklayıcı bir ceza normunun kapsamına girmesine rağmen, ya suçun kurucu unsurlarından birini oluşturmadığı ya da oluşturmakla beraber tamamlanamadığı durumlarda işlenemez suçun söz konusu olduğunu ve bu nedenle, ister hareketin elverişsizliğinden, isterse konunun yokluğundan kaynaklansın, işlenemez suçun da fiili hata nedeniyle sözde suçun bir şekli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir<sup>25</sup>.

Bununla beraber, *Vannini*'yi de işlenemez suçu, sözde suçun bir türü olarak kabul eden yazarlar arasında saymak mümkündür. Zira, yazar, sözde suçu “geniş veya sübjektif anlamda” ve “dar anlamda” olmak üzere ikiye ayırmakta ve işlenemez suçu da “dar anlamda sözde suç”tan ayırarak, esasen bir suça sebebiyet vermeyen bir fiilin işlenmesi diye tanımladığı “geniş anlamda sözde suç” kapsamına almaktadır<sup>26</sup>.

Kanaatimizce işlenemez suçun sözde suçun bir türü olduğunu savunan görüşlere itibar edilemez. Çünkü, sözde suçta fail tüm icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, ceza kanununda suç olarak düzenlenmemiş bir fiile sebebiyet verdiğinden, fiilin suç olduğu hususunda bir yanılığa

<sup>23</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 3.

<sup>24</sup> MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, Torino, 1808, s. 368; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 3-4; CAVALLO, s. 500.

<sup>25</sup> BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 1976, s. 487; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 4; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 94.

<sup>26</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 4.



düşmektedir. Oysa, işlenemez suçta fail gerçekleştirdiği fiilin suç olduğunun bilincinde olmasına karşın, maddi konunun bulunmaması veya aracının elverişsiz olması nedeniyle, tipik sonucu meydana getirememektedir. Görüldüğü üzere, her ikisi de tipiklik konusuyla ilgili olmakla beraber, işlenemez suç ile sözde suç birbirinden tamamen farklı kavramlardır.

### C. İşlenemez Suçun Suç Genel Teorisindeki Yeri

İşlenemez suçun, suç genel teorisi sistematığı içindeki yeri hakkında birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu kavramı manevi unsur, yani kusurluluk içinde inceleyenlerin yanı sıra, suçu veya cezayı ortadan kaldıran sebepler arasında inceleyen yazarlar da bulunmaktadır<sup>27</sup>. Bunun yanında, bazı yazarlar işlenemez suçu, teşebbüsün olumsuz bir biçimi olarak görerek, bu kurumu teşebbüs konusunun içerisinde incelemektedir<sup>28</sup>. Bir kısım yazar ise, işlenemez suçun, teşebbüsün dar sınırları içinde değil, tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması gerektiğini söylemektedir<sup>29</sup>.

İşlenemez suçun cezalandırılmaması nedeni olarak, manevi unsur yokluğunu gösteren görüşün kabul edilmesi imkansızdır. Çünkü konu sübjektif açıdan ele alındığında, failin fiili meydana getirirken, bilerek ve isteyerek söz konusu hareketi gerçekleştirdiği şüphesizdir. Bu durumda, failin iradesinde herhangi bir eksiklik söz konusu değildir. Benzer bir şekilde, işlenemez suçta gerçek anlamda bir iradeden değil de, yeteri kadar “belirlilik” kazanmamış bir amaçtan bahsedilebileceği yönündeki görüşler de kabul edilemez. Zira, fiil elverişsiz de olsa, hareketin yapıldığı anda failin suç işleme iradesinin dışı vurulduğu ve objektiflik kazandığı muhakkaktır. Bu nedenle, işlenemez suçta failin iradesinin iltibasa yer vermeyecek biçimde dışı vurulduğu ortada olduğundan, işlenemez suçun cezalandırılmamasını manevi unsur yokluğuna dayandıran görüşler isabetsizdir<sup>30</sup>.

İşlenemez suçu, suçu veya cezayı ortadan kaldıran sebepler içerisinde değerlendiren görüşlerin de kabulü mümkün değildir. Zira, suçu veya cezayı ortadan kaldıran sebepler bakımından her zaman bir “fazlalık” söz konusudur. Örneğin, bu kapsamda ele alınabilecek olan meşru savunma durumunda, fail kanunda öngörülen tipik fiilin tüm unsurlarını

<sup>27</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 17-18.

<sup>28</sup> ANTOLISEI, s. 499 vd.; ARCIULI, s. 91 vd.; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, İstanbul, 1987, s. 450 vd.; EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Ankara, 1973, s. 330 vd.

<sup>29</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 18; GAROFOLI, Roberto, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Roma, 2011, s. 1118-1119.

<sup>30</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 18.

gerçekleştirmiş, teknik olarak suç tamamlanmıştır. Ne var ki, failin kanuni tipte öngörülen fiili dışında, pasif süjeden kaynaklanan sebepler nedeniyle, fiil suç olmaktan çıkmakta ve hukuka uygun hale gelmektedir. Ancak, işlenemez suçta, ya kullanılan aracın elverişsizliği ya da maddi konunun yokluğu nedeniyle suç tamamlanamamaktadır. Bir başka deyişle, işlenemez suçta bir “fazlalık”tan değil, aksine failin fiilindeki bir “eksiklik”ten söz etmek gerekir.

İşlenemez suçu, teşebbüs kavramı içerisinde ve onun olumsuz şekli olarak inceleyen görüşün ise yanlış olduğu söylenemez. Bu görüşe göre, suça teşebbüsün varlığı için elverişli araçlarla veya elverişli hareketlerle icraya başlama şartı arandığından, araç veya hareketlerdeki elverişsizlik yahut konudaki yokluk icraya başlamayı etkileyeceği için, doğrudan teşebbüsle ilgili bir duruma sebep olacaktır. Bu nedenle, işlenemez suçu, suçun maddi unsuru ve suça teşebbüs konularıyla birlikte değerlendiren görüşlerin, metodolojik açıdan isabetsiz olmadığı kanaatindeyiz<sup>31</sup>.

Bazı yazarlar ise, işlenemez suçu, hareketteki elverişsizlik veya maddi konunun yokluğu sebebiyle, tipe uygunluk üzerindeki etkisi yönünden değerlendirmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, elverişlilik tipik fiilin bir vasfıdır. Bir fiilin kanunda öngörülen tipe uygun olup olmadığı hakkında bir hüküm verilirken, onun elverişli olup olmadığının araştırılmasından vazgeçilemez. Bu itibarla, elverişlilik yalnızca teşebbüs aşamasındaki suçlara özgü değil, tamamlanmış suçlar bakımından da aranması gereken bir özelliktir. Zira, elverişsiz bir hareketin tipik olduğundan söz edilemez. Atipik hareket hukuken korunan hak veya menfaat bakımından bir zarar veya tehlike doğuramayacağından, işlenemez suçta, fail ceza normu tarafından yasaklanan bir fiilin tanımını meydana getirmemektedir. Bu nedenle, işlenemez suç durumunda, faile ceza verilmesi mümkün değildir<sup>32</sup>.

Bu anlayış, hareketin gayesi teorisine (*teoria finalistica dell'azione*) dayanır. Gaye teorisini uyarınca, insan hareketlerinin içeriği ve gerçek anlamı, nedensellik kanunlarıyla tespit edilemez. Zira, insan hareketlerinin esas

---

<sup>31</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 19; DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 451; EREM, Genel Hükümler, s. 329; MANNA, Adelmo, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, C. II, Padova, 2008, s. 50.

Nitekim, buna bağlı olarak, geleneksel doktrine yakın İtalyan hukukçular tarafından işlenemez suç “*elverişsiz teşebbüs*” anlamına gelen “*tentativo inidoneo*” adıyla da anılmaktadır. Bkz. ANTOLISEI, s. 499; ARCIULI, s. 91; BELTRANI, s. 27; MANNA, C. II, s. 50; MANZINI, s. 368.

Bunun yanında *Vannini* ise ortada bir suç varsayımından bahsedilemeyeceğini söyleyerek, “*işlenemez teşebbüs*” anlamına gelen “*tentativo impossibile*” kavramını kullanmaktadır. Bkz. VANNINI, Diritto Penale, s. 236.

<sup>32</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 19.

özelliği “gai” oluşu, yani bir amaç taşımasıdır. İnsan hareketi, taksirli dahi olsa, amaçsaldır ve bu bakımdan, insan hareketinin gücünü, muhtemel sonuçlarını, anlamını aklından geçirir ve bu yönde kullanacağı araçları önceden seçer. Dolayısıyla, insan hareketini içeriğinden ve buna bağlı olarak onu ayakta tutan iradeden ayırma imkanı yoktur<sup>33</sup>.

Söz konusu irade, elverişli bir harekete yönelmişse, hukuken hiçbir anlam taşımamaktadır. Zira, hukuken korunan menfaate zarar verebilme yetisine sahip ve bu potansiyeli taşıyan hareketler elverişlidir. Elverişli olan hareket de tipiktir. Bu görüşe göre, elverişsiz bir hareket ve maddi konunun yokluğu tipikliği ortadan kaldırdığından, işlenemez suç ipotezi de tipikliği etkileyen bir durumdur. Bu bağlamda, elverişlilik suçu oluşturan hareketin zorunlu bir koşuludur<sup>34</sup>.

Elverişliliği tipikliğin bir ön şartı gibi değerlendiren anlayış eleştirilmiştir. Buna göre, elverişlilik tipiklik konusunun kapsamına alındığında, konu sübjektif bir alana taşınacak ve bu durumda, objektif anlamda elverişsiz olan bir hareket faile göre elverişli ise, faili cezalandırmak gerekecektir. Bu da bir yandan tipikliğin teknik yapısının göz ardı edilerek ceza hukuku sistemini tahrip sonucunu doğururken, bir yandan da atipik fiiller cezalandırma kapsamına alınarak korunan hukuki menfaat bakımından zarar veya tehlike arz eden hareketleri de ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakacaktır<sup>35</sup>.

Tüm bu görüşlerden yola çıkarak, işlenemez suçun tipiklik konusu içerisinde değerlendirilmesi ve tipik fiilin oluşumunu engelleyen bir durum olarak ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira, bir fiilin tipik olabilmesi için, mutlaka ceza normunda öngörülen fiilin, elverişli hareketlerle işlenmiş olması gerekir. Bir fiil elverişsiz hareketlerle işlenirse yahut maddi konu mevcut değilse, bu durumda kanunda öngörülen tipik fiil hiçbir zaman meydana gelmeyecektir. Örneğin, kanun bir kimsenin öldürülmesinden bahsederken, burada öldürmeye elverişli hareketleri ve öldürülen kişinin de gerçek bir kişi olmasını şart koşturmaktadır. Ancak fail, arsenik olduğu sanısıyla karşı tarafa tebeşir tozu verirse, kanunda öngörülen ve bir kimsenin öldürülmesi için elverişli olan hareket ortaya koyulmamış olacaktır veya fail canlı olduğu düşüncesiyle bir ölüye ateş ederse, kanunun öngördüğü “suçun gerçek kişiye karşı işlenmesi” şartı meydana gelmeyeceğinden, bu durumda da tipik fiil ortaya çıkmayacaktır. Bu itibarla, işlenemez suç ipotezinde,

---

<sup>33</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 19; KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954, s. 45.

<sup>34</sup> Bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 96; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 20-21.

<sup>35</sup> Bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 96-97; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 56.

elverişsiz bir hareket tipik bir fiile vücut vermediğinden, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca, fail cezalandırılmayacaktır<sup>36</sup>.

#### **D. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Sorunu**

##### **1. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerektiğini Savunan Görüşler**

###### **a. Sübjektif Görüş**

Temelleri *Feuerbach, Tittman, Von Buri* gibi Alman hukukçular tarafından atıldığı için doktrinde “*Alman Teorisi*” veya “*Alman Okulu*” olarak da anılan sübjektif görüş, teşebbüste failin cezalandırılmasının nedeni olarak yapılan hareketin tehlikeliliğini değil, failin suç işleme iradesinin açığa çıkmasını kabul ettiğinden ve sonucun meydana gelmemesi failin dışındaki sebeplerden kaynaklandığından, yapılan hareketin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmamasına bakılmaksızın cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır<sup>37</sup>.

Bu anlayışa göre, teşebbüs icra hareketlerinin bir kısmının gerçekleştirilmesi şeklinde anlaşılıp, cezalandırma buna dayandırılmaz. Teşebbüs aşamasında kalmış bir insan öldürme fiilinin, yarım bir insan öldürme olduğu söylenebilir mi? Bu nedenle, failin irade ettiği sonucun, elverişli araçların elverişli bir maddi konu üzerinde kullanılmış olmasına rağmen meydana gelmemesi ile araçların elverişsiz olması veya maddi konunun mevcut bulunmaması nedeniyle meydana gelmemesi arasında hiçbir fark yoktur. Zira, teşebbüs zaten bir elverişsizliğin ve imkansızlığın göstergesidir. Kesinliği ifade eden % 100 ile imkansızlığı ifade eden % 0 formülleri arasında, ihtimalleri göstermek üzere % 90, % 80 gibi formüllere yer yoktur. Bir şey ya imkansızdır ya da kesindir. Bu bakımdan, eğer fail elindeki araçların veya hareketinin onu sonuca götüreceğine inanıyorsa, kesinliği ifade eden suçlu irade ortaya çıkmıştır ve bu inanç failin cezalandırılması için yeterlidir<sup>38</sup>.

Sübjektif görüş bir çok yönden eleştirilmiştir. Öncelikle, elverişsiz araçlarla veya maddi konu olmaksızın gerçekleştirilen hareketleri bile ceza kapsamına alan bu anlayışın teşebbüsün cezalandırma alanını çok genişlettiği ve aşırı sonuçlara ulaştığı ifade edilmiştir<sup>39</sup>. Nitekim bu aşırı

<sup>36</sup> Aynı görüş için bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 97.

<sup>37</sup> VIDAL, Georges / MAGNOL, Josephe, Ceza Hukuku, C. I, Çev. Şinasi Z. Devrin, Ankara, 1949, s. 122; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 32-33; CAVALLO, s. 499; DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 454.

<sup>38</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 33-35; DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 454.

<sup>39</sup> SCARANO, Luigi, Il Tentativo, Napoli, 1952, s. 183; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 38.

sonuçlar görüşün temsilcileri tarafından da kabul edilmesine rağmen, örneğin bu yazarlarca, öldürülmek istenen kimseye karşı gerçekleştirilen büyücülük hareketlerinin, sembolik ifadeler olduğu gerekçesiyle cezalandırılmaması gerektiği savunulmuştur. Ancak bu durum bir çelişkidir; zira bu anlayış uyarınca teşebbüsün ve işlenemez suçun cezalandırılma sebebi failin dış dünyaya yansıyan iradesi olduğuna göre, bir kişinin karşı taraftakini öldürme amacıyla büyü hareketleri yapması da suça teşebbüs olarak kabul edilmelidir<sup>40</sup>.

Sübjektif görüşe yapılan bir başka eleştiri de, failin cezalandırılması için suç işleme iradesinin ölçüt olarak alınmasının, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini bertaraf ettiğine ilişkindir. Buna göre, bu görüşün kabul edilmesi halinde, suçu düzenleyen normda öngörülen davranışlar meydana gelmeden fail cezalandırılacak ve bu durumda kanunda öngörülmemiş, atipik bir davranış cezalandırılmış olacaktır<sup>41</sup>.

## **b. Sübjektif Tehlike Görüşü**

“*Pozitivist Teori*” olarak da anılan sübjektif tehlike görüşü, cezalandırma yönünden önem taşıyanın fiilin tehlikeliliği değil, suça yönelmiş olan iradenin esas alınması noktasında sübjektif görüşe katılmaktadır. Ne var ki, bu görüşü savunan yazarlara göre, teşebbüsün cezalandırılması için suç iradesinin haricîleşmesi yetmez, ayrıca failin ahlaki kötülüğünün, bir başka deyişle failin sosyal tehlikeliliğinin de belirlilik kazanması gerekir. Örneğin, fail tarafından kullanılan suç araçları onun suç işleme potansiyelinin yetersizliğini veya budalalığını ortaya koyuyorsa, bu durumda failin tehlikeliliğinden bahsedilemeyeceğinden, ceza vermek de doğru olmayacaktır. Yahut sofraya tuzu ile düşmanını öldürmeye çalışan kimsenin fiili de teşebbüs değildir, ancak bunun sebebi elverişsiz bir aracın kullanılmış olması değil, sofraya tuzu ile bir kimseyi öldürebileceğine inanan failin sosyal açıdan tehlikeli bir kimse olmamasıdır<sup>42</sup>. Dolayısıyla sübjektif görüş suç iradesini dışarı vuran her türlü davranışın cezalandırılmasını öngörürken, sübjektif tehlike görüşü bu iradenin dışarı vurumunun yanında, failin tehlikeliliğinin de bulunmasını şart koşmaktadır. Bir başka deyişle; sübjektif görüş yalnızca failin iradesini esas alırken, sübjektif tehlike görüşü bu tehlikeliliğin yanında failin kişisel özelliklerini ve ahlaki kötülüğünü de nazara almaktadır.

---

<sup>40</sup> SCARANO, s. 184-185.

<sup>41</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 39-40.

<sup>42</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 40-41.

Bu görüş uyarınca, failin tehlikeliliğinin belirlenmesi için, her türlü *a priori*, genellemelere ve soyutlamalara dayanan düşünüşten sıyrılarak, somut olayın şartlarını ve failin o somut olaydaki durumunu incelemek gerekir. Bu bağlamda, somut olayda açığa vurulan irade, suçlu olmakla beraber tehlikeli değilse, cezalandırmanın bir anlamı kalmaz. Dolayısıyla her bir olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirip, o olay bakımından ortaya çıkan suçlunun kişiliği göz önünde tutularak ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekir<sup>43</sup>.

Bunun yanında, failin sorumluluğunu onun sosyal anlamdaki tehlikeliliğine dayandıran “*Toplumsal savunma görüşü*”ne göre de, işlenemez suça ceza verilmemesi, suçlunun göstermiş olduğu sosyal tehlikelilik hali karşısında, klasik soyut hukukçuluğun anlamsız bir tezahürü niteliğindedir<sup>44</sup>.

Failin sosyal tehlikeliliği nedeniyle işlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini iddia eden pozitivist okulun etkisiyle, İCK’nun işlenemez suç ve sözde suçu düzenleyen 49. maddesinin son fıkrasında, işlenemez suç durumunda sanığa güvenlik tedbiri uygulanılabileceğine dair yargıca takdir yetkisi tanınmıştır<sup>45</sup>.

## **2. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Gerektiğini Savunan Görüşler**

### **a. Objektif Görüş**

*Romagnosi, Feuerbach, Rossi, Carrara* gibi yazarlar tarafından savunulan<sup>46</sup> ve doktrinde “*Klasik Teorî*” olarak da anılan objektif görüşe göre, bir hareketin cezalandırılabilmesi için, yalnızca failin kastı yeterli olmayıp, bununla beraber dış dünyada somutlaşan hareketin bir hakkı ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmüş olması da gerekmektedir<sup>47</sup>. Zira, elverişlilik hareketin bir niteliğidir. Aracın elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu

<sup>43</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 42; DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 455.

<sup>44</sup> ANCEL, Marc, La Défense Sociale Nouvelle, s. 127 (Aktaran DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 455). Ayrıca bu görüşün failin sorumluluğu ve tehlikelilik konusundaki görüşleri için bkz. GRAMATICA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, Çev. Sami Selçuk, Ankara, 1988, s. 129-135.

<sup>45</sup> ANTOLISEI, s. 501; ERSOY, s. 159; GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 126.

<sup>46</sup> Bir kısım yazar bu görüşün ilk kez *Feuerbach*, bir kısım yazar ise *Romagnosi* tarafından ortaya atıldığını söylemektedir. Bkz. SCARANO, s. 144; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 44.

<sup>47</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 44; CARRARA, Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, Pisa, 1863, s. 160-161; DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 451; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, Diritto Penale, Par. Gen., Bologna, 2007, s. 480; MANZINI, s. 367.

nedeniyle zarar verme iktidarı bulunmayan teşebbüs fiillerini cezalandırmak haksız ve zalimce olur, çünkü gerçekleşmesi imkansız olan bir sonuca teşebbüs eden kimsenin fiili herhangi bir hakkı ihlal etmeyeceği gibi, bunun başkaları tarafından tekrarlanması da toplum bakımından herhangi bir zarar veya tehlikeye yol açmayacaktır<sup>48</sup>.

Bu görüşü savunan yazarlarca, maddi konu bakımından imkansızlık mutlak veya nisbi olabilir. Örneğin, hırsızlık için girilen bina boşsa veya kendini gebe sanarak hukuka aykırı bir biçimde çocuk düşürücü ilaçlar kullanan kadın gebe değilse konu bakımından mutlak imkansızlıktan; buna karşın yattığı odaya bomba konulan kişi o gece başka odada yatmışsa yahut hırsızlık için gelinen evin sahibi az önce eşyaları başka bir yere taşımışsa, dolayısıyla maddi konu esasen bulunmakla birlikte failin sandığı yerde değilse nisbi imkansızlıktan ya da elverişsizlikten söz etmek gerekecektir. Araç bakımından da aynı şeyi düşünmek gerekir. Örneğin, arsenik yerine şekerli su verildiğinde veya öldürmek amacıyla büyü yapıldığında araç bakımından mutlak elverişsizlik; buna karşılık ateş edilen kişiye üzerindeki çelik yelek nedeniyle kurşunun işlememesi yahut mağdurun bünyesinin çok güçlü olması nedeniyle zehrin beklenen etkiyi göstermemesi durumlarında nisbi elverişsizlik söz konusu olur<sup>49</sup>. Objektif görüşü savunan yazarların büyük çoğunluğu, bu mutlak elverişsizlik hallerinde faile ceza verilmeyeceğini, ancak nisbi elverişsizlik hallerinde, aracın veya konunun esasen elverişli olması ancak sonucun tamamen tesadüfi sebeplerle gerçekleşmemesi nedeniyle faile ceza verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler<sup>50</sup>.

*Carrara*'ya göre, eğer imkansızlık failin suç iradesinin ortaya çıkmasından icraya başlamasına kadar söz konusu ise mutlak sayılacak ve ceza verilmeyecektir. Buna karşın, eğer başlangıçta fiilin işlenmesi mümkün iken, sonradan bir imkansızlık ortaya çıkmış ise imkansızlık nisbi olacak ve fail teşebbüsten sorumlu olacaktır. Örneğin, gebe olmayan kadının çocuğunu düşürmeye çalışması veya başkasına ait olduğu düşüncesiyle kendi malını çalmaya teşebbüs eden kişilerin fiillerinde mutlak imkansızlık vardır ve bu kimselere ceza verilmez. Ancak, birini öldürmek için silahını dolduran failin silahındaki kurşunların başka birisi tarafından boşaltılması ve failin boş silahla mağdura ateş etmesi halinde nisbi imkansızlık söz konusudur ve fail teşebbüsten sorumlu olacaktır<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 44.

<sup>49</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 452.

<sup>50</sup> SCARANO, s. 145; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 46; SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2005, s. 306.

<sup>51</sup> CARRARA, s. 161-162; TANER, s. 284. *Carrara*'nın bu ayrımını *daimi yokluk – geçici yokluk* olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 305.

Sonuç olarak, bu görüşe göre, mutlak imkansızlık veya elverişsizlik hallerinde, failin davranışı herhangi bir tehlike yaratmadığından, teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi yoktur. Zira, böyle durumlarda faile ceza vermek, yalnızca kötü niyeti cezalandırmak ve ahlaki ve dini düşünceleri ceza hukukunun alanına sokmak anlamına gelir. Oysa teşebbüs, kanunda öngörülen bir suçun icrasına başlamak anlamına gelir ve bir icraya başlamak imkansızsa, bunun kısmen yapılması da mümkün değildir. Buna karşın, sonucun gerçekleşmemesi nisbi elverişsizlik nedeniyle meydana gelmişse, failin araçları objektif olarak elverişli olduğu için, faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekir<sup>52</sup>.

Objektif görüş birçok yönden eleştirilmiştir. İlk olarak, subjektif görüşün aksine, objektif anlayışın cezalandırılabilir teşebbüsün alanını aşırı şekilde daralttığı söylenmiştir<sup>53</sup>. Diğer yandan, bu görüşün icra başlangıcı ile elverişli hareketi aynı kavram gibi değerlendirmek yanlışına düştüğü ileri sürülmüştür. Zira, elverişlilik hareketin sonucu meydana getirmedeki nedensel etkinliğini ifade ederken; icra başlangıcı hareketlerin tamamlanmasına ilişkin bir husustur. Bu bakımdan, hareketin elverişliliği ile bu hareketin icra başlangıcı olması birbirinden ayrı konulardır<sup>54</sup>.

Bir başka eleştiri ise, objektif görüşün elverişlilik hakkındaki değerlendirmesine ilişkindir. Buna göre, elverişlilik, objektif görüşün ileri sürdüğü gibi hareketin bir niteliği değildir. Önemli olan amaca ulaşmak için kullanılan aracın elverişliliğidir. Bu araç elverişli ise, hareketin elverişli olup olmaması bir önem taşımaz. Hareketin elverişliliği somut olayın koşullarına göre belirlenir. Bu bakımdan, somut olay koşulları incelendiğinde, soyut olarak elverişli bir hareket veya araç elverişsiz olabileceği gibi, aksine elverişsiz bir araç veya hareket de sonuç doğuracak niteliğe sahip olabilir<sup>55</sup>.

Objektif görüş, mutlak elverişsizlik – nisbi elverişsizlik ayrımı nedeniyle de eleştirilmiştir. Cezalandırılabilirliğin temelini failin objektif tehlikeliliğinde arayan bu görüşün, herhangi bir objektif tehlikenin bulunmadığı nisbi elverişsizlik hallerinde failin cezalandırılması gerektiğini söylemesinin çelişkili olduğu ileri sürülmüştür<sup>56</sup>. Subjektif görüş taraftarları da, her iki halde de imkansızlığın failin elinde olmayan, harici sebeplerden kaynaklandığını söyleyerek, böyle bir ayrımın yapılmasının isabetsiz olduğunu söylemişlerdir<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 452-453.

<sup>53</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 47.

<sup>54</sup> SCARANO, s. 145; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 147.

<sup>55</sup> SCARANO, s. 150.

<sup>56</sup> ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 408.

<sup>57</sup> VIDAL/MAGNOL, s. 122.



Bununla beraber, bir görüşe göre, imkansızlığı mutlak ve nisbi şeklinde ayırmak mümkün olsa dahi, imkansızlığın hangi ana göre belirleneceği konusu, bu ayrımın sorunu çözmesine engel olmaktadır. İmkansızlık icraya başlamadan önce var olabileceği gibi, icraya başladıktan sonra meydana gelen harici nedenlerle de söz konusu olabilir. Örneğin, failin mağduru öldürmek için icraya başlamasından önce mağdurun ölmesi durumunda icraya başlamadan önce bir imkansızlık mevcutken, banka soymaya giden soyguncuların, banka müdürünün onların geldiğini görerek paraları gizli bir yere saklaması sonucu, kasayı boş bulmaları durumunda icra aşamasında meydana gelen bir imkansızlıktan söz etmek gerekecektir. Bu görüşe göre, ilk durumda faile ceza verilemezken, ikinci durumda nisbi elverişsizlik söz konusu olduğu için fail teşebbüsten sorumlu olacaktır. Oysa, ilk halde nasıl bir imkansızlık mevcutsa, ikinci halde de aynı imkansızlık bulunmaktadır. Ölmüş bir adamı öldürmek kadar, o esnada tesadüfen yatağında bulunmayan bir adamı öldürmek de imkansızdır. Aynı şey, araçların elverişsizliği konusunda da geçerlidir. Zira, mutlak olarak elverişsiz olduğu düşünülen bir aracın, somut olay koşullarına göre elverişlilik kazanması mümkündür. Örneğin, kalomel bir ilaçtır ve bu ilacı kullanan bir kimseye bir miktar tuz verilirse, hasta derhal ölür. Soyut olarak tuz insan öldürme suçu bakımından mutlak anlamda elverişsiz bir araç olsa da, somut olayda tamamen elverişli bir araç niteliğini kazanabilmektedir. Bu itibarla, söz konusu görüşün gerek maddi konu gerekse araç bakımından yapmış olduğu mutlak elverişsizlik – nisbi elverişsizlik ayrımı isabetsizdir<sup>58</sup>.

### **b. Hukuki İmkansızlık Görüşü<sup>59</sup>**

Hukuki imkansızlık görüşü, hareketin elverişli olup olmamasını tipe uygunluğuna göre değerlendirmektedir. Tipiklik, fail tarafından meydana getirilen fiilin, ceza normunda tanımlanan tipe uygun olmasıdır<sup>60</sup>. Bu görüşe göre; hareket, hareketten doğan zarar veya tehlike ile birlikte ihlale uğrayan hukuki menfaat ve hareketin maddi konusunun tipik olması gerekir. Teşebbüs hallerinde de, kanuni tipte öngörülen sonuç meydana gelmediğinden eksiklik vardır. Buna rağmen teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, teşebbüs aşamasında kalmış fiilin kısmen de olsa kanuni tipe uygunluk taşımasıdır. Teşebbüs dahi sayılamayan diğer fiili unsur

<sup>58</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 456-457.

<sup>59</sup> Söz konusu görüş, Alman hukukçuları tarafından ortaya atıldığından, İtalyan hukukçuları tarafından da Almanca adı olan “*Mangel am Tatbestand*” adıyla anılmaktadır. Bkz. SCARANO, s. 192.

<sup>60</sup> Tipiklik kavramı ve bu kavramın suç genel teorisi içindeki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, Ankara, 1980, s. 59 vd.

eksikliklerinde ise, fail kanuni tipteki unsurlardan birinin, somut olayda mevcut olmadığı halde olduğunu düşünür ve bu eksiklik suçun işlenmesini hukuken imkansız kılar<sup>61</sup>.

Bu bağlamda, somut olayda icrasına başlanan suçun kanuni tipte öngörülen tanımını gerçekleştirme imkanı varsa, ortada cezalandırılabilir teşebbüs vardır. Buna karşın, kanuni tipte tanımlanan unsurları gerçekleştirmek imkansızsa, söz konusu fiilin bir ihlal tehlikesi mevcut bulunmadığı için, faile de ceza verilmeyecektir. Örneğin, fail öldürmeden önce mağdur başka bir sebeple ölürse, insan öldürmeyi düzenleyen kanuni tipi ihlal etmek hukuken imkansız olacağından, cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmek de mümkün olmayacaktır<sup>62</sup>.

Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, sadece maddi konunun yokluğunda değil, ayrıca araçların elverişsizliği durumunda da tipe uygunluğun ve bu nedenle cezalandırılabilir bir teşebbüsün söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler<sup>63</sup>.

Ancak, *Mangel am Tatbestand* görüşünü savunan yazarların tamamının, objektif olarak elverişsiz bir hareket veya maddi konunun yokluğu hallerini cezasızlık sebebi saydıkları düşünülmemelidir. Bazı yazarlar, cezalandırma için konunun doğrudan doğruya mevcut olmadığı ve şüpheli olduğu bazı olaylarda, failin veya olay hakkında hüküm veren yargıcın sübjektif kanaatine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedirler. Örneğin, bu yazarlarca, yeni doğmuş bir bebeğin öldürülmesi fiilinde, esasen ölü doğan çocuğun ölüm anı hususunda şüphe bulunması halinde, teşebbüsün mevcut olacağı söylenmiştir<sup>64</sup>.

Bu görüş de eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, teşebbüs durumlarında da kanuni tipte öngörülen hususlar bakımından bazı eksiklikler bulunmaktadır. Zaten kanuni tip bakımından eksiklik taşımayan suçlar, bütün unsurlarıyla tamamlanmış suçlardır. Bu nedenle, eğer görüş kabul edilirse, kanuni tipte eksiklik söz konusu olduğundan, teşebbüs aşamasında kalmış suçlara bile ceza vermemek gerekecektir.<sup>65</sup>

Öte yandan, fiilin kanuni tip bakımından eksiklik taşıması durumunda failin cezalandırılmayacağını kabulünün bir "*petitio principii*"<sup>66</sup> olduğu

<sup>61</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 49-50; SCARANO, s. 193; TOZMAN, s. 135-136.

<sup>62</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 453.

<sup>63</sup> SCARANO, s. 194.

<sup>64</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 51.

<sup>65</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 52.

<sup>66</sup> "Şüpheli ve tartışmalı olan bir hususu çözümlenmiş gibi kabul eden bir çeşit sofizm" bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 53.

söylenmiştir<sup>67</sup>. Zira, teşebbüsün mevcut olmadığı ve dolayısıyla fiilin eksik olduğu, ancak hareketin elverişsiz olduğunun belirlenmesi halinde ortaya çıkar. Örneğin, bir bankanın kasasının kürdan ile açılmasının mümkün olmadığı, yani kullanılan aracın elverişsiz olduğu anlaşılıyorsa, parayı alma fiilinin mevcut olduğu da iddia edilemez. Bu bakımdan, fiilin unsurlarından birinin eksik olup olmadığının anlaşılması, ancak elverişlilik sorunun çözümlenmesine bağlıdır<sup>68</sup>.

Hukuki imkansızlık görüşünün araçlar bakımından elverişsizlik sorununu çözemediği, ancak maddi konu bakımından imkansızlık durumunda bir dereceye kadar geçerli olabileceği söylenmiştir. Çünkü kanun, kural olarak, belirli bir suçun belirli bir araçla işlenmesini şart koşmamaktadır. Bu nedenle de aracın elverişli olup olmamasının kanuni tipte herhangi bir ilgisi yoktur. Bu görüşün kabulü halinde, işlenemez suçların atipik olmaları nedeniyle cezalandırılmayacağı kabul edildiği için, mutlak bir biçimde elverişsiz bir araçla da olsa tipik hareketlerle işlenmeye çalışılan bir fiilden dolayı faile ceza vermek gerektir<sup>69</sup>.

Ortaya atıldığı ilk dönemlerde doktrinde ilgi gören hukuki imkansızlık görüşü, ülkemizdeki bazı yargı kararlarında da kendine uygulanma alanı bulmuştur<sup>70</sup>.

### 3. Değerlendirme

İşlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması sorunu ile fail tarafından gerçekleştirilen hareketin ne zaman elverişli olup ne zaman olmayacağı sorunları birbirinden farklı konulardır<sup>71</sup>. İşlenemez suçta, failin hareketinin kanunda öngörülen suçun işlenmesi bakımından elverişsiz olduğu aşıkardır. Mesele, bu elverişsiz hareketlerle gerçekleştirilen fiilin cezalandırılması gerekip gerekmediğidir.

Anayasa'nın 38. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 2. maddesinde de öngörülen ve ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan "Suçların ve Cezaların Kanuniliği" ilkesi gereği, bir kimse kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı gibi, söz konusu

<sup>67</sup> SCARANO, s. 194.

<sup>68</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 53.

<sup>69</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 457.

<sup>70</sup> Askeri Yargıtay bir kararında, çürüğe çıkması nedeniyle askerlik görevinden muaf tutulan asker kişinin, kıt'asından uzaklaşması durumunda, hukuki imkansızlık bulunduğu gerekçesiyle firar suçunun gerçekleşmeyeceğine ve bu nedenle somut olayda işlenemez suçun bulunduğuna karar vermiştir. **Askeri Yargıtay 1. CD, 22.2.1971, 1971/63 E. Ve 1971/62 K.** Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 453.

<sup>71</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 55-56.

fiiline karşı yine ancak kanunda öngörülen bir ceza ile cezalandırılabilir<sup>72</sup>. Bu nedenle, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin bir sonuca varmak için, işlenemez suçun durumunu, bu ilke ve dolayısıyla fail tarafından gerçekleştirilen fiilin ceza normundaki suç tipine uygunluğu bakımından değerlendirmek gerekmektedir.

Daha önce belirttiğimiz gibi, tipiklik, fail tarafından ortaya konulan fiilin ceza normundaki suç tipine uygun olması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırı bir hareketin cezalandırılabilmesi için, her şeyden önce ceza hukuku düzeni tarafından ele alınmış olması gerekir. Bu bakımdan tipiklik, hukuk düzeninin değerlendirme faaliyeti olup, ceza normu tarafından yaratılan ve cezalandırılacak fiillerin sınırlarını belirleyen bir soyut çerçevedir<sup>73</sup>.

Maddi unsur ve manevi unsurdan oluşan suçu öngören ceza normunda, bir başka deyişle suç tipinde, karşılığında ceza yaptırımını öngörülen fiil tanımlanmaktadır. Bu durumda, suç tipinde tanımlanan fiilin gerçekleştirilmesi için söz konusu olacak elverişli hareket, yalnızca teşebbüs aşamasında kalmış suçlar için değil, tamamlanmış suçlar için de geçerli bir unsur olmaktadır. Zira fail, elverişli hareketlerle ceza normunda öngörülen tipik fiili gerçekleştirmeye yönelir ve buradaki sonucu gerçekleştirirse tamamlanmış suçtan, gerçekleştiremezse bu suça teşebbüsten sorumlu olur. Bu bakımdan, elverişsiz hareketlerle, suç tipindeki sonucun gerçekleştirilmesi imkansızdır<sup>74</sup>.

Suç tipinde öngörülen hususlardan birisi de, maddi konudur. Maddi konu, failin hareketinin maddi şekilde üzerinde icra edildiği kişi veya şeyden ibarettir<sup>75</sup>. Kanuni tipte, suçun hangi maddi konu üzerinde işlenebileceği öngörülmektedir. Örneğin, TCK m. 81’de “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*” denirken, burada failden başka “bir

---

<sup>72</sup> ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958, s. 3-4 (**Suç ve Cezaların Kanuniliği**).

<sup>73</sup> KEYMAN, s. 73.

Bununla beraber doktrinde tipiklik geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, geniş anlamda tipiklik, sadece hareket ve sonucu değil, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi unsurları da tipikliğe dahil eden ve tüm bu unsurların varlığı halinde fiilin suç olduğunu kabul eden anlayışken; dar anlamda tipiklik ise, tipikliği yalnızca objektif unsurlar olan fiil ve sonuç ile sınırlayan ve kusurluluk gibi sübjektif unsurları tipiklik kavramının içinde değerlendirmeyen anlayıştır. Bu görüşler hakkında bkz. KEYMAN, s. 72 vd.

<sup>74</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 103.

<sup>75</sup> EREM, Faruk, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, AÜHF, C. 25, S. 1-2, Ankara, 1968, s. 14 (**Suçun Konusu**); TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970, s. 61 (**Cürümlerin Tasnifi**).

insan” maddi konu olarak öngörölmüş ve tipik fiilin ancak bu maddi konu üzerinde işlenebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bir hayvanı öldüren kimsenin fiili kasten öldürme olarak düşünölemeyeceği gibi, kendini öldürmeye çalışan kimsenin fiili de kasten öldürmeye teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu itibarla, elverişsiz hareketler dışında işlenemez suçun bir diğer tezahürü olan maddi konunun olmaması da, kanuni tipte öngörölen fiilin gerçekleştirilmesini ve suçun ortaya çıkmasını imkansız kılmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, işlenemez suç durumunda, kanuni tip ihlal edilemeyeceğinden ve ortada bir suç olmayacağından, işlenemez suçun cezalandırılmasını düşünmek mümkün değildir.

İşlenemez suçun cezalandırılmamasının nedeni ise, hukuki imkansızlık görüşünde aranmalıdır. Zira bu görüş, hareketin elverişliliğini fiilin tipik olmasında aramakta, bu bağlamda hareketin elverişli olması durumunda fail tarafından gerçekleştirilen fiilin de tipik olduğunu savunmaktadır. Nitekim hukuki imkansızlık görüşüne göre, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, teşebbüs aşamasındaki bir fiilin kısmen de olsa kanuni tipe uygunluk taşımasıdır. Bu bakımdan, teşebbüs dahi sayılamayan fiili unsur eksikliklerinde, kanuni tipteki unsurlardan hiçbirini somut olayda mevcut değildir ve bu eksiklik de tipte öngörölen suçun işlenmesini imkansız kılar<sup>76</sup>. Gerçekten, işlenemez suç durumunda, fail tarafından kullanılan aracın ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmamasından dolayı, tipik fiil gerçekleştirilememekte, ceza normu ihlal edilememekte ve bu nedenle suç ortaya çıkmamaktadır.

Hukuki imkansızlık görüşüne yapılan eleştirilerden ilki, kanuni tip bakımından eksiklik taşımayan suçların zaten tamamlanmış suçlar olduğu, teşebbüs aşamasındaki suçlarda da kanuni tipte eksiklik bulunduğu ve bu görüşün kabulü halinde teşebbüs aşamasında kalmış suçlara dahi ceza vermemek gerekeceği yönündedir<sup>77</sup>. Ancak bu eleştiri yersizdir. Zira teşebbüs aşamasında kalmış suçtaki eksiklik ile işlenemez suç durumundaki eksiklik birbirinden çok farklıdır. Öncelikle, teşebbüs aşamasındaki suçlarda, failin hareketleri suçun işlenmesi bakımından elverişli olup, kanuni tipte öngörölen maddi konu da somut olayda mevcuttur. Buna karşın, fail elverişli hareketlerle icraya başlamış olmasına ve sonucu gerçekleştirme imkanına sahip bulunmasına karşın, tipte öngörölen sonucu elinde olmayan sebeplerle gerçekleştirilememektedir. Oysa, işlenemez suç durumunda, failin hareketlerinin elverişsiz olması veya maddi konunun yokluğu nedeniyle,

<sup>76</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 49-50; SCARANO, s. 193; ERSOY, s. 156.

<sup>77</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 52.

failin kanuni tipte öngörülen sonucu başından beri gerçekleştirme imkanı bulunmamaktadır. Örneğin, insan öldürme suçu bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; failin canlı bir insana, yine gerçek ve dolu bir silahla ateş etmesi durumunda, mağduru isabet ettirememesi halinde fiil tipte öngörülen elverişli hareketlerle ve norma uygun bir maddi konu üzerinde ortaya çıkmakla beraber, tipteki sonuç gerçekleşmediğinden, fail insan öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ancak, failin aynı hareketi oyuncak bir silahla veya gerçek bir silahla olsa bile ölü bir insan üzerinde gerçekleştirmeye çalıştığı durumda, burada elverişli hareket veya maddi konudan ve dolayısıyla tipte öngörülen sonucun gerçekleşme imkanından bahsedilemeyeceğinden, işlenemez suç söz konusu olacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Birinci durumda, tipte öngörülen davranışlardan bir kısmı gerçekleştirilmiş, ancak sonuç meydana gelme imkanı olmasına rağmen, failin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmemiştir. İkinci durumda ise, tipteki davranışlardan hiçbiri gerçekleştirilmemiştir ve sonucun meydana gelme imkanı da bulunmamaktadır.

Bu görüşe yapılan bir diğer eleştiri ise, hukuki imkansızlık görüşünün işlenemez suç ipotezinin yalnızca bağlı hareketli suçlar bakımından söz konusu olacağı, çünkü kanunun sadece bu suçların belirli araçlarla işlenmesini aradığı, serbest hareketli suçlarda ise kanun belli bir araç veya hareket şartı aramadığından, aracın veya hareketin elverişli olmasının kanuni tanıma yabancı kalan bir unsur olduğu yönündedir. Bu görüşün kabulü halinde, işlenemez suçların atipik oldukları için cezalandırılmayacağını iddia etmek, mutlak surette elverişsiz bir araçla işlenmeye çalışılan bir fiilden dolayı faile teşebbüs cezasının verilmesini kabul etmek anlamına gelmektedir<sup>78</sup>. Ancak bu eleştiriye katılmak da imkansızdır. Zira, bu eleştirilerin temelinde, elverişliliğin yalnızca bağlı suçlara özgü bir kavram olduğu, serbest hareketli suçlarda elverişlilik şartının aranmayacağı fikri yer almaktadır. Dolayısıyla bu görüşler, kanuni tipte öngörülen bağlı hareketler ile elverişli hareketleri birbirine karıştırmaktadır. Elverişlilik, teşebbüs aşamasında kalmış ve tamamlanmış suçlar dahil bütün suçlar için söz konusu olan ve fiilin bütününe ilişkin bir niteliktir. Bu itibarla, bu eleştirilere hak vermek de mümkün değildir<sup>79</sup>.

Hukuki imkansızlık görüşünün, elverişlilik sorununu çözümleneksizin, fiili unsurların yokluğu gerekçesiyle cezasızlık sonucuna varmakla *petitio principii*'ye düştüğü iddiası da kabul edilemez. Zira bu eleştiri de, görüşün yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Hukuki imkansızlık görüşü, hareketin ne zaman elverişli olup olmadığı konusuna ilişkin

<sup>78</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 53-54.

<sup>79</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 104.

olmayıp, yalnızca işlenemez suçun teknik olarak suça teşebbüs sayılamayacağını, çünkü elverişsiz hareketin kanuni tipi ihlal iktidarına sahip olmadığını ve suça teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Eleştirilerin hareket noktası olan, bir hareketin ne zaman elverişli olup olmayacağı sorunu ise farklı ölçütlere dayanan tamamen farklı bir değerlendirmenin konusudur<sup>80</sup>.

Bununla beraber doktrinde, sonucun gerçekleştirilmesi imkansız olsa da suç iradesinin dışı vurulması nedeniyle, işlenemez suç meydana getiren kimselerin kişilikleri itibarıyla sosyal açıdan tehlike teşkil ettikleri, bu nedenle bu kimselere ceza değilse de güvenlik tedbiri uygulanmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>81</sup>. İşlenemez suç cezalandırıldığı takdirde atipik bir davranış ceza görmüş olacaktır, ancak bir suçun tasavvur edilmesi ile bu tasavvurun dışı vurulması arasında da, hareket başarısızlığa mahkum olsa dahi, fark vardır. Dolayısıyla, işlenemez suç failinin, bir suç iradesini dışı vurması nedeniyle toplumsal açıdan tehlikeli olduğu tartışmasızdır. Ayrıca, tipik fiile karşı verilen ceza geçmişteki olaya uygulanan bir yaptırımken, güvenlik tedbirinin esasını oluşturan “tehlike” kavramı gelecek ile ilgilidir. Bu itibarla, işlenemez suç teknik anlamda “suç” olmadığından, ancak faili de sosyal açıdan tehlike arz ettiğinden, bu kimselere hapis veya adli para cezası yerine uzun süreli bir güvenlik tedbiri uygulanması, tehlikeliliğin sona erdirilmesi bakımından daha yararlı olacaktır<sup>82</sup>. Nitekim, bu görüşü savunan bazı yazarlar, teknik anlamda suç sayılmayan işlenemez suça “neredeysse suç” veya “yaklaşık suç” anlamına gelen “quasi-reato” adını vermektedirler<sup>83</sup>. Bununla beraber, sübjektif ceza hukuku anlayışını savunan ve ceza sorumluluğunun failin iradesi esas alınarak belirlenmesi gerektiğini söyleyen yazarlardan bazılarıysa, bu sosyal tehlikelilik ve suç işleme iradesi nedeniyle failin cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>84</sup>.

Sonuç olarak, işlenemez suç durumunda, failin hareketleri ceza normunda öngörülen fiilin işlenmesi bakımından elverişsiz olduğundan veya

---

<sup>80</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 55.

<sup>81</sup> ANTOLISEI, s. 501; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 56.

<sup>82</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 56-57; ANTOLISEI, s. 501; ERSOY, s. 157.

<sup>83</sup> ANTOLISEI, s. 502.

<sup>84</sup> FIANDACA/MUSCO, s. 481; TOROSLU, Genel Kısım, s. 266.

*Alacakaptan* işlenemez suça hem ceza hem güvenlik tedbiri uygulanabileceğini, ancak verilecek cezanın teşebbüse nazaran daha hafif bir ceza olması gerektiğini söylemektedir. Bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 57-58.

*Öztürk/Erdem* ise, TCK'nun teşebbüse ilişkin hükümlerine bir ek yapılarak, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması; cezalandırılmadığı durumda da faille herhangi bir güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmaması konusunda yargıca takdir yetkisi tanınmasının isabetli olacağını ifade etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 243.

normun ihlali için bulunması zorunlu olan maddi konu mevcut bulunmadığından, kanuni tipin ihlali mümkün değildir. Bu nedenle, işlenemez suçun failine ceza verilemez. Bazı yazarların ileri sürdüğü gibi, işlenemez suça güvenlik tedbirinin uygulanması da mümkün değildir. Zira, güvenlik tedbirleri, cezanın uygulanmadığı veya uygulansa bile ceza hukukunun yeni suçların işlenmesini önleme amacının karşılanmadığı hallerde ortaya çıkan, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesini gerektiren, onu izleyen ve ondan sonra gelen tedbirlerdir. Dolayısıyla, bu tedbirlerin uygulanması her zaman bir suçun varlığına ihtiyaç duyar ve suçun mağduruyla birlikte topluma verilen zarar veya tehlikelerden sonra ortaya çıkar<sup>85</sup>. Nitekim, TCK'nun 2. maddesi uyarınca da “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*” Bu itibarla, ortada teknik olarak bir “suç”un bulunmadığı ve bu nedenle yeni suçların önlenmesi gibi bir amacın karşılanmasını gerektirmeyen işlenemez suça güvenlik tedbirinin uygulanması da kabul edilemez.

### III. İŞLENEMEZ SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

#### A. Genel Olarak

Fiilin tipikliğini ortadan kaldıran bir durum olarak işlenemez suç, failin kullandığı aracın elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu halinde ortaya çıkmakta ve faile ceza verilmemektedir. Elverişlilik, her türlü somut gerçeklerden ilişkisi kesilmiş, soyut bir kavram değildir. Zira, bir amaç veya bir sonuç için elverişlilikten söz edilebilir. Dolayısıyla değerlendirme yapılırken, yalnızca aracın değil, failin hareketinin tamamının inceleme konusu yapılması gerekir. Çünkü, somut olaydaki failin hareketi, soyut olarak elverişli görünen bir aracı elverişsiz hale getirebileceği gibi, elverişsiz bir aracın elverişli olmasını da sağlayabilir. Örneğin, soyut olarak şeker insan öldürme suçu bakımından elverişsiz bir araçken, failde mağdurun şeker hastası olduğu bilgisi varsa ve fail bunu bilerek mağdura şekerli bir madde vererek bu kimseyi öldürürse, somut olayda şekerin insan öldürme suçu bakımından elverişli bir araç olduğu sonucuna varmak gerekir<sup>86</sup>.

Bir görüşe göre, failin hareketi, dış dünyada meydana gelecek ve aynı zamanda ceza hukuku bakımından önem taşıyan bir değişiklik, bir başka deyişle doğal sonucu meydana getirmeye elverişli olmalıdır<sup>87</sup>. Ancak, bazı suç tiplerinin gerçekleşmesi için kanun yalnızca belirli bir davranışı yeterli

<sup>85</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Ankara, 1996, s. 235-236. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 233 vd.; ROCCO, Arturo, Le misure di sicurezza: e gli altri mezzi di tutela giuridica, Roma, 1930, s. 33 vd.; RANIERI, s. 490 vd.; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 568 vd.

<sup>86</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 62.

<sup>87</sup> SINISCALCO, Marco, La Struttura del Delitto Tentato, Milano, 1959, s. 158.



görmekte, ayrıca bundan dolayı dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesini aramamaktadır. O halde, ceza hukukunda sonucu olmayan suçlar da vardır<sup>88</sup>. Bu nedenle, sonuçlu suçlar bakımından doğal sonucun elverişliliğinin hedefi olarak muhafaza edilmesi, sırf hareket suçlarında ise özel hükümlerde tanımlanmış olan tipik fiilin son aşaması, yani suçun tamamlanma anının elverişliliğinin hedefi olarak belirlenmesi hukuka uygun bir çözüm olacaktır<sup>89</sup>.

Maddi konunun bulunmaması ise aracın elverişli olup olmamasından farklı bir kavramdır. Daha önce açıkladığımız üzere, maddi konu kanunda tanımlanan suçun üzerinde işleneceği kişi veya şey iken, elverişlilik ise harekete içkin, dolayısıyla fiilin bütünü yönünden değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.

Sonuç olarak, tipikliği ortadan kaldıran işlenemez suç, failin aracının ve dolayısıyla hareketinin elverişsiz olmasından ya da suçun maddi konusunun mevcut olmamasından kaynaklanan ve faile ceza verilmesine engel olan bir durumdur.

## **B. Aracın Elverişsizliği Sonucu Ortaya Çıkan İşlenemez Suç**

Fail tarafından kullanılan aracın, kanuni tipte öngörülen suçun işlenmesi bakımından elverişsiz olması durumunda, fiil işlenemez suç olarak kabul edilmekte ve fail cezalandırılmamaktadır.

Objektif görüşü savunan yazarlar, elverişsizliği mutlak ve nisbi elverişsizlik olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Buna göre, fail tarafından kullanılan araç yapısı gereği suçun işlenmesini sağlayacak niteliğe sahip değilse mutlak elverişsizlik, ancak genel olarak fiili gerçekleştirmeye elverişli olmasına rağmen geçici veya tesadüfi nedenlerle gerçekleştiremiyorsa nisbi elverişsizlik söz konusu olmaktadır. Örneğin, mağdura arsenik yerine şekerli su verildiğinde araç mutlak olarak elverişsiz sayılmakta, ancak gerçekten arsenik verilmesine rağmen mağdurun bünyesinin çok güçlü olması sebebiyle zehir beklenen etkiyi göstermez ve faile zarar vermezse nisbi elverişsiz olarak kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Objektif görüşü savunan yazarların büyük çoğunluğu, bu mutlak elverişsizlik hallerinde faile ceza verilmeyeceğini, ancak nisbi elverişsizlik hallerinde, aracın veya konunun esasen elverişli olması ancak sonucun tamamen tesadüfi veya geçici sebeplerle gerçekleşmemesi nedeniyle faile ceza verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 121.

<sup>89</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 63.

<sup>90</sup> DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 452.

<sup>91</sup> SCARANO, s. 145; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 46.

Objektif görüşün yapmış olduğu bu ayırım doktrinde şiddetle eleştirilmiştir<sup>92</sup>. Bizce de, objektif görüş tarafından yapılan ayırım isabetsizdir. Öncelikle, aracın veya hareketin elverişsizliği ile ilgili yapılacak olan objektif ve soyut bir değerlendirme sağlıklı sonuç doğurmamaktadır. Zira, elverişsizlik somut olaya ilişkin bir kavram olup, belli bir suç için elverişli olmayan bir aracın başka bir durumda aynı suç için elverişli olması mümkündür. Elverişliliğin tespiti için, işlenmek istenen suçun, mağdurun durumunun, suçun işlendiği yer ve zaman gibi somut olay koşullarının dikkate alınması ve bu bağlamda *ex-ante* bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>93</sup>.

Bununla beraber, klasik objektif görüşün yapmış olduğu değerlendirmede, teşebbüs dolayısıyla ceza verilebileceğini söyledikleri nisbi elverişsizlik, teknik açıdan elverişsizlik niteliği taşımamaktadır. Elverişliliğin en önemli niteliği, fiilin tümüne içkin olması ve kanuni tipi ihlal etme iktidarına sahip olmasıdır. Nisbi elverişsizlik olarak adlandırılan durumda ise, failin hareketi esasen kanuni tipi ihlal etme imkanına sahip bir hareket olup, geçici veya tesadüfi sebeplerle bu ihlali gerçekleştirememiştir. Örneğin, objektif görüş, failin mağduru öldürmek için elinde silahla yatağına gelmesi, ancak tesadüfen mağdurun az önce yataktan çıkmış olması durumunu nisbi elverişsizlik olarak tanımlamaktadır. Bu durumda, failin hareketinin insan öldürme fiili bakımından elverişli olduğuna şüphe yoktur. Ne var ki, fail icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan sebeplerle bu hareketi tamamlayamamıştır. Bu durumda, failin hareketlerinin elverişli olduğu, ancak elinde olmayan sebeplerle fiili tamamlayamadığı için teşebbüsten sorumlu olacağı tartışmasızdır. Dolayısıyla, objektif görüşün ayırım sonucunda ceza sorumluluğuyla ilgili varmış olduğu sonuç isabetli olsa da, ceza hukuku tekniği açısından yaptıkları elverişsizlik ayırımı isabetsizdir. Zira, ceza hukuku bakımından elverişsiz hareket bu görüşün “mutlak elverişsizlik” adını verdiği durumdan ibarettir. Nisbi elverişsizlik olarak tanımlanan durumda ise herhangi bir elverişsizlikten söz etmek mümkün değildir.

*Manzini* ise mutlak elverişsizlik – nisbi elverişsizlik ayırımını reddederek, bunun yerine aracın elverişsizliği ile aracın yetersizliği ayırımına gitmektedir. Yazar, aracın elverişsizliğinden söz ederken, esasen Klasik objektif görüşün mutlak elverişsiz olarak kabul ettiği durumları açıklamakta ve bu durumlarda faile ceza verilemeyeceğini söylemektedir. Buna karşın, failin aracının elverişli olmasına karşın, miktarı, kalitesi veya failin aracı kullanım şekli sebebiyle sonucun ortaya çıkmaması halinde ise aracın

<sup>92</sup> Bu eleştiriler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 456-457; VIDAL/MAGNOL, s. 122.

<sup>93</sup> CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006, s. 458.

yetersizliğinden söz edilebileceğini, bu durumun bir elverişsizliğe neden olmayacağını ve failin teşebbüsten sorumlu olacağını ifade etmektedir<sup>94</sup>. Daha önce de söylediğimiz gibi, *Manzini*'nin bu görüşü elverişliliğin ne olduğuna dair sorunlara çözüm bulmuyorsa da, aracın elverişsizliği sonucu ortaya çıkan işlenemez suçta ceza sorumluluğunun tespiti bakımından kanımızca doğru sonuçlara ulaşmaktadır.

Aracın elverişli olması ile yetersiz olması birbirinden farklı kavramlardır. Yetersizlik, fail tarafından kullanılan aracın yeterli olduğu halde miktarının az olması ya da niteliğinin yahut kalitesinin suç için gerekli olandan düşük olması veya failin aracı gerektiği gibi kullanamaması durumudur<sup>95</sup>. Örneğin, bir kimseyi öldürmek için tebeşir tozu verilmesi durumunda araç öldürme suçu bakımından elverişsizdir ve işlenemez suç söz konusu olduğundan faile ceza verilmez. Ancak, bir kişiyi öldürmek için 0,5 miligram arsenik gerekmesine rağmen, fail bunu bilmediğinden 0,2 miligram arsenik veriyse ve mağdur ölmediyse, burada aracın elverişsizliğinden değil, yetersizliğinden bahsetmek gerekir. Çünkü arsenik insan öldürme suçu bakımından elverişli bir araçtır, ama fail tarafından gereken miktardan daha az verildiği için ölüm sonucu gerçekleşmemiştir. Aracın yetersiz olması durumunda, failin hareketi elverişli olmasına rağmen elinde olmayan sebeplerle sonuç meydana gelmediğinden, ceza sorumluluğu etkilenmez ve kişi suça teşebbüsten sorumlu olur<sup>96</sup>.

Yargıtay içtihatlarında da, aracın elverişsizliği durumunda ceza verilmezken, yetersizlik söz konusu olduğunda fail suça teşebbüsten sorumlu tutulmaktadır<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> MANZINI, s. 370-371; CAVALLO, s. 503.

<sup>95</sup> CAVALLO, s. 502-503; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 458; MANZINI, s. 370.

<sup>96</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 459; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 434.

<sup>97</sup> “Sanığın mağdur kocasını öldürmek maksadıyla mahiyeti zehir olan ‘sudkostik’ maddesini içeceği suyun içine koyduğu ve fakat zehir miktarının azlığı ve zehirli su da az miktarda yutulmuş olmasından dolayı kastedilen netice olan öldürmenin meydana gelmediği, toplanan delillerden anlaşılmaktadır... Ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir, öldürmeye elverişli olup, ancak miktarının azlığı nedeniyle ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıta nispi imkânsızlık dolayısıyla cürmün TCK’nun 61. maddesinde yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür” **Yargıtay 1. CD, 26.5.1963, 1963/320 E. Ve 1963/1134 K.** Bkz. BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / BOZDAĞ, Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu”, Maliye Dergisi, S. 158, Ankara, 2010, s. 26.

### C. Maddi Konunun Yokluğu Sonucu Ortaya Çıkan İşlenemez Suç

İşlenemez suçun ikinci ortaya çıkış biçimi, maddi konunun yokluğudur. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, suçun maddi konusu, yani üzerinde işlendiği kişi veya şey ile pasif süjesi, yani suçtan zarar gören kimse birbirinden ayrıdır. Bununla beraber, suçun pasif süjesi ile maddi konunun aynılaştığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, insan öldürme suçunda, failin hareketinin hem pasif süjesi hem de maddi konusu aynı kişidir<sup>98</sup>. Bazı suçlarda ise, suçun maddi konusu ile aktif süjesi, yani faili aynı kişi olabilmektedir. Örneğin, gebe bir kadının çocuğunu düşürme suçunda, hem fail hem de maddi konu kendisi olduğundan, aktif süje ile maddi konu birleşmiştir<sup>99</sup>.

Bunun yanında, kimi suçlarda ise herhangi bir maddi konu bulunmamaktadır. Kural olarak, sonucu olmayan suçların maddi konusu yoktur. Zira, bunların objektif olarak tamamlanabilmeleri için, kanuni tanımdaki hareketin gerçekleştirilmiş olması yeterlidir<sup>100</sup>.

Failin suçu meydana getirecek hareketi ile suçun maddi konusu birbirinden ayrı kavramlardır. Ancak, bu iki kavram arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Zira, bir hareketin elverişli olup olmadığını, üzerinde işlenecek olduğu maddi konu nazara alınmadan tespit etmek imkansızdır<sup>101</sup>. Elverişli hareket kanunda öngörülen tipik fiili gerçekleştirme imkanı bulunan hareket iken, maddi konu da bu tipik fiilin üzerinde işlenebileceği kimse veya şeydir. Dolayısıyla maddi konu da tipikliğe dahil bir kavramdır. Örneğin, TCK'nun 81. maddesinde “*Bir insanı kasten öldüren kişi*”nin cezalandırılacağı söylenmektedir. Bu kanuni tanımda, öldürme fiiline yönelik hareketler elverişli hareketlerken, tanımda belirtilen “bir insan” da suçun üzerinde işleneceği maddi konudur. Eğer fail hasmı zannıyla bir ağaç gölgesine ateş ederse, hareketi öldürme fiili bakımından elverişli olsa da, kanuni tipte öngörülen maddi konu mevcut bulunmadığından işlenemez suç

<sup>98</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 113.

Bununla beraber, İtalyan doktrininde eski anlayış suçun süjelerini tamamen farklı bir biçimde yorumlamaktadır. Örneğin *Carrara*'ya göre, suç fiilini gerçekleştiren kişi *birincil aktif süje* (*soggetto attivo primario*), bu fiil işlenirken kullanılan araçlar *ikincil aktif süje* (*soggetto attivo secondario*), suçlunun maddi fiilini üzerinde icra ettiği kişi veya şey ise *pasif süjedir* (*soggetto passivo*). Bkz. CARRARA, s. 42-43.

Nitekim, pasif süjenin bir hukuki varlığın sahibi olan kimse olduğunu, üzerinde suçun maddi olarak gerçekleştiği şeyin ise suçun maddi konusu olduğunu ortaya koyan *Alimena* olmuş, zamanla bu görüş hakim doktrin haline gelmiştir. Bkz. TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 184-185.

<sup>99</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 113.

<sup>100</sup> TOROSLU, Genel Kısım, s. 94.

<sup>101</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 114.

söz konusu olacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Bu itibarla, elverişli hareket ile maddi konu arasında yakın bir ilişki olup, her ikisinin de kanuni tanıma uygunluğu failin fiilini tipik hale getirmektedir. Buna karşın, ikisinden birinin yokluğunda suç tipik olmaktan çıkar ve işlenemez suç söz konusu olur.

Bir görüşe göre, maddi konudaki yokluk veya elverişsiz hareket, esasen failin hareketindeki elverişsizlik anlamına gelmekte olup, bunların özünde de somut olayda hukuken korunan hak veya menfaati tehlikeye düşürmeyen yahut sonucu gerçekleştirme imkanına sahip olmayan hareketin varlığı yatmaktadır. Örneğin, fail gece karanlığında bir sütunun silüetine ateş ederse, bunun insan öldürmeye elverişli bir hareket olduğu iddia edilemez. Dolayısıyla, hasmı zannıyla bir silüete ateş eden kimsenin fiili, maddi konusunda elverişsizlik olan bir hareket değil, bütün olarak elverişsiz bir harekettir<sup>102</sup>.

Kanımızca, elverişsiz hareket ile maddi konunun yokluğu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira, elverişlilik kavramı somut olay koşullarına göre belirlenir, dolayısıyla bir olay bakımından elverişli olan bir hareket, başka koşullarda elverişsiz hale gelebilir. Oysa maddi konu kanuni tipte tanımlanmış ve somut olay koşullarına göre değişiklik göstermeyen bir kavramdır. Elbette maddi konunun var olup olmadığı somut olay koşullarına göre belirlenir, ancak niteliği tartışmaya açık değildir. Örneğin, insan öldürme suçu bakımından, kanun yalnızca ölüm sonucuna elverişli davranışların bulunmasını şart koşmaktadır. Bu davranışlar somut olaydan somut olaya farklılık gösterebilir. Bu nedenle, elverişli hareketler bakımından soyut bir tanım yapmak mümkün olmayıp, bu davranışlar *ex-ante* bir değerlendirmeyle somut olay koşullarına göre belirlenir. Soyut olarak öldürmeye elverişli olmayan şekerli bir madde, ileri derecede şeker hastası olan bir kimseye, bu kimsenin şeker hastası olduğu bilinciyle verilmesi durumunda, TCK'nun 81. maddesinde öngörülen elverişli hareketler somut olayda gerçekleşmiş kabul edilir. Oysa aynı maddedeki "bir insan" şeklinde tanımlanan maddi konu her olay bakımından aynıdır. Somut olay koşullarına göre ölü bir kimsenin veya bir hayvanın, insan öldürme suçunun maddi konusu olup olamayacağı tartışılmaz. Bu nedenle, elverişsiz hareketlerle maddi konunun yokluğu birbirinden ayrı kavramlardır. Buna karşın, yukarıda açıkladığımız gibi, her iki kavram arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Maddi konunun yokluğu halinde de, fail tarafından kullanılan aracın veya hareketin elverişsizliğinde olduğu gibi, işlenemez suç söz konusu olur ve her iki durumda da kanuni tipin eksikliği nedeniyle tipik fiil meydana gelmediğinden faile ceza verilemez.

---

<sup>102</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 114.

Doktrinde maddi konunun yokluğunun belirlenmesi konusunda kimi ayrımlar yapılmıştır.

### 1. Mutlak Yokluk – Nısbî Yokluk Ayrımı

Klasik objektif görüşün ortaya attığı bu ayrıma göre; ne zaman ve hangi koşullarda gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, eğer söz konusu yokluk failin suç amacının dışı vurulmasını imkansız kılıyorsa, burada mutlak yokluk (*inesistenza*) vardır ve faile ceza verilmez. Örneğin, zaten ölmüş bir kimsenin öldürülmek istenmesinde durum böyledir. Ancak, konudaki yokluk geçici nitelikte ise, bir başka deyişle esasen var olmasına rağmen hareketin yapıldığı sırada olay yerinde bulunmuyorsa, bu durumda nisbi yokluk (*mananza occasionale*) söz konusu olur. Örneğin, mağdurun az önce boşalttığı yatağına bıçak saplanması veya yankesicinin elini soktuğu cebin boş çıkması gibi durumlarda maddi konunun nisbi yokluğu vardır ve failin teşebbüsten sorumluluğunu kabul etmek gerekir<sup>103</sup>.

Bu ayrımı kabul eden yazarların bir kısmı ise, nisbi yokluk hallerinde uygun nedensellik anlayışına ve günlük hayat tecrübelerine göre maddi konunun yokluğunun söz konusu olup olmadığının tespit edilebileceğini ifade etmişlerdir. Buna göre, ortalama zekaya sahip ve normal bir insanın bakış açısı yönünden bir değerlendirme yapılacak, eğer maddi konunun bulunması günlük hayat tecrübelerine göre muhtemel ise teşebbüs, mutlak olarak imkansız ise işlenemez suç söz konusu olacaktır<sup>104</sup>.

Maddi konunun mutlak yokluğu – nisbi yokluğu ayrımı eleştirilmiştir. Buna göre, konunun yokluğunu bu şekilde bir ayrıma tabi tutmak için elde yeterli ölçütün bulunmadığı söylenmiştir. Zira, mutlak yokluk durumunda suçun işlenmesi ne kadar imkansız ise, nisbi yokluk durumunda da o kadar imkansızdır. Ölmüş bir kimse nasıl öldürülemiyorsa, o esnada yatağında olmayan bir kişi de öldürülemez. Dolayısıyla iki halde de teşebbüse ceza verilmesinin temelini oluşturan “tehlike” ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle, bu iki durumu birbirinden ayırıp bunlara farklı cezai sonuçların öngörülmesi isabetsiz olmuştur<sup>105</sup>.

Maddi konunun yokluğunun uygun nedensellik görüşüne ve günlük hayat tecrübelerine göre belirlenme çabası da eleştirilmiştir. Uygun nedensellik anlayışı, belirli bir hareketin, gerçekleştirildiği anda mevcut

<sup>103</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 115-116; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 340; GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 124; MANZINI, s. 375; TANER, s. 285.

<sup>104</sup> FIORE, Carlo, Il reato impossibile, Napoli, 1959, s. 146 (Aktaran AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 110).

<sup>105</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 116-117.

bulunan şartlara göre sonucu meydana getirmeye uygun olup olmadığı ile ilgilenmektedir<sup>106</sup>. Dolayısıyla bu anlayış, failin hareketinin tabii olduğu fiili şartların alışılmış oluşuna değil, belli bir somut davranıştan doğması mümkün sonuçların normal olup olmamasına göre bir araştırma yapmaktadır. Bu durumda, eğer uygun nedensellik anlayışı kabul edilirse, ayrımı savunan yazarların iddialarının aksine, öldürülmek istenen kişinin boş yatağına saplanan bıçak darbesi, ölüm sonucu bakımından tipik ve uygun bir harekettir. Bu çıkarıma ve eleştiriye, teşebbüsün karakteristik unsurunun, failin hareketinin tesadüfi sebeplerle sonuca ulaşmaması olduğu, hareketle sonuç arasındaki illiyet bağımlı kesen tesadüflerin teşebbüse vücut verecekleri ve bu örnekte de böyle bir durumun söz konusu olduğu söylenerek itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Ne var ki, suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için, nedensellik bağımlı kesen tesadüfi durumun, hareket başladığı anda veya başlamadan önce mevcut olmayıp, hareket başladıktan sonra ortaya çıkması gerekir<sup>107</sup>.

## 2. Hareketten Önceki – Sonraki Yokluk Ayrımı

Bu görüşü savunan yazarlara göre, işlenemez suçun tespiti için maddi konu bakımından bir ayırım yapılacaksa, bu ayırım, hareketin konusunu oluşturan kişi veya şeyin harekete başlanmasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması hali ile icra hareketlerine başlanmasından önce yok olması hali arasında yapılmalıdır. Bu ayırma göre, sadece ikinci ipotezin söz konusu olduğu durumlarda işlenemez suça ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira, ancak maddi konunun icra hareketlerinden önce yok olması halinde, kanunda tanımlanmış suç tipinin gerçekleşmesinin imkansız olduğunu söylemek mümkündür<sup>108</sup>.

Maddi konunun belirlenmesinde önceki yokluk – sonraki yokluk ayırımını yapan yazarlara göre, kendisine posta yoluyla bir tehdit mektubu gönderilen kimsenin, mektup adresine ulaşmadan ölmesi durumunda, fail teşebbüsten cezalandırılacaktır. Çünkü, maddi konudaki yokluk, fail icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıkmıştır<sup>109</sup>. Buna karşın, gebe sanılan ancak gebe olmayan kadının çocuğunu düşürmeye çalışmak, yatağında

<sup>106</sup> KUNTER, s. 157; TOROSLU, Genel Kısım, s. 129.

<sup>107</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 118; TANER, s.285.

<sup>108</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 118-119; MANZINI, s. 373; VANNINI, Ottorino, Il Problema Giuridica del Tentativo (Art. 56 del Codice Penale), Milano, 1952, s. 77 (**II Problema**).

Türk doktrininden *Erem* de, maddi konunun yokluğunun belirlenmesinde, failin icra hareketlerine başladığı anın esas alınması gerektiğini söylemektedir. Bkz. EREM, Genel Hükümler, s. 330.

<sup>109</sup> EREM, Genel Hükümler, s. 330; MANZINI, s. 373.

bulunmayan kimseye öldürmek amacıyla ateş açmak, canlı olduğu düşünülen bir kimsenin cesedini bıçaklamak gibi durumlarda ise, maddi konu icra hareketleri başlamadan önce yok olduğu için işlenemez suçun varlığı kabul edilmeli ve faile ceza verilmemelidir<sup>110</sup>. Zira, maddi konu yoksa, fail tarafından kullanılan araçların elverişli olup olmamasının hiçbir önemi yoktur<sup>111</sup>.

Bu ayrımı savunan bazı yazarlara göre, maddi konunun olmadığı hususunda bir karara varabilmek için, failin suç işlemeki amacı da tespit edilmelidir. Örneğin, hırsızlık yapmak için girilen bir evde, değeri ne olursa olsun hırsızlığa uygun bir eşya bulunması, hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşması için yeterlidir. Buna karşın, bir diplomatın evine önemli ve özel bir belgeyi çalmak için giren failin, bu belgeyi evden başka bir yere götürüldüğü için bulamaması durumunda, evde çok değerli başka eşyalar bulunsa bile, hırsızlığa teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Çünkü fail, söz konusu eve değerli herhangi bir eşyayı çalmak için değil, özel ve belirli bir şeyi çalmak için girmiştir<sup>112</sup>.

Bu görüşün, bazı olaylarda cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmekle çelişkiye düştüğü söylenmiştir. Buna göre, bir yankesicinin mağdurun cebine elini atması ve cebin boş olması durumunda, icra hareketleri başladığı için cezalandırılabilir teşebbüsün varlığının kabul edilmesi çelişki yaratır. Ancak, bu görüşü savunan yazarlar, konuya şöyle cevap vermektedirler: Yankesicilik olayında, hırsız yakalanmasaydı, hareketlerine devam edebilir ve mağdurun diğer ceplerinde bulunan eşyaları çalabilirdi. Dolayısıyla, failin içinde hiçbir şey bulunmayan cebe elini sokması bir tesadüften ibarettir. İcra hareketleri başladığı anda, elinin altında birçok eşya bulunduğu için ve bunları çalmak da failin elinde olduğu için, cezalandırılabilir teşebbüsün varlığını kabul etmek gerekir. Ancak, eğer mağdurun üzerinde hırsızlığa elverişli hiçbir eşya bulunmuyorsa, bu durumda failin teşebbüsten sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>113</sup>.

İşlenemez suç veya suça teşebbüsün söz konusu olması için, maddi konunun hareketin icrasına başladığı anda mevcut olup olmamasını dikkate alan bu görüş bakımından, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayrımının büyük önemi vardır. Eğer fail hazırlık hareketleri aşamasında ise, maddi konu mevcut olsa dahi, teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. Aynı şekilde, hazırlık aşamasında var olan maddi konunun icra hareketlerinin başladığı sırada var olmaması durumunda da teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır.

---

<sup>110</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 120; EREM, Genel Hükümler, s. 330.

<sup>111</sup> MANZINI, s. 373.

<sup>112</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 120-121; MANZINI, s. 375-376.

<sup>113</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 121-122; MANZINI, s. 376.



Bu nedenle, bazı yazarlar, “başlangıç hareketlerini” de icra hareketleri kapsamına almakta ve icra hareketlerinin sınırının genişletilmesi ihtiyacı duymaktadırlar. Örneğin, icra başlangıcı “suç işleme kararı”nın icrasına başlanması biçiminde anlaşılacak olursa, bu kararın kapsamında, sonucu doğurmaya elverişli hareketlerin yapıldığı sırada maddi konu mevcut olması, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için yeterli olacaktır<sup>114</sup>.

Bütün bu görüşlerden farklı olarak, maddi konudaki yokluk hallerinin tespiti konusunda da, hareketin elverişliliğinin tespiti konusunda olduğu gibi, *ex-ante* bir değerlendirme yapılması gerektiğini söyleyen yazarlar bulunmaktadır<sup>115</sup>. Bunlara göre, yargıcın hareket noktası *a posteriori* ortaya çıkan, yani geçmişte bilfiil gerçekleşmiş durumlar olmamalı; aksine yargıç, psikik ve fizyolojik gelişmesi normal, ortalama zekaya sahip bir insanın bilgi, tecrübe ve özelliklerini dikkate almak, bunun yanında belli istatistik kanunları ile olağan hayat tecrübelerini, ortalama bir insanın sahip olduğu tecrübeye göre değerlendirmeyi sağlayan *id quod plerumque accidit* ilkesini ve failin o somut olayla ilgili özel bilgilerinin de göz önünde bulundurmak suretiyle, hareketin yapıldığı anda, maddi konunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırmalı ve eğer muhtemel ise teşebbüs, muhtemel değilse işlenemez suç olduğu kararına varmalıdır<sup>116</sup>.

Doktrinde, maddi konunun var olup olmadığının tespiti ve özellikle elverişsiz hareket ile maddi konunun yokluğu arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için, hem *ex-ante*, hem de *ex-post* bir araştırma yapılması gerektiği de ifade edilmektedir. Bunlara göre, maddi konunun hiçbir şekilde mevcut olmadığı (*in rerum natura*) durumlarda *a posteriori* değerlendirme yapılmalı, failin hareketinin yöneldiği kişi veya şeyin bilfiil var olup olmadığı araştırılmalıdır. Burada *ex-post* bir değerlendirme yapmak gerekeğinden, fiilin tamamlanması sonrasında, hareket devam ederken maddi konunun yokluğu tespit edilecektir. Bu sayede, hareket odaklı bir araştırma yapılacağından, subjektif her türlü değerlendirme kapsam dışında bırakılacaktır. Buna karşın, araçların elverişliliğinin de belirlenmesi gerektiğinden ve bu ancak *ex-ante* bir değerlendirmeyle mümkün olduğundan, araçların elverişliliği *ex-ante* olarak değerlendirilmeli ve elde edilecek sonuca göre maddi konu için yapılan *ex-post* araştırma tamamlanmalıdır. Bütün bu araştırma sonucunda, maddi konunun hiçbir şekilde mevcut olmamasına rağmen hareketlerin elverişli olduğu sonucuna

<sup>114</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 123.

<sup>115</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 125.

<sup>116</sup> ANTOLISEI, s. 502-503; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 126; BELTRANI, s. 36-37.

varılırsa, işlenemez suç ipotezi kabul edilmeli ve güvenlik tedbirlerine başvurulmalıdır<sup>117</sup>.

### 3. Değerlendirme

Maddi konu hakkında yapılan gerek mutlak – nisbi yokluk ayrımı, gerekse önceki – sonraki yokluk ayrımının sakıncaları nedeniyle, bu ayrımların kabulünün mümkün olmadığı görüşündeyiz. Mutlak yokluk – nisbi yokluk ayrımında, suçun üzerinde işleneceği maddi konunun hangi andan itibaren bulunmaması gerektiği hususunda belirleyici bir ölçüt oluşturulamamıştır. Örneğin, failin bir eve hırsızlık için girmesinde, maddi konunun mutlak yokluğu nedeniyle suç işleyememesi ile evdeki kasanın bir saat önce boşaltılmış olması nedeniyle suç işleyememesi halleri arasında, maddi konunun yokluğu bakımından oluşan farkı ortaya koyacak kesin bir kriter bulunamamıştır<sup>118</sup>. Önceki – sonraki yokluk ayrımında ise, değerlendirme geçmişte bilfiil gerçekleşmiş olaylara bakılarak *ex-post* bir biçimde yapılmakta, bu nedenle fiilin objektif tehlikeliliği dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, bu görüş taraftarı bazı yazarların, “başlangıç hareketleri”ni de icra başlangıcı kapsamına alması, icra hareketlerinin sınırının genişlemesine neden olmaktadır<sup>119</sup>.

Kanaatimizce, maddi konunun yokluğu *ex-ante* bir değerlendirme ile, yani fiil gerçekleşmeden önceki durumun bütün koşulları dikkate alınarak ve objektif üçüncü kişinin sahip olduğu genel hayat tecrübelerine göre belirlenmelidir. Failin fiilinde maddi konunun var olup olmadığını belirleyecek olan yargıç, normal ve ortalama zekaya sahip bir insanın bilgi, tecrübe ve özellikleri ile *id quod plerumque accidit* ilkesini, yani objektif bir gözlemci gibi, olağan hayat tecrübeleriyle ortalama bir insanın sahip olduğu bilgi ve birikim bağlamında, benzer durumlarda meydana gelen olayları ve failin somut olay ve mağdur bakımından sahip olduğu özel bilgiyi dikkate alacak, bu inceleme yöntemiyle maddi konunun varlığının somut olay bakımından muhtemel olup olmadığı araştırılacaktır. Bu sonuca göre yargıç, maddi konunun bulunması muhtemel ise cezalandırılabilir teşebbüse, muhtemel değilse işlenemez suça hükmedecektir<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> ARCIULI, s. 98-99; SINISCALCO, s. 178-180; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 113-114.

İtalyan yazarların güvenlik tedbiri sonucuna varması, İCK'nun 49. maddesinin son fıkrasında, işlenemez suç durumunda hakime güvenlik tedbiri kararı verebileceği yönünde takdir yetkisi tanınmasından kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre, failin tehlikeliliği göz önünde bulundurularak, yargıç, beraat eden sanığın güvenlik tedbirine tabi tutulmasını emredebilir. Bkz. CAVALLO, s. 507; ERSOY, s. 159.

<sup>118</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 114.

<sup>119</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 123-125.

<sup>120</sup> ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 126; ANTOLISEI, s. 502-503.

#### IV. SONUÇ

Ceza hukukunda, bir fiilin suç olabilmesi için ceza kanunundaki soyut suç tipini ihlal etmesi, bir başka deyişle yasal düzenlemedeki unsurların tamamını somut olayda meydana getirmesi gerekmektedir. Buna göre fail kasıtlı veya kanunun öngördüğü durumlarda taksirli olarak ortaya koyduğu hareketiyle kanunda öngörülen sonucu gerçekleştirmelidir. Ancak, fail elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya işlemeyi kastettiği suçun icrasına başlar da elinde olmayan sebeplerle suç tamamlanamazsa, kanuni tanımdaki sonuç gerçekleşmese de failin fiili teşebbüs aşamasında kalacağından, cezalandırılacaktır.

Ne var ki, yine fail suç işleme kararıyla suçun icrasına başladığı durumda, bu sonucun gerçekleşmemesi failin hareketinin elverişsizliğinden yahut maddi konunun yokluğundan kaynaklanmışsa, bu durumda teşebbüsten değil, işlenemez suçtan söz etmek gerekir. İşlenemez suç durumunda, failin kullandığı araçlar ve dolayısıyla hareketi öngörülen sonucu meydana getirmede elverişsiz olduğundan veya ortada bir maddi konu bulunmadığından, failin cezalandırılması olanaksızdır. Bu bağlamda, işlenemez suçun tipiklik kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira, her ne kadar failin psişisinde suç oluşmuş, bir başka deyişle manevi unsur bakımından bir eksiklikten söz edilmesi mümkün olmasa da, hareket elverişsiz olduğundan yahut ortada bir maddi konu bulunmadığından, tipik fiil hiçbir zaman ihlal edilemeyecek, ceza normunda öngörülen sonuç hiçbir

---

Yargıtay da birçok kararında, maddi konunun yokluğunu *ex-ante* bir değerlendirmeyle belirlemiş ve somut olay koşullarına göre, maddi konunun varlığının muhtemel olup olmamasına bakarak teşebbüse veya işlenemez suça hükmetmiştir. Nitekim, yüksek mahkeme maddi konunun mutlak – nisbi yokluğu ayrımını yaptığı kararlarında bile, esasen bu ayrımı yalnızca tesadüfî imkansızlık hallerine bağlı kalmaksızın, *ex-ante* bir değerlendirmeyle yapmış, dolayısıyla söz konusu ayrımı yaptığı hallerde de klasik objektif anlayıştan ziyade, bu görüşe yakın kararlar vermiştir.

*“Gerçekten, failin cürmi hareketinin yöneldiği nesneye, Ceza Hukukunda ‘suçun maddi konusu’ denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı veya yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle, her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre (ex-ante) saptamak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu ise, işlenemez (muhal, imkansız) suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise, eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmesinde para bulunmaması yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecede bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır.”* Yargıtay 1. CD, 14.6.1983, 1983/4019 E. Ve 1983/5620 K. Bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 115.

şekilde gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla, işlenemez suç ipotezinde, elverişsiz bir hareket tipik bir fiile vücut vermediğinden, “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesi uyarınca, fail cezalandırılmayacaktır.

İşlenemez suçun cezalandırılmamasının nedeni, hukuki imkansızlık görüşünde aranmalıdır. Bu görüş, hareketin elverişliliğini fiilin tipik olmasında aramakta, bu bağlamda hareketin elverişli olması durumunda fail tarafından gerçekleştirilen fiilin de tipik olduğunu savunmaktadır. Hukuki imkansızlık görüşüne göre, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, teşebbüs aşamasındaki bir fiilin kısmen de olsa kanuni tipe uygunluk taşıması, failin icra hareketlerine başlamasına rağmen, sonucu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasıdır. Bu bakımdan, teşebbüs dahi sayılamayan fiili unsur eksikliklerinde, kanuni tipteki unsurlardan hiçbiri somut olayda mevcut değildir ve bu eksiklik de tipte öngörülen suçun işlenmesini imkansız kılar. Bu itibarla, işlenemez suç durumunda tipik fiil gerçekleştirilememekte, ceza normu ihlal edilememekte ve bu nedenle suç ortaya çıkmamaktadır.

İşlenemez suç, 5237 sy. TCK’nda düzenlenmemiş, ancak İCK’nun 49. maddesinde “*Hareketin elverişsizliği veya konunun yokluğu nedeniyle zararlı veya tehlikeli sonucun mümkün olmaması durumunda ceza verilmez*” şeklinde düzenlenerek, fiili işlenemez suça sebebiyet veren faile ceza verilmeyeceği, ancak hükmün son fıkrasında, failin tehlikeliliği durumunda güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağına yargıcın takdirinde olduğu öngörülmüştür. Ne var ki, bu kurumun kanunda düzenlenmesi gerekli olmayıp, tipiklik değerlendirmesi yapılarak failin ceza sorumluluğunun tespiti mümkündür. Gerçekten de, işlenemez suç durumunda failin hareketi kanunda öngörülen sonucu gerçekleştirmeye elverişsiz olduğundan veya ortada suçun üzerinde işlenebileceği bir maddi konu bulunmadığından, soyut tip hiçbir biçimde ihlal edilemeyeceği, dolayısıyla ortada suçun ortaya çıkması bakımından bir “imkansızlık” bulunduğu için, fail cezalandırılmamalı; bununla beraber, İCK m. 49’daki düzenlemenin aksine, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için de ortada bir suç olması gerektiğinden, faile güvenlik tedbiri de uygulanmamalıdır.

## **KAYNAKÇA**

- ALACAKAPTAN, Uğur**, İşlenemez Suç, Ankara, 1968 (**İşlenemez Suç**)
- ALACAKAPTAN, Uğur**, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958 (**Suç ve Cezaların Kanuniliği**).
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.
- ANTOLISEI, Francesco**, Manuale di Diritto Penale, Milano, 2003.
- ARCIULI, Francesca Romana**, Il Delitto Tentato, Torino, 2007.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / BOZDAĞ, Ahmet**, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu”, Maliye Dergisi, S. 158, Ankara, 2010
- BELTRANI, Sergio**, Il Delitto Tentato, Padova, 2003
- BETTIOL, Giuseppe**, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 1976.
- CANESTRARI, Stefano / CORNACCHIA, Luigi / DE SIMONE, Giulio**, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Bologna, 2007.
- CARRARA, Francesco**, Programma del Corso di Diritto Criminale, Pisa, 1863.
- CAVALLO, Vincenzo**, Diritto Penale, Parte Generale, Volume II, Napoli, 1955.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, İstanbul, 1987
- EREM, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Ankara, 1973 (**Genel Hükümler**).
- EREM, Faruk**, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, AÜHFD, C. 25, S. 1-2, Ankara, 1968 (**Suçun Konusu**)
- ERSOY, Yüksel**, Ignoranza ed errore nel diritto penale, Ankara, 1968
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo**, Diritto Penale, Par. Gen., Bologna, 2007.
- GAROFOLI, Roberto**, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Roma, 2011
- GRAMATICA, Filippo**, Toplumsal Savunma İlkeleri, Çev. Sami Selçuk, Ankara, 1988
- GÜNGÖR, Devrim**, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi, C. 68, Ankara, 2007.
- GÜNGÖR, Devrim**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Ceza Normu, Ankara, 1996.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011.
- HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011.
- KEYMAN, Selahattin**, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, Ankara, 1980.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008
- KUNTER, Nurullah**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954
- MANNA, Adelmo**, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, C. II, Padova, 2008
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio**, Manuale di Diritto Penale, Milano, 2006
- MANTOVANI, Ferrando**, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 2001
- MANZINI, Vincenzo**, Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, Torino, 1808
- ÖNDER, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2006
- PETROCELLI, Biagio**, Il Delitto Tentato, Padova, 1966
- RANIERI, Silvio**, Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 1945
- ROCCO, Arturo**, Le misure di sicurezza: e gli altri mezzi di tutela giuridica, Roma, 1930
- SCARANO, Luigi**, Il Tentativo, Napoli, 1952
- SINISCALCO, Marco**, La Struttura del Delitto Tentato, Milano, 1959
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005
- TANER, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul, 1953
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2009 (**Genel Kısım**).
- TOROSLU, Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970 (**Cürümlerin Tasnifi**).
- TOZMAN, Önder**, Suça Teşebbüs, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2008
- VANNINI, Ottorino**, Il Problema Giuridica del Tentativo (Art. 56 del Codice Penale), Milano, 1952, s. 77 (**Il Problema**).
- VANNINI, Ottorino**, Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, Firenze, 1939 (**Diritto Penale**)
- VIDAL, Georges / MAGNOL, Josephe**, Ceza Hukuku, C. I, Çev. Şinasi Z. Devrin, Ankara, 1949.

## **NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR**

*Bilgehan SAVAŞCI\**

### **GİRİŞ**

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar birçok ceza hukuku sisteminde objektif sorumluluğun istisnai bir türü olarak kabul edilmektedir. Failin hareketinden biri failin kastı kapsamında diğeri kastının dışında olmak üzere iki netice meydana gelmektedir. Cezanın artırılmasına neden olan özel netice bakımından failin kusuru aranmamakta hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağının bulunması failin cezalandırılması için yeterli sayılmaktadır.

Ancak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirmiştir. TCK'nun 23. Maddesi'nde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar başlığı altında hem kastı aşan suç hem de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar düzenlenmiş ve meydana gelen ağır ya da özel netice açısından failin en azından taksirle hareket etmesi gereği aranmaktadır.

İki bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde objektif sorumluluk kısaca anlatıldıktan sonra ceza kanunlarında objektif sorumluluğun istisnai olarak kabul edildiği hallere yer verilmiştir. İkinci bölümde ise Türk Ceza Kanunu'ndaki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar düzenlemesi kastı aşan suç ayrık tutularak incelenmeye çalışılmıştır.

### **I. OBJEKTİF SORUMLULUK**

#### **1.1. Genel Olarak**

Failin kusuru, yani kastı ve taksiri aranmaksızın failin davranışı ile ortaya çıkan netice arasında sadece maddi nedensellik bağının olmasının failin sorumlu tutulması için yeterli sayıldığı sorumluluk türü objektif sorumluluktur.<sup>1</sup> Objektif sorumlulukta failin iradi olması ve fiille netice

---

\* Ar. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Özen, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yayıncılık, 1998, Ankara, s. 18-19. Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku**, 2001, Ankara, 5. Baskı, s. 113.

arasında maddi nedensellik bağının olması şartıyla fail kusurlu olmayan fiilinden sorumlu tutulmaktadır.<sup>2</sup>

Ceza sorumluluğunun esası kusura dayanmaktadır. Kusurlu sorumluluk uzun tarihi süreçler sonrasında benimsenmiştir. İlkel ceza hukuku dönemlerinde sorumluluk kolektif olup failin sorumlu sayılması için kusurlu hareket etmesi aranmamıştır. Herhangi bir zararlı neticenin cezasız kalmaması anlayışının benimsendiği bu dönemlerde; suçun oluşması için sadece zararlı bir neticenin meydana gelmesi, failin cezalandırılması için ise hareket ile netice arasında nedensellik bağının olması yeterli sayılmıştır. Roma hukukunun ileri dönemlerinde kusurlu sorumluluk düşüncesi oluşmaya ve yerleşmeye başlamıştır.<sup>3</sup>

Modern ceza hukukunda kusur sorumluluğu esastır. Kusursuz sorumluluk halleri modern ceza hukukunda istisna sayılan durumlar haricinde kabul görmeyen sorumluluk halleridir.<sup>4</sup> Özel hukuktaki kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğu ilkelerinin ceza hukukunda da uygulanması geniş ölçüde tartışılmış, belirli ve sınırlı durumlarda objektif sorumluluğun kabul edilebilir olup olmadığı üzerinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.<sup>5</sup>

Bir görüş objektif sorumluluğun esasının dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre failin cezasının artırılmasının nedeni kendisine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamasıdır. Fail netice objektif olarak öngörülebilir olduğu ve özen yükümlülüğüne uygun davranabileceği halde dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek ağır sonucun oluşmasına neden olmuştur.<sup>6</sup> Taksirde subjektif öngörülebilirliğin şart olmasına karşın objektif sorumlulukta objektif öngörülebilirliğin yeterli olacağı belirtilmiştir.<sup>7</sup>

Objektif sorumluluğa ilişkin çeşitli teoriler mevcuttur. Ceza hukuku alanında objektif sorumluluktan dolayı failin sorumlu tutulamayacağından bahisle aslında objektif sorumluluk hallerinin subjektif sorumluluğa bağlanabileceği ileri sürülmüştür. Bu hallerde çok az taksirin olduğu ve failin bu hafif taksirinden dolayı cezalandırıldığı belirtilmiş, hareketin iradi

---

<sup>2</sup> Özen, s. 18-19.

<sup>3</sup> Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt II**, 1959, s. 195.

<sup>4</sup> Evik, Vesile Sonay, Evik, Ali Hakan, “**İstenmeyen Neticeden Sorumluluk**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, 2004/1-2, s. 113.

<sup>5</sup> Dönmezer, Erman, s. 286, Evik, Evik, s. 113.

<sup>6</sup> İçel, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1967, İstanbul, s. 129.

<sup>7</sup> İçel, s. 131.



olması sebebiyle objektif sorumlulukta taksir için gereken iradeden daha hafif bir iradenin arandığı belirtilmiştir.<sup>8</sup>

Kusursuz sorumluluk türü olan objektif sorumluluk ortaçağ hukukunun kalıntısı sayılıp modern ceza hukuklarından çıkarılmak istenmektedir. Ancak bugün çoğu Ceza Kanunu'nda objektif sorumluluk istisnai bir sorumluluk türü olarak varlığını sürdürmektedir.<sup>9</sup> Objektif sorumluluğa istisnai olarak kastın aşan suç, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ve basın suçlarında yer verilmekte, tüm bu suçlardan failin sorumlu olması için hareket ile netice arasındaki maddi nedensellik bağı yeterli sayılmakta, ayrıca failin kusuru aranmamaktadır.<sup>10</sup>

## 1.2 Kastı Aşan Suç

Kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda sadece maddi nedensellik bağı aranmış; yaralamaya yönelik davranışın ölüm neticesine yol açması suçun oluşması için yeterli görülmüştür.<sup>11</sup> Kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçu; istenenden öte netice maddi nedensellik bağı olduğu sürece her halde faile yüklendiği için objektif sorumluluğun bir türü sayılmıştır.<sup>12</sup> Kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda; failin yaralamadan dolayı cezalandırılmamasının sebebi ölüm neticesinin meydana gelmiş olmasıdır bununla birlikte fiil iradi olduğu halde öldürme kastı olmadığı için fail kasten öldürmeden dolayı da sorumlu tutulamayacaktır. Ölüm neticesi bakımından failin taksiri olduğu hallerde ise artık kastın aşılması değil taksirle öldürme söz konusu olacaktır. Kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda fail kasten yaralamadan fazla ancak kasten öldürmeden daha az bir ceza ile cezalandırılmalıdır.<sup>13</sup>

## 1.3 Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar; kastı aşan suçlardan ve ağırlaştırılmış nedenli suçlardan farklıdır. Kastı aşan suçlar; failin belli bir neticenin meydana gelmesi için davranışta bulunduğu ancak ortaya çıkan neticenin kastedilenden daha ağır olduğu suçlardır.<sup>14</sup> Kastı aşan suçlarda tek bir netice meydana gelmekte ancak bu netice failin kastettiğinden daha ağır

---

<sup>8</sup> Toroslu, s. 111.

<sup>9</sup> Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2012, Ankara, s. 306.

<sup>10</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 306, Özen, s. 19.

<sup>11</sup> Toroslu, s. 114.

<sup>12</sup> Toroslu, s. 114, Hafizoğulları, Özen, s. 306.

<sup>13</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 306.

<sup>14</sup> Toroslu, s. 113.

cezayı gerektirmektedir.<sup>15</sup> Mülga Ceza Kanunu'nda bu konuya ilişkin öngörülen tek suç 452. madde de düzenlenen "kastın aşılması suretiyle adam öldürme"ydi. İlgili suçta fail yaralama gibi belli bir neticeyi istemiş ancak harekete bağlı ortaya çıkan netice istenenin ilerisinde olup daha ağır cezalandırılmayı gerektirmiştir.<sup>16</sup> Kastı aşan suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bir türü olduğu ancak mülga Kanun'da bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan ayrıldığı doktrinde ileri sürülmüştür.<sup>17</sup>

Failin iradi bir fiilin sonucunda hem kastettiği hem de öngörmediği diğer bir neticenin oluşması olasıdır. Diğer netice bakımından failin taksirinin dahi olmaması da mümkündür, bu netice kaza ile oluşmadıysa faille yüklenmelidir. Failin ortaya çıkan diğer netice bakımından taksirinin olması halinde fail hem kastettiği neticeden hem de taksirle meydana getirdiği neticeden sorumlu olacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise kastedilen neticenin yanında istenmeyen ve öngörülme bir neticenin daha meydana gelmesi söz konusudur. Fail öngörmediği neticeden dolayı da sorumlu tutulmakta ve kastettiği suçun cezası, istemediği ve öngörmediği diğer neticeden dolayı artırılmaktadır.<sup>18</sup>

#### 1.4. Basın Yoluyla İşlenen Suç

Basın yoluyla işlenen suçlar Ceza Kanunu'nda değil Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir. Basın Kanunu'nun 11. maddesinde cezai sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre basın yolu ile işlenen suç yayın anında oluşmaktadır. Hem süreli hem de süresiz yayınlarda yayın yoluyla işlenen suçtan dolayı eser sahibi sorumludur. Ancak eser sahibinin bilinmemesi, bulunamaması veya cezai ehliyetinin yokluğu ya da yurtdışında bulunması sebebiyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın etkili olmaması hallerinde başka kimselerin sorumlu olacağı Basın Kanunu'nda kabul edilmiştir. Buna göre ilgili durumlarda sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkili sorumludur.<sup>19</sup> Basında yazar dışındaki kişilerin sorumluluğu bakımından kusurlu bir fiilin aranmaması, süreli ve süresiz yayını yayınlamak, dağıtmak ve satışa sunmak fiillerinin iradi olmasının yeterli sayılması sebebiyle basın yoluyla işlenen suçların objektif sorumluluğun bir türü olduğu kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 309.

<sup>16</sup> Toroslu, s. 113.

<sup>17</sup> Toroslu, s. 113.

<sup>18</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 307.

<sup>19</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 306, Özen, s. 244.

<sup>20</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 306, Özen, s. 244.

Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Basın Kanunu Türk Ceza Kanunu'na göre önceki ve özel bir kanundur. Ceza Kanunu ise genel ve sonraki kanundur. Bu noktada Ceza Kanunu'nun 5. maddesi Basın Kanunu'nun aykırı olan hükümlerini ilga etmiştir. Dolayısıyla TCK'nun 23. maddesi uyarınca Basın Kanunu'nda belirtilen yazar dışındaki kişilerin cezai sorumluluğu bakımından da bu kişilerin en azından taksiri gerekmektedir.<sup>21</sup>

## II. TCK'DA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR

### 1. Genel Olarak

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlığını taşıyan ikinci kitabında birinci bölümde "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir" başlığı altında 23. madde ile düzenlenmiştir. Madde de "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*" denilmektedir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın arttırılmasının sebebi olarak temel suçun aslında suçu ağırlaştırıcı neticenin gerçekleşmesi tehlikesini de barındırması gösterilmektedir.<sup>22</sup> Bu suçların kökeni Katolik Kilise hukukunda geçerli "versari in re illicita" ilkesine dayandırılmaktadır.<sup>23</sup> Bu ilke hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren kişinin kusurlu olmasa dahi fiilinden kaynaklanan tüm neticelerden sorumlu sayılmasına dayandırılmaktadır.<sup>24</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar teorik açıdan çok zor uygulama açısından ise yararlı suçlar olarak ifade edilmektedir.<sup>25</sup>

Kanun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar başlığı altında hem kastı aşan suçu hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu düzenlemiştir. Hükümde kullanılan "en azından taksirle" ifadesinin anlamı belirsizdir. "En azından" taksir ibaresinin "çoğu" ise kasttır.<sup>26</sup> Hükümde kullanılan "en azından taksirle" ifadesi fiilin faile subjektif olarak yüklenebilirliğini

<sup>21</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 306.

<sup>22</sup> Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, 2006, Munchen, § 10, no: 108.

<sup>23</sup> Roxin, § 10, no: 122.

<sup>24</sup> Jescheck, Hans Heinrich, Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 1996, Berlin, s. 261.

<sup>25</sup> Jescheck, Weigend, s. 261.

<sup>26</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

sağlayan bir ek unsurdur.<sup>27</sup> En azından ifadesi ile failin ağır netice bakımından bilinçli taksirle, olası kastla ya da kastla hareket etmiş olabileceği ileri sürülmektedir.<sup>28</sup> Ancak failin diğer neticeye kastı ya da taksiriyle sebebiyet vermesi halinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değil, 2 ayrı suç oluşacaktır. Çocuk düşürtme suçunda kadının ölmesi halinde failin kadının ölümü bakımından kastı ya da taksirinin olması durumunda ortada çocuk düşürtme ve kasten ya da taksirle öldürme olmak üzere iki ayrı suç bulunmaktadır. Ancak böyle bir sonucu Kanun Koyucu'nun istemediği gerekçeden anlaşılmaktadır.<sup>29</sup> Failin kasıtlı davranışı sonucu oluşan neticeye taksirin neden olduğunun öngörülmesi, aynı maddi konuya yönelik olarak kast ve taksirin varlığının birarada aranması sakıncalıdır.<sup>30</sup> Bu ek unsurun aranması doktrinde kastı aşan suçlarda meydana gelen ağır neticenin fail tarafından tahmin edilebilir olması koşulu uygulamada hakimleri sonuçsuz incelemelere zorunlu kılacağı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.<sup>31</sup>

“En azından taksirle” ifadesi ile aslında taksirin sadece öngörülebilirlik unsuru kastedilmektedir. Çünkü temel suç bakımından failin sahip olduğu kast taksirin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsurunu da kapsamaktadır.<sup>32</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara Ceza Kanunu'nda; özel hükümlerde Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Toplum Karşı Suçlar ve Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar kısımlarında yer verilmiştir.

## 2. Fiil

### 2.1. Hareket

Suçun oluşması için bir fiilin bulunması şarttır.<sup>33</sup> İradi olduğu için insana atfedilebilen fiil, belirli ve soyut bir kanuni tipin içine yerleştirilebilen objektif unsurların tamamıdır.<sup>34</sup> Fiil suçun maddesini oluşturmaktadır. Fiilsiz

<sup>27</sup> Doğan, Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2011, Ankara, s. 47.

<sup>28</sup> Schroeder, Friedrich-Christian, “**Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler**”, Çev: İzzet Özgenç, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, 1998, s. 273.

<sup>29</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

<sup>30</sup> Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2010, Ankara, s. 78.

<sup>31</sup> Toroslu, Nevzat, Ersoy, Yüksel, **Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı**, Türk Ceza Kanunu Reformu, II. Kitap, 2004, Ankara, s. 421.

<sup>32</sup> Lackner, Karl, Kühl, Kristian, **Strafgesetzbuch Kommentar**, München, 2004, s. 345.

<sup>33</sup> Taner, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 1949, İstanbul, s. 259.

<sup>34</sup> Keyman, Selahattin, “**Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket**”, AÜHF, XL, 1-4, 1988, Ankara, s. 121.

suç olmaz kuralı modern ceza hukukunun temelidir. Fiil; hareket, netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağından oluşmaktadır. Netice ve nedensellik bağı fiilin zorunlu bir unsuru değilken, hareket olmaksızın fiil ve suç da olmamaktadır.<sup>35</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da hareket çok önemlidir. Bu suçlar bakımından hareket hem kastedilen neticeye hem de kast kapsamı dışındaki diğer neticeye yol açmaktadır. Tek bir harekete bağlı olarak ortaya çıkmış birden fazla netice söz konusudur. Hareketin suçun kanuni tanımındaki fiil olması gereklidir.<sup>36</sup>

Özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fiile ilişkin üç formülasyon benimsenmiştir.<sup>37</sup> Buna göre düzenlemelerin bir kısmında Kanun “fiilin belirtilen neticelere neden olması”nı aramıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun düzenlendiği 87. maddenin ilk 3 fıkrasında ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun düzenlendiği 95. maddenin ilk 3 fıkrasında fiilin belirtilen neticelere sebep olması düzenlenmiştir. Kanun ölüm neticesinin öngörüldüğü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise “fiilin sonucunda ölümün gerçekleşmesini” öngörmektedir. 87. maddenin 4. fıkrasında “kasten yaralamanın sonucunda ölüm meydana gelmişse”, 95. maddenin 4. fıkrasında “işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse” denilmektedir. Bu hükümler bakımından failin icra hareketlerine başlaması yeterli sayılmamakta suçun tamamlanması gerekmektedir.<sup>38</sup> Üçüncü formülasyon ise “fiilin işlenmesi sırasında özel neticenin gerçekleşmesi” şeklindedir. Nitelikli yağmanın düzenlendiği 149. maddenin 2. fıkrasında “yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda” denilmektedir. Benzer şekilde cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin 4. fıkrasında<sup>39</sup>, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği 109. maddenin son fıkrasında<sup>40</sup> ve ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun düzenlendiği 223. maddenin son fıkrasında<sup>41</sup> aynı formül kullanılmıştır. Bu son halde faile hem kastettiği

---

<sup>35</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 194.

<sup>36</sup> Doğan, s. 100.

<sup>37</sup> Doğan, s. 103.

<sup>38</sup> Doğan, s. 103.

<sup>39</sup> Bkz. TCK mad. 102/4: Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

<sup>40</sup> Bkz. TCK mad. 109/6: Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

<sup>41</sup> Bkz. TCK mad. 223/5: Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna

temel suçtan (yağma, cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ya da ulaşım araçlarının kaçırılması) hem de kasten yaralamadan dolayı ceza verilmektedir. Bu hallerde bileşik suç varsa fail iki ayrı suçtan dolayı değil tek suçtan yani bileşik suçtan dolayı sorumlu olmalıdır. Ancak söz konusu hükümlerde ortada iki ayrı suç vardır, dolayısıyla iki ayrı manevi unsurunda bulunması şarttır.<sup>42</sup> Temel suç bakımından manevi unsurun tespitinde sorun olmamakla birlikte kasten yaralama suçu bakımından aynı durum söz konusu değildir. TCK. Madde 23 gereği kasten yaralama suçu bakımından failin en azından taksirle hareket ettiği kabul edilecek, bu da aksi ispatlanamayan bir karine olacaktır. Bu halde objektif sorumluluğun tamamen kaldırılmış olduğunu iddia etmek güçtür.<sup>43</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin işlemeyi kastettiği suç yani temel suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmali bir hareketle de işlenebilir.<sup>44</sup> İcra hareketinin karşısı olarak ortaya çıkan ihmali harekette fail bir şey yapmamakta, vücudu iradi bir devinim göstermemektedir.<sup>45</sup> Buradaki irade, failin bir davranışı iradi olarak yapmamasındadır.<sup>46</sup> Ancak önemli olan herhangi bir hareketin yapılmaması değil, yasanın emri olan hareketin yapılmamasıdır. Failin iradi olarak gerçekleştirmediği herhangi bir hareket değil kendisinden beklenen harekettir.<sup>47</sup>

İhmal suçları kendi içerisinde salt ihmal suçları ve ihmali suretiyle icra suçları olmak üzere ayrılmaktadır. Salt ihmal suçları; Ceza Kanun'unda özel hükümler kısmında ihmalin suçun unsuru olarak belirlendiği suçlardır.<sup>48</sup> İhmal suretiyle icra suçlarında ise ihmali maddi bir netice doğurmakta, icra suçları ihmali bir hareketle işlenmektedir.<sup>49</sup> İhmal benzeri suç veya görünüşte ihmali suç da denen bu tür suçlarda önlenmesi gereken bir netice önlenmemekte, netice yapmama biçiminde ihmali bir hareketle gerçekleştirilmektedir.<sup>50</sup> İhmal suretiyle icra suçlarında neticeye ihmali bir

---

ilişkin hükümler uygulanır.

<sup>42</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel Hükümler, s. 154.

<sup>43</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel hükümler, s. 154.

<sup>44</sup> Tröndle, Herbert, Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 2007, München, § 227, no:6, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2010, s. 232, Doğan, s. 104.

<sup>45</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 200.

<sup>46</sup> Liszt, Franz, Schmidt, E., **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, Einleitung und Allgemeiner Teil**, 1932, Berlin Leipzig, s. 170.

<sup>47</sup> Von Hippel, Robert, **Lehrbuch des Strafrechts**, 1932, Berlin, s. 99, Hakeri, Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, 2003, Ankara, s. 21, Hafizoğulları, Özen, s. 198-199, Keyman, s. 137-138.

<sup>48</sup> Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2010, Ankara, s. 197.

<sup>49</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 198-199.

<sup>50</sup> Dönmezer, Sulhi, **“İhmal Suretiyle İcra Suçları”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, IX, C:3, S:4, 1944, s. 474.

hareketle sebebiyet veren failin sorumlu olması için gerekli olan neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip olmasıdır. Ancak burada söz konusu olan ahlaki ya da manevi bir yükümlülük değil hukuki bir yükümlülüktür, fail neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğe ve fiili olarak da önleme olanağına sahip olmalıdır.<sup>51</sup> Hukuki yükümlülük geneldir, herkes için olabileceği gibi, belirli bir kişi ya da meslek grubu için de olabilir. Yükümlülük açıkça düzenlenebileceği gibi örtülü olarak da düzenlenebilir. Önemli olan açık ya da örtülü olduğu farketmeksizin yükümlülüğün benzer neticeleri önleme yükümlülüğü amacına uygun olarak konulmuş olmasıdır.<sup>52</sup>

Neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağı idari bir emir ya da yargı kararı da dahil olmak üzere kamu hukuku da özel hukuk da olabilir.<sup>53</sup> Kişiye belli bir icrai davranışta bulunmasını emreden yasalardan kaynaklanabilir. Bunun dışında sözleşme, ilgililer arasındaki doğal-hukuki bağlılık ve daha önce yapılan bir faaliyet hukuki yükümlülüğün diğer kaynaklarıdır.<sup>54</sup> İşin icabı gereği de yükümlülük doğabileceği doktrinde ifade edilmektedir.<sup>55</sup> Yükümlülük sözleşme ilişkisi dolayısıyla doğabilir, bunun için sözleşmenin kurulmasının yanında fiilen yükümlülüğün de başlaması gereklidir.<sup>56</sup> İlgililer arasındaki doğal-hukuki bağlılığın en açık örneği aile bireyleri arasındaki bağlılıktır. Bu bağlılık normatif düzenlemelerde de yer almıştır.<sup>57</sup> Anne babanın yaşamlarına ve vücut bütünlüklerine yönelmiş olan saldırılara karşı çocuklarını koruma yükümlülükleri vardır.<sup>58</sup> Karı kocanın da doğal bağlılık gereği birbirlerine karşı hukuki yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>59</sup> Doğal bağlılık sonucu neticeyi önleme yükümlülüğünün oluşabilmesi için ilgililerin aynı evde birlikte yaşamaları gereği de ileri sürülmektedir.<sup>60</sup> Birlikte yaşama, bakım, hizmet ilişkileri de yükümlülük doğurmaktadırlar.<sup>61</sup> Yine fail tarafından gerçekleştirilen bir hareket de neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağı olabilir. Ancak bir hareketin yükümlülüğe sebep olması için; zarar tehlikesi ve objektif bir yükümlülüğe aykırılık oluşturması ayrıca bu

---

<sup>51</sup> Hafizoğulları, Özen, s.212, Jescheck, Weigend, s. 621-622, Heinrich, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teil II**, 2005, Stuttgart, kn: 928, Maiwald, Manfred, “**İcrai ve İhmali Davranış – Bir Başkası İçin Hareket Etmek**”, çeviren: Cumhur Şahin, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler, 1998, Konya, s. 164.

<sup>52</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 213.

<sup>53</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 212.

<sup>54</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 212, Jescheck, Weigend, s. 624, Von Hippel, s. 101.

<sup>55</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel hükümler, s. 43.

<sup>56</sup> Jescheck, Weigend, s. 624, Maiwald, s. 165.

<sup>57</sup> Jescheck, Weigend, s. 624, Hakeri, s. 147-148.

<sup>58</sup> Hakeri, s. 146.

<sup>59</sup> Hakeri, s. 149.

<sup>60</sup> Maiwald, s. 165.

<sup>61</sup> Jescheck, Weigend, s. 624.

aykırılığın bir normu ihlal etmesi gereklidir.<sup>62</sup> Yani başkası için tehlikeli olabilecek bir hareket gerçekleştiren kimse, bu hareketin zararlı neticelerini önlemek yükümlülüğü altına girmektedir.<sup>63</sup> Ancak burada söz konusu olan tehlike uzak değil yakın tehlikedir.<sup>64</sup> Kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünün olmasının nedeni tehlikeli hareketten objektif olarak yarar sağlamasıdır.<sup>65</sup> Hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla tehlikeli bir hareket yapan kişinin ise neticeyi önleme yükümlülüğü doğmamaktadır, meşru savunma sonucu birisinin yaralanmasına neden olan kişinin bu kişiye yardım etme yükümlülüğü yoktur.<sup>66</sup> Ancak doktrinde hukuka uygun olsa dahi tehlikeli hareketten dolayı yardım etme yükümlülüğünün doğacağını savunan bir görüş bulunmaktadır.<sup>67</sup>

Tüm bu hukuki yükümlülüklerin sınırı failin hareket edebilme imkanına, neticeyi önleme olanağına sahip olmasıdır.<sup>68</sup> Hareket edebilme imkanı yok ise yükümlülüğü de bulunmamaktadır, örneğin kişinin fiilen aile yükümlülüklerini yerine getirmek için imkanı yok ise ihmalin meydana getirdiği neticelerden dolayı sorumlu olmayacaktır.<sup>69</sup> Fail hareket imkanına sahip olsa dahi bu hareket neticeyi önlemeye elverişli değilse sorumluluktan kurtulamayacaktır.<sup>70</sup>

Ceza Kanunu'nda kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları bakımından düzenlemeler yer almaktadır.

Kanun'un 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi düzenlenmiştir. Madde icrai harekete eşdeğer ihmali hareketi düzenlemesi bakımından önemlidir. Madde de; *(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*

*(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için kişinin;*

*a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,*

---

<sup>62</sup> Jescheck, Weigend, s. 625.

<sup>63</sup> Jescheck, Weigend, s. 625.

<sup>64</sup> Jescheck, Weigend, s. 625.

<sup>65</sup> Hakeri, s. 162.

<sup>66</sup> Maiwald, s. 167-168.

<sup>67</sup> Tröndle, Fischer, § 13, no:11, Hakeri, s. 172-173.

<sup>68</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 213, Jescheck, Weigend, s. 624.

<sup>69</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 213.

<sup>70</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 213.



b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

(3) Belli bir yükümlülük ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.” denilmektedir. 88. madde de kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi düzenlenmiş ve 83. maddeye göndermede bulunulmuştur.

Üç fıkradan oluşan maddenin ilk iki fıkrasında ihmali davranışla kasten öldürmenin koşulları düzenlenmiş, son fıkrada da müeyyide belirtilmiştir. 88. maddedeki göndermenin sınırları dolayısıyla sadece koşulları açıklayan ilk iki fıkradır.<sup>71</sup> Hükümde kullanılan “Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması” ifadesi doktrinde tehlikeli durum kavramının belirsiz olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir. Kullanılan ifade ile ihmalde bulunmadan önce gerçekleştirilen davranışın değil ihmalin nedenselliğinin anlaşıldığı ifade edilmektedir.<sup>72</sup>

İşkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde indirim yapılmayacağı 94/5. maddede belirtilmiştir. Kanun bu düzenlemeyle kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin koyduğu kuraldan ayrılmıştır.<sup>73</sup>

İhmal suretiyle icranın icrai harekete eş sayılma koşullarının Kanun’da genel hükümlerde değil özel hükümlerde düzenlenmesi eleştirilmiştir.<sup>74</sup> Bu durum Kanun’da sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları bakımından ihmal suretiyle icra hareketinin icra hareketine eş değer olacağının kabul edildiği, kanunilik ilkesi gereği belirtilen suçlar dışındaki suçların ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olmadığı sonucunu doğurmaktadır.<sup>75</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suçu işlemeye yönelmiş ancak birden fazla neticeye yol açmış tek bir hareket olduğu için temel suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği önemlidir.<sup>76</sup> Özellikle neticesi

<sup>71</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel hükümler, s. 87.

<sup>72</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel hükümler, s. 43.

<sup>73</sup> Hafizoğulları, Özen, Özel hükümler, s. 117.

<sup>74</sup> Doğan, s. 106.

<sup>75</sup> İçel, Kayıhan, Evik, Ali Hakan, **İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler II. Kitap Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri**, 2007, İstanbul, s. 59, Doğan, s. 106.

<sup>76</sup> Doğan, s. 105.

sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ihmali hareketin ne zaman icrai hareketle eşdeğer tutulacağı üzerinde durulmalıdır.<sup>77</sup> Bu hallerde yukarıda açıklandığı üzere sadece kasten yaralama ve işkence suçlarına ilişkin Kanun'da açık düzenleme bulunmaktadır. Kanunilik ilkesi gereği sadece bu suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri ihmali hareketle işlenebilmektedir.<sup>78</sup> Kasten yaralama suçunun ihmali hareketle işlenmesi halinde Kanun'da 83. maddeye gönderme yapılmıştır, ancak göndermenin kasten öldürme suçuna ilişkin 83. maddenin son fıkrasında belirtilen müeyyideyi de içerdiğini kabul etmek kanunilik ilkesi bakımından sıkıntılı durumlara yol açacaktır.<sup>79</sup> 83. madde de kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezanın indirilmesi hakimnin takdirine bırakılmıştır. Göndermenin 3. fıkrayı da kapsadığı kabul edildiğinde kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi halinde de aynı durum geçerli olacaktır.<sup>80</sup>

## 2.2 Netice

Netice hareketten sonra gelen, hareket ile nedensel olan, algılanabilen dış dünyadaki değişikliktir. Netice hareket ile nedensel olmakla birlikte zamansal olarak hareketten farklıdır ve ondan ayrı olarak algılanabilmektedir. Netice fiziki, mameleki, fizyolojik ve psikolojik niteliğe sahip olabilmektedir.<sup>81</sup>

Ceza hukuku açısından önemli olan netice, hareketin yol açtığı her netice değil ceza normu tarafından öngörülen tipik neticedir. Tipik netice suçun basit ya da ağırlaştırılmış halinin oluşması için gereken değişikliktir.<sup>82</sup> Örneğin öldürme suçunda ölüm neticesi suçun tipik neticesi iken silahlı isyan suçunda isyanın gerçekleşmesi suçun ağırlatıcı nedenidir. Bazen birden çok suçun birleşip tek bir suç oluşturduğu hallerde birden çok netice olabilmektedir.<sup>83</sup>

Ama netice her suçta bulunması gerekli zorunlu bir unsur değildir. Hukuk düzeninde gerçekleşen neticeye göre suçlar maddi, neticeli suçlar ve şekli, neticesi suçlar olarak ayrılmaktadır. Suçun oluşması için failin hareketine bağlı olarak kanuni tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmesinin

<sup>77</sup>Tröndle, Fischer, § 227, no:6, Doğan, s. 105.

<sup>78</sup>Doğan, s. 107.

<sup>79</sup>Hafizoğulları, Özen, s. 87.

<sup>80</sup>Hafizoğulları, Özen, s. 87.

<sup>81</sup>Hafizoğulları, Özen, s. 200.

<sup>82</sup>Hafizoğulları, Özen, s. 200, Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, 1964, s. 14.

<sup>83</sup>Hafizoğulları, Özen, s. 200.

arandığı suçlar maddi suçlardır. Maddi suçlarda hareket ve netice arasında zaman - mekan farkı ve nedensellik bağı olması gerekmektedir.<sup>84</sup> TCK mad. 317de düzenlenmiş askeri komutanlıkların gaspı ve mad. 318de düzenlenmiş halkı askerlikten soğutma suçlarında olduğu gibi salt hareketten oluşan şekli suçlarda vardır.<sup>85</sup> Şekli suçlarda belli bir neticenin gerçekleşmesi aranmamakta sadece kanuni tanımda belirtilen hareketin yapılması yeterli görülmektedir.<sup>86</sup>

Netice her zaman hareketi takip ettiği için hareket ile netice arasında zamansal bir fark olması doğaldır. Bu zaman farkının ne kadar sürdüğünün hukuksal bakımdan bir önemi yoktur. Adam öldürme suçunda ölüm neticesi hareketten hemen sonra gerçekleşebileceği gibi bir süreç geçtikten sonra da gerçekleşebilir.<sup>87</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda maddi suçlar kategorisinde yer almakla birlikte kendilerine özgü niteliklere sahiptir.<sup>88</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından iki netice söz konusudur. Bunların ilki failin işlemeyi kastettiği suça ilişkin netice, ikincisi ise failin kastının dışında kalan ancak failin hareketine bağlı olarak gerçekleşen cezanın ağırlaştırılmasına sebep olan neticedir.<sup>89</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda özel netice bakımından aranması gerekli nedensellik bağının temel neticeye yol açan hareket ile mi yoksa temel suça bağlı ortaya çıkan ilk neticeyle mi olması gerektiği tartışılmalıdır.<sup>90</sup> Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tanımı incelendiğinde sorun çözümlenmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar failin hareketi ile failin kastının dışında kalan özel netice arasında maddi nedensellik bağının olmasının failin sorumluluğu için yeterli olduğu ayrıca failin özel netice bakımından kusurunun aranmadığı suçlardır.<sup>91</sup> Dolayısıyla gerekli nedensellik bağı özel netice bakımından ilk netice ile değil failin hareketi ile ilgili olacaktır.<sup>92</sup>

---

<sup>84</sup> Roxin, § 10, no: 102, Heinrich, no:158.

<sup>85</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 201.

<sup>86</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 200, Dönmezer, Erman, s. 14.

<sup>87</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 201.

<sup>88</sup> Doğan, s. 107.

<sup>89</sup> Gropp, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl age, Berlin 2005, § 3, no:45, Doğan, s. 107.

<sup>90</sup> Haft, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, München, 2004, s. 173.

<sup>91</sup> Bkz. Özen, Objektif Sorumluluk, s. 18-19.

<sup>92</sup> Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. baskı, Ankara, 2010, s. 48-49.

Failin cezasının artırılmasına neden olan özel netice bakımından her ne kadar TCK 23. madde de “fiilin kastedilenden daha ağır bir neticeye sebebiyet vermesi” denilmiş ve failin kastından daha ağır neticenin gerçekleştiği suçlar da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kapsamına alınmışsa da bu suçlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar değil ağırlatılmış nedenli suçlardır.<sup>93</sup> Ağırlatılmış nedenli suçlarda iki değil tek bir netice söz konusudur, bu ya failin kastettiği neticedir ya da failin kastettiğinden daha ağır olarak ortaya çıkan neticedir.<sup>94</sup> Örneğin 87. madde de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada failin fiilinden tek bir netice ortaya çıkmakta ancak bu netice failin kastettiğinden daha ağır olmaktadır. Doktrinde bu tip ağırlatılmış nedenli suçların gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre bu tür suçlarda kasıtlı ve taksirli suçtan meydana gelen yasal bir bileşim söz konusu olduğu ve bu bileşimin Kanun koyucu tarafından bir hükümlerle tanıdığı ifade edilmektedir.<sup>95</sup> Ancak bir fiilin hem kasıtlı hem taksirli olmasının mümkün olmaması karşısında ileri sürülen yasal bileşim kavramına katılmak oldukça zor görünmektedir.<sup>96</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ortaya çıkan özel netice failin kastının kapsamı dışında kalan ve temel neticeden ayrı olarak gerçekleşen ikinci neticedir. Bu özel netice bakımından failin cezalandırılması için neticenin failin temel suça ilişkin hareketine bağlı olarak ortaya çıkmalıdır, yani failin hareketi ile ortaya çıkan özel netice arasında maddi nedensellik bağı olmalıdır.<sup>97</sup> Örneğin çocuk düşürme suçunda çocuğun düşmesi ve annenin ölmesi halinde temel netice çocuğun düşmesi özel netice ise annenin ölmesidir.<sup>98</sup> Yukarıda açıklanan görüşe bu tip suçları da gerçek olmayan neticesi sebebiyle suçlar olarak ifade etmektedir. Buna göre gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda meydana gelen temel netice ile özel netice arasında normca korunan hukuki değer bakımından nicelik değil nitelik ve tür farkı bulunduğu ileri sürülmektedir.<sup>99</sup>

### 2.3. Nedensellik Bağı

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda; failin hareketi ile temel netice ve failin hareketi ile özel netice arasında nedensellik bağı olmalıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda suçun maddi unsuru ile ilgili değil, suçun

---

<sup>93</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 311.

<sup>94</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 311.

<sup>95</sup> Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. baskı, İstanbul, 2008, s. 408.

<sup>96</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 310.

<sup>97</sup> Özen, s. 18, Hafizoğulları, Özen, s. 311.

<sup>98</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

<sup>99</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 411.

manevi unsuru ile ilgili bir istisna söz konusudur, dolayısıyla hareket ile neticeler arasında nedensellik bağı şarttır.<sup>100</sup>

Ceza hukukunda suçun oluşması için gereken nedensellik düşüncesi konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde ve uygulamada bu konuda izlenen teoriler; şart teorisi, uygun nedensellik teorisi ve insani nedensellik teorisidir. Türk Ceza Kanunu'nda tıpkı mülga Ceza Kanunu'nda olduğu gibi hangi nedensellik teorisinin benimsendiğine ilişkin bir düzenleme yoktur, bu yüzden Türk Ceza Kanunu bakımından nedenselliği açıklayan teoriler aynı değerdedir.<sup>101</sup> Aynı durum neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar bakımından da geçerlidir, maddi nedensellik bağının hangi teori esas alınarak gerçekleşeceği konusunda TCK'da hüküm olmadığı gibi doktrinde de fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>102</sup>

Şart teorisine göre hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması için hareketin neticenin herhangi bir şartını gerçekleştirmiş olması yeterlidir. Bu teoriye göre neticeyi meydana getiren her hareket neticenin şartı sayılmakta ve her hareket netice bakımından eşit nedensel değer taşıdığı için teori şartların eşitliği olarak da bilinmektedir. Teorinin en çok eleştiri alan noktası cezai sorumluluğun sınırlarını fazla genişletmesidir.<sup>103</sup> Neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlarda nedensellik bağının şart teorisine göre belirlenmesi gerektiğini savunanlar maddi nedensellik bağının kusurluluk ve hukuka aykırılıkla bir ilgisi olmadığını ve tamamen doğal, fiziki bir biçimde tespitinin gerektiğini, bu tespitin de şart teorisi ile en uygun şekilde yapılabileceğini ileri sürmektedirler.<sup>104</sup> Buna göre şart teorisinin cezai sorumluluğu genişletme tehlikesinin özel netice bakımından kusurun aranmadığı neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar bakımından var olmadığını belirtmektedirler.<sup>105</sup> Ancak neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlarda da cezai sorumluluğun sınırlarının genişlemesi tehlikesi ortadan kalkmadığı için görüşe katılmak mümkün olmamaktadır.<sup>106</sup> Örneğin çocuğu düşürülen kadının hastanede çıkan yangında ya da hastaneye götürülürken trafik kazasında ölmesi hallerinde dahi şart teorisine göre faili sorumlu tutmak gerekecektir.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Özen, s. 94.

<sup>101</sup> Erem, Faruk, "Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin", AÜHFD, C:25, S:3, 1968, s. 1, Hafizoğulları, Özen, s. 208.

<sup>102</sup> Özen, s. 95.

<sup>103</sup> Erem, s. 5, Hafizoğulları, Özen, s. 203, Centel, Zafer, Çakmut, s. 262.

<sup>104</sup> Özek, Çetin, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, 1972, İstanbul, s. 405.

<sup>105</sup> Özek, s. 406.

<sup>106</sup> Özen, s. 95, Hafizoğulları, Özen, s. 204, Toroslu, s. 59.

<sup>107</sup> Özen, s. 100.

Nedenselliği açıklayan diğer bir düşünce olan uygun nedensellik teorisinde hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun ve oranlı olması aranmaktadır. Uygun hareket hayatın olağan akışı içerisinde neticeyi meydana getirmeye elverişli harekettir. Uygunluk soyut nitelikte olduğu için hareketin atipik ve olağandışı neticeleri ile nedensel olduğu kabul edilmemektedir.<sup>108</sup> Uygun nedensellik teorisinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda meydana gelen özel netice bakımından objektif sorumluluğa gitme tehlikesini engellediği de bir görüş tarafından ifade edilmektedir.<sup>109</sup> Cezai sorumluluğu daralttığı için eleştirilen teori daha sonra geliştirilmiş ve karma uygun nedensellik teorisi savunulmaya başlanmıştır. Buna göre hareketin neticeyi doğurmaya elverişli olup olmadığı objektif ve subjektif olarak incelenmiştir. Objektif değerlendirmede değerlendirmeyi yapan kişinin tecrübesi ve hayatın olağan akışına göre olay anındaki koşullara göre hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı araştırılmaktadır. Subjektif değerlendirmede ise failin hareketi gerçekleştirdiği sıradaki tecrübesine, bilgisine ve somut koşullara göre neticeyi öngörmesi ve neticeyi meydana getiren hareketi yapması incelenmektedir.<sup>110</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda nedensellik bağının karma uygunluk teorisine göre tespitini savunan görüşe göre maddi nedensellik bağının hareketin gerçekleştiği an esas alınarak objektif olarak tespiti ve bu tespitite tüm tipik özellikler ile somut durumların dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre neticenin objektif bakımdan öngörülüp öngörülemeyeceği belirlenmeli, öngörülebiliyor ise hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu kabul edilmelidir. Görüş neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından subjektif değerlendirmenin gerekmediğini objektif değerlendirmenin yeterli olduğunu savunmaktadır.<sup>111</sup> Düşünce ile öngörülen taksir yaklaşımı benimsenmiştir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar objektif bir esasa dayandırılmış subjektif temeli dikkate alınmamıştır.<sup>112</sup>

Nedensellik bağı üzerine savunulan diğer bir teori ise insani nedensellik teorisidir. İnsani nedensellik teorisine göre insan irade ve şuur sahibi bir varlıktır ve hareketlerinin neticelerini öngörebileceği, hesaplayabileceği bir egemenlik alanına sahiptir. Bu bağlamda insanın egemenlik alanındaki neticeleri nedenseldir, egemenlik alanına girmeyen atipik, olağandışı neticelerden ise insan sorumlu değildir. Egemenlik alanına girmeyen atipik,

---

<sup>108</sup> Hippel, s. 141-142, Erem, s. 7-8, Hafizoğulları, Özen, s. 204-205.

<sup>109</sup>Hippel, s. 381.

<sup>110</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 273.

<sup>111</sup> Dönmezer, Erman, II. Cilt, s. 313.

<sup>112</sup> Özen, s. 100.

olağandışı neticeler bakımından nedensellik bağı kesilmektedir.<sup>113</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da nedensellik bağının dikkatle tespiti ve failin ortaya çıkan neticelerden sorumlu olması için sınırlı ve ölçülü bir yol belirlemek gereklidir. Cezai sorumluluğun aşırı genişlemesi ya da daralması sakıncaları en iyi insani nedensellik teorisi ile engellenebilmektedir.<sup>114</sup> Failin bir neticeden dolayı sorumlu olması için neticenin muhakkak failin egemenlik alanında doğmuş olması gereklidir. Gerçekleşmesine engel olamayacağı neticeden ötürü failin sorumlu tutulması insani nedensellik teorisine göre mümkün değildir.<sup>115</sup>

İnsani nedensellik teorisine göre atipik bir nedensel durum, mağdurun anormal durumu, mağdurun anormal kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru sonucu neticenin meydana gelmesi halleri failin egemenlik alanında değildir.

### **3. Kusurluluk**

#### **3.1. Kast**

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından öncelikle fiilin bilinçli ve iradi olması şarttır. Bunun herhangi bir istisnası bulunmamaktadır.<sup>116</sup> Bilinçli ve iradi bir fiil kusurlu olabileceği gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hallerinde olduğu gibi sadece hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağının olması yeterli sayılabilmektedir.<sup>117</sup> Bununla birlikte TCK 23. maddesi gereği neticesi sebebiyle suçlardan dolayı sorumlu olabilmesi için failin ağır netice bakımından da en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.

Hiç kimse iradesinin sonucu olmayan bir fiilden dolayı sorumlu tutulamamaktadır. Bilinçli ve iradi olan fiil failin iradesinin sonucu oluşan fiildir. Suçun manevi unsurundan söz edilmesinin ilk şartı fiilin bilinçli ve iradi olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Fiilin bilinçli ve iradi olmasının Kanun'da düzenlenmemiş olması bir eksiklik değildir.<sup>118</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç yani meydana gelen temel netice bakımından failin kastı bulunmalıdır. Kast kusurluluğun temel şeklidir. Kasttan söz edebilmek için failin kanunun suç saydığı tipik fiili bilmesi ve istemesi gereklidir.

<sup>113</sup> Erem, s. 17-19, Hafizoğulları, Özen, s. 206-208, Toroslu, s. 130-133.

<sup>114</sup> Özen, s. 100-101, Toroslu, 5. bası, s. 116.

<sup>115</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 209.

<sup>116</sup> Özen, s. 79.

<sup>117</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 272.

<sup>118</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 273.

Bilmek suç oluşturan fiilin önceden bir görünümüne sahip olmak fiili tasavvur etmektir.<sup>119</sup> Doktrinde bir görüş fiilin bilinmesi için failin fiili öngörmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre failin hareketin neticesini tam olarak bilemeyeceği sadece öngörebileceği ileri sürülmektedir.<sup>120</sup> Öngörmek ise aslında bir değer yargısında bulunmaktır.<sup>121</sup> Ancak öngörmek ile tasavvur etmek aynı anlamda değildir. Öngörmek tasavvur etmekten ziyade tahmin etmeyi hatırlatmaktadır. Tahmin etmek ise kastta değil taksirde söz konusudur, öngörmek her zaman failin hata ihtimalini kapsamakta iken bilmek bu ihtimali kapsamamaktadır.<sup>122</sup>

Kastın varlığı için kanuni tanımlarda belirtilen, tek tek suçları oluşturan tüm unsurların bilinmesi gereklidir.<sup>123</sup> Bilinmesi gereken unsurların neleri kapsadığı her bir suç tipine göre değişmektedir. Bu konudaki kesin ölçüt suçun kanuni tanımıdır.<sup>124</sup> Bilinmesi gerekli unsurlar fiilden önce var olan unsurlar olabileceği gibi fiille hem zaman olan ya da fiilden hemen sonra var olan unsurlar da olabilir.<sup>125</sup>

Bilmenin içine hukuka aykırılığın da girip girmediği tartışılmıştır. Türk Hukuk Sistemi bakımından kasttan söz edebilmek için failin fiilin hukuka aykırılığını, gayri meşruluğunu bilmesine gerek yoktur. Ancak hukuka aykırılığa 135. madde de düzenlenen kişisel verileri kaydetme suçunda olduğu gibi suç tanımında özel olarak yer verilmiş ise artık kastın oluşması için hukuka aykırılığın bilinmesi gereklidir.<sup>126</sup> Fiilin antisosyal niteliğini bilmek bakımından da failin anti sosyal bir davranışı gerçekleştirdiğini bilmesi gereklidir ancak kanunda düzenlenen yasağı bilmesine rağmen işlediği fiilin toplumsal bakımdan tehlikeli ya da zararlı olmadığına inanan fail işlediği fiilden sorumlu olmaya devam edecektir.<sup>127</sup> Zira hukuk düzeninin kendi kurallarına açıkça karşı gelinmesine müsamaha göstermesi mümkün değildir.<sup>128</sup>

Kastın bilme unsuru isteme unsurundan önce gelse de faile niteliğini isteme unsuru vermektedir. Fiilin fail tarafından ne zaman istenmiş sayılacağı hususu doktrinde hala tartışmalıdır. Bu konuda geliştirilen tasavvur teorisine göre neticenin tasavvur edilmesi kastın varlığı için yeterlidir. Teoriye göre irade sinir sistemini harekete geçirecek beden bir

---

<sup>119</sup> Toroslu, s. 185.

<sup>120</sup> Haft, s. 153, Doğan, s. 186.

<sup>121</sup> Ozansü, Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, 2007, İstanbul, s. 66, Doğan, s. 186.

<sup>122</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 381.

<sup>123</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 283.

<sup>124</sup> Toroslu, s. 185.

<sup>125</sup> Toroslu, s. 186.

<sup>126</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 282.

<sup>127</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 283.

<sup>128</sup> Toroslu, s. 187.



organının hareketini belirlemek ile sınırlıdır, bu sebeple neticenin ancak tasavvur edilmesi mümkündür.<sup>129</sup> Diğer bir teori olan irade teorisine göre ise iradenin amacı harici bir olaydır, hareket ise bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan bir araçtan ibarettir. Bu sebeple neticenin istenmesi kastın esasını oluşturmaktadır.<sup>130</sup> Günümüzde günlük hayatta iradenin ifade olarak kullanım alanı çok geniş olduğu için kastın varlığı için neticenin istenmesi gereği kabul edilmektedir.<sup>131</sup>

Fail tarafından neticenin ne zaman istendiğini belirlemek de kast bakımından önemlidir.<sup>132</sup> Failin iradesinin yöneldiği mümkün ve muhtemel sonuçlar fail tarafından istenmiş sayılır. Ancak bazen fail neticeyi öngörmesine rağmen bizzat o neticeyi meydana getirmek için hareket etmemiş olabilir. Böyle durumlarda failin meydana gelen neticeden sorumlu olması failin o neticenin gerçekleşmesine rıza göstermesine, o neticeyi kabul etmesine bağlıdır.<sup>133</sup> Gerçekleşmesine rıza gösterilen, kabul edilen neticeler failin gerçekleştirmeyi hedeflediği netice ile zorunlu biçimde bağlantılı, hareketin yapıldığı esnada gerçekleşmesi muhtemel ya da muhtemel görünen neticelerdir.<sup>134</sup> Bununla birlikte gerçekleşmesi imkan dahilinde olmakla birlikte failin gerçekleşmeyeceği inancı ile hareket ettiği neticeler kast kapsamında yer almamaktadır.<sup>135</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda fail mutlaka temel suça ilişkin kasta sahip olmalıdır.<sup>136</sup> Bununla birlikte temel suçun taksirle de işlenebileceği doktrinde ileri sürülmektedir.<sup>137</sup> Şayet gerçekleşen özel netice bakımından da failin kastı var ise artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç değil iki ayrı suç söz konusu olmaktadır.<sup>138</sup> Şayet temel suç bakımından failin taksiri bulunmakta ise artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç oluşmayacaktır, TCK 23. maddede de “ kastedilenden...” ifadesi ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından kastın gerektiği kabul edilmiştir.<sup>139</sup>

---

<sup>129</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 278.

<sup>130</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 278.

<sup>131</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 278.

<sup>132</sup> Toroslu, s. 182.

<sup>133</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 279.

<sup>134</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 279.

<sup>135</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 280.

<sup>136</sup> Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S:5, s. 229, Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, Ankara, s. 210.

<sup>137</sup> Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, İstanbul, s. 390, Özen, s. 187.

<sup>138</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

<sup>139</sup> Doğan, s. 190-191, Özbek, s. 229.

### 3.2 Taksir

23. madde de kastettiğinden daha ağır ya da başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesine yer verilmiştir.

Taksirin esasına ilişkin çeşitli düşünceler ortaya atılmıştır. Bunlardan birisi taksirin temelini öngörülebilirlik de bulmaktadır. Buna göre; istenmeyen neticenin öngörülememesi taksirdir, fail hareketin mümkün ve muhtemel neticelerini hesaplamada isteyerek dikkatsiz davranmıştır.<sup>140</sup> Failin öngörebilme olanağına sahip olması taksiri kaza ve rastlantıdan ayırmaktadır.<sup>141</sup> Bu görüş bilinçli taksiri açıklayamadığı için eleştirilmiştir.<sup>142</sup> Önleyebilme görüşüne göre fail öngörebilir ve önleyebilir olduğu halde iradi olarak neticeyi öngörmek ve önlemek için gerekli dikkati göstermemektedir.<sup>143</sup> Taksiri dikkatli olmak ödevinin ihlali olarak açıklayan görüşe göre taksir failin uyması mümkün ve istenmeyen neticeleri önlemeye yönelik zorunlu davranış kurallarına uymamasıdır. Dikkatli olmak kanuni bir yükümlülüktür. Kast doğal psikolojik bir gerçeklik iken taksir ipotetik normatif bir kavramdır. Bu görüş gerekli teknik donanıma ve yeterli tecrübeye sahip olmadığı halde kritik bir ameliyat yapan ancak tüm dikkatli olan bir hekimin durumunu açıklayamamaktadır. Zira tedbir dikkati de içine alan bir kavram olduğu halde dikkat tedbiri kapsamamaktadır.<sup>144</sup> Diğer bir düşünce ise taksiri istenmeyen neticeleri önlemeye yönelik devlet ya da kurum tarafından konmuş yasaklara ve toplum da kendiliğinden oluşan normlara uymamak hali olarak açıklamaktadır. Bu düşünceye göre taksirin esası toplumsal hayatın karmaşıklığında aranmalıdır ve taksirin en belirgin özeliği tedbirli olmak ödevinin ihlal edilmesidir.<sup>145</sup> Taksirin kusurluluk sayılmasının nedeni failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır.<sup>146</sup> Dikkat ve özen yükümlülüğü olmasına karşın fail gerekli dikkati göstermemek ve tedbirleri almamak suretiyle zararlı neticeye sebep olmaktadır, bu yüzden fail istemese dahi gerçekleştirdiği neticeden sorumludur.<sup>147</sup>

Taksirin esası TCK'nun 22. maddesinde; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında

---

<sup>140</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 287.

<sup>141</sup> İçel, Taksir, s. 81, Toroslu, s. 115.

<sup>142</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 287,

<sup>143</sup> İçel, Taksir, s. 81, Toroslu, s. 117, Hafizoğulları, Özen, s. 287.

<sup>144</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 287.

<sup>145</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 288-289.

<sup>146</sup> Jescheck, Weigend, s. 565, İçel, s. 105-106.

<sup>147</sup> İçel, s. 138.

belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır.

İstisnai bir sorumluluk türü olan taksirden söz edebilmek için; taksirle işlenebilen bir suçun olması, hareketin iradi neticenin ise iradi olmaması, davranış kurallarının ihlal edilmesi, davranış kurallarının ihlalinin faile isnat edilebilir olması ve davranış ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunması gereklidir.<sup>148</sup>

Taksir her suçta ispat edilmelidir. Taksir karinesi bulunmamaktadır. Taksirin her somut olayda ispatının zorunlu olmaması taksirden sorumluluk için sadece maddi nedensellik bağının yeterli sayılması ve ayrıca faille fiili arasında manevi bir bağın aranmaması sonucunu doğurmaktadır.<sup>149</sup>

Taksir; toplumsal hayatın zorunlu kıldığı tedbir kurallarına aykırı davranmak olan genel özensizlik ve emirlere ve nizamlara aykırı davranmak hali olan özel özensizlik hallerinde ayrı şekillerde tespit edilmelidir. Genel özensizlik halinde fail fiilinin mümkün ve muhtemel neticelerini öngörebilmelidir. Yani fail öngörebileceği neticelerinden sorumludur. Öngörülebilirliğe ayrıca önlenabilirlik de eklenmelidir. Hâkim somut olayda failin durumuna göre sonucun öngörülür olup olmamasını değerlendirecektir. Hâkimin öngörülebilirlik üzerine vereceği yargı görecelidir.<sup>150</sup> Özel özensizlik halinde ise artık failin neticeyi öngörüp öngöremediği değil zararlı neticeleri önlemeye yönelik davranış kurallarına uyup uymadığı incelenecektir.<sup>151</sup>

TCK ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda objektif sorumluluğu kaldırmak iddiasıyla aksi ispatlanamayan bir taksir karinesi kabul etmiştir. Taksir karinesi ise objektif sorumluluğu kaldırmamakta sadece ismini değiştirmektedir.<sup>152</sup> Kaldı ki suçu ağırlaştırıcı netice bakımından taksirin belirlenmesindeki güçlük sebebiyle uygulamada taksir tespit edilmeyecek ve taksir karinesi her somut olayda geçerli olacaktır.<sup>153</sup>

23. maddenin düzenlemesi aynı maddi konuya yönelik olarak hem kastı hem de taksiri düzenlemesi bakımından yerinde değildir.<sup>154</sup> Hareket bakımından failin kastı, cezayı ağırlaştırıcı özel netice bakımından ise failin taksirinin aranması aynı fiile ilişkin olarak failin iki farklı kusurunun olması

<sup>148</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 290.

<sup>149</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 297.

<sup>150</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 298.

<sup>151</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

<sup>152</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 308.

<sup>153</sup> Toroslu, s. 210-211, Hakeri, s. 216.

<sup>154</sup> Hafizoğulları, Özen, s.306, Doğan, s. 203.

sonucunu doğurmaktadır.<sup>155</sup> Doktrinde bu durumu önlemek için özel netice bakımından taksirin değil öngörülebilirliğin aranması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>156</sup> Failin kasten hareket etmekle zaten özel netice bakımından objektif özen yükümlülüğünü de ihlal etmiş olduğu belirtilmektedir.<sup>157</sup> Bu noktada fail ile özel netice arasında manevi bağın kurulmasının failin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığına bağlı olduğu ifade edilmektedir.<sup>158</sup>

## SONUÇ

Kusursuz sorumluluk hali olan objektif sorumluluk istisnai olarak belli suçlar bakımından kabul edilmektedir. Bu suçlar; kastı aşan suç, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve basın yoluyla işlenen suçlardır.

5237 Sayılı TCK'nun her ne kadar objektif sorumluluğu kaldırdığı iddia edilse de 23. maddedeki düzenleme bazı noktalar bakımından yerinden değildir. Öncelikle hüküm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar başlığı altında hem kastı aşan suç hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemiştir. Kastı aşan suçta söz konusu olan failin kastından ağır neticenin meydana gelmesidir, burada tek bir netice meydana gelmekte ancak meydana gelen netice failin kastettiğinden daha ağır olmaktadır. Yaralama kastına sahip olan failin hareketi sonucunda mağdurun ölmesi hali bu duruma örnektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin hareketinden 2 ayrı netice meydana gelmektedir. Bunlardan ilki failin işlemeyi kastettiği temel suça ilişkin iken diğeri failin kastının dışındadır. Örneğin çocuk düşürme sonucunda kadının da ölmesi halinde ilk netice temel suça ilişkin olarak çocuğun düşmesi iken özel netice failin kastının dışında kalan kadının da ölmesidir.

Türk Ceza Kanunu 23. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından meydana gelen özel neticeden failin sorumlu tutulması için bu netice bakımından failin en az taksirle hareket etmesi gereğini kabul etmiştir. Bu şekilde objektif sorumluluğun hukuk düzeninden çıkarılması amaçlanmaktadır. Ancak Kanun Koyucu aslında hukuka aksi ispatlanamayan bir taksir karinesi getirmektedir. Taksir her somut olayda tespit edilmesi gereken bir kusurluluk türüdür. Taksir karinesinin kabulü ile hakim her somut olayda gerçekleşen özel netice bakımından inceleme yapmadan taksirin varlığını kabul edecek ve farklı bir şekilde yine objektif sorumluluk varlığını koruyacaktır.

---

<sup>155</sup> Doğan, s. 203.

<sup>156</sup> Doğan, s. 204.

<sup>157</sup> Lackner, Kühl, s. 346, Doğan, s. 204.

<sup>158</sup> Doğan, s. 204.

## KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2011, İstanbul.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. baskı, Ankara, 2010.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. baskı, İstanbul, 2008.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2010, Ankara.
- Doğan, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2011, Ankara
- Dönmezer, Sulhi, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, IX, C:3, S:4, 1944, ss. 473-494.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt II, 1959, İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt II, 1959, İstanbul.
- Erem, Faruk, “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, AÜHFD, C:25, S:3, 1968, ss. 1-21.
- Evik, Vesile Sonay, Evik, Ali Hakan, “İstenmeyen Neticeden Sorumluluk”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, 2004/1-2, ss. 113-135.
- Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl age, Berlin 2005.
- Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, 2004.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 2003, Ankara.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2011, Ankara.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2012, Ankara.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2010, Ankara.
- Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teil II, 2005, Stuttgart.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, 1967, İstanbul.
- İçel, Kayıhan, Evik, Ali Hakan, İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler II. Kitap Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, 2007, İstanbul.

- Jescheck, Hans Heinrich, Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, Berlin.
- Keyman, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, XL, 1-4, 1988, Ankara, s. 121 – 151.
- Lackner, Karl, Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2004.
- Liszt, Franz, Schmidt, E., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1932, Berlin Leipzig.
- Maiwald, Manfred, “İcrai ve İhmali Davranış – Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, çeviren: Cumhuriyet Şahin, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler, 1998, Konya.
- Ozansü, Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, 2007, İstanbul.
- Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S:5.
- Özek, Çetin, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, 1972, İstanbul.
- Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, 1998, Ankara.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006, München
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev: İzzet Özgenç, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, 1998.
- Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 1949, İstanbul.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, 2001, Ankara, 5. Baskı.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, 2010, 13. Baskı.
- Toroslu, Nevzat, Ersoy, Yüksel, Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu, II. Kitap, 2004, Ankara.
- Tröndle, Herbert, Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 2007, München.
- Von Hippel, Robert, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, Berlin.

# ESKİ ÇAĞLARDA SUÇ HUKUKU

*Prof. Dr. Sami SELÇUK\**

## I-GENEL DEĞERLENDİRMELER

Sıklıkla belirtildiği gibi, tarih, kimileyin insanbilimsel (antropolojik), yani insanı somut olarak bütün “varlık koşulları” ile birlikte ele alır. Tarih konularına bu biçimde yaklaştığı zaman, “yazılı tarih öncesi”nden (prehistoria)<sup>1</sup> bu yana suç(luluk) olgusuna rastlandığı ve bu olgunun topluma ve toplum içinde yaşamak zorunda olan insana özgü en eski ve en sürekli bir gerçek olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü adalet kavramı insanın tarihiyle yaşittir.

Öte yandan, yine yukarıda da belirtildiği üzere, yasa koyucuların ve öğretinin suç ve suçluluğa karşı verdikleri yanıtların, tepkilerin ve sergiledikleri çözümlerin tarihi, evrimsel kaynaklar, geniş anlamda suç politikasına temel oluşturmaktadır.

Suç hukukunun tarihsel açıdan evrimini salt zaman dizisine göre incelemek elbette olanaklıdır. Nitekim çoğu zaman böyle yapılmış ve suç hukuku dört evrede incelenmiştir: İlkel, ortak (müşterek), yeni zamanlar ve çağdaş suç hukuku evreleri<sup>2</sup>.

Ancak, bu yöntem salt zaman dizinsel bir hukuk tarihi için geçerlidir.

Suç hukuku için doğru yöntem, elbette başlıca belirleyici etkenlerden yola çıkarak ve kırılma noktalarını gözeterek konuya yaklaşmaktır. Çünkü belirleyici etkenler, suç hukukunun evriminde kırılmalar doğurmuş; keskin dönemlere yol açmıştır.

Bu belirleyici etkenlerden birincisi hiç kuşkusuz “*devlet*”tir. Devlet ile birlikte kamu yetkesi (sulta, otorite) ortaya çıkmıştır. Böylelikle suç hukuku kamu hukukunun kapsamında görmüş, suçu kovuşturma ve cezalandırma, devlet egemenliğinin doğal sonucu olarak, kamusal nitelik kazanmış, yazılı hukuka gereksinme duyulmuştur.

---

\* Eski Yargıtay Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Mengüoğlu, İnsan Felsefesi, İstanbul, 1988, s. 145, 146.

<sup>2</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, İstanbul, 1998, n. 54 vd.

Bir başka belirleyici etken, Rönesans olgusudur. Rönesans ile birlikte ortak hukuka doğru önemli adımlar atılmıştır.

Önemli etkenlerden biri de Aydınlanma ve Sanayi Devrimidir. Aydınlanma ile birlikte din ve hukuk ayrışması yaşanmış, suç hukukunda akılcılık ve laikleşme/sekülerleşme/insancılık ivme kazanmıştır. Sanayi Devrimi ile birlikte ise suç hukukuna doğal bilimler açısından yaklaşılmaya başlanmış, okullar çatışması yaşanmış ve yeni suç türleri ortaya çıkmıştır.

Bütün bu etkenler gözetildiğinde suç hukukunun evriminin kimi çarpıcı uğrakları ortaya çıkmaktadır:

Birincisi, toplum barışını ve düzenini kurmak ve yürütmek, suç hukukunun temel amacı ve işlevi olmuştur.

İkincisi, düzenlemeler somut, özel ve olaycı/saymacı (casuistique) yöntemden soyut, genel ve dizgesel (sistematik) yönetime kaymıştır. İlkel dönemlerde töreye dayanan suç hukuku; belli ve bilinen suçlarda somut ve olaycı/saymacı düzenlemelerle yetinmiş, daha sonraları deneye dayalı hükümlere yaslanmış, son aşamada ise soyut ve genel tanımlarla genel bir suç kuramına ulaşmıştır. Bu, binlerce yıldan bu yana binlerce düşünürün beyninden süzülüp gelen bir ilerlemedir.

Üçüncüsü, bu evrimin doğal sonuçlarından biri de şu olmuştur: Suç hukuku başlangıçtaki kişisel/özel eylemlere ve genel geçerli duruma (konjonktür) göre değişen başına buyrukluktan kurtulmuş, nesnel, genel ve yasalarla belirlenen kurallara bağımlı ve daha güvenceli bir noktaya ulaşmıştır.

Dördüncüsü, sorumluluk; ortaklaşa (kolektif), sonuca dayalı, nesnel (objektif) temellere yaslanmaktan çıkmış, kişisel ve öznel (sübjektif) ilkelere dayanmaya durmuştur.

Beşincisi, hukukun tanrısal kaynağı, bugünü biçimlendirmiş, ancak dünde kalmıştır. Yaşadıkları dönemlerde peygamberler, dönemlerinin törelerini derleyen yasa koyuculardır. Aydınlanma ve Sanayi devriminin etkisiyle, suç hukuku bir yandan laikleşirken/sekülerleşirken, bir yandan da kendi alanına çekilmiş, öbür hukuk dallarının yetmediği zamanlarda başvurulan “*son çare*” (ultima ratio, extrema ratio) olmuştur. Bilimsel araştırmalar zenginleşirken ve okullar çatışması yaşanırken, suç ve suçlulukla savaşıırken, suç işleyenin yaptırımla karşılaşacağı inancının kesinliği ön plana alınmış; insancı akımların etkisiyle gelişme, yaptırımlarda yumuşamaya doğru olmuştur. Ancak Jhering’in ünlü sözü, sadece bu yumuşama açısından doğrulanmıştır: “Cezanın tarihi, sürekli kaldırmanın (ilganın) tarihidir”.



Altıncısı, bir yandan suç hukukunun küresel kurallarına ulaşılrken, öte yandan da suç hukukunun bir toplumun gelişmesi ve kültürel dokusu ile çok yakından ilgisi bulunduğu ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>.

Yedincisi, suç hukukunun evrimi, günümüzdeki birçok kavramların çok eski tarihlerde de ortaya çıktığını göstermektedir. Söz gelimi, “*tekerrür*” kavramının bundan üç bin yıl önce Çin hukukunda yer aldığı anlaşılmıştır. O nedenle tarihsel evrimi bilmenin birçok hukuksal kurumun kökenini bilmek ve suç hukukunun kültürel kaynaklarının temellerini eşelemek anlamına geldiği açıktır. Bu temelin bir kavramı ve kurumu algılamada ve yorumda önemli olduğunu söylemeye gerek yoktur.

Ortolan, 1880’lerde değişik dönemler, yerler, halklar ve birbirini izleyen toplumsal olaylar gözetildiğinde, insanlık tarihinin kimi yasalara yaslandığını, bunun suç hukukunun evriminde de görüldüğünü ileri sürmüştür. Yazara göre bunlardan birincisi, nesnelere gibi olaylar da birbirini izler. Görünüşte ve kaçamak nedenler, olayların birbirleriyle ilgili bağlantısını etkilemez. İkincisi, bu olaylar insandan insana, kentten kente, halktan halka iletilir ve öykünme konusu olur. Üçüncüsü, çeşitlilikte birlik ve benzerlik vardır. Böylelikle karanlıktan aydınlığa, yanlıştan doğruya doğru yol alınmış olur. Suçların yargılanması da elbette bu doğrultuda gelişmiştir. Aile ya da oymak (klan, kabile, aşiret) başkanları yahut da senyörler, krallar ile sıradan insanlar, kanıtların inandırıcı olup olmadığını önce sığ ve akıl dışı denemelerden/sınamalardan (ordalie) geçirmek gibi yöntemlere başvurmuşlardır. Daha sonraları akılcı ilkelere bağlı biçimde örgütlenen ceza adaletine ulaşılmıştır<sup>4</sup>.

Öte yandan toplumbilimsel açıdan her toplumda bir *düzgüler* (norm) dizgesi görülmüştür. Toplumsal düzgülerin oluşum sürecinde kesinlikle bir hukuksal dizge ortaya çıkmıştır<sup>5</sup>.

Cezanın evrimini irdeleyen Durkheim, ceza yaptırımının evrimine iki toplumbilimsel yasanın yön verdiği kanısındadır. Birincisi, “*nicelik yasası*”dır. Bu nicelik yasası uyarınca cezanın katılığı ve ağırlığı, toplumun gelişme düzeyine ve rejimin/iktidarın yapısına göre değişmektedir. Cezalar, az gelişmiş ve merkezi iktidarın güçlü olduğu toplumlarda daha ağır; gelişmiş ve merkezi iktidarların güçsüz olduğu toplumlarda daha hafiftir. Bunun yanı sıra cezalar, tanrısal/dinsel suçlarda daha ağır, insanlar arası suçlarda daha

<sup>3</sup> Benzer görüşler için bk: Dönmezer/Erman, n. 55, 56; Vidal/Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris, 1935, n. 13; Garraud, Théorique et pratique du droit pénal français, I, Paris, 1913, n. 49; Charles, Histoire du droit pénal, Paris, 1955, s. 18.

<sup>4</sup> Ortolan, Eléments de droit pénal, Paris, 1886, n. 49-59.

<sup>5</sup> Özcan, İlkel Toplumlar da Toplumsal Kontrol, Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk, İstanbul, 2012, s. 38.

hafiftir. İkincisi ise, “*nitelik yasası*”dır. Bu nitelik yasasına göre, cezada gelişme, özgürlükten yoksun kılma cezasına doğru olmuştur<sup>6</sup>.

Bütün bunları, dünyada, özellikle Batıda gelişen ve dolayısıyla bütün dünyayı etkileyen suç hukukunun evrimini göz önünde tuttuğumuzda Aydınlanma öncesi ve sonrası olarak iki başat bölüme; Aydınlanma öncesi evreyi de devlet öncesi ve sonrası evre; devlet sonrası evreyi ise eski çağlarda suç hukuku evresi ve ortak suç hukuku evresi olarak iki bölüme ayırarak incelemekte yarar vardır. Aydınlanma sonrası suç hukuku evresini de öğretiler dönemi suç hukuku ve çağcıl suç hukuku evresi olarak irdelemek gerekir<sup>7</sup>.

Bu incelemede sadece Aydınlanma öncesi eski çağlarda suç hukukunun evrimine değinilecektir.

### A-DEVLET ÖNCESİ SUÇ HUKUKU EVRESİ

Hiç kuşkusuz, devlet, dünyanın her yerinde aynı anda ortaya çıkmamıştır.

Devletin olmadığı ve kamu yetkesinin bulunmadığı her yerde görüldüğü üzere bu evrede “*insana özgü adalet*” (la justice privée) geçerlidir. Bu adalet anlayışı ise sık sık “*tanrıya özgü adalet*”le (la justice divine) keşişir. Suça karşı toplumun tepkisi, dinseldir, gizemlidir (mistik), katıdır. Tarihin ilk dönemlerinden bu yana güç sahipleri, hukuksal her işlemde, dolayısıyla suç hukuku yaptırımını uygulamalarında tanrısal gücü ve istenci (irade) arkalarına almayı laik dönemlere dek sürdürmüşlerdir<sup>8</sup>.

İlkel topluluklarda topluluk üyeleri arasında benzerliğe dayanan biçimsel (mekanik) bir dayanışma bulunmaktadır<sup>9</sup>. Hukuk uygulamasını da bu biçimsel dayanışma belirlemektedir. Dolayısıyla sorumluluk ortaklaşadır<sup>10</sup>.

Bu evre ile ilgili bilgiler ise çoğu zaman güvenilir nitelikte değildir. Söylenceler, kutsal metinler, öyküler, destanlar kimi ipuçlarını vermektedir.

Soy, din, toplulukların yapısı, iklim; tepkinin örgütleniş biçimini belirlemiştir. Bunlar değiştikçe tepkiler ve çözümler de değişmiştir. Ancak

<sup>6</sup> Durkheim, (Hamide Topçuoğlu), Ceza Evriminin İki Kanunu, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, 1966, s. 117-148.

<sup>7</sup> Garraud da, evreleri üçe ayırmaktadır: a-Yabanıl (barbar) suç hukuku ve insana özgü suç evresi, b- Suç hukukunun dinsel anlayışını yansıtan evre, c-Siyasal (laik) suç hukuku evresi (n. 50).

<sup>8</sup> Jeandidier, Droit pénal général, Paris, 1988, n. 34; Ekinci, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011, s. 26.

<sup>9</sup> Özcan, s. 20.

<sup>10</sup> Özcan, s. 285 vd.

yine de yeryüzünün çeşitli kesimlerinde görülen suça tepki biçimlerinin kimi ortak yönleri dikkati çekmektedir. Toplumsal örgütlenmenin ve uygarlığın gelişimine bağlı olarak, benzer evrelerin yaşandığı görülmektedir. Günümüzde bile, henüz **“oymak”** (klan, kabile) evresini yaşayan topluluklarda oymaklar arası savaşın ve kisasın (talion) var olduğu bilinmektedir. Bugünkü suç hukukunun, inanılandan daha çok, insana özgü adalet geleneklerinden, içgüdüsel tepkilerden ve kimi büyülere ilişkin esinlerden kaynaklandığı ileri sürülmüştür<sup>11</sup>.

Tarihin karanlık dönemlerinde birey, aynı soydan gelenlerin koruması altında bulunmuştur. Bu insanların oluşturduğu topluluklar, doğanın zorlamasıyla bütünleşmiş, aile oymak boyutunda genişlemiştir. Yönelimsel ve siyasal birlik, ancak böylelikle sağlanabilmiştir. Oymağın üyeleri tam bir biçimsel dayanışma içinde olduklarından kendilerini korumak için kendi olanaklarıyla davranmak zorunda bulunan insanlar, elbette gittikçe şiddetlenen **“öç”**e başvurmuşlardır<sup>12</sup>. İlkel olsa da, öç kadar insanın doğasında var olan ve insanı kışkırtan bir gücün bulunmadığı, ayrıca öcün ahlaksal açıdan iyilikle kötülüğü ayırt etmede ve haksızlığa yanıt vermede ölçüt oluşturduğu ileri sürülmüştür<sup>13</sup>.

Bu durumuyla devlet öncesi ilkel topluluklarda iki türlü dönem ve hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır: Birincisi, **“insana özgü öç”** (la vengeance privée), savaş (faida) dönemi ve hukuk anlayışı; ikincisi, **“Tanrı’ya özgü öç”** (la vengeance divine) ve hukuk anlayışı.

İlkel dönemin değişmez özelliklerinden birincisi, suçun kötü ruhların etkisiyle işlendiğine; ikincisi de, tarihin ve mantığın çürüttüğü cezanın caydırıcılığına olan inançtır. İlkel topluluklar, doğaüstü güçlerin korkusuyla kuşatılmıştır. Gelenek ilkel topluluğun şansıdır. Geleneğin dışına çıkmak, bilinmez dertlere yol açar. Dahası, sorumluluk ortak olduğu için de bütün topluluğu tanrıların öcüyle karşı karşıya getirir. Sözgelimi, aile içi evlilik, büyücülük, temel yasakları (tabu) çiğnemek anlamına gelir ve ağır biçimde cezalandırılır. Cezanın ağırlığı, suçluya acı vermekten çok, tanrıların öfkesini yatıştırarak, onların topluluğa vereceği zarardan kurtulmaktır. Bu nedenle aşığılama ve sürgün cezaları sıkça kullanılmıştır. Yunanlılarda bile sürgün edilecek kişinin adı, sürekliliği sağlamak için, bir kabuğa yazılmıştır<sup>14</sup>.

Suç hukukunun evrimini iyi kavramak için bu hukuk anlayışlarını ve ana çizgilerini bilmek gereklidir.

<sup>11</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, Droit pénal général, 2000, Paris, n. 56.

<sup>12</sup> Adolphe/Hélie/Villey, Théorie du Code pénal, Paris, 1887, I, s. 3.

<sup>13</sup> Solomon, (Ertuğ Altınay), Adalet Tutkusu, İstanbul, 2004, s. 64.

<sup>14</sup> Barnes/Teeters, (Devrim Aydın), İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri, Ankara Baro Dergisi, 2011, S. 4, s. 163-165.

Bu tarihsel süreç incelendiğinde şu olgu, açıkça görülmektedir: Suçların ve cezaların evrimi, dünyanın her köşesinde az çok birbirine benzer biçimde olmuştur. Özetle kişisel öç almadan kamusal suç kavramına doğru yürüyen bir süreçtir bu<sup>15</sup>.

## **1- İNSANA ÖZGÜ ÖÇ VE SAVAŞ DÖNEMİ VE HUKUK ANLAYIŞI**

### **a-Bu hukuk anlayışının türleri**

Bir toplulukta devlet gücü yok ise, dolayısıyla adalet bağımsız yargı organlarının ve üçüncü kişilerce, yansız yargıçlarca dağıtılmıyorsa, herkes uğradığı haksızlığa karşı biçim seçmede ve öcünü almada özgürdür, kendi davasının da yargıcısıdır. Bunun adı da “insana özgü öç”tür. Elbette bir savaştır, bu.

İlkel topluluklardaki adalet anlayışı budur.

Bu olguyu iki başlık altında incelemek olanaklıdır: Aile içi ya da oymak içi adalet, oymaklar arası adalet.

### **1.Aile ya da oymak içi adalet ve suç hukuku**

Oymak/aile içinde bir kimsenin bir başkasına zarar verici bir eylemi söz konusu olduğu zaman tepkinin, hatta aile içindeki savaşın (faida) boyutunu belirlemek, sorun yaratmamaktadır. Çünkü ailenin ya da oymağın başı/başkanı, savaşta komutan, barışta siyasal, yargısal ve dinsel başkan olarak mutlak yetkilere sahiptir. Hatta Eski Mısır’da, Yunanistan’da, Roma ve benzeri devletlerde bile ailelerin ya da oymakların başkanları, bu yetkileri uzun süre korumuşlardır<sup>16</sup>. Özellikle babanın başkan olarak kendisine karşı çıkan çocukları, zina yapan eşi ağır cezalarla cezalandırması, aile içinde düzeni sağlamıştır<sup>17</sup>.

Aile ya da oymak içi adalet anlayışına gelince, burada egemen ilke şudur: İnsanlığın her döneminde olduğu gibi, iyiler ödüllendirilmeli, kötüler cezalandırılmalıdır. Söz gelimi, bu durum, Konfüçyüs’ün anlayışta da vardır. Oymağa yararı olan da, zararı olan da oymak başına (bir tür hakana, hükümdara) bildirilecektir. Bildiren ödüllendirilecek, zarar veren cezalandırılacaktır. Hatta oymağa zararı olan kişiyi bildirmeyen kişi de, onunla eş düzeyde tutulacak ve cezalandırılacaktır<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les bourreaux, 25 siècles de répression, Paris, 1972, s. 13.

<sup>16</sup> Sefani/Levasseur/Bouloc, n. 57; Vidal/Magnol, n. 14, 19.

<sup>17</sup> Ortolan, n. 54; Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, 1943, n. 19.

<sup>18</sup> Campbelle (K. Emiroğlu), Doğu Mitolojisi, Tanrı'nın Maskeleri, Ankara, 2003, s. 400, 401.

Bu dönemlerde suçların yasallığı ilkesinden söz etmek olanaksızdır. Bu nedenle oymak başkanlarının yetkileri kural olarak mutlaklıdır. Ancak başkanlar yine de başına buyruk (keyfi) değildirler. Her şeyden önce, oymak başkanlarının yetkilerini sınırlayan toplumsal denetim düzenekleri, her toplumda görüldüğü gibi, oymak aşamasını yaşayan topluluklarda da görülmüştür. Topluluğun yararı; kişisel duyguları izin vermese bile, başkanı ceza vermeye zorlamıştır. Oymak ile Tanrı, yani kutsal güce sahip totem arasındaki bağ, çok güçlüdür. Dahası totem, oymağın bütün üyelerini birleştiren öğedir. Totemcilikte ayrıca yoksunlukları, acıları gerektiren kimi yasaklar (tabu) da söz konusudur<sup>19</sup>. Çünkü ilkel topluluklarda insan davranışlarını yasalar değil, totemler, yasaklar, gelenekler belirlemektedir. Yakınlar arası cinsel ilişkinin (ensest), şeytansı büyücülüğün, oymak yiyeceklerinin tehlikeye düşürülmesi, topluluğun gizli dinsel törenlerine karşı çıkılması yasaklarının nedeni budur<sup>20</sup>. Bu yüzden başkan, söz gelimi, bir insanın kanını dökme eylemi gibi bir olayda, Tanrı'nın, totemin öfkesine yol açmamak ve oymağın güvenliğini tehlikeye düşürmemek için suçluyu cezalandırmak zorundadır. Çünkü ilkel çağlarda suç, kötü ruhların eylemiydi, cezanın da amacı tanrıların öfkesini dindirmektir. Topluluk, ancak bu yolla suçludan uzaklaştırılarak korunmuş, onu topluluk ve dayanışma dışına itmiş olmaktadır. Tanrı'yı aşağılama, savaştan kaçma, dinden çıkma, insan öldürme gibi eylemlerin cezaları genellikle ölümdür ya da sürgündür. Ölüm cezası çoğu zaman acımasızca yerine getirilmektedir. Sürgün cezası ise kimi zaman ölüm cezasından daha ağır sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü oymaktan uzaklaştırılan ve onun korumasından çıkan bir insan, sahipsiz yarı hayvan gibi algılanmakta ve herkesin onu öldürme ve/ya köle yapma hakkı bulunmaktadır<sup>21</sup>.

Aile içinde ceza, kendi kurallarına göre verilmektedir. En etkili yöntem, aile tanrılarının yasalarına göre, sürgündür. Bu cezanın anlamı, suçlunun bu dünyanın ve ruhlar dünyasının korumasından uzak kalacak olmasıdır<sup>22</sup>.

## **2.Oymaklar arası adalet ve suç hukuku**

Oymak içinde adalet dağıtımı, yukarıda değinildiği üzere, çoğu zaman sorun yaratmamaktadır. Ancak, birbirlerinden bağımsız, özerk, egemen oymaklar arasında suç işlendiği zaman, bu eylemleri cezalandıracak ortak ve

<sup>19</sup> Challye, *Petite histoire des grandes religions*, Paris, 1947, S. 16, 19, 20.

<sup>20</sup> Day, (Devrim Aydın), *Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası*, CHD, Ağustos 2011, S, 16, s. 240.

<sup>21</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 57; Dönmezer/Erman, n. 58; Barnes/Teeters, s. 163.

<sup>22</sup> Barnes/Teeters, s. 165.

üst bir yetke bulunmamaktadır. Bu yüzden, öç alma ve dolayısıyla oymaklar arasında savaş kaçınılmaz olmaktadır. Gerçekten bütün ülkelerde, uzun süre Korsika adasında görüldüğü üzere, suç hukukunun kökeninde “öç” (intikam, kanı yerde bırakmama, kanın öcünü alma, vendetta, vengeance) anlayışının yattığı görülmektedir<sup>23</sup>.

Öç ve savaş adaletinin ahlaki temellerine ve özniteliklerine (karakteristik) gelince, hemen vurgulamak gerekir ki, hiç kuşkusuz burada, yukarıda değinildiği üzere, “tanrısal/ilahi öç” değil, “insana özgü öç” söz konusudur.

## **b-İnsana özgü öç/savaş dönemi ve hukuk anlayışının öznitelikleri**

### **1.Ahlaki öznitelikler**

Her şeyden önce “öç”, edilgin özne (mağdur) ve ailesi için bir “hak”tır. Oymak dışında bir yabancıнын öldürülmesi, eğer bundan bir yarar umuluyorsa, önceleri olağan bir olay olarak algılanmıştır. Öyle ise oymağa zarar veren bir saldırganın öldürülmesi öncelikle (a fortiori) haklı ve ahlaki bir eylem olarak algılanacaktır.

Bunun yanı sıra öç, edilgin öznenin yakın akrabasının yerine getirmesi gereken bir “ödev”dir/”yükümlülük”tür de. Bu ödev/yükümlülük yerine getirilmediği takdirde aşağılanma söz konusu olmaktadır. Oymak, öç alması gereken kişinin zamanaşımına uğramayan bu ödevi yerine getirip getirmediğini sürekli gözetler, gerektiğinde ona yardımcı olur. Eğer öç alıcı, düşman oymağa karşı bu ödevi kurallarına uyararak yerine getirirse, bu konuda hiçbir sınırlama getirmeyen ahlaka uymuş olmaktadır. Dahası, amacın kutsal olması, kullanılacak bütün araçları haklı kılmaktadır. Düşman oymağın hiçbir üyesi, yaşı ya da cinsiyeti ne olursa olsun, öç almanın konusu olmaktan kurtulamamakta ve verilen zarar gittikçe katlanabilmekte; dolanlı (hileli) ve ahlak dışı bütün yöntemlere başvurulabilmektedir<sup>24</sup>.

### **2.Hukuki öznitelikler**

Özellikle oymaklar arası ilişkilerde insana özgü öç, ne denli katı ve ilkel olursa olsun, toplum düzeninin sürdürülmesinin kesin güvencesi olmuştur. Çünkü öç alınacağını bilen kişi, öldürmekten cayacaktır. Öç korkusu ve öcün doğuracağı sonuçlar, bu güvenceyi ve karşı oymağa saygıyı sağlamıştır. Ayrıca, öç kullanımı, topluluğun etkin ve edilgin dayanışmasına da katkıda bulunmuştur. Edilgin öznenin (mağdur) oymak üyelerinin hepsi, öç alıcıya

<sup>23</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 57.

<sup>24</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 58.

yardıma; saldırganın oymak üyelerinin hepsi, öç alıcının hedefi olmaya hazırdır. Çünkü yalnızca suçlu değil, yakınları, oymak üyelerinin bütün seçkinleri de bu hedefin konusudur. Suç sorumluluğu ortaklaşadır (kolektif); kişisel değildir. Öyle ki, çok ileri bir düzenleme olan Hammurabi Yasaları'na göre, bir evi yıkan etkin özne (fail), bu eylemi nedeniyle evin sahibi olan edilgin öznenin (mağdur) çocuğunun ölümüne yol açmışsa, kendisinin de, yani eylemi yapan suçlunun da çocuğu öldürülürdü. Aynı mantıkla bir kimse, dövdüğü kadının çocuğunun düşmesine yol açmışsa, kendi kızı da öldürürdü. Ölümlere karşı bile dava açılabilirdi<sup>25</sup>. Eylem ister kasıtlı, ister taksirli, ister rastlantı sonucu olsun, yol açılan zarardan herkes sorumludur. Hatta doğal ölüm bile kimi zaman komşu oymakta yaşanan bir kötülüğe bağlanabilmekte ve sorumluluğu gerektirmektedir. Çoğu zaman vücut bütünlüğüne ve yaşama yönelik zararlar, öç almayı zorunlu kılmaktadır. Ayrıca bir hayvan sürüsünün çalınması, töreye karşı suçlar, kutsal varlıkları aşığılama eylemleri de öç almayı zorunlu kılmaktadır<sup>26</sup>.

### **3-İnsana özgü adalet dönemi ve hukuk anlayışı**

Jhering'in dediği gibi, insana özgü savaş/insana özgü öç, yukarıda da belirtildiği üzere, zarar görene sınırsız bir alan tanımaktadır. Oysa insana özgü adalet anlayışında, sınırlar, kurallar, hukuksal bir örgütlenme söz konusudur. Ancak, bu da insana özgüdür ve öznedir. Çünkü edilgin özne ya da ailesi, cezalandırmayı kışkırtan, yaptırımı uygulayan, her zaman bu uygulamadan yarar sağlayan taraftır. Kamusal güçlerin işlevleri ikinci plandadır. Kuşkusuz, bu işlev gittikçe gelişecektir. Devlet, ortaya çıktıkça ve çizgileri belirginleştikçe kurallar keskinleşecek, cezalandırmanın çarklarına egemen olmaya başlayacak, edilgin özne ise bu çarkın iyi işleyip işlemediğini gözetleyen bir konuma gerileyecektir<sup>27</sup>.

#### **a- İnsana özgü öç, insana özgü savaş döneminden insana özgü adalet dönemine geçiş nedenleri**

Bu evrim, çeşitli açılardan gözetildiğinde nedenler de ortaya çıkmaktadır.

Toplumbilimcilerin belirttikleri üzere, hemen her yerde, bitmez tükenmez kavgalar, savaşlar, öç almalar, her toplumu tüketip yok eder. Çünkü öç şiddeti, şiddet kuşaklar boyu süren kan davalarını sürgit kışkırtacaktır. Herkes bunun ayrıımıdadır. Nitekim Sardinya adasındaki eski bir öç kuralı şöyledir: **“Kan su değildir”** (bambene no est abba). Yeni Gine'deki bir geleneğe göre, her ölüm başka bir ailedeki ölüme bağlanmakta

<sup>25</sup> Rousselet, (Adnan Cemgil), Adalet Tarihi, İstanbul, 1963, s. 10, 11.

<sup>26</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 59.

<sup>27</sup> Vidal/Magnol, n. 20; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 60.

ve o kişi büyücülükle suçlanarak ölünceye dek sopa ile dövülmektedir. Her şeyin, bu arada mülkiyetin de ortaklaşa olduğu bir toplulukta ortaklaşa bir sorumluluk anlayışına dayanan öçler, savaşlar, bir yerde çekilmez hale gelir. Bu durum, sonsuza dek süremez. Her an tedirginlik içinde yaşamayı kışkırtan, zararların katlanarak arttığı bir dizgenin süreklilik göstermesi düşünülemez<sup>28</sup>.

Yarışan oymakların ancak ortak bir yetke (otorite) altında örgütlenerek bu savaşa son verecekleri açıktır. Kent devletinin oluşumu, yöneticileri, örgütlenmeyi zayıflatan bu tür savaşları bir iç uyumsuzluğa indirgemeye itmiştir. Kuşkusuz oymak, iç dayanışmasını ve oymak başkanı da sınırsız gücünü yitirecektir, bu durumda. Ancak, oymak üyelerini canından bezdiren öç almalar, savaşlar yüzünden herkes bu türlü çözümlere boyun eğmiştir<sup>29</sup>.

Öte yandan bu konuda dinsel etkenler de yeni hukuk anlayışına geçmeyi zorlamıştır. Dinsel kurallar, suçlunun eylemlerine karşı kentin yetkesinin harekete geçmesini desteklemiştir. Böylelikle kent devletinin yaptırım uygulayan kurumları ortaya çıkmıştır.

### **b-İnsana özgü adalet anlayışının cezai örgütlenmeye getirdiği yenilikler**

Bu yenilikler, ilkin sınırlamalar ve denetimler biçiminde olmuştur.

Bu dönemde ortaya çıkan yeniliklerden ve sınırlamalardan biri, edilgin özne tarafın ellerine bırakılan yaptırımın uygulanmasının merkezi iktidar tarafından denetlenmesidir. Her şeyden önce, resmi yetkeler öç almayı öngörmüşlerse ve bizzat edilgin özne için haklı bir öç söz konusu ise öç almaya izin verilmektedir. Böylece kent, öç zincirine yavaş yavaş son vermeyi amaçlamıştır. Ayrıca, kent devleti, öç almak isteyen haklarını ve onun uygulanış biçimini denetim altına almıştır. Bundan başka, insana özgü öce getirilen kimi sınırlamalar, öç almaya meşru bir çerçeve çizmiştir.

İnsana özgü öç ilkesi ve bu öcün meşruluğu, misilleme/karşılıklılık ilkesine dayanmaktadır. Öç, bireysel ve ortaklaşa korkutmanın meşru yoludur. Raymond Saleilles'in vurguladığı üzere, "Her şey, zorun, şiddetin gelenekselleştiği savaşçılardan meydana gelen bir toplulukta oluşmaktadır"<sup>30</sup>. Özetle öcün yerindeliği benimsenmekle birlikte, kent devleti, öç hakkının etkin ve edilgin öznelerini de sınırlamıştır. Bu hak, yalnızca edilgin öznenin kimi yakınlarına tanınmış, başkalarına yasaklanmıştır. Özellikle topluluk, suçluyu dışlamışsa ya da teslim etmişse bu sınırlamaya kesinlikle uyulmuştur. Bu arada öznelci bir anlayışın da

<sup>28</sup> Solomon, s. 65; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 61; Dönmezer/Erman, n. 59. é

<sup>29</sup> Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 61.

<sup>30</sup> Saleilles, s. 27; Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 1997, n. 54.



gittikçe ortaya çıktığı, istenç dışı suçlar söz konusu olduklarında bireysel öce oranla daha yumuşak bir dizgeye (dizge) geçildiği görülmektedir. Kuşkusuz taksirli insan öldürmelerde zarar yine de büyüktür. Ama kasıtlı insan öldürmelere oranla daha ılımlı bir anlayışın yeğlendiği görülmektedir. Bu durumda merkezi iktidarın kanın öcünü alma anlayışını dışlayacak çözümleri zorladığı anlaşılmaktadır.

### **c-İnsana özgü öc almaya sınırlayan kurumlar**

Yasal olarak izin verilen öcün derecesine de sınırlar getiren kurumlar geliştirilmiştir. Bütün bunlar, bireysel savaş evresinin aşıldığını ve bireysel öc anlayışına oranla ilerlemeyi gösteren kurumlardır.

Bu kurumlardan biri suç hukukunda bulunduğu takdirde insana özgü savaş aşamasının sona erdiği rahatça söylenebilir. Çünkü bunların her biri az çok merkezi bir gücün olaya el attığını ve öc anlayışını ılımlılaştırdığını göstermektedir<sup>31</sup>. Öte yandan bu kurumlardan kimilerine uzun süre kamusal adalet anlayışının egemen olduğu dönemlerde de rastlanmaktadır. Bunların kimilerine değinmekte yarar vardır<sup>32</sup>.

#### **1.“Birlikte ant içenler/söz verenler” (cojureurs)**

Bu yöntemle göre, insana özgü savaşta aile üyeleri suçluyu mahkemeye götürürler ve ant içerek bunu desteklerler.

#### **2.“Yargısal savaşım” (combat judiciaire)**

Aileler arasındaki öc tekil basit bir savaşım ile sınırlandırılır. Burada uyuşmazlık olayı ile ilgili bir kanıt elde etmek için Orta Çağda kullanılan Tanrı kararı söz konusu değildir.

#### **3.“Ailesel terk” (abandon noxal)**

Saldırganın bulunduğu toplumdaki kovularak ya da ailesinden alınarak öcün edilgin dayanışmasını güçlendirecek biçimde edilgin öznenin topluluğuna teslim edilmesidir. Buna önceleri bütün aile karar verirdi. Daha sonraları aile başkanı karar vermeye başlamıştır. Böylelikle suçlu, zorunlu olarak öldürülme tehlikesinden kurtulmuş olmakta, saldırıya uğrayanın ailesi de kendi yararı için suçluyu köle yapmak hakkını kazanmaktadır. Bu uygulamaya, eski Roma, Eski Yunan hukuklarında, İncil’de, Frank yasalarında, İskandinav ve Sakson törelerinde rastlanmaktadır<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Vidal/Magnol, n. 21.

<sup>32</sup> Vidal/Magnol, 22, 23; Jeandidier, n. 36-39; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62-63; Dönmezer/Erman, n. 61-65; Donnedieu de Vabres, n. 22, 23; Thiry, Cours de droit criminel, Liège, 1909, n. 6-7; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 29-32; Constant, Traité élémentaire de droit pénal, I, Liège, 1965, n. 1.

<sup>33</sup> Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les boureaux, Paris, 1972, s. 285-286; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 63; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 31; Donnedieu de Vabres, n. 22.

#### 4.“Kıyas” (misilleme, talion, kıyas yasası: lex talionis)

Bu kurum, “göze göz, dişe diş” biçimindeki ünlü anlatımı ile Hammurabi ve özellikle kutsal kitaplarda, ilkin Musa'nın yasalarında (Mısır'dan göç, Exode XXI) bulunmaktadır. Tevrat'ta, öldürülmesi gereken katilin kesinlikle öldürüleceği belirtilmiş, kanlık (diyet) kabulü yasaklanmıştır. Ayrıca kıyas, Kur'an'da (XI, 173), Persler'de, Eski Yunan'da, başlangıçta Eski Roma'da (membrum ruptum), barbar Cermen yasalarında yer almıştır.

Kıyas, zarara yol açan kimseye, aynı oranda ve yoğunlukta zarar vermedir. Bu kurum, barbarlığa karşı kazanılan bir utku ve hukukta ilerlemenin bir göstergesidir. Dinsel nitelikteki ödetme (kefare) anlayışını yansıtır. Topluları ilk uygarlaştıranlar, din insanlarıdır. Kıyas kavramında ilerlemeyi onlar sağlamışlardır. Eski dönemlerde dinin başat işlev gördüğü kesindir. Nitekim doğal olarak dinin de etkisiyle kaleme alınan Hammurabi Yasası'nın 197. maddesi kıyas anlayışını yansıtır; özgür insanın kemiğini kıranın kemiğinin kırılacağını, dişini kıranın dişinin kırılacağını belirtir. İnsan öldüren de elbette öldürülecektir. On İki Levha Yasası'nda, Tevrat'ta, İslâm'da, Yunanlı Dracon'un Yasası'nda da kıyas öngörülmüştür<sup>34</sup>.

Elbette kıyas bir ilerlemedir. Çünkü öcün sınırı ve yoğunluğu belirlenmiştir; ceza yaptırımı bireyselleştirilmiştir; taksirli suçlarla sınırlandırılmış zaman suç kavramının öznel ögesi, boyutu kavramına ulaşılmıştır. İnsanlarda adalet ve eşitlik bilincini yaratmıştır. Son olarak da, kıyası Dracon gibi kesin sınırlarla belirleyen merkezi iktidarın, dolayısıyla edilgin özne tarafın parasal bir uyuşmayla yetinmesini sağlamıştır. Fustel de Coulanges da ünlü yapıtı “Eski Kent” (La cité antique) de bunları doğrulamaktadır<sup>35</sup>.

#### 5.“Gönüllü sürgünlük” (exil volontaire)

Suç işleyen kimsenin kendi isteği ile oymağının bulunduğu yeri bırakıp başka yere, bu arada sığınma yerlerine gitmesidir. Böylece suçlu hem dokunulmazlık kazanmakta, hem de zaman etkeninin yatıştırıcı etkisinden yararlanmaktadır.

#### 6.“Gönüllü uyuşma” (diyet, kanlık, composition volontaire)<sup>36</sup>

Zararın karşılanması yolu ile zarar gören tarafın ölç alma hakkını kullanmaktan vazgeçmesi anlamına gelen bu kuruma, On İki Levha,

<sup>34</sup> Okandan, ‘Hamurabi Mecellesi’, İÜHFİM, 1951, s. 283 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 29, 30; Özcan, 73, 74.

<sup>35</sup> Vidal/Magnol, n. 25.

<sup>36</sup> Ortolan, n. 77; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 30, 31; Liszt, (R. Lobstein), Traité de droit pénal allemand, I, Paris, 1908, s. 4 vd.; Jeandidier, n. 37; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62.

Cermen, Salik (Lex salica) Yasalarında, Charlemagne'ın buyruklarında ve İslâm hukukunda rastlanmaktadır. Cermen hukukunda, ağır suçlar karşılığı ödenen paraya “*Wehrgeld*” (Wehr, savunma; geld, para), hafif suçlar için ödenen paraya da “*Buse*” denmektedir. Salik Yasaları'nda, insan öldürmenin cezası, öldürülenin yaşı, cinsiyeti gibi nitelikler gözetilerek öngörülmüş, öldürme ve yaralamalarda da ödenecek miktar belirtilmiştir. Böylece savaş durumu da sona ermektedir. Bununla birlikte, eğer merkezi iktidar öç alma hakkını benimsemiş ise edilgin özne tarafın uyuşma önerisini ret hakkı vardır. Bu yöntem, önceleri mal olarak, paranın çevrime girmesi ile para olarak yönetenlerin, bilgelerin, peygamberlerin dilekleri sonucu çok sık kullanılmıştır. Miktarlar, başlangıçta bu gibi kişilerce eski örnekler gözetilerek tarifelerle belirlenmiş, daha sonraları ise çıkarılan yasalarda devletçe saptanmıştır. Ancak kimi zaman, miktar neredeyse suçlunun mallarının *genel zoralım* (müsadere) boyutuna ulaştığından, saldırgan bunu ailesinin yardımı ile ödeyebilmiştir. Son aşamada ise devlet, uyuşmayı zorunlu kılmış, ödenen paranın bir miktarını hazineye almıştır. Bunun krala ödenen kesimine “*fredum*”<sup>37</sup> adı verilmiştir.

#### **d- Bireysel öç almanın yerine getirilmesi biçimlerini sınırlayan kurumlar**

Sürgün cezalarının sığınma yerlerinde (lieux d'asile) yerine getirilmesi bunlardan biridir. Bu yerlere girenlere orada buldukları sürece kimse dokunamamaktadır. Bir başka yöntem, ara verilmedir (trêve). Böylece zaman etkeninin kinleri yatıştırması beklenmektedir<sup>38</sup>.

#### **B) DEVLET SONRASI SUÇ HUKUKU EVRESİ VE KİMİ DEVLETLERDE SUÇ HUKUKU**

Devletin yaptırım uygulama, özellikle ceza verme yetkisini tekeline alması, hiç kuşkusuz uzun bir evrimin sonucudur. O nedenle devletler ortaya çıkar çıkmaz bu tekelin doğduğunu ileri sürmek elbette olanaksızdır. Bu gelişme ucun ucun başlamıştır. Devlet, kendisine karşı olan egemenlik sahiplerini yok edinceye dek bu tekeli kuramamıştır. Devlet, her şeyden önce egemen bulunduğu toplumu dış tehlikelere, düşmanlara karşı korumakla yükümlüdür. İlk suçlar, bu değerlere zarar veren ya da onları tehlikeye düşüren eylemlerdir. Daha sonra iç barışı da sağlamak yükümlülüğü ortaya çıkmış, bu yükümlülük gittikçe genişleyerek bireylerin güvenlik içinde yaşamalarına yönelik eylemler de cezalandırılmıştır. Son çözümlemede, devlet, ilkin özellikle kendi kurumlarına, yapısına ve işlevlerine yönelik

<sup>37</sup> Barış sözcüğü olan Friede'den türetilmiş bir tür barış ücreti, parası (S. S.).

<sup>38</sup> Vidal/Magnol, n. 21-25; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62; Dönmezer/Erman, n. 62.

suçları, daha sonra da iç barışla ilgili eylemleri, yakınma olmasa bile, cezalandırmaya başlamış, böylece “*kamusal suç*” (delictum publicum) kavramına ulaşılmıştır. Bu kavram, gittikçe genişlemeye başlamışsa da öç alma hakkı hemen sona ermemiş, ancak gittikçe yumuşamış ve insana özgü öç, yerini ilkin tanrısal/dinsel öce, daha sonra da toplumsal öce bırakmıştır. Daha sonraları öç alma bireylere yasaklanmış, krallar kendi görevlendirdikleri kişilerle bu hakkı yerine getirmeye başlamışlardır. Burada dikkati çeken nokta şudur: Devletin zayıfladığı ve etkisini yitirdiği dönemlerde insana özgü adalet anlayışı hemen ortaya çıkmakta, devlet adına adaletin yerleşiklik kazandığı dönemlerde ise bireysel adaletin gerilediği görülmektedir. Şunu da eklemek gerekir ki, devlet adaletinin bireysel adaletin yerini almasının nedenleri arasında devletin yalnızca egemenlik hakkını başka oluşumlarla paylaşmayı reddetmesi değil, ortaklaşa mülkiyetin yerini bireysel mülkiyete bırakması olgusu da etkili olmuştur<sup>39</sup>.

Bu dönemin temel özelliği, sorumluluğun, eylemin sonucuna göre belirlenmesidir. Maddi/nesnel sorumluluk esasına yaslanan bu anlayışa göre, suçun etkin öznesinin (fail) yasaklanmış eylemi yapması yeterli görülmüş; bunun nedensel sonucu olan zarar, kusurun yerini almıştır. Bu yüzden, bu dönemin bir adı da “*suçun maddi görünüş evresi*”dir<sup>40</sup>.

Bu evrede düello, uzlaşma, ödence gibi ceza uygulamalarını iyileştirecek kurumlar ortaya çıkmıştır. Mahkemeler, yansız ve taraflardan uzak kurumlar olarak belirmiştir. Bununla birlikte, kırbaç cezası, uzun süre gündemde kalmıştır. Bırakın ilkel çağları, 20. yüzyılda bile görülmüş, sözgelimi, Delaware eyaletinde bu ceza son olarak 1952’de uygulanmış, 1972’de kaldırılmıştır. İlkel dönemde kırbaç cezası yaygındır ve değnek, kayış, kamçı, Huş ağacından yapılmış sopa, çengelli Rus kamçısı, saç fırçası gibi araçlarla yerine getirilmiştir. Bu dönemde sakatlama da önemli bir ceza yöntemidir. Sahtecilerin ve hırsızların ellerinin, yalancı tanıklarının dillerinin, cinsel suç işleyenlerin üreme organlarının kesilmesi ve casusların gözlerinin oyulması yaygındır. Burun, üst dudak, kulak kesme ve kafa derisinin yüzülmesi de sıklıkla görülmektedir. Vücudun geri kalan kısmının suçlunun suçunun ve günahının belirtisi olması, organ kesme cezasının temel nedenidir. Sözgelimi, 1584’te Felemenk Cumhuriyeti’nde Orange’lı William’ı öldüren suçlunun ilkin sağ eli kızgın demirle yakılmış, eti kemiklerinden kerpetenle kopartılmış, vücudu dört parçaya ayrılmış, karnı

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Garçon, Le droit pénal, origines, évolution, état actuel, Paris, 1922. Ayrıca bkz: Donnedieu de Vabres, n. 20, 28; Dönmezer/Erman, n. 66-68.

<sup>40</sup> Dönmezer/Erman, n. 69; İçel/Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza hukuku, Genel Kısım, I, 2006, s. 39; İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967, 32..

deşilmiş, yüreği çakarılıp yüzüne fırlatılmış, sonra da boyun vurulmuştur. Doğu toplumlarında dağlama, Romalılarda damgalama cezalarına sık rastlanmaktadır. Dağlama ve damgalama, 17. Yüzyıl Amerika'sında da vardır. İlk hırsızlıkta suçlunun eli üzerine "T", ikinci hırsızlıkta ise "R" harfi dağlanarak damgalanmıştır. Maryland'da tanrı'ya söven, "B" (blasphemy), halkı asılsız haberlerle kışkırtan "S.T" (seditions) harfleriyle damgalanmış, Vermont'ta ve New England'da zina suçlusu kadın, üzerinde simgesel "kırmızı harf" taşımak zorunda bırakılmıştır<sup>41</sup>. 1775'te bile Fransa'da kilise kapısı önünde önce suçluya ilkin suçunu itiraf etmesi önerilmiş, sonra darağacına çıkarılarak vücudunun çeşitli yerleri kerpetenle çekilmiş, bu yerlere erimiş kurşun, kaynar yağ, reçine, balmumu, kükürt dökülmüş, bedeni dört ata bağlanarak ve çektirilerek parçalanmış, yakılan cesedin külleri savrulmuştur<sup>42</sup>.

Suçlunu elleri ve ayakları kilitli bir kafese bağlanarak oturması, ayakta başının ve ellerinin kilitli olarak kafese bağlanması biçiminde yerine getirilen kızak ya da boyunduruk cezaları, ilkel dönemde yaygındır. İngiltere'de bile 1837'de kaldırılmıştır. Amaç, halkın aşağılamasını ve ruhsal baskı sağlamaktır. Suçlular, kızak ve boyunduruk cezaları uygulanırken kırbaçlanabilmekte, dağlanabilmekte, kimileyin de kulaklar boyunduruğa çivilenebilmektedir. Suçlu, boyunduruktan kurtulmak için çırpındığında kulaklarını yırtmaya zorlanmakta ya da kulaklar görevlilerce kesilmektedir. Bu ceza, ilkel dönemde çok uzun süre gündemde kalmış, Delaware'de 1905'te kaldırılmıştır<sup>43</sup>.

Demire vurup hapsedme, çalışırken ya da geceleri vagonlarda birbirine zincirleme, kelepçe gibi araçlara başvurmak da eski dönemlerin cezayı çektirme biçimidir. Dedikoducu ve hırçın kadınlara uygulanan iki tür ceza bulunmaktaydı. Birincisi, hükümlünün uzun bir kaldıraçın ucuna oturtulmuş bir tabureye bağlanması, nehir ya da göl kıyısında tabure daldırılırken halkın alay etmesinin sağlanmasıdır. İkincisi de, kafaya geçirilen demir kafestir (kadın başlığı). Bu yüzden 1787'de Bağımsızlık Bildirisi sözcülerinden Benjamen Rush, bu cezalara karşı çıkmış, bunların suçludaki utanç duygusunu yok edeceğini, suç işleme eğilimini kamçılacağını, suçluları arsızlaştıracağını, suçluları iyileştirmekten uzak olan bu tür cezaların tarihin tozlu sayfalarına bırakmak gerektiğini belirtmiştir<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Barnes/Teeters, s. 169-171.

<sup>42</sup> Ayrıntılı bil için bk. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, 1984, s. 9 vd.; Foucault, (Mehmet Ali Kılıçbay), *Hapishanenin Doğusu*, Ankara, 200, s. 33 vd.

<sup>43</sup> Barnes/Teeters, s. 171.

<sup>44</sup> Barnes/Teeters, s. 171, 172.

## **1-Mezopotamya devletlerinde hukuk**

### **a-Sümer hukuku**

Mezopotamya'nın tarihi, kent devletinden yerel devlete, yerel devletten bölgesel devlete, bölgesel devletten imparatorluğa doğru yürüyüşün tarihidir<sup>45</sup>.

Turan soyundan Sümerler, M. 3500 yıllarında Fırat ve Dicle dolaylarına gelip devletler kurdular. Kentlerin her biri bağımsızdı. Krallar yasalar yaptılar. Bunlardan iyileştirici nitelikteki Gudea, Ana İttişu, Lipit-İştur, özellikle Lagaş Kralı Urukagina (MÖ 2351-2342), 1952 yılında bulunan Ur-Nommi (Ur-Nammu) (2111-2094), Şulgi/Dungi (MÖ 2095-2038), Eşnunna (MÖ 1950) yasaları başta gelmektedir<sup>46</sup>.

MÖ 1792 yılında kral olan Hammurabi'nin çıkardığı yasaların kaynağı olan bu yasalara göre cezayı devlet verirdi. Kölelerin cezası daha ağırdı. Özgür insanı yaralamak kisası gerektirirken, köleyi yaralamak para cezası ile karşılanırdı. Mülkiyet çok önemli olduğundan cana karşı suçlara göre daha ağır cezalandırılırdı. Tapınaklara ya da krala ait eşyayı çalan ya da yangından yararlanarak, duvar yıkarak hırsızlık yapan ölüm cezasına çarptırılırdı. Çalınan malını sahibi geri alabilirdi. Çalınan malı satın alan satanı bildirmese hırsız sayılırdı. Köle ve çocuk kaçırma, kızın ırzına geçme, kadının zinası suçlarının cezası da ölümdü. Büyücüler, atıldıkları suda boğulmazlarsa suçsuz sayılırlardı<sup>47</sup>.

### **b-Akad hukuku**

Irak'a göç eden Akadlar, Sümerleri yendikten sonra kurdukları devlette Sümer hukukunu benimsediler. Nitekim Kral Lipetiştur Yasası (MÖ. 1934-1924) Sümerce kaleme alınmıştır. Hukuk kuralları tanrısal istencin ürünüydü. Ancak yasalar halktan gizli tutulmuş, egemen sınıfın tekelinde kalmıştır. Kisas kuraldı. Cezada kişiselilik ilkesi ve eşitlik yoktu. Ceza karşı taraftan bir başkasına verilebilir ve seçkin birisi halktan birini öldürürse yakınları sadece diyet isteyebilirlerdi. Kisas yoluna gidilmezdi<sup>48</sup>.

### **c-Babil hukuku ve Hammurabi yasaları**

Sümer ve Akad egemenliği çöktükten sonra Bağdat'ın güneyinde devlet kuran Babil halkı, Akad dilini benimsemiştir. Fırat nehri boyunca kurulan Babil dönemi yasaları son derece önemlidir. Erken dönemde Eşnunna Kralı

<sup>45</sup> Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi, Ankara, 2009, s.621 vd.

<sup>46</sup> Kozak, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, 2011, s. 34-45; Ekinci, E. B., s. 41 vd; Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1951, s. 114, 115..

<sup>47</sup> Ekinci, E. B., s. 41, 42, 44, 45;

<sup>48</sup> Ekinci, s. 46.

Daduşa'nın (MÖ. 1950) Yasası Akadca yazılmıştır. Irza geçme, evli kadının zinası<sup>49</sup>, insan kaçırma suçları ölümle, yaralama suçları para cezasıyla cezalandırılmıştır. Özellikle Amurru oymağından Kral Hammurabi'nin (MÖ 1792-1749) Yasalar derlemesi ile Ammi-Şaduqa'nın buyruktusu (ferman) çok önemlidir<sup>50</sup>.

Krallığının 38. yılında Hammurabi, bir dizi fetih başarısını kutlamak amacıyla üç bölümden oluşan ve ortasında uzun bir yasa listesi bulunan üç anıt dikilitaş üzerine bu yasaları Sami dilleri arasında yer alan Akadca çivi yazısıyla 282 madde olarak yazdırmıştır. Son sözlerinde de adil bir kral olarak, güçlülerden yana olmadığını, güçlülere ve kötü niyetlilere karşı güçsüzleri korumak istediğini açıklamaktadır. Buyruklara verilecek tepkiler, "o insan öldürülecektir" biçimde ve buyruk kipindedir<sup>51</sup>.

1901 yılında Sus kentinde bulunan, yerel törelere ve daha önceki uygulamalara göre birleştirici bir mantık ve adalet kaygısıyla düzenlenen Kral Hammurabi Yasalar derlemesi, özel hukuk yanında suç hukukuna ilişkin maddeleri de içermektedir. Daha önceki krallarca çıkarılan yasalardan esinlenmiştir. Büyücülük, hırsızlık, köle hırsızlığı, insan öldürme, konut dokunulmazlığını bozma, yakınlar arası cinsel ilişki, yalancı tanıklık, iftira, yaralama, zina, mesleki yanılğı sonucu zarar verme, yetkiyi kötüye kullanma gibi suçlar genellikle ölümle cezalandırılmıştır. Ancak suçlar tanımlanmamıştır. Söz gelimi, insan öldürme tanımlanmamış, çeşitli olaylara göre cezası belirlenerek düzenlenmiştir: Kavgada öldürme, kadının kocasını öldürmesi, ustanın yaptığı binanı çökmesi sonucu ölüm gibi. Ayrıca cezalar toplumsal yapıya uygun olarak ve uğranılan zarara göre derecelendirilmiştir. Kisas ve yaptırımları başattır ve sıklıkla uygulanmıştır. Ölüm cezasının yerine getirilme biçimleri, suçlara göre değişmekte, genelde asma, ateşte yakma ya da nehre atma, canlı gömme, çarpmıha germe, kazığa oturtma biçimindedir. Ancak, kisas ilkesine (lex talionis) göre ceza kişinin toplumsal konumuna göredir. Toplum, özgür insanlar, köleliklerine son verilmiş bağımlılar ve köleler olarak katmanlara ayrıldığından cezalar da bunlara göre öngörülmüştür. Söz gelimi, çıkarılan göz, kırılan kol ya da diş için, suçlu özgür insan ise para cezası ile yetinilmiş; suçlu köle ise kisas uygulanmıştır.

<sup>49</sup> Mezopotamya hukuklarında zina suçu için bk. Özkorkut, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara, 2009, s. 34-39.

<sup>50</sup> Tosun/Yalvaç, Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Ankara, 1975, s. 11-15; Kozak, s. 75-79; Van de Mieroop, (Bülent A. Doğan), Babil Kralı Hamurabi, İstanbul, 2012, s. 95-105; Tosun, Sumer, Babil ve Assur'lularda Hukuk, Kanun ve Adalet Kanunları ve Bunlarla İlgili Terimler, Belleten, cilt n. 37, sayı. 148, s. 563 vd.; Ekinci, s. 47, 48; Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere insanlık Tarihi, Ankara, 2009, s. 422-426.

<sup>51</sup> Van de Mieroop, (Bülent A. Doğan), Babil Kralı Hamurabi, İstanbul, 2012, s. 96; Kozak, s. 100, 101.

Bunun yanı sıra dövme, yaralama suçlarına dayak, hastasını kör eden ya da öldüren hekime el kesme, hırsızlık suçlarına ölüm ya da malın değerine göre para cezası uygulanmıştır. Açıktaki ya da emanetteki eşya çalmanın cezası el kesme ya da paradır. Etkin öznesi (fail) belirsiz hırsızlık suçunun cezasını mahalle halkı para cezası olarak üstlenmektedir. Zina suçlusu erkek ve kadın bağlanarak suda boğulmaktadır. Kendi kızı ile yatan sürgün, gelini ile yatan ölümle cezalandırılmaktadır. Yetkisini kötüye kullanan kamu görevlisine verilen cezalar da ağırdır. Kendisi yerine başkasını askere yollayan kimse ölümle cezalandırılmaktadır. Zoralmı cezası sıklıkla uygulanmıştır<sup>52</sup>.

Sorumluluk nesneldir; sonuca göredir, kişisel değildir. Bir kadının çocuğunu düşürenin çocuğu öldürülmekte, yaptığı evin yıkılması yüzünden ev sahibi ya da bir çocuğu ölmüşse mimarın da çocuğu öldürülmektedir. Ölüm cezasını gerektiren suçlarda suda boğulma denemesi kanıt olarak benimsenmiştir<sup>53</sup>.

Bununla birlikte, bu yasalarda, suçun öznel (sübjektif) ögesine de yer verildiği anlaşılmaktadır. Taksir konusunda “orta yetenekli insanın göstermesi gereken özen” ölçütü olarak uygulanmıştır. Öküzünün tehlikeli olduğunu bildiği halde onun başkasına zarar vermemesi için boynuzunu bezler sararak önlem almayan kişi, zarardan sorumlu tutulmuş, para cezasıyla cezalandırılmıştır<sup>54</sup>. Ancak, olayda rastlantı söz konusu ise etkin özne sorumlu tutulmamaktadır. Yasalara göre rastlantı biçimleri, düşmanın (m. 103) ya da aslanın (m. 166) kullandığı zor, kasırga ve kuraklık (m. 48), yağma (gasp, m. 103, 111) gibi nedenlerdir. Kasten insan öldürme ölüm cezası ile cezalandırılırken kargaşalık sırasında taksirle insan öldürme suçuna ödence (tazminat) niteliğinde para cezası öngörülmüştür. Eğer sadece yaralama söz konusu ise suçlu tedavi giderlerinden sorumlu tutulmuştur. Dikilitaşlarda belirtildiği üzere, Kral Hammurabi adil bir devlet başkanı olarak tarihe geçmiştir<sup>55</sup>.

Ur-Nommi (Urnammu) Hammurabi Yasalar derlemesi ve Ammi Şaduqa buyruktusu Babil hukukuyla ilgilidir. Bu yasaların Musa yasalarından temel ayrılığı ve ortak özelliği, laik olmalarıdır<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Ekinci, s. 53; Kozak, s. 100-107; Okandan, s. 143-147, Dinçol, Eski Önyasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza, İstanbul, 2003, s. 14 vd.; McNeill, (Alaeddin Şenel), Dünya Tarihi, Ankara, 2002, s. 65; Şenel, s. 625..

<sup>53</sup> Ekinci, s. 53, 54.

<sup>54</sup> Benzer düzenleme, daha önce çıkarılan Eşnunna Kralı Daduşa'nın (MÖ. 1950) Yasası'nda da bulunmaktadır (Van de Mieroop, s. 104).

<sup>55</sup> Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Derleri, İstanbul, 1952, s. 144; İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 32, 33; Van de Mieroop, s. 106 vd.

<sup>56</sup> Tosun/Yalvaç, s. 17 vd.; Charles, s. 19.



## **d-Asur hukuku**

Asurlular, Babil devletinin yerine geçmişlerdir (MÖ 2480-609). Çok yabancı oymaklardan oluşan bu halk, köleleri öldürmek, gözleri oymak, kentleri yakmakla ün yapmıştır<sup>57</sup>.

Sami kültürünün egemen olduğu Asur devletinde Hammurabi Yasaları derlemesinden yararlanılarak “**Asur Yasası**” yapılmıştır<sup>58</sup>. Ölüm, organ kesme, sakatlama, kısırlaştırma, dayak, angarya başlıca yaptırım biçimleridir. Kölelere ve özgürlere eşit ceza uygulanmıştır. İnsan öldürme, hırsızlık, çocuk düşürme, evli kadınla zina, ırza saldırı ve büyücülük ölümle cezalandırılmıştır. Ancak cezalar kimi zaman değişiklikler göstermektedir. Yaralama, sövme eylemleri de suçtur. Söz gelimi, çocuğunu düşüren kadın kazığa vurulmakta, zinayı kanıtlayamayan ve zina iftirasında bulunan kimse suya atılmaktadır. Zina eden kadının kocası eşinin ölümle cezalandırılmasını istemezse, kadının burnu kesilmektedir. Ölüm, organ kesme, kısırlaştırma, dayak ve angarya başlıca cezalardır. Suda boğulma denemesi burada da geçerlidir<sup>59</sup>.

## **2-Hitit hukuku**

İç Anadolu’da kurulan Hitit devleti, bütün ilkel devletlerde görüldüğü üzere, köleci devlet olmanın özelliklerini yansıtmaktadır. Hititler, Mezopotamya yasalarından esinlenmişler, ancak daha gelişmiş ve ılımlı dizgeleri benimsemişlerdir.

Hitit hukukunun, doğacı ve insancı bir yapıya sahip olduğu, Roma hukukuna yakın bir gelişme gösterdiği, Hitit Yasalar Derlemesi’nin krallara göre aşamalar geçirdiği, Kral Telipinu ve Şuppliluliuma dönemlerinde yenilikler getirdiği, Sami hukukunda bulunan kısas kavramına yer verilmediği, ayrıca ölüm cezasına çok az başvurulduğu belirtilmiştir<sup>60</sup>.

Hititlerde özgür insanlarla köleler arasında büyük ayrılıklar vardı. Bir suç işlendiğinde özgür insan diyet (kanlık) ile kurtulabilmekteydi. Köle ise, bunu ya yaşamıyla ya da burun, kulak kesme gibi bedensel bir ceza ile ödemekteydi. Köleyi öldüren özgür insan, kölenin sahibine köle vererek kurtulmaktaydı. Anadolu’da kurulan Hitit devletinde çıkarılan ve 1906’da bulunan Yasa, Hititlerin ikinci dönemine aittir (MÖ XV-XIII). Yasa yalnızca suç hukukuyla ilgiliydi. Bu Yasa’da insana özgü öç dönemi aşılmış, suçlarda özellikle kusura göre indirici ve ağırlaştırıcı nedenler düzenlenmiştir. Suçlar

<sup>57</sup> Ekinci, s. 55.

<sup>58</sup> Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere insanlık Tarihi, Ankara, 2009, s. 626,

<sup>59</sup> Ekinci, s. 57; Kozak, 141-146.

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Doğan, Hitit Hukuku, Belleklerdeki “Kayıp”, İstanbul, 2007, s. 69-71, 164; İmparati; (Erendiz Özbayoğlu), Hitit Yasaları, Ankara, 1992; Alp, Hitit Kanunları Hakkında, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Fakültesi Dergisi, v, S 5, Kasım-Aralık, 1947.

iki kesime ayrılmıştır: Birinci öbek, başkaldırma gibi kamu düzenini; ikinci öbek, insan öldürme, hayvanlarla cinsel ilişki, yağma, ürünlere zarar verme gibi bireyleri ilgilendirmektedir. Birinciler kişisel sorumluluğu ve cezayı gerektirmekteydi. Cezalar, çoğu kez bedenseldi (cismani). Ancak ölüm cezası az verilmekteydi. Kralın cezayı af yetkisi bulunmaktaydı. Eğer insan öldüren etkin özne bulunmazsa kentte oturanlar edilgin özneye para cezası öderlerdi. Kadının zinası gibi aile yapısına karşı suçlarda ölüm cezası daha çok uygulanırdı. Bununla birlikte Telepinu Buyruktusu (ferman) ile birçok suçlarda ölüm cezası kaldırılmıştır. Bedensel, özellikle sakatlama gibi cezalara az rastlanmakta, hırsızlık ve ev yakma suçlarını işleyen kölelere uygulanmaktadır. Köleler, Roma hukukunda görüldüğü üzere, bir nesne değil, öznedir. Cezalar arasında, kafa kesme, tekerleğe bağlama, boyunduruğa koşma, kazığa oturtma, siyasal nitelikteki suçlar için ortak cezalar gibi ilkel uygulamalar da bulunmaktadır. Suç, tanrıların öfkesini doğuracağından onları yatıştırmak için önce insan, daha sonraları hayvan kurban etme dönemleri yaşanmıştır. Çoğu zaman bireysel konularda olmak üzere, eylemlerin ağırlığı, suçlunun kastı ve edilgin öznenin niteliği gözetilerek uzlaşmaya başvurulmaktaydı. Söz gelimi, yağma suçunda on iki köle, hayvan hırsızlığında otuz baş hayvan, adam öldürmede dört köle uzlaşma karşılığı olarak belirlenmişti. Çocuk düşürmenin cezası, ayak kırma idi. Hititlerde en ilginç olan Buyrultu, MÖ XIV. Yüzyıldaki Kral II. Tuthaliya'nın yargıçlara yansız olmaları, rüşvet ve armağan almamaları ve yargı kararlarına herkesin uymaları yolundaki buyruğudur. Yargı kararlarına uymamanın ceza ölümü<sup>61</sup>.

Yargı yetkisinde son söz kralındı. Mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yoluyla krala ulaşılırdı. Ölüm cezasını, sadece krallar verebiliyorlardı. Davanın makul sürede bitmesi gerekliydi. "Panku" kurumu, yargısal denetim görevini üstlenmişti, kral bile onun kararına uymak zorundaydı. Kişisel sorumluluk ilkesine geçilmişti. Bedensel cezalar kaldırılmıştı. Taksir kavramına bir az çok yer verilmişti. Kavga sırasında insan öldürmenin cezası yarıya indiriliyordu. Bu konuda "onun eli suç işler" (kessarsis wastai) ilkesi geçerliydi<sup>62</sup>.

### 3- Mısır (Nil vadisi) hukuku

Tarihçiler Mısır tarihini dört döneme ayırırlar: MÖ 3100-2686, 2686-2133, 2133-1552, 1552-525. Kurallar firavunların buyruklarıdır. Kazılarda bulunan ehramlar, sandukalar ve ölümler kitaplarında hukuka ilişkin kurallara rastlanmaktaydı. Cezalandırma tekeli Mısır'da devletindi. İnsana özgü ölç

<sup>61</sup> Charles, s. 19; Ekinci, s. 62, 63; Kozak, s. 188-203.

<sup>62</sup> Doğan, s. 72, 73, 95-99, 170.

yasaktı. Totem hayvanlarının öldürülmesi, o totemin tapınığında yerine getirilen ölüm cezasıyla cezalandırılırdı. Sözdən dönme, iftira ölümle cezalandırılırdı. Yalancı tanığın ilkin eli kesilir, sonra kendisine ölüm cezası uygulanırdı. Zinada erkeğin cinsel organı, kadının burnu kesilirdi. İşlenen suç haber vermeyenin cezası dayaktı. Hırsızlık yapan malın değerinin iki katını öderdi. Ölüm cezası boğma, ateşte yakma biçiminde yerine getirilirdi. Bundan başka sürgün, angarya, organ kesme gibi cezalar da uygulanırdı. Bu dönemde ileri ve insancı uygulamalar da olmuştur. Söz gelimi, cezada amaç, öç değil, iyileştirmeydi. 8. Yüzyılda Habeş kökenli Firavun Sabacos, ölüm cezası yerine sürgün cezasını öngörmüştü<sup>63</sup>.

#### 4-Arabistan hukuku

İslam öncesi Arabistan'da, özellikle Mekke'de insan öldürme, yaralama suçlarının cezası kısastı. Eylem kasıtsız ise edilgin özneye kanlık ödenirdi. Etkin özne belirsizse o bölgeden elli kişi seçilir, suçsuz oldukları konusunda ant içerlerdi (kasame)<sup>64</sup>. Hırsızın eli kesilir, yol kesen asılırdı<sup>65</sup>.

Yedinci yüzyıldan sonra ortaya çıkan İslam sonrası suç hukuku ise ayrıca incelenmek gerekir.

#### 5-İran hukuku

Elamlar (MÖ. 2550-640), Medler (MÖ, 708-550), Ahemenid (MÖ, 550-330) Partlar (MÖ, 249-MS, 226), Sasani (MS, 226-635) gibi gelişmiş bir örgütlenmeye sahip devletlerin kurulduğu İran'da hukukun temeli, Zerdüştinin kutsal kitabı Avesta'dır. Dine ve devlete karşı suçların cezası ölümdü. Bu ceza, çarmıha germe ya da taşlanarak öldürme (recm) biçiminde yerine getirilirdi. I. Keykavus döneminde cezalar ılımlı duruma getirilmiş, hapis cezası öne çıkmış, sadece başkaldırma ve askerlikten kaçma suçları devlete karşı suç olarak belirlenmişti. Kişilere karşı suç işlendiği zaman, para ya da bedensel cezalar verilir, kasıtlı insan öldürmede ölenin yakınlarının isteği üzerine kısas uygulanırdı. Rıza bulunduğu takdirde kanlık da ödenebilirdi. Başkaldırma suçlarında suçlunun ailesi de cezalandırılırdı. Tanık kanıtının yanı sıra suya atma, kızgın demiri tutturma gibi deneylere de başvurulurdu. Önemli noktalardan biri de cezanın suçlunun toplumsal durumuna göre bireyselleştirilmesi<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Ekinci, 32, 39; Kozak, s. 259-262.

<sup>64</sup> "Kasame", güzellik, cemal, barış, bir konuda ant içip tanıklık etme anlamlarına gelmekte olan bir yargılama hukuku kavramıdır. İslam hukukuna da geçmiştir (Dini Kavramlar Sözlüğü, ortak yapıt, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 2006, s. 361, 362).

<sup>65</sup> Ekinci, s. 68.

<sup>66</sup> Ekinci, s. 70, 71, 76; Kozak, s. 401, 402.

## 6-İbrani (Yahudi) hukuku

Filistinliler Ürdün nehrinin “karşı yaka”sına (Heb-ru) gelip yerleşenlere İbraniler denmiştir. İbrani hukukunda<sup>67</sup> temel kaynak, elbette Tevrat’tır<sup>68</sup>. Ancak, kaynağı Musa diye benimsenen ve yorumları içeren “Talmut” ve “Midraş”, yasaları ve kuralları içeren “Tosifta”, gelenekleri içeren “Kabala” da önemli kaynaklardır.

Hitit hukukunun İbrani hukukunu etkilediği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

Ancak Yahudi hukuku, sadece Yahudi halkıyla ilgili suçlar için geçerlidir. Yahudi olmayan edilgin özne ya da suçlularla ilgili değildir. Söz gelimi, o dönemde bir yabancıyı öldürmek bile suç değildir<sup>69</sup>. Tevrat, insana özgü ölç almayı yasaklamıştır. Cezalandırma yetkisi devlete aittir. Ancak, insan öldürme suçunda yakınlar suçluyu izleyerek öldürebilmektedir. Yeter ki, suç ve suçu işleyen kişi ortaya çıksın ve bu hususlar kanıtlanınsın. Suç hukukunda dört ilke geçerlidir: Kısas, ölç, suç ve cezanın kişiselliği, hayvanların da cezalandırılması<sup>70</sup>. Hz. Musa'ya Sina Dağı'nda Tanrı (Yehova) tarafından iki taş tablet üzerinde verildiği bildirilen dini ve ahlaki öğütler bütünü olup Tevrat'ın “Çıkış” (Exodus) kesiminde yer alan, Eski İbranicede “Aseret ha-Dvarîm”, Yeni İbranicede “Aseret ha-Dibrot”, Latince “Decalogus” diye adlandırılan “On Buyruk” elbette çok önemli bir kaynaktır. Bu kaynak, Roma hukukuna temel olmuş ve Batı insanınca bütün yasaların özü olarak yorumlanmıştır. Gerçekten Roma hukukunda ve yargı dizgesinde yer alan terimler ve yorumlarda On Buyruk örneği geçerli olmuştur<sup>71</sup>. Bu Buyruk'ta insan öldürme, zina, hırsızlık açıkça; rüşvet, yalan tanıklık, başkasının evine, karısına, kölesine, cariyesine, mallarına saldırı, hayvanla ve yakın akraba ile cinsel ilişki dolaylı biçimde suç olarak öngölmüştür. Tevrat'ta kasten insan öldürmenin cezası ölümdür. Bu

<sup>67</sup> Ekinci, s. 194 vd; Kozak, s. 304 vd.

<sup>68</sup> Pek çok bilimsel kaynağa göre, İbranice, Horah, “Tora”, Tura, Torah sözcüğünün Arapçalaşmış biçimi olan Tevrat, yasa, birlik, anlaşma, sözleşme, öğrenim ve eğitim, öğretme, öğretme, yol gösterme gibi anlamlara gelmektedir. İslam anlayışına göre Hz. Musa'ya indirilen dört büyük kutsal kitaptan biridir; birçok sure ve ayette geçmektedir (Al-i İmran 65, Nisa 46, Maide 13, 41, 44. ve 46, Enbiya 48, Bakara 41, 53 75, 79, 89, 91, Saffat 117, En'am 20, Furkan 35). İslam kaynaklarında “Eş'ar-ı Hamse” ve Yahudi geleneğinde Ahd-i Atik (Eski Ahit) olarak geçen kitaplar bütününe ya da çoğu yazarlara göre hem Eski Ahit'in bütünü olan ve beş bölümden oluştuğu için Batı'da “Pentateque” diye anılan Tevrat'a Almancada, npr. Testament; altes testament; Fransızca, ancien testament, pentateuque; İngilizcede, tora, torah, old testament, pentateuch, Aramcada, orayta; Yunancada, nomos, pentateuch denmektedir (S. S.).

<sup>69</sup> Ekinci, s. 225.

<sup>70</sup> Kozak, s. 325-329.

<sup>71</sup> Arendt, (Onur Eylül Kara), Devrim Üzerine, İstanbul, 2012, s. 255.

nedenle insana özgü öç alma ve kanlık (diyet) yasaklanmış, suçlunun öldürülmesi buyrulmuştur. Ancak sorumluluğun kişiselliği ilkesi ve herkesin kendi suçu (günahı) için öldürüleceği kuralı bir ölçüde benimsenmiş, babanın yerine çocuğu, çocuğun yerine babanın öldürülmesi yasaklanmıştır. Duvar delen hırsızın öldürülmesi hukuka uygun sayılmıştır. Öte yandan, suçun öznel ögesi önem kazanmış, kasıt aranmış; taksir kasıttan ayrılmış, ancak rastlantı ile karıştırılmıştır. İnsan öldürme eylemi kasıtsız ise, suçlu dinin koruması altındadır. Söz gelimi, Tevrat'ta düşmanlığı olmaksızın birine ansızın vurma, pusuya yatmadan birinin üzerine bir şey atma, görmeden birini öldürebilecek bir taşı üzerine düşürme, ormanda ağaç kesmek için baltayı indirdiği sırada demirin sapından çıkarak komşusunun ölümüne yol açması örnekleri, taksir ve rastlantının birbirlerine karıştırıldığını göstermektedir. Taksirle insan öldüren suçlu, belirlenen üç kentten seçilen sığınak-kente sığındıktan ve orada bir süre kaldıktan sonra eski oturduğu yere dönebilmekteydi. Amaç, bir sürenin geçmesiyle öfkelerin yatışmasını, üzüntülerin unutulmasını ve böylelikle öç alma hakkının kullanılmasını sağlamaktı<sup>72</sup>.

Çocuk düşürmede çocuk sağlıklı doğarsa, etkin özne erkeğe ödence ödemekte, çocuk ölürse zarar karşılığı kısas uygulanmaktaydı.

Musa'nın yasalarına göre, insanı boynuzlarıyla yaralayan ya da öldüren boğa yargılanarak linç edilir, ama eti yenmezdi<sup>73</sup>.

Cezalar kişiseldi. Kırdan etkin öznesi (etkin özne) belirsiz bir ceset görülürse, en yakın kentin yaşlıları boyunduruk vurulmamış bir inek almakta, ekilmemiş bir vadiye indirerek onu kesmekteydiler. İneğin üzerinde ellerini yıkamakta, “ellerimiz bu kanı dökmedi, gözlerimiz de onu görmedi” diyerek ant içmekte, böylece temize çıktıklarına inanmaktaydılar. **Kasame** denilen İslam öncesi Arap ve İslam hukukunda da rastlanan bu yöntem, kişisellik ilkesinin ayrıksı bir durumudur<sup>74</sup>.

Zinanın, özgür insan kaçırmanın, büyücülüğün, eşcinselliğin, hayvanla cinsel ilişkinin, dinden dönmenin, puta ya da başka şeylere tapmanın, Tanrı'ya sövmenin yaptırımı ölüm cezasıydı. Bu cezanın çektirilme biçimi, taşlayarak öldürmeydi (recm)<sup>75</sup>.

Yahudi hukukunda asıl olan kanıt, tanıklıktı. Yalancı tanıklık suçtu. Denemelere/sınamalara (ordalie) izin verilmişti. Söz gelimi, zina ile

<sup>72</sup> Okandan, s. 186 vd.; İçel, s. 33, 34; Kozak, s. 329-341.

<sup>73</sup> Imbert/Levasseur, s. 195. İsa'nın ve Hıristiyanlığın İbrani suç hukukuna etkileri için bk. Ekinci, s. 261-263.

<sup>74</sup> Kozak, s. 333, 334.

<sup>75</sup> Ekinci, s. 211, 224, 225; Özkorkut, s. 56-62..

suçlanan kadına rahip dua yazarak bunu su içinde eritmekte, kadının karnı şiştiği takdirde suçlu sayılmaktaydı<sup>76</sup>.

### 7-Hint Hukuku

Hindistan günümüze dek hiçbir dile, dine ve soya kapalı olmamıştır. Ancak Hindistan'da Brahman dini egemendir. Veda (Sanskrit dilinde bilgi anlamında) ve Upanişad adlı kutsal metinler temel kaynaktır. Ayrıca Dharmaşāstra, Dharma yorumları, Manava Dharma Şāstra (Manu din kitabı), Manu, Vişnu ve Yajñavalkya gibi daha birçok hukuk yorum metinlerinin yanı sıra töre hukuku da önemlidir. Manu yasalar derlemesi 12 kitap ve 2685 beyitten oluşmaktadır. 8. kitap yargıçlar, hukuk, yargılama ve cezalarla ilgilidir. Hukuk ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Eski Hint'teki bu yasalarda suç hukukuna ilişkin önemli düzenlemelere rastlanmaktadır. Her şeyden önce, ceza, toplum düzeni açısından zorunludur. Kast sınıflarına göre cezalar değişmektedir. Üst ya da kendi kastındaki birini öldürmenin cezası ölümdür. Ancak alt kasttan birini öldürenin cezası kanlıktır. Kasıt ve taksir kavramlarına yer verildiği, istençli olan ve olmayan suç ile kaza ve rastlantı ayrımlarının yapıldığı görülmektedir. Arabanın dingilinin ya da tekerleklerinin kırılması, hayvanın kayışlarının kopmasıyla bir zarar doğmuş ise, bunlar rastlantıya sokulmakta, suçlu cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık, özensizlik yüzünden taksirle ölüm söz konusu ise suçlu cezalandırılmaktadır. Kasıt kanıtlanmadığı zaman taksir nedeniyle ceza verilmektedir. Esasen Eski Hint'te insan öldürme, yaralama, sövme, kutsal nesnelere aşağılama, hırsızlık, zina, ırza geçme, yalan tanıklık, fuhşa kışkırtma, hayvan öldürme suçları bilinmektedir. Yabancı kadına armağan vermek, ona elle dokunmak suçtur ve cezası sürgündür. Aynı kasttaki kişilerin zinası suç değildir. Ancak üst sınıftan biriyle zinada erkek yakılarak, kadın köpeklere parçalattırılarak cezalandırılmaktaydı. Devlet ve krala karşı suçlara ölüm cezası verilmekteydi. Ölüm cezası, köpeklere parçalattırma, fillere ezdirtme, kazığa çakma, boynu vurma, parçalama, suda boğma biçimde yerine getirilmekteydi. Organ kesme, kırbaçlama, hapis, sürgün, para, kasttan çıkarma cezaları ve zoralım yaptırımları da öngörülmüştü. Tekerrür ağırlaştırıcı nedendi. Kendi yaşamına son verme (özöldürme, intihar), ne suç ne de günahı. Buna başvuran ilkin üç gün oruç tutar, sonra ölüncüye dek aç kalır, karlara gömülmek, timsahlara yem olmak, kendisini hançerlemek yollarından birini seçebilirdi. Özellikle yaşlılar kendilerini Ganj nehrine atarlardı<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Ekinci, s. 211.

<sup>77</sup> Çığ, Kur'an, İncil ve Tevrat'ın Sümer'deki Kökeni, İstanbul, 1997, s. 19 vd.; İçel, s. 35; Arsal, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1949, s. 42, 43; Ekinci, s. 76-78, 87; Özkorkut, s. 40; Kozak, s. 475-485.

## 8-Eski Çin hukuku

MÖ 3000 yıllarından bu yana geniş topraklarda yaşayan Çinlilerde hukuk uygulamaları Çu (MÖ, 1125-250) Hanedanlığında dönemde iyice belirginleşmiştir. O dönemde Lao-Tse, Kung-Fu Tse, Mo-Tse, Meng-Tseve, özellikle Konfüçyüs (Kong Fu Tse, MÖ, 551-479) gibi ünlü düşünürler yetişmiştir. Konfüçyüs ve çoğu düşünürler göre, yönetenler halka örnek olacak denli iyi ise iyi yönetim için bu yeterlidir. Ancak hukukçular/yasacılar (legalistler) diye anılan düşünürler göre yönetim, ayrıntılı yasalarla güvence altına alınmalıdır. MÖ 213 yılında gerçekleşen büyük kitap yakma olayında imparatorun buyruğu ile Konfüçyüs'ün bütün kitapları yakılmış, ancak düşünürün kimi kitapları öğrencilerince saklanmıştır<sup>78</sup>.

MÖ 7. yüzyıldan sonra yasalar çıkarılmıştır. İmparator Gaozu'nun çıkardığı Tang yasaları (Tang lü) 12 bölümden ve 500'den çok maddeden oluşmaktadır. Bunlarda Konfüçyüs'ün etkisi sezilmektedir. Ch'ing (Mançu) Yasası da buna benzemektedir. Suç hukuku, kişisel öç ve nesnel/ortaklaşa sorumluluk temelinde gelişmiştir. Sonraları devlete başkaldırma dışındaki suçlarda kişisel sorumluluk temeli benimsenmiştir. İnsan öldürme ölüm, yaralama bacak kesme, cinsel özgürlüğe karşı suçlar kısırlaştırma ve dolanlı eylem burun kesme cezasıyla cezalandırılmıştır. Ayrıca başka suçlarda yüzü damgalama, kanlık yaptırımları öngörülmüştür. Daha sonra çıkan Quin Yasası'nda kısırlaştırma ve organ kesme cezaları kaldırılmış, dayak ve sürgün cezaları benimsenmiştir. Özel hukuk davalarında da cezalar uygulanmıştır<sup>79</sup>.

Çin toplumunun özelliği, hiçbir dönemde öbür dünyalı inanç ve tanrısal temellere dayanmamış ve gelişmenin önünü kapatmamış olmasıdır<sup>80</sup>. Bu özellik, elbette hukuka da yansımış, Çin hukukunun tanrısal kökeni hiç olmamıştır. Eskilerin yolunu (tao) ve davranışlarını temel edinen Çin hukuku, kutsal törenlere çok az yer vermiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere cezanın zorunluluğuna inanıldığından, suçlunun hemen cezalandırılması hukukun gereğidir. Ancak eşitlik ilkesi hiç gözetilmemiş, ayrıcalıklar sürekli yaşanmıştır. Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yapılmamıştır. Bu hukukta Hint kamışından bir sopa ile dövülmesi gibi buyruklara rastlanmaktadır. Toplumsal düzene saldırılar, aileye, oymağa saygısızlıklar, ahlak ve dince onaylanmayan davranışlar, ağır suç sayılmıştır<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Störig, (Nilüfer Epçeli), Vedalardan Tractutus'a Dünya Felsefe Tarihi, İstanbul, 2011, s. 96.

<sup>79</sup> İkinci, s. 100, 102, 109; Kozak, s. 589-591..

<sup>80</sup> Lipson, (J. Çam Yeşiltaş), Uygarlığın Ahlaki Bunalımları, İstanbul, s. 191.

<sup>81</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Huff, (İ. Kalaycıoğulları, e. Tağman, A. Yetmen), Modern Bilin Doğu ve Yükselişi, İstanbul, 2010, s. 359-363.

## 9-Eski Japon hukuku

Bu hukuk Çin'den esinlenmiştir. Şinto dini temel kaynaktır. Deneme uygulaması (ordali, Japonca kukatchi) yaygındı. Taihō, Yōrō, Taika (646-666), 22 ciltlik Asuku No Kiyomihara yasaları ünlüydü. Suçlar ağır ve sıradan suçlar diye ikiye ayrılır; birinciler ölümle cezalandırılır, etkin öznenin ailesi sürgün edilir, asla bağışlanmazdı. İmparatora suikast, kutsal nesnelere hakaret, göç, yakınlarını öldürme eylemleri bu türden suçlardı. Suçluyla uzlaşma yasaktı ve suçtu. Suça katılmanın kimi türleri cezalandırılmıştı. Cezalar beşe ayrılmıştı: Ölüm, sürgün, kürek, dayak, kamçı. Olasılıkla daha önceleri organ kesme cezası da vardı. Ağırlaştırıcı ve indirici nedenler benimsenmişti. Para cezaları tarifeye göre alınır ve hazineye ödenirdi. Suçlu kamu görevlisi ise işten çıkarılırdı. Hükümetin af yetkisi vardı. İnsan öldürme suçunu öğrenen kişi bunu bildirmek zorundaydı<sup>82</sup>.

## 10-Moğollarda suç hukuku

Moğollarla Türkler hiçbir zaman kaynaşmamış, birlik olmamışlar ise de, Moğolların Türk devlet yapısı ve kuşkusuz hukuk düzeni üzerinde etkili oldukları bilinmektedir. Bu nedenle Moğollardaki suç hukuku anlayışını özenle incelemek gerekir.

Moğollar, yalnızca Türkler üzerinde değil, Asya ve Avrupa'nın büyük kesimlerinde de izler bırakmışlardır. Bozkır hukukunun özelliklerini taşıyan Moğol hukuku, Cengiz Han döneminde bütün Moğolistan'ı, parçalanma dönemlerinde ise dağınıklık yüzünden, kimi boyları etkilemiştir<sup>83</sup>.

Moğol hukuku hakkındaki kaynaklar, her zaman yetersiz kalmıştır. Zira Türkler gibi Moğollar da göçebeydiler. Yazı yazmak göçebelerde saygın bir uğraş değildi. 13. yüzyılda kendilerine özgü bir yazıyı benimsemeleri üzerine yazılı hukuk ve yazın da gelişmeye başlamıştır. Ancak bunların büyük kesimi yitmiştir. Ele geçenler de, o dönemlerde çok katlı görkemli Roma hukukuna göre son derece ilkel bir bozkır hukukudur<sup>84</sup>.

14. yüzyılda töre hukuku yazılı hukuka dönüşmüş, bütün Moğollarda uygulanan Cengiz Han'ın Büyük Yasası, 1320 tarihli Yüan Yasası, Eski Tsaayin Biçik (yargıçlar kitabı), 1640 tarihli Yeni Tsaayin Biçik (Oyrat-Moğol Yasası), Halha Cirom (tüzükler) ve Çinlilerin Moğollar için çıkardıkları yasalar hukuk düzenini oluşturmuştur. Bu yasalarda, suç hukukuna önemli ölçüde yer verilmiştir<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Ekinci, s. 111, 112, 114.

<sup>83</sup> Alinge, (C. Üçok), Moğol Kanunları, Ankara, 1967, s. 2.

<sup>84</sup> Alinge, s. 2; Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 1989, s. 63, 64.

<sup>85</sup> Alinge, s. 88-119, 123, 124, 128, 129, 136-139, 152-165, 173-175, 193-215.



Devlete, prenslere, din insanları gibi belli kişilere; zina ve kadın kaçırmaya gibi aileye; ırza geçme gibi cinsel özgürlüğe; insan öldürme ve yaralama gibi yaşama ve vücut bütünlüğüne; kuyu kirletme gibi sağlığa; hırsızlık, kıymız hırsızlığı, güveni kötüye kullanma, yataklık, mala zarar verme, dolandırıcılık gibi malvarlığına karşı suçların yanı sıra, tehdit, hakaret, iftira, kundakçılık, büyücülük, köle ticareti, memurlukla ve avlanmayla ilgili suçlar ile konuksever göçebe kültürünü yansıtan susayan birine istediği içecek, yorulmamış at ya da geceleyin kalacak yer vermeme, kesilmesi yasak hayvanı kesme gibi eylemler saymacı yöntemle cezalandırılmıştır.

Bu yasalarda yer alan cezalar, genellikle hayvan ya da ev eşyası gibi malvarlığı biçimindedir, işlenen suça göre oranlanmıştır. Kimileri de, özel çıkarların çiğnenmesi üzerine uygulanan ödence niteliğindedir. Öbür türden cezalara ise çok az yer verilmiştir. Söz gelimi, ölüm cezasına, sadece askeri yasalardaki ya da savaş sırasında prensi terk etme gibi suçlarda rastlanmaktadır. Ölüm cezası, vücudu parçalama, kafa kesme ya da boğma biçiminde yerine getirilirdi. Ölüm cezası yerine getirilinceye dek hapis, zorunlu iş, sürgün gibi özgürlüğü ve üç kez yanlış karar veren yargıcın işini yitirmesi (memurluktan çıkartma) gibi hakları sınırlayıcı; çok az uygulansa da sakatlama, kırbaçlama, demire vurma, üzerinden araba tekerleği geçirilerek yüzü damgalama gibi bedensel cezalara da yer verilmiştir. Cezaların dönüştürülmeleri benimsenmiştir. Ölüm cezasının bile karşılığı ödenebilmiştir. Suça özendirme de cezalandırılmış, haklı savunmaya (meşru müdafaa) yer verilmiştir.

Kusur yeterliliği, on yaşın doldurulmasıyla başlamaktadır<sup>86</sup>.

Sonuca göre belirlenen nesnel sorumluluk esastır. Bu nedenle “**İnsani eylem öldürür**” ilkesi egemendir. Hayvanlar tarafından insan öldürüldüğünde bile, gözetim yükümlülüğünü savsayan hayvan sahibi cezalandırılmıştır<sup>87</sup>.

### **11-İslamlık öncesi Türklerde suç hukuku**

Türkler, Orta Asya’da en eski ve çok güçlü siyasal örgütlenmeleri, devletleri kurmuş, elbette bu örgütlenmeler bir hukuksal düzeni de gerektirmiştir. İslam’ın benimsenmesinden sonra da aynı bölgede ve Anadolu’da da durum böyledir. İslamlıktan önceki dönem ile sonraki dönemler kuşkusuz birbirlerinden çok başka olmuştur. Bu nedenle de haklı olarak, araştırmacılar bu iki kesimi birbirinden ayırmaktadırlar<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Alinge, s. 138.

<sup>87</sup> İçel, Taksir, s. 46.

<sup>88</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Togan, Umumi Türk Tarihine Giriş, İstanbul, 1946, s. 8 vd.

İslamlıktan sonra ise, Tanzimat dönemiyle birlikte hukuk dizgesi artık Batının etkisi altındadır.

Çinlilerin adlandırmasıyla Hi-ung-nu'lardan (Hi-ong-nu, Aşyalı Hunlar) günümüze Türk tarihinin geçirdiği bin yıllar ve yerleşilen alanlar düşünülürse Türk hukuk kurumlarının kökenleri ve evrimlerinin incelenmelerindeki zorluklar kolaylıkla anlaşılabilir<sup>89</sup>.

Yerleşilen bölgenin yapısı, kültürü belirleyici etkenlerden biridir. Türkler, yaylalar, bozkırlar, çöller, vahalarda yaşamışlardır. Bu yerler, onları daha çok hayvancılıkla uğraşmaya, uzun süreli dönemsel kuraklıklar göçebe (göçerlik) kültürünü benimsemeye sürüklemiş; kadın geri planda kalmıştır. Yerleşik kültüre geçemediklerinden yazılı topluma dönüşmeleri zorlaşmıştır. Göçebe oymaklarını, boylarını bir arada tutabilmek için güçlü başbuğlara ve katı kurallara gereksinme duyulacağı açıktır. Eğer toplumun ya da devletin başındaki kişi yeterince güçlü ise bağımsızlık ve yükselme yaşanacaktır. Güçlü önder ölünce yerine güçlü biri geçmezse dağılma yakın demektir<sup>90</sup>. Özellikle Hunlar, kuruluş ve çöküşleri açısından göçebe devletlerin iyi bir örneğini vermişlerdir<sup>91</sup>.

Bu göçebelik nedeniyle Türkler, iletişim kurdukları çeşitli topluluklardan etkilenmişler, birçok alfabeyi, İslamlıktan önce birçok dini ve hukuku benimsemişlerdir. Hiç kuşkusuz Türkler, yüzlerce yıl Şamanlık inancını benimsemişlerdir. Şamanlık, sonraları benimsedikleri dinleri ve dolayısıyla hukuk düzenlerini de etkilemiştir. Daha sonra Türkler, hemen bütün dinleri, bu arada büyük inanç dizgelerinden Buda, kitabı Avesta olan Mazda, Mani, Nesturi, Yahudilik dinlerini, en son olarak da İslamı benimsemişlerdir<sup>92</sup>.

İslamlık öncesi Türkler hakkındaki başlıca kaynaklar, Moğolların ve yüksek bir felsefe ve tarih kültürü hazinesine sahip Çinlilerin ulaşılabilen kaynaklarıdır. Bunların yanı sıra epigrafik, arkeolojik, etnografik araştırmalar, töreler ile dil üzerine yapılan incelemeler de son derece önemli bilgiler içermektedir<sup>93</sup>.

Kuşkusuz bu kültür yapısına göre eski Türklerde bir hukuk anlayışı oluşmuştu. Bütün Türk boylarında **“töre”** temel kaynaktı. Özellikle Oğuz soylarına ait Oğuz Töresi, sıkı kurallar getirmişti. **“İl gider, töre kalır”**

<sup>89</sup> Köprülüzade M. Fuad, Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri, Türk Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1931, I, s. 181; Jean-Paul Roux, Türklerin Tarihi, Pasifik'ten Akdeniz'e 2000 yıl; İstanbul, 2007, s. 55 vd. .

<sup>90</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 15-18, 263; Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara, 1999, s. 268 vd.

<sup>91</sup> Ligeti, (S. Karatay), Bilinmeyen İç Asya, I, Ankara, T. E. 1970/, s. 29.

<sup>92</sup> Ayrıntılı bilgi için bk: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 39-44; Jean-Paul Roux, s. 96 vd. 151.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi için bk: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 11-15; Cin/Akgündüz, 1989, s. 20-28.

ilkesi geçerliydi. Yukarıdaki kaynaklar, bu konuda yeterli değildir. Ancak devlet öncesi evrede, bütün ilkel oymaklarda görüldüğü üzere, suç, sadece kişiyi ilgilendiren bir olgu olarak değerlendirilmiş, insana özgü öç, kefaret ve uzlaşma kurumlarına yer verilmiştir. Devlet sonrası evrede ise, Türklerde toplum düzenini bozduğu biçiminde değerlendirilen kimi ağır eylemler, “*yasa*”<sup>94</sup> adı altında toplanmış ve cezalandırılmıştır<sup>95</sup>.

İlk Türk devleti kuşkusuz Hunların kurduğu devlettir (MÖ 220-174). Hunların hem Türklerin hem de Moğolların ataları oldukları belirtilmişse de, en azından Türklerin Hunların bir kolu oldukları bir gerçektir. Hunlar, ilk kez Asya topluluklarını bir bayrak altında toplayarak bir devlet kurmuşlar ve Çin kaynaklarına göre, ünlü Çin Seddi'nin yapılmasına yol açmışlardır. Çünkü savaşkan bir soydular. En ünlü hakanları, Mete (Oğuz, Mao-tun, Motun, Şan-Yu, Tan-Hu, Gücünü gökten alan) ve Atilla'dır<sup>96</sup>.

Çin kaynaklarına göre, Hun devleti, baskıyla ayakta duran bir devlet değildir ve toplumun en küçük birliği olan aileye dek örgütlenmiştir. Hunların hukuku/töresi, toplumun geleneklerinden, hakanın istencinden ve Kurultayın kararlarından oluşmuştur<sup>97</sup>.

Hun yasalarına göre cezalandırma devlete aitti. Suçlar ve cezalar önceden hakan buyruklarıyla duyurulurdu. Bu nedenle kan davlarına rastlanmazdı. Cezalar kişiseldi, yakınlarla uygulanmazdı. Suçlar ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Yurda ihanet, başkaldırma, devletin esenliğine tehdit, bir insana kılıç çekme (insan öldürme), başkaldırma, savaştan kaçma, evli kadınla zina, bağlı atı çalma, ikinci kez hırsızlık, yağmacılık, bütün ağır suçlar gibi, ölümle cezalandırılırdı. Ölüm cezası herkese açık yerde boyun vurularak, hakan mensuplarının ölüm cezası ise, kanları toprağa akması diye, boğularak yerine getirilirdi. Suçüstü hırsızlıklar, ölüm cezasının yanı sıra genel zoralmaya (müsadere) da yol açardı. Yağma suçunu işleyenin eşi rehine olarak tutulurdu. İşkence, dayak, ayaklara bukağı geçirme, asma, kızgın demirle dağlama, dar sandığa koyma, boyun vurma, zincire vurma ceza ve yerine getirme türleriydi. İbn Fazlan ve İranlı Gerdizi gibi kimi yazarlar, Türklerde törenin, evlilik birliğinin ve eşlerin birbirlerine bağlılığının sürdürülmesinin önemine değinmişler, kadına saldıran kişinin iğdiş edildikten sonra parçalanarak ölüm cezasını yerine getirildiğini belirtmişlerdir. Daha hafif suçlar, etkin öznenin yüzünü damgalamak için

<sup>94</sup> “Yasak” sözcüğü de buradan türemiştir. Yasaklanan nesneyi ya da eylemi göstermektedir (S. S.).

<sup>95</sup> Taner, s. 145; İncalcık, Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, AÜSBFD, XIII, Haziran, 1958, s. 105; Aydın, s. 15; Ekinci, s. 94, 95.

<sup>96</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 18-19; Jean-Paul Roux, s. 57-60, 71 vd.

<sup>97</sup> Avcı, Türk Ceza Kanunu Reformu, II, TBB, Ankara, 2004, s. 199.

araba tekerleği altında ezilir ya da sopa ile dövülürdü. Yani dayak ve akçalı cezalar da vardı. Cezayı “*yargucu*” (yargıç) verir, yargan (infazcı) uygulardı. Göçebe kültüründe özgürlüğü bağlayıcı (hapis) ceza kurumlaşmadığından Hunlarda bu ceza on günü aşmamıştır<sup>98</sup>.

6. yüzyılda Orta Asya'da kurulan Göktürk Devleti, Türk sözcüğünün ulus olarak kullanıldığı ilk devlettir. Bu devlette, suç hukuku kamusal bir hukuk dalı olmuş; suç kişiye özgü ölçü alanından çıkmış, devletin kamusal alanına girmiştir. Artık cezayı belirleyip uygulayacak olan, suçtan zarar gören kişi değil, devlettir. Bununla birlikte kimileyin cezanın suçlunun yerine onun yakınlarına uygulandığı görülmektedir. Söz gelimi, birinin gözünü kör etmek gibi yaralama suçlarında suçlu, kızının ya da eşi kadının mallarını, özellikle hayvanlarını edilgin özneye vermek zorundaydı. Çünkü bu devlette oğullar, kızlar ve evli kadınlar, aile başkanı olan erkeğin velayeti altındaydı; onlara uygulanan ceza aile başkanına uygulanmış sayılmaktaydı. Göktürklerde, devlete başkaldırma, insan öldürme ve evli kadının ırzına geçmenin cezası ölümdü. Hırsızlığın cezası ise, çalınan nesnenin sayısı ve değeri olarak on katı ödencedir. Kızları baştan çıkararak, hem cezalandırılırlar, hem de o kızla evlenmeye zorlanırlardı<sup>99</sup>.

8. yüzyılda Uygurlar<sup>100</sup>, Göktürklerden ayrıldılar ve bağımsız devlet kurdular. Uygurların uygarlaşma yetenekleri, Göktürklerin örgütlenme güçleri çok yüksekti. Uygurlarda yasalar önünde herkesin eşitliği ve devletin adalet ve doğruluk temelinde gelişeceği ilkeleri benimsenmiştir<sup>101</sup>. Daha çok devlet yönetimiyle ilgili bilgiler içeren felsefi nitelikteki Kutadgu Bilik, Doğu Türkistan'da bulunan belgeler, Orhun Yazıtları, suç hukuku ile ilgili bilgiler içermemektedir.

Başka Türk boylarında da “*küre*” denilen yasa ve gelenekler önemliydi. Bu boylar, silahla kurulmuş, ancak kalem ve yaslarla yönetilmiştir. İster at, ister çadır, ister göçebe, ister bozkır kültürü densin, eski Türkler, kendilerine özgü bir hukuk oluşturmuş, batılı tarihçilere göre de ilk yasa koyucu halklar arasında sayılmayı hak etmişlerdir<sup>102</sup>.

10. yüzyılda da Türk boylarında zinanın v çocukların ırzına geçmenin cezası ölümdü. Bu ceza, suçlunun kolları ve ayakları, ağaçların eğilen

<sup>98</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 20; Ekinci, s. 95; Ligeti, s. 29; Aydın, M. A., Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2010, s. 15; Cin/Akgündüz, s. 33, 34; Arsal, Türk Hukuk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, 1947, s. 206, vd., 261, 285, 286, 337; Kafesoğlu, Milli Türk Kültürü, Ankara, 1977, s. 239; İbn-i Fazlan Seyahatnamesi, (El-Rihle), (Bedir Y. Şeşen), İstanbul, 1975, s. 112.

<sup>99</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 27; Cin/Akgündüz, s. 43.

<sup>100</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. 180. Jean-Paul Roux, s. 153-180.

<sup>101</sup> Ligeti, s. 33; Cin/Akgündüz, s. 61.

<sup>102</sup> Arsal, s. 167; Kafesoğlu, s. 189-199.

dallarına bağlanır, daha sonar bu dallar serbest bırakılır ve vücut parçalanır; ölüm cezası bu biçimde yerine getirilirdi<sup>103</sup>.

## 12-Eski Yunan hukuku

Eski Yunan'da önemli düşünürler yetişmesine karşılık hukukun yeterince geliştiği söylenemez. Oysa hukuk da bu bilgelerin elinde biçimlenmiştir<sup>104</sup>.

Kentlere (sitelere) göre değişen bir hukuk anlayışı bulunmakla birlikte öç kurumunun ortak bir uygulama olduğu görülmektedir. Aristoteles, suçlunun bir hayvan olarak cezalandırılmasını önermektedir. Ancak, Isée, Lysias, Demostenes, korkutmanın ve örnek olmanın insancılaştırılmasını salık vermişlerdir. Başta Homeros olmak üzere ozanların, yazarların yazdıkları şiirlerde, piyeslerde, tarihsel yapıtlarda, istenç dışı insan öldürme suçları için iki yöntem belirlenmiştir. Birincisi edilgin öznenin ailesiyle uzlaşmadır. Homeros, bu yöntemle kısas anlayışının yumuşatılacağını düşünmüştür. İkincisi ise, öçten kurtulmak için yurdundan ayrılmaktır. Yasalara göre taksirle insan öldüren suçlular, sürgüne gönderildikleri takdirde mallarına el konmakta; ancak haysiyetsiz sayılmadıklarından yurttaşlıktan çıkarılmamakta ve dönüşlerinde de arındırma törenleriyle siyasal ve dinsel ayrıcalıklarına kavuşmaktadırlar. Hayvanların yol açtıkları zarardan dolayı da suç sahiplerinin sorumluluğu bulunduğu görülmektedir. Ancak, günümüz hukuk anlayışı ile bağdaşmayan durumlara da rastlanmaktadır. Söz gelimi, insanı ısırdığı için cezalandırılan bir köpek, 160 santimetrelik bir tahta parçasını boynunda taşımak zorundadır. Kasıtlı ve taksirli insan öldürme ayrımı yapılmış, ikinci tür suçlara daha az ceza verilmesi benimsenmiştir. Ancak yine de ince ayrımlar gözetilmemiştir. Söz gelimi, taksir ile rastlantı ayrımı yapılmamış, spor ya da halk oyunları sırasında rakibini öldüren kişi sorumlu tutulmuştur. Zaleucos, MÖ 624 yılında çıkarılan Drakon yasalarına göre, öç almayı önlemek için "Aeropaj" adlı meclisin temsil ettiği devlet yetkesine yer vermiş, kasıtlı ve taksirli insan öldürmeler birbirinden ayrılmış, kan gütme güdüsüyle insan öldürmeler bir ölçüde önlenmiştir. Aeropoj, dine ve bireylere karşı işlenen suçları düzenlemiştir. Daha sonra Solon (640-558) yasaları Drakon yasalarını kaldırmış ve cezaları yumuşatmıştır. Bu arada hırsızlık suçunu kamu suçları arasına sokmuştur. Ancak MÖ 403 yılından sonra demokrasiye geçilmesi üzerine, ölüm cezası hükümlülerinin ailelerinin mallarının zoralımına ve özel haklardan yoksun kılınmalarına son verilmiştir. Devletin cezalandırma yetkisini tekeline alması önemli bir gelişmedir. Üç öbek ceza öngörülmüştür.

<sup>103</sup> İbn-i Fazlan Seyahatnamesi, s. 31, 34. Ayrıntılı bilgi için bk.: Selçuk, Adalet ve Yaşayan Hukuk, Ankara, 2009, s. 138 vd.

<sup>104</sup> Ekinci, s. 119.

Yüz kızartıcı cezalarda yurttaşlık haklarından yoksunluk (atimia), özellikle hırsızlık ve rüşvet suçlarında söz konusuydu. Bu cezaya hüküm giymesine karşın yurttaşlık haklarından yararlanmaya kalkan kişi ölümle cezalandırılır, devlete borcunu ödemeyenlere de atimia cezası verilirdi. Teşhir, kimi suçlar içindi ve halka açık yerlerde yerine getirilirdi. Halk kararıyla ülkeden kovulan siyasal suçlulara uygulanan ceza (ostrakismos), sürgünden ayrıydı. Bedeni cezaların en ağırı olan ölüm cezası, Atina'da Sokrates'in öldürülmesindeki gibi baldıranla zehirlenerek, uçuruma atılarak, kafa kesilerek, boğularak, taşlanarak (recm), köleler dövülerek; Isparta'da ise çoğu kez boğularak, kimileyin de uçurumdan atılarak yerine getirilirdi. Solon'un getirdiği para cezası Atina'da yaygındı. Ölüm ve sürgün cezasına çarptırılanların malları zoralıma tabiydi. Atina'da devlete ve kişilere karşı suçlar ayrılmıştı. Rejimi değiştirmeye kalkışma, casusluk, gemiyi ya da kaleyi düşmana teslim, kalpazanlık, elçilik görevinde ağır suç işleme ölüm ya da ağır para cezası; savaşa katılmama, halk toplantılarında gündem dışı konuşma, rüşvet, askerden kaçma, fahişelik atimia; dine karşı eylem, devlet malını çalma para cezalarıyla cezalandırılırdı ve bunlar kamusal suçtu<sup>105</sup>. Yurda ihanet suçunun cezası ölümle birlikte etkin öznenin cesedinin yurt dışına çıkarılmasıydı. Siyasal kurumları, söz gelimi hükümeti yıkma eylemi her zaman suç olarak görülmüşse de ilk kez dört yüzleri darbeyle iktidardan uzaklaştıran Démophante tarafından 5. yüzyılda düzenlenmiştir. Bu Yasa'ya göre hükümeti deviren suçlu, Atinalıların düşmanı sayılarak öldürülür ve mallarına el konurdu. Suçluyu öldüren ise suçsuz sayılırdı. Özel suçlara gelince, kasıtlı öldürme, zehirleyerek öldürme, çocuk düşürme, kundakçılık, evli kadınla zina eden erkeğin eylemi, belli değeri geçen malı çalma ölümle; taksirli insan öldürme, yaralama sürgünle cezalandırılırdı<sup>106</sup>. Yargılamada işkence yöntemine başvurulurdu. Yasalara ve bu arada Dracon Yasası'na göre, insan öldüren hayvan ve ölmüş insanın cesedi yargılanırdı. Kişisel sorumluluğun yanı sıra ortaklaşa sorumluluk da benimsenmişti<sup>107</sup>. Kadının zinası ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve bunun için ağır cezalar öngörülmüştü<sup>108</sup>.

Her yıl Atina'da halk tarafından seçilmiş 6.000 kişiden oluşan yargıçlar topluluğu (dikasteres) on eşit kesime ayrılır ve bunlar yargılama yaparlardı. Perikles, 1500; Sokrates 502 yargıç tarafından yargılanmıştır<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Vidal/Magnol, n. 24, 26; Thiry, n. 6; Charles, s. 21; İçel, s. 35, 36; Mansel, Ege ve Yunan Tarihi, TTK yayımları, Ankara, 1995, s. 185, 191; Arsal, s. 119, 161; Imbert/Levasseur, s. 249; Ekinci, s. 131, 132.

<sup>106</sup> Ekinci, s. 132.

<sup>107</sup> Imbert/Levasseur, s. 57, 75, 169, 196, 200, 218.

<sup>108</sup> Özkorkut, s. 42-46

<sup>109</sup> Rousset, s. 17-19.

Isparta’da altın ve gümüş kullanmak, şişmanlık, evlenmemek suçtu. Ancak zina ve ustalıklı hırsızlık suç değildi. Özellikle kölelerin (hilot, heilotes) malını çalmak ödüllendirilen bir eylemdi. Ölüm cezası ise çok azdı<sup>110</sup>.

### **13-Eski Roma hukuku**

#### **a-Tarihsel dönemlere ve yönetim biçimlerine göre Roma suç hukuku**

Roma suç hukukunu, Roma’nın tarihsel dönemlerine ve yönetim biçimlerine göre incelemekte yarar vardır: Krallık, Cumhuriyet ve İmparatorluk.

#### **1.Krallık Dönemi**

Eski Roma’nın Krallık döneminde (MÖ. 754-509), özellikle başlarda töre ve geleneklere yaslanan bir hukuk vardır. Suç hukukunun özel hukuk görünümü ağır basmaktadır. Aile içinde babanın cezalandırma yetkisi sınırsızdır. Kan davası yok denecek denli azdır. Ancak kısas uygulanmaktadır. Suçtan zarar gören kişi ile suçlu, hırsızlık ve hakaret gibi bireysel/özel suç (delicta privata) kapsamına giren kimi eylemlerde mal karşılığında uzlaşabilmektedir. Bununla birlikte Roma devletinin kuruluşu, suç hukukunun kamusal niteliğine ivme kazandırmıştır. Kişiyeye özgü ölç hakkının kullanıldığına ilişkin izlere Roma hukuk tarihinde rastlanmamaktadır. Mutlak yetke sahibi kralın devlete egemen olmasıyla birlikte hukuku krallar oluşturmaya başlamıştır. Bu dönemde, edilgin özne uzlaşmayı reddettiği takdirde kısas yöntemi gündeme gelmiştir. Kişiyeye özgü ölç hakkının uzlaşma (compositio) karşılığında ortadan kalkması, Roma Hukukunda özel suçların doğmasının nedeni olmuştur. Suçüstü yakalanan etkin özne öldürülebilmektedir. Ayrıca ilkel suç hukuku dizgelerinde görülen “sığınma hakkı”na da yer verilmiştir. Kusurluluk üzerinde durulmamış, sorumluluk nesnel sonuca göre belirlenmiştir. Kralın, dolayısıyla onun adına yargılayan ceza yargıcının (magistrato coercitio) ceza adaletindeki yetkileri sınırsızdır. Babayı öldürme ve yurda ihanet suçları ölümle cezalandırılmaktadır<sup>111</sup>.

#### **2.Cumhuriyet (konsüller) dönemi**

Bilindiği üzere, Roma’da üstün sınıf patriciuslar, alt sınıf plebler diye anılmaktadır. “Atalar töresi” (mos maiorum) diye anılan hukuk, patriciusların hukukudur. Bu hukuk belirsizdir. Bu yüzden özellikle konsüllerin yargılanmasında başına buyrukluğa yol açmıştır.

<sup>110</sup> Ekinci, s. 140, 141.

<sup>111</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 66.

Bunu önlemek için MÖ 5. yüzyılın ortalarında Senato, yasaların yazılı olmasına ve yayımlanmasına karar vermiştir. Bu kararın, yani hukukun yazılı metne dönüştürülmesinin kökeninde “uzlaşma” anlayışı bulunmaktadır. Latince “lex” sözcüğü, kökbilim açısından iki şey, iki insan arasında sıkı ilişki, sıkı bağlantı anlamına gelmektedir. Lex sözcüğünün çoğulu ise “leges”tir. Yasa böylelikle uzlaşma sonucu iki sınıfı birbirine bağlayan kavram olmaktadır. İtalyan Ozanı Vergilius’un açıklamalarına göre, İtalyan yerlileri “Saturnus” soyundandı. Hiçbir yasa onlar için adaleti engelleyemezdi. Kendi özgür istençleri doğrultusunda eski tanrıların yolundan giderlerdi. Ancak Aneas ve askerleri, Troya’dan geldikten sonra ve işgalciler ile yerliler arasında bir savaş patlak verdiği zaman yasalara gereksinme duyulmuştu. Bu yasalar sadece barışı sağlamamış, bunun yanı sıra partici ile plebleri, yani iki başka toplumu, sınıfı birbirine bağlamıştı. Romalıların amacı, bütün dünyayı Roma’nın gücüne, egemenliğine (imperium) bağlı kılmak değil, Roma’nın düşmanlarını dost durumuna getirmek, Roma’ya özgü birlik dizgesini yaymaktı. Roma halkı (populus romanus) varlığını soylular ile halk arasındaki birliğe, birlikteliğe, bağlılığa borçluydu. Uzak amaç, soylular katmanı ile sıradan katman arasındaki sonsuza dek sürecek birliğe, bütünlüğe ilişkin Roma toplumunu (societas Romana) oluşturan ve sürekli genişleyen Roma’ya özgü ortakları, dostları (socii) bir araya getirmektir. Bu amacı gerçekleştirecek olan en önemli araç, elbette yasalardı (leges). Dolayısıyla bu birliktelik, hangi toplumsal katmandan olursa olsun herkesin uyacağı, adalet ve dürüstlük temeline dayanan nesnel bir uzlaşma metnine dönüştürülmüştür. Romalıların haklı olarak övündükleri bu eski, kırsal kesime özgü bir dizgeyi öngören yazılı metnin adı, “On İki Levha Yasaları”dır (Leges Duodecim Tabularum)<sup>112</sup>.

Yukarıda değinilen amaçla MÖ 452 yılında on iki üyelik bir kurul (decemviri legibus scribundis) oluşturulmuş, iki yıl çalışmıştır. İlk bütün üyeler patricius oldukları halde, daha sonraları yarısı patriciuslardan, yarısı pleblerden seçilen kurulun başında Appius Claudius bulunmakta idi. Solon Yasaları’ndan da yararlanılarak kotarılan metin iki yılda hazırlandı. 12 madeni ya da tahta levha üzerine yazıldı, meclisin onamasından sonra, herkesin görebilmesi için Roma’nın en büyük meydanına (Forum Romanum) asıldı ve MÖ 307’de Galler’in Roma’yı yağmalamaları sırasında yok edilinceye dek orada kaldı. Böylece On İki Levha Yasaları, yazılı hukukun (ius scriptum) önemli bir örneğini oluşturdu. Roma’nın amacı, yeryüzündeki bütün ülkelere Roma’ya özgü birlikte yaşama (unitas multiplex) örneğini yaymaktı. Atina’nın Roma’ya verdiği felsefi düşüncenin elbette bunda payı

<sup>112</sup> Arendt, (Onur Eylül Kara), Devrim Üzerine, İstanbul, 2012, s. 252, 253.



vardır. Roma, bu metinle yüzyılları etkileyecek güçte bir hukuk öğretisini kurabilmiştir<sup>113</sup>.

Bu Yasalar'da, yukarıda Arendt'in vurguladığı üzere, iki amaç güdülmüştür. Birincisi, siyasal niteliktedir: Soylular ile halk arasında eşitliği sağlamak ve Romalıları yöneticilerin başına buyrukluğundan korumak. İkincisi, hukuksal niteliktedir: Yazılı olmayan töre hukukunu derleyip yazılı hukuka dönüştürmek. Bu Yasalar, çağcıl Avrupa uygarlığının üç temel düşüncesini öngörmüştür: Kişisel mülkiyet, vasiyet ve kişisel hak. Bütün bu nedenlerle kimi düşünürlerce söz konusu Yasalar, insan haklarına ilişkin bildirilerin temeli sayılmıştır. On İki Levha Yasaları, eski hukuku korumakla birlikte birçok yenilik de getirmiştir. Bunlar arasında en çarpıcı olanları şunlardır: Kişiye özgü öç ve işkence yasaklanmış, suçluların yalnızca devletçe cezalandıracağı kuralı benimsenmiştir. Kısas, ancak tarafların anlaşamaması durumunda geçerli kılınmıştır. Davayı yargıcın önüne getirebilme hakkı tanınmıştır. Borcunu zamanında ödemeyen ve verilen ödeme süresini aşan kimseye öngörülen hapis cezasının son sınırının altmış günü geçmemesi ve suçlunun cezaevinde aç bırakılmaması kuralları benimsenmiştir. Bu Yasalar'a göre, kamusal suçlar genellikle ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Yangın, başkalarının yaşamını etkileyeceği için büyücülük ve üfürükçülüğe benzeyen eylemler (malum carmen, occentatio), ırza geçme, başkasının ağacını kesme, dört ayaklı hayvanların verdikleri mala karşı zarar, yaralama suçları çeşitli biçimlerde cezalandırılmıştır. Sözgelimi, bir organı sakatlama (membrum ruptum), kısası (talio esto) gerektirirdi. Ancak kemik kırma (os fractum) suçunun cezası, kısas zorluk doğurduğu için, özgür ve köle ayırımına göre değişen para cezasıydı. Bu dönemde hırsızlık suçları ayrıntıyla düzenlenmiştir. Bunlar arasında özellikle dinsel eşyaya (sacrilegium) ve kamuya ait mallara karşı hırsızlık (peculatus) suçları dikkati çekmektedir. Suçüstü hırsızlık (furtum manifestum), özellikle geceleyin hırsızlık yaparken yakalanan kişinin öldürülmesine, halkın bilgilendirilmesi koşuluyla, izin verilmiştir. Suçüstü olmayan hırsızlık (furtum nec manifestum) içinse, çaldığının iki katını ödeme cezası getirilmiştir. Bir başka anlatımla hırsızlık suçlarına değişik para cezaları öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Suçlu, yurda ihanet, ana ya da babayı öldürme, kundakçılık suçlarında kırbaçlandıktan, zincire vurulduktan sonra ateşle yakılarak; yalancı tanıklık suçunda uçuruma atılarak öldürülmüştür. Yargıcın rüşvet alması ağır biçimde ve yurda ihanet ölümle cezalandırılmıştır. Kasıtlı ve taksirli insan öldürme ya da yangın çıkarma suçları arasında ayırım yapılmıştır. Kamusal suçlar için öngörülen ölüm cezasının yerine getirilmesi suçlara göre değişik olmuştur. Burada dinsel hukuk ön plana geçmiştir. Söz

<sup>113</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuk Dersleri, İstanbul, 2010, s. 46.

gelimi, bir kimse bir başkasının ekinlerini geceleyin yok ederse, Tanrıça Ceres'in kurbanı olarak "uğursuz ağaç"a (infelix arbrar) asılmıştır. Bu dönemin özellikleri, temel suçların ortaya çıkmaları, yargıçların ağır cezalara eğilimli olmaları, bireysel suç sorumluluğunun ve aile düzenini korumanın belirginleşmesi olarak özetlenebilir<sup>114</sup>.

Bu dönemde (MÖ 509-27) yargı işiyle görevli yargıç (magistra) yine geniş yetkilere sahiptir. Kamu hukuku yasaları yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Ölüm cezasına çarptırılan yurttaşa yasa yolu (provocatio ad populum) açılmıştır. Yurttaş, Halk Meclisine (Centuriate) başvurabilmektedir. Halk Meclisi, majistranın kararını destekleyebileceği gibi, sanığın aklanmasına da karar verebilmektedir. Suçlu, kendi isteği ile sürgüne gittiği takdirde, cezadan kurtulmaktadır. Ancak, devlet mallarına el koyabilmektedir. Bu dönemin sonlarına doğru, devletin güçlenmesiyle birlikte, kimi yasalarda hem "**kamusal suç**" (delicta publica, crimen legitimum) hem de bunlara ilişkin yaptırımlar (poena legitima) gösterilmiştir. Kuşkusuz, bu gelişme, suç hukukunda çok önemlidir. MÖ. 149'da yürürlüğe giren Calpurnius Yasası'yla sürekli görev yapan ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, yargılama ile görevli "**praetor**"ların başkanlığında, seçilmiş halk yargıçlarından (jüriler) oluşmaktadır. Roma'da özellikle Cumhuriyet döneminin sonları, hukuk kültüründeki önemli bir gelişmenin var olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten bu dönemde yukarıdakilerin yanı sıra suç türleri, yaptırımlar, yargılama yöntemleri açıkça belirlenmiştir<sup>115</sup>.

Bu dönemde ortaya çıkan başlıca suçlar şunlardır: İnsan öldürme, konut dokunulmazlığını bozma, hakaret, tehdit, yaralama, adam kaçırma, dinsel ve devlete ait mallara karşı hırsızlık, tefecilik, oy satın alma ve seçime hile karıştırma, kamu görevlisinin armağan alması, vasiyetname ve paralarda sahtecilik, cinsel özgürlüğe karşı suçlar<sup>116</sup>.

Cumhuriyet döneminde suç hukuku kamu hukuku özelliğini kazanmış, kusur anlayışında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Kasıt (dolus), düşünüldükten sonra karar verme, başkasına zarar verme, yasaya aykırılık istenci ve özellikle amacı olarak algılanmıştır. Bu amaç (animus), öldürme amacı (animus occidenti), hakaret amacı (animus iniurandi), hırsızlık amacı (animus furandi) gibi suçtan suça değişmektedir. Buna karşılık, ağır bile olsa

<sup>114</sup> İpek, XII Levha Kanunu, Argumentum, yıl 3, sayı 34, s. 614; v. Hippel, (Roberto Vozzi), Manuale di diritto penale, Napoli, 1936, s. 17, 18; Yüce, Ceza Hukuku Dersleri, I, Manisa, 1982, s. 39. Ayrıntılı bilgi için bk. Garraud, I, n. 53-57; Ortolan, n. 61, 62; Koschaker, (Kudret Ayiter), Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1950. S. 230, 231; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 44-52.

<sup>115</sup> v. Hippel, s. 19; Yüce, s. 39.

<sup>116</sup> v. Hippel, s. 19; Önder, I, s. 56; İpek, 609 vd.

taksirin böyle bir amacı içermediği, “*öngörülebilir bir durumun öngörülmemesi*” (culpa est quod, cuum diligenti providere potuerit, non esse previsum) olarak tanımlandığı ve “*başkasına zarar verme!*” (neminem ledere!) buyruğunu çiğnediği belirtilmiştir. İmparatorluk döneminde tanımındaki kasıt kavramının daha belirginleştiği, suçtaki öğeleri istençli ve bilinçli olarak gerçekleştirmek diye algılandığı, bunlardan birini bilmemenin kastı kaldırdığı ileri sürülmüştür<sup>117</sup>.

### 3. İmparatorluk Dönemi

Bu dönemde cezalandırma yetkisi, yasalar üstü olan İmparatora aittir. İmparatorluk Mahkemesi de, yetkisini kraldan alır ve önemli davalara bakardı. Bu evrede kamusal suçların ve gittikçe azalan özel suçların yanı sıra, yeni olağanüstü suçlar (crimina extraordinaria) benimsenmiştir. Bu yasalarda cezalar belirlenmemiş, mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Uydurma dava açma ve tereke hırsızlığı bu tür suçlara örnektir<sup>118</sup>.

Bu dönemde, bütün cezalandırma yetkisi imparatorun ve kamu gücünün tekelindedir. Bu başına buyruklu, bireyi hukuk güvencesinden yoksun bırakmıştır. Yasal bir görevi ya da buyruğu yerine getirme, haklı savunma, zorda kalma, işlenen suçun hukuka aykırı olmasının engellemektedir. Ölüm cezası, bedensel (cismani) cezalar, özellikle özel/bireysel suçlarda para cezaları başlıca yaptırımdır. Zorluluk ve işkence sıklıkla uygulanmaktadır<sup>119</sup>. Roma’da yurda ihanet suçunun cezası vücudu parçalayarak öldürmedir. Siyasal kurumları yıkmaya suçlu olarak en ünlü dava Cicero ile Catilina arasında geçen davadır. Ortaklaşa sorumluluk da söz konusudur. İnsan öldürme suçlarının cezası çoğu kez ölümdür. Ancak Sylla’nın Corneliade Sicaris Yasası’na göre, soylular için sürgün, özgür yurttaşlar için kafa kesme (decollatio), köleler için çarımha germe cezası öngörülmüştür<sup>120</sup>. Bu dönemde zina suçu ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir<sup>121</sup>.

### b-Roma hukukunun değerlendirilmesi

Roma hukuku, Romalıların uygarlığa, kültür değerlerine, dünya tarihine en kalıcı katkısıdır. MÖ 5. Yüzyılda kotarılan On İki Levha Yasaları, yurttaşlar arasında eşitlik ilkesine yaslanmış, yurttaşlar hukuku (ius civile) ve uluslararası hukuk (ius gentium) olarak iki kesimden oluşmuştur. Benimsenmiş gelenekleri ve uygulamaları bir araya getirme anlamındaki

<sup>117</sup> İçel, s. 37; Demirbaş, s. 66.

<sup>118</sup> v. Hippel, s. 20; Yüce, s. 40; Demirbaş, s. 66.

<sup>119</sup> v. Hippel, s. 21; Yüce, s. 41.

<sup>120</sup> İmbert/Levasseur, s. 58, 77, 78, 88, 169, 249; Ekinci, s. 188-189.

<sup>121</sup> Özkorkut, s. 46-51.

Prudentia<sup>122</sup> gittikçe genişlemiş ve gelişmiştir. Hadrianus Buyruktusu'yla daha sonraki değişiklikler durduruluncaya dek bu türden yasa yapma biçimi, yargıçlarca (praetor) kotarılan hukukun kaynağını oluşturmuştur. Ancak hukuk uygulamasının karmaşıklığı ve eskiliği kaçınılmaz olarak yargılamanın uzamasına yol açmıştır. Ancak bu gelişme, iki büyük hukukçunun ölüm cezasıyla cezalandırılmasıyla gerilemeye yüz tutmuştur: Caracalla tarafından cezasıyla yaşamına son verilen Yunanlı Aemilius Papinianus (Papinian, Papinien, ölümü MÖ 213) ve Papinianus'un yardımcısı olup uyuşmazlığa düştüğü Pretoryenlerce öldürülen Domitius Ulpianus (Ulpian, Ulpian, MÖ 170-223).

Roma hukukunun en büyük yanılgısı, belki de "köle" kavramını aşamamış olmasıdır. "*Institutiones*"te kölenin kişi olmadığı yazılmıştır. Gaius, "köleler, hayvanlar, başka nesnelere", Ulpianus, "köle ya da bir başka hayvan" deyişleriyle bu durumu açıklamışlardır.

Bununla birlikte Roma hukukunun etkisini çok geniş olduğu unutulmamalıdır. Kotarıldığı dönemde başta Yunan, Mısır olmak üzere Akdeniz çevresi ülkeleri, Orta Çağda bütün Kara Avrupa, özellikle Cermen ve Kanonik, daha sonraki çağlarda ise Rusya dışında bütün Avrupa ülkeleri, Portekiz ve İspanya kanalıyla güney ve kuzey Amerika ülkeleri, Çin ve Japonya hukuk düzenlerini etkilemiştir. Roma hukuku, sadece hukuk tarihinin değil, karşılaştırmalı hukukun da vazgeçilemez bir ögesidir<sup>123</sup>.

Bu nedenle eleştirel bir gözle değerlendirmekte yarar vardır.

Baştan belirtmek gerekir ki, Carrara'nın, Romalıların dev bir özel hukuk meydana getirdikleri, suç hukukunun ise cüce kaldığı biçimindeki yargısı, bütün hukukçularca paylaşılmamıştır<sup>124</sup>.

İlkin, Roma hukukunda suç ile haksız eylem arasında ayırım yapılmamıştır. Gerçekten bu hukukta, Ulpianus'un "*iniuria*" (*hukuka aykırılık, haksızlık*) kavramını, *haksız eylem* ile *kamusal suç (delicta publica)* biçimlerinden hangisi için kullandığı belirsizdir. Bununla birlikte, özel suç (*delicta privata*) deyişinin yalnızca kişilere, aileye ya da kişilerin şerefine karşı işlenen suçları kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca savsama (ihmal) suçlarına da sonucu önlememe biçiminde ve kimi durumlarda yer verilmiştir.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Terimin anlamı, yasal sakınlı yöntem olup, "iurisprudentia" (jurisprudence, yargısal görüş, hukuk bilimi) kavramı bundan türetilmiştir. Burada dikkati çeken nokta, "iurisprudentia", "jurisprudence" sözcüklerinin "hukuk" ( iuris, juris) ve "sakınım" (prudentia, prudence, ihtiyat) sözcüklerinin birleşmesiyle oluşan birleşik bir sözcük/terim olmasıdır (S. S.).

<sup>123</sup> Tahiroğlu/Erdoğan, s. x-xx; Arendt, s. 267.

<sup>124</sup> Cassinelli, L'Avvenire del diritto penale, Roma, 1930, s. 9.

<sup>125</sup> Umur, Roma Hukuku, İstanbul 1984, 194-195, 485-489; v. Hippel, s. 22.

İkinci olarak, cezalandırma yetkisinin devlete verilmesiyle birlikte önemli bir değişim yaşanmıştır. Önceleri, devlet, yargılama yapıp ceza verilmesi için, özel hukuk davalarında olduğu gibi, suçtan zarar gören bireyin başvurusunu aramıştır. Bunun örneği özel suçlardır. Daha sonraları ise devlet, cezalandırma yetkisini, günümüzdeki gibi, istek olmadan da kullanmıştır. Kamusal suçlar buna örnektir. Bundan da anlaşılıyor ki, suçlar, kamuya karşı işlenen ve kamu suç hukuku diye adlandırılan “**kamusal suçlar**” (*delicta publica*) ve yukarıda belirtildiği üzere kişilere karşı işlenen, haksız eylem diye adlandırılan ve özel hukuk alanına giren “**özel suçlar**” (*delicta private*) olarak ikiye ayrılmıştır. Kamusal suçlardan hüküm giyenler, şerefsiz (infamia) sayılmış, birçok kamusal ve özel haktan yoksun kalmışlardır<sup>126</sup>.

Üçüncü olarak, suçların bu iki kesimden hangisine gireceği ve uygulanacak yargılama yasaları belirlenmiştir. Kural olarak kamuya karşı işlenen suçlar kamu hukuku yargılama, özel hukuka ilişkin haksız eylemler de özel hukuk yargılama kurallarına göre kovuşturulmuştur. Kamusal suçlarda bireysel istenç (irade) dışlanmış, suçların devletçe kendiliğinden kovuşturulmasının ve yaptırıma bağlanmasının yasallığı ve tekdüzeliği sağlanmıştır. Ancak, çok sınırlı kimi durumlarda kişisel dava yoluna olanak tanınmıştır. Devlet düzenine karşı işlenen suçlar ile insan öldürme, kısırlaştırma, zina gibi kamusal nitelikteki suçlar kendiliğinden (re’sen) kovuşturulmuştur<sup>127</sup>.

Dördüncü olarak, suçun hukuka aykırılık ögesi üzerinde durulduğu anlaşılmaktadır. İnsan öldürme suçları gibi, kamusal suçlarda kişinin/edilgin öznenin tasarruf yetkisi ve rızası söz konusu olmamakla birlikte, bu rızanın, kişisel suçlarda hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldırdığı, kavram tam anlamıyla belirgin olmamakla birlikte, bunun hukuka uygunluk nedeni olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Görevin ya da bir buyruğun yerine getirilmesi, haklı savunma kurumları benimsenmiştir. Kurallarına uygun gladyatör dövüşlerinde insan öldüren cezalandırılmamaktadır. Zorda kalmada ise suçluya ceza verilmemektedir.<sup>128</sup>

Beşinci olarak, yukarıda belirtildiği üzere, Roma suç hukukunda suçun öznel ögesi konusunda önemli adımlar atılmıştır. Kasıt ile taksir kavramları birbirinden ayrılmıştır. Kasıtlı işlenen suçlar, genelde kamusal suçtur. Taksirli suçlar ise ayırıktır. Özellikle insan öldürme ve yangın suçlarında taksir kavramı benimsenmiştir. Rastlantı (casus) kavramı; taksirin bittiği yerde başlamakta ve doğal güçleri (vis naturalis), tanrısal güçleri (vis

<sup>126</sup> Tosun, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982, s. 8; Umur, 194, 485; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2011, s. 16.

<sup>127</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

<sup>128</sup> v. Hippel, s. 22; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

divina), zorlayıcı nedeni (vis maior fortuna) kapsamaktadır. Eylemsel ve hukuksal yanılığ ayırımına ulaşılamamış, yasanın bilinmesi kural olarak zorunlu görülmemiş olmakla birlikte suçun maddi ögesini bilmemek, kası ortadan kaldıran neden olarak benimsenmiştir<sup>129</sup>.

Altıncı olarak, sorumluluk konusunda da ilerlemeler gözlenmektedir. İlk dönemlerde ceza sorumluluğu ile hukuksal sorumluluk özdeş görülmüş, On İki Levha Yasaları'nda zarar görenin zararlarının giderilmesi esas alınmış ise de, kimi suçlar açısından insana özgü ölç ve kısas gibi kurumlara da yer verilmiştir. Özel sorumluluk, ancak Cumhuriyet döneminde gerçekleşebilmiştir. Bu arada davranış yeterliliği, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğunu etkilediği ve yedi yaşından küçük olanların ceza sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir<sup>130</sup>.

Yedinci olarak, Roma hukukunda suçun özel yansıma biçimleri de gündeme gelmiştir. Ancak, hazırlık davranışları, kalkışma (teşebbüs) ve suçun tamamlanması kavramları oluşmamıştır. Buna karşılık, eylemi yapma niyetinin dışa yansıtılması yaptırıma bağlanmış ve özel suçlarda zararın giderilmesi yaptırımı uygulanmıştır. Öte yandan suça katılma (iştirak) konusuna sınırlı olarak yer verilmiş, asıl etkin özne ve yardımcı etkin özne ayrımı yapılmıştır. Ancak, yardımcı etkin öznelerin kasıtlı davranışları benimsenmekle birlikte cezaları açısından bir ayırım yapılmamıştır. İlk dönemlerde "*her suça ayrı ceza*" (quot delicta, tot poena) kuralına uyulmuşken, daha sonraları, bir ölçüde suçların birleşmesi anlayışına ulaşılmış, tek eylem ile yasanın başka başka hükümlerinin ihlali durumunda, suçluya ağır olan suçun cezası verilmiştir<sup>131</sup>.

Sekizinci olarak, dava zamanaşımı benimsenmekle birlikte ceza zamanaşımı öngörülmemiştir. Af, Cumhuriyet döneminde çok az, İmparatorluk döneminin başlarında çok fazla uygulanmıştır. Özel şenlik/bayram günlerinde davalara yasal olarak son verildiği görülmüştür<sup>132</sup>.

Dokuzuncu olarak, son dönemlerde dahi cezaların belirlenmesi, kimi kurallar getirilmekle birlikte, büyük ölçüde yargıcın takdirine bırakılmıştır. Tekerrür, suçlunun kötü biri olması, sık suç işlemesi gibi nedenlerle cezalar artırılmış; kadın ve genç olması, sarhoşluk, iyi dürtü/güdü, sonucun gerçekleşmemesi gibi nedenlerle de ceza indirilmiştir<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> v. Hippel, s. 21, 22; İçel, s. 37, 38; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

<sup>130</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

<sup>131</sup> v. Hippel, s. 23,24; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

<sup>132</sup> v. Hippel, s. 23; Önder, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, I, İstanbul, 1991, s. 56-57.

<sup>133</sup> v. Hippel, s. 23.

#### 14-Cermen hukuku

Vizigotlar, Ostrogotlar, Vandallar, Franklar, Angollar ve Saksonlar, Cermen soyundan topluluklardır. Romalılar bu toplulukları barbar olarak adlandırmışlardır<sup>134</sup>. Gaius Cornelius Tacitus, “De Moribus Germanorum” adlı yapıtında, bu barbarların egemen olmalarıyla birlikte Cermen oymaklarındaki geleneklerin Avrupa uygarlığı üzerinde etkilerinin başladığını belirtmiştir. Daha sonraları, Latin Tarihçi Ammiano Marcelino, eski Türkistan halkına ait metinleri aktarmıştır. Bu halk, bir yüz yıl sonra İspanya’daki Vizigotlarca yok edilmiştir<sup>135</sup>.

Cermen hukuku, iki ilke ile Roma hukukundan ayrılmaktadır: Birincisi, ceza örgütlenmesinde siyasallığın ve toplumsallığın olmayışı, bireyselliğin ve kişiselliğin ön plana çıkması. İkincisi, suçun ağırlığını ölçmek için, onu işleyen etkin öznenin kastına değil, doğan sonuçlara bakılması. Bu iki özellik, Orta Çağın ileri dönemlerine dek sürmüştür<sup>136</sup>.

Cermen hukukuna göre, suç hukuku, özel hukuk dalının bir koludur. Suç ise, suçlunun başka bir kişiye ya da ailesine karşı gerçekleştirdiği ve kuşaklar boyu süren savaflara yol açan bir eylemdir. Bu nedenle eski Cermen hukukunda, edilgin öznenin rızası çok önemliydi. Rıza söz konusu olduğunda, bu türden suçlar cezalandırılmamaktaydı. Ancak, yurda ihanet gibi toplumun güvenliğini ve esenliğini ilgilendiren, barışı tehlikeye düşüren suçlarda, rızanın önemi yoktu. Bu tür suçları işleyen kişi, herhangi bir karşılık/bedel/diyet ödenmesine izin verilmeksizin, öldürülürdü<sup>137</sup>. Söz gelimi, yurda ihanet suçunun cezası, asma, diri diri gömme ya da boğma biçiminde yerine getirilen ölüm cezasıydı<sup>138</sup>.

Suç oymak içinde işlendiği takdirde insana özgü ölçü adaleti geçerliydi. Oymaklar arasında olduğunda, geleneksel ölçü miras yoluyla geçer ve oymaklar arası savaş başlardı. Daha sonraları para cezasıyla yetinilmeye başlandı. Bu yöntem gittikçe gelişti. Sorumluluk anlayışı da buna elverişli idi. Zira Cermen hukukunda, sorumluluk, yukarıda da değinildiği üzere, doğan zararlı sonuca göre idi. Yani nesnel idi. Ancak, edilgin özne ya da yakınlarına bir karşılık/bedel/diyet (Wehrgeld [Wehrgeld, birleşik sözcüktür: Wehr savunma, Geld para demektir], Manngeld) ödenerek uyuşma yoluna gitme olanağı vardı. Bu karşılık/bedel/diyet, kamusal niteliği ağır basan bir ceza idi. Her suç için ödenmesi gereken bu karşılıklar/bedeller/diyetler, özel tarifelerde ayrıntıyla belirlenmişti. Böylece etkin özne, bu karşılığın/bedelin/diyetin bir kesimini edilgin özneye ya da ailesine vermekle

<sup>134</sup> İçel/Donay, s. 41.

<sup>135</sup> Charles, 26.

<sup>136</sup> Garraud, n. 58.

<sup>137</sup> Charles, s. 27; Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

<sup>138</sup> Imbert/Levasseur, s. 58.

hem cezasını çekmiş, hem adalet yerine gelmiş, bir kesimini de kamusal nitelikte olmak üzere hükümdara ödemekle hizmeti karşılığı egemene barış/uzlaşma ücreti (fredum) vermiş oluyordu. Özellikle kasıtsız, istemeyerek insan öldürme suçlarında, söz gelimi Angollarda bu yola zaman zaman başvurulmuştur. Fransa İmparatorluğunda ise, diyet yolu hazinenin geliri arttığından, kısasın, neredeyse bütün suçlarda benimsenmesi eğilimi ortaya çıkmıştır. Öte yandan zaman içinde uyuşmayı sağlamak amacıyla kimi kurumlar da ortaya çıkmıştır. Söz gelimi, suçlu, edilgin özne ile uyuşmaya yanaşmadığı zaman yasa dışı sayılır ve bütün haklarını yitirdiğinden herkes etkin özneyi öldürme hakkına sahip olurdu. Bu kuruma, **“Friedlosigkeit”** denmiştir.<sup>139</sup>

Roma hukukundaki suçun ağırlığını belirlemek için başvuru olan öznel öğeye karşılık, Cermen hukukunda, kusursuz sorumluluk ilkesinin de benimsendiği, söz gelimi, kölelerin işledikleri suçlardan efendilerinin sorumlu tutuldukları da görülmektedir.<sup>140</sup>

Bu ilkel hukuk anlayışı, Roma ve Kanonik hukuk dizgelerinin etkisiyle zamanla değişmiş, özellikle Karolenjler döneminde suçun öznel (sübjektif) ögesi önem kazanmaya başlamıştır. Bu arada yüz yılı aşan bir süre uygulanan kısas ve suçun diyetle satın alınması biçiminde yansıyan kamusal ceza yöntemi, 1152'de eski Cermen yasalarında bütünüyle kaldırılmış, genel hukuk anlayışının değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ilk kez İmparatorluk reformunda başarılı ve etkili olmuştur.<sup>141</sup>

Zina ağır bir suç olarak benimsenmiş ve ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.<sup>142</sup>

### 15-Kilise hukuku

İncil, müjde anlamına gelmektedir. Kilise hukukundan amaç, kuşkusuz Kanonik (benimsenmiş İncillere yaslanan) hukuk, yani Katolik Kilisesi hukukudur. Bu hukuk dizgesinde, hem dinsel yükümlülükler uymayanlar, hem de dinsel nitelikte olmamakla birlikte toplum düzeninin sarsan eylemler cezalandırılmaktadır.<sup>143</sup> Bu nedenle dizge, her şeyden önce, Katolik Kilisesinin varlık nedeninin temelindeki dinsel/tanrısal özü yaşama geçirmek ve Kiliseye hizmet amacını taşımaktadır.<sup>144</sup>

Doğu Roma İmparatoru Konstantin (MS. 288-337), Hıristiyanlığı devletin resmi dini olarak benimsemiştir. Böylece, Kilisenin dinsel suçları

<sup>139</sup> Thiry, n. 7; Garraud I, n. 60, 61; İçel/Donay, s. 41, 42; Charles, s. 27.

<sup>140</sup> İçel/Donay, s. 42; Charles, s. 27.

<sup>141</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 20.

<sup>142</sup> Özkorkut, s. 51-56

<sup>143</sup> Ayrıntılı bilgi için bk: Ortolan, n. 63-73. İçel/Donay, s. 42.

<sup>144</sup> Garraud, I, n. 62-64; Centel/Zafer/Çakmut, s. 18.



yargılama yetkisi kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Cermen ülkelerinin yanı sıra, Clovis'in 481'de tahta çıkması ve Hristiyan olmasıyla birlikte, Kilisenin yargı yetkisi, Fransa'da da benimsenmiştir. Gittikçe güçlenen Kilise, Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi iddiasıyla 10-12'nci yüzyıllarda din dışı suçlara ve yasalara da el atmaya başlamıştır. Böylece hukukun ilk ve temel kaynağı ortaya çıkmıştır: **"Corpus iuris canonici"**. Bunun yanı sıra başka kaynaklar da bulunmaktadır<sup>145</sup>.

Katolik inancı egemen görüş şudur: İnsana özgü bütün dinsel ve dünyasal haklar, Tanrı tarafından var edilmiştir. Doğal hukuk ile tanrısal hukuk birbirinden ayrıdır. Doğal hukuk, insanlar arası ilişkilerde söz konusudur ve vicdana seslenen ahlak kurallarıdır. Bu tür hukuk kuralları değiştirilebilir. Bunun sonucu ise bellidir. İnsanlar arası ilişkileri düzenleyen bu hukuk kuralları çiğnendiğinde, eylemi yapanları, eylemden etkilenenler cezalandırılacaklardır. Oysa tanrısal hukukun kuralları değiş(tirile)mez. Çünkü bu kurallar, yeryüzünde tanrısal bir düzen yaratma amacını güder. Bu inanç ve amaç doğrultusunda Katolik Kilisesi, iki tür suç anlayışına ulaşmıştır<sup>146</sup>: Birincisi, Tanrı'nın insanlara uymaları için gönderdiği ahlaki yasakların ihlalidir. Bu ihlaller, yalnızca tanrısal amaçların gerçekleştirilmesini engeller. İkincisi, kişilerin yararlarının ihlalidir. Verilen ceza ise, suçlunun hem Tanrı'yla, hem de toplumla barışmasını sağlayan ve bu yüzden kullanılması gereken bir araçtır<sup>147</sup>. Bir başka anlatımla, işlenen bir haksızlığın cezalandırılmasıyla birlikte, ilkin, Tanrı, **"doğal barış anlaşması"** olarak cezasını özgür istenciyle gönüllü olarak çeken suçluyu bağışlamaktadır. İkinci olarak da, bozulan toplumsal düzen yeniden kurularak dünyaya özgü adaletin gereği yerine getirilmekte, suçlu da topluma karşı manevi borcunu ödemektedir<sup>148</sup>.

Kilise, her şeyden önce kutsal yerlerde, tapınaklarda ve mezarlıklarda işlenen inanca karşı suçları, özellikle sapkınlık, cadılık, büyücülük, kutsal varlıklara sövme, zina, tefecilik gibi eylemleri cezalandırmıştır. Özellikle zina ayrıntılı biçimde ele alınmıştır<sup>149</sup>.

Kilise hukukunun ilk dönemlerinde sorumluluk, doğan sonuca göre belirlenmiştir. İnsanı alin yazısının oyuncağı yapan temel kural şu olmuştur: **"Hukuka aykırı durumda bulunan, bunun sonuçlarını da istemiş/irade etmiş olur"**<sup>150</sup>. Daha sonraları ise, sorumluluk saptanırken, insan

<sup>145</sup> Demirbaş, s. 67; Yüce, s. 41.

<sup>146</sup> Eichmann/Mörsdorf, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

<sup>147</sup> Weissenberger, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

<sup>148</sup> Eichmann/Mörsdorf, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

<sup>149</sup> Özkorkut, s. 62-65.

<sup>150</sup> Versari in re illicita.

davranışlarının istenç özgürlüğünün ürünü olduğu görüşü benimsenmiştir. Bu konudaki kural şudur: **“İstençli olmayan günah yoktur; öç almayı izleyen suç, istençli işlenmiştir”**<sup>151</sup>. Demek, bu hukuka göre, doğan zararlı sonucun istençli olup olmadığını saptamak için karşı tarafın tepkisine bakmak gerekmektedir. Tepki varsa, suç istençle işlenmiştir. Tepki yoksa suç istenç dışında işlenmiştir. Bundan çıkan sonuç ise, yine sonuca yaslanan sorumluluk olmaktadır. Zira istencin belirlenmesi, karşı tarafta doğan sonuca, yani tepkiye göre olmaktadır<sup>152</sup>.

Daha sonraki dönemlerde ise, Kilise hukuku, etkin özne ile doğan sonuç arasında öznel bağlantı aramış ve kasıt kavramına ulaşmıştır. Ancak, kasıt kavramında istencin yanı sıra, günümüz anlayışına ters düşen biçimde, kötü niyet de aranmıştır. Bununla birlikte, istenç dışında gerçekleşen sonuç ile etkin özne arasında nedensellik bağlantısı kurularak, taksir kavramına ulaşılmıştır<sup>153</sup>.

Bu hukuka göre ceza verme yetkisi ve tekeli, kuralları koyan ve adalet dağıtan Kilisenindir. Amaçlarına göre cezalar dörde ayrılırlar: Tıbbi, öç alıcı, iyileştirici, ödetici (kefaretçi). İlk para cezası, 675'te XI. Toledo Din Kurulu tarafından insan öldürme ve hoyratça davranışlardan sorumlu tutulan piskoposlara uygulanmış, böylece cezalar arasına 7. yüzyılda giren para cezası, daha sonraları gittikçe geniş biçimde uygulanmaya başlanmıştır. Toplanan para cezaları, yerel papazlarca hayır işlerine harcanmıştır<sup>154</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Kilisenin kendi özel yargı kurumları (officialité) vardır ve engizisyon yöntemi, insanlığa Kilise hukukunun armağanıdır(!) Bu yöntemde, engizisyon yargıcı, suçlara kendiliğinden el koyan ve soruşturan hem bir savcı, hem de hüküm kuran bir yargıçtır. Bu nedenle suçluların hiçbir güvencesi yoktur. İtiraf kanıtların kraliçesidir; onu elde etmek için her yol, bu arada işkence meşrudur. Her Hıristiyan, suçlu ihbarla yükümlüdür. Suçlu ant içirilerek sorgulanmaktadır. Engizisyon demek, işkence ve kan demektir. Ancak, Kilise, **“Tanrı'nın yüce şanına yakışır biçimde”**<sup>155</sup> ve **“Kilise kandan tiksindir; kan akıtulmasını istemez”**<sup>156</sup> biçimindeki tanrıbilimsel kuralları gereğince ölüm cezasının yerine getirilmesini dünyalık güce bırakmıştır. Zira ölümden sonra dirilme inancı gereğince neşter vurularak insan bedeni parçalanamaz. Bu kurallara aykırı

<sup>151</sup> Non datur peccatum nisi voluntarium; voluntaria tantum commissa sequitur delictorum vindicta.

<sup>152</sup> Caiazzo, iletenler: İçel/Donay (1999), s. 43.

<sup>153</sup> Caiazzo, iletenler: İçel/Donay (1999), 44; İçel, Taksir, s. 41.

<sup>154</sup> İçel/Donay (1999), 44; Garraud, I, n. 62.

<sup>155</sup> Ad moxiam del gloriam.

<sup>156</sup> Ecclesia abhorret a sanguine, Ecclesia non sitit sanguinem.

davranma “*sapkın mezhebe katılma*”dır (héréticité) ve “*doğru inançtan/yoldan ayrılma*”dır (hétérodoxie). Bu suç manevi bir suç iken, devlet ile Kilise ilişkisini artması üzerine dünyalık olan ile öbür dünyalık olan örtüşmeye başlamış, bu suç da dünyalık bir suçta dönüşmüştür. Devlet baskısı ve din tekelciliğinin el ele vermesiyle de 5. yüzyıldan sonra hoşgörüsüzlük yoğunluğunu artırmıştır. Sonuçta suçlananlar zorbaca soruşturmaya (inquisition) tabi tutulur ve onlar için iki yol vardır: “*Kara listeye alınmak*” (Index expurgatorum) ya da Montségur, Jeanne d’Arc, Gilles de Rais, Kral Philippe ve en ünlüsü de 1630’da Giordano Bruno gibi açık alanda “*odun yığına*” (auto-dafé) üzerinde yakılmak<sup>157</sup>. Bu engizisyon mahkemeleri İtalya, Almanya, Fransa ve İspanya’da kurulmuştur. En ünlüsü ve acımasız olanı da İspanya’daki mahkemedir<sup>158</sup>. Kilise, sadece kendi cezalandırma alanına giren kutsallıklarla ilgili suçlarda tekele sahip olmamış, dünyasal gücün alanına giren ve doğal ahlaka karşı olan suçlara (delicta carnis) da el atmıştır.<sup>159</sup>

Şu nokta unutulmamak gerekir: Kilise hukuku, Konstantin’in Hıristiyanlığı benimsemesinden (313) sonra Roma hukukundan da esinlenmiştir. Nitekim 8. yüzyılda kotarılan Frank (Ripuarian) Yasası’nın benimsediği ilke bunun kanıtıdır: “*Kilise Roma hukukuyla yaşar*” (Ecclesia vivit jure romano)<sup>160</sup>. Orta Çağ hukukunu da, Cermen ve Kilise hukukları dokumuştur<sup>161</sup>. Batı hukuku ise Roma, Cermen ve Kilise hukukunun ortak yapısıdır.

---

<sup>157</sup> Bu nedenlerle Galileo Galilei, 70 yaşında iken yargılanmış ve kendisini bekleyen bu tür uygulamalardan korkarak, 22 Haziran 1633’te işkencecilerin önünde diz çekerek, görüşünden caydığını belirten ünlü itiraf belgesini imzalamıştır. (Belgenin aslı için bk. Russell, [Avni Yakalıoğlu], Bilimden Beklediğimiz, İstanbul, 1962, s. 30, 31).

<sup>158</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Dumont, Les grandes erreurs historiques, procès contradictoire de l’inquisition espagnole, Genève, 1983.

<sup>159</sup> Thiry, n. 9; Cassinelli, s. 14; Demirbaş, s. 19. Ayrıntılı bilgi için bk. Dossier, L’inquisition, Paris, 1946; Fernand, Que faut-il de l’inquisition? Paris, 1958; Dominique, L’inquisition, Paris, tarihsiz; L’Testas G./Testas j., L’inquisition, Paris, 2006; Batuhan, Batı’da Tolerans Fikrinin Gelişmesi, İstanbul, 1959.

<sup>160</sup> Huff, s. 176.

<sup>161</sup> Ferri, Principii di diritto criminale, Torino, 1928, s. 16.



## YASAMA FAALİYETİNDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU

(Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararı üzerine)

*Prof. Dr. Turgut TAN\**

Yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunun, karşılaştırmalı kamu hukukunun en tartışmalı konularından biri olduğu kabul edilmektedir<sup>1</sup>. İtalya, Portekiz, Danimarka ve Almanya'da öğretide yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunun kabul edilmesi yönündeki görüşleri yargı organlarında gerekli kabulü görmezken; bunun aksine İspanya ve Belçika'da yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunu kabul eden yargı kararları öğretide eleştirilmiştir<sup>2</sup>. Nitekim, Belçika Yargıtayı'nın, 2006 yılında verdiği ve yasanın anayasaya aykırılığının saptanmasının, otomatik olarak, yasa koyucunun kusura dayanan sorumluluğunu gerektireceği yönündeki kararından<sup>3</sup>, eleştiriler üzerine 2010 yılında döndüğü ve sorumluluğun gerekip gerekmediğine yargı yerinin karar vereceğine hükmettiği belirtilmektedir<sup>4</sup>.

Son zamanlarda, ülkemizde idarenin işlemine gerek kalmaksızın, doğrudan kişilerin hukuki durumlarını etkileyen hükümler içeren yasal düzenlemeler dikkat çekmektedir. Bu tür düzenlemeler, yasaların genel, objektif ve gayri şahsi nitelik taşıması ilkesine aykırı olduğu gibi; kişilerin hukuki durumlarını olumsuz yönde etkilemekte ve zarara uğramalarına da yol açmaktadır. Bu tür yasal düzenlemeler ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2010 yılında verdiği bir karar, yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu konusuna güncellik kazandırmıştır.

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> M.Disant, "La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle", **Revue française de Droit administratif**, 2011, No:6, s.1181

<sup>2</sup> **İbid**; s.1185.

<sup>3</sup> Cass. Belgique, 1er juin 2006, No: C.05.0494.N. Journal des tribunaux Larcier, 2006, s.461. Disant, **agm**, s.1182, dn.14'den naklen.

<sup>4</sup> **İbid**; s.1195.

### **Bireysel hukuki durumlar yaratan yasa yapılabilir mi?**

Son yıllarda örnekleri fazlaca görülmeye başlamış bazı yasaların, bireylerin hukuki durumları üzerinde araya bir idari işlemin girmesine de gerek kalmadan, doğrudan hukuki sonuçlar yarattıkları görülmektedir. Üstelik bu yasal düzenlemeler bireylerin daha önce yasal düzenlemelerle kazandıkları, hem de güvenceli hukuki durumları sona erdirebilmektedir.

Örneğin, Bankalar Yasasında değişiklik yapan 12.5.2001 günlü ve 4672 sayılı Yasa (Geç.m.3), *“Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur’a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur’a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır”* kuralını getirmiştir. Aşağıda ele alacağımız yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğuna ilişkin Danıştay kararına da bu yasal düzenlemeden kaynaklanan olay konu olmaktadır.

4672 sayılı Yasa’nın Geçici 3. maddesi hükmüne benzer bir düzenleme 10.11.2005 günlü ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Kanunu’nun geçici 7. maddesi ile getirilmiştir. Buna göre, *“Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine, bu Kanunda yer alan şartları taşıyanlar arasından, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılır. Atama yapılınca kadar, mevcut DİE Başkanı görevine devam eder”*.

Bu tür düzenlemelerin bildiğimiz son örneği, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda (Geç.m.7) yer almaktadır. Buna göre, *“Bu kanunun yayımı tarihinde görev yapmakta olan Kurul Başkan ve üyelerinin üyelikleri bu Kanunun yayımı tarihinde sona erer. Bunlar, atandıkları mevzuata göre kalan görev sürelerinin sonuna kadar görev yapmak üzere ekli (5) sayılı liste ile ihdas edilen Kurul Başkanlık Müşaviri kadrolarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır ve Başkan tarafından belirlenen istişari görevleri yürütür. Bu fıkra ile ihdas edilen Kurul Başkanlık Müşaviri kadroları, herhangi bir sebeple boşalması ve herhalde anılan kadrolara atanmış sayılan Başkan ve üyelerin atandıkları mevzuata göre kalan görev sürelerinin sona ermesi halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu fıkraya göre Kurul Başkanlık Müşaviri Kadrolarına atanmış sayılanlara Başkan ve üye olarak mali ve sosyal haklar kapsamında yapılmakta olan ödemelere, atandıkları mevzuata göre kalan görev süreleri sonuna kadar ikinci fıkra çerçevesinde devam edilir”*

Bu yasal düzenlemelerden kaynaklanan işlemlerin işlevsel anlamda idari, organik anlamda da yasama işlemi olduğu söylenebilir. Bu tür işlemlerin Anayasa'dan kaynaklanan örnekleri de vardır. Anayasa'ya (m.133) göre, “*Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenleme ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir*”. Nitekim, Danıştay, “*İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz.....Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyumsuzluğun esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir*” demektedir<sup>5</sup>.

Bakanlar Kurulunun 23.3.2000 tarihli ve 2000/313 sayılı kararı ile BDDK üyeliğine atanan ve yukarıda değindiğimiz Yasa'nın yürürlüğe girdiği 29.5.2001 tarihinde görevi sona eren bir üyenin, üyeliğinin son bulduğuna ilişkin işlemin iptali için açtığı davada Ankara 7. İdare Mahkemesi 4672 sayılı Yasa'nın Geçici 3. maddesini itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürmüştür.

Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“*4389 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde Kurul Başkan ve üyeleri için 6 yıllık görev süresi belirlenmiş ve ancak belli koşulların varlığının tespiti halinde görevlerine son verilebileceği öngörülmüştür.*

“*Anayasa'nın 2. maddesinde , ‘Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir’ denilmektedir.*

“*Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da*

<sup>5</sup> Danıştay, 5.D; 24.1.2007, E.2005/5627-K.2007/72. **Danıştay Dergisi**, sayı:115.

uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

“4389 sayılı Yasa'nın 3.maddesinde Kurul üyeliklerine atananlar için görev süreleri dolmadan görevden alınamayacakları öngörülerek güvence getirilmişken bu güvence, iptali istenilen kural ile Başkan dışındaki Kurul üyeleri için ortadan kaldırılmıştır.

“Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ denilmektedir.

“Başkan dışındaki kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir”<sup>6</sup>.

140 sayılı Türk vatandaşlarının T.B.M.M.'ne dilekçe ile başvurmalarını düzenleyen Yasa'ya ilişkin Anayasa Komisyonu raporunda, “Anayasa'nın 5.,6. ve 7. maddelerinde yer alan prensip gereği, Anayasa'nın cevaz verdiği haller dışında yasama organının müşahhas ferdi ve maddi tasarruflarda bulunmasına imkan yoktur. Aksi halde, yasama organı, idari tasarruflar yapmak yoluyla icra organının yerini almış, onun yetki alanına tecavüz etmiş olur” denilmektedir.

Danıştay da, aşağıda değineceğimiz kararında<sup>7</sup>, “Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları” gerektiğini vurgulamaktadır.

O kadar ki, yasal düzenlemeye dayanarak idarenin herhangi bir işlem yapmasına da gerek kalmamaktadır. Örneğin son düzenlemeye göre, SPK Başkan ve üyeleri, “**hiçbir işleme gerek kalmaksızın**” gene bu yasa ile ihdas edilen müşavir kadrolarına atanmış sayılmaktadır. Bir başka deyişle, SPK Başkan ve üyelerini görevden alıp müşavir kadrolarına atama işlemi doğrudan yasama organı tarafından yapılmaktadır. Üstelik, bu işleme konu

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.2006 tarihli ve E.2003/112-K.2006/49 sayılı kararı. RG;29.11.2006, sayı:26361.

<sup>7</sup> Danıştay,İDDK; 29.4.2010, E.2009/901-K.2010/903. Danıştay Dergisi, sayı:125, s.43.



olan kamu görevlileri, mensup oldukları kurumun statüsü (bağımsız idari otorite) gereği bu görevlere belirli bir süre için atanmış, güvenceli bir statüye sahiptirler.

Aslında, yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu konusunda uygulamadaki güçlüklerden biri olarak ifade edilen<sup>8</sup>, yasaların genel ve soyut niteliği ile tazmin edilecek zararın bireyselliği arasındaki bağdaşmazlık da, yukarıda verdiğimiz SPK Başkan ve üyeleri ile ilgili yasal düzenleme örneğinde ortadan kalkmaktadır.

Benzer uygulamaların, bir başka deyişle, bazı kamu görevlilerin yasa ile görevlerine son verilmesi uygulamalarının sürmekte olduğu görülmektedir. 10.11.2005 tarihli ve 5429 sayılı Yasa (Geç.m.7) ile Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevine son verilmiştir. Ankara Birinci İdare Mahkemesi'nin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İdare Mahkemesi konuyu Anayasa Mahkemesi'ne götürürken, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değindiğimiz kararındaki gerekçelere bağlı kalarak, idari görevlere atama veya görevden almaların yasa ile yapılmasının idare işlevi ile ilgili olduğundan böyle bir yasal düzenlemenin hukuk devleti ilkesine ve yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine aykırılık oluşturduğunu; ayrıca, yasama işlemine karşı ilgili kamu görevlisinin dava açma olanağı bulunmadığı için de adil yargılanma ilkesini ihlal ettiğini savunmuştur.

Ancak, Anayasa Mahkemesi, yukarıda değindiğimiz kararında yer alan, *"..bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın"* hukuki güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama işleminde bulunulmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı görüşü doğrultusunda, *"DİE Başkanı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen genel şartları taşıyanlar arasından müşterek kararnameyle süresiz olarak atanmakta iken yeni durumda, TÜİK Başkanının, 657 sayılı Yasa'da yer alan koşullara ek yeni koşulları da taşıyanlardan beş yıl süre ile Bakanlar Kurulu kararıyla atanabileceği öngörülmüş, Kurumun yapısındaki değişime bağlı olarak başkanın hukuki statüsü de değiştirilmiştir"* demektedir.

Yasa koyucunun Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapmaya, bazı kadroları kaldırmaya, yeni kadrolar yaratmaya; kamu görevlilerinin statülerine ilişkin olarak da yeni kurallar koymaya yetkili olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"TÜİK'in kurulmasıyla Kurumun yapısı ve başkanın statüsü değiştirilerek DİE Başkanının görevine son verilmesi hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelmez. İtiraz konusu*

---

<sup>8</sup> Disant, **agm**, s.1194.

*kuralda, hak aramayı engelleyecek ve hak kaybına neden olacak bir düzenlemeye de yer verilmemiştir”<sup>9</sup>.*

Karara muhalif kalan üyelere göre ise, kamu görevlisinin görevine yasa ile son verilmesi bir “fonksiyon gaspı” olup kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gibi; görevine yasa ile son verilen kamu görevlisinin bu işleme karşı dava açma hakkını da ortadan kaldırdığı için hak arama özgürlüğünün kullanılmasını da engellemektedir.

### **Yasal düzenlemelerden kaynaklanan zararlardan Devlet sorumlu tutulabilir mi?**

Yasal düzenlemeler idari işlemler aracılığı ile uygulamaya geçirilir; dolayısıyla, bireyler bir zarara uğramışlarsa idari yargıda açacakları dava ile zararın idarece tazminini isteyebilirler. Yukarıda örneklerini verdiğimiz yasal düzenlemeler, belirli kişilerin statülerini doğrudan etkilemesine karşın, uygulanmaları için idarenin işlemine de gerek olmayan yasal düzenleme olmaları nedeniyle, kişilerin bu işlemlere karşı doğrudan yargı yoluna gitmeleri olanağı da bulunmamaktadır. Buna karşın, söz konusu kişilerin bu yasal düzenlemeler nedeniyle uğradıkları zararın tazmini için dava açıp açamayacakları; ayrıca, yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu konusu gündeme gelmektedir.

Geçmişte bu tür yasal düzenlemeler karşısında kişiler, yasaları uygulamak durumunda bulunan idareye karşı tazminat davası açmak yoluna gitmişlerdir. Ancak, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin bu tür davaları, idarenin sorumluluğundan söz edilemeyeceği gerekçesi ile reddettiği görülmektedir.

Danıştay’a göre, *“İdare hukuku esaslarına göre kamu idarelerinin ifası ile mükellef oldukları hizmetleri noksan, kifayetsiz, kusurlu bir şekilde yürütmeleri veya hiç ifa etmemeleri halinde sorumlulukları bahis konusu olabilir. Teşrii organca kanunlarda yapılan değişikliklerin dikkate alınması idarece de bir zaruret olmakla beraber bunların emredilen şekilde uygulanmalarından dolayı idareler sorumlu tutulamazlar”<sup>10</sup>.*

Öte yandan, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne göre de, *“...davacının 30.8.1992 tarihinde terfi ettirilmemesi idarenin hukuka aykırı bir işleminden değil, uygulanması idare için zorunlu olan yasadaki kaynaklanmaktadır. Yasama tasarruflarının Anayasa’ya aykırılığının sorumluluğu idareye yüklenemez. Öte yandan, mevzuatımızda yasama tasarruflarından doğan zararların tazminine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla*

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 30.12.2010 tarihli ve E.2008/105-K.2010/123 sayılı kararı. RG;26.02.2011, sayı:27858.

<sup>10</sup> Danıştay, 12.D;23.2.1966, E.1965/3669-K.1966/547. **Danıştay Kararlar Dergisi**, sayı:100-102, s.401.

3475 sayılı Kanununun terfide baraj uygulamasına ilişkin hükümlerinin iptaline dair Anayasa Mahkemesi kararının Anayasa'nın 153/3 maddesi gereğince yürürlüğe girdiği 24 Nisan 1993 tarihinden önceki evreye ilişkin olarak idarenin aylık ve özlük haklarıyla ilgili ödeme yükümlülüğünden söz edilemez"<sup>11</sup>.

Bu kararlardan hareketle, öğretide, yargı organlarının yasal düzenlemelerden dolayı Devletin sorumluluğunun kabul edilmediği belirtilmektedir<sup>12</sup>. Danıştay 70'li yılların başında verdiği ve Prof. Duran tarafından, Devletin yasama işleminden sorumluluğu ilkesini koyup benimsediğini gösterdiğini ve bütün ilgililer için "övünç ve güven kaynağı" olabileceğini belirttiği<sup>13</sup> bir kararında ise, "yasama organınca kamu yararı gözetilerek ve kamu yararını gerçekleştirmek için kanunla yeni bir düzenlemeye gidildiğinde bundan bir kısım vatandaşların zarar görmesi de mümkündür. Ancak, böyle bir yeni düzenlemeye gidilirken, genellik ve eşitlik ilkesine uygun surette kanun yapmak görevi ile yükümlü olan yasama organınca, kanuna muhtemel kişi zararlarının ne suretle karşılanacağı konusunda ayrıntılı hükümler konulmamış olmasından hareketle bir kısım kimselerin vaki zarara katlanmaları gerektiği sonucuna varmaya imkan yoktur. Kanununun tatbikatıyla ilgili idarenin, meydana gelen zararları karşılamaktan kaçınması, idarenin tutumundan doğan bir sorumluluğa vücut vermekte ve idarenin fiili ile ilgili böyle bir tazminat davasının Danıştay'da incelenmesi gerekmektedir"<sup>14</sup>. Danıştay bu kararı ile hukuka uygun yasama işleminin de kamu yükleri önünde eşitlik ilkesi gereği zarar görenlerin zararlarının karşılanması gerektiğini kabul etmektedir.

Danıştay'ın yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunu, bu kez kusura dayanan sorumluluk ilkesini uygulayarak açıkça kabul ettiği kararı ise, 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ( Geçici Md.3), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) üyeleri ile ilgili olarak, yukarıda değindiğimiz hükmün uygulanması sonucu, görevleri sona erdirilen BDDK üyeleri tarafından açılan davada verdiği karardır.

BDDK üyesi ve İkinci Başkanı olarak görev yapmakta iken 4672 sayılı Yasa'nın Geçici 3. maddesi uyarınca bu görevi sona eren kişinin, 4672 sayılı Yasa'nın söz konusu maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, 3.4.2000-2.4.2006 tarihleri arasındaki toplam altı yıllık

<sup>11</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 1.D; 20.12.1994, E.1994/149-K.1994/1490. **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, sayı:10, s.969.

<sup>12</sup> K.Gözler, **İdare Hukuku**, c.II, 2.baskı, Bursa, 2009, s.1038.

<sup>13</sup> L.Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE yayını, Ankara, 1974, s.XI.

<sup>14</sup> Danıştay, 12.D; 20.2.1973, E.1971/3770-K.1973/445. **Amme İdaresi Dergisi**, c.6, sayı:3, s.169.

görev süresinden tamamlayamadığı dört yıl onbir aylık süreyi tamamlaması için İkinci Başkanlık sıfatı da verilmek suretiyle BDDK üyeliği görevine iade edilmesi, bunun mümkün olamaması halinde de, tamamlayamadığı görev süresine ilişkin tüm parasal ve özlük haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesi için yaptığı başvuru üzerine, görevine iadesinin mümkün olmadığına ilişkin Başbakanlık işlemi ile parasal ve özlük haklarının yerine getirilemeyeceğine ilişkin BDDK kararının iptali ve 5.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi istemi ile dava açmıştır.

Danıştay 12. Dairesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği gerekçesi ile davayı reddetmiştir.

Temyiz incelemesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, bu kararın davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmını yeniden bir karar verilmek üzere bozmuştur. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre; *“Devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumsuzluğu esas olmakla birlikte; bazı durumlarda devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu kabul edilmelidir. Nitekim, süt mahsullerinin himayesi hakkında 29 Haziran 1934 günlü kanunun, yapay süt mahsullerinin imalini ve alım satımını yasaklaması dolayısıyla yapay krema üretimi ile uğraşan firmaların açtığı tazminat davasını inceleyen Fransız Danıştay 14 Ocak 1938 günlü kararında (R.Sarıca, İdari kaza, 1949)<sup>15</sup> kamu yararı gözetilerek yürürlüğe konulan yasa nedeniyle ortaya çıkan zararın Hazine tarafından karşılanması gerektiğine karar vermek suretiyle kusursuz sorumluluk ilkesinden bahisle yasama faaliyeti sonucu oluşan zararın idarece tazmini gerektiğine hükmetmiştir.*

*“Görüldüğü üzere, kamu yararı taşıdığı kabul edilen bir yasanın uygulanmasından dolayı kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı ağırlıktaki zararların yasada kural olmasa bile kamu külfetleri karşısında eşitlik kuralı uyarınca tazminine Fransız Danıştay'ınca daha 1938 yılında karar verilmiş bulunmaktadır.*

*“Olayda ise, davacının görevinin, bizzat Yasada yer alan “...kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer” kuralının idarece uygulanması nedeniyle sona erdiği açıktır.*

*“Anayasa Mahkemesi anılan kararında Yasa kuralını irdelerken hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğini belirtmiş ve söz konusu kuralın bu özelliklere sahip olmadığını ve bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk*

<sup>15</sup> Örnek gösterilen karar Fransız Danıştay'ının 14 Ocak 1938 tarihli Société anonyme des produits laitiers-La Fleurette kararıdır.

*güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulamayacağını özellikle vurgulamış olup; sonuçta davacının Yasa kuralı gereği de olsa görevden alınmasının hukuka aykırı olduğunu bu kararıyla açıkça ortaya koyduğundan; bu kural uyarınca görevden alınan davacıya oluşan maddi zararının, davalı idarece hizmet kusuru esasları uyarınca ödenmesi hukuk devletinin gereğidir”<sup>16</sup>.*

Danıştay’ın kararında örnek verdiği Fransız Danıştay’ının 1938 tarihli **La Fleurette** kararında Devletin yasama faaliyetinden sorumlu tutulması için iki koşulun varlığı aranmaktadır. Birincisi, yasama organı tazmin yolunu dışlayacak bir irade açıklamamalıdır. Nitekim, Fransa’da 1938 yılından itibaren yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunu kaldıran yasal düzenlemeler çıkarılmıştır. Üstelik anayasaya uygunluğu tartışılabilir bu tür yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğu konusunda da açık bir içtihat oluşmadığı belirtilmektedir<sup>17</sup>.

İkincisi, uğranılan bireysel zarar “özel” (particulier) nitelikli olması yanında “yeterince ağır” (suffisamment grave) olmalıdır. Fransız Danıştay’ının yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunu kabul ettiği başka kararları da vardır.<sup>18</sup>

Yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu ilkesi kabul edildikten sonra, bu sorumluluğun hangi ilkeye dayandırılacağı sorunu gündeme gelmektedir. Sorumluluğun hangi ilkeye dayandırılacağı, zarara yol açan yasal düzenlemenin anayasaya veya AB hukuku<sup>19</sup> gibi Devletin uymayı taahhüt ettiği uluslar arası andlaşmalara aykırı olup olmadığı ile yakından ilgilidir. Bir başka deyişle, Devletin yasama faaliyetinden örneğin kamu yükleri önünde eşitlik ilkesi gereği sorumlu tutulabilmesi için söz konusu yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olması şart değildir.

---

<sup>16</sup> Danıştay, İDDK; 29.4.2010, E.2009/901-K.2010/903. **Danıştay Dergisi**, sayı:125, s.39 vd.

<sup>17</sup> G.Olivier, “La responsabilité de l’Etat en tant que législateur”, **Revue internationale de droit comparé**, vol:50i, No:2, 1998, s.602.

<sup>18</sup> F.Gilbert, “Le Conseil d’Etat consacre la responsabilité de L’Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux”. <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/02/09/138-le-conseil-detat-consacre-la-reponsab..>

<sup>19</sup> Örneğin, Topluluk Adalet Divanı, 1996 yılında verdiği Brasserie du Pecheur et Factortame III kararları ile, topluluk hukukuna aykırı olarak ulusal yasama organının işlemi veya hiç işlem yapmaması nedenleriyle bireylere verdikleri zarardan devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kararlardan da önce, Paris İdari İstinaf Mahkemesi’nin, 1 Temmuz 1992 tarihli Société Jacques Dangeville kararında Fransız yasama organının henüz iç hukuka geçirmedeği AB direktifinin amaçları ile uyuşmayan yasama işlemi nedeniyle verilen zararın devlet tarafından tazminine hükmettiği belirtilmektedir. G.Olivier, “La responsabilité de l’Etat en tant que législateur”, **Revue internationale de droit comparé**, Vol:50, No:2, 1998, s.608.

Danıştay kararında gönderme yapılan Fransız Danıştay'ının La Fleurette kararında “kamu yükleri önünde eşitlik” ilkesine, yani kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştı. Ancak, Fransız Danıştay'ı daha yakın tarihlerde verdiği ve Fransa'nın taraf olduğu anlaşmaya aykırı yasal düzenleme nedeniyle Devletin sorumluluğuna hükmettiği kararlarında<sup>20</sup> üç ögenin varlığı halinde Devletin yasama faaliyetinden objektif sorumluluğunun varlığını kabul etmiştir. Bu ögeler, uluslar arası kurala aykırı bir yasal düzenleme, bir zarar ve bu ikisi arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığı. Davada görüşü kabul edilen kanun sözcüsüne göre, bu sorumluluk ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluk olup, iki sorumluluk rejiminden farklı hukuki nedene dayanmaktadır<sup>21</sup>. Nitekim, bu kararlarda La Fleurette kararındaki gibi, sorumluluğun kamu yükleri önünde eşitlik ilkesine dayandırıldığı yorumunu yapanlar<sup>22</sup> olduğu gibi, kusurlu sorumluluk ilkesine dayandığını ileri sürenler de vardır<sup>23</sup>.

Bununla beraber, yukarıda değindiğimiz Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararında, Fransız Danıştay'ının La Fleurette kararına gönderme yapılmakla beraber, ondan farklı olarak, sorumluluğun kusura dayandırıldığı görülmektedir. Belçika hukukunda da yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu kusura dayandırılmaktadır<sup>24</sup>. Dolayısıyla, la Fleurette kararında uygulanan kamu yükleri önünde eşitlik ilkesinden farklı olarak, kusura dayanan sorumlulukta zararın anormal ve özel olmasının kanıtlanmasına da gerek bulunmamaktadır. Yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğunu inceleyen kimi yazarlara göre de bu konuda Devletin sorumsuzluğu ilkesinden önce kusursuz sorumluluğu, son aşamada da kusurlu sorumluğu ilkeleri uygulanması yönünde gelişme gözlenmiştir<sup>25</sup>.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu yukarıda değindiğimiz kararı ile, yasama faaliyetinden Devletin kusura dayanan sorumluluğu konusuna açıklık getirmiştir. Bu yaklaşımın sürdürmesi hukuk devleti açısından büyük önem taşımaktadır.

---

<sup>20</sup> CE, 11 février 2005, GIE Axa Courtage ve CE, 8 février 2007, Gardedieu kararları.

<sup>21</sup> F.Melleray, “Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause le cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques?”, **Mélanges Jégouzu**, 2009, 492.

<sup>22</sup> J.Sirinelli, **Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union Européenne**, LGDJ, Paris, 2011, s.543.

<sup>23</sup> **Ibid**; s.494.

<sup>24</sup> Pierre Van Ommeslaghe ve Johan Verbist, “Responsabilité de L'Etat pour les actes du législateur”, *Chambre des Représentants de Belgique*, Doc 52 **1627/001**, 19 septembre 2008, s.18.

<sup>25</sup> G.Olivier, “La responsabilité de l'Etat en tant que législateur”, **Revue internationale de droit comparé**, vol:50, No:2, 1998, s.598 vd.

## **KAYNAKÇA**

- M.Disant, “La responsabilité de l’Etat du fait de la loi inconstitutionnelle”, **Revue française de Droit administratif**, 2011, No:6.
- L.Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE yayını, Ankarai 1974.
- F.Gibert, “Le Conseil d’Etat consacre la responsabilité de l’Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux”, <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/02/09/138-le-conseil-detat-consacre-la-responsab..>
- K.Gözler, **İdare Hukuku**, cilt:II, 2.bası, Bursa, 2009.
- Ş.Gözübüyük-T.Tan, **İdare Hukuku**, cilt:1, **Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, 8.bası, Ankara, 2011.
- G. Olivier, “La responsabilité de l’Etat en tant que législateur”, **Revue internationale de droit comparé**, vol:50, No:2, 1998.
- F. Melleray, “Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause le cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques?”, **Mélanges Jégouzu**, 2009.





## *HAKEMLİ*

# **TERÖRLE MÜCADELE KANUNUN'DAN 6545 SAYILI KANUN SONRASI SULH CEZA HAKİMLİĞİNE – SORUŞTURMA EVRESİNE ÖZGÜLENMİŞ HAKİMLİK MAKAMI**

*Dr. Fahri Gökçen TANER\**

### **GİRİŞ**

1985 öncesinde ilk soruşturma sırasında delil toplama görevini üstlenen ve bugün Cumhuriyet savcısına ait olan bir takım yetkileri de uhdesinde bulunduran sorgu hakimliği<sup>1</sup> bir kenara bırakılırsa, soruşturma evresine özgü olan ve kovuşturmada görev yapmayan hakimlik makamı kavramının hukukumuza ilk kez Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10/3-c maddesiyle girdiği söylenebilir. Bu kurum, kamuoyunda “özgürlük hakimi” olarak bilinmektedir. Böylelikle soruşturma evresine özgü genel yetkili bir hakimlik makamına geçiş öncesinde, bu kurum bir prototip teşkil etmiştir.

Geçmişten bu yana soruşturma evresinde verilmesi gerekli olan hakim kararlarını vermeye yetkili olan makam sulh ceza hakimliğiydi. Bu durum 6545 sayılı Kanun sonrası da sürmektedir. Değişen ise sulh ceza mahkemelerinin kapatılarak, aslında daha önceden de var olan sulh ceza hakimliklerinin yeniden kurulmasıdır.<sup>2</sup> Daha açık bir deyişle yapılan; geçmişte sulh cezada hem hakimlik hem de mahkeme makamını işgal eden hakimlerin önemli bir kısmının başka görevlere atanması ve sulh ceza hakimliği görevini yapmak üzere çok sayıda yeni hakim görevlendirilmesidir.

Bu çalışmada kurumsal olarak soruşturma evresine özgülenmiş olan bu iki hakimlik makamı ele alınacak ve böyle bir makamın işlevselliği tartışılacaktır. TMK'nın 10/3-c maddesinde düzenlenen hâkimlik makamı

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

<sup>1</sup> Sorgu hakimliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANER, Tahir**: Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955, s. 260 vd.; **KUNTER, Nurullah**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981, s.691. vd.

<sup>2</sup> Bkz. 6320 sayılı Kanun'un geçici 6. Maddesi.

kaldırılmış da olsa, bu makam 6545 sayılı Kanun sulh ceza hakimliklerinin küçük çaplı bir provası olduğundan, iki kurumun birlikte ele alınması geldiğimiz noktanın daha iyi ortaya konulması bakımından gerekli görülmüştür. Ayrıca 6545 sayılı Kanun'un düzenlemesi oldukça yeni olduğundan, öğretilerde konunun yeterince tartışılmamış olması da bu tür bir karşılaştırmayı zorunlu kılmaktadır.

### **I. TMK'NİN MÜLGA 10/3-C MADDESİNDE DÜZENLENEN HÂKİMLİK MAKAMI**

Kamuoyunda 3. Yargı Paketi olarak adlandırılan 6352 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*” ile CMK'nın 250. maddesi uyarınca görevli olan ağır ceza mahkemelerinin yeni açılacak olan davalara bakma yetkileri kaldırılmış ve bunların yerine TMK'nın 10. maddesi uyarınca görevli ağır ceza mahkemeleri kurulmuştu (TMK uyarınca görevli ağır ceza mahkemeleri). TMK'nın 10/3-c maddesinde ise inceleme konumuz olan hâkimlik makamı düzenleniyordu. Söz konusu hüküm uyarınca bu makamın görevi “*Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak*”tı.

Dolayısıyla bu makam, genel görevli mahkemelerde soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliği makamı tarafından sürdürülen görevi yapmakla yükümlüydü. Farkı ise, sulh ceza hâkimlerinin yetkilerine bağlı olarak aynı zamanda kovuşturma evresinde mahkeme makamını işgal etmelerine karşın<sup>3</sup>, TMK'nın 10/3-c maddesi uyarınca görevlendirilen hâkimlerin, yalnızca soruşturma evresinde hâkimlik makamı olarak görev yapmaları ve kovuşturma evresinde görev almayacak olmalarıydı.

Öte yandan TMK'nın 10/3-c maddesi uyarınca görevlendirilen ve yalnızca bu işe bakmakla görevli olan hâkimlik makamı kurulurken, amacın ne olduğuna dair bir veri ne 6352 sayılı Kanun'a esas olan Adalet Komisyonu Raporu'nda<sup>4</sup> ne de gerekçede yer almaktaydı. Bunun nedeni, söz konusu değişikliğin yer aldığı önerenin, ilk defa TBMM'nin 01.07.2012 Pazar günü yapılan 5. oturumunda sunulmasıdır.<sup>5</sup> Kanun tasarısının 74.

<sup>3</sup> 5320 sayılı Kanun'un 11. maddesi dolayısıyla, CMK'nın 163. maddesinde yer alan istisnai hal dışında.

<sup>4</sup> Rapor için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>. SGT: 24.08.2013.

<sup>5</sup> Söz konusu kanunun yapımının yanı sıra yürürlüğe girişi de son derece hızlı olmuştur. 03.07.2012 tarihinde kabul edilerek Cumhurbaşkanlığına gönderilen kanun ertesi gün

maddesine ilişkin olan önerge yoğun usul tartışmalarından sonra yaklaşık 4 saat içerisinde, içeriğe ilişkin bir tartışma yapılması mümkün olmadan daha çok atışmalarla geçen, kavga ve tartışmalarla kesilen 5 ila 10. oturumlar arasında, toplam 5 oturum sonucunda kabul edilmiştir.<sup>6</sup> Önergenin gerekçesinde, gerekçe olarak nitelendirilebilecek herhangi bir açıklama ortaya konulmamakta, yalnızca genel bir durum tespiti olduğu söylenebilecek şu satırlara yer verilmektedir:

*“Ceza Muhakemesi Kanununun 250, 251 ve 252 nci madde hükümleri ve buna bağlı olarak mahkeme ve savcılık görevlendirilmesi muhakeme sistemimizden kaldırılmaktadır. Bununla birlikte, terör suçlarının yoğunluğu da göz önünde bulundurulmak suretiyle bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmaları yürütecek cumhuriyet savcıları ve hâkimlerin uzmanlaşmalarını sağlamak amacıyla, Terörle Mücadele Kanununda, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili ihtisas mahkemesi olarak belirli ağır ceza mahkemelerinin Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla görevlendirilmesi yönünde düzenleme yapılmaktadır. Bu mahkemelerin görev alanına giren suçların niteliği dikkate alınarak bazı usul hükümleri düzenlenmektedir.”<sup>7</sup>*

21.2.2014 tarihinde 6526 sayılı Kanunla Terörle Mücadele Kanunu uyarınca görevli ağır ceza mahkemeleri ortadan kaldırılarak, ihtisas mahkemesi görünümü altında çift başlı yargılamaya yol açan bu mahkemeler, hukukumuzdan çıkarılmıştır. Dolayısıyla özgürlük hakimi olarak anılan (TMK) 10/3-c maddesi uyarınca özel olarak görevlendirilen hakimlik makamı da, kurulmasından yaklaşık 17 ay sonra, ismini hak etmeye pek fırsat bulamadan ortadan kalkmıştır.

## **II. 6545 SAYILI KANUN SONRASI SULH CEZA HAKİMLİĞİ MAKAMI**

TMK'nın yürürlükten kaldırılmasından yaklaşık 4 ay sonra, 18.06.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun'la sulh ceza mahkemeleri kaldırılırken sulh ceza hakimliklerinin yetkilerinde bazı değişikliklere gidilmiş, böylelikle soruşturma evresinde verilmesi gerekli hakim kararlarını vermek, sulh ceza hakimliğinin asıl görevi haline gelmiştir.

---

(04.07.2012) onaylanarak Cumhurbaşkanlığından dönmüş ve sonraki gün (05.07.2012) Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar\\_sd.durumu?kanun\\_no=6352](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6352). SGT: 22.08.2014.

<sup>6</sup> 24. Dönem 2. Yasama Yılı 129. Birleşim 01.07.2012 Pazar günü tarihli TBMM Genel Kurul Tutanağı, s. 74-106. (kaynak: tbmm.gov.tr, SGT: 24.05.2013).

<sup>7</sup> Bkz. Yukarıda belirtilen tutanak, s. 106.

6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesine<sup>8</sup> (1/918 sayılı Hükümet Tasarısı'nın gerekçesi) bakıldığında, sulh ceza mahkemelerinin kapatılmasının gerekçesi olarak bu mahkemeler ile asliye ceza mahkemeleri arasında muhakeme usulleri arasında bir fark olmaması ve gereksiz yetki uyuşmazlıkları çıkması gösterilmektedir.<sup>9</sup> Sulh ceza hakiminin soruşturma evresine özgülenmesinin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmaktadır:

*“Ayrıca, mevcut sistemde, sulh ceza mahkemelerinde yargılama faaliyeti yanında müteferrik işler başlığı altında görülen işlerin miktarının çok fazla olması, ancak bu işlerin hâkimlerin terfilerinde dikkate alınmaması, bu işlerin önemsiz ya da niteliksiz kabul edilerek yeterince hassas ve dikkatli inceleme yapılmamasına neden olduğu sık sık dile getirilmektedir. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, sulh ceza mahkemeleri kaldırılmakta ve bu mahkemelerin görev alanına giren suçların yargılaması asliye ceza mahkemelerine devredilmekte, ayrıca soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları vermek üzere sulh ceza hâkimlikleri oluşturulmakta, böylelikle koruma tedbirlerine ilişkin ihtisaslaşmasının sağlanması, temel hak ve hürriyetlerin daha etkin bir şekilde güvence altına alınması ve yargılama faaliyetlerinin daha adil bir noktaya taşınması amaçlanmaktadır.”*

Öncelikle belirtmek gerekir ki önceki düzenlemeden farklı olarak kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçesinde yapılmak istenenin anlatılması sevindiricidir. Görüldüğü üzere kanun koyucunun amacı, sulh ceza hakimini soruşturma evresine özgülemek böylece soruşturma evresinde özellikle koruma tedbirlerine ilişkin olarak verilecek kararların, gerekli inceleme yapılmadan verilmesinin önüne geçmektir. Böylelikle yalnızca özel görevli mahkemeler olan Terörle Mücadele Mahkemeleri bakımından daha önceden kurulmuş ve ardından kaldırılmış olan soruşturma evresine özgü hakim modeli, tüm ceza yargılamasına yayılmaktadır.

<sup>8</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>. SGT: 24.08.2013.

<sup>9</sup> “Yargılama faaliyeti yapan ilk derece ceza mahkemeleri arasında sulh ceza, asliye ceza ayırımının olması, bu mahkemeler arasında sık sık görev uyuşmazlığı sorununu gündeme getirmektedir. Sulh ceza, asliye ceza mahkemesi ayırımı hâkimlerin yetkilerinin belirlenmesi konusunda da sorunlara yol açmakta, tayinlerden sonra ayrı bir yetki kararnamesi çıkıncaya kadar yargılama faaliyetlerinin aksamasına neden olabilmektedir. Üstelik her iki mahkemede aynı usul kurulları uygulanması nedeniyle yargılamanın hızlanması bakımından bu ayırımın pratikte bir faydası bulunmamaktadır. Nitekim, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulamasında sulh ceza mahkemesi ile asliye ceza mahkemesinin uyguladığı usul hükümleri arasında farklılıklar bulunmakta ve sulh ceza mahkemesi görev alanına giren suçlar bakımından duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesi ile davalar sonuçlandırılabilmekteydi.” Bkz. 1/918 sayılı Hükümet Tasarısı'nın genel gerekçesi s. 10

### III. SORUŞTURMA EVRESİNE ÖZGÜLENMİŞ BİR HÂKİMLİK MAKAMININ GEREKLİLİĞİ VE İŞLEVSELLİĞİ ÜZERİNE

Bu tartışmayı sağlıklı bir biçimde yürütebilmek için geçmişten bugüne özel görevli mahkemelerde soruşturma evresinde verilen hakim kararlarında izlenen usulü kısaca hatırlamak gerekir:

Devlet Güvenlik Mahkemelerinden bu yana, özel görevli mahkemelerin görevine giren konularda soruşturma evresine ilişkin kararların, mümkünse genel görevli olan nöbetçi sulh ceza hâkiminden başka bir hâkim tarafından verilmesine yönelik bir eğilim olduğu ve düzenlemelerin hep bu amaç gözetilerek yapıldığı görülmektedir. Bu hâkim; DGM’de yedek hâkimdi.<sup>10</sup> *Daha sonra davayı görecek olan mahkemenin ayrılmaz bir parçası olan yedek hakim, soruşturma evresinde de yetkili olmasına ilişkin sorun; 2012 yılında antidemokratik ve hukuka aykırı uygulamaları nedeniyle kaldırılan fakat garip bir şekilde ellerindeki davalara bakmaya devam etmeleri istenen CMK’nın 250. maddesi uyarınca özel görevli ağır ceza mahkemeleriyle yalnızca görünüş değiştirmiştir. Zira CMK’nın 251/2. maddesi<sup>11</sup> de esas olarak dipnotta ilgili hükmü verilen DGM Kuruluş Kanunu’yla benzer nitelikteydi. Dolayısıyla soruşturma evresinde hâkim kararları, varsa HSYK tarafından bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesi, aksi halde yetkili adli yargı hâkimi tarafından verilmekteydi. TMK uyarınca görevli ağır ceza mahkemelerinde ise yetkili merci, aynı Kanunun 10/3-c maddesinde düzenlenen, HSYK tarafından görevlendirilen ve kamuoyunda “özürlükler hâkimi” olarak bilinen hâkim olmuştur.*

Özel düzenleme gereği soruşturma evresinde DGM’lerde yedek hâkim tarafından verilen kararların itiraz mercii, hâkimin bağlı olduğu

<sup>10</sup> 2004 yılında yürürlükten kalkan 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin (DGM) Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 13/2 ve 3.fikralarında bu husus şu şekilde düzenlenmişti :

*“Devlet güvenlik mahkemesi Cumhuriyet savcısı ile Cumhuriyet savcı yardımcıları, soruşturma sırasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararı, varsa o yer Devlet güvenlik mahkemesi yedek üyesinden, aksi halde, yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler. Bu istemler yirmi dört saat içinde karara bağlanır.*

*Devlet güvenlik mahkemesi yedek üyesi tarafından verilen kararlara karşı itirazlar, Devlet güvenlik mahkemesinde kesin karara bağlanır.”*

Aynı kanunun 18. maddesinde ise DGM’ler tarafından verilen kararlara yönelik itiraz kanun yolu incelemesi bakımından mercii, varsa “aynı” yargı çevresindeki yoksa “en yakın” DGM olduğu şeklinde yorumlanmasına yol açan bir düzenlemeye yer verilmişti.

<sup>11</sup> CMK’nın mülga olan ama görülmeye devam edilen davalarda halen uygulanan 251/2. maddesi şu şekildedir:

*“250. madde kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Saveılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler.”*

mahkemeydi. CMK'nın 250. maddesi uyarınca görevli ağır ceza mahkemeleri döneminde ise kanunda herhangi bir istisnai düzenleme yokken ve genel kural uyarınca itiraz incelemesinin genel görevli merci tarafından yapılması gerekirken, bu incelemelerde merci, özel görevli mahkemenin hâkimi olarak kabul edilerek hukuka aykırı bir uygulama sürdürülmüştür. TMK uyarınca görevli ağır ceza mahkemelerinde ise bu Kanun'un 10/3-c maddesinde düzenlenen özel görevli hâkimlik makamının kararına karşı, bu görevi yapan bir diğer hâkime itiraz mercii olarak başvurulması uygulaması benimsenmiştir.

Bu bağlamda TMK'nın 10/3-c maddesinde düzenlenen hakimlik makamıyla amaçlanan daha çok soruşturma evresiyle esas yargılamayı yapacak mahkemenin ilişkisi ortadan kaldırılarak,<sup>12</sup> “*Özel görevli ağır ceza mahkemelerinde soruşturma evresinde tutuklama kararı veren üye hâkimlerin, kovuşturma evresinde yargılamaya katılmaları sonucunda ortaya çıkan ihsas-ı rey nedeniyle hâkimin reddi taleplerinin önüne geçilmesi*” olduğu anlaşılmaktadır.<sup>13</sup>

6545 sayılı Kanun'la amaçlanan ise yukarıda aktardığımız gerekçeden de anlaşıldığı üzere; sulh ceza hakimini soruşturma evresine özgülemek ve böylece soruşturma evresinde hakim tarafından verilmesi gereken kararların, tali değil, asli bir iş haline getirilmesi ve uzmanlığın sağlanmasıdır.<sup>14</sup>

Bu amacı sağlamak üzere 6545 sayılı Kanunla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10. maddesine “*Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarının başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.*” hükmü getirilmiştir. Belirtmek gerekir bu düzenleme HSYK'nın söz konusu hakimleri başka mahkemelere bakmakla yetkilendirmesini ve böylece kovuşturma evresinde bu hakimlerin görev almasını engellemektedir. Bu engel yalnızca “adli yargı adalet komisyonları” için söz konusudur. Aşağıda sulh ceza hakimliklerine ilişkin sorunlar tartışılırken, bu sorunun ideal çözümünün ne şekilde olabileceği üzerinde de durulacaktır.

---

<sup>12</sup> ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAĞSIZ, Pınar - TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012, s. 855; ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara 2013, s. 181.

<sup>13</sup> Bu yönde HSYK 1. Daire Başkanı İbrahim Okur'un 28.08.2012 tarihinde yaptığı değerlendirmeler için bkz. <http://www.stargazete.com/politika/ozgurluk-hakimi-tutuklama-ve-yargilamayi-birbirinden-ayira-cak/> haber-629388. SGT: 24.08.2013.

<sup>14</sup> Bkz. Genel gerekçe s. 10-11; 34. maddenin gerekçesi s. 19; 56. maddenin gerekçesi s. 26.

#### IV. İSİM ARANAN BİR HAKİMLİK MAKAMI : ÖZGÜRLÜK HAKİMİ Mİ, SÜPER YETKİLİ HAKİM Mİ, SULH CEZA HAKİMİ Mİ, SORUŞTURMA HAKİMİ Mİ?

Basın organlarına bakıldığında, TMK'nın 10/3-c maddesi yürürlükteyken “özgürlükler hâkimi” ifadesinin, sanki kanunda yer alıyormuş gibi yaygınlıkla kullanıldığı görülmekteydi. Üstelik bu kullanım basın organları ile sınırlı kalmamıştır. Yargıya ilişkin atamaları yapmakla görevli organ olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Birinci Dairesi'nin 10.07.2012 tarihinde aldığı kararla TMK uyarınca görevli ağır ceza mahkemelerini ve bu mahkemelerde görev yapacak personeli belirlediğini ilan ettiği basın duyurusunun konumuza ilişkin kısmında,<sup>15</sup> “özgürlükler hâkimi” kavramının, kamuoyuna referans verilerek şu şekilde kullanılmıştır :

*“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) Birinci Dairesi (...) Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının (c) bendine göre yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmakla görevli kamuoyunda “Özgürlükler hâkimi” olarak adlandırılan hâkimleri (...)10/07/2012 tarihli ve 1888 sayılı kararı ile oy birliği ile görevlendirmiştir.”*

Oysa Fransız Hukuku'nun aksine, TMK'nın 10/3-c maddesinde düzenlenen hâkimlik makamının “özgürlükler hâkimi” olarak anılmasının<sup>16</sup> yasal herhangi bir gerekçesi yoktu. Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 137-1. maddesi uyarınca Fransa'da “özgürlük ve tutuklama hakimi” nin görevleri yalnızca tutuklama ve adli kontrole ilişkindir ve bu hakim soruşturma evresine ilişkin genel görevli bir hakim değildir. Dolayısıyla Fransa'daki düzenlemenin, isim meselesi dışında, Türkiye'deki düzenlemeye örnek olduğunu söylemek dahi güçtür. Durum bu merkezde olmasına karşın, hukukumuzda yer almayan bir kavram, adalet mekanizmasının tepesinde yer

<sup>15</sup> <http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2012/temmuz/TMK-10Madde-basin-duyurusu.html>. (SGT:23.10.2013).

<sup>16</sup> Fransa'da da kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, adı geçen hakimlik makamının isimlendirilmesi konusunda tereddütler yaşanmış, “(geçici)tutuklama hakimi” ve “özgürlük hakimi” isimleri üzerinde durulmasına karşın sonuç olarak biraz uzun olan fakat kurumun fonksiyonunu isabetle ifade eden “özgürlükler ve tutuklama hakimi” ismi üzerinde karar kılınmıştır. Bkz. **PRADEL, Jean**: Procédure pénale, 13<sup>e</sup> édition, Paris 2006, s. 675, dn. 2. Milli Meclis tarafından tercih edilen “tutuklama hakimliği” isminin, Senato'da “özgürlükler ve tutuklama hakimi” olarak değiştirildiği yönünde bkz. **MERLE, Roger - VITU, Andre**: Traité de droit criminel, Tome II, 5<sup>ème</sup> édition, Paris 2001, s. 452.

alan bir kurum tarafından, basın açıklamasında kamuoyuna referans verilerek kullanılabilmiştir.

TMK uyarınca kurulan mahkemelerin görevlerine 6526 sayılı Kanunla son verilmesiyle, özgürlük hakimi teriminin kamuoyunda pek kullanılmadığı görülmektedir. Öte yandan 6545 sayılı Kanun'la sulh ceza hakimliklerinin yapısının değişmesi ve sayısının azaltılmasının ardından basında çıkan haberlere bakıldığında, bu hakimlere yeni bir sıfatın yakıştırıldığı ve süper (yetkili) hakimlerden bahsedildiği göze çarpmaktadır.<sup>17</sup>

Hatırlanacağı üzere kamuoyunda ve basında CMK'nın 250. maddesi yürürlükteyken "süper savcılar"dan bahsediliyordu. Bugün de sıra, "süper hakimler"e gelmiştir. Oysa gerek önünde Cumhuriyet sıfatını taşıyan savcılık mesleği, gerekse herhangi bir sıfatla nitelenmesine gerek olmayan hakimlik mesleği, kendi başına mesleği tanımlamaya yeterlidir. "Süper" sıfatının, hakim ve savcılık mesleğiyle anılmaması, meslektaşlar arası bir ayrıma yol açılmaması bakımından da daha uygun olacaktır. Zira görev alanlarının farklı olması, bir hakim veya savcıyı diğerinden üstün konuma getirmez.

Peki sulh ceza hakimliği ifadesi, kurumun işlevini ifade etmeye elverişli midir? Kanımızca bu sorunun cevabı da "hayır" olmalıdır. Zira "sulh ceza"<sup>18</sup> ifadesi, asliye ve ağır ceza mahkemeleri ile ilişki bakımından bir anlam taşıyordu. Oysa artık hukuk sistemimizde yalnızca asliye ve ağır ceza mahkemeleri vardır. Sulh ceza hakimi ise soruşturma evresine özgü bir hakimlik makamıdır. Öyleyse, kanımızca bu hakimlik makamının işlevini en iyi ifade eden isim soruşturma hakimliğidir. Zira bu makam, sadece soruşturma evresinde görev yapan genel yetkili hakimliktir. Bu nedenle sulh ceza hakimliği ismi yerine kanun değiştirilmek suretiyle, soruşturma hakimliği isminin konulmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

---

<sup>17</sup> "HSYK 6 süper hâkim atadı." bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26832415.asp>; "Süper hakimler geliyor." bkz. <http://www.gazetevatan.com/super-hakimler-geliyor-652511-gundem>; "129 Süper Hakim daha atandı." bkz. <http://www.samanyoluhaber.com/gundem/129-super-hakim-daha-atandi/1056729>; "112 Süper Hakim" bkz. <http://www.taraf.com.tr/haber-yazdir-159486.html>. SGT: 20.08.2014.

<sup>18</sup> Nitekim **BAYRAKTAR**, sulh ceza mahkemelerinin taşıdığı isme uygun olarak tam bir barış mahkemesi işlevi görebileceğini, uzlaşma ve ön ödeme uygulamalarıyla, idari para cezalarının denetiminin bu mahkemeler tarafından yapılmaya devam edilmesinin uygun olacağını ve söz konusu mahkemelerin kaldırılmasının yerinde olmadığını ifade etmiştir. Bkz. **BAYRAKTAR, Köksal**: "Adli Yargıda Değişen Yapı", Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 7.



## V. 6545 SAYILI KANUN SONRASI SULH CEZA HAKİMLİĞİNİN DOĞURMASI OLASI SORUNLAR

### A. SULH CEZA HAKİMİ SAYISININ AZLIĞI VE KAMUOYUNDA DİLE GETİRİLEN ENDİŞELER

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu ilk başlık altında kamuoyunun kaygılarına ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin büyük bir kısmı hukuki değil, bir takım başka saiklerle hareket edilmesine ilişkindir. Akademik bir çalışmada bu iddialara yer vermenin en önemli güçlüğü ise bunların ispatlanabilir olmamasıdır. Fakat konusu sulh ceza hakimliği olan bir çalışmada, bu eleştirileri görmezden gelmek bize etik açıdan uygun gelmediği için, en azından bu eleştirileri aktarmayı gerekli görüyoruz.

Söz konusu eleştiriler daha çok atanacak az sayıda ve belirli hakimlerle, yapılacak veya yapılmakta olan soruşturmalara müdahale edilebileceği yönündedir.<sup>19</sup> Zira kapatılan sulh ceza mahkemeleri ve dolayısıyla hakimliklerinin sayısı, yeni kurulan sulh ceza hakimliklerinin sayısı karşılaştırıldığında, yeni açılanların sayısının eskiye oranla son derece az olduğu görülecektir.<sup>20</sup> Konuya ilişkin endişe ise atanan az sayıda hâkimin, atanmasında liyakat yerine bir takım başka amaçlarla hareket edilmiş olmasıdır.<sup>21</sup> Bu iddiayı ispat etmek amacıyla basın ve yayın organlarında atanan hakimlerin daha önce kamuoyunca bilinen davalarda verdiği kararlara işaret edilerek, atamalar bu kararlarla ilişkilendirilmektedir.<sup>22</sup>

Elbette bir hukuk devletinde böyle şeyler olmaz. Yalnızca liyakati esas alması gereken ve yargı idaresinin başındaki kurum olan HSYK'nın, belli saiklerle atama yaptığını, atanan hakimlerin de belli amaçlarla davranacağını kabul etmek, aslında hukuk devletinin yok olduğunu veya hiç var olmadığını kabul etmekle eş değerdir. Fakat son dönemde ceza muhakemesi hukukunda ortaya çıkan bir kısmı yerleşik hale gelmiş hukuka aykırı uygulamalar ve olması gerekene göre değil günün şartlarına göre değişen kanunlar dikkate alındığında, artık ülkemizde ceza muhakemesi hukuku hakkında yazarken aklımızın bir kenarında “Olmaz olmaz deme; olmaz, olmaz” sözünü tutmak zorunlu hale gelmiştir.

<sup>19</sup> [http://www.radikal.com.tr/turkiye/elveda\\_ozet\\_yetkili\\_merhaba\\_sulh\\_ceza\\_hakimi-1198953](http://www.radikal.com.tr/turkiye/elveda_ozet_yetkili_merhaba_sulh_ceza_hakimi-1198953). SGT: 24.08.2014.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. **GÖZLER, Kemal**: “Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tâbii Hakim İlkesi “Sahur Operasyonu Hakkında Bir Açıklama”, <http://www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm>, para. 2, SGT: 27.09.2014.

<sup>21</sup> **GÖZLER** : para. 2.

<sup>22</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26832415.asp>; <http://www.milliyet.com.tr/hsyk-dan-sulh-ceza-atamasi-gundem-1913549>; <http://www.taraf.com.tr/haber-112-super-yetkili-hakim-159486>. SGT: 24.08.2014. Bu yönde bir köşe yazısı için bkz. **AKYOL, Taha**: [http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/taha-akyol\\_329/paralel-yargi\\_26890311](http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/taha-akyol_329/paralel-yargi_26890311), SGT: 27.09.2014.

## **B. SAYISI SON DERECE AZ OLAN SULH CEZA HAKİMLERİNE YAPTIRIM KARARLARINI KARARA BAĞLAMA YETKİSİNİN VERİLMESİ**

6545 sayılı Kanun'un 83. maddesiyle 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen ek madde uyarınca, idari yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvuruları karara bağlama yetkisi sulh ceza hakimliklerine verilmiştir. Bilindiği üzere söz konusu yetki, 6545 sayılı Kanun öncesinde sulh ceza mahkemelerine aitti. Düzenlemenin yeni halinde bir tutarsızlık yoktur. Fakat idari yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvuruların getireceği ağır iş yükü karşısında, bu kadar az sayıda hakimle soruşturmaya ilişkin kararlarda uzmanlık sağlama iddiasının gerçekleşmesi oldukça güç gözükmektedir.

## **C. DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ SULH CEZA MAHKEMESİNDE HAKİMLİK MAKAMINI İŞGAL EDEN HAKİMLER YERİNE ÖNEMLİ SAYIDA BAŞKA GÖREVLERİ YÜRÜTEN HAKİMİN SULH CEZA HAKİMİ OLARAK ATANMASI**

Bilindiği üzere hakim kararları kendi içerisinde hakimlik makamı kararları ve mahkeme makamı kararları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 6545 sayılı Kanun öncesinde sulh ceza mahkemelerinde mahkeme makamını işgal eden hakimler, soruşturma evresinde bir karar verilmesi gerektiğinde, hakimlik makamı şapkasıyla bu kararları vermekteydiler. Dolayısıyla söz konusu hâkimler başından beri soruşturma evresinde yaşanan sorunları biliyorlardı ve bu alanda tecrübeliydiler. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere 6545 sayılı Kanun'la amaçlanan da "soruşturma evresinde hakim tarafından verilmesi gereken kararların asli bir iş haline getirilmesi ve uzmanlığın sağlanmasıdır". Bu nedenle yeni sulh ceza hakimlerinin, mevcut sulh ceza hakimleri arasından atanması, bu amaca hizmet etmek bakımından yerinde bir uygulama olurdu.

Buna karşın HSYK tarafından yapılan atamalara bakıldığında<sup>23</sup>, izlenen metodun tam olarak bu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira mevcut sulh ceza hakimleri arasından atananlar olmakla birlikte, çok sayıda ağır ceza mahkemesi üyesi ve az sayıda başkanın da sulh ceza hakimliklerine atandığı görülmektedir. Bunun dışında ise, listede daha önceki görevi belirtilmeyen veya hukuk mahkemelerinde çalışan bazı hakimlerin de yer almaktadır. Kaba bir hesapla 6545 sayılı Kanun sonrası sulh ceza hakimliği yapacak olan hakimlerin yarısının, bu kanunun hemen öncesinde de bu

<sup>23</sup> Bkz. <http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2014/temmuz/adli-1-bolge-16-07-2014.pdf>. SGT: 20.07. 2014.

görevi yapan hakimler arasından seçtikleri söylenebilir. Ortaya çıkan bu durum, halihazırda soruşturma evresinde çalışan ve verilmesi gereken hakim kararlarını veren çok sayıda hakim varken, neden başka hakimlerin atanmasına ihtiyaç duyulduğu sorusunun haklı olarak sorulmasına yol açmakta ve Kanun'un uzmanlaşma iddiasına gölge düşürmektedir.

#### **D. SULH CEZA HAKİMLİĞİ KARARLARINA KARŞI İTİRAZ MERCİİNİN BİR BAŞKA SULH CEZA HAKİMLİĞİ OLMASI**

6545 sayılı Kanunla değişen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10. maddesinde sulh ceza hakimliğinin “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla” kurulduğu ifade edilmiştir. Yine aynı Kanunla değişen CMK'nın 268. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentleri de şu şekildedir:

*“a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.*

*b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.”*

Sulh ceza hakimlerinin sınırlı sayıda olmasının kamuoyundan yarattığı kuşku perçinleyecek şekilde sulh ceza hakimliğine karşı itirazın yine sulh ceza hakimliğine yapılmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Zira itiraz incelemesinin de zaten sınırlı sayıda olan bir hakim grubu içinde yer alan aynı düzeydeki bir diğer hakim tarafından yapılmasının, süregelen itiraz kanun yolu incelemelerinde aynı kararın tekrar edildiği kısır bir döngüye yol açabileceği net bir şekilde görülebilmektedir.<sup>24</sup> Böylece düzenleme teminat olmaktan çok, az sayıdaki belli hâkimlerin, soruşturmanın kaderini belirlemesine yol açan “kapalı devre bir hakimlik sistemine” dönüşebilecektir. Oysa bu incelemeler hâkim veya mahkeme kararının

<sup>24</sup> Aynı yönde bir eleştiri için bkz. **GÖZLER** : para. 2.

yerindeliliğine ilişkin olduğundan ve herhangi bir uzmanlık gerektirmediğinden<sup>25</sup>, genel görevli makamlar tarafından yapılması da mümkündür.

Ayrıca bu uygulama soruşturma evresinde, itirazın çeşitli hâkimler tarafından incelenmesi imkânını da ortadan kaldırmaktadır. Zira soruşturma evresinde genel görevli mahkemelerde nöbet döngüsü çok daha geniş olduğundan, itiraz kanun yolunun her işleyişinde bu incelemeyi farklı bir hâkimin yapması ve daha önce itiraz kanun yolunda yapılmış incelemelerden (örneğin tutuklama kararı) farklı bir sonuca varması da her zaman mümkündür.

Buna ek olarak söz konusu düzenleme, kanun yolu incelemesinde, incelemenin daha kıdemli ve tecrübeli hakim veya hakimler tarafından yapılması şeklindeki ilkeye<sup>26</sup> de aykırıdır. Bilindiği üzere önceki düzenlemelerde sulh ceza hakimliğinin kararlarına karşı asliye ceza hakimliğine itiraz ediliyordu. Halen kovuşturma evresinde asliye ceza mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı da, ağır ceza mahkemesine itiraz edilmektedir. Bunun tek istisnası ağır ceza mahkemesi ve hakimliklerine karşı itirazın, bir üst mahkeme olan Yargıtay'a değil yine ağır ceza mahkemelerine yapılmasıdır. Fakat bunun nedeni usul ekonomisi, davanın uzamasını önlemek ve dosyanın her seferinde Ankara'ya gidip gelmesindeki imkansızlıktır. Oysa sulh ceza hakimlikleri bakımından böyle bir imkansızlıktan söz edilemez.

Kaldı ki ülkemizde itiraz kanun yolunun işleyişi başta tutuklama olmak üzere pek çok bakımdan zaten sorunludur. Türkiye'de tutuklama kararının verilmesi ve itiraz kanun yolunun işleyişine ilişkin sorunların temelinde, incelemelerin gereği gibi yapılmaması ve özellikle formül ve içeriksiz gerekçelere verilen tutuklama kararları yer almaktadır. Bu nedenle asıl önemli olan, kararı veren ve denetleyen makamların bu işlere özgülenmesi değil, başta tutukluluk olmak üzere tüm koruma tedbirlerine itirazın etkili bir başvuru yolu olmasıdır.

---

<sup>25</sup> **ZAFER, Hamide:** “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin Hukuki Statüsü”, Hukuk ve Adalet, Y. 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 37; **CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 849. Yazarlar itiraz kanun yolundaki incelemenin herhangi bir uzmanlığı gerektirmediği konusundaki görüşlerini, özel görevli mahkemeler tarafından verilen kararlara karşı itiraz merciinin genel görevli makamlar olabileceğinden bahsederken belirtmişlerdir.

<sup>26</sup> **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 1253. Buna ek olarak ağır ceza mahkemesi başkanlarının çoğunlukla meslekte başarılı ve geleceği olan hakimler arasından seçildiğini, Yargıtay'da ve (yürürlüğe girdiğinde) istinaf mahkemelerinde (bölge adliye mahkemesi) daha tecrübeli hakimlerin görev aldıkları ve alacaklarını da hatırlatmak gerekir.

Her ne kadar, AİHM'nin soruşturma evresinde mülga CMUK'da (ve dolayısıyla aşağıdaki değişikliğe kadar aynı sistemi sürdüren CMK'da) yer alan tutuklamaya itirazın çelişmeli ve etkili bir başvuru yolu olmadığı, bu nedenle "özgürlük ve güvenlik hakkının" ihlal edildiği (AİHS m. 5/4) yönündeki kararlarının<sup>27</sup> ardından, CMK'nın 108/1. maddesinde 2013 yılında yapılan bir değişiklikle tutukluluğun incelenmesine ilişkin kararların "şüpheli veya müdafii dinlenmek suretiyle" verilmesi usulü benimsenmiş ise de, bu yeterli değildir. Söz konusu talepler ciddi bir şekilde incelenmeli, eğer reddedilecekse Anayasa'nın 141/3 ve CMK'nın 101/2. maddelerinde yer alan emredici hükümler uyarınca, gerekçesi gösterilmelidir. Bunun yapılmaması AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlali niteliğindedir.<sup>28</sup> Fakat 2012 yılında CMK'nın sözü geçen maddesinde gerekçe gösterme yükümlülüğüne ilişkin olarak yapılan değişikliğe rağmen, formül gerekçeyle verilen tutuklama kararları varlığını sürdürmektedir. İtiraz kanun yolunun etkili bir başvuru yolu olabilmesi ise ancak, bu incelemeyi yapan hâkimlerin kendilerini "özgürlüğün teminatı" olarak görmeleriyle, dolayısıyla özgürlüğün kural; kısıtlanmasının istisna olduğunu ve AİHM içtihatlarını göz önünde tutmalarıyla<sup>29</sup> mümkün olabilir. Böylece tutuklama nedenlerinin gerçekten var olduğu hallerde verilen gerekçeli tutuklama kararlarına ulaşılması mümkün olacaktır. Bu nedenle duruşmalı inceleme yapılmasına yönelik düzenleme yerinde olmakla beraber, asıl önemli olanın taleplerin ciddi bir şekilde dinlenmesi ve dikkate alınması olduğu unutulmamalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, bir kanun değişikliğiyle CMK'nın 108. maddesinde yer alan duruşmalı inceleme kuralının itiraz kanun yoluna taşınması veya bu kural değiştirilmeksizin itiraz kanun yolu incelemesinin

<sup>27</sup> AİHM uzun süredir bu yönde kararlar vermektedir. AİHM 2. Daire, *Cahit DEMİREL - Türkiye*, Başvuru no: 18623/03, 07.10.2009, paragraf 32'de daha önce bu konuda Türkiye hakkında verilen diğer kararların künyeleri de yer almaktadır. 2011 yılında ise AİHM tutuklamaya karşı iç hukukta etkili bir başvuru yolunun bulunmadığına yönelik iddiayı kabul edilemez bulmayarak, bu iddiaları Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne bildirme yoluna gitmiştir. Bkz. Ahmet Tuncay ÖZKAN tarafından yapılan 15869/09 numaralı başvuruda, 13.12.2011 tarihinde AİHM 2. Dairesi'nin kabul edilebilirlik kararının hukuki değerlendirme başlığının birinci paragrafı. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108434#{"itemid":\["001-108434"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108434#{). Aynı yerde kararın Türkçe gayri resmi tercümesi de bulunmaktadır.

*Cahit DEMİREL - Türkiye* kararında yer alan, tutukluluğa itirazın etkili bir başvuru yolu olmadığı yönünde AİHM'nin tespitleri ve benzer değerlendirmeler için bkz. **TÜRME**, **Rıza**: "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama*", Özel Yetkili Mahkemeler Panel Kitabı içinde, Ankara 2010, s. 89-96.

<sup>28</sup> **TÜRME**: s. 92 ve 94.

<sup>29</sup> Aynı yönde bkz. **ERGİN, Sedat** : "*Özgürlüğe Yeni Güvence Özgürlükler Hakimi*", Hürriyet Gazetesi, 07.07.2012.. Yargının tutumunun aksi yönde olduğu hususunda bkz. **TÜRME**: s. 95.

duruşmalı olması yönünde bir düzenleme yapılması da düşünülebilir. Dolayısıyla açıklanan gerekçelerle, sulh ceza hakimliğine karşı itiraz merciinin genel görevli ve daha kıdemli hakimlerin görev yaptığı asliye ceza hakimlikleri olması daha uygundur. Böylelikle sulh ceza hâkimi tarafından verilen kararların, etkili bir şekilde denetlenmesi mümkün olabilir ve kapalı devre hakimlik sistemi ortadan kaldırılabilir. Bu nedenle kanımızca kanundaki düzenleme yerinde değildir.

#### **E. SULH CEZA HAKİMLERİNİN BAŞKA MAHKEMELERDE GÖREVLENDİRİLMESİ YOLUNUN KANUNLA KAPATILMAMASI**

Yukarıda da ifade edildiği üzere 6545 sayılı Kanunla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10. maddesine getirilen “*Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez*” hükmü, yalnızca adalet komisyonlarına ilişkin olup HSYK’nın söz konusu hakimleri başka mahkemelere bakmakla yetkilendirmesini ve böylece kovuşturma evresinde bu hakimlerin görev almasını engellemektedir. Oysa söz konusu düzenleme yapılırken TMK’nın 10/3-c maddesinde olduğu gibi, söz konusu hakimlerin yalnızca bu işlere bakmakla görevli olduğu belirtilebilir veya ideal çözüm devreye sokulabilirdi. Kanımızca burada ideal çözüm, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 11. maddesiNİN yürürlükten kaldırılarak, CMK’nın 23/2. maddesinde yer alan “*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*” kuralının istisnasız uygulanmasının sağlanmasıdır. Böylelikle söz konusu kurala, HSYK’nın da istisna tanınmasının önüne geçilebilirdi. Öte yandan HSYK’nın 16.07.2014 tarihinde yaptığı ilk sulh ceza hakimi atamalarına<sup>30</sup> bakıldığında, bu hakimleri yalnızca gerektiğinde diğer sulh ceza hakimliklerine bakmak üzere görevlendirmesi ve ek yetki verilmemesi memnuniyet vericidir.

Aslına bakılırsa CMK’nın 23/2. maddesinde yer alan “*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*” kuralı, mevcut ceza muhakemesi sistemimizdeki pek çok sorunu, daha yürürlüğe girer girmez çözebilme imkanına sahipti. Fakat bu kural getirilirken adli teşkilatın gereği gibi hazırlanmaması, söz konusu kuralın 5320 sayılı Kanunun 11. maddesi vasıtasıyla, ölü doğurulmasıyla sonuçlanmıştır. Zira eninde sonunda sorun, itiraz kanun yolunun etkinliği ve

<sup>30</sup> <http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2014/temmuz/adli-1-bolge-16-07-2014.pdf>. SGT: 20.07.2014.

bu incelemeyi yapacak merci noktalarında düğümlemektedir. Çünkü ihsas-ı rey iddialarına yol açan husus, CMK'nın 250. maddesi ve TMK uyarınca görevli ağır ceza mahkemelerinde görevli olan hâkimlerin, CMK'nın mülga 250/2. ve TMK'nın 10/1. maddeleri gereğince başka işlerde görevlendirilememeleri, dolayısıyla sayılarının az olması ve bu nedenle heyeti tamamlamak için kovuşturma evresinde de kürsüye çıkmak durumunda kalmalarıydı. Bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 11. maddesi bir an önce kaldırılarak, soruşturma evresinde bir şekilde görev alan hakimın kovuşturma evresinde görev yapması tamamen yasaklanmalıdır. Söz konusu değişikliğin CMK metninde değil, aslında geçici bir kanun olması gereken uygulama kanunu ile yapılmasının, kanun yapma tekniği açısından son derece hatalı olması<sup>31</sup> da, konunun bir diğer boyutudur.

#### **F. SORUŞTURMA EVRESİNDE VERİLMESİ GEREKEN HAKİM KARARLARINI VERMEK ÜZERE SULH CEZA HAKİMLİKLERİ KURULMASINA KARŞIN HALA BİR TAKIM KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN KARARLARIN AĞIR CEZA MAHKEMESİNCE OY BİRLİĞİYLE VERİLMESİ**

6526 sayılı Kanunla Terörle Mücadele Mahkemeleri kaldırılırken, CMK'da yer alan koruma tedbirlerine ilişkin bir takım değişiklikler de yapılmıştır. Bu değişikliklerden inceleme konumuz ile ilgili olan; taşınmaz hak ve alacaklara el koyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin münhasıran ağır ceza mahkemesine geçmesidir. Buna ek olarak bu değişiklikle hem kararın verilmesinde hem de itiraz üzerine verilecek kararda oy birliği şartı getirildiğini de hatırlatmak gerekir.

Bu değişikliklerin hangi gerekçeyle yapıldığını anlamak için yasama çalışmalarına bakıldığında, değişikliğin kaynağını oluşturan metnin, TBMM Başkanlığı'na sunulan 2/1981 sayılı kanun teklifi olduğu görülmektedir.<sup>32</sup> Söz konusu kanun teklifinin madde gerekçelerine bakıldığında yalnızca telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde, neden bu tedbire karar vermeye yetkili makam ve oybirliği şartının arandığı konusunda bir gerekçeye rastlamak mümkündür. Gerekçe şu şekildedir :

*“Maddede yapılan diğer bir değişiklikle, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine tek hâkimin karar vermesi yerine heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi usulü*

<sup>31</sup> FEYZİOĞLU, Metin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S. 62, s. 50.

<sup>32</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>

*getirilmiştir. Bununla kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirilmesi amaçlanmaktadır.”*<sup>33</sup>

Buna karşın taşınmaz hak ve alacaklara el koyma, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin değişiklik yapan hükümlerin gerekçelerinde, gerekçeye benzer herhangi bir açıklama yer almamakta yalnızca söz konusu tedbirlerde tek hâkimin karar vermesi yerine heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi usulü getirildiği ifade edilmektedir.<sup>34</sup>

Söz konusu kanun teklifine ilişkin Adalet Komisyonu Raporu ve bu rapora yazılan muhalefet şerhlerine bakıldığında, durum daha da ilgi çekici bir hal almaktadır. Raporda, şu ifadeler geçmektedir :

*“Yine bu tedbirlere karar verme yetkisinin ağır ceza mahkemelerine bırakılması ve kararın da ancak oybirliğiyle verilebilmesi, hem bu mahkemelerin iş yükünün artmasına neden olacaktır hem de koruma tedbirlerinin mantığına aykırıdır. Hele de mahkeme tarafından verilecek her türlü kararın oybirliği veya oyçokluğuyla verilebileceğine dair hüküm (CMK m. 224) çerçevesinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedebilmek için dahi oyçokluğu yeterli iken bir koruma tedbiri için oybirliği şartının aranması tutarlı değildir. Aynı tutarsızlıklar iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135) ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139) tedbirleri bakımından da geçerlidir.”*<sup>35</sup>

Muhalefet şerhlerinde ise inceleme konumuza ilişkin aksi bir görüş yoktur. Aksine muhalefet partilerinden ikisine mensup olan Adalet Komisyonu üyesi milletvekilleri, muhalefet şerhlerinde esas raporla aynı tutarsızlıklara dikkat çekmektedirler.<sup>36</sup> Dolayısıyla üyelerin neredeyse tamamın karşı çıktığı bir düzenlemenin, nasıl olup da komisyondan geçtiği merak uyandırmaktadır.

Görüldüğü üzere oy çokluğu ile mahkumiyet kararı verebilen bir mahkemenin ancak oy birliğiyle bir takım koruma tedbirlerine karar verebiliyor olmasının, kişi hak ve özgürlükleriyle açıklanabilir bir tarafı yoktur. Eğer konu kişi hak ve özgürlükleri ise, en önemli koruma tedbiri

<sup>33</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, 2/1981 sayılı teklifte 12. maddenin gerekçesi, s. 11.

<sup>34</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, 2/1981 sayılı teklifte 10. maddenin gerekçesi, s. 10, 13. maddenin gerekçesi, s. 11, 14. maddenin gerekçesi, s. 12

<sup>35</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, 17/2/2014 tarihli Adalet Komisyonu Raporu, s. 30.

<sup>36</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, CHP milletvekili olan Adalet Komisyonu üyelerinin muhalefet şerhi için bkz. s. 37; MHP milletvekili olan Adalet Komisyonu üyelerinin muhalefet şerhi için bkz. s. 40.



herhalde tutuklamadır. Fakat bu kanun yapılırken tutuklamanın ağır ceza mahkemesi tarafından yapılması düşünülmemiş, daha çok mala el koymayla gizli dinleme ve izleme tedbirleri üzerinde durulmuştur.<sup>37</sup>

Ayrıca söz konusu düzenlemeyle, soruşturma evresinde hiçbir işlevi olmayan ağır ceza mahkemesi, bir anda soruşturma evresinde de bir takım kilit koruma tedbirlerine karar veren veya veremeyen makam haline getirilerek, kanunun sistemi de bozulmuştur.<sup>38</sup> Buna ek olarak asliye ceza mahkemelerinde görülen bazı davalarda bir takım koruma tedbirleri için (örneğin taşınmaz ve alacaklara el koyma), kovuşturma evresiyle ve dolayısıyla davayla hiç ilgisi olmayan bir ağır ceza mahkemesine başvurma zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu sorunların en azından soruşturma evresine ilişkin boyutu, sulh ceza hakimlikleri kurulurken çözülebilirdi. Madem ki sulh ceza hakimi, soruşturma evresine özgülenmiş ve yetkili hakimdir, ağır ceza mahkemesinin soruşturma evresinde işi olmamalıdır. Fakat eski sisteme benzer bir yapıya dönmek için ele geçirilen bu fırsat değerlendirilmemiş ve hukuki gerekçelerle açıklanması mümkün olmayan söz konusu yapı korunmuştur.

Kısaca özetlersek sulh ceza hakimi kişiyi tutuklayarak özgürlüğünden mahrum etme yetkisine sahiptir. Fakat tutarsız bir şekilde, *“kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirme” iddiasıyla* bu hakime taşınmaz hak ve alacaklara el koyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine karar verme yetkisi verilmemiş bu yetki ağır ceza mahkemelerinde bırakılmıştır. Oysa aşağıda görüleceği üzere, ağır ceza mahkemelerinin işinin çok olduğu gerekçesiyle kovuşturma davasına bakma yetkisi bile ellerinden alınmışken, mahkeme makamının soruşturma evresinde yetkili kılınması tutarsızlığı sürdürülmüştür.<sup>39</sup> Hatta bu yapıdana Adalet Komisyonu üyesi olan neredeyse tüm milletvekilleri karşı çıkmış fakat buna rağmen söz konusu düzenleme Adalet Komisyonu’nda uygun bulunmuş ve sonunda kanunlaşmıştır. İçinde bulunduğumuz durum budur.

## **G. KOVUŞTURMA DAVASINA BAKMA YETKİSİNİN AĞIR CEZA MAHKEMESİNDEN ALINARAK SULH CEZA HAKİMLİKLERİNE VERİLMESİ**

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı

<sup>37</sup> Aynı yönde eleştiriler için bkz. ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 419 ve 474; ŞEN, Ersan: Yorumluyorum VI, Ankara 2014, s. 210.

<sup>38</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE : 6. Bası, s. 436.

<sup>39</sup> Bu tür bir düzenlemenin ceza muhakemesi sistemimize yabancı olduğu yönünde bkz. ÜNVER-HAKERİ: s. 474.

kararına karşı yargısal denetim mümkündür. CMK'nın 173. maddesinde düzenlenen fakat gerek 1412 sayılı CMUK (md. 165) gerekse yürürlükteki CMK tarafından yanlış bir şekilde "itiraz" terimiyle nitelenen bu yol, öğretide kovuşturma davası olarak adlandırılmaktadır.<sup>40</sup>

Mülga CMUK'ya benzer şekilde, yürürlükteki CMK'da da 2011 yılına kadar, kovuşturma davasına bakmaya yetkili makamın "bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesi başkanı" olduğu kabul edilmişti. 2011 yılında 6217 sayılı Kanunla CMK'nın 173. maddesinde yapılan değişiklikle, bu yetki ağır ceza mahkemesi başkanından yani hakimlik makamından alınarak, mahkeme makamına verilmiştir. Fakat söz konusu değişikliğin hangi gerekçeyle yapıldığı konusunda ne yazık ki elimizde bir veri yoktur. Zira bu değişikliğe kaynak teşkil eden "Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nın 26. maddesinin gerekçesinde,<sup>41</sup> herhangi bir açıklama yapılmamakta yapılan şey şu şekilde tekrar edilmektedir :

*"Ceza Muhakemesi Kanununun 173 üncü maddesinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına karşı yapılan itirazların ilgili ağır ceza mahkemesi başkanı yerine heyeti tarafından karara bağlanması öngörülmektedir."*

Ortada herhangi bir gerekçe olmamasına karşın elbette söz konusu değişikliğin hangi gerekçeyle yapıldığına ilişkin isabetli bir tahmin yürütmek zor değildir. Herhalde kanun koyucu ağır ceza mahkemelerini çok hakimli olarak kurmaktaki mantıktan hareket ederek, kovuşturmaya yer olmadığı kararının tek hakim yerine bir heyet tarafından değerlendirilmesinin daha verimli olacağını düşünmüştür.<sup>42</sup> Zira söz konusu kararın, yerinde bulunması halinde, aynı konuda yeniden dava açılması oldukça zorlaşmaktadır (CMK m. 173/6). Bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının yargısal denetimi oldukça önemlidir. Nitekim KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, kovuşturmama kararlarının yargısal denetime tabi olmasını, bu kararın kovuşturmaya yer olmadığı kararının savcı yerine bizzat hakim tarafından verildiği sistemler kadar teminatlı olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1037; TOROSLU- FEYZİOĞLU: s. 273; ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 564.

<sup>41</sup>Söz konusu tasarı ve bu konudaki Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss725.pdf>

<sup>42</sup> Toplu (çok hâkimli) mahkemeler ile tek hakimli mahkemelerin avantaj ve dezavantajları hakkında bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 161 ve 162; TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 27 ve 28.

<sup>43</sup> KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1034, dn. 6.

2011 yılında yapılan kanun değişikliğinden tam 3 yıl sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararını inceleme yetkisi 6545 sayılı Kanunla ağır ceza mahkemesinden alınarak, sulh ceza hakimlerine verilmiştir. Böylece hem yeniden tek hakimli incelemeye geri dönmüş hem de geçmişten bu yana ağır ceza mahkemesi başkanı veya mahkemesinde olan bu yetki, sulh ceza hakimliğine geçmiştir. Buna gerekçe olarak ise “ağır ceza mahkemelerinin iş yükü”<sup>44</sup> gösterilmiştir.

Kanımızca bu yetkinin sulh ceza hâkimliğine verilmesi uygun değildir. Zira önemine binaen, soruşturmanın gereği gibi yapılmasının teminatı olan kovuşturma davasının daha tecrübeli hakim veya hakimler tarafından değerlendirilmesi daha uygundur. Eğer bu iş ağır ceza mahkemelerinin iş yükünü artırıyor, önceki değişikliğin hangi gerekçeyle yapıldığı sorgulanmalı ve sorun bu değişiklikten kaynaklanıyorsa eski sisteme dönmelidir. Dolayısıyla kovuşturma davasına bakmakla görevli olan merci yine ağır ceza mahkemesi başkanı olmalıdır.

## SONUÇ

İsim meselesi elbette önemlidir. Fakat özgürlük hakimi tecrübesinde olduğu gibi bir şeyin ismini değiştirmekle onun niteliğinin değişmeyeceği de herhalde unutulmamalıdır. Ceza hâkimleri kişi özgürlüğünün teminatı olan hâkimlerdir. Dolayısıyla önemli olan, hâkime verilen isim değil, onun fikren ve vicdanen gerçekten özgür olması<sup>45</sup> (yargı bağımsızlığı) ve kanunda bu yönde tedbirlerin alınmasıdır.<sup>46</sup>

Şüphelinin, soruşturma evresinde hakkında verilen kararlar ve bu kararların denetimi bakımından hâkim güvencesine ihtiyacı vardır. Bu güvenceyi soruşturma evresine özgü uzman bir hakimle sağlama düşüncesi de son derece yerindedir. Fakat bu hakimlerin sayısının son derece az olması ve söz konusu hakimler tarafından verilen kararların itiraz kanun yolunda yine bu hakimler tarafından değerlendirilmesi, sonunda bir kısır döngüye ve verilen kararların hukuka uygunluğunun daha baştan sorgulanmasına yol açacaktır. Bu kararlar için itiraz mercii yine asliye ceza hakimlikleri olmalıdır. Ayrıca kovuşturma davasına bakma yetkisinin de, ağır ceza mahkemelerinden alınarak bu hakimliklere verilmesi de yerinde değildir. Bir diğer sorun ise, “soruşturma evresinde görev yapan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz” ilkesinin hukukumuzda hala bir istisna olmasıdır. Oysa kural bu olmalı, istisnası da olmamalıdır.

<sup>44</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, s. 25, 53. maddenin gerekçesi.

<sup>45</sup> Aynı yönde bkz. **ERGİN**: “Özgürlüğe Yeni Güvence Özgürlükler Hakimi”, Hürriyet Gazetesi, 07.07.2012.

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. **GÖZLER** : para. 3.

Kanımızca Türk ceza muhakemesi sisteminin önceliği soruşturmaya özgü bir hakimlik mekanizması oluşturulması değil, bugünkü sistemde başta tutukluluk olmak üzere özellikle koruma tedbirlerine ilişkin kararların incelenmesi ve itirazın etkili bir başvuru yolu haline getirilmesidir. Zira bu yapılmadan, yeni bir hâkimlik kurulsun veya kurulmasın, ona verilen isim ne olursa olsun bu hakimin özgürlüklerin teminatını teşkil etmesi, bir temenniği ifade etmekten öteye geçemeyecektir. Biz sulh ceza hakimliği yerine soruşturma hakimliği teriminin daha uygun olduğunu düşünüyöruz. Fakat elbette asıl önemli olan hâkimlik makamının ismi değil, bu makamın özgürlüğün gerçek anlamda teminatı olmasıdır.

## KAYNAKÇA

- AKYOL, Taha** : [http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/taha-akyol\\_329/paralel-yargi\\_26890311](http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/taha-akyol_329/paralel-yargi_26890311), SGT: : 27.09.2014.
- BAYRAKTAR, Köksal**: “Adli Yargıda Değişen Yapı”, Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 7.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide**: Ceza Muhakemesi Hukuku,10. Bası, İstanbul 2013.
- ERGİN, Sedat** : “Özgürlüğe Yeni Güvence Özgürlükler Hakimi”, Hürriyet Gazetesi, 07.07.2012.
- FEYZİOĞLU, Metin**: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S. 62, s. 27-61.
- KATOĞLU, Tuğrul**: “Özel Yetkili Mahkemelerde Özel Usuller”, Özel Yetkili Mahkemeler Panel Kitabı içinde, Ankara 2010, s. 39-56.
- KOCASAKAL, Ümit**: “Özel Yetkili Mahkemelerin Hukuk Sistemimizdeki Yeri”, Özel Yetkili Mahkemeler Panel Kitabı içinde, Ankara 2010, s. 81-88.
- KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe**: Ceza Muhakemesi Hukuku,15. Bası, İstanbul 2006.
- KUNTER, Nurullah**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981.
- MERLE, Roger - VITU, Andre**: Traité de droit criminel, Tome II, 5éme édition, Paris 2001.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- ÖZTÜRK, Bahri - TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SIRMA, Özge - SAYGILAR KIRIT, Yasemin - ÖZAYDIN, Özdem - AKCAN ALAN, Esra - ERDEM, Efser**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012.
- PRADEL, Jean**: Procédure pénale, 13e édition, Paris 2006.
- ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan**: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara 2013
- ŞEN, Ersan**: Yorumluyorum VI, Ankara 2014.
- TANER, Tahir**: Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955.

**TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.

**TÜRMEŒEN, Rıza:** *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama"*, Özel Yetkili Mahkemeler Panel Kitabı içinde, Ankara 2010, s. 89-96.

**ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan :** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.

**ZAFER, Hamide:** "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin Hukuki Statüsü", Hukuk ve Adalet, Y. 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 29-39

## **GÖÇMEN FAİL ve CEZA HUKUKU: KÜLTÜREL SAVUNMA**

**Ozan Ercan TAŞKIN\***

### **1. GİRİŞ**

Ceza hukuku, hukukun bütün diğer alanlarında olduğu üzere; büyük sosyal, ekonomik ve kültürel değişim ve dönüşümlerin dışında kalmaz. 19. yüzyıl boyunca, ceza kanunları, aydınlanma döneminin de tipik yansıması olarak 'güvenli toplum' yerine 'güvenli toplum' inşa etmek isteyen kanun koyucuların tercihlerine göre şekillenmişlerdir ve daha sonra bu durum, hukukun gelişimi açısından engelleyici parametreler oluşturması gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Önceki keyfiyet döneminin katı bir şekilde reddi doğrultusunda ceza kanunları; genellik, soyutluk ve eşitlik gibi ilkelerden hareket etmişlerdir<sup>1</sup>.

İnsanların bireysel özelliklerine, bu bağlamda kendilerini ifade ediş biçimlerine, bireyi öne çıkaran bugünün toplumsal-siyasal egemen yapısı içerisinde artan bir şekilde önem verilmektedir. Küreselleşmenin doğal sonuçlarından biri de "yerel kültür" kavramıdır. Bu anlamda globalleşmenin bir yansıması olarak "glokalizasyon"dan da söz edilmektedir<sup>2</sup>. Ekonomik olarak ilerlemiş ülkelerin neredeyse tamamı, dış göçler nedeniyle, çok uluslu ülkeler haline gelmişlerdir. İngiltere, Fransa gibi kolonyal geçmişi olan bazı ülkelerde, kolonyal durumun sona ermesiyle başlayan bir göç hareketinden söz etmek olanaklıdır. ABD, Kanada gibi ülkeler ise birbirinden çok farklı ulusların bir araya gelmesi ile oluşmuştur<sup>3</sup>. Bu ülkelerden ABD, İngiltere

---

\*Yard. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. (oetaskin@anadolu.edu.tr)

<sup>1</sup> Cristina DE MAGLIE, "Società Multiculturale e Diritto Penale: La Cultural Defense", Studi in Onore di Giorgio Marinucci içinde (A cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero), Doot. A. Giuffrè Editore, Milano 2006, s. 216.

<sup>2</sup> Glokalizasyon, küresel bir hizmet veya ürünün yerel özellikler ve kültürel beklentilerle uyumlu olması halinde, ihtiyacı daha doğru bir şekilde karşılayacağını ifade etmek üzere kullanılan kavramdır. Bkz. DE MAGLIE, (2006), s. 217.

<sup>3</sup> Alessandro BERNARDI, "Società Multiculturale e "Reati Culturali", Studi in Onore di Giorgio Marinucci içinde (A cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero), Doot. A. Giuffrè

gibi bazıları, yeni gelenlerin kültürel kökenlerine, belirli bazı durumlarda, ceza hukuku boyutunda anlam verirken, Fransa gibi bazıları ise göçmenlerin kültürel kökenlerine ceza hukuku boyutunda karşılık verme noktasında direnç göstermektedirler<sup>4</sup>.

Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinde kural olarak aktif süjenin kültürel kökeninin ne olduğunun önemi yoktur. Örneğin, Fransız ceza hukukçularının ağırlıklı bir kısmına göre, ceza hukuku boyutunda, birey özgürlüğünün tam olarak güvence altına alınabilmesi için etkili bir politikanın oluşturulması gerekir. Bu bağlamda çıkacak her türlü engelin kaldırılması amacına ulaşmak için kültürel farklılıklar dikkate alınmamalıdır. Böylece devlet, sürekli sayıları artan göçmenlere karşı da ülkenin kültürel homojenliğini ve dolayısıyla ortak duygu alanını muhafaza edecektir. Diğer yandan biçimsel kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak da eşitlik ancak bu şekilde muhafaza edilebilir. Fransız devriminden miras kalan katı ve soyut tarafsızlık, eşitlik gibi kavramlar bugün hâla Fransız ceza siyaseti tercihlerini belirler durumdadır. Özellikle, bazı dini tercihlerin kanıtlayıcı vasıtalarının kullanımına yönelik kısıtlamalar, soyut eşitlik kavramının tasdiki gibidir. Alman hukuk siyaseti ise, göçmenin geri dönüşünü sağlamak adına “geçiciliğin kurumsallaştırılması” yolunu tercih etmiştir. Bu yaklaşıma göre, çalışan göçmeni belirli bir statüde tutmak gerekir. Böylece göçmen, kültürel kökenini muhafaza edecek, geldiği ülke ile bağlantı halinde kalacak ve bu sayede vatandaş haline gelmeyecek ülkesine dönmesi kolaylaşacaktır<sup>5</sup>. Gerek Fransız yaklaşımının gerekse Alman yaklaşımının amaçlarına vasıl olmadığı açıktır.

Bu noktada kültürel farklılıkların ceza hukuku düzeyinde dikkate alınmasına yönelik eğilim artmaktadır. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 521-1. maddesi hayvanlara kötü muamele suçunu düzenlemiştir. Ancak söz konusu maddede, yerel kültürlerden kaynaklı -örneğin Roman kültürü- boğa ve horoz dövüşlerinin yapılması durumunda faillerin cezalandırılmayacağı istisnasına yer verilmiştir<sup>6</sup>. ABD'de *Rhode Island* Eyaleti, sadece Musevi topluluğu için “amca- kız yeğen evliliğine” müsaade eder ve bu durumu enest olarak kabul etmez<sup>7</sup>. İngiltere'de 1988

---

Editore, Milano 2006, s. 47; Will KYMLICKA, “Çok kültürlü Yurttaşlık Azınlık Haklarının Liberal Teorisi”, Ayrıntı, İstanbul 1998, s. 39.

<sup>4</sup> Fabio BASILE, “Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali”, Doot. A. Giuffrè Editore, Milano 2010, s. 14.

<sup>5</sup> Alessandro BERNARDI, *Modelli Penali e Società Multiculturali*, G. Giappichelli Editore, Torino 2006, 87 vd; BERNARDI, *Società Multiculturale*, (2006), s. 63-68; BASILE, (2010), s. 55.

<sup>6</sup> BERNARDI, *Società Multiculturale*, (2006), s. 57-58.

<sup>7</sup> Alison D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, New York 2004, s. 121.



tarihli Trafik Kanunu'nun (*Road Traffic Act*) 16. maddesine göre Hindistan kökenli Sihlerin, başlarına sardıkları türban nedeniyle koruyucu kask takmadan motosiklet kullanmalarına izin verilir<sup>8</sup>. 1950 tarihli *Alışveriş Kanunu'na* (*Shop Act*) göre sadece Museviler pazar günleri dükkanlarını ayrı bir izne gerek olmaksızın açabilirler<sup>9</sup>. Kanada'da, Kraliyet Atlı Polisi'nde görev yapan Sih'in, bu polis birliğine özgü şapka yerine Sihlere özgü türban giyme hakkı olduğuna mahkeme hükmetmiştir<sup>10</sup>. Görüldüğü üzere bazı kültürel çevre koşulları bakımından, sadece çok istisnai bazı durumlarda ve ceza hukukunun kapsamına giren bazı sınırlı konularda, farklılığa vurgu yapan düzenlemeler söz konusudur<sup>11</sup>.

Anglo Sakson ülkelerin bir kısmında yerli (Kızılderili) alışkanlıklarının kanun hükmü haline gelmesi de az rastlanılan bir durum değildir. Örneğin Kanada'da yerliler, koruma altına alınmış bazı hayvanları avlamaları konusunda serbest bırakılmışlardır. Aynı şekilde dini nedenlerle hayvanların (soylarının tükenmesine yol açmayacak düzeyde) kurban edilmeleri ABD'de serbesttir. *Renteln'e* göre kanun koyucu klasik "tarafsızlık" ilkesinden uzaklaşır ve hukuku sadece soyut, mutlak ve eşitlikçi değerler silsilesi olarak sınıflandırmak yerine, en azından bazı durumlarda "farklılık siyaseti"nin bir sonucu olarak "özgü uygulama"nın da yapılabileceği dinamik bir alan olarak değerlendirir. Bu ülkelerde özellikle yerlilerin kültürel farklılıklarının ceza hukuku nezdinde karşılık bulması üç ayrı şekilde söz konusu olabilir<sup>12</sup>.

- a) Yargılama esnasında işlenen fiile göre bir anlamda *ad hoc* bir şekilde.
- b) Bazı davranışların, hukuka uygun kabul edilmesi yoluyla.
- c) Bazı davranışların, kültürel savunma içerisinde değerlendirilerek, faillerine ceza verilmemesi veya daha az ceza verilmesi yoluyla.

---

<sup>8</sup> Fabio BASILE, "Società Multiculturali, Immigrazione e Reati Culturalmente Motivati (Comprese Le Mutilazioni Genitali Femminili)", Stato, Chiese E Pluralismo Confessionale, Ottobre 2007 [http://www.statoechiese.it/index.php?option=com\\_content&task=view&id=111](http://www.statoechiese.it/index.php?option=com_content&task=view&id=111), s. 22 (Erişim tarihi, 17.05.2012); BERNARDI, *Modelli Penali*, (2006), s. 75-76.

<sup>9</sup> BERNARDI, *Modelli Penali*, (2006), s. 76.

<sup>10</sup> Bkz. Uğur KARA, *Sorun ve Çözüm Bağlantılarıyla Ulus-Devletin Tarihsel Çevresi İçinde Kültürel Kimlik Olgusu*, (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış doktora tezi), Eskişehir 2010, s. 181.

<sup>11</sup> Ceza hukukunun yerelliğine dair sorunları aşmak üzere ve hangi hususlar noktasında kültürel farklılığın dikkate alınacağı konusunda İngiltere kendine has bir özellik arz eder. Bu konuda bkz. BERNARDI, *Società Multiculturale*, (2006), s. 60 vd.

<sup>12</sup> RENTELN, (2004), s. 95 vd.

## 2. KÜLTÜREL SAVUNMANIN KONUSU: KÜLTÜREL SUÇ

Göçmen kişi, bir ülkeye girerken, valizinde bir anlamda kendi kültürünü de getirir. Bu taşınanın ise herhangi bir sınırdan kabul edilmemesi, geri çevrilmesi söz konusu değildir. Bu şekilde göç, çok kültürlülüğün kaynağı haline gelir. Göçmen kişi, anavatanında bıraktığı uyruklarına nazaran, kültürel ritüellerine daha sıkı bağlanır. Böylece göçmen, kökenleri ile bağlarını canlı tutarak, yeni ülkesindeki ırkçı düşmanlıkla baş edebileceğini düşünür. Göçmen, bir kökünün olduğunu; kültürel mirası ve birikimiyle gurur duyduğunu gündelik hayatında bunlara ilişkin ritüellere uygun davranarak göstermek isteyebilir.<sup>13</sup> Valizinde kültürel birikimini de getiren göçmen, örneğin dinsel nedenlerle kadın sünneti yoluna başvururken, AB ülkeleri bu durumu hukuka uygun olarak kabul etmez ve söz konusu fiili insan yaralama suçu kapsamında ele alır. Bu durumda ise aslında kültürel bir çatışma, aynı zamanda normatif bir çatışma haline dönüşür. “*Kültürler çatışması: farklı değer, norm ve davranış standartlarına sahip iki kültürün karşılaşması durumunda ortaya çıkan çatışma durumunu ifade eder*”<sup>14</sup>. Başka bir ifadeyle “kültürel gerilim” bazı alanlarda “normlar çatışması” sonucunu doğurur<sup>15</sup>. “*Kültürel suç*” ise bu çatışmanın, ceza hukukunun ilgi alanına dahil olması durumunda söz konusu olur<sup>16</sup>.

Dini bir mecburiyet olarak erkek sünneti, birçok ülkede yasal kabul edilmekle birlikte, kültürel çatışmanın ceza hukukuna yansımalarının bir örneğini de oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin Almanya’da son günlerde devam etmekte olan tartışma dikkat çekicidir. Köln Eyalet Mahkemesi, 2012 Haziran ayı içerisinde verdiği bir kararın gerekçesinde, sünneti “yaralama suçu” olarak tanımlamış ve bunun üzerine Almanya’da yaşayan Müslüman

---

<sup>13</sup>Jeroen VAN BROECK, “**Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)**”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/1, 2001 s. 12; Fabio BASILE, “**Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati**”, Política. Criminale, Vol. 6, N. 12 (Diciembre 2011), s. 343.

<sup>14</sup>Saim ÜYE, “**Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar**”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, S. 2010/3 s. 28.

<sup>15</sup>Özellikle ABD’nin kuruluş döneminde farklı kültürlerle dair “aynı potada eritmek” (*melting pot*) metaforu kullanılırken, zamanla bu metafor yerini “salata kâsesi” (*salad bowl*) metaforuna bırakmıştır. Bu yeni dönem “farklılıklar çağı” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. DE MAGLIE, (2006), s. 217. BASILE, (2011), s. 339. BERNARDI, **Modelli Penali**, (2006), s. 36 vd.

<sup>16</sup>VAN BROECK, (2001), s. 12; ÜYE, (2010), s. 29. Kültürel suç kavramının, “*suç üreten kültür*” veya “*suç kültürü*” gibi kavramlarla ilgisi yoktur. Bkz. ÜYE, (2010), s. 30; Ayrıca, göçmenlik kriminoloji ilişkisi bağlamında ABD’yi ele alan çalışma için bkz. Ramiro MARTINEZ-Abel VALENZUELA, **Immigration and Crime: race, ethnicity, and violence**, New York University Press, New York 2006.

ve Yahudiler kararı tepkiyle karşılaşmışlardı. Mahkemenin kararına yönelik tepkiler devam ederken Berlin Eyalet Hükümeti sünnetin belirli koşulların yerine getirilmesi halinde yasal olduğunu ilan etmişti. Nihayetinde 2012 Kasım ayı başında Federal Alman Hükümeti, çocukların sünnet edilmesine yönelik yasa tasarısı üzerinde uzlaştı. Tasarıya göre, münferit durumlarda ölçülü ve etkili bir biçimde anestezi yapılması gibi tıbbî koşulların sağlanması ve ebeveynlerin ameliyatın riskleri üzerine kapsamlı olarak bilgilendirilmesi şart koşulmak durumunda sünnetin, yasal olduğu kabul edilecektir<sup>17</sup>.

ABD öğretilerinde, kültürel saikle işlenen suç kavramından (*cultural offense*) 1930'lu yıllardan itibaren söz edilmeye başlanmıştır. *Sellin*, göçmen suçluluğu üzerine yaptığı çalışmada “*kültürel çatışma*” teorisini geliştirmiştir. *Sellin*'e göre, kültürel çatışma sosyal farklılığın doğal sonucudur. Aynı zamanda da sonsuz bir yeniden gruplaşma üretimi sahasıdır. Her bireyin tek tek kendisini konumlandırmasına, sosyal ilişkileri yorumlamasına bağlı olarak farklı çatışmaları da içinde barındırır. İyi bütünleşmiş, homojen kültürü olan toplumlarda çatışma daha az iken, heterojen ve bütünleşmemiş toplumlarda çatışma artar<sup>18</sup>.

Kültürel çatışma iki şekilde söz konusu olabilir<sup>19</sup>: Aynı kültür içi çatışma ve farklı kültürler arası çatışma. Aynı kültür içi çatışmanın nedenini *Sellin*, basit kültür-karmaşık kültür karşıtlığı ve sosyal farklılaşma ve bunlara bağlı olarak alt-kültürlerin oluşması olarak; farklı kültürler arası çatışmayı çeşitli başlıklar altında açıklar. Bunlar:

- a) Bitişik kültürel alanlarda farklı ülke kanunlarından kaynaklanan çatışma.
- b) İşgal edilmiş topraklarda işgalcilerin kanunlarının, kanun metni haline gelmesinden kaynaklı çatışma<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Deutsche Welle Türkçe adlı haber sitesinin çeşitli tarihli haberlerinden derlediğim bilgiler için bkz. <http://www.dw.de/s%C3%BCnnet-yasas%C4%B1-haz%C4%B1r/a-16280768>. (son erişim tarihi: 15. 11.2011)

<sup>18</sup> *Sellin*'in görüşleri için bkz. RENTELN, (2004), s. 16; Timur DEMİRBAŞ, **Kriminoloji**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 11; Meselenin “davranış normunun ihlali olarak suç” başlığında ele alınışı üzerine bkz. Piers BIERNE- James W. MESSERSCHMIDT, **Criminology: a sociological approach**, 5th ed., Oxford University Press, New York 2011, s. 19 vd.

<sup>19</sup> Bkz. DE MAGLIE, (2006), s. 228-229.

<sup>20</sup> Örneğin, çok zengin kabile kültürü olan Afrika kıtasında yer alan ülkelerde, batı kültürü çerçevesinde gerçekleştirilen kanunlaştırmalar, kent merkezlerinde sorunsuz olarak uygulanırsa da, özellikle kırsal alanlarda ceza kanunlarının uygulanması kesintiye uğramakta ve bazen olanaksız hale gelmektedir. Afrika ülkelerinin bir kısmında, bazı suç kategorileri bakımından

- c) Kültürel kökeni tamamen farklı olan bir grubun, köken ülkesinden başka bir ülkede göçmen olmasından kaynaklanan çatışma.

Göçmenlik halinin, göçmen kişinin iç ve dış dünyasına yansıyan iki sonucu olur. Farklı kültürel alışkanlıklar, bireye tesir eder ve birey zihni çatışmalar yaşar: Zira kültürel değerleri “*misafir*” olduğu ülkede kabul görmemekte, hoş karşılanmamakta ve hatta bazı durumlarda reddedilmektedir. Göçmenlik halinin ceza hukuku bakımından dikkate alınacak olanı, dışa yansıyan sonuçlarıdır. Çünkü “*kültürel saikle işlenen suç*” tan söz edebilmek için bireyin, kendi kökenine ait davranış normlarına sadık kalırken, misafir olduğu ülkenin ceza normunu ihlal etmesi gerekir<sup>21</sup>.

Farklı kültür ve geleneklerin bir arada yaşamasının ceza hukuku boyutunda sorunlar ortaya çıkarması kaçınılmazdır. Bu sorunların çözümü noktasında ortaya atılan *kültürel savunma (cultural defense)* kavramı etrafında yoğun tartışmalar sürmektedir. Bu anlamda, özellikle ABD ceza hukuku öğretisinin başlattığı tartışmalara,<sup>22</sup> Kıta Avrupası ceza hukukçuları da son yıllarda giderek artan bir şekilde katılmaktadırlar<sup>23</sup>.

Temel mesele şu şekilde özetlenebilir: Bir davranış, göçmenin geldiği ülkede suç olarak değerlendirilmemekte, hoş görülmekte ve hatta desteklenmekte veya teşvik edilmekteyken; göçmen kişiye ev sahipliği yapmakta olan ülkede suç kapsamında değerlendirilmektedir. “*Fail tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı davranış, kültürel miras veya gelenek nedeniyle ve ona sadık kalmak üzere gerçekleştirilmiştir*”<sup>24</sup>. Kültürel normla, ceza hukuku normu arasında zıtlık vardır. Kültürel norm, davranışı hoş görür ve hatta teşvik ederken ceza normu aynı davranışı yasaklamakta ve cezalandırmaktadır. Faile bu davranışı nedeniyle ceza verilecek midir? Davranış, hukuka uygunluk nedeni ya da mazeret nedenleri kapsamında mı ele alınacaktır? Kültürel faktör, cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında mı dikkate alınacaktır? Faile ceza verilmekle birlikte bu cezada bir indirim

---

gelenek hukukunun “paralel hukuk” olarak uygulanması eğilimi güçlenmektedir. Bkz. BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 55 vd.

<sup>21</sup> John C. LYMAN, “**Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?**”, *Criminal Justice Journal*, 9, 1986, s. 88.

<sup>22</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. RENTELN, (2004), s. 5 vd. Taryn F. GOLDSTEIN, “**Cultural Conflicts in Courts: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a “Cultural Defense”**” *Dick Law Review*, 141 (1994-1995) s. 141 vd.

<sup>23</sup> Kıta Avrupası’nda Fransa bakımından Kuzey Afrika’dan göç edenler, Almanya bakımından ise Türkiye’den göç edenler ve nihayetinde tüm Kıta Avrupası’na yayılan göç “kültürel savunma” başlığının ceza hukukçularının ilgi sahasına girmesine yol açmıştır. BASILE, (2011), s. 341.

<sup>24</sup> GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 143; BASILE, (2011), s. 358-359; RENTELN, (2004), s. 7; BASILE, (2010), s. 42; VAN BROECK, (2001), s. 5; DE MAGLIE, (2006), s. 228-229.

yapılacak mıdır? Veyahut kültürel unsura, ceza hukuku boyutunda tamamen kayıtsız mı kalınacak ya da bu husus sanığın cezalandırılmasında ağırlaştırıcı bir neden olarak mı dikkate alınacaktır<sup>25</sup>? Nihayet, sanığın kültürel kökeni, onun hakkında güvenlik tedbiri uygulanması sonucunu mu doğuracaktır<sup>26</sup>?

### 3. CEZA HUKUKUNUN YERELLİĞİ SORUNU

Ceza hukukunda yerel özellikler, diğer hukuk alanlarına nazaran daha baskındır<sup>27</sup>. Belirli bir ülkede, ülkenin egemenliğinin de bir göstergesi olarak “*milli ceza hukuku*” uygulanır. Biraz da bu yüzden devletler, ceza kanunlaştırmalarını bağımsız olarak gerçekleştirirler. Bir anlamda, ceza kanunlarının belirli bir ülkede tüketilmesi hedeflenmiştir. Böylece bir ülke sınırından diğerine geçmek aynı zamanda farklı bir ceza hukuku sistemi ile karşılaşmak anlamına gelir. Örneğin kürtaj, ötenazi, eşcinsellik, genetik yolla çoğalma, altsoy-üstsoy cinayetleri, uyuşturucu kullanımı, tedip hakkı ve bu hak bakımından kullanılabilir araçlar, hayvanlarla cinsel ilişki, kutsal değerlere hakaret gibi davranışların içerikleri, birçok ülkenin ceza hukuku kanunlaştırmasında farklı şekillerde oluşturulmuş veya bazı ceza kanunlarında ise hiç yer almamış olabilir. Bu anlamda, cinsel özgürlük, aile düzeni, bedene müdahaleyi içeren dinsel ritüeller, kültürel birikimin yaygın

<sup>25</sup> “Kan davası ve töre cinayetleri konusundaki (olumsuz) gelenek kasten öldürme suçunda kanun koyucu tarafından cezayı hafifletici değil tam tersine cezayı ağırlatıcı neden olarak TCK’da gösterilmiştir.” Bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 81.

<sup>26</sup> “Peru, ceza hukuku boyutunda kültürel kökenin dikkate alınması bakımından dikkat çekicidir. 1853 tarihli Peru CK, ceza tayininde kültürel faktörü hiçbir şekilde dikkate almamıştı. Ancak 1924 tarihli CK bu konuda önemli bir yenilik içeriyor ve yerlileri “yabani” (ilkel) sığınlar olarak değerlendiriyordu. Yerlilerin suç işlemesi halinde hapis cezası kendiliğinden, başkaca bir araştırma yapmaksızın ‘tarım kolonilerinde çalışma güvenlik tedbirine’ dönüştürülüyordu. Zira söz konusu sığınların ‘ahlaken uyumlaştırılmaları, eğitilmeleri ve böylece sosyal bütünleşmelerinin (asimilasyonlarının) sağlanması’ hedefleniyordu. Bugün söz konusu ceza siyaseti tercihi sonucu ortaya çıkan bu kanunlaştırma “etnik kökene dayanan ayrımcılık” bakımından tipik örnek olarak verilmektedir. Eleştirel kriminologlar, ceza hukukunun bu noktada “otoriter ve antidemokratik bir modelin meşrulaştırılmasında araç haline getirildiğini belirtmektedirler.

Peru’da 1987 yılında yapılan bir düzenleme ile sayıları çok fazla ve birbirinden oldukça farklı kültürlere sahip yerli halklara ilişkin özel yargılama usulleri kabul edilmiştir. Hatta bazı durumlarda ‘uzlaştırıcı’, ve ‘cezalandırıcı’ sıfatıyla yerli otoritelere yetki verilmiştir. 1991 yılında yeni Peru CK yürürlüğe girmiştir. Peru CK’nın 14. maddesi “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralını düzenlerken, 15. maddesi bu durumun istisnaları arasında “kültürel nedenlerden kaynaklanan hata”dan söz etmiştir”. Tamamı ve diğer Latin Amerika ülkelerinden örnekler için bkz. BERNARDI, **Società Multiculturale**, (2006), s. 53 vd.

<sup>27</sup> George P. FLETCHER, **Grammatica del Diritto Penale**, Il Mulino, Bologna 2004, s. 17; BASILE, (2010), s. 76.

olarak etkilediği suç alanlarıdır<sup>28</sup>. Aynı fiil, bir ülkede ağır cezayı, bir diğerinde hapis cezasını gerektirirken, bir başkasında suç olarak tanımlanmamış olabilir.

Örneğin, bir İtalyan, 14 yaşını tamamlamış olan sevgilisiyle Türkiye'ye tatile gelse ve bu kişi ile rızaya dayalı cinsel ilişkiye girse cinsel istismar suçunu işlemiş olacaktır. Zira TCK'ya göre cinsel ilişki bakımından rıza, ancak 15 yaşını tamamlamışlar bakımından söz konusudur (TCK m. 103/1-a). Oysa İtalyan Ceza Kanunu cinsel ilişki bakımından rızayı 14 yaşını tamamlamış olmak durumunda geçerli kabul etmiştir (İtalyan CK m. 607-quater). İsviçre'de ise cinsel ilişki bakımından rızanın geçerli olabilmesi için, 16 yaşını tamamlamış olmak şarttır (İsviçre CK m. 187). İster İtalyan, İster Türk isterse İsviçrelinin 14 yaşını tamamlamamış sevgiliyle İspanya'da bulunmaları halinde herhangi bir suç ortaya çıkmayacaktır. Cinsel ilişkiye rıza bakımından İspanyol Ceza Kanunu, 13 yaşını tamamlamış olmayı yeterli bulmaktadır (İspanyol CK m. 181).

TCK'da çok sayıda kültür/ ahlak sahası ile ilgili suç bulunmaktadır. Örneğin TCK'nın 102. maddesinde ifadesini bulan cinsel saldırı suçunda "cinsel davranışın" kapsamının belirlenmesi noktasında ceza hukuku dışında normlara bakılmak zarureti vardır<sup>29</sup>. Diğer taraftan 765 sayılı TCK'da "*genel ahlaka karşı suçlar*" başlığında düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu, 5231 sayılı TCK ile "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" başlığında düzenlenmiştir. Bu durum doğrudan doğruya toplumun kültürel değişimi ve ahlak duyarlılığının farklılaşması ile ilgilidir. Mülga kanunda yer alan şeref saikiyle yeni doğan çocuğu öldürmek suçunun, zaman içinde kapsamının daraltılması ve nihayetinde 5231 sayılı TCK ile ilgası da ülkenin sosyo kültürel yaşamı yani yerel unsurlarla yakından ilgilidir. Bu ve benzeri çok sayıda örnek vermek mümkündür. Örneklerden de görüldüğü üzere, ülkeden ülkeye farklı ceza siyaseti tercihlerinin ceza kanunlaştırmalarına tesir etmesi kaçınılmazdır.

Diğer taraftan, bir kültür içeriği olarak örf ve adetin, ceza hukukunda yaratıcı, değiştirici ve ortadan kaldıracı bir değeri yoktur. Ancak bir kanunun, örf ve adet nedeniyle uygulanmaması, bir anlamda fiilen yürürlükten

<sup>28</sup> BERNARDI, (2006), s. 47 vd; BASILE, (2010), s. 159.

<sup>29</sup> "TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen "hayâsızca hareketler" in kapsamına nelerin gireceği konusunda örf ve adet kuralları etkili olacaktır. Bkz. Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKÇEN- Ahmet Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 125. Örf ve adet kuralları, sadece TCK m. 225. madde kapsamının belirlenmesinde yorum aracı olabilir. Bkz. Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 112.

kaldırılması söz konusu olabilir<sup>30</sup>. Bir anlamda adli organlar, bazı suçları takip etmek ve faillerine ceza vermek konusunda hareketsiz kalabilirler. Bu durum hukuki yürürlüğü ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte örf ve adetler vasıtasıyla yeni hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler ortaya çıkabilir<sup>31</sup>.

Her devlet, ceza hukuku boyutunda başka devletlere benzemeyen içerik oluşturabilir. Ceza kanunlarının sınırlı bazı kısımları diğer ülkelerin ceza kanunlarıyla uyumlu olabilir. Ceza hukukunun yerelliğinin iki temel nedeni vardır.

- a) Tarihsel-politik nedenler
- b) Kültürel nedenler

### 3.1.Tarihsel-politik nedenler

Ceza hukukunun yerelliği ile devlet biçiminin geçtiği aşamalar arasında yakın ilgi bulunmaktadır. Önceleri “mutlak” devletler, sonraları ise “ulus” devletler; “müşterek hukuk”u (*ius commune*) terk ederek, büyük ve gösterişli mahkeme salonları, yasama organları, kendine has normlar sistemi ve özellikle ceza hukukunu millileştirmek vasıtasıyla, belirli bir coğrafi alanda egemen olduklarını gösterirler. Diğer taraftan ceza hukukunun yerel olmasının aydınlanma dönemine özgü olarak bir başka nedeni ise, hukukun bir anlamda “devletleşmesidir”. Devletleşme ise hukukun kanunlaşması anlamına gelir. Mevzuat ama özellikle kanunlar, aydınlanmacıların kavramlaştırmalarında öncelik taşır. Aydınlanma döneminin önceliği, keyfiliğe ve belirsizliğe karşı *kesinlik* ve *belirliliktir*. Örneğin *Bussi*'ye göre hukuk, sadece kanunun içeriğinde olan şeyse ve onu da sadece devlet yapabilirse, devletlerin çokluğu yerel hukukların da çokluğu anlamına gelecektir<sup>32</sup>. Bu durum, ceza hukuku anlamında hukukun diğer dallarına göre çok daha belirleyicidir. Çünkü bir yandan ceza hukukunun, “*kesinlik*” ve “*belirlilik*” ilkeleri, hukukun sadece devlet eliyle üretilmesi sonucunda söz konusu olabilecektir. Diğer yandan da kural olarak, “*meşru şiddet*” veya “*şiddet tekeli*” içeriği her devlet için ayrıdır ve o devlete özgülenmiştir. O halde bir devletin doğumunun ve varlığının tasdiki, (egemenliğinin nişanı olarak) bir anlamda cezalandırma tekelinin ona ait olduğunun ilanından

<sup>30</sup> ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 125.

<sup>31</sup> Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 17. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 45-46; Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 39.

<sup>32</sup> Bkz. BASILE, (2010), s. 81 vd.

geçer<sup>33</sup>. Bu nedenle, bugün hala Avrupa Birliği üyesi ülkeler dahi ceza mevzuatlarında, -kısmi uyumlaştırılması çabalarına karşın- ulusal ceza kanunlarını muhafaza etmekte ısrarcıdırlar.

### 3.2.Kültürel nedenler

Ceza hukuku içinden çıktığı baskın kültürden tamamen bağımsız değildir ve kültür ile ceza hukuku arasında kuvvetli bir bağ vardır<sup>34</sup>. Zira kültür, birey davranışlarının biçimlenmesi konusunda önemli bir etkiye sahiptir<sup>35</sup>. Ceza hukuku, bir toplumun baskın karakteristik özelliklerinin ve toplumsal yapısının, belirli bir tarihsel ve kültürel gelişim aşamasındaki yansımasıdır.

Bireyden itaat ve bağlılık isteyen kültürel norm, bazı durumlarda ceza hukuku vasıtasıyla güvenceye kavuşur<sup>36</sup>. Bu anlamda ceza hukuku aynı zamanda ulusal kimliğe ait motiflerin belirginleşmesi sonucunu da doğurur. *Radbruch*'a göre ceza hukuku kültürdür<sup>37</sup>. Ceza hukuku, bir toplumun değerlerinin “*negatif*” yansımasıdır. Bilhassa ceza kanunlarının özel kısmı, kısmen de olsa bir toplumun belirli bir tarihsel dönemde kültürel ve ahlaki değerlerinin aynası vazifesi görür<sup>38</sup>. Zira toplumun sosyal kontrol yöntemleri/yasakları ceza normunun enstrümanı haline gelmiştir<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> BASILE, (2011), s. 349-350.

<sup>34</sup> *Ugo Spirito*'ya göre “ceza kanunları bir ‘parça’ ulusun ahlak kanunudur ve onun fizyonomisine karakter veriré. *Höffe*'ye göre, ceza kanunları ayrıntılarına (istisnalarına) kadar gelenekle bağlantılıdır ve toplumun değerlerinden biçimlenmiştir. Kriminolog olan *Ponti*'ye göre ise ceza normuyla, belirli bir kültürel alanda baskın olan değerler ifade edilir. Görüşler için bkz. BASILE, (2011), s. 351.

<sup>35</sup> RENTELN, (2004), s. 10.

<sup>36</sup> ÜYE, (2010), s. 25.

<sup>37</sup> Bkz. BASILE, (2011), s. 352.

<sup>38</sup> Alberto CADOPPI-Paolo VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale. Parte Speciale*, Cedam, Padova 2004, s. 7; BERNARDI, *Società Multiculturale*, (2006), s. 48.

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi'nin ceza hukukunun toplumun kültürel yapısıyla yakından ilgili olduğuna yönelik kararları bulunmaktadır. Örneğin: “*Esasen ceza hukuku, yapısı yönünden toplumun kültürel ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısı ile yakından ilgili bulunması ve ancak devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedenleriyle siyasal bir nitelik de taşıyan bir hukuk dalıdır*” (AYM, E. 1980/3, K.1980 68). “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir*” (AYM, E. 2009/51, K. 2010/73). Kararlar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr>, (Erişim tarihi. 22.07.2012)



Göçmenlik olgusu ile geç ve (henüz) sınırlı bir şekilde karşılaşan Türkiye gibi ülkelerde baskın kültürden farklı bir kültürel gerekçeye dayanarak normlaştırma zaruretinin olmaması, bu kültüre ait normların, ceza normu haline gelmesi noktasında bir dirençle karşılaşmaması sonucunu doğurmuştur.

Geleneksel ceza hukuku, kişinin kültürüne, geçmişine dair farklılıkları çok sınırlı şekilde dikkate alır. Ceza normu, muhataplarının kimlik aidiyetleri ve buna bağlı olarak egemen kültürel yapı bakımından azınlık olup olmadıklarıyla ilgilenmez. Ulus devletlerin ceza hukukları, ülke içinde yaşayanların ortak bir kültüre sahip oldukları varsayımına göre biçimlenirler. Vatandaşlar arası ekonomik-sosyal farklılıkların olması, aralarında kültür farkı olduğu anlamına gelmez<sup>40</sup>.

Temel tartışma şudur: Ceza kanunları baskın kültürün bir yansımasıysa, suç algısı farklı olan göçmenin davranışlarının, ev sahibi ülke ceza kanunları ile çatışması kaçınılmazdır<sup>41</sup>. Dünya üzerinde insan hareketliğinin çok arttığı günümüzde (Türkiye gerek göç alan gerekse göç veren bir ülke olarak), ceza hukuku sistemleri, kanunlarında “*kültürel farklılık*”ları dikkate almadan olduğu gibi mi devam edecektir? Veyahut kısmen de olsa söz konusu demografik değişiklikleri dikkate alacak mıdır? Böylece devlet, ceza hukukunun tekeli yapısını bozmadan, ülkesinde gerçekleşen suç dolayısıyla yargılanan failin kültürel yapısını dikkate alacak mıdır? Kültürel nedenlerle bazı davranışları gerçekleştiren göçmen bireyin bunu doğal ve normal kabul etmesinin ceza sorumluluk sahasının belirlenmesi noktasında dikkate alınması gerekmez mi<sup>42</sup>? Elbette söz konusu sorulara kolayca yanıt vermek mümkün değildir? Bu anlamda ilk olarak kültür nedir sorusuna yanıt vermek gerekir.

#### 4. CEZA HUKUKU BOYUTUNDA KÜLTÜR KAVRAMI

Özellikle ABD mahkemeleri ve öğretisi, çok sayıda ve bazen birbirlerini reddeden kültür tanımları karşısında, ayrıca kültürün ne olduğu konusunu tartışmıştır. Kültür kavramının ceza hukuku boyutuyla yani somut olay bakımından dikkate alınabilmesi için iyi tanımlanması şarttır. Kültür, yaşam biçimi midir? Dünya görüşü müdür? Kültür dar ve geniş anlamlarda olmak üzere ikiye ayrılabilir: Dar anlamda kültür belirli bir kişiye işaret eder. Bir kişinin bilgi düzeyini ifade etmek üzere “*çok kültürlü insan*” sözü dar anlamda kültüre örnek verilebilir. Geniş anlamda kültüre ise, “*batı*

<sup>40</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 49; Ceza hukukunda okullar ve kültürel belirleyiciler hususunda ayrıca bkz. Mustafa T. YÜCEL, *Kriminoloji*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 36 vd.

<sup>41</sup> ÜYE, (2010), s. 29.

<sup>42</sup> Mark TUNICK, “*Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis*”, *Punishment and Society*, October 2004, Volume 6, no 4, s. 402.

*kültürü*” örnek olarak verilebilir. Bu anlamda batı kültürü ifadesiyle, endüstrileşmiş, seküler, kentli olma halinin; feodal, toprağa bağlı, teokratik kültürden farkı ortaya konulmak istenir<sup>43</sup>.

1 Kasım 2001 tarihinde yayınlanan “Unesco Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi”nin giriş kısmında yer alan “*kültür, toplum veya bir sosyal gruba özgü manevi, maddi, entelektüel ve duygusal özelliklerin tümü olarak kabul edilmesi gerekir; sanat ve edebiyatın yanı sıra yaşam biçimi ve değerler sistemi, gelenekler ve inançları da kapsar*” ifadesi hukuki bir tanım olarak dikkate alınabilir.

Bu tanımların, ceza hukuku anlamında karşılığı sınırlıdır. “Kültürel savunma” da söz konusu olan kültür, *Kymlicka*’nın ifadesiyle, etnik ve ulusal farklılıklardan doğar ve kültür, ulus veya halkın eşanlamlısı olarak kullanılır. Bu anlamda, belirli bir topluluk olmalı, bir kurumsal kimlik olmalı, belirli bir toprak parçası üzerinde bunlar ifadesini bulmalı, ayrı dil olmalı ve ortak tarihi paylaşmalıdır<sup>44</sup>. ABD mahkemeleri de, ceza hukuku boyutunda kültürden bunu anlarlar. Söz konusu kültür, kişisel kimlik ve gündelik yaşam boyutunda kurucu bir unsur işlevi görmelidir. Kültürünü yaşama hakkı temel bir insan hakkıdır. Ancak bu hak savunmasız kişi ya da kişilere zarar vermenin aracı haline getirilemez. Bu anlamda kültür hakkının sınırını diğer insan hakları oluşturur<sup>45</sup>.

Çok detaylandırılmış, bir anlamda kültürün sosyolojik tanımının kabulü, kültürel saikle işlenen suçun kapsamını aşırı şekilde genişletir. Mikro düzeyde, aile ve sosyal gruplar içerisinde işlenen suçların bu kapsama alınması gibi olumsuz bir sonucu doğurur. Düşünüş tarzı, yaşama biçimi tercihleri, ceza hukuku anlamında kültürel faktör olarak değerlendirilemez. Bu yüzden özellikle *De Maglie* ve *Basile*, kültür kavramının ceza hukuku bakımından kabul edilebilir tanımının yapılabilmesinde *Kymlicka*’nın çizdiği çerçeveyi esas alırlar.

---

<sup>43</sup> Ciro GRANDI, “**A Proposito di Reati Culturalmente Motivati**”, Diritto Penale Contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it, (Erişim tarihi 11.06.2012) s. 9; KYMLICKA, 1998, s. 48 vd. Kültür- birey ilişkisi için ÜYE, (2010), s. 26.

<sup>44</sup> KYMLICKA, (1998), s. 49. Elbette bu tanım kültürün sosyolojik tanımından daha dar bir tanımdır. Hayat biçiminin, iradi katılımların, da bu tanım kapsamında olması gerektiğini savunanlar vardır. Toplum dışına itilme, homojen uluslu ülkelerde de olanak dâhilindedir. Çoğunluk baskısı altında olan bu topluluklar da hukuki korumaya kavuşturulmalıdır. Bkz. KYMLICKA, (1998), s. 50 vd.

<sup>45</sup> ALISON D. RENTELN “**Use and Abuse of the Cultural Defense**” Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Societe, 2005, Volume 20, no. 1, s. 66.

Ceza hukuku boyutunda karşılığı olan (toplumsal) kültür: Mensuplarına, insani faaliyetler, sosyal yaşam, eğitim, din, eğlence, ekonomik etkinlikler gibi alanların tamamında yani sadece kamusal alana ilişkin değil özel hayata ilişkin de tercih zarureti koyar<sup>46</sup>. Toplumsal bir gruba aidiyet, olay ve olguların algılanışında ve değerlendirilmesinde, dolayısıyla bireyin kişilik oluşumunda etkilidir. Toplumsal kültür, bireyin kimliğinin oluşumuna nüfuz eder. *Basile*'e göre kültür kavramının ceza hukuku boyutunda bu biçimiyle anlaşılması, kültürel saikle işlenen suçlar boyutunda da bir sınırlamayı kendiliğinden doğurur<sup>47</sup>.

## 5. KÜLTÜREL SAVUNMA BAĞLAMLI ABD UYGULAMASINDAN BAZI ÖRNEKLER

ABD, çok farklı kültürlerin bir arada yaşadığı bir ülkedir. Farklı kültürel geçmişleri olan insanların düşünüş ve gündelik yaşama dair pratiklerinin yarattığı sorunlar, doğal olarak ABD hukukçuları arasında temel tartışma sahalarından biri olmuştur. Özellikle, *adalet ve özgürlük* arasındaki denge nasıl kurulacaktır? Farklı kültürü yaşatma hakkı ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişki nasıl belirlenecektir?

ABD uygulamasında failin kültürel çevre koşullarından kaynaklı nedenlerle işlediği suçlarla ilgili olarak, kültürel savunmanın kabul edildiği ve kabul edilmediği çok sayıda örnek vardır. Bu anlamda ABD uygulamasından verilecek örnekler, kültürel savunmanın kapsamının anlaşılması noktasında yardımcı olacaktır.

### **Mettalidas Davası<sup>48</sup>**

1974 yılında Yunanistan kökenli *Kostas Mettalidas*, kızına karşı cinsel saldırı suçunu işleyen arkadaşını öldürür. *Mettalidas*'ın müdafii, Yunan kültüründe bir babanın kızına karşı işlenen cinsel saldırı suçuna kayıtsız kalamayacağını söyler. Savunmaya göre, babanın geçici olarak sağlığı bozulmuştur. Mahkeme savunmayı kabul eder. Sanığın eylemini “*geçici akıl hastalığı savunması*” (*temporary insanity defense*) kapsamında kabul ederek beraat kararı verir. Bu olayda kültürel faktör, akıl hastalığı çerçevesinde ele alınmıştır. Mahkemeye göre failin kültürel kökeni, kusurluluğun tespiti konusunda dikkate alınmalıdır: “*Tepkinin oranlılığı, suç işleyen kişinin kültürel geçmişi ile bağlantılıdır*”.

<sup>46</sup> BASILE, (2010), s. 39; DE MAGLIE, (2006), s. 222.

<sup>47</sup> BASILE, (2010), s. 40.

<sup>48</sup> *People v. Mettalidas*, 1974, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 25-26.

### **Poddar Davası<sup>49</sup>**

Hindistan vatandaşı *Prosenjit Poddar* Berkeley Üniversitesi mimarlık öğrencisidir. 1968 yılında aynı fakültede öğrenci *Tanya Tarasoff* ile tanışır. Ancak tanışıklık selamlaşmaktan öte bir arkadaşlığa dönüşmez. Yılbaşı kutlamalarına katılan *Tarasoff*, *Poddar*'ı yeni yılını kutlamak üzere yanaklarından öper. *Poddar* bu öpme sonucu *Tarasoff*'a âşık olur. *Poddar* kültürel geçmişinin de etkisiyle öpücükten farklı anlamlar çıkarır, *Tarasoff*'a bir ilişkiye başlamak isteğini söyler ve fakat reddedilir. *Poddar* bu reddediliş üzerine derin depresyona girer, akademik başarısı düşer ve sağlık sorunları yaşamaya başlar. 1969 yılında *Poddar*, *Tarasoff*'un evine giderek onu kaçırmaya teşebbüs eder. Kaçırmaya muvaffak olamayan *Poddar* mutfakta bulduğu bıçakla *Tarasoff*'u ölümcül şekilde yaralar. Yargılama esnasında, savunma makamı, *Poddar*'ın mensubu olduğu Hindistan'daki kastın gelenekleri arasında anne-babanın sert disiplininin olduğunu, bu kast mensuplarının diğer cinsle ilişki konusunda katı kuralları olduğunu vurgular. *Poddar*'ın müdafii, özellikle onun köken kültürüne vurgu yapar. Buna göre yılbaşı gecesi verilen bir öpücük, sanık tarafından duygusal bir ilişkinin başlangıcına rıza verilmesi şeklinde değerlendirilmiştir. Yüksek mahkeme söz konusu savunmayı, diğer nedenlerle birlikte dikkate alır ve *Poddar*'ın sınır dışı edilmesiyle dava neticelendirilir.

### **Kimura Davası<sup>50</sup>**

Japon kökenli ABD vatandaşı olan *Kimura* adlı kadın, *California* Eyaleti'nde önce dört ile altı yaşlarında iki çocuğunu sonra kendisini, intihar etmek amacıyla Pasifik okyanusuna atar. Durumu fark ederek yardıma gelenler sadece anneyi kurtarabilirler. Anne birinci derece cinayetten yargılanır<sup>51</sup>. Savunma makamı, Japon kültüründe “*eebeyn- çocuk intiharı*” (*oyako-shiniju*) olgusundan bahsetmiştir. Bir çeşit intihar/insan öldürme formu olan “*oyako-shiniju*” neticesinde failin cezasında indirim yapılır. Zira

<sup>49</sup> *People v. Poddar*, 1974, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 31 ve 200; Carlo SORIO, “**Reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi**”, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Novembre 2008, Rivista telematica (www.statoechiese.it) ( erişim tarihi 13.07.2012), s. 13.

<sup>50</sup> *People v. Fumiko Kimura*, 1985, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 25; DE MAGLIE, (2006), s. 217; SORIO; (2008), s. 10-12; LYMAN, (1986), s.91-93.

<sup>51</sup> Birçok ABD eyaletinde birinci derece cinayetten söz edebilmek için insan öldürme suçunun kasten ve tasarlayarak işlenmiş olması veya insan öldürme suçu ile birlikte, cinsel saldırı, yağma gibi suçların işlenmiş olması gerekir. SORIO, 2008, s. 11. dñn. 40. İkinci derece cinayet kategorisinde, a) tasarlama olmaksızın kasten öldürme, b) kasten yaralama neticesinde meydana gelen ölüm, c) ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşan suç d) birinci derece olarak adlandırılmayacak tüm insan öldürmeler yer alır. Bkz. SORIO, (2008), s. 13. dñn. 47.

aile ilişkilerinin öneminden hareketle, Bayan *Kimura*, eşinin sadakatsiz davranışlarına maruz kalmak nedeniyle ‘onursuz’ bir hayat sürmekte ise çocuklarıyla birlikte ölümü tercih etmiştir. *Kimura*, fiil anında mevcut akıl hastalığı ( *insanity defense*) nedeniyle birinci derece ve ikinci derece cinayetten değil, daha hafif olan “*voluntary manslaughter*”dan (bir yıl hapis cezası ve beş yıl denetimli serbestlik) cezalandırılır<sup>52</sup>.

### **Moua Davası<sup>53</sup>**

Laos kökenli göçmen *Moua*, nişanlısına yönelik “cinsel saldırı” ve özgürlükten mahrum etme suçlarından dolayı sanık haline gelmiştir. Sanık, “*zij poj niam*” yaptığını, bunun da bir *Hmong*<sup>54</sup> geleneği olduğu söyler. Sanığa göre bu bir çeşit aşk kaçamağıdır. Kadın, bu geleneğe göre cinsel ilişkiye yönelik, gerçek ve esaslı olmayan bir isteksizlik ve direniş gösterir. Bu sayede erkek kendisinden vazgeçmeyecek ve kendini güçlü hissedecektir. Ancak somut olayda direniş ve isteksizlik ‘kurmaca’ değildir. *Moua* ihbar edilir, Mahkeme nezdinde fiilin kültürel savunmaya dayanarak gerçekleştirildiği savunması reddedilir<sup>55</sup>.

### **Krasnigi Davası<sup>56</sup>**

Arnavut göçmeni olan *Sadri Krasnigi* 1989 yılında 4 yaşında olan kızına karşı cinsel istismar suçlaması ile karşı karşıya kalmıştır. Bir okulun yüzme havuzunda yapılmakta olan yarışmada kızına eşlik eden *Krasnigi*, kızının mahrem yerlerine birden çok olmak üzere dokunmuştur ve bu durum diğer veliler tarafından görülmüştür. Veliler durumu derhal yerel polise bildirmiş ve polis olaya müdahale etmiştir. Cinsel istismar ile suçlanan babanın davası 1992 yılında beraatla sonuçlanır. Zira savunma makamı, söz konusu davranışın Arnavutluk’ta herhangi bir cinsel içeriği olmadığı konusunda mahkemeyi ikna etmiştir. Massachusetts Üniversitesi’nden kırk yıl Arnavut kültürü üzerine çalışmış bir uzmana göre, söz konusu davranışın herhangi bir cinsel içeriği yoktur. Baba yaptığı davranışın yanlış ve uygunsuz olduğunu düşünemez. *Krasnigi* adlı göçmen uzun yıllardır ABD’de olmasına rağmen ABD kültürüne uyum gösterememiştir. Durumu

<sup>52</sup> Ayrıca Bkz. Saim ÜYE, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 17, 2007, s. 108-119.

<sup>53</sup> *People v. Moua*, 1985, davası için Bkz. GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 143; RENTELN, (2004), s. 127.

<sup>54</sup> Çin, Burma, Tayland, Laos ve Vietnam’da yaşayan halk.

<sup>55</sup> Ayrıntılar için bkz. Deidre Evans-PRITCHARD- Alison D. RENTELN, “The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Fresno, California”, South California Interdisciplinary Law Journal, 4/1, 1994-1995, s. 8 vd.

<sup>56</sup> *State v. Krasnigi*, 1992, davası için bkz. RENTELN, (2004), 59; SORIO,(2008), s. 9-10.

değerlendiren mahkeme *Krasnagi*'yi suçlu bulmamıştır. Baba, bütün diğer iyi Arnavut babalarının yaptığı şeyi yapmıştır.

### **Kargar Davası<sup>57</sup>**

*Muhammed Kargar, Maine Eyaleti*'nde ikamet etmektedir. 1993 yılında ağır cinsel istismar (*gross sexual assault*) suçlamasıyla karşı karşıya kalır. Süreç, *Kargar* ailesinin bir komşusunun ihbarı ile başlamıştır. İhbarcı komşuya göre baba *Kargar*, 18 aylık oğlunun cinsel organını öpmektedir. Komşu ihbarını destekleyen fotoğraflar da çeker. Savunma makamı, müvekkilinin köken ülkesi Afganistan'da bu davranışın yaygın olduğunu ve normal kabul edildiğini söyler. Bu amaçla çok sayıda Afganistan kökenli göçmen tanık olarak dinlenir. Ayrıca Arizona Üniversitesi'nden doğu kültürleri uzmanı bilirkişi, söz konusu davranışın köken kültürde yaygın olduğu ve normal kabul edildiğini ifade eder. Tanık beyanları ve bilirkişi raporuna rağmen mahkeme, *Kargar*'ı üç yıl hapis cezasına çarptırır. Ceza daha sonra, Amerikan tarzı yaşamı öğrenmesi koşuluyla denetimli serbestliğe dönüştürülür. Mahkemeye göre cinsel organla dudağın birleştiği her ayrı olay, birer "cinsel istismar" suçu olarak değerlendirilmelidir. Ancak Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozar. Yüksek Mahkemeye göre *Kargar* göçmendir. Davranışı gerçekleştirdiği sırada, bu davranışın suç olduğunu da bilmemektedir. Çocuğa yönelik herhangi bir zararlı sonuç da ortaya çıkmamıştır. Bu halde ise *Kargar*'ın savunması kabul edilmelidir. Zira Afgan kültüründe bir babanın oğlunun cinsel organını öpmesi "cinsel davranış" olarak değerlendirilemez. Zira Afgan kültüründe, idrarın yapılması nedeniyle pis olduğu kabul edilen cinsel organın, buna rağmen baba tarafından öpülmesi sevgi gösterisidir. Söz konusu jest, baba şefkati olarak değerlendirilmelidir. Sanık beraat ettirilmelidir. Buna rağmen *Kargar*'ın adı "cinsel saldırganlar sicili"ne (*sex offender registration*) kayıt ettirilmiştir.

### **Rhine Davası<sup>58</sup>**

Afrika kökenli ABD vatandaşı olan *Rhines*, iki ayrı kadına yönelik cinsel saldırı suçunu işlemekten ötürü yargılanmıştır. Savunmasında, cinsel ilişkinin "siyah derililer" arasında "beyaz derili" ABD vatandaşlarından

---

<sup>57</sup> *State v. Kargar*, 1996, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 59-61 ve s. 203; SORIO, (2008), s. 8; DRESSLER, (2003), s. 721-724. Bu kararı eleştiren *Renteln*'e göre; göçmen çocuğun kültürü olarak "ev sahibi" kültürü kabul etmek gerekir. Değerlendirme ev sahibi kültürün normlarına göre yapılmalıdır. Diğer taraftan çocuğun mahrem yerlerine dokunma bir kültürün temel bir unsuru olarak görülemez. Bkz. RENTELN, (2004), 59.

<sup>58</sup> *People v. Rhines*, 1982, davası için bkz. SORIO, (2008), s. 20.

farklı gerçekleştiğini ve Afro-Amerikalılar'da yüksek sesle konuşmanın alışkanlık olduğu ve bu tarzın ise kadınlara yönelik tehdit olarak düşünülmemeyeceğini söyler. Mahkeme söz konusu savunmayı kabul etmez ve kültüre dayalı savunmayı, Afro-Amerikalıların bazı alışkanlıklarının kötüye kullanılması olarak değerlendirir.

### **Aphaylayht Davası<sup>59</sup>**

New York şehrinde oturan Laos kökenli göçmen *Aphaylayht*, karısının, eski nişanlısı ile telefonda konuştuğunu öğrenir ve onu öldürür. Duruşma boyunca savunma makamı, Laos kültürüne göre evli bir kadının bekâr bir erkekte telefon almasının ( kaldı ki bu erkekle geçmişte duygusal bir ilişki yaşamışsa) koca için çok temel bir utanç nedeni olduğunu ve sanığın kültürünün bu nedenle dikkate alınması gerektiğini söyler. Savunma makamına göre, sanık açısından ayrıca “kültürel şok” durumu söz konusudur. Savunma, tezini kuvvetlendirmek için Laos kültürüne hâkim iki uzmanın mahkemede dinlenmesini ister. Uzmanlar böyle bir telefon görüşmesi neticesinde Laos kültüründe “kontrol kaybı”nın ortaya çıkmasının anlaşılabilir olacağını söylerler. Mahkeme tüm bunlara rağmen ikinci derece cinayetten faili mahkûm eder.

### **Siripongs v. Calderon Davası<sup>60</sup>**

Tayland kökenli *Siripongs* adlı göçmen 1988 yılında market sahibinin ve tezgâhtarın ölümüyle sonuçlanan yağma suçuna katılır. *Siripongs*'un üzerinde mağdurlardan birinin kredi kartı bulunurken, ayakkabıları ile evindeki bıçakta maktullerin kan izleri vardır. *Siripongs* başlangıçtan itibaren yağma suçuna katıldığını kabul etmekle birlikte insan öldürme suçuna katılmadığını söylemektedir. Ancak insan öldürme suçunun faillerini söylemeyi reddeder ve birinci derece cinayetten dolayı idam cezasına çarptırılır. Yüksek mahkeme kararı onaylar. Savunma makamı yargılama sürecinde, sanığın mensubu olduğu Budizm dini ve Tayland kültüründe, ihbarcılığın kabul edilmediğine vurgu yapar ve iddiasını kuvvetlendirmek üzere Budizm ve Tayland kültürü hakkında bir antropoloji uzmanından bilirkişi raporu ister. Rapora göre, bu kültürde ihbar, gerek ihbarcı gerekse ailesi açısından onursuzluk anlamına gelmektedir. Ayrıca Budist kültürde “doğüstü adalet” anlayışı vardır. Buna göre adalet hayatta gerçekleşmezse, ölüm sonrası gerçekleşir. Mahkeme, savunmanın ileri sürdüğü gerekçelere katılmaz. Zira sanık gündelik hayatında, bu dinin pratiklerini yerine getirmemektedir. Sanık ilk oturumlarda Amerikan tipi yaşam tarzına

<sup>59</sup> *People v. Aphaylayht*, 1986, davası için bkz. RENTELN,(2004), s. 33.

<sup>60</sup> *Siripongs v. Calderon*, 1994, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 33; SORIO, (2008), s. 22.

(*american way of life*) mensup olduğunu ifade ederken Tayland kültürü hakkında eleştirel ifadelerde bulunmuştur.

### **Romero Davası<sup>61</sup>**

1995 yılının ağustos ayında Latin Amerika kökenli gençlik çetesi üyeleri, bir eğlence partisine katılmak üzere arabayla yol almaktadırlar. Sürücünün çok hızlı araba kullanması üzerine arabada bulunanlar, onu daha dikkatli gitmesi konusunda uyarırlar. Bunun üzerine sürücü, kendisini uyarılara hakaret eder ve tehditte bulunur. Arabada bulunanlar arasında gerginliğin artması üzerine sürücü aracı durdurur ve gençlerden birine tekmelemlerle saldırır. Söz konusu gencin ağabeyi, bunun üzerine bıçağını çıkarır ve sürücüyü kalbinden bıçaklayarak ölümüne neden olur. Duruşma boyunca sanık, saldırı ile savunma arasında oransızlık bulunmasına karşın kendisinin meşru savunma halinde olduğunu söyler. Gerek ilk derece mahkemesi gerekse yüksek mahkeme, ölüm korkusunun bulunmaması ve saldırının ağır olmaması nedeniyle meşru savunma iddialarını kabul etmez. Savunma makamı ise fail bakımından Latin kültürünün esas alınması gerektiğini söyler. Buna göre, mahkeme savunma bakımından zorunluluk olup olmadığı değerlendirilmesini, failin inanç ve kanaatlerine göre yapmalıdır. Objektif ölçütlerle meşru savunmanın olup olmadığı değerlendirilemez. Savunma tezini kuvvetlendirmek üzere antropoloji uzmanından görüş alır. Buna göre Latin kültüründe, “onur kavramı”, “mevcut tehlike”, “kardeşlik hukuku” gibi nedenler ABD kültüründen farklıdır. Söz konusu rapor mahkeme tarafından kabul görmez. Mahkeme somut olayda tehlikenin varlığının değerlendirilmesi bakımından objektif ölçütlere göre hareket eder. Zira aksinin kabulü azınlık mensuplarının lehine çok geniş meşru savunma alanı oluşturacaktır. Sokakta çetecilik yapanların kültürleri nedeniyle birbirlerini öldürebilecekleri kabul edilemez.

### **6. TÜRKİYE KÖKENLİ KİŞİLER TARAFINDAN ALMANYA ve İSVİÇRE’DE İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN YARGILAMALARDA, KÜLTÜREL FAKTÖRÜN TARTIŞILDIĞI ÖRNEKLER<sup>62</sup>**

Almanya ve İsviçre’de yaşayan Türkiye kökenli göçmenlerin bir kısmı, faili oldukları suçları köken kültürlerine ait normlara uymak nedeniyle

<sup>61</sup> *People v. Romero*, 1999, davası için bkz. RENTELN, (2004), s. 38; SORIO, (2008), s. 18-19.

<sup>62</sup> Şu husus ifade edilmelidir: ABD örneklerinden farklı olarak, gerek ilk derece gerekse yüksek mahkeme düzeyinde verilen bazı kararlarda, açık oryantalist bakış açısı dikkati çekicidir.



işlediklerini iddia etmişler veyahut muhakemenin diğer süjeleri yargılama esnasında “kültürel köken” tartışması yapmıştır<sup>63</sup>.

**BGH'nin (Alman Federal Yüksek Mahkemesi) 27 Kasım 1979 tarihli kararı<sup>64</sup>**

İkisi de Türkiye kökenli üniversite öğrencisi olan kadın (A) ve erkek (B) arasında gerçekleşen cinsel ilişki neticesinde A hamile kalır. Yıllar önce Almanya'ya göç etmiş, Türkiye'nin bir köyünden olan A'nın babasının baskı ve tehditlerine rağmen, B evlenmeyi reddeder. Baba açısından evliliğin reddi, bir ömür boyu utanç ve mahcubiyet içerisinde yaşamak, millettaşları arasında aşağılanmaya neden olmak anlamına gelmektedir. Baba, bebeğin doğumundan 4 ay sonra büyük oğlunun da yardımıyla, aile namusunu kurtarmak amacıyla B'yi öldürmek üzere bıçaklar. Sanıklar ilk derece mahkemesinde nitelikli insan öldürmeden sorumlu tutulurken, BGH'ye (Alman Federal Yüksek Mahkemesi) göre davranışın nedeni köken kültürün, failerin hayat tarzı üzerinde yaratmış olduğu tesirdir. Bu yüzden fiil, basit insan öldürme kapsamında ele alınmalıdır.

**BGH'nin 19 Mayıs 1981 tarihli kararı<sup>65</sup>**

Türkiye kökenli Bay A, 1978 yılının ocak ayında öz yeğeninin eşine (yeğeninin evinde) cinsel saldırıda bulunmuştur. Ağır psikolojik sarsıntı geçiren kadın, başlangıçta kocasına hiçbir şey söylemez ve yaşadığı olayın tesirinden kurtulamayarak boşanma talebinde ve iki intihar girişiminde bulunur. 1978 yılının ekim ayında kocanın yaşanan olaydan haberi olur. 1979 yılının şubat ayında kadın intihar girişimini tekrarlar. 3 Mart 1979 tarihinde koca, tesadüf sonucu amcası A ile karşılaşır. Amca, yaptığı ile övünür, yeğenine hakarete bulunur ve ölümle tehdit eder. Koca eve döner, karısı ile karşılaşır. Amcasının kendisi ve karısı için bir tehdit olduğunu düşünen koca, bir silah edinir ve amcasının sıklıkla gittiği bara giderek içeridekileri selamladıktan sonra silahını peş peşe ateşleyerek amcasını öldürür. Koca, İlk derece mahkemesinde tasarlayarak insan öldürme suçundan dolayı müebbet hapis cezasına çarptırılır. BGH ise olayda Alman

---

<sup>63</sup> Kültürel savunma kavramı üzerine İtalya'da en çok çalışanlardan *Fabio Basile*, Kıta Avrupası'nı konu bakımından incelediği çalışmasında Türkiye kökenli göçmenlerin özellikle Almanya'da işledikleri suçlara geniş yer vermiştir. Bu başlıkta verilen örneklerin tamamı için bkz. Fabio BASILE, “**Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati**”, *Chiese e pluralismo confessionale*, Novembre 2008, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it). (erişim tarihi 05.03.2012).

<sup>64</sup> BASILE, (2008), s. 30.

<sup>65</sup> BASILE, (2008), s. 31.

CK m. 49 nedeniyle hafifletici neden tespiti yaparak cezanın 3-15 yıl arası hesaplanması gerektiğine karar verir.

#### **BGH'nin 11 Kasım 1981 tarihli kararı<sup>66</sup>**

Mahkemeye göre, sanık Türkiye'de kırsal, arkaik değer ve geleneklerin hakim olduğu bir bölgede yetişmiştir. Tüm bu hususlar sanığın kültürel birikimidir. Almanya'da yaşamak da söz konusu kültürel normlara bağlılığı azaltmamıştır. Sanığın nezdinde, evli bir kadının, bir başka erkekle yaklaşması erkek açısından onursuzluk, toplum içinde alay konusu edilme ve arkadaşlar gözünde de değersizleşme sonucunu doğurur. Sanığın, kültürel formasyonu ve değerlerinden ayrı düşünülmesi doğru değildir. İnsan öldürme suçuna teşebbüs aşamasında kalmış fiil açısından durum, kusurluluk tespiti noktasında dikkate alınmalıdır.

#### **İsviçre Federal Devlet Mahkemesi'nin 16 Ocak 1991 tarihli kararı<sup>67</sup>**

İsviçre'de yaşayan göçmen Türk, otostopçu olarak arabasına aldığı hayat kadınına cinsel saldırıda bulunmaktan ötürü ilk derece mahkemesinde mahkûm olur. Yüksek mahkemeye yaptığı başvuruda, "hayat kadınlarına yönelik cinsel saldırıların Türkiye'de daha hafif cezalandırıldığını" söyler. Yüksek mahkeme genel hattı izleyerek olayda "kültürel çatışma" (*kulturkonflikt*) olup olmadığını tartışır. Köken kültürle ev sahibi kültür arasında farklılık var mı? Bu farklılık failin kusurluluğuna tesir etmiş midir? Tüm bu soruları cevaplayabilmek üzere, yüksek mahkeme sanığın hangi süredir İsviçre'de olduğuna bakmıştır. Diğer tarafta mahkemeye göre, yabancı uyruklu bir sanığın, bir fiilin kendi ülkesinde suç olduğunu bilmesi durumunda (cezası ev sahibi devlete nazaran daha az olsa dahi) gelenek ve görenek (kültürel faktör) nedeniyle cezanın indirimi söz konusu olamaz. Bu ilkeler ışığında mahkeme, sanık bakımından cezada indirim yoluna gitmez.

#### **İsviçre Federal Devlet Mahkemesi'nin 14 Aralık 2000 tarihli kararı<sup>68</sup>**

1988 yılında eşi ve beş çocuğu ile İsviçre'ye iltica etmiş Anadolu kökenli kişi, İsviçre kültürüne uyum sorunu yaşamaktadır. 1992 yılında artık 16 yaşına gelmiş olan büyük kızının, İsviçreli arkadaşlarıyla kamplara katılması ve 'batılı' hayat tarzını benimsemesi üzerine baba, kızını "öz" kültürlerine uygun davranmak konusunda uyarır fakat başarısız olur. Baba, İsviçre kültürünün kızının üzerinde yaratmış olduğu 'olumsuz' etkiyi kırabilmenin yegâne yolunun kuzenler arası bir evlilikten geçtiğine karar

<sup>66</sup> BASILE, (2008), s. 33.

<sup>67</sup> BASILE, (2008), s. 46.

<sup>68</sup> BASILE, (2008), s. 25-26.

verir. 1995 yılında Türkiye'ye yaptıkları bir tatilde, kızını, kuzeni ile evlendirir. Fakat oturma izni olmadığından 'damat' Türkiye'de kalır. Bir süre sonra Türkiye'den telefonla arayan damadın babası, gelininin erkeklerle görüldüğünü ve oğlunun aldatıldığı haberini aldığını söyler. Göçmen baba durumu tahammül edilemez olarak tanımlar ve şerefini kurtarmak ve topluluk içinde komik duruma düşmemek için damadını kaçak yollarla İsviçre'ye getirir (Temmuz 1996) . Ancak kızı, ağır tehditlere rağmen kuzeniyle birlikte yaşamayı kabul etmez. Birkaç gün sonra baba-kız arasında evin mutfağında yaşanan ağır sözlü tartışma üzerine baba, tek bir bıçak darbesi ile kızını öldürür. Evinden çıkan baba bir telefon kulübesine gidip olanları Türkiye'deki dünürlerine anlattıktan sonra polise teslim olur. İlk derece mahkemesi failin köken kültürüne bakmış ve failin geleneksel değerler içerisinde yaşadığı tespitini yapmıştır. Bu yapı içerisinde, baba açısından içinde bulunan durumdan kızını öldürmek dışında bir çıkış yolu gözükmemektedir. Nitekim sanık, "*pater familias*" olarak kendisini, ailesinin şeref ve onurundan sorumlu tutar. İlk derece mahkemesine göre, sanığın kültürel temeli, failin cezalandırılmaması sonucunu doğuramaz ama failin psikolojik düzeyde açıklanmasında yardımcı olur. Tüm bu nedenlerle fail, nitelikli insan öldürme suçundan değil, basit insan öldürme suçundan dolayı cezalandırılmalıdır. Yüksek mahkeme (*Bundesgericht*) ilk derece mahkemesinin gerekçelerini kabul etmez. Yüksek mahkemeye göre, davranış, ne köken ülkede, ne de İsviçre'de kabul edilebilirdir. Bununla birlikte yüksek mahkeme de, başka gerekçelerle olsa da, nitelikli değil basit insan öldürme suçundan dolayı failin cezalandırılması gerektiği yönünde görüş oluşturmuştur.

#### **BGH'nin 29 Ağustos 2001 tarihli kararı**<sup>69</sup>

Sanık yaklaşık 30 yıldır Almanya'da yaşamaktadır ve kendisi gibi Türk olan mağdurla 25 yıldır evlidir. 1995 yılına kadar evlilikleri "*normal*" devam eden çift daha sonra kavga etmeye başlarlar ve 1998 yılında kadın boşanma isteğiyle birlikte evi terk eder. Kadın, izleyen yıl ortak çocuklarının isteği üzerine (kocasıyla aynı yatakta yatmamak ve cinsel ilişkiye girmemek koşuluyla) boşanma isteğinden vazgeçerek eve döner. Kadının eve dönerken ileri sürdüğü koşullara ilk birkaç hafta uyulur. Daha sonra koca, cinsel ilişkiye girmek ister ve eşinin direnç göstermesi üzerine bıçakla tehdit eder. Bu sayede gerçekleşen ilişkiden sonra, çift mutfakta oturur ve kahve içerler. Koca, bıçağı tekrar eline alarak bir kez daha cinsel ilişkiye girmek istediğini söyler. Kadın istemez ve direnir. Bunun üzerine koca vazgeçer. Birkaç saat daha mutfakta kalırlar. Bu olaydan iki ay kadar sonra, kadın kocasının

---

<sup>69</sup> BASILE, (2008), s. 48.

kendisini tokatladığı gerekçesiyle polise başvurur ve bu vesileyle kolluk kuvvetleri, yukarıda anlatılan olaydan haberdar olur. İlk derece mahkemesi sanığı Alman CK m. 177 uyarınca cinsel saldırı suçundan mahkûm eder. Aynı maddenin beşinci paragrafı uyarınca da “*düşük direnci*” kırmak üzere “*ağır olmayan müdahale*” nedeniyle de cezada indirim yapar. BGH, ilk derece mahkemesinin kararını onaylar. Yüksek mahkemeye göre, gerek mağdur gerekse sanık Alman kültürüne yabancı bir kültürden gelmektedirler. Almanya’da uzun süredir yaşıyor olmalarına rağmen geleneklerine bağlıdırlar. Söz konusu kültürde koca, karısından koşulsuz itaat bekler. Örneğin bu kültürde kadınlar akraba veya tanıdık ziyaretlerinde eşlerinden izin almak zorundadırlar. Somut olayda mağdur cinsel saldırı suçundan hemen sonra evden ayrılmamıştır. Olay, belirli bir süre sonra başka bir hukuki süreç nedeniyle ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla cinsel saldırı fiilinin, kadın üzerinde psikolojik ve fiziksel etki bırakmadığı açıktır.

#### **BGH’nin 20 Şubat 2002 tarihli kararı<sup>70</sup>**

Türkiye’nin güneydoğu bölgesinden gelmiş ve bacaklarından engelli erkek göçmen ile kendisi gibi Türkiye’nin aynı bölgesinden göç etmiş kadın evlenmeye karar verirler. Kadının ailesi, özellikle babası bu evliliğe karşı çıkmaktadır. Türkiye’nin söz konusu bölgesinde, genç bir kadının ailenin onayını almadan evlenmesi kabul görmez. Buna karşın çift, birkaç hafta birlikte yaşadıktan sonra gizlice evlenirler. Bu durum, Türkiye’nin bu bölgesinden göç etmiş kişileri arasında duyulur. Arabulucuların barıştırma çabaları sonuç vermez. Babanın ve topluluğun şerefini kurtarmak adına, köken kültür mensuplarından üç genç, çiftin öldürülmesi için görevlendirilir. İlk derece mahkemesi, failleri ilkel bir nedenle insan öldürme (*niedrig*) nedeniyle nitelikli insan öldürme (*mord*) yerine basit insan öldürmeden (*totschlag*) mahkûm eder. Zira failler açısından “köken ülkenin kültürüne derin ve köklü bağlılık” söz konusudur. Failler özellikle zulüm, eziyet gibi nedenlerle hareket etmemişlerdir. BGH’de ise faillerin nitelikli insan öldürmekten dolayı mahkûm edilmeleri doğrultusunda karar çıkar. Yüksek Mahkeme’ye göre, faili harekete geçiren nedenlerin incelenmesi ve değerlendirilmesinde esas alınacak ölçüt Alman hukuku ve kültürel değerleridir. Asıl failin nitelikli insan öldürme suçundan sorumlu olmaması için, fiilin ilkel (*niedrig*) nedeninden haberinin olmaması gerekir. Somut olayda bu durum yoktur. Failler tamamen sürecin içindedirler. Failler, söz konusu görevi (emri) yerine getirmemiş olsalar sadece mensubu oldukları kültürel gruptan dışlanacaklardır; görevi yerine getirmeme nedeniyle öldürülmeleri veya fiziksel saldırıya uğramaları da söz konusu değildir.

---

<sup>70</sup> BASILE, (2008), s. 22.

İçlerinden ikisi hakkında da çeşitli ceza davaları devam etmektedir. Bu halde ise Alman hukuk düzenini bilmediklerini söylemeleri de inandırıcı değildir.

#### **BGH'nin 23 Eylül 2003 tarihli kararı**<sup>71</sup>

Sanık ve mağdur 1978 yılından itibaren evlidirler. Erkek evlendiklerinde 18, kadınsa 14 yaşındadır. Ancak erkek, kadına 8 yaşından itibaren cinsel istismarda bulunmaktadır. Evlilik sonrası da söz konusu istismar devam eder. 1992 yılında Almanya'ya göç ederler. Almanya sürecinde de, sanık, eşe karşı cinsel saldırı, yaralama ve tehdit suçlarını işlemeyi sürdürür. Mağdur, sürece dayanamayıp evden kaçar ve durumdan adli makamlar haberdar olur. İlk derece mahkemesi sanık hakkında cezada indirim yaparak toplam 8 yıl hapis cezasına karar verir. Mahkeme indirim nedenlerini şöyle sıralar: “Sanığın köken kültüründe, kadınların ikinci sınıf insan muamelesi görmesi”, “erkeğin aile reisi olarak pozisyonunu koruma amacı”. Yüksek mahkeme, bir başka kararına atıfla (*BGH 22 Aralık 1998*) ilk derece mahkemesinin kararını bozar. Buna göre, yabancı veya Alman, Almanya'da suç işleyen herkes bakımından Alman kanunları geçerlidir. Almanya'da suç işleyen bir yabancı hakkında yapılacak ceza tayininde, yabancı kişinin kültürel normlarına, işlenen fiilin sadece köken ülkede suç olarak tayin edilmemiş olması halinde bakılacaktır. Suç karşılığı uygulanacak cezanın köken ülkede, Alman Ceza Kanunu'na göre daha hafif olmasının önemi yoktur.

#### **BGH'nin 28 Ocak 2004 tarihli kararı**<sup>72</sup>

Anadolu'dan kısa bir süre önce Almanya'ya gelmiş olan erkek göçmen, Almanya'da büyümüş bir Türk'le, ailesinin ısrarla istediği evliliği gerçekleştirir. Kadın, Alman kültürüne ve yaşam tarzına adapte olmuştur. Erkek, evlendikten sonra, eşinin arkadaşları ile görüşmesini, tek başına alışverişe gitmesini yasaklar. Aşırı kıskançlık halinde olan erkek, karısını zaman zaman da tokatlamıştır. Tüm bunların üzerine kadın boşanmaya karar verir. Bazı akrabalar, erkeği “*makul ve mantıklı*” davranmaya davet ederler. Şiddet kullanmaması gerektiği konusunda ikna girişimlerinde bulunurlar. Bu sırada kocanın “oturma izni” süresi dolmaktadır ve yenilenmesi gerekmektedir. Kadın, kocasının oturma izninin yenilenmesi sürecinde yardımcı olmaz. Bunun üzerine koca, muhtemel Türkiye zorunlu dönüşünün, onurunu lekeleyeceği gerekçesiyle, daha önce de ölümle tehdit ettiği karısını 46 bıçak darbesi ile öldürür. Bu olayda da ilk derece mahkemesi basit insan öldürmeden dolayı mahkûmiyet kararı vermiştir. Gerekçesinde ise; “köken

---

<sup>71</sup> BASILE, (2008), s. 47-48.

<sup>72</sup> BASILE, (2008), s. 23.

kültürde evli kadın kocasının malıdır” şeklinde ifade kullanmıştır. BGH ise, 2002 tarihli karardaki aynı gerekçelerle faili nitelikli insan öldürme suçundan mahkûm etmiştir. BGH’ye göre, belli bir süredir Almanya’da yaşayan fail davranışları konusunda akrabaları tarafından uyarılmıştır. Ayrıca yargılama esnasında elde edilen deliller de, öldürme fiilinin Anadolu kültürüne duyulan derin inanç ve bağlılıktan değil, kişisel nedenlerden kaynaklandığını göstermektedir.

## 7. KÜLTÜREL FAKTÖRÜN, KÜLTÜREL SAVUNMA YOLUNA BAŞVURULMAKSIZIN DİKKATE ALINMASI

Uygulamada “*kültürel savunma*” kavramına başvurmaksızın sanığın kültürel kökenini dikkate alan kararlar bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda, “*kural üzerinde De*”, “*fiili hata*”, “*suça etki eden neden*” ve “*temel cezanın tayini*” bakımından kültürel kökenin etkilerinin olup olamayacağı dolaylı yoldan tartışılmıştır.

### a) Kural üzerinde hata

Türkiye bakımından kültürel kökenin ceza hukukunda dikkate alınabileceğine yönelik 1940’lı yılların başında verilmiş bir karar dikkat çekicidir. Ekonomik zorluklarla mücadele etmek üzere çıkarılmış Milli Korunma Kanunu hükümlerine göre kişisel ihtiyaç için verilen kömürün başkasına devri yasaklanmıştır. *Ahmet* isimli kişiye ait ve kişisel ihtiyacı karşılamak üzere verilen kömürü satın alan Maden Tetkik Arama Enstitüsü’nde mühendis *Veborski* hakkında, Ankara Milli Korunma Mahkemesi tarafından verilen beraat kararını savcılık temyiz etmiş ve daire bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında ısrar etmesi sonucunda YCGK 10.101.1942 tarihli kararı ile iktisadi mahiyette bulunan bu suç bakımından, henüz Türkçeyi bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın “fiilin memnuiyetini” bilmemesini mazeret sebebi saymıştır<sup>73</sup>.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1988 yılında “*hiç kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz*” şeklinde ifadesini bulan İCK’nın 5. maddesine ilişkin vermiş olduğu kararda<sup>74</sup>, kişinin kaçınamayacağı bir hataya bağlı olarak gerçekleştirdiği fiilin, hukuka aykırı olduğunu bilmemesi durumunda kusurlu sayılamaz demiştir. Bu tarihten sonra, özellikle hafif

<sup>73</sup> Servet SEZGİN, “**Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata**”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5, s. 732; Devrim GÜNGÖR, “**Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sayı 68, s. 148 vd.

<sup>74</sup> 23-24 Mart 1988 tarih ve 364 sayılı Karar için bkz. <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. (Erişim tarihi, 21.09.2012),

suçlar bakımından İtalyan uygulaması bu karara sıklıkla atıf yapmıştır. Failler, İtalya'ya çok kısa süre önce girmişlerdir. İtalyancayı ya çok az bilmekte ya da hiç bilmemektedirler. Çıkış yapılan ülkede ise fiiller suç olarak tanımlanmamaktadır. Örneğin bir Senegallinin bandrol uygulamasına tabi olan bazı yanıcı maddeleri satmasında, iki Tunuslunun İtalya'dan transit geçmekte oldukları sırada havalı tüfek bulundurmalarında, 15 yaşında bir Fransızın kısa bir tatil için İtalya'da bulunduğu sırada VHF tipi radyo-vericiyi izne tabi olduğunu bilmeksizin kullanmasında, İtalyan uygulaması, Anayasa Mahkemesi'nin kararından hareketle söz konusu kişilerin kaçınılmaz hataya düşmeleri nedeniyle cezalandırılmayacağına hükmetmiştir<sup>75</sup>.

İtalyan Yüksek Mahkemesi şu olaylarda ise “kural üzerinde hata” ya dayalı savunmayı kabul etmemiştir. Uzun yıllardır İtalya'da yaşayan Roman kökenli ebeveyn çocuklarını okula yollamamışlar ve onlara kötü muamelede bulunmuşlardır. Savunmalarında ise bunun kültürlerinde normal olduğu, durumun İtalya'da suç olduğunu bilmediklerini söylemişlerdir. Mahkemeye göre: *Anayasal temel ilkeler kültürel referanslara göre şekillenemez. Ayrıca kötü muamele ait olunan etnik kökenden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Hukuki olmaktan önce durumun insani değerlerle bağdaşması söz konusu değildir. Kötü muamele, cinsel şiddet, kölelik, insan öldürme gibi suçlar bakımından kural üzerindeki hatadan söz etmek olanaklı değildir. Bir hakkın kullanılmasında dış sınır kişinin temel hak ve özgürlükleridir. Söz konusu kişiler işledikleri fiillerin cezasını çekmelidirler. Ceza kanunlarını bilmemeye dayalı hata, ağır nitelikteki suçlar bakımından geçerli değildir*<sup>76</sup>. Bir başka olayda ise Fas kökenli sanık 9 yaşındaki kız çocukla iki yıldır birlikte. Sanık savunmasında 14 yaşından küçüklerle (cinsel ilişkiye rıza yaşı) İtalya'da birlikte olmanın suç olduğunu bilmediğini söyler. İtalyan Yüksek Mahkemesi ise sadece istisnai durumlarda ceza kanunlarını bilmemek mazeret nedeni olabilir demiştir. Mahkemeye göre sanık 3 yıldır İtalya'dadır. Daha önce de uzun süre Almanya'da yaşamıştır. Bugünün güncel gelişmeleri, uluslararası ilişkiler, iletişim araçlarının yaygınlığı, göçmen olarak gidilen ülkenin kurallarına öncelik verilmesi sonucunu doğurur. Bu halde ise İCK ile köken ülke ceza kanunu arasında fark olursa, ceza kanununu bilmemek mazeret olarak kabul edilemez. Cinsel istismar gibi bir suç, kültürel saikle işlenmiş olsa da kültürel savunma kabul

<sup>75</sup> 1989 ile 1995 yılları arasında verilen kararlar için bkz. BASILE, (2011), s. 369.

<sup>76</sup> Bkz. BASILE, (2010), s. 168 vd. *Tunick*'e göre de, kişinin bazı suçlar bakımından belirli bir kültürel çevre içerisinde yetişmiş olması onu cezai sorumluluktan kurtarmaz. Zira insanda, bazı davranışların kötü olduğunu görebilme becerisi doğuştan vardır. Bkz. TUNICK, (2004), s. 397 vd.

edilemez. Zira bu durumda temel hak ve özgürlükler bakımından “aşılabilir engel” söz konusudur<sup>77</sup>.

### **b) Fiilî hata**

Sahte markalı giyim ve deri eşya satan (İCK m. 474) Senegal uyruklu göçmen hakkında yapılan yargılama neticesinde kastın yokluğundan ötürü ceza verilmemiştir. *Mahkemeye göre, kültürel nedenlerle kişinin sattığı ürünün sahte olduğunu bilebilmesi olanak dâhilinde değildir. Sanık Senegal vatandaşıdır. Senegal, kaynakları kıt, iklim koşulları sert ve ezici dış borç altında ezilmiş bir ülkedir. Diğer üçüncü dünya ülkelerinde olduğu gibi, bu ülkede yaşayanlar endüstrileşmiş ülkelerde yaşayanların aksine, tüketime yönelik genel kurallardan habersizdirler. Bu nedenle tüketime yönelik markalı endüstri ürünleri, üçüncü dünya ülkesinden gelenler için günlük yaşam pratiğinden çıkarmayacağı soyut kavramlardır. Söz konusu Senegallinin bir mağazadan içeri girerek Levi's marka pantolon, Lacoste marka bir tişört, Louis Vuitton marka bir kemer alma olanağı hiç olmamıştır. Marka konusunda sıradan bir İtalyan vatandaşının aksine asgari bir bilgiden yoksundur. Dolayısıyla bir ürünün sahte mi yoksa gerçek mi olduğunu anlayabilmesi imkânsızdır.”<sup>78</sup>.*

### **c) Suça etki eden neden**

İCK'nın 61. maddesi “genel ağırlaştırıcı nedenleri” düzenlerken, 62. maddesi “genel indirim nedenleri”ni düzenlemiştir. Bazı kararlarda İtalyan Yüksek Mahkemesi kültürel saikle suç işlenmesi halinde genel hafifletici nedenlerin dikkate alınabileceğine karar vermiştir. İCK m. 62/1'e göre “sosyal ve ahlaki bir nedenle suç işlemek” genel indirim nedeni iken İCK m. 61/1'e göre “iğrenç ve değersiz bir nedenle suç işlemek” ağırlaştırıcı nedendir. Öğreti bu noktada itiraz etmektedir. *Basile*'e göre mahkemenin neye göre “sosyal ve ahlaki neden” tespiti yapacağı belirsizdir. İster istemez mahkeme yapacağı değerlendirmede “ortalama İtalyan'ın ahlak algısı” veya

<sup>77</sup> Bkz. BASILE, (2010), s. 376 vd. “2004 yılında, Batı Trakyalı Türk asıllı Yunanistan vatandaşı 22 yaşındaki erkekle, 11 yaşındaki kızın Yunanistan'da evlenmesinden altı hafta sonra çift, erkeğin yaşadığı Almanya'ya gider. Evliliğin Alman nüfus dairesine bildirilmesi üzerine, daire yetkilileri kızın yaşı nedeniyle gençlik dairesine durumu bildirir. Düsselldorf Savcılığı, evliliğin 1914 yılında Yunanistan'da çıkarılan ve veli onayıyla Müslüman azınlığa 9 yaşından itibaren evlilik imkânı tanıyan yasaya dayandığını bildirir. *Hakeri*'ye göre söz konusu olayda, cinsel ilişki bakımından söz konusu olan kızın rızası geçersizdir. Erkek, yasaya dayanarak yaptığı evlilik neticesinde bu eylemde bulunmuştur. İşlediği fiilin haksızlığı konusunda hataya düşmüştür”. Bkz. Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 399-400.

<sup>78</sup> Bkz. BASILE, (2011), s. 370.



“ortak sosyal hayat” gibi ölçütlerden hareket edecektir. Bu durumda ise failin kültürel farklılığı, onun lehine bir durum yaratamayacaktır<sup>79</sup>.

#### d) Temel cezanın tayini

Bir görüşe göre sanığın kültürel kökeni “temel cezanın tayini” noktasında dikkate alınabilir. İtalyan Yüksek Mahkemesi yukarıda andığımız Fas kökenli sanığın 9 yaşındaki kız çocuğu ile birlikte olması olayında sanığın kökenini cezanın bireyselleştirilmesi noktasında dikkate almıştır. Mahkemeye göre cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin olan İCK m. 133 açıkça işaret etmese de kültürel saike dolaylı olarak yer vermiştir. İCK m. 133/2-1’de yer alan sanığın *suç işleme nedeni* ve m. 133/ 2-4’de yer alan *sanığın kişisel, ailevi ve sosyal yaşamı* bu kapsamda ele alınmalıdır<sup>80</sup>.

### 8. KÜLTÜREL SAVUNMANIN CEZA HUKUKUNDA YERİ

“Common Law” sisteminde, korunan hukuki yarar bakımından bir zarar ortaya çıksa dahi bazı nedenlerin bulunması halinde faile ceza verilmemesi veya daha az ceza verilmesinin genel adına “*defenses*” (savunma) denir. Bu noktada “*defendant*” in (savunmacının) işlediği fiilden ötürü sorumlu veya kusurlu olmadığını kanıtlaması gerekir. *Common Law* sisteminde ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler sadece “maddi”, esasa ilişkin ve bu anlamda “statik” değildir. Aynı zamanda, “usuli” dinamik bir fonksiyon da yerine getirirler. Bu anlamda “*defense*” muhakeme sırasında da bir enstrüman haline gelir.

“*Defenses*” kurumu beşli<sup>81</sup> ayrıma tabi tutulmakla birlikte, bir yaklaşıma göre kurumun esasları iki başlık altında incelenebilir<sup>82</sup>:

- a) *Justifications* (“hukuka uygunluk nedenleri”)
- b) *Excuses* (“mazeret nedenleri”)<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Bkz. BASILE, (2010), s. 373-374.

<sup>80</sup> Bkz. BASILE, (2010), s. 425 vd.

<sup>81</sup> ABD hukukunda, “*defenses*”, kategorisi temel olarak beşli ayrıma tabi tutulur: a) failure of proof defenses, b) offense modification defenses, c) justifications, d) excuses, e) nonexculpatory public policy defenses. PAUL H. ROBINSON; “**Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis**”, Columbia Law Review, Vol. 82, No. 2 (Mar. 1982), s. 200; SORIO, (2008), s. 4.

<sup>82</sup> İngilizcenin günlük kullanımında yaygın olarak “justification” ve “excuse” kelimeleri birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Hâlbuki ceza hukuku terminolojisinde birbirlerinden çok farklı anlamları vardır. Bkz. Joshua DRESSLER, **Cases and Materials on Criminal Law**, 3. Ed., Thomson West, St. Paul, MN 2003, s. 469.

<sup>83</sup> *Justifications* ve *excuses* terimlerine karşılık olarak verdiğim “hukuka uygunluk nedenleri” ve “mazeret nedenleri” terimleri, Türk Ceza Hukuku öğretisi ve uygulamasındaki karşılıkları

ABD’de 18. yüzyılda, “hukuka uygunluk nedeni” bulunması halinde fail beraat ettirilirken, “mazeret nedeni”nin bulunması halinde ise ölüm cezası, hapis cezası ve/veya malvarlığının müsaderesi ile ikame edilirdi. Zamanla bu ayırım ortadan kalkmıştı. Gerek “hukuka uygunluk nedeni”, gerekse “mazeret nedeni”nin bulunması halinde fail ceza almamaktaydı. Hatta “hukuka uygunluk nedenleri” ile “mazeret nedenleri” birbirlerinin eşanlamlısı olarak kullanılır hale geldi. Ancak öncülüğünü *Fletcher*’in yaptığı bir grup ceza hukukçusu, Alman dogmatik ceza hukukçularının tesirinde kalarak “mazeret nedeni”yle “hukuka uygunluk nedeni” arasında fark olması gerektiği vurgusunu 1970’li yılların sonunda yapmaya başladılar. Buna göre, olayda “hukuka uygunluk nedeni” yoksa davranışın sosyal tehlikeliliği (anti-sosyalliği) devam eder. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması için failin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle başka türlü hareket edebilmesi olanaklı olmamalıdır. Fail, cezalandırılmasını gerektirecek yanlış bir şey yapmamıştır. Koşulların varlığı halinde, davranışın sosyal bakımından kabul edilebilir veya hoş görülebilir olması nedeniyle “sosyal tehlike” yaratmadığı düşünülür. “Mazeret nedenleri” ise failin kınanabilirliğine tesir eder. Zira “mazeret nedeni”nin bulunması halinde failin başka türlü davranabilmesi noktasında zorluk vardır<sup>84</sup>.

Failin hareketini etkileyen, onu hareketi yapmak zorunda bırakan bütün harici etmenler hukuka uygunluk nedenleri kapsamında ele alınır. Bu anlamda Kıta Avrupası’nın tipik hukuka uygunluk nedenleri olan, örneğin yasal savunmadan, rızadan daha geniş bir içeriğe sahiptir. “Mazeret nedenleri”nde ise içsel etmenler söz konusudur. Hata, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi<sup>85</sup>.

---

ile birebir örtüşmemektedir. ABD ceza hukuku üzerine çalışan İtalyan ceza hukukçuları söz konusu terimleri, İtalyanca karşılıklarını vermek yerine İngilizce olarak bırakmayı uygun bulmuşlardır. Ben ise, terimlerin Türkçe ’deki yakın karşılıklarını tırnak içinde kullanmayı tercih ettim. Türk ceza hukuku öğretisinde “hukuka uygunluk nedenleri” ve “mazeret nedenleri”nin tasnifi konusunda birlik bulunmamaktadır. Bu konuda farklı yaklaşımlar için bkz. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 374-376, 378 vd. Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2011, s. 235 vd.

<sup>84</sup> FLETCHER, (2004), s. 207; DE MAGLIE, (2006), s. 220; DRESSLER, (2003), s. 469.

<sup>85</sup> ROBINSON; (1982), s. 221. vd. ABD hukukunda “*defense*” ayrımı ve buna bağlı tasnif için bkz. ROBINSON; (1982), s. 242-243; GRANDI, (2010), s. 21; Wallece ve Roberson, “mazeret nedenleri” arasında sadece maddi ve manevi zorlama ile zaruret halini sayarlar. Bkz. Harvey WALLECE/ Cliff ROBERSON, **Principles of Criminal Law**, Longman Publishers USA, New York 1996, s. 85.

ABD ceza hukukunda kabul gören bir ayrıma göre “mazeret nedenleri” dört ayrı biçimde ortaya çıkabilir<sup>86</sup>.

1) Suç oluşturan davranış failin iradi bir karar veya çabası sonucu ortaya çıkmamıştır. Örneğin fail suçu işlediği sırada psikolojik bir kriz geçirmektedir.

2) Suç oluşturan davranış failin iradi bir kararı ve çabası sonucu ortaya çıkmıştır ve fakat fail davranışının maddi kapsamını ve sonuçlarını doğru şekilde algılamamaktadır. Örneğin fail, bir silahı boya fırçası zannetmektedir veya silahın fiziksel özelliklerini tam olarak görmesine rağmen, silahın mermi ateşi neticesinde insanları yaralayabileceğini bilememektedir.

3) Fail, suç oluşturan davranışını ve sonuçlarını doğru olarak algılamaktadır ve fakat bu davranışın sonuçlarının yanlış olduğunu veya suç oluşturduğunu bilmemektedir.

4) Fail, ortaya koyduğu davranışı ve sonuçlarını tam ve doğru bir şekilde algılamakta, yanlış ve suç olduğunu da bilmekte ve fakat davranışını kontrol yeteneğinden yoksun bulunmaktadır.

Üçüncü kategorideki “mazeret nedeni”nin söz konusu olması halinde failin davranışı iradidir. Ancak fail davranışının yanlış olduğunu veya suç oluşturduğunu düşünmemektedir. Bu husus basit bir bilgilenme, zekâ ve bilişsel fonksiyon eksikliğinden, cehaletten vs. kaynaklanabilir. Bu anlamda kültürel savunma iki “*defense*” türü arasında “yeni mazeret türü” (*new excuse*) olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşte olanların bir kısmına göre, suç davranışının ortaya çıkma nedenleri arasında (hasta toplum metaforunda vücut bulan) çevre baskısı vardır, davranış “sosyal çevre zehirlenmesi (*social environment toxicity*) nedeniyle ortaya çıkmıştır. Söz konusu yaklaşım, merkezine “*sistemin suçlu ürettiği*” varsayımını alır. Davranışın faili, suçtan dolayı ortaya çıkacak cezai sorumluluk bahsini toplumla ortak olarak paylaşmalıdır. İşte böylece sistem (düzen) suçun işlenmesini önleyeceğine, bir şekliyle suçun işlenmesine katkı sunmasının kefareti ödemiş olacaktır. Kültürel savunma (*cultural defense*) dışında bu yeni mazeret nedenlerine örnek olarak, ötenazi, alkolizm, “kötü muameleye maruz kalmış kadın sendromu -savunması” (*battered woman syndrome - defense*), “bozuk sosyal geçmiş” (*rotten social background*) gösterilmektedir<sup>87</sup>.

Bir “mazeret nedeni” olarak kültürel savunma: Davranışını, kültürel mirasına ve geleneğine uygun olduğu konusunda iyi niyetli ve makul inançla

<sup>86</sup> ROBINSON; (1982), s. 222-224.

<sup>87</sup> DRESSLER, (2003), s. 682 vd; Bkz. DE MAGLIE,(2006), s. 221.

ortaya koyan fail bakımından kusurluluğu ortadan kaldıran veya failin işlediği suça ilişkin lehe bir uygulama yapılmasının genel adıdır<sup>88</sup>. Fail, savunmasında davranışını, kültürel koşullanmışlık veya zaruret nedeniyle gerçekleştirmiş olduğunu ileri sürerek, ceza almamak veya daha az ceza almak yönünde talepte bulunabilir<sup>89</sup>.

Söz konusu biçimiyle “yeni mazeret nedeni” kavramına karşı çıkanlar, bu çeşit bir mazeret nedeninin bir anlamda kişiye “öldürme lisansı” verdiğini söylerler. Bu durum ise “mazeretin kötüye kullanılması” (*the abuse excuse*) sonucunu doğurur<sup>90</sup>. “Mazeret nedenleri”ne bu şekilde anlam yüklemek “*kişisel adaletin modern formu*” olmaktan öte bir anlam taşımaz. Bu anlamda “yeni mazeret nedeni”, kanuni yetkisi olmadan kendi fikrine göre düzen sağlamaya uğraşma yani “*vigilantizm*” olarak değerlendirilmelidir. Bu durum ise özellikle suçun mağduru açısından “*sosyal sözleşme*”nin geçersizliği sonucunu doğurur. Bazı gruplar bakımından ayrımcılık anlamına gelen “yeni mazeret nedenleri” demokrasiyi tehdit ederler ve toplum içinde kargaşaya yol açarlar<sup>91</sup>.

Kimler bakımından kültürel savunmanın söz konusu olabileceği noktasında öğretici birlik içerisindedir. Mazeret nedenleri (excuses) şahsidir. Bu yüzden sadece belirli bir kültürel çevre mensubu olan süje tarafından işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilir. Ancak bu çerçeve de çok geniştir. Bir ölçüde belirginleştirilmelidir.

## 9. KÜLTÜREL SAVUNMA TÜRLERİ

Kültürel savunmanın ceza hukukunda dikkate alınması gerektiğini savunanların önde gelenlerinden *Alison Renteln*, kültürel savunmayı ikiye ayırır:

- a- Yaygın kültürel savunma
- b- İradi kültürel savunma

Bu ayrım, failin hangi tür kültürel saikle suç işlediğinin ortaya çıkarılması açısından önemlidir. Yaygın kültürel savunmada fail kültürel saikle gerçekleştirdiği hareketin, “ev sahibi ülke”de suç olduğunu bilmiyorken, iradi kültürel savunmada yaptığı hareketin ceza hukuku

---

<sup>88</sup> LYMAN, (1986), s. 88.

<sup>89</sup> ÜYE, (2010), s. 32.

<sup>90</sup> RENTELN, (2005), s. 54.

<sup>91</sup> *Alan Dershowitz*'in görüşleri için bkz. DE MAGLIE, (2006), s. 222-223.

anlamında suç olduğunu bilmesine rağmen, köken kültürünün baskısı nedeniyle suçu işlemektedir<sup>92</sup>.

## 10. KÜLTÜREL SAVUNMANIN KAPSAMI

“Kültürel savunma” bütün suçlar bakımından mı yoksa bazı suçlar bakımından mı geçerli olacaktır? Bir yaklaşıma göre, kültürel faktörler nedeniyle işlenen suçlarda ceza sorumluluğunun azalması veya kalkması için bu suçun hukuki konusunun temel insan hakları (örneğin yaşam hakkı, cinsel özgürlük) ile ilgili olmaması gerekir. Bu anlamda insan öldürme, cinsel saldırı suçlarında kültürel savunma söz konusu olamaz. ABD öğretisinin bir kısmı, kültürel savunmadan söz edebilmek için suçun, “*şiddet içermeyen suç*” (*non-violent crime*) olması gerektiğini savunurlar. Örneğin ABD hukukunda suç olarak kabul edilen bazı davranışların gerçekleşmesi (Asyatik toplumlarda evcil hayvanların beslenme amacıyla öldürülmesi, çok eşlilik ve ensest evlilik) kültürel savunmanın kapsamında kabul edilebilir.

Bir başka yaklaşıma göre ise “kültürel savunma” bütün suçlar bakımından “*kısmi mazeret nedeni*” (*partial excuse*) olarak kabul edilmelidir. İnsan öldürme bakımından “*murder*” yerine “*manslaughter*”<sup>93</sup> kültürel savunma durumunda genel bir indirim nedeni olarak dikkate alınmalıdır<sup>94</sup>. Amerikan Model Ceza Kanunu’nun( *Model Penal Code*) sec. 210.(3)(1b) maddesine göre fiil, zihni veya duygusal bir rahatsızlık neticesinde işlenirse “*murder*” tipi insan öldürme, “*manslaughter*” kapsamına girebilir. Söz konusu madde, ABD uygulamasında “*kültürel faktörlü*” suçlarda işletilmektedir<sup>95</sup>.

*Renteln*’e göre kültürel savunmanın “kısmi mazeret nedeni” olarak kabul edilmesi ile suç ile ceza arasında olması gereken orana, -işlenen suç bakımından ıslahın sağlanabilmesi için suçlunun cezaevinde geçirmesi gereken süreye- müdahale edilmemiştir. Sadece kültürel faktörler, failin lehine olmak üzere dikkate alınmışlardır. Böylece cezanın “ıslah amacı”na uygun olarak ceza tayini yoluna gidilmiştir<sup>96</sup>. Aksi durumda iki olumsuz sonuç ortaya çıkabilir. Sanığın durumundan etkilenen jüri üyelerinin, sanığı

<sup>92</sup> RENTELN, (2004), s. 185 vd.

<sup>93</sup> ABD hukukunda “*murder*” kasten insan öldürme suçuna karşılık gelebilecekken, “*manslaughter*” tipi insan öldürme, taksirle insan öldürmeyi tam olarak karşılamamaktadır. Bu çeşit insan öldürme suçu da kasıtlı bir şekilde işlenebilir. Örneğin haksız tahrik sonucu insan öldürme suçu, “*manslaughter*” olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kavramlar İngilizce olarak bırakılmıştır.

<sup>94</sup> RENTELN, (2004), s. 190.

<sup>95</sup> DE MAGLIE, (2006), s. 237.

<sup>96</sup> RENTELN, (2004), s. 190.

beraat ettirmesi söz konusu olabilir veyahut takdir hakkı hiç kullanılmayarak cezanın kişiselleştirilmesi olanağı ortadan kaldırılabılır<sup>97</sup>.

*Basile*'e göre bazı suç kategorileri kesin olarak kültürel saikle işlenen" suç kapsamı dışında bırakılmalıdır. Örneğin, devlete, kamu idaresine, kamu güvenine, kamu barışına ve kamu ekonomisine karşı işlenen suçlar bu kapsamdadır. Herhangi bir göçmenin kültürel saikle "*beyaz yaka suçu*" işlemesi mümkün değildir. Kültürel saikle işlenen suçlar, daha ziyade geleneklerin yaşatıldığı ve aktarıldığı aile bireyleri arasında işlenmektedir<sup>98</sup>.

Kültürel neden, bireyin özgürlüklerini kullanmak noktasında bir sınırlamaya yol açabilir. Birey de bunu irade etmiş olabilir. Buna "*tercihli özgürlük kaybı*" denir. Ancak temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda "*tercihli özgürlük kaybı*" alanı sınırlıdır<sup>99</sup>. Kültürel saikle işlenen suçların kapsamının belirlenmesinde İtalyan uygulaması ağır suçları (örneğin insan öldürme) ve hafif suçları (özü kabahat türünden olan suçları) birbirinden ayırmaktadır. Kişinin temel haklarına yönelmiş suçlar bakımından "kültürel savunma"yı kabul etmeyen İtalyan uygulaması, bazı suçlarda (özellikle mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda<sup>100</sup>) kültürel savunmayı esas alan kararlar vermektedir. *Tremiso* Mahkemesi'nin burka giyen bir kadına ve *Vicenza* Mahkemesi'nin bir Sih'in geleneksel kırpan adlı bıçağı omuz askısında taşınmasına ilişkin verdikleri kararlarda "*haklı bir neden olmaksızın*" (*senza giusta causa*) mahkûmiyet hükmü kurulamaz demişlerdir. (22 Mayıs 1975 tarih ve 152 sayılı Kanun'a göre, bir kimse, kamuya açık bir alanda, kanunun izin verdiği bir neden olmaksızın, koruyucu kask veya herhangi başka vasıta yardımıyla kendisinin tanınmasını aşırı derecede zorlaştırırsa cezalandırılır. 18 Nisan 1975 tarih ve 110 sayılı Kanuna göre ise oturmakta olduğu yer hariç olmak üzere saldırı veya kesim aracı olarak kullanılan aletler taşıyan kişi cezalandırılır). Söz konusu somut olaylarda İtalyan mahkemeleri, insanların, din veya geleneğin gereğini yerine getirmeleri ile ceza normunun koruduğu değer arasındaki dengeye bakmışlar ve burka giyen kadınla, bıçak taşıyan Sih hakkında "bir hakkın yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni"ne dayanarak beraat kararı vermişlerdir<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> RENTELN, (2004), s. 191.

<sup>98</sup> BASILE, (2011), s. 363.

<sup>99</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 71.

<sup>100</sup> Bu konuda bkz. Tuğrul KATOĞLU, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, 61 (2) 2012: s. 685 vd.

<sup>101</sup> Kararlar ve ayrıntıları için bkz. BASILE, (2010), s. 277 vd.

Ceza hukuku boyutunda, kültürel savunmanın kapsamı ve dolayısıyla sınırı belirlenmelidir. “Ev sahibi” kültürü, kültürel zenginlik adına “misafir” kültüre kurban etmemek gerekir. Aksi sosyal alarma yol açabileceği gibi, hoşgörü kültürünün yerleşmesi bakımından olumsuz sonuçlar da doğurur<sup>102</sup>.

## 11. KÜLTÜREL SAVUNMANIN KABULÜ

Kültürel savunmanın kabulü için hangi ölçütlerin kullanılacağı, sanığın kültürel kökenine ilişkin söylediklerinin hangi yöntemle doğrulanacağı gibi konularda tatminkâr cevaplar verilememektedir. Göçmen olgusuyla yoğun bir şekilde karşı karşıya kalan ülkelerin hiçbiri (henüz) ceza kanunlarının genel kısımlarında “kültürel saikli suç” başlığında bir düzenleme yapmış değildir<sup>103</sup>. Sadece bazı ceza kanunları, özel kısımlarında düzenleme yapma yoluna gitmiştir (örneğin İtalyan CK özel kısımda, “kadın sünneti” ile ilgili 2006 yılında -İCK m. 583 *bis* ile fiili cezalandırmak üzere bir düzenleme yapmıştır)<sup>104</sup>.

Kültürel savunmanın kabulü için ilk olarak faili harekete geçiren psikik nedenin tespiti gerekir. Gerçekten de, kültürel faktörler failin suç işlemesine etki etmiş midir? Bu yüzden bazı ceza hukukçuları ABD’de konu hakkında bağımsız bir formülasyonun olmaması nedeniyle, “kültürel saik” yerine “*kültürel açıklama*” veya “*kültürel eşkal*” (*cultural evidence*) kavramını tercih ederler. Ancak bu sayede ortaya konulan davranışın küresel anlamda karşılığı bulunabilir<sup>105</sup> ve fail hakkında hukuki değerlendirme ancak bu şekilde yapılabilir<sup>106</sup>.

Kültürel savunmanın kabulü için ikinci olarak failin suç işlemesine neden olan kültürel faktörün, köken ülkede yaygınlığı belirlenmelidir. Kültürel faktör, mensubu bulunulan grubun dikkate alınabilecek bir kesimi bakımından etkili olmalıdır. Bu halde süjenin ait olduğu grubun baskın karakteri ortaya konulabilmelidir. Kültürel savunmanın varlığının tespiti bakımından en hassas ve en belirleyici inceleme sahası köken kültüre ait normların ortaya konulabilmesidir. Örneğin, Japon kültüründe bir çeşit intihar-insan öldürme formu olan “*oyako-shiniju*” (“ebebeyn- çocuk

<sup>102</sup> DE MAGLIE, (2006), s. 231.

<sup>103</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 47.

<sup>104</sup> Kadın sünneti suçuyla ilgili 2010 yılında verilen ve şu ana kadar tek olan bir kararda, Nijeryalı geleneksel ebe, anne baba ile birlikte, yeni doğan ikiz kardeşin biri tamamlanmış biri teşebbüs aşamasında kalmış “kadın sünneti suçu” nedeniyle cezalandırıldı. Verona Mahkemesi’nin 14.04.2010 tarihli kararı için bkz. BASILE, 2011, s. 361

<sup>105</sup> VAN BROEK, (2001), s. 23.

<sup>106</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 4.

intiharı” ) ne anlama gelmektedir<sup>107</sup>? Mahkemenin, Japon kültürü uzmanı antropologdan bu konuda aldığı görüş kısmen şu şekildedir: “*Bu konuda Japonya’da yaşanmış çok sayıda örnek vardır. Özellikle 1950 ve 1960’lı yıllarda her üç günde iki “oyako-shiniju” gerçekleşiyordu. 1970’li yıllarda Japon ekonomisindeki gelişmelere bağlı olarak bu oran düşmekle birlikte halen bütün intiharlar içerisinde yüksek bir yüzdeye sahiptir. Japon kültüründe bebekler “insan” olarak kabul edilmezler. Bebekler ebeveynlerinin parçasıdır. Ailenin onuruna leke sürülen bir durum gerçekleştiğinde (örneğin zina) anne çocukları yanında olmaksızın intihar ederse kınanır ve “kötü ruhlu insan” (oni yo na hito) kabul edilir. Zira Japon kültüründe öksüz çocuklar, korumasız olduklarından ve gözlem, tedip ve disiplin altında olmadıklarından güvenilmez kabul edilir. Bugün dahi bazı bankalar öksüz olarak büyümüş çocukları işe almazlar. Kocasından aldatılmış ve terk edilmiş Bayan Kimura’nın tepkisi Japon toplumu açısından bir başka topluma göre daha anlaşılabilir. Nitekim Bayan Kimura kendisini kurtaranlar için, “beyaz ırktan olmaları, Japon olsalardı beni ölmem için bırakırlardı” demiştir<sup>108</sup>. Bazı yazarlara göre, Kimura’nın işlediği fiilde tipik bir kültürel savunma söz konusudur. Durum failin ait olduğu kültürün patolojisinden kaynaklanmaktadır. Buna karşı olanlara göre ise sanığın kültürünün suça etkisi sadece görünüştedir. Nitekim Kimura daha hafif de olsa cezalandırılmıştır. Kimura’nın cezasının daha az verilmesinin nedeni “evrensel empati”dir. “Terkedilme ve aldatılma travması” pekâlâ Japon olmayan kültürlerde de söz konusu olabilir<sup>109</sup>.*

Kültürel savunmanın kabulü için üçüncü ve son olarak göçmen kültürü ile ev sahibi kültürün çatışma halinde olup olmadığının tespiti gerekir. Eğer kültürler arası büyük farklar varsa kültürel savunmanın mahkemece kabulü söz konusu olabilir<sup>110</sup>.

Mahkeme ayrıca şu hususu tespit eder: Süjenin kendi köken kültürü dışında davranabilme kapasitesi nedir? Süjenin, köken kültürün üzerinde yaratmış olduğu basınca dayanabilme gücü, farklı bir tercihte bulunabilme olanağı var mıdır? Bu anlamda bakılması gereken parametreler ise şunlardır: Ev sahibi kültüre uyumu ne düzeydedir? Günlük pratiğinde köken kültürün belirleyiciliği nedir? Köken kültürün mensuplarını bir arada tutma

---

<sup>107</sup> Kimura olayı için “Kültürel Savunma Bağlı ABD Uygulamasından Bazı Örnekler” bölümüne ayrıca bakınız.

<sup>108</sup> Malek-Mithra SHEYBANI, “**Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime**”, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 751 (1986-1987) s.760 vd; GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 147; ÜYE, (2007), s. 108 vd.

<sup>109</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 12.

<sup>110</sup> DE MAGLIE, (2006), s. 235.



yoğunluğu nedir? Fail, hangi süredir misafir olduğu ülkede yaşamaktadır? Eğitimi ve mesleği nedir? Sanık tüm bu sorular ışığında kültürel savunmadan yararlanabilmek için, köken kültürünün etkisinin devam ettiğini kanıtlamak zorundadır<sup>111</sup>.

## 12. SONUÇ

Kültürel savunma üzerine tartışmalar sonuçlanmış değildir. Bilakis tartışma sahası Anglo Sakson merkezli olmaktan çıkarak içerisine Kıta Avrupası'nı da alır şekilde genişlemektedir. Türkiye açısından kültürel savunma hem ev sahibi olmaktan hem de çok sayıda vatandaşını göçmen olarak başka ülkelerde bulundurması bakımından önemlidir. Özellikle Almanya'da Türkiye kökenli göçmenlerin, sanık olarak bulunduğu pek çok davada “kültürel savunma” kurumu tartışılır hale gelmektedir.

*Ceza hukukunda kültürel savunmanın kullanılmasına karşı olanların temel karşı çıkış nedenleri şunlardır:*

Kültürel savunmanın kabulü, özellikle cezanın genel önleme amacını aşındırır. Göçmenler açısından kültürel savunmanın, cezasızlık veya cezada indirim nedeni olarak kabulü, suçun işlenmesi noktasında belirli bir kültürel gruba dâhil olanlar bakımından cesaretlendirici olur ve ceza normunun caydırıcı olma etkinliğini azaltır. Göçmenin yaşadığı ülkeye uyumunu geciktirir<sup>112</sup>. *Bernardi*'ye göre bu durum, cezanın özel önleme amacına da ayrıca tesir eder<sup>113</sup>.

Kültürel savunmanın kabulü failin lehine, mağdurun aleyhine eşitsizlik sonucunu doğurur. Bu durum ise mevcut ve potansiyel mağdurlar bakımından kendilerinin korunmadığı ve korunmayacağı konusunda önyargılar oluşturur<sup>114</sup>. Kültürel saikle işlenen suçlarda genellikle fail, ailenin “güç sahibi” mensubudur. Çocuklar söz konusu olduğunda ebeveyn, evlilik söz konusu olduğunda da erkek eş, fail olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda ise kültürel faktörün dikkate alınması, ikisi de aynı gruba hatta

---

<sup>111</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 12.

<sup>112</sup> DE MAGLIE, (2006), s. 237; GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 160-163; BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 72; ÜYE, (2010), s. 34.

<sup>113</sup> “Cezanın işlevinin yerine gelmesi açısından işlenen suçla verilen cezanın miktarı ve niteliği arasında nedensellik ilişkisi vardır. Bu ilişki suçlunun tekrar sosyalleşmesi için cezaevinde geçirmesi gereken süreye işaret edebilir. Bu sürelerle keyfi olarak oynamak suçlunun ıslahının gerçekleşmesini engeller”. Bkz. BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 73.

<sup>114</sup> GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 163; BASILE, (2010), s. 330.

aileye mensup fail lehine mağdur aleyhine sonuçlar doğmasına neden olabilir<sup>115</sup>.

Özellikle, göçmen topluluklara mensup kadınlar bakımından önyargı oluşturur. Cinsler arası eşitlik, failin lehine mağdurun aleyhine bozulur. Asya, Afrika ve Latin Amerika kökenli göçmenler Avrupa ülkeleri vatandaşlarına göre daha ataerkildir. Bu kültürlerde kadının erkeğe gerek cinsellik gerekse sosyal ve ekonomik yaşam boyutunda tabiyeti söz konusudur. Çok eşlilik, çocuk gelin gibi sorunlar daha ziyade bu kültürel mirastan beslenirler. Eğer göçmen “erkek” kimliği nedeniyle suç işlese ve kültürel saik, kültürel savunma bağlamında sanığın lehine olmak üzere kısmen veya tamamen dikkate alınacak olursa özellikle kadınların aleyhine ağır sonuçlar doğar<sup>116</sup>. Bazı durumlarda kadınlara, ailelerinin seçtiği kişilerle evlenme konusunda baskı yapılmaktadır. Böylece genç kadının kültürel olarak korunduğu ileri sürülür. Ancak bu tipteki evliliklerin bir kısmı ölümle sonuçlanmaktadır.

Aile içi şiddet suçlarında ve özellikle potansiyel kadın mağdurların korunması noktasında “kültürel faktör” kriminolojik bir unsur olarak dikkate alınmalıdır. Yaşam, sağlık, özgürlük, onur, cinsel özgürlük, ceza hukukunun koruma sahasına ait olan hak alanlarıdır. Bu anlamda kültürün, ceza hukukuna tesiri noktasında “menfi kültürel haklar” (*diritti culturali negativi*) tasnifi de dikkate alınmalıdır<sup>117</sup>. Öyleyse kültürel saik, cezasızlık veya cezada indirim nedeni değil bilakis cezada artırım nedeni olarak karşımıza çıkar.

Zorunlu iştirakin söz konusu olduğu durumlarda, ortakların farklı kültürel kökenlere mensup olmaları halinde, ortaklardan birini cezalandırmamak veya cezasında indirim yoluna gitmek söz konusu olabileceken diğer ortak açısından böyle bir yola gidilemeyecektir<sup>118</sup>. Örneğin evli A, dini inançları doğrultusunda ikinci bir evliliği farklı inanca mensup B ile yaparsa, kültürel faktörün ceza hukuku boyutunda ele alınması nedeniyle ceza almayabilecek veya cezasında indirim yapılabilecektir. Ancak A ile aynı kültürel aidiyete sahip olmayan B cezalandırılacaktır. Bu farklı uygulamanın ceza hukuku boyutunda açıklanması mümkün değildir.

Kültürel faktörün cezanın belirlenmesinde dikkate alınması ile genel olarak hukukun üstünlüğü ve ceza hukukunda kanunilik ilkeleri bağdaşmaz. Zira ceza hukukunda, istisnai düzeyde de olsa kültürel faktör nedeniyle keyfiyete dayalı düzenlemeler yapmak ceza kanunlarının açıklık-kesinlik-

---

<sup>115</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 71.

<sup>116</sup> BASILE, (2011), s. 376.

<sup>117</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 73.

<sup>118</sup> LYMAN, (1986), s. 97; BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 73.

belirlilik ilkeleri açısından bir tahribata yol açtığı gibi ceza kanununu ihlalden kaynaklanan müeyyidenin, failin kökenine göre farklılaşması sonucunu doğurur<sup>119</sup>.

Ceza hukukunun kültürel faktörü belirli sembolik alanlarda dikkate alması söz konusu olacaksa, bu alanlar nasıl belirlenecektir? Temel haklar arasında mutlak olarak dokunulmaz olanlar hangileridir? Diğer taraftan birçok uluslararası hukuk metninde “kendi kültürünü koruma ve geliştirme hakkı” da korunmaktadır. Bu hak ile diğer haklar arasındaki denge veya kırılma noktası nasıl belirlenecektir?<sup>120</sup>

Kültür kavramı çok geniştir ve birbirinden çok farklı tanımlar yapmaya müsaittir. Bu durum özellikle muhakeme aşamasında birçok soruna neden olacaktır. Belirli bir “yabancı kültür” tüm kapsamı ile nasıl ortaya konulacaktır? Zira her kültürel yapı aynı zamanda bir değişim sürecini de içinde barındırır. Kültürel değişime direnenler veya tam tersi olarak baskın kültürel yönelimlerin dışında kalanlar dahi ceza almamak veya daha az ceza almak adına kendilerini söz konusu kültürün mensubu olarak gösterebilirler. Sanığın köken kültürüne bağlılık düzeyinin tespiti çok zordur. Köken kültürüne bağlılık düzeyi, fiilin ortaya çıkması bakımından hangi düzeyde etkili olmuştur<sup>121</sup>? Bize göre bu durumun, özellikle o kültüre mensup olmayan kişilerden oluşan mahkemece (isterse bilirkişiye başvursun) tespiti neredeyse imkânsızdır<sup>122</sup>.

Failin kültürel aidiyeti hangi süreyle dikkate alınacaktır? Doğum yeri “ev sahibi” ülke olan göçmen çocuklarının işledikleri suçlarda da kültürel unsur dikkate alınacak mıdır?

Söz konusu tespitleri yapmakta zorlanacak ceza mahkemesi, sanığın davranışının, ait olduğu kültürel toplulukta yaygın olup olmadığına bakacaktır. Eğer mahkeme davranışın ait olunan kültürde yaygın olduğu tespitini yaparsa, sanığın durumu otomatik olarak “kültürel savunma” içerisinde değerlendirilecektir. Örneğin, sanık Hindistan kökenli bir Sih’tir ve kırpan adı verilen bıçak taşımaktadır. Mahkeme sadece şuna bakar: Bu kültüre mensup olanlar açısından kırpan adı verilen bıçağın taşınması yaygın bir uygulama mıdır? Bu sorunun cevabını olumlu olarak verirse mahkeme, sanığın gündelik yaşamında Sih kültürünün gereklerini yerine getirip

<sup>119</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 75.

<sup>120</sup> BASILE, (2010), s. 374.

<sup>121</sup> GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 168. Kültürel kökenin ceza hukuku boyutunda dikkate alınması, bir ülkede yaşayanlar arasında sosyo-kültürel bir çatışmaya yol açabilir. Bu durum ise farklılıkların tamamının reddi anlamına gelebilir. Böylece birarada yaşayanlar ortak bir merkez inşa etmek yerine, biri diğerinin karşısı olabilecek merkezçikler içerisinde kümeleşebilirler. Bkz. BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 71.

<sup>122</sup> Ayrıca bkz. ÜYE, (2010), s. 36.

getirmediğine bakmaksızın, söz konusu davranışı “kültürel savunma” içinde ele alabilecektir<sup>123</sup>.

*Ceza hukukunda kültürel savunmanın kullanılması tarafları olanlara göre ise*<sup>124</sup>:

Genel olarak kültürel savunmanın bir ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar, meseleye; eşitlik, özgürlük, çoğulculuk ve demokrasi perspektifinden baktıklarını söylemektedirler. Onlara göre birey düzeyinde adalet ancak bu şekilde sağlanır. Bununla birlikte kültürel savunmanın tanımının yapılmasını ve kapsamının belirlenmesi gerektiğini de söylerler<sup>125</sup>.

Bireyin ceza kanunlarını benimsemesi için bir anlamda içselleştirmesi gerekir. Ancak bu şekilde cezanın genel önleme ve özel önleme amaçlarının gerçekleşebilmesi söz konusu olabilir<sup>126</sup>.

Göçmenler bakımından, aşırı bütünleştirici (asimilasyonist) tercihlerin, olası risklerini bertaraf etmek üzere kültürel savunmaya başvurulabilir. Buna göre asimilasyonist tercihler, bütünleşme yerine ayrışmayı körüklemektedir. Cezanın uygulanmasında kişiler arası mutlak eşitlik tercihi, her türlü farklılığın bertaraf edildiği bir toplumsal yapının ortaya çıkmasına neden olabilir<sup>127</sup>. Maddi ceza hukukundaki eşitlik ilkesinin kapsayıcılığı, eşitsizlik üretmemelidir<sup>128</sup>.

Kültürel grupların, egemen grup nezdinde farklı olan her türlü davranışını kriminalize etmek, birçok örnekte göçmenin uyumunu imkânsız hale getirir. Diğer taraftan bireyin köken kültüründen, kendisini kabul eden ev sahibi ülkenin kültürüne geçişi hızlı bir süreç de değildir. İnsan, kültürel aidiyetini muhafaza etmeye çalışır bu yüzden sadece intibak ile

---

<sup>123</sup> BASILE, (2011), s. 377.

<sup>124</sup> Kültürel savunma lehinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz. ÜYE, (2010), s. 37 vd.

<sup>125</sup> RENTELN, (2004), s. 200; BASILE, (2011), s. 379-380; GOLDSTEIN, (1994-1995), s. 1.44.

<sup>126</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 6.

<sup>127</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 6.

<sup>128</sup> Ceza hukuku siyasetinin belirlenmesinde ve bu anlamda ayrıcalıkçı ceza hukuku ve özgürlükçü ceza hukuku yaklaşımlarının da temel ayrışma noktasıdır. Özgürlükçü ceza hukuku yaklaşımının temel tartışma sahası olan “öze ilişkin eşitlik” kavramı için bkz. NEVZAT TOROSLU, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları ANKARA 1987, s. 4-5; Ferrando MANTOVANI, **Diritto Penale. Parte Generale**, 4. Ed., CEDAM, Padova 2001, s. XXXVII-LVII; Türkan YALÇIN SANCAR, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezvir Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 40.

sınırlanamaz<sup>129</sup>. Ceza hukuku boyutunda soyut eşitlik bir anlamda “sahte tarafsızlıktır”. Bu durumda ise göçmenler geleneklerini sürdürebilecekleri varoşlara hapsedilirler. Baskın kültür, bir arada yaşamanın asgari koşulu olamaz. O halde soyut eşitlik kavramından beslenen ceza siyaseti, esasa ilişkin bütünleştirici engellerin kalkması noktasında yetersizdir. Ceza hukuku belirli ölçülerde ırk, milliyet, dil, dinsel aidiyeti dikkate almazsa, farklılığın reddi ile eşitsizliğe yol açar. “Farklılık karşısında körlük” ise bireyin özgürlüğünü garanti altına alma ve bireyin eşit saygı görme haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Bu şekilde tarif edilebilecek olan ceza hukukunda soyut eşitlik kavramı, fiilen adaletsiz ve haksız uygulamaların enstrümanı haline gelir. Kanunilik ilkesinin çok katı uygulanması, bir anlamda “failin feda edilmesi” sonucunu doğurur<sup>130</sup>.

Bir yaklaşıma göre, temel haklar arasında mutlak olarak dokunulmaz olanlar hangileri olduğu tartışması doğru değildir Ceza hukukunun kültürel faktörü, belirli sembolik alanlarda dikkate alınmasının kabulü, beraberinde bu alanların nasıl belirleneceği tartışmasını getirir. Bir hakkın temel bir hak olarak tespiti ve bu hakkın ceza hukuku vasıtasıyla korunması hukuk siyaseti tercihidir. Nihayetinde bu tercih, kültürel bakımdan tarafsız bir iradenin ürünü de değildir. Örneğin mutlak olarak dokunulmaz hakların kapsamına kişi onuru girecek midir? Örneğin tedip hakkının sınırı nasıl belirlenecektir? Dini ritüellerin yerine getirilmesinde ve buna bağlı hafif fiziksel müdahalelerde hangi ölçütler evrensel kabul edilecektir<sup>131</sup>.

Kültür kavramı, ceza hukukunun, hukuka aykırılık, mazeret, cezalandırılabilirlik, cezanın bireyselleştirilmesi sahalarıyla ilgilidir. Ceza siyaseti tercihlerinde ve bu doğrultuda müeyyidenin belirlenmesinde belirli ölçülerde kültür dikkate alınmalıdır.

Ceza hukukunun toptancı yaklaşımı terk edilmelidir. Bu anlamda tüm sülhelerin aynı ödev ve haklarının bulunduğu, aynı özgürlük ve aynı imtiyazlardan faydalanmaları gerektiği yaklaşımı gerçekte eşitsizlik doğurur. Genel karşısında birey öne çıkarılmalı, esasa ilişkin bir eşitlik arayışına dahil olunmalıdır.

Sonuç olarak; kültürel faktörün ceza hukuku boyutunda dikkate alınması tartışması aslında ceza hukuku siyaseti alanı kadar genel siyasete de ilişkindir ve genel siyasal tercihler kültürel saikle işlenen suçlar bakımından bakışı da belirler. Ayrıca göçmenlerin kültürel saikle işledikleri fiillerin birçoğunun, yakın zamana kadar Avrupa'nın pek çok ülkesinde bir anlamda

<sup>129</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 75.

<sup>130</sup> BERNARDI, *Societa Multiculturale*, (2006), s. 76-77; DRESSLER, (2003) s. 728-729.

<sup>131</sup> Bkz. SORIO, (2008), s. 7.

korunduğunu da unutmamak gerekir. Örneğin, 765 sayılı TCK'nın 434. Maddesine göre, “*tecavüzcüyle evlenme*” durumunda, kamu davasının ve hüküm verilmişse cezanın çektirilmesinin ertelenmesi söz konusuydu. Evlilik içi cinsel ilişki bakımından eşler arası rızanın olduğu ön kabulü bulunmaktaydı. Bu anlamda bazı kültürlerin ve hatta ceza kanunlarının bugün, başka bazı kültürlerin ve ceza kanunlarının dünü olmaktan başka bir şey değildir<sup>132</sup>.

Bugün Türkiye, yoğun bir göç dalgası ile karşı karşıya olmasa da yakın gelecekte böyle bir durumla karşılaşması yüksek bir olasılıktır. Bu durum ise gerek uygulamacıları, gerekse öğretiyi, ceza hukuku- kültürel köken ilişkisi tartışması yapmak zorunda bırakacaktır. Muhtemel bir göç hareketi ile karşı karşıya kalacak Türkiye bakımından ceza hukuku boyutunda bir tercih yapma mecburiyeti ortaya çıkacaktır. Kanun koyucu ya yeni gelenlerin köken kültürlerine tamamen kayıtsız kalacak, ya da bu yeni gelenlerin bazı geleneklerini az veya çok dikkate alacak ve buna bağlı olarak ceza hukuku sistematüğını yenileyecektir. Diğer yandan, Türkiye göç alan bir ülke olarak kabul edilmese de, göç veren bir ülkedir. Kültürel köken ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ceza hukuku sorunları bu anlamda da Türkiye'yi yakından ilgilendirmektedir.

Kültürel faktörün, ceza hukuku boyutunda dikkate alınmasına yönelik bir kısmı haklı eleştirilere rağmen, özellikle göç alan ‘batılı’ ülkelerde, söz konusu faktörün kabulüne yönelik ceza siyaseti tercihleri dikkat çekicidir. Kültürel faktörün, ceza hukuku anlamında bir karşılığı olması gerektiğini savunanlar ve karşı çıkanlar birçok noktada sadece tez ve antitezin yerini değiştiriyor olsalar da bizce de kültürel faktör ceza hukuku boyutunda dikkate alınmalıdır.

TCK'nın hatayı düzenleyen 30. maddesinin “*işlemiş olduğu fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*” şeklinde ifadesini bulan dördüncü fıkrası kültürel faktörün etkili olduğu suçlar bakımından dikkate alınabilir<sup>133</sup>. Ayrıca kaçınılabilir haksızlık yanılığısı içinde suç oluşturan fiili işleyen kusurunun derecesinde

<sup>132</sup> Özellikle bazı İtalyan ceza hukukçuları, İtalya'nın geçmişte göç veren bir ülke olmasından hareketle, bugün kendi ülkelerinde “kültürel saikle işlenen suç” meselesinde duygudaşlık yapmaktadırlar. Zira bu kapsama girebilecek suçların tamamı, (en azından geçmişte) bir İtalyan göçmen tarafından işlenmiştir. Bkz. BASILE, (2011), s. 364.

<sup>133</sup> “Hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesinde sosyal ve kültürel çevre koşullarının da göz önünde bulundurulması gerekir.” Bkz. Mahmut KOCA- İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 301. Aynı doğrultuda bkz. Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 392.

bir azalmanın olduğu da kabul edilebilir<sup>134</sup>. Bu durumda ise, failin kaçınılabılır bir hata ile hareket etmesi halinde, Alman Ceza Kanunu'na benzer şekilde cezanın indirilmesinin mümkün olabileceğine yönelik bir düzenlemenin TCK'da da yapılması isabetli olacaktır<sup>135</sup>.

Ancak kültürel faktörün söz konusu olduğu olasılıkların, sadece "hata" başlığında tüketilmesi de olanaklı değildir. Bize göre, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde, temel cezanın tayini noktasında kültürel çevre koşullarına da ayrıca bakılabilir. Bu bağlamda, TCK'nın 30. maddesine sonradan eklenen dördüncü fıkranın gerekçesinde yer alan, "*hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır*" şeklindeki ifade, referans değerdedir. Kültürel çevre koşullarının ne surette dikkate alınacağı somut olaya göre de değişebilmelidir. Dolayısıyla, hâkimin takdir hakkını geniş bir şekilde kullanmasının söz konusu olduğu, temel cezanın belirlenmesine ilişkin TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasına ayrı bir bent olarak ve kültürel savunmaya olanak verir anlamda "*failin bireysel, sosyal ve kültürel hayat şartları*" şeklinde bir ifadenin eklenmesi, uygulamaya yönelik tereddütlerin bertaraf edilmesine yardım edebilir.

---

<sup>134</sup> ÖZGENÇ, (2007), s. 413.

<sup>135</sup> ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, ( 2012), s. 428.

## KAYNAKÇA

- Alberto CADOPPI-,Paolo VENEZIANI, **Elementi di Diritto Penale. Parte Speciale**, Cedam, Padova 2004.
- Alessandro BERNARDI, **Modelli Penali e Societa Multiculturali**, G. Giappichelli Editore, Torino2006.
- \_\_\_\_\_, **Societa Multiculturale e “Reati Culturali”** Spunti per una Riflessione Studi in Onore di Giorgio Marinucci içinde (A cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero), Doot. A. Giuffre Editore, Milano 2006, s. 45-98.
- Alison D. RENTELN **“Use and Abuse of the Cultural Defense”** Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Societe, 2005, Volume 20, no. 1, s. 47-67.
- \_\_\_\_\_, **The Cultural Defense**, Oxford University Press, New York 2004.
- Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Carlo SORIO, **“Reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi”**, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Novembre 2008, Rivista telematica (www.statoechiese.it). s. 4. ( erişim tarihi 13.7.2012), s.1-25.
- Ciro GRANDI, **“A Proposito di Reati Culturalmente Motivati”**, Diritto Penale Contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it/, (Erişim tarihi 11.06.2012) s.1-26.
- Cristina DE MAGLIE, **“Societa Multiculturali e Diritto Penale: La Cultural Defense”**, Studi in Onore di Giorgi Marinucci içinde (A cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero), Doot. A. Giuffre Editore, Milano 2006, s. 215-238.
- Deidre Evans-PRITCHARD-Alison D. RENTELN, **“The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Fresno, California”**, South California Interdisciplinary Law Journal, 4/1, 1994-1995, s. 1-48
- Devrim GÜNGÖR, **“Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sayı 68, s. 135-160.
- Fabio BASILE, **“Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati”**, Chiese e pluralismo confessionale, Novembre 2008, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ( erişim tarihi 05.03.2012), s. 1-74.
- \_\_\_\_\_, **“Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”** Política. Criminal, Vol. 6, N. 12 (Diciembre 2011), s. 339-386.
- \_\_\_\_\_, **“Società Multiculturali, Immigrazione E Reati Culturalmente Motivati (Comprese Le Mutlazioni Genitali Femminili)”**,Stato, Chiese E



Pluralismo Confessionale, Ottobre 2007 <http://www.statoecheme.it>, (Erişim tarihi, 17.05.2012)

\_\_\_\_\_, **Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle societ  multiculturali**, Giuffr  Editore, Milano 2010.

Ferrando MANTOVANI, **Diritto Penale Parte Generale**, 4.ed., CEDAM, Padova 2001.

George P. FLETCHER, **Grammatica del Diritto Penale**, Il Mulino, Bologna 2004.

Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Harvey WALLECE/ Cliff ROBERSON, **Principles of Criminal Law**, Longman Publishers USA, New York 1996.

İzzet  ZGEN , **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

JEROEN VAN BROECK, **“Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”**, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/1, , 2001. .s1-32.

John C. LYMAN, **“Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?”**, Criminal Justice Journal, 9, 1986, s. 87-117.

Joshua DRESSLER, **Cases and Materials on Criminal Law**, 3. ed, Thomson West, St. Paul, MN 2003.

Mahmut KOCA- İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Malek-Mithra SHEYBANI, **“Cultural Defense: One Person’s Culture Is Another’s Crime”**, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 751 (1986-1987) s.751.-784.

Mark TUNICK, **“Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis”**, Punishment and Society, October 2004, Volume 6, no 4, 2004, s. 395-409.

Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKÇEN- Ahmet Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Mustafa T. YÜCEL, **Kriminoloji**, 1. Baskı, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul 2004.

Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. Baskı, Savaş Yayinevi, Ankara 2012.

\_\_\_\_\_, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, ANKARA 1987.

Nur CENTEL-Hamide ZAFER- zlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

PAUL H. ROBINSON, **“Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis”**, Columbia Law Review, Vol. 82, No. 2 (Mar., 1982), s. 199-291.

- Piers BIERNE- James W. MESSERSCHMIDT, **Criminology: a sociological approach**, 5th ed., Oxford University Press, New York 2011,
- Ramiro MARTINEZ-Abel VALENZUELA, **Immigration and Crime: race, ethnicity, and violence**, New York University Press, New York 2006.
- Saim ÜYE, “**Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma**”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 17, 2007, s. 108-119.
- \_\_\_\_\_, “**Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar**”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/3, s. 23-48.
- Servet SEZGİN, “**Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata**”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5, s. 725-738.
- TARYN F. GOLDSTEIN, “**Cultural conflicts in Courts: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a ‘Cultural Defense’**” Dick Law Review, 141 (1994-1995) s. 141-168.
- Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- \_\_\_\_\_, **Kriminoloji**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Tuğrul KATOĞLU, “**Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları**”, AÜHFD, 61 (2) 2012, s. 657-693.
- Türkan YALÇIN SANCAR, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Uğur KARA, **Sorun ve Çözüm Bağlamlarıyla Ulus-Devletin Tarihsel Çevresi İçinde Kültürel Kimlik Olgusu** (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış doktora tezi), Eskişehir 2010.
- Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAĞIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Will KYMLICKA, **Çok Kültürlü Yurttaşlık Azınlık Haklarının Liberal Teorisi** Ayrıntı, İstanbul 1998.
- Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2011.

#### **İnternet Kaynakları:**

<http://www.anayasa.gov.tr>

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://www.dw.de>

**KARASULARINDAN ZARARSIZ GEÇİŞ YAPAN  
YABANCI GEMİLER ÜZERİNDE KIYI  
DEVLETİNİN CEZAÎ YARGI YETKİSİ**

**Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY\***

**GİRİŞ**

Günümüzde, “mülklik ilkesi” uyarınca devletlerin, ülkesi içinde işlenen her türlü suç üzerinde cezaî yargı yetkisine sahip olduğu tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. Egemenlik hakkının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan bu sonuca göre, suçun kim tarafından veya kime karşı işlendiğine bakılmaksızın her devletin, ülkesi sınırları içinde işlenen her türlü suçu soruşturma, güvenlik tedbirleri uygulama ve yargılama hakkı bulunmaktadır.

Uluslararası deniz hukuku kuralları uyarınca kıyı devletinin deniz ülkesinin bir parçası olarak kabul edilen<sup>1</sup> karasularında işlenen suçların da kural olarak, kıyı devletinin cezaî yargı yetkisine tabi olduğu açıktır. Bununla birlikte, 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi (*Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone - 1958 CKBS*)’nin<sup>2</sup> 19. ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (*United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS*<sup>3</sup>)’nin<sup>4</sup> 27.

\* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, E. F.: *Milletlerarası Hukuk*, C. II, İstanbul 1987, s. 76; ÖZMAN, A.: *Deniz Hukuku*, C. I, Ankara 2006, s. 309 PAZARCI, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, B. 6, Ankara 1999, s. 345; BOZKURT, E. – KÜTÜKÇÜ, M. A. – POYRAZ, Y.: *Devletler Hukuku*, B. 7, Ankara 2012, s. 81.

<sup>2</sup> 10 Eylül 1964 tarihinde yürürlüğe giren ve 51 devletin onayladığı sözleşmenin İngilizce metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1\\_1958\\_territorial\\_sea.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_territorial_sea.pdf) (erişim tarihi: 15 Ekim 2012); Türkçe metin için bkz. AKİPEK, Ö. İ.: *Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler*, Ankara 1966, s. 54; LÜTEM, İ.: *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı*, Ankara 1959, s. 452 (*Deniz Hukuku Konferansı*); GÜNDÜZ, A.: *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, B. 5, İstanbul 2003, s. 331

<sup>3</sup> Genel olarak ulusal ve uluslararası kaynaklara uygun olarak çalışmada 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin kısaltması olarak “UNCLOS” ifadesi tercih edilmiştir.

maddelerinde karasularından geçiş yapan ticaret gemileri üzerinde kıyı devletinin cezaî yargı yetkisine önemli sınırlandırılmalar getirilmiştir.

Deniz ulaşımının kesintisiz olması ilkesi ile kıyı devletinin egemenlik hakkı arasında bir denge kurulması amacıyla kaleme alınan maddeler uyarınca kıyı devletleri, karasularından geçen yabancı gemiler<sup>5</sup> üzerinde, istisnai bazı durumlar haricinde, cezaî yargı yetkilerini kullanamamaktadır<sup>6</sup>. Bununla birlikte uygulamada devletler, karasularından zararsız geçiş yapan gemiler üzerinde sayılan durumların dışında da cezaî yargı yetkisini kullanmaktan çekinmemektedirler<sup>7</sup>. Nitekim 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 8. maddesinde de açık şekilde Türk karasularında işlenen suçların, Türkiye'nin cezaî yargı yetkisine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Uluslararası hukuk kuralları ile uygulama arasındaki bu farklılığın, yeni çatışma alanları yaratacağı tartışmadan uzaktır. Bu nedenle, özellikle, zararsız geçiş yapan gemiler üzerinde kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkisinin kapsamının belirlenmesi büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla çalışmada; karasularından geçiş yapan yabancı gemiler üzerinde kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkisinin kapsamı analiz edilerek, mevcut kurallar bağlamında Türkiye'nin ulusal uygulaması tartışılmıştır.

## I. ZARARSIZ GEÇİŞ KAVRAMI VE KIYI DEVLETİ

Deniz ulaştırmasının serbest ve kesintisiz olması ile kıyı devletinin çıkarlarının korunması ilkeleri arasındaki denge<sup>8</sup> çerçevesinde gelişen

---

<sup>4</sup> 10 Aralık 1982 tarihinde Venezuella'nın başkenti Caracas'ta imzalanan ve 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmenin resmî metni için bkz. *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, C. XV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1982; Gayriresmî Türkçe çevirileri için bkz. ÖZMAN, M. A.: *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul 1984; GÜNDÜZ, A.: *Milletlerarası Hukuk*, s. 357-459; KURAN, S.: *Uluslararası Deniz Hukuku*, B. 2, İstanbul 2007s. 303-430.

<sup>5</sup> Çalışmada "gemi" terimi, sadece "ticaret gemileri" ile "ticarî amaçlı kullanılan devlet gemilerini" ifade etmektedir. Yeri geldiğinde "savaş gemisi" ve "ticarî amaçlı kullanılmayan diğer devlet gemileri" terimleri sadece bu tür gemileri ifade etmek için ayrıca kullanılmıştır.

<sup>6</sup> Kıyı devletinin karasularındaki cezaî yargı yetkisi, zararsız geçiş (*innocent passage*) ile zararsız olmayan yani zararlı geçiş (*non-innocent passage*) arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Zira kıyı devletleri, zararsız olmayan geçiş yapan gemiler üzerinde her türlü hukukî yetkiyi kullanma hak ve yetkisine sahiptir. JOHNSON, L.: *Coastal State Regulation of International Shipping*, New York 2004, s. 83.

<sup>7</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State Over Foreign Merchant Ships in International Waters and the Territorial Sea*, Berlin 2006, s. 250.

<sup>8</sup> MERAY, S. L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, B. 3, Ankara 1968, s. 414; TOLUNER S.: *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, B. 4, İstanbul 1989, s. 111; KUTLUK, D.: *Deniz Hukukunda Zararsız Geçiş ve Transit Geçiş Hakları*, Ankara: 1987, s. 51.

zararsız geçişi, genel olarak, bir kıyı devletine ait karasularının<sup>9</sup>, diğer devletlerin gemilerince geçiş yapmak amacıyla kullanılması olarak tanımlamak mümkündür<sup>10</sup>. Teamülü bir kavram olarak gelişen zararsız geçiş rejimi, ilk kez 1958 CKBS’de kodifiye edilmiş (m. 14-20) ve daha sonra UNCLOS’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m. 17-32).

Karasularındaki bir geçişin, zararsız geçiş olarak kabul edilebilmesi için faaliyetin 1958 CKBS ve UNCLOS anlamında bir “geçiş” olması ve kıyı devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar vermemesi -diğer bir ifadeyle geçişin “zararsız” olması- gerekmektedir. Uluslararası deniz hukukunda geçiş terimi; içsulara girmeksizin veya içsular dışında bir demirleme yerinde ya da bir liman tesisinde durmaksızın karasularını katetmek veya her ne amaçla olursa olsun içsulara girmek ya da terk etmek amacıyla karasularının kullanılması<sup>11</sup>, geçişin zararsız olması ise genel olarak kıyı devletinin barışı, düzeni ve güvenliğinin ihlal edilmemesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>12</sup>.

Zararsız geçiş rejiminin nasıl uygulanacağı ve kıyı devletinin yetki ve yükümlülükleri, hem 1958 CKBS hem de UNCLOS’ta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; özellikle, geçişin kesintisiz ve hızlı olması<sup>13</sup>, denizaltı ve diğer sualtı araçlarının su üstünden ve bayraklarını çekmiş vaziyette seyretmeleri<sup>14</sup>, kıyı devletinin uluslararası hukuka uygun olarak kabul ettiği kural ve kaideler ile çatmayı önlemeye ilişkin kurallara uymaları<sup>15</sup> gerekmektedir. Kıyı devletlerinin; ücret almama, seyrüsefer ile ilgili tehlikeleri ilan etme, devletler arasında ayırım yapmama, zararsız geçiş hakkının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuracak şartlar ileri

---

<sup>9</sup> UNCLOS’un 17. maddesinde sadece karasuları ifadesi kullanılmış olsa da UNCLOS’un 45. maddesinde transit geçiş rejiminin uygulama alanı dışında bırakılan boğazlar ile bir devletin karasularını açık denize veya diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan boğazlarda zararsız geçiş rejiminin uygulanacağı düzenlenmektedir. Ayrıca UNCLOS’un 52. maddesi gereği takımda sularında da zararsız geçiş rejimi uygulanmaktadır.

<sup>10</sup> KUTLUK, D.: *Deniz Hukukunda Zararsız Geçiş*, s. 40.

<sup>11</sup> 1958 CKBS m. 14(2); UNCLOS m. 18(1). Bu kapsamda seyrüseferin olağan gereklilikleri dışında karasularında durulması veya demirlenmesi geçiş olarak kabul edilmemektedir. Bkz. 1958 CKBS m. 14(3); UNCLOS m. 18(2).

<sup>12</sup> 1958 CKBS m. 14(4); UNCLOS m. 19(1). 1958 CKBS’nin 14(4) maddesinde geçişin, kıyı devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar vermediği sürece zararsız olduğu belirtilmesine rağmen, UNCLOS’un 19(1) de benzer tanımlama yapılmakla birlikte maddenin (2) fıkrasında hangi davranışların geçişin zararsızlığını ortadan kaldıracağı somut olarak sayılmıştır.

<sup>13</sup> UNCLOS m. 18(2) (birinci cümle).

<sup>14</sup> 1958 CKBS m. 14(6); UNCLOS m. 20.

<sup>15</sup> 1958 CKBS m. 17; UNCLOS m. 21(4).

sürmeme ve özellikle zararsız geçişi engellememe yükümlülükleri<sup>16</sup> yanında, zararsız olmayan geçişleri önlemek için gerekli önlemleri alma, gerektiğinde zararsız geçişi erteleme<sup>17</sup>, zararsız geçişin düzenlenmesine ilişkin kurallar kabul etme ve uygulama<sup>18</sup> yetkileri bulunmaktadır<sup>19</sup>.

## II. KIYI DEVLETİNİN CEZAÎ YARGI YETKİSİ

Uluslararası örf ve adet deniz hukukunda kıyı devletinin, deniz yetki alanlarındaki yabancı gemiler üzerindeki hukukî ve idari yetkileri farklı şekilde gelişme göstermiştir. Örneğin savaş gemilerinin kesin bir yargı bağımsızlığına sahip olduğu kabul edilirken ticaret gemileri üzerinde kıyı devletlerine bir takım idari ve hukukî yetkiler tanınmıştır. Bu nedenle kıyı devletinin, zararsız geçiş yapan yabancı gemiler üzerindeki cezaî yetki kapsamı, geminin türlerine göre ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

### A) SAVAŞ GEMİLERİ VE TİCARÎ AMAÇLI OLMAYAN DEVLET GEMİLERİ

Uluslararası uygulama ve doktrinde, genel olarak, karasularında bulunan veya zararsız geçiş yapan yabancı savaş gemilerinin<sup>20</sup> kesin bir yargı bağımsızlığına sahip olduğu, ticarî olmayan devlet gemilerinin<sup>21</sup> ise ticaret gemileri ile savaş gemileri arasında bir rejime tabi olması gerektiğinin kabul edildiği bildirilse<sup>22</sup> de uluslararası hukukta hem savaş gemileri hem de ticarî olmayan devlet gemileri kesin bir yargı bağımsızlığına<sup>23</sup> sahip bulunmaktadır (UNCLOS m. 32).

1958 CKBS'nin 23. ve UNCLOS'un 30. maddelerinde de kıyı devletinin, karasularından geçişe ilişkin kurallara uymayan savaş gemisinden sadece karasularını terk etmelerini isteyebileceği hükme

<sup>16</sup> 1958 CKBS m. 15 ve 18; UNCLOS m. 24 ve 26.

<sup>17</sup> 1958 CKBS m. 16; UNCLOS m. 25.

<sup>18</sup> UNCLOS m. 21 ve 22.

<sup>19</sup> Kıyı devletinin hak ve yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TOLUNER S.: *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, s. 134.

<sup>20</sup> UNCLOS'un 29. maddesinde savaş gemisi, bir devletin silahlı kuvvetlerine ait olan ve kendi tabiyetindeki askerî gemilerin açık işaretlerini taşıyan, bu devletin hizmetinde ve adı subaylar listesinde veya eşit bir belgede kayıtlı bulunan bir deniz subayının komutası altında bulunan ve gemi adamları askerî disiplin kurallarına tabi olan gemi olarak tanımlanmaktadır.

<sup>21</sup> Hastane, Okul gemileri gibi.

<sup>22</sup> GÖNLÜBOL, M.: *Bariş Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukukî Statüsü*, Ankara 1959, s. 169.

<sup>23</sup> Gerek 1958 CKBS gerek UNCLOS'ta ticarî amaçlı olmayan devlet gemilerinin zararsız geçişi, ticaret gemilerine ilişkin hükümlere tabi tutulmasına rağmen her iki sözleşmede bu gemilerin dokunulmazlıkları kabul edilmiştir.

bağlanmaktadır. Maddelerin aksi ile kanıt yorumundan, kıyı devletinin, karasularından geçiş yapan savaş gemileri üzerinde herhangi bir şekilde cezaî yargı yetkisi kullanamayacağı anlaşılmaktadır<sup>24</sup>. Madde metninde ticarî amaçlı olmayan devlet gemileri belirtilmemekle birlikte; 1958 CKBS'nin 22(1) maddesinde, ticarî amaçlı olmayan devlet gemilerinin, ticaret gemilere uygulanacak cezaî yargı yetkisini düzenleyen 19. maddesinden bağışık tutulduğunun düzenlenmesi ve UNCLOS'un 32. maddesinde ticarî olmayan devlet gemilerinin dokunulmazlıklarının olumsuz etkilenmeyeceğinin hükme bağlanması, kıyı devletlerinin, karasularından geçiş yapan ticarî olmayan devlet gemileri üzerinde de cezaî yargı yetkisini kullanamayacakları şeklinde yorumlanmalıdır<sup>25</sup>.

## **B) TİCARET GEMİLERİ VE TİCARİ AMAÇLI DEVLET GEMİLERİ**

### **1- Tarihsel Süreç**

Zararsız geçiş yapan gemiler üzerinde kıyı devletlerinin cezaî yetkisinin kapsamına ilişkin tartışmalar 19. Yüzyılın başlarına, *Newton* ve *Sally* olaylarına<sup>26</sup>, kadar geriye uzanmaktadır<sup>27</sup>. Olaylar üzerine görüşüne başvurulmuş Fransız Danıştay, 1806 yılında verdiği meşhur kararında; geminin kaptanı veya adamlarının mağdur olması ya da etkilenmesi, kıyı devletinin barış ve düzeninin bozulması veya olaydan etkilenmesi ya da gemide işlenen fiilin mahiyeti itibarıyla medeni bir kıyı devletini müdahale etmekten alıkonulmayacak ağırlıkta olması durumunda Fransız mahkemelerinin yargılama yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir<sup>28</sup>.

Kararla kabul edilen bu sistem daha sonra 1930 tarihli Birinci Deniz Hukuku Konferansı (La Haye Konferansı)'na kaynaklık etmiştir. Konferans Nihai Senedi'nde (Ek, m. 8)<sup>29</sup> ve Uluslararası Hukuk Komisyonu

<sup>24</sup> Uluslararası teamül gereği askerî bir deniz aracı bayrağını taşıdığı ülkenin yüzen bir parçası sayılmakta ve burada işlenen suçlar o ülkede işlenmiş sayılmaktadır. ERMAN, S.: *Askerî Ceza Hukuku*, B. 7, İstanbul 1983, s. 39.

<sup>25</sup> PAZARCI, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, s. 360.

<sup>26</sup> 1805 yılında Fransa'nın *Anvers* Limanı'nda demirli Amerikan Birleşik Devletleri (ABD) bayraklı *Newton* gemisinin iki gemi adamının kavga etmesi üzerine Fransız makamları kavgaya karışan iki denizciyi mahkemeye sevk etmek istemiş ancak ABD Konsolosu, olayın bayrak kanuna tabi olduğunu dolayısıyla Fransız mahkemelerinin yetkisiz olduğunu iddia etmiştir. Benzer bir olay *Marsilya* Limanı'nda demirli yine ABD bayraklı *Sally* gemisinde vuku bulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, C. II, Oxford 1984, s. 946.

<sup>27</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 94.

<sup>28</sup> COLOMBOS, C. J.: *The International Law of the Sea*, B. 5, Londra 1962, s. 294; AKIN, M. Z.: *Karasuları, İç Sular, Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıt'a Sahanlığı*, Ankara 1970, s. 240.

<sup>29</sup> GÖNLÜBOL, M.: *Barış Zamanında Sahil*, s. 164.

(*International Law Commission - ILC*)'nun 1956 tarih ve A/3159 sayılı raporunun 20. maddesinde; karasularından geçiş yapan yabancı gemi üzerinde kıyı devletinin, suçun sonuçlarının gemi dışına taşması, barış ve düzenini bozması veya gemi kaptanı ya da bayrak devletinin konsolosunun mahalli makamlardan yardım istemesi durumları haricinde cezaî yargı yetkisine sahip olmadığı belirtilmiştir<sup>30</sup>.

Karasularında cezaî yetkinin kapsamı sorunu, Birinci Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı<sup>31</sup> sürecinde, Birinci Komisyon'un çalışma görev alanına dahil edilmiş ve ILC'nin 1956 tarihli raporunun 20. maddesinin tadiline yönelik sunulan dokuz resmî öneri çerçevesinde şekillenmiştir. Bunlardan özellikle; Pakistan, birinci fıkraya uyuşturucu trafiğinin önlenmesi halinde de kıyı devletinin cezaî yetki kullanabileceği yönünde yeni bir bent eklenmesini, İngiltere ise iç sulara girmeksizin zararsız geçiş yapan gemiler üzerinde kıyı devletinin, karasularına girmeden önce işlenmiş suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapamayacağına ilişkin yeni bir fıkra eklenmesini önermişlerdir<sup>32</sup>. Yapılan oylamalar üzerine kaleme alınan yeni metin 1958 CKBS'nin 19. maddesi olarak hükme bağlanmıştır<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Rapor ve ayrıntılı bilgi için bkz. *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, C. II, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1957, s. 272; LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 136.

<sup>31</sup> ILC'nin 1956 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BM Genel Kurulu)'na sunması üzerine Kurul, 21 Şubat 1957 tarih ve 1105 (XI) sayılı aldığı kararla 1958 yılı Mart ayında bir konferans toplanması yönündeki çağrısı üzerine, 24 Şubat 1958 tarihinde Cenevre'de 84 devletin katılımıyla Birinci Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı toplanmış ve 27 Nisan 1968 tarihinde dört önemli deniz hukuku sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu sözleşmeler: 1958 CKBS, 1958 Cenevre Kıt'a Sahanlığı Sözleşmesi (*Geneva Convention on the Continental Shelf*), 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi (*Geneva Convention on the High Seas*) ve 1958 Cenevre Balıkçılık ve Açık Denizlerin Canlı Kaynaklarının Korunması Sözleşmesi (*Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas*)'dir. Çeşitli tarihlerde yürürlüğe giren sözleşmelerin İngilizce metinleri için bkz. <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim tarihi: 02 Kasım 2012); Gayri resmî Türkçe metinleri için AKİPEK, Ö. İ.: *Devletler Hukuku Kaynaklarından*, s. 54; LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 452; GÜNDÜZ, A.: *Milletlerarası Hukuk*, s. 331.

<sup>32</sup> İngiltere'nin önerisinin kabul edilmesi, Türkiye'nin, ceza kanunlarının, karasularının dışında işlenmiş bazı suçları cezalandırması veya suçluların iadesi talepleri durumunda kıyı devletlerinin, karasularının dışında işlenmiş suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapabileceği yönündeki önerisinin oylanmasını gereksiz kılması üzerine Türkiye, daha sonra 1958 CKBS'nin 19(5) maddesi olarak kabul edilen İngiltere'nin önerisini kabul etmediğini açık olarak vurgulamış ve itirazını resmî rapora derç ettirmiştir. LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 140.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 138.



Ulusal Yetki Sınırları Ötesinde Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Hakkında Komite döneminde sunulan öneriler genel olarak 1958 CKBS'nin 19. maddesinin aynen tekrarı şeklinde olmuş sadece Malta, birinci fıkraya, “köle ticareti ve deniz haydutluğunun önlenmesi” şeklinde yeni bir bent eklenmesini önermiştir<sup>34</sup>.

1973 yılında toplanan Üçüncü Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı (*Third United Nations Conference on the Law of the Sea – UNCLOS Konferansı*)<sup>35</sup> döneminde kıyı devletlerinin karasularındaki cezaî yargı yetkisi II. Alt Komite’de görüşülmüştür. UNCLOS Konferansı’nın ikinci döneminde (1974); İngiltere<sup>36</sup>, dört devlet (Malezya, Fas, Umman ve Yemen)<sup>37</sup>, Fiji<sup>38</sup> ile dört eski Doğu Bloğu devlet (Bulgaristan, Doğu Almanya, Polonya ve SSCB)<sup>39</sup> tarafından sunulan resmî önerilerde, genel olarak 1958 CKBS’nin 19. maddesi aynen tekrarlanmıştır. Üçüncü Dönemi (1975) sonunda yayınlanan Gayri Resmî Tek Görüşme Metni (*Informal Single Negotiating Text*)’nin 25. maddesinde cezaî yargı yetkisi, 1958 CKBS paralelinde düzenlenmiş sadece maddenin birinci fıkrasına “uyuşturucu madde ve psikotropik ilaçların illegal trafiğinin önlenmesi gerekliyse” şeklinde (d) bendi eklenmiştir<sup>40</sup>. UNCLOS Konferansı’nın sonraki dönemlerinde çok az değişikliğe<sup>41</sup> uğrayan madde, daha sonra, UNCLOS’un 27. maddesi olarak Sözleşmeye derç edilmiştir.

<sup>34</sup> NORDQUIST, M. H. – NANDAN, S. N. – ROSENNE, S. (ed.): *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, C. II, London 1993, s. 240.

<sup>35</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 17 Aralık 1970 tarih ve 2750 (XXV) sayılı kararı uyarınca yeni bir deniz hukuku metni hazırlaması amacıyla toplanan UNCLOS Konferansı’nın ilk toplantısı 3-15 Aralık 1973 tarihleri arasında New York’ta yapılmıştır. Genel olarak yılda iki kez olmak üzere düzenli olarak toplanan UNCLOS Konferansı sonucunda 10 Aralık 1982 tarihinde UNCLOS metni kabul edilmiştir.

<sup>36</sup> UN DOC: A/CONF.62/C.2/L.3, m. 22, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, C. III, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975, s. 183 (UN: *Official Records III*).

<sup>37</sup> UN DOC: A/CONF.62/C.2/L.16, m. 11, UN: *Official Records III*, s. 192.

<sup>38</sup> UN DOC: A/CONF.62/C.2/L.19, m. 8, UN: *Official Records III*, s. 196.

<sup>39</sup> UN DOC: A/CONF.62/C.2/L.26, m. 23, UN: *Official Records III*, s. 203.

<sup>40</sup> UN DOC: DOCUMENT A/CONF.62/WP.8/PART I, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, C. IV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975, s. 137.

<sup>41</sup> Konferansın dördüncü dönemde maddenin birinci fıkrasının (c) bendine “diplomatik yetkili veya konsolos”, altıncı döneminde beşinci fıkraya “XII. Kısımın uygulanması veya V. Kısımına uygun olarak kabul edilmiş kanun ve kuralların ihlali halleri hariç olmak üzere” ibareleri eklenirken, 4. fıkradaki “nasıl (*how*)” kelimesi “herhangi şekilde (*in what manner*)” ibaresiyle ve birinci fıkranın (c) bendi ile 3. fıkrasındaki “*captain*” terimi “*master*” ile değiştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NORDQUIST, M. H. – NANDAN, S. N. – ROSENNE, S. (ed.): *United Nations Convention*, s. 241.

## 2- Ulusal Sistemler

Kıyı devletinin, karasularındaki yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisine ilişkin olarak uluslararası hukuku etkileyen üç sistem bulunmaktadır: Fransız, İngiliz ve ABD sistemleri<sup>42</sup>.

### a) Fransız Sistemi

Tarihsel süreç kısmında kısaca değinildiği üzere Fransız sisteminin temelini, Fransız Danıştay'ının, limanın barış ve güvenliğini bozmadıkça yabancı gemiler üzerinde kıyı devletinin cezaî yargı yetkisini kullanamayacağına yönelik 1806 tarihli kararı oluşturmaktadır<sup>43</sup>. Mahkeme, kararında, geminin iç işleyişinin özellikle gemi adamlarının arasındaki ilişkilerin kıyı devletlerini ilgilendirmeyeceğini belirtmiştir<sup>44</sup>.

Fransız sistemi, olayın meydana geldiği deniz alanındaki hakları ihlal edilmediği sürece kıyı devletlerinin, karasularındaki bir gemi üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanamaması esasına dayanmaktadır<sup>45</sup>. Keza, 1859 tarihli *Jally Olayı*'nda<sup>46</sup> Fransız temyiz merci, olayın geminin dışına taşarak limanın barış ve düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle Fransız mahkemesinin cezaî yargı yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir<sup>47</sup>.

### b) İngiliz Sistemi

Kural olarak karasularında meydana gelen bütün olayların kıyı devletinin cezaî yargı yetkisine tabi olduğu kabul edilen İngiliz Sistemi'nin tarihsel kökeni, 1876 tarihli *Regina v. Keyn* davasına<sup>48</sup> uzanmaktadır.

<sup>42</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, M. Z.: *Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi*, s. 239.

<sup>43</sup> AKIN, M. Z.: *Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi*, s. 239.

<sup>44</sup> Bununla birlikte Fransa, 24 Haziran 1856 tarihli Deniz Sirkülesi'ne, münhasıran yabancı konsolosların yetkisinde olanların haricinde, limanlarındaki bütün gemiler üzerinde mutlak şekilde kolluk, gözetim ve denetim yetkisine sahip olduğunu yönünde bir hüküm derç etmiştir. YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 94.

<sup>45</sup> O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 946.

<sup>46</sup> Dava, Fransa'nın *Le Havre* Limanı'nda demirli ABD bayraklı *Tempest* gemisinin ikinci kaptanının (*Jally*), tayfalardan birini öldürüp diğerini de yaralaması olayının soruşturulmasıdır. İkinci kaptan (*Jally*), diğer tayfaların kendisinden intikam alabileceklerinden korktuğundan olaydan sonra Fransız makamlarına sığınmıştır. CLARK, P. D.: "Criminal Jurisdiction Over Merchant Vessels Engaged in International Trade", *Journal of Maritime and Commerce*, 1989, C. XI, S. 2, s. 234.

<sup>47</sup> AKIN, M. Z.: *Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi*, s. 238.

<sup>48</sup> Dava, Alman bayraklı *Franconia* gemisi ile İngiliz bayraklı buharlı bir gemi arasında, İngiliz karasularında meydana gelen çatma olayının soruşturulmasıdır. Çatma sonucunda *Franconia* zarara uğrarken İngiliz gemisindeki yolculardan biri ölmüştür. İlk derece mahkemesinde yapılan kovuşturma sonucunda *Franconia*'nın kaptanı suçlu bulunmuş ve mahkumiyetine karar verilmiştir. Dava daha sonra temyiz mahkemesine intikal ettirilmiştir.

Doktrinde *Franconia* olayı olarak da anılan kararda İngiliz temyiz mahkemesi; olayın körfez, koy, liman veya nehir gibi İngiliz toprağının dışında meydana geldiği gerekçesiyle İngiliz mahkemelerinin yabancı bir gemi üzerinde cezaî yargılama yetkine sahip olmadığına karar vererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>49</sup>. Dava sonrasında ortaya çıkan duruma bir çözüm olarak İngiltere, 1878 tarihli “Karasuları Yetki Kanunu (*The Territorial Waters Jurisdiction Act*)”nu yürürlüğe koymuştur<sup>50</sup>.

İngiliz sistemi, kıyı devletlerinin, karasularında işlenen takibi zorunlu bütün suçlar üzerinde soruşturma ve kovuşturma dahil her türlü cezaî yetkisine sahip olduğu esasına dayanmaktadır (m. 2)<sup>51</sup>. Bununla birlikte sistemde, kıyı devletinin, geminin iç disiplinine ilişkin hususlar konusunda yetkisi bulunmamaktadır.

### c) ABD Sistemi

İngiliz sistemine oldukça benzerlik gösteren Amerikan sistemi, farklı olarak, kendi limanlarındaki yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisine ilave olarak yabancı limanlarda bulunan Amerikan gemileri üzerinde de cezaî yargılama yetkinin kendisine ait olduğu kabulüne dayanmaktadır<sup>52</sup>. Bununla birlikte Amerikan sisteminde, karasularındaki yabancı gemilerde işlenen ancak limanın barış ve düzenini bozmayan suçların bayrak kanuna tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Zira 1887 tarihli *Wildenhus* davasında<sup>54</sup>

---

SOHN, L. B. – NOYES, J. E.: *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Ardsley 2004, s. 412.

<sup>49</sup> COLOMBOS, C. J.: *The International Law of the Sea*, s. 292; O’CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 920; GÖNLÜBOL, M.: “Örnekolaylarla (Cases) Devletler Hukuku”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1956, C. XI, S. 3, s. 212; MERAY, S. M.: “Devletler Hukukunda Denizle İlgili Bazı Örnekolaylar”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1957, C. XII, S. 3, s. 54.

<sup>50</sup> Kanun için bkz.

[http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GBR\\_1878\\_Act.pdf](http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GBR_1878_Act.pdf) (erişim tarihi: 04 Kasım 2012).

<sup>51</sup> AKIN, M. Z.: *Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi*, s. 241.

<sup>52</sup> AKIN, M. Z.: *Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi*, s. 242.

<sup>53</sup> CLARK, P. D.: “Criminal Jurisdiction”, s. 229.

<sup>54</sup> Dava, Belçika bayraklı ticaret gemisi tayfalarından *Wildenhus*’un, *New Jersey* Limanında demirli iken yine aynı geminin bir başka tayfasını gemi bordasında öldürmesi olayının kovuşturulmasıdır. İlk derece mahkemesi yargılama konusunda kendisini yetkili görerek *Wildenhus*’u suçlu bulmuş ve olay Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne intikal ettirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SOHN, L. B. – NOYES, J. E.: *Cases and Materials*, s. 378; GÜNDÜZ, A.: *Milletlerarası Hukuk*, s. 548.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, gemide işlenen cinayetin ülkenin düzenini bozmadığı gerekçesiyle Amerikan mahkemelerinin yetkisiz olduğuna hükmetmiştir<sup>55</sup>.

### 3- Kıyı Devletinin Yetkisinin Kapsamı

#### a) Genel Olarak

Yukarıda tarihsel süreç kısmında açıklanmaya çalışıldığı gibi günümüzde kıyı devletlerinin, karasularından geçiş yapan yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisine ilişkin uluslararası düzenlemeler; 1958 CKBS'nin 19. maddesi ile maddenin çok az değişiklikle aynen tekrarı olan UNCLOS'un 27. maddesidir<sup>56</sup>. Söz konusu hükümlere göre kıyı devletleri, karasularından geçiş yapan yabancı gemi üzerinde, sayılan durumlar haricinde, karasularına girmeden önce işlenmiş suçlar hakkında ise hiç bir şekilde cezaî yargı yetkisini kullanamamaktadır. Bununla birlikte içsularından gelerek karasularından geçen yabancı gemiler üzerinde kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkisinde herhangi bir kısıtlama öngörülmemektedir.

Görüldüğü üzere uluslararası hukukta kıyı devletinin karasularından zararsız geçiş yapan gemiler üzerindeki cezaî yetkisi, geminin geçişine göre farklı şekillerde düzenlemiştir. Bu itibarla kıyı devletinin cezaî yetkisinin kapsamı, geminin geçiş şekline göre ayrı ayrı tartışılmalıdır<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> COLOMBOS, C. J.: *The International Law of the Sea*, s. 299; SOHN, L. B. – NOYES, J. E.: *Cases and Materials*, s. 378.

<sup>56</sup> UNCLOS'un 311(1) maddesi uyarınca UNCLOS, 1958 CKBS'e göre öncelikle uygulanmasına (üstün olmasına) rağmen, her iki sözleşmeye taraf bir devlet ile sadece 1958 CKBS'e taraf bir devlet (örneğin ABD) arasındaki ihtilafların çözümünde 1958 CKBS uygulanmaktadır.

1958 CKBS ve UNCLOS'un pek çok hükmü örf ve adet hukuku niteliği kazanmış olmakla birlikte Toluner, devletlerin içsularında bulunan gemilerde işlenen suçlarda yargı yetkisini saklı tuttuğundan, 1958 CKBS'nin 19(2) ile UNCLOS'un 27(2) maddelerin henüz örf ve adet hukuku niteliği kazanmadığını belirtmektedir. TOLUNER S.: *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, s. 186; Buna ek olarak Kuran da 1958 CKBS'nin 19(5) ile UNCLOS'un 27(5) maddelerin teamül hukuku niteliği kazanmış olsa da; Türkiye'nin, karasularına girmeden önce işlenmiş bir suçtan dolayı karasularına giren yabancı ticaret gemilerini soruşturma yapma konusunda bayrak devletinin münhasır yetkili olmasına başlangıçtan beri itiraz ettiğinden söz konusu hükümlerin Türkiye açısından örf ve adet hukuku niteliği kazanmadığına işaret etmektedir. KURAN, S.: *Uluslararası Deniz Hukuku*, s. 174.

<sup>57</sup> Yukarıda belirtildiği gibi kıyı devletinin karasularından geçiş yapan gemileri üzerindeki cezaî yetkisi, 1958 CKBS ve UNCLOS'da aynı şekilde kaleme alındığından, çalışmada, kıyı devletinin cezaî yargı yetkisinin kapsamı, her iki sözleşme hükümleri birlikte değerlendirilerek açıklanmıştır.

## **b) Uğraksız Geçiş**

### **aa) Genel Olarak**

Kıyı devletinin, uğraksız geçiş<sup>58</sup> yapan yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisinin kapsamı, 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddelerinde açık şekilde hükme bağlanmıştır. Kıyı devletinin yetkileri ile bayrak devletinin yetkileri arasında bir denge kurmayı amaçlayan<sup>59</sup> maddelere göre kıyı devleti:

(i) suçun sonuçları kendisine uzanmadıkça,

(ii) suç, barış veya kamu düzenini bozmadıkça,

(iii) gemi kaptanı veya geminin bayrağını taşıdığı devletin bir diplomasi ajanı veya konsolosluk memuru tarafından yardım istenilmedikçe veya

(iv) uyuşturucu madde trafiğinin önlenmesiyle ilgili olmadıkça, karasularından geçen yabancı bir gemi üzerinde, geçiş sırasında işlenmiş bir suçtan ötürü bir kişinin tutuklanması ya da herhangi bir soruşturma yapılması amacıyla cezaî yargı yetkisini kullanamamaktadır.

Tarihsel süreç kısmında açıklanmaya çalışıldığı gibi 1958 CKBS'nin 19(1) maddesi, 1958 CKBS'nin hazırlık sürecinde ABD tarafından yapılan teklif üzerine şekillenmiştir<sup>60</sup>. Doktrinde, özellikle hukukî bir ödev içeren “*may not*” yerine daha çok ahlaki ödev içeren “*should not*” ifadesinin tercih

---

<sup>58</sup> Uğraksız geçiş ya da uğraksız geçiş yapan gemi terimi gerek 1958 CKBS gerek UNCLOS'ta tanımlanmamıştır. Bununla birlikte UNCLOS'un 18(1)(a) maddesi uyarınca uğraksız geçişi, içsularına girmeksizin veya içsular dışında bir demirleme yerinde veya bir liman tesisinde durmaksızın karasularının katedilmesi olarak tanımlamak mümkündür; 1998 tarihli Türk Boğazları Deniz Trafîği Tüzüğü'nün 2(g) maddesinde ise uğraksız geçiş yapan gemi, “seyri Türk Boğazları'nda bir liman, iskele yada bir yere uğramamak üzere planlanmış ve bu husus gemi kaptanı tarafından Türk Boğazları'na girişten önce Türk Makamlarına bildirilmiş olan gemi” olarak tanımlanmaktadır. Tüzük için bkz. RG, 06 Kasım 1998 Sayı: 23515 (mükerrer).

<sup>59</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 250.

<sup>60</sup> ILC'nin, BM'e sunduğu 1956 tarihli raporunda madde, “bir kıyı devleti, karasularından geçen bir yabancı bir gemide, sadece aşağıda sayılan durumların haricinde, geçiş esnasında gemide işlenmiş bir suç nedeniyle bir kişiyi tutuklama veya soruşturma için herhangi bir adım adamaz” şeklinde kaleme alınmıştı. Bkz. *Yearbook of the International Law Commission 1956*, s. 259.

ABD, 1930 tarihli Lahey Konferansı'nda da “*may not*” yerine “*should not*” ifadesinin ikamesini önermiş ancak öneri kabul edilmemiştir. Bkz. LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships in the Territorial Sea: An Analysis of the Geneva Convention on The Law of the Sea”, *American Journal of International Law*, 1961, C. LV, S. 1, s. 83.

edilmiş olması<sup>61</sup> maddede öngörülen yükümlülüğün yumuşatıldığı şeklinde yorumlanmaktadır<sup>62</sup>. ABD'nin değişiklik teklifinin, özellikle Türkiye tarafından, kıyı devletinin egemenliğinin sadece birkaç istisna dışında tanınmış olduğu gerekçesiyle desteklenmiş<sup>63</sup> olması, doktrinde yapılan bu yorumu desteklemektedir.

Ayrıntıya girilmemekle birlikte, İngilizce dil bilgisi kuralları uyarınca, “*may not*” hukukî bir yasağı ifade etmesine rağmen “*should not*” ibaresi daha çok ahlaki bir ödevi göstermekte ve kıyı devletlerine, sayılan durumların dışında, zararsız geçiş yabancı gemiler üzerinde cezaî yargı yetkilerini kullanmamaları konusunda yumuşak bir ödev veya nazik bir zorunluluk getirmektedir<sup>64</sup>. Bu anlamda kıyı devletlerinin, maddede sayılan durumların haricinde de cezaî yargı yetkisini kullanmasının önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır<sup>65</sup>. Uygulamada da devletlerin, sayılan durumların dışında kalan konularda da cezaî yargı yetkilerini kullanmaktan çekinmedikleri bildirilmektedir<sup>66</sup>.

1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddesi kapsamında tartışılması gereken diğer bir konu da kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkisi kullanabileceği durumların maddede sınırlı olarak sayılıp sayılmadığıdır. Yang, maddedeki “sadece aşağıdaki durumların haricinde” ifadesi nedeniyle, sayılan durumların sınırlı sayıda olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bununla birlikte yazar, terörizm ve deniz haydutluğu gibi küresel suçların sayılmamasına rağmen uygulamada bu tür suçların da kıyı

---

<sup>61</sup> SOLOMON, S.: “The Right of Innocent Passage and the 1958 Geneva Conference on the Law of the Sea”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, C. V, S. 1, s. 122.

<sup>62</sup> Özellikle bkz. LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships”, s. 84, Yazar, “*may not*” ifadesinin devletlerin egemenlik haklarına bir istisna teşkil ettiğini ve bu şekilde mevcut uluslararası hukuk kurallarından ayrıldığı, “*should not*” ifadesinin ise kıyı devletinin geleneksel ülkesel egemenliğini korumaya yönelik olduğunu ve bu durumun devletlerin mevcut uygulamasına da uygun olduğunu düşünmektedir. Aynı yönde bkz. YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 250; AYDIN OKUR, D.: *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, İstanbul 2009, s. 50.

<sup>63</sup> LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 136. ABD'nin önerisine karşı çıkan Norveç, Danimarka, İsrail, İsveç, Filipinler ve Sovyetler Birliği ise kıyı devletinin cezaî yargı yetkisini daha kesin sınırlı amaçlar için kullanabileceğini iddia etmiştir. O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 960.

<sup>64</sup> LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships”, s. 84; O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 960; SHEARER, I. A.: “Problems of Jurisdiction and Law Enforcement Against Delinquent Vessels”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, C. XXXV, S. 2, s. 327.

<sup>65</sup> Aynı yönde bkz. AYDIN OKUR, D.: *Liman Devleti Yetkisi*, s. 50.

<sup>66</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 250.

devletinin cezaî yargı yetkisine dahil olduğunun ileri sürülebileceğini iddia etmektedir<sup>67</sup>. Maddenin lafzından sayılan dört durumun sınırlı sayıda olduğu anlamı çıkmakla birlikte, kıyı devletlerinin maddede sayılan durumların dışında da cezaî yargı yetkisini kullanabilecek olması aslında bu tartışmayı gereksiz kılmaktadır.

*Shearer*'in de vurguladığı<sup>68</sup> gibi 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddeleri kapsamında, uğraksız geçiş yapan gemiler üzerinde kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkisinin kapsamını; karasal egemenliğe dahil olma, bayrak devletince yetki verilmesi ve küresel yetki veren suçlar şeklinde üç kategoride incelemek mümkündür.

#### **bb) Suçun Etkisi**

1958 KSBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddelerinin (a) ve (b) bentlerinde, açık şekilde, kıyı devleti, suçun kendisine uzanması<sup>69</sup> veya ülkesinin barışını ya da karasularının düzenini bozması durumunda cezaî yetkisini kullanabileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte gemide işlenen bir suçun hangi durumda kıyı devletine uzanmış olacağı veya ne zaman "barış" ve "kamu düzeni" bozmuş sayılacağı belirtilmemektedir.

Uluslararası diğer sözleşmelerde ve uygulamada terimlerin uzlaşmış tanımlarının bulunmaması hatta "barış" ve "kamu düzeni" terimlerinin tarihsel süreç içerisinde farklı şekilde anlamlandırılması<sup>70</sup>, terimlerin kapsamının belirlenmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda; kıyı devletinin egemenliğinin karasularına uzandığını düzenleyen 1958 CKBS'nin 1. ve UNCLOS'un 2. maddeleri uyarınca, kural olarak kıyı devletleri, her bir somut olayın oluş şekli ve sonuçlarını dikkatle araştırarak, suçun ülkesine sirayet edip etmediği veya barış ya da kamu düzenine zarar verip vermediğini tek taraflı olarak belirleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. İtiraz halinde ise ispat yükü kıyı devletinde bulunmalıdır.

<sup>67</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 251.

<sup>68</sup> SHEARER, I. A.: "Problems of Jurisdiction and Law", s. 327.

<sup>69</sup> ILC'nin, BM'e sunduğu 1956 tarihli raporunda önerilen "suçun sonuçlarının geminin dışına sirayet etmesi" ifadesi, 1958 CKBS görüşmelerinde İngiltere'nin önerisi üzerine "kıyı devletine uzanması" olarak değiştirilmiştir. LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 138.

<sup>70</sup> Örneğin *Wildenhuis* davasında ABD Yüksek Mahkemesi, yerel mahkemenin gemide vahşice işlenen cinayetin toplumu ilgilendirdiği ve kamu düzenine zarar verdiği yönündeki görüşüne katılırken, 1929 tarihli *Antoni* davasında Meksika Yüksek mahkemesi, Fransız gemi kaptanının bir mürettebatı öldürmesini limanın barış ve düzeninin bozmadığına hükmetmiştir. Bkz. LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships", s. 87.

### **cc) Bayrak Devletinın Yargı Yetkisinden Vazgeçmesi**

1958 KSBS'nin 19(1)(c) ve UNCLOS'un 27(1)(c) maddelerinde, geminin kaptanı veya bayrak devletinin diplomatik temsilci ya da konsolosluk yetkilisi tarafından yerel makamlardan yardım talep edilmesi durumunda kıyı devletinin cezaî yargı yetkisini kullanabileceği hükme bağlanmaktadır<sup>71</sup>. Madde metninde yardım talebinin kapsamı açıklanmamakla birlikte talebin; henüz teşebbüs aşamasında olan bir suçun önlenmesi, halen devam eden bir olayın kontrol altına alınması, sona ermiş bir suçun soruşturulması veya sanığın etkisiz hale getirilmesi ya da delil tespiti şeklinde olmasının bir önemi olmamalıdır. Kıyı devletine bu yetki, doğrudan ve açık şekilde verilebileceği gibi başlanan bir inceleme veya soruşturmaya itiraz edilmemesi şeklinde örtülü (zımnî) olarak da verilebilmelidir.

Yardım talebinde bulunabilecek kişiler olarak geminin kaptanı, bayrak devletinin diplomatik temsilci ya da konsolosluk yetkilisi sayılmaktadır. Kıyı devleti, örneğin geminin donatanı ya da suçtan zarar görenin kendisi veya vatandaşı olduğu devlet gibi maddede sayılmayan kişiler tarafından yardım talep edilmesi durumunda cezaî yargı yetkisini kullanabilecek midir? Madde metninde yardım talep edebilecekler sınırlı olarak sayıldığı anlaşılacakla birlikte özellikle geminin donatanı ve suçtan zarar görenin talebi halinde de kıyı devletinin cezaî yargı yetkisini kullanabileceğinin kabul edilmesi maddenin ruhuna uygun düşecektir.

### **dd) Küresel Nitelikli Suçlar**

Kıyı devletinin, karasularından geçiş yapan yabancı bir gemi üzerinde cezaî yargı yetkisi kullanabileceği diğer bir durum ise müdahalenin uyuşturucu veya diğer psikotrop madde trafiğinin önlenmesiyle ilgili olmasıdır<sup>72</sup>. Buna göre her kıyı devleti, genel olarak uyuşturucu madde trafiğinin önlenmesiyle ilgili olduğuna karar verdiği durumlarda,

<sup>71</sup> Bununla birlikte madde; 1958 CKBS'de "geminin kaptanı (*the captain of the ship*) veya bayrak devletinin konsolosu (*consul of the country*)", UNCLOS'ta ise "geminin kaptanı (*the master of the ship*) veya bayrak devletinin bir diplomatik temsilcisi veya konsolosluk yetkilisi (*a diplomatic agent or consular officer of the flag state*) şeklinde kaleme alınmaktadır.

<sup>72</sup> 1958 KSBS m. 19(1)(d) ve UNCLOS m. 27(1)(d). Yukarıda tarihsel süreç kısmında kısaca vurgulandığı gibi ILC'nin BM'e sunduğu 1956 tarihli raporunda uyuşturucu trafiğinin önlenmesine yer verilmemiş olmasına rağmen hüküm, Pakistan'ın A/CONF.13/C.1/L.53 sayılı önerisi üzerine 1958 CKBS'nin 19(1) maddesine (d) bendi olarak eklenmiştir (LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 138; LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships", s. 89). UNCLOS Konferansı sürecinde ise "veya psikotrop madde" ibaresi eklenen madde daha sonra UNCLOS'un 27(1)(d) maddesi olarak Sözleşmeye derç edilmiştir.



karasularından uğraksız geçiş yapan yabancı gemiler üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanabilecektir.

İtiraz halinde ispat külfeti kendisinde olmak üzere, olayın uyuşturucu trafiğinin önlenmesiyle ilgili olup olmadığının takdir yetkisinin kıyı devletinde olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda itiraz halinde; cezaî yargı yetkisini kullanan kıyı devleti suçun uyuşturucu trafiğinin önlenmesiyle ilgili olduğunu, cezaî yargı yetkisini kullanmaktan kaçınan bir kıyı devleti ise suçun uyuşturucu trafiğinin önlenmesiyle ilgili olmadığını ispat etmelidir.

Doktrinde, özellikle deniz haydutluğu, insan kaçakçılığı, terörizm gibi küresel ve insanlığa karşı işlenen suçların maddede açık şekilde sayılmamasının eksiklik olduğu vurgulansa da aslında bu tür suçların da madde kapsamında olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>73</sup>. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi madde, kıyı devletinin cezaî yargı yetkisinin sınırlarını kesin olarak çizmemekte sadece diplomatik dille nazik bir ödev yüklemektedir. Ayrıca bu tür faaliyetler kural olarak kıyı devletinin barış ve kamu düzenini ihlal edeceğinden, kıyı devleti her zaman bu tür suçlar üzerinde de cezaî yargı yetkisini kullanabilmelidir.

### **c) Uğraklı Geçiş**

#### **aa) Genel Olarak**

Karasularından uğraklı geçiş<sup>74</sup> yapan yabancı gemiler üzerinde kıyı devletinin cezaî yargı yetkisinin kapsamı, kısmen, 1958 CKBS'nin 19(2) ve UNCLOS'un 27(2) maddelerinde düzenlenmektedir. Maddelerde, kıyı devletinin, 1. fıkrada sayılan istisnalara bağlı kalmaksızın, içsularından gelerek karasularından geçen bir yabancı gemide tutuklama veya soruşturma yapmak dahil olmak üzere her türlü cezaî yargı yetkisini kullanabileceği açık şekilde düzenlenirken, kıyı devletinin içsularına ulaşmak üzere karasularından geçmekte olan yabancı gemi üzerinde cezaî yargı yetkisine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kıyı devletlerinin uğraklı geçiş yapan gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisi iki başlık altında incelenmelidir.

<sup>73</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 251.

<sup>74</sup> UNCLOS'un (18)(1)(b) maddesi uyarınca uğraklı geçişi, yabancı bir geminin kıyı devletinin içsularına veya liman tesisine girmek ya da terk etmek veya bu nitelikte bir demirleme yerinde durmak amacıyla karasularını kullanması olarak tanımlamak mümkündür; 1998 tarihli Türk Boğazları Deniz Trafiği Tüzüğü'nün 2(f) maddesinde ise "uğraklı geçiş yapan gemi: Seferi, Türk Boğazları'ndan bir liman, yada iskeleye varmak yada uğramak üzere planlanmış gemi ile uğraksız geçişi bozulan yada uğraksız geçişini bozan gemi" şeklinde tanımlanmaktadır.

### **bb) İçsulardan Dışarıya**

1958 CKBS'nin 19(2) ve UNCLOS'un 27(2) maddelerinde, birinci fıkra hükümlerinin, kıyı devletinin, içsularından ayrılarak karasularından geçiş yapan yabancı bir gemi üzerinde tutuklama veya soruşturma amaçlı olarak kanunlarında öngörülen tedbirleri alma hakkını olumsuz etkilemediği hükme bağlanmaktadır. Buna göre kıyı devleti, içsularından ayrılan yabancı gemiler üzerinde her türlü adli, idarî ve cezaî tedbiri uygulayabilmektedir. Maddede sadece karasularından geçişten bahsedildiğinden, bu yetkilerin kullanılmasında, yabancı geminin zararsız geçiş yapıp yapmaması bir önem taşımamalıdır<sup>75</sup>.

Madde metninde “içsulardan ayrıldıktan sonra karasularından geçiş yapan bir yabancı bir gemi” ifadesi kullanılmaktadır. Kıyı devletinin, bu yetkisini kullanabilmesi için yabancı geminin sadece içsularından gelmesi yeterli olacak mıdır? Örneğin kıyı devleti, herhangi bir durma veya demirleme olmaksızın sadece içsularına girerek uğraksız geçiş yapan yabancı bir gemi üzerinde cezaî yargı yetkisini uygulayabilecek midir?

Maddenin lafzî yorumundan, cezaî yargı yetkisinin kullanılabilmesi için sadece yabancı geminin içsulardan ayrıldıktan sonra karasularından geçiş yapıyor olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Maddede, suçun, kıyı devletinin içsularında işlenmiş olup olmadığına dair bir kayıt da bulunmamaktadır. Ancak madde hakkında ILC'nin yapmış olduğu açıklamalardan<sup>76</sup> ve maddenin amaçsal yorumundan suçun, kıyı devletinin içsularında veya karada işlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla yabancı geminin, sadece kıyı devletinin içsularını kullanmış olması cezaî yargı yetkisinin kullanılmasında yeterli olmadığı, aynı zamanda suçun içsularda veya karada işlenmiş olması gerektiği kabul edilmelidir.

### **bb) Dışarıdan İçsulara**

1958 CKBS'nin 19 ve UNCLOS'un 27. maddelerinde, içsulara yönelmiş bir geminin karasularında seyri esnasında işlenen bir suç nedeniyle kıyı devletinin cezaî yargı yetkisine dair herhangi bir kural bulunmamaktadır. Doktrinde ise kıyı devletinin, aynen içsularını terk eden gemilerde olduğu gibi içsularına doğru yönelen gemiler üzerinde de benzer yetkilere sahip olduğu belirtilmektedir<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 251.

<sup>76</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1956*, s. 275; LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 136.

<sup>77</sup> O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 958; SHEARER, I. A.: “Problems of Jurisdiction and Law”, s. 327; YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 252.

İçsularına ulaşmak üzere karasularında seyretmekte olan bir yabancı gemi üzerinde kıyı devletinin, 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddesi kapsamında cezai yargı yetkisinin bulunduğu açıktır. Burada kıyı devletinin, maddelerin kapsamına girmeyen bir suç üzerinde cezai yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacağı gibi 1958 CKBS'nin 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddesinde kıyı devletlerinin; kural olarak, yabancı bir limandan gelip içsularına girmeksizin sadece karasularından geçen yabancı bir gemide, geminin karasularına girmesinden önce işlenmiş bir suç dolayısıyla tutuklama veya soruşturma yapamayacağı düzenlenmektedir. Maddenin aksi ile ispat yorumundan; içsularına ulaşmak amacıyla karasularını kullanan bir gemi üzerinde kıyı devletinin, kural olarak, cezai yargı yetkisini kullanabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu itibarla kıyı devletlerinin; suçun karasularının dışında ya da içinde işlenmiş olmasına bakılmaksızın<sup>78</sup>, içsularına ulaşmak ya da karasularının herhangi bir yerinde demirlemek amacıyla karasularında seyreden yabancı gemiler üzerinde, maddelerin birinci fıkrasında sayılan durumlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın cezai yargı yetkisini kullanabileceği kabul edilmelidir<sup>79</sup>.

#### ***d) Karasularına Girmeden Önce İşlenen Suçlar***

##### ***aa) Genel Olarak***

Yukarıda vurgulandığı gibi 1958 CKBS'nin 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddelerinde, kural olarak, yabancı bir limandan gelip içsularına girmeksizin sadece karasularından geçen yabancı bir gemide, geminin karasularına girmesinden önce işlenmiş bir suç dolayısıyla kıyı devletinin

---

<sup>78</sup> Aksi yönde bkz. O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 958; YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 252. Yazarlar, kıyı devletinin cezai yargı yetkisini karasularında işlenen suçlar üzerinde kullanabileceğini düşünmektedirler. Bununla birlikte 1958 CKBS'nin 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddesinde açık şekilde kıyı devletinin, karasularına girmeden önce işlenmiş bir suçtan dolayı, sadece, içsularına girmeksizin karasularından geçen gemi üzerinde cezai yargı yetkisini kullanamayacağı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla geminin içsularına girmesi durumunda kıyı devleti, karasularına girmeden önce işlenmiş bir suç üzerinde de cezai yargı yetkisini kullanabilmelidir.

<sup>79</sup> Yang ise uygulamada kıyı devletlerinin cezai yargı yetkisini genellikle geminin limana ulaştıktan sonra kullandıklarından bu tür geçiş yapan gemiler üzerinde cezai yargı yetkinin tartışılmasının pratikte çok önemli olmadığını düşünmektedir. YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 252

tutuklama veya soruşturma yapması yasaklanmaktadır<sup>80</sup>. ILC'nin 1956 tarihli raporunda yer almayan madde, 1958 CKBS görüşmeleri esnasında Yugoslavya ve İngiltere'nin önerisi üzerine şekillenmiştir<sup>81</sup>.

Öncelikle 1958 CKBS'nin 19(5) ile 27(5) maddelerinde, maddelerin birinci fıkrasında kullanılan “*should not*”un yerine “*may not*” ifadesinin tercih edildiğini, bu itibarla maddenin, birinci fıkraya göre, daha kesin bir yasaklamayı ifade ettiği vurgulanmalıdır<sup>82</sup>. *Brown*, bu farklılığın, suçun işlendiği iddia edilen deniz alanına göre kıyı devletinin farklı cezaî yargı yetkisini gündeme getirebileceğini düşünmektedir<sup>83</sup>. İngilizce dilbilgisi kuralları uyarınca “*may not*”un, “*should not*”a göre daha kesin bir yasaklama içerdiği açık olmakla birlikte<sup>84</sup>, doğru sonuca ulaşabilmek için madde tarihsel ve amaçsal olarak da değerlendirilmelidir.

Bu kapsamında tartışılması gereken hususlardan birincisi, maddelerin birinci fıkrasında kıyı devletine yargı yetkisini kullanabilme yetkisi veren durumlara kesin bir istisna getirip getirmediğidir. Örneğin karasularının dışında işlenmiş suç nedeniyle kaptanın yardım istemesine rağmen kıyı devleti gemide soruşturma yapamayacak mıdır? Yine deniz haydutları

<sup>80</sup> Pazarcı, Sözleşmelerin bu hükümlerini, Uluslararası Adalet Divanı'nın 7 Eylül 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Davası kararından sapma olarak değerlendirmektedir. PAZARCI, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, s. 358.

<sup>81</sup> İngiltere, komisyona sunduğu A/CONF.13/C.1/L.37 önerisiyle kıyı devletinin, karasularına girmeden önce gemiden başka bir yerde işlenmiş suçtan dolayı cezaî yargı yetkisi kullanamayacağını önerirken Türkiye ise ceza kanunlarının dışarıda işlenmiş suçları cezalandıran veya suçluların geri verilmesi antlaşması gereğince iade talebi ile karşılaşan kıyı devletinin, seyrüsefer özgürlüğüne dikkat etmek şartıyla, cezaî yargı yetkisini kullanacağını sekinde yeni bir fıkra eklenmesini önermiştir. Komisyonda ilk olarak İngiliz önerisinin oylanarak kabul edildiğinden Türkiye'nin önerisinin oylanmasına geçilememiştir. Türkiye, İngiltere'nin önerisine katılmadığını ve maddeye itiraz ettikleri açık şekilde belirterek kayıtlara geçirilmesini sağlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Official Records, Volume III: First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*, Birleşmiş Milletler Yayını, Cenevre 1958, s. 116 (*Official Records, Volume III: First Committee*); LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 140; LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships”, s. 92.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz. LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships”, s. 93; O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 962; SHEARER, I. A.: “Problems of Jurisdiction and Law”, s. 328; YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 252; TREVES, T.: “Navigation”, [DUPUY, R. J. – VIGNES, D. (ed.): *A Handbook on the Law of the Sea*, C. II, Dordrecht 1991], s. 937.

<sup>83</sup> BROWN, E. D.: *The International Law of the Sea, Introductory Manual*, C. I, Alderhost 1994, s. 64.

<sup>84</sup> Benzer görüş için bkz. LUKE, T. L.: “Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships”, s. 93. Yazar, konferans görüşmelerinin, kıyı devletinin egemenlik hakkının kesin olarak sınırlandırılması değil sadece “*should not*”, “*should, generally, not*” ile “*may not*” terimleri arasındaki bir karışıklık nedeniyle “*may not*” ifadesinin kullanılmış olduğunu belirtmekle birlikte maddenin bu şekilde kıyı devletinin yargı yetkisi kısıtlama getirdiğini düşünmektedir.

tarafından açık denizde ele geçirilen bir gemi için bayrak devletinin yardım talebine rağmen kıyı devleti tutuklama yapmaktan kaçınabilecek midir?

1958 CKBS 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddelerinin lafzi yorumu, sorulara olumsuz cevap verilmesini gerektirmektedir. Gerçekten de maddede kıyı devletinin, geminin karasularına girmeden önce işlenmiş suçlar nedeniyle tutuklama veya soruşturma yapmasını açık şekilde yasaklanmaktadır. Bununla birlikte maddenin katı şekilde yorumlanması özellikle terör, deniz haydutluğu, insan kaçakçılığı gibi küresel suçlarla mücadelede önemli sorunlar doğuracağı açıktır. *Luke*'nin vurguladığı<sup>85</sup> gibi tarihsel süreçten, maddenin amacının, lafzi yorumun aksine, kıyı devletinin egemenliğinin kesin olarak sınırlandırılması değil sadece önemsiz suçlar nedeniyle geminin alıkonularak seyrüsefer serbestliğinin askıya alınmaması olduğunu anlaşılmaktadır. Bu anlamda madde, kıyı devletinin zararsız geçiş yapan gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisini kesin olarak sınırlandırmadığı aksine sadece egemen haklarına, sözleşmeye dayalı bir kısıtlama getirdiği<sup>86</sup> şeklinde yorumlanmalıdır. Maddelerin birinci fıkrasında sayılan durumlardan birisinin gerçekleşmesi durumunda kıyı devletleri cezai yargı yetkisini kullanabilmelidir.

Dokuz Ganalı mültecinin açık denizde öldürülmesiyle ilgili 1992 tarihli *McRuby* davası<sup>87</sup> bu yorumu destekler niteliktedir. Davada Fransız mahkemesi, suçun açık denizde işlenmiş olmasına rağmen, geminin *La Havre* Limanı'na girmesine rağmen halâ kayıp Ganalı'yı aramaya devam ediyor olmasını, suçun bir kısmının Fransız karasularında meydana gelmiş olması olarak değerlendirmiştir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships", s. 93.

<sup>86</sup> Aynı yönde bkz. O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 962. Yazarlar, maddedeki "may not" ifadesinin sadece gözden kaçırılmış bir durum olduğunu, maddenin tarihsel sürecinin, kıyı devletinin karasularına girmeden önce işlenmiş suçlarla ilgili tutuklama veya soruşturma yapmaktan uzak duracağı yönündeki görüşü desteklemediğini ve bu nedenle maddenin, kıyı devletinin egemen hakkına yönelik sözleşmeye dayalı bir kısıtlama olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

<sup>87</sup> Ukrayna bayraklı *McRuby* gemisine kaçak olarak bindiği tespit edilen dokuz Ganalı mülteci denizden sekiz gemi açık denizde iken gemi personeli tarafından tespit edilir. Yakalanan sekiz Ganalı mülteci, geri götürülmek veya en yakın karaya çıkarılmak yerine açık denizde öldürülerek denize atılır. Gemi personeli kaçak bir mültecinin olduğunu bilmesine rağmen bir türlü yakalayamaz. Gemi, Fransa'nın *La Havre* Limanı'na demirlemesinden sonra yakalanamayan Ganalı mülteci polise başvurarak olayı Fransız makamlarına intikal ettirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BARDIN, A.: "Coastal State's Jurisdiction Over Foreign Vessels", *Pace International Law Review*, 2002, C. XIV, S. 1, s. 37.

<sup>88</sup> Fransız mahkemesi gerekçesinde, olayın UNCLOS'un 101. maddesinde düzenlenen deniz haydutluğu suçunu oluşturmasına da vurgu yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BARDIN, A.: "Coastal State's Jurisdiction", s. 38.

Tartışılması gereken diğer bir konu ise “coğrafi olarak nerede işlenen suçların” madde kapsamına dahil olduğudur. Diğer bir ifadeyle kıyı devletinin cezaî yargı yetkisini kullanamamasında suçun karasularının dışında işlenmiş olması yeterli olacak mıdır?

Maddenin kaynağını teşkil eden İngiltere önerisinde, kıyı devleti sadece karasularının dışında ve “gemiden başka bir yerde işlenen” suçlar için tutuklama veya soruşturma yapamayacağı belirtilmekteydi<sup>89</sup>. I. Komite’de İngiltere’nin önerisi aynen kabul edilmiş olmasına rağmen, Yugoslavya’nın önerisine<sup>90</sup> uygun olarak, Tasarı Komitesi (*Drafting Committee*)’nde “gemiden başka bir yerde işlenen” ibaresi metinden çıkarılarak madde son halini almıştır<sup>91</sup>. Bu kapsamda maddenin tarihsel süreci, suç ister gemide ister gemi dışında herhangi bir yerde işlenmiş olsun, karasularının dışında işlenen bütün suçların, kıyı devletinin cezaî yargı yetkisinin dışında kaldığını göstermektedir.

UNCLOS’un 27(5) maddesinde ise bu genel kurala: UNCLOS’un XII. Bölümü’nde düzenlenen kurallar ile V. Bölüme uygun olarak kıyı devletinin kabul ettiği kuralların ihlal edilmesi şeklinde iki istisna getirilmektedir. Bu iki istisnaya, kıyı devletinin deniz yetki alanlarında sahip olduğu diğer egemen hak ve yetkilerini de eklemek gerekmektedir.

#### **bb) Deniz Çevresinin Kirlenmesi**

UNCLOS’un 27(5) maddesinde sayılan birinci istisna, UNCLOS’un XII. Bölümü’nde düzenlenen deniz çevresinin kirlenmesine<sup>92</sup> karşı kıyı devletine tanınan yetkilerin kullanılmasıdır.

UNCLOS’un 211(4) maddesinde kıyı devletlerine, zararsız geçiş yapan yabancı gemiler dahil olmak üzere karasularını kullanan gemilerden kaynaklanan deniz çevresinin kirlenmesini önleme, azaltma ve kontrol etme için kanun ve düzenlemeler yapabilme yetkisi verilmektedir. Hatta deniz

<sup>89</sup> *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 219.

<sup>90</sup> Yugoslavya’nın A/CONF.13/C.1/L.20 sayılı önerisi ile İngiltere’nin önerisi paralel olmakla birlikte farklı olarak “karasularına girmeden önce işlenmiş herhangi bir olay nedeniyle” kıyı devletinin gemideki herhangi bir kişiyi tutuklayamayacağı önerilmişti. *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 214.

<sup>91</sup> *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 257.

<sup>92</sup> UNCLOS’un 1(4) maddesinde deniz çevresinin kirlenmesi; canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dahil olmak üzere, deniz faaliyetlerine engel olma, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, haliçler de dahil olmak üzere, deniz çevresine dahil edilmesi olarak tanımlanmaktadır.

çevresinin kirlenmesinin önlenmesine yönelik uluslararası kural ve standartların yetersiz kalması durumunda kıyı devletlerinin, yetkili uluslararası kuruluşlar vasıtasıyla, münhasır ekonomik bölgelerinde zorlayıcı tedbirler alabilecekleri ve bunlara işlerlik sağlayan düzenlemeler yapabilecekleri hükme bağlanmaktadır [UNCLOS m. 211(5) ve(6)].

Kıyı devletinin, deniz çevresinin kirlenmesine ilişkin uygulama yetkisi ise UNCLOS'un 220. maddesinde ayrıntılı olarak hükme bağlanmaktadır. Buna göre kıyı devleti; karasularından geçiş yapan bir yabancı bir geminin, gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınmasına ilişkin kuralları ihlal ettiğine dair inanılır açık delillerin bulunması halinde gerekli yasal işlemi yapabilmektedir. Ayrıca kıyı devletinin, münhasır ekonomik bölgesi veya karasularından geçiş yapan bir geminin münhasır ekonomik bölgesine veya canlı ya da cansız kaynaklarına esaslı bir zarar vermesi ya da böyle bir zararın doğmasına neden olma ihtimali bulunması durumunda kendi kanunlarını uygulama yetkisi bulunmaktadır.

Öncelikle zararsız geçiş yapan bir geminin, zararsız geçiş esnasında deniz çevresinin kirlenmesine neden olması, doğal olarak, kıyı devletini doğrudan etkiyeceğinden, UNCLOS'un 27(1)(a) maddesi uyarınca kıyı devletinin, olayın takdiri ve itiraz halinde ispat külfeti kendisinde olmak üzere, cezaî yargı yetkisini kullanabileceği vurgulanmalıdır<sup>93</sup>. Ayrıca zararsız geçiş esnasında kasten ve ciddi bir kirlenmeye<sup>94</sup> neden olan gemi, kural olarak, zararsız geçiş hakkını kaybedeceğinden yine kıyı devleti cezaî yargı yetkisini kullanabilecektir. Bu kapsamda tartışılması gereken asıl husus, deniz çevresi kirlenmesine, zararsız geçiş dışında neden olan yabancı bir gemi üzerinde kıyı devletinin, karasularından zararsız geçiş yaparken

---

<sup>93</sup> Bkz. ABDULLAYEV, C.: *Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini)*, Ankara 2005, s. 160. Yazar, UNCLOS'un 27(1) ve 220(2) maddeleri uyarınca gemi mürettebatının tutuklanması veya geminin alıkonulması gündeme gelmekle birlikte teminat hükümleri uyarınca tutuklamanın kaldırılması ve geminin serbest bırakılmasının gerekeceğini düşünmektedir.

Deniz kirlenmesi olayı kıyı devletini etkilememiş olsa bile karasularından geçiş yapan bir geminin, geçiş esnasında, kıyı devletinin gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınması amacıyla UNCLOS veya diğer uluslararası sözleşmelere uygun olarak kabul ettiği kuralları ihlal ettiğine dair inanılır açık delillerin bulunması durumunda da kıyı devleti, ilgili gemi üzerinde hukukî işlem başlatabilmektedir. Bkz. UNCLOS m. 220(2).

<sup>94</sup> TÜTÜNCÜ, A. N.: *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, B. 3, İstanbul 2004, s. 119; ABDULLAYEV, C.: *Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, s. 160.

cezaî yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağıdır. Özellikle UNCLOS'ta konuyla ilgili açık hükümler bulunmaması konuyu daha önemli kılmaktadır.

Olayın oluş yeri ve etkilediği alanla ilgili olarak zararsız geçiş yapan yabancı geminin neden olduğu çevre kirlenmesi<sup>95</sup>:

(i) Açık denizde gerçekleşmiş ve sadece açık denizi etkilemiş,

(ii) Açık denizde gerçekleşmiş ancak kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesini etkilemiş,

(iii) Açık denizde gerçekleşmiş ancak kıyı devletinin karasularını etkilemiş,

(iv) Kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesinde gerçekleşmiş ve sadece münhasır ekonomik bölgeyle sınırlı kalmış veya

(v) Kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesinde gerçekleşmiş ancak karasularını etkilemiş olabilir.

#### ***aaa) Açık Denizde Gerçekleşen Deniz Çevresi Kirliliği***

Açık denizde gerçekleşen ancak etkisi açık denizle sınırlı kalan deniz kirliliğine sebep olan ve karasularından geçmekte olan bir gemi üzerinde kıyı devleti, sırf bu nedenle, cezaî yargı yetkisini kullanmamaktadır<sup>96</sup>. Bununla birlikte aynı şeyi açık denizde gerçekleşen ancak münhasır ekonomik bölge veya karasularına uzanan deniz kirliliği için söylemek pek mümkün değildir. Zira, her ne kadar UNCLOS'un deniz kirlenmesine ilişkin hükümlerinde konuyla ilgili açık hüküm bulunmamasına rağmen, münhasır ekonomik bölgesini ve özellikle karasularını etkileyen deniz kirliliğinin, UNCLOS'un 27(1)(a) ve (b) maddelerindeki "suçun sonuçlarının kıyı devlete uzanması" veya "suçun, ülkenin barışını veya karasularının düzenini bozması" kıyı devletinin cezai yargı yetkisini kullanmasını gündeme getirecektir. Örneğin açık denize dökülen çöplerin deniz yetki alanlarına ulaşarak deniz kirliliğine neden olması kıyı devletinin cezai yargı yetkisini gündeme getirebilecektir. Bu itibarla her somut olayda kıyı devleti, olayın sonuçlarının kendisine uzandığını veya barış veya düzenini bozduğunu ispat ederek, zararsız geçiş rejimine ilişkin hükümleri ihlal etmemek şartıyla, cezaî yargı yetkisini kullanabilmelidir.

<sup>95</sup> Çalışma konusuyla ilgili olarak kıyı devletinin, sadece, deniz çevresine yol açan ancak karasularından zararsız geçiş yapan bir gemi üzerindeki cezaî yargı yetkisi tartışılmış olup zararsız geçiş yapmayan örneğin içsularında bulunan, karasularında demirleyen veya karasularını terk etmiş gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisi kapsam dışında tutulmuştur.

<sup>96</sup> ABDULLAYEV, C.: *Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, s. 162.



**bbb) Münhasır Ekonomik Bölgede Gerçekleşen Deniz Çevresi Kirliliği**

Kıyı devletinin, münhasır ekonomik bölgesinde gemiden kaynaklanan kirliliğin önlenmesine ilişkin özel hükümlere<sup>97</sup> ek olarak, deniz kirliliğinin münhasır ekonomik bölgesini özellikle karasularını etkilemesi, yukarıda belirtildiği gibi, aynı zamanda kıyı devletinin UNCLOS'un 27(1)(a) ve (b) maddelerindeki yetkisini gündeme getireceğinden, kıyı devletinin, bu tür deniz kirlenmesine neden olan gemi üzerinde de cezaî yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.

**cc) Münhasır Ekonomik Bölgedeki Egemen Hakların İhlali**

UNCLOS'un 27(5) maddesinde sayılan ikinci istisna, kıyı devletinin, Sözleşmenin V. Bölümü'ne uygun olarak kabul etmiş olduğu kanun ve kuralların ihlal edilmesidir. Buna göre kıyı devleti; münhasır ekonomik bölgesindeki canlı kaynaklarının araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konularında, UNCLOS'a uygun olarak, kabul ettiği kanun ve kurallarına uyulmasını sağlamak amacıyla<sup>98</sup> karasularından geçiş yapan yabancı gemi üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanabilmektedir<sup>99</sup>.

Kabul ettiği bu tür nitelikteki kanun ve kurallarının ihlal edildiğini değerlendiren kıyı devleti, UNCLOS'un 27(1) maddesinde sayılan durumlardan birinin varlığının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, cezaî yargı yetkisini kullanabilecektir. UNCLOS'un 73. maddesi uyarınca da yabancı bir geminin, kabul edilen bu nitelikteki kanun ve kuralları ihlal edip

---

<sup>97</sup> UNCLOS'un m. 220(3) maddesi uyarınca kıyı devletlerinin, münhasır ekonomik bölgesinde gemiden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, azaltılması veya kontrol altına alınmasına yönelik kabul edilen ulusal kanunları veya konuyla ilgili uluslararası standartları ihlal ettiğine ilişkin açık sebepler bulunması durumunda, karasularından veya münhasır ekonomik bölgesinden geçiş yapmakta olan bir gemiden; kimliği, bağlama limanı ve sonraki uğrayacağı liman dahil olmak üzere ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için gerekli her türlü bilgi isteme yetkisi bulunmaktadır.

<sup>98</sup> UNCLOS'un 73(1) maddesi kıyı devletlerine; münhasır ekonomik bölgesindeki canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konularındaki egemen haklarının kullanılmasına yönelik olarak, UNCLOS'a uygun olarak kabul ettiği kanunlara ve kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla gemiye çıkma, denetleme, elkoyma ve hakkında dava açma da dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alabilme yetkisi vermektedir.

<sup>99</sup> Kıyı devleti, bu yetkisini, gemi münhasır ekonomik bölgesinde iken de kullanabilecektir. Bu konuda ayrıca bkz. ECE, N. J. – AÇIKEL, A. E.: "Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları: Gürcistan'ın Karadeniz'de Seyreden Gemilere El Koyması", [BAŞAR, E. (ed.): *Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2011], s. 120.

etmediğinin takdir yetkisi ile itiraz halinde ispat yükünün kıyı devletinde olduğu kabul edilmelidir.

#### **dd) Diğer Egemen Hakların İhlali**

UNCLOS'un 27(5) maddesinin ilk cümlesinde yer alan iki istisna haricinde de kıyı devletine karasularının dışında işlenmiş suçlar üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanma yetkisi veren uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır. 1958 CKBS'nin 24(1)(b) ve UNCLOS'un 33(1)(b) maddesinde kıyı devletine bitişik bölge<sup>100</sup> olarak adlandırılan deniz alanında gümrük, maliye, sağlık veya göçle ilgili kanun veya kuralları ihlal eden yabancı gemiler üzerinde cezaî yargı yetkisi kullanması bu istisnalardan birisidir.

Maddelerde sadece ülkesi veya karasularında meydana gelen riayetsizlikleri cezalandırmaktan bahsedilmiş olsa da karasularının dışında ancak bitişik bölgede meydana gelen bu tür bir riayetsizlik üzerinde, geminin sonradan karasularına girmiş olması şartıyla, kıyı devletleri cezaî yargı yetkisini kullanabilmelidir. Zira maddenin (a) bendinde, ülkesi veya karasularında gümrük, maliye, sağlık veya göç ile ilgili kanun ve kurallarına riayetsizlikleri önlemek yetkisi; geniş anlamda tutuklama, soruşturma ve kovuşturma gibi cezaî yargı yetkisini de kapsamaktadır<sup>101</sup>.

Uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yetkiler kapsamında özellikle 1952 yılında imzalanan "Çatma ve Diğer Seyrüsefer Olayları Hakkında Cezaî Yetki ile İlgili Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme (1952 *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or Other Incidents of Navigation* - 1952 Brüksel Sözleşmesi)<sup>102</sup>'nin 1. maddesi ayrıca tartışılmalıdır.

---

<sup>100</sup> Bitişik bölge (*contiguous zone*), kıyı devletinin, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan itibaren 24 deniz miline kadar bir deniz alanında gümrük, maliye, sağlık veya göçle ilgili kanun veya kurallarının ihlâlını önlemek ya da ülkesi veya karasularında meydana gelen riayetsizlikleri cezalandırmak amacıyla ilan edebileceği bir deniz yetki alanıdır (1958 CKBS m. 24 ve UNCLOS m. 33). Bu deniz alanında kıyı devletinin yetkileri yukarıda sayılanlar ile sınırlı olup bunlar haricinde herhangi bir yetki kullanamamaktadır.

<sup>101</sup> Ayrıca, 1958 CKBS'den farklı olarak, UNCLOS'un 303(2) maddesinde kıyı devletlerine, arkeolojik ve tarihî eşyalar konusunda da bitişik bölge ilan etme hakkı tanıdığından kıyı devletleri, bu tür kuralların ihlalinde de cezaî yargı yetkisini kullanabilmelidir.

<sup>102</sup> 20 Kasım 1955 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin taraf olmadığı sözleşmenin İngilizce metni ve sözleşmeye katılan devletlerin listesi için bkz. <http://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20439/volume-439-i-6332-english.pdf> (erişim tarihi: 27 Kasım 2012). Sözleşmenin gayriresmî çevirisi için bkz. TEKİL, F.:

1952 Brüksel Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, açık şekilde, çatma ve diğer seyrüsefer olayları nedeniyle gemi kaptanı ile diğer gemi adamları hakkında cezaî soruşturmanın ancak geminin çatma veya diğer seyrüsefer olayı sırasında bayrağını taşıdığı devlet tarafından yapılacağı hükme bağlanmaktadır<sup>103</sup>. Buna göre kıyı devletleri, olayın sonuçları kıyı devletine uzanmış olsa da kural olarak, karasularından zararsız geçiş yapan hatta karasularında meydana gelen çatma veya diğer seyrüsefer olaylar üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanamamaktadır<sup>104</sup>. Bu durumun, 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddeleriyle çeliştiği ve haksız sonuçlar doğuracağı ise tartışmadan uzaktır<sup>105</sup>.

### ***e) Cezaî Yargı Yetkisi Kullanan Kıyı Devletinin Yükümlülükleri***

UNCLOS'un 27(3) maddesinde kıyı devletinin, kaptanın talep etmesi durumunda, cezaî yargı yetkisine yönelik tedbir almadan önce geminin bayrağını taşıdığı devletin diplomatik temsilciliğini veya bir konsolosluk memurunu haberdar edeceği ve bu kişiler ile gemi mürettebatı arasında iletişim kurmalarını kolaylaştıracağı, ancak acil durumlarda haber verme işlemini tedbirler uygulanırken de yapılabileceği hükme bağlanmaktadır. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere kıyı devletinin bildirim ve iletişim yükümlülüğü, gemi kaptanın talep etmesi halinde doğmakta diğer durumlarda tamamen kıyı devletinin takdirinde bulunmaktadır. Bununla birlikte gemi kaptanı talep etmemiş olsa dahi kıyı devleti, geminin bayrağını taşıdığı devleti haberdar etmeli ve özellikle diplomatik temsilciler ile gemi mürettebatı arasında iletişim kurulması için gerekli tedbirleri alabilmelidir.

Bu yükümlülükler ek olarak kıyı devleti, aynı zamanda, tutuklamanın uygun olup olmadığını veya nasıl yapılacağını incelerken, seyrüsefer gereklerini de gözönünde bulundurmaya zorundadır [UNCLOS m. 27(4)]. Bu itibarla kıyı devleti, zararsız geçici engellemek için gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlü bulunmaktadır.

---

*Uluslararası Konvansiyonlar*, İstanbul 1987, s. 234; ALGANTÜRK LIGHT, D.: *Denizde Çatma Hukuku*, İstanbul 2012, s. 137.

<sup>103</sup> Sözleşmenin bu hükmü, 7 Eylül 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Davası'nda, Uluslararası Adalet Divanı tarafından kabul edilmeyen Fransız tezinin kabulü anlamı taşımaktadır. TEKİL, F.: *Uluslararası Konvansiyonlar*, s. 236.

<sup>104</sup> ÖZMAN, A.: *Deniz Hukuku*, s. 329. Bununla birlikte devletler, sözleşmeye katılırken, karasularında meydana gelecek çatma ve diğer hukuka aykırı filleri kovuşturma hakkını saklı tutabilmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİL, F.: *Uluslararası Konvansiyonlar*, s. 236.

<sup>105</sup> Tekil'in haklı olarak vurguladığı gibi 1952 Brüksel Sözleşmesi'ne taraf olurken karasularında cezaî yargı yetkisini saklı tutmayan bir devleti, karasularındaki yabancı bir gemi hakkında, o ülke gemilerine hatta içindekilere zarar vermiş olsa da hiçbir cezaî yargı yetkisi kullanamayacaktır. Kıyı devletinin kamu düzeninin ihlal edilmiş olup olmasının bir önemi de olmayacaktır. TEKİL, F.: *Uluslararası Konvansiyonlar*, s. 242.

### III. ULUSLARARASI UYGULAMA VE TÜRKİYE

Uluslararası uygulamada devletlerin önemli bir kısmının, 1958 CKBS ve UNCLOS'un aksine, karasularındaki yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisine ilişkin ulusal düzenlemelerini, uğraklı veya uğraksız geçiş arasında herhangi bir ayrıma gitmeden kaleme aldıkları görülmektedir. Örneğin ABD; kara ülkesi, limanlar, haliçler, körfezler ve karasularında işlenen bütün suçların ABD Ceza Kanunu'na göre cezalandırılacağını kabul etmektedir. Bu anlamda ABD karasularına giren bütün yabancı gemiler, zararsız geçiş yapsın ya da yapmasın, ABD cezaî yargı yetkisine tabi bulunmaktadır<sup>106</sup>. 1923 tarihli *Cunard v. Mellon* davasında da ABD Yüksek Mahkemesi, açık şekilde, bir ülke ticaret gemisinin kendi isteğiyle başka bir ülkenin egemenlik sınırları içine girmesi durumunda<sup>107</sup> geminin, o devletin egemenliğine tabi olduğuna hükmetmiştir<sup>108</sup>.

Yukarıda kısaca değinildiği gibi İngiltere, karasularında işlenen ve takibi zorunlu bütün suçların cezaî yargı yetkisine tabi olduğunu kabul etmektedir<sup>109</sup>. Bununla birlikte İngiliz Lordlar Kamarası, 1977 tarihli *Pianka v. Queen* davasında, kıyı devletinin karasularında kendi hukuk kuralları uygulama konusunda sınırsız olduğunu ve yabancı gemilerin, İngiltere'nin ulusal hukukundan bağışık olduğuna dair genel bir kuralın bulunmadığını vurgulamıştır. Bu anlamda İngiltere, ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine rağmen, karasularında bulunan bir gemide işlenen bütün suçlar üzerinde, takibi zorunlu olup olmadığına bakılmaksızın, cezaî yargı yetkisini kullanmaktadır<sup>110</sup>.

Almanya, tanımını yapmamakla birlikte, ülkesi içinde işlenen bütün suçlara Alman Ceza Kanunu'nun uygulanacağını hükme bağlamıştır<sup>111</sup>. Bu anlamda Almanya'nın, zararsız geçiş dahil karasularında işlenen bütün suçlar üzerinde cezaî yargı yetkisini kabul ettiğini söylemek yanlış

<sup>106</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 253.

<sup>107</sup> ABD, karasularının dışında geçiş yapan yabancı bayraklı gemiler üzerinde ise cezaî yargı yetkisini kullanmamaya özen göstermektedir. MCLAUGHLIN, R. J.: "The Impact of the Extension of the U.S Territorial Sea on Foreign Flag Vessels", *Territorial Sea Journal*, 1992, C. II, S. 1, s. 113.

<sup>108</sup> COLOMBOS, C. J.: *The International Law of the Sea*, s. 88; O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 943.

<sup>109</sup> 1878 tarihli Karasuları Yetki Kanunu m. 2.

<sup>110</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 254; O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 940.

<sup>111</sup> Alman Federal Ceza Kanunu, m. 3. Kanunun İngilizce metin için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#3> (erişim tarihi: 25 Kasım 2012).

olmayacaktır<sup>112</sup>. Benzer şekilde Rusya Federasyonu<sup>113</sup> ve Çin<sup>114</sup> de karasular dahil egemenlik alanında işlenen bütün suçların cezaî yargı yetkisine tabi olduğunu kabul etmektedir.

Fransa ise 1978 yılındaki *Amoco Cadiz* kazasına<sup>115</sup> kadar suçun deniz alanındaki hakları ihlal edilmediği sürece, kıyı devletinin, karasularından zararsız geçiş yapan bir gemi üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanamayacağını düşünmekteydi. Kazanın olumsuz etkisiyle Fransa, bu uygulamasını değiştirerek, yabancı ticaret gemilerinin zorunlu olarak kendi hukukî ve cezaî yargı yetkisine tabi olduğu yönünde bir eğilim göstermeye başlamıştır<sup>116</sup>.

Türkiye'nin, karasularından zararsız geçiş yapan gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisine ilişkin düzenlemesi ise TCK'nun "yer bakımından uygulama" başlıklı 8. maddesidir. Maddede açık şekilde zararsız geçişe ilişkin bir ifade bulunmamasıyla birlikte, ikinci fıkranın (a) bendinde, "Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında" işlenen suçların, Türkiye'de işlenmiş sayıldığı hükme bağlanmaktadır. Maddenin lafzî ve amaçsal yorumundan; zararsız geçiş yapan gemiler dahil olmak üzere, geminin nerede olduğuna bakılmaksızın, Türk karasularında işlenen bütün suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı anlaşılmaktadır<sup>117</sup>.

Türkiye'nin bu uygulamasının, taraf olmadığından sözleşme hükümleriyle doğrudan bağlı olmamakla<sup>118</sup> birlikte, günümüzde artık

---

<sup>112</sup> Bununla birlikte Almanya, suçun meydana geldiği yerin hukukuna bakılmaksızın, bayrağını taşıyan gemi ve uçaklarda meydana gelen bütün suçların kendi cezaî yargı yetkisinde olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Alman Federal Ceza Kanunu, m. 4.

<sup>113</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 254.

<sup>114</sup> GREENFIELD, J.: *China and the Law of the Sea, Air, and Environment*, Alphen 1979, s. 71.

<sup>115</sup> 16 Mart 1978 tarihinde Liberya bayraklı *Amoco Cadiz* adlı tanker Fransa kıyılarında karaya oturması üzerine yaklaşık 220.000 ton ham petrolün çevreye yayılmış ve büyük bir çevre felaketine yol açmıştır.

<sup>116</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 254.

<sup>117</sup> TCK'nun 8. maddesi gerekçesinde de "(maddede) mülkîlik ilkesinden ve ceza kanunlarının millî egemenliğin bir sonucu oldukları kuralından hareketle, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında sanığın ve mağdurun uyrukluğuna bakılmaksızın Türk kanunlarının uygulanacağı(nın)" gösterildiği ve "ayrıca ... Türk kara ve hava sahaları ile karasularında işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş" sayıldığı belirtilmektedir.

<sup>118</sup> Bilindiği gibi Türkiye, 1958 CKBS ve UNCLOS görüşmelerine katılmış hatta aktif rol almış olmasına rağmen her iki sözleşmeye de taraf bulunmadığından sözleşme hükümleriyle bağlı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesi uyarınca sözleşmeler rızası olmadan üçüncü bir devlet için hiç bir hak ve yükümlülük doğurmakla birlikte 1958 CKBS ve UNCLOS'un örf ve adet kuralı niteliği

uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliği kazanan 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddelerine<sup>119</sup> aykırı olduğu ileri sürülebilir<sup>120</sup>. Bununla birlikte, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, söz konusu maddeler kıyı devletine hukukî bir yükümlülük değil aksine ahlakî bir ödev yüklemektedir<sup>121</sup>. Bu kapsamda karasularından<sup>122</sup> zararsız geçiş yapan yabancı gemilerde işlenen suçların Türkiye'nin cezaî yargı yetkisine tabi olduğu yönündeki TCK'nın 8. maddesi hükmünün uluslararası hukuka aykırı olmadığı kabul edilmelidir. Uluslararası uygulamada, 1958 CKBS'nin 19(1) ve UNCLOS'un 27(1) maddesinde sayılanların dışında kalan konularda da kıyı devletlerinin cezaî yargı yetkilerini kullanmaktan çekinmemeleri,<sup>123</sup> Türkiye'nin uygulamasının uluslararası hukuka aykırı olmadığı yönündeki görüşü desteklemektedir.

Türkiye'nin uygulaması kapsamında özellikle TCK'nın 12 ve 13. maddelerinin, 1958 CKBS'nin 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddesine aykırılık teşkil edip etmediği tartışılmalıdır. Zira 1958 CKBS'nin 19(5) ve UNCLOS'un 27(5) maddesinde, kural olarak, yabancı bir limandan gelip içsularına girmeksizin sadece karasularından geçen yabancı bir gemide, geminin karasularına girmesinden önce işlenmiş bir suç dolayısıyla kıyı devletinin tutuklama veya soruşturma yapması yasaklanmasına rağmen, TCK'nın 12 ve 13. maddelerinde Türkiye dışında işlenen bir takım suçların

---

kazanan maddelerinin üçüncü devlet konumunda olan Türkiye açısından bağlayıcı olduğu hukukî bir vakiadır.

<sup>119</sup> Toluner, Sözleşmelerin, kıyı devletinin içsularındaki cezaî yargı yetkisine getirilen kısıtlamalara ilişkin kuralların henüz örf ve adet hukuk kuralı niteliğini kazanmadığını düşünmektedir. Yazar gerekçe olarak 1958 CKBS'nin 19(2) ve UNCLOS'un 27(2) maddelerinde kıyı devletlerinin, içsularından karasularına geçen gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisi saklı tutulduğunu göstermektedir. TOLUNER S.: *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, s. 186.

<sup>120</sup> Özer, TCK'nın 8. maddesinin, "Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine ve uluslararası hukuka aykırı" olduğunu düşünmektedir. ÖZBEK, V. Ö.: *Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-75)*, C. I, Ankara 2005, s. 70.

<sup>121</sup> LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships", s. 84; O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, s. 960; SHEARER, I. A.: "Problems of Jurisdiction and Law Enforcement", s. 327.

<sup>122</sup> Türk Boğazları'nın geçiş rejimi 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile özel olarak düzenlenmiş olup geçiş rejimi dışındaki diğer hukukî statüsünü belirleme hak ve yetkisi tamamıyla Türkiye'ye aittir<sup>122</sup>. Türkiye istemedikçe, "transit" veya "zararsız" geçiş rejimlerine ilişkin uluslararası kuralların Türk Boğazları'na kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Bu itibarla Türkiye, Türk Boğazları'ndan uğraklı ya da uğraksız geçiş yapan yabancı gemiler üzerinde her türlü cezaî ve hukukî yargı yetkine sahip bulunmaktadır.

<sup>123</sup> YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State*, s. 250.

Türkiye'nin cezaî yargı yetkisine tabi olduğu açık şekilde hükme bağlanmaktadır<sup>124</sup>.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi ILC'nin 1956 tarihli raporunda yer alamayan 1958 CKBS'nin 19(5) maddesi, konferans görüşmeleri esnasında Yugoslavya ve İngiltere'nin önerisi üzerine şekillenmiştir<sup>125</sup>. İngiltere, kıyı devletinin, karasularına girmeden önce gemiden başka bir yerde işlenmiş suçtan dolayı cezaî yargı yetkisi kullanamayacağını önerirken<sup>126</sup>, Türkiye, ceza kanunlarının dışarıda işlenmiş suçları cezalandıran veya suçluların geri verilmesi antlaşması gereğince iade talebi ile karşılaşan kıyı devletinin, seyrüsefer özgürlüğüne dikkat etmek şartıyla, cezaî yargı yetkisini kullanacağı şeklinde yeni bir fıkra eklenmesini istemiştir<sup>127</sup>. Komisyon görüşmelerinde ilk olarak İngiliz önerisinin oylanarak kabul edilmesi üzerine söz alan Türkiye delegesi (Necmettin TUNCEL), Türkiye'nin, İngiltere'nin önerine katılmadığını ve önerinin Türk Ceza Kanunu'na aykırı olduğu ve bu nedenle maddeye itiraz ettiklerini açık şekilde belirterek, maddeyi kabul etmedikleri yönündeki beyanlarının komisyonun resmî kayıtlara eklenmesini sağlamıştır<sup>128</sup>.

Tarihsel süreçten de anlaşılacağı üzere, Türkiye baştan itibaren açık şekilde itiraz ettiğinden ve bu itirazını ısrarlı şekilde sürdürdüğünden söz konusu maddelerin, uluslararası örf ve adet hukuku niteliği kazandığı kabul edilmiş olsa bile, kendisi için bağlayıcı olması söz konusu olmayacaktır<sup>129</sup>. Bu nedenle Türkiye'nin uygulamasının, uluslararası hukuka aykırı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

---

<sup>124</sup> TCK'nın 12 ve 13. maddelerinde, Türkiye'de bulunması şartıyla yabancı ülke vatandaşının, yabancı bir ülkede, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu Türkiye'nin zararına veya mağdur yabancı ise aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçun işlenmesi ya da vatandaş veya yabancı TCK'nın 13. maddesinde sayılan suçları (işkence, çevrenin kasten kirletilmesi, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, parada sahtecilik, fuhuş gibi) yabancı bir ülkede işlemesi durumunda Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı hükme bağlanmaktadır.

<sup>125</sup> Madde daha sonra aynen UNCLOS'un 27(5) maddesi olarak kabul edilmiştir.

<sup>126</sup> A/CONF.13/C.1/L.37, *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 219.

<sup>127</sup> A/CONF.13/C.1/L.88, *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 237.

<sup>128</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Official Records, Volume III: First Committee*, s. 116; LÜTEM, İ.: *Deniz Hukuku Konferansı*, s. 140; LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships", s. 92.

<sup>129</sup> Aynı yönde bkz. CANCA, H. S.: *Denizde İşlenen Suçlar*, Ankara 2012, s. 81.

## SONUÇ

Deniz ulaşımının kesintisiz olması ilkesinin bir yansıması olarak, uluslararası hukukta, kıyı devletlerinin, zararsız geçiş yapan yabancı gemiler üzerindeki egemenlik haklarının kısıtlanması yoluna gidilmiştir. Kuşkusuz bunların en önemlilerinden birisi de kıyı devletinin cezaî yargı yetkisine getirilen kısıtlamalardır. Günümüzde bazı hükümleri artık uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliği kazanan mevcut uluslararası hukuk kurallarında, kural olarak, bayrak devleti ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre; suçun sonuçlarının kendisine uzanması, barış veya kamu düzenini bozması, kaptan veya diplomatik temsilcinin yardım istenmesi veya uyuşturucu madde trafiğinin önlenmesi dışında kıyı devletleri, karasularından uğraksız geçiş yapan ticaret gemileri üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanamamaktadır. Kıyı devletlerinin, uğraklı geçiş yapan gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkisi saklı tutulmasına rağmen, karasularına girmeden önce işlenmiş suçlar üzerinde cezaî yargı yetkisini kullanmaları açık şekilde yasaklanmaktadır.

Bununla birlikte genel olarak uluslararası uygulamanın, mevcut uluslararası hukuk kurallarıyla uyumluluk göstermediği görülmektedir. 1958 CBKS veya UNCLOS'a taraf olmasına rağmen önemli bazı denizci devletler, zararsız geçiş dahil olmak üzere karasularındaki yabancı bütün gemiler üzerinde cezaî yargı yetkisine sahip olduklarına dair hükümleri ulusal düzenlemelerine derç etmekten çekinmemektedirler. Bunda, kıyı devletlerinin kamu düzenini ve çevresel güvenliklerini koruma eğilimleri kadar mevcut uluslararası hukuk kurallarının kesin bir yasaklamadan ziyade nazik bir tavsiyede bulunması önemli rol oynamaktadır. Bununla birlikte genel olarak kıyı devletleri, yabancı ticaret gemileri üzerinde cezai yargı yetkisine sahip olmalarına rağmen, belirli koşullar dışında, bu yetkilerini kullanmaktan kaçındıkları görülmektedir. 1958 CKBS ve UNCLOS'a taraf olmadığından sözleşme hükümleriyle doğrudan bağlı olmayan Türkiye'nin ise, zararsız geçiş yapan yabancı gemiler üzerindeki cezaî yargı yetkine yönelik ulusal düzenlemelerinin, kendisi için bağlayıcı nitelikteki uluslararası örf ve adet hukuk kuralları ve özellikle uluslararası uygulamayla uyumlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.



## KAYNAKÇA

- ABDULLAYEV, C.: *Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini)*, Ankara 2005.
- AKIN, M. Z.: *Karasuları, İç Sular, Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıt'a Sahanlığı*, Ankara 1970.
- AKİPEK, Ö. İ.: *Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler*, Ankara 1966.
- ALGANTÜRK LIGHT, D.: *Denizde Çatma Hukuku*, İstanbul 2012.
- AYDIN OKUR, D.: *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, İstanbul 2009.
- BARDIN, A.: "Coastal State's Jurisdiction Over Foreign Vessels", *Pace International Law Review*, 2002, C. XIV, S. 1, s. 27-76.
- BOZKURT, E. – KÜTÜKÇÜ, M. A. – POYRAZ, Y.: *Devletler Hukuku*, B. 7, Ankara 2012.
- BROWN, E. D.: *The International Law of the Sea, Introductory Manual*, C. I, Alderhost 1994.
- CANCA, H. S.: *Denizde İşlenen Suçlar*, Ankara 2012.
- ÇELİK, E. F.: *Milletlerarası Hukuk*, C. II, İstanbul 1987.
- CLARK, P. D.: "Criminal Jurisdiction Over Merchant Vessels Engaged in International Trade", *Journal of Maritime and Commerce*, 1989, C. XI, S. 2, s. 219-237.
- COLOMBOS, C. J.: *The International Law of the Sea*, B. 5, Londra 1962.
- TREVES, T.: "Navigation", [DUPUY, R. J. – VIGNES, D. (ed.): *A Handbook on the Law of the Sea*, C. II, Dordrecht 1991], s. 835-936.
- ECE, N. J. – AÇIKEL, A. E.: "Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları: Gürcistan'ın Karadeniz'de Seyreden Gemilere El Koyması", [BAŞAR, E. (ed.): *Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2011], s. 109-142.
- ERMAN, S.: *Askeri Ceza Hukuku*, B. 7, İstanbul 1983.
- GÖNLÜBOL, M.: "Örneklerle (Cases) Devletler Hukuku", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1956, C. XI, S. 3, s. 207-257.
- GÖNLÜBOL, M.: *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukukî Statüsü*, Ankara 1959 (Anılış: *Barış Zamanında Sahil*).
- GREENFIELD, J.: *China and the Law of the Sea, Air, and Environment*, Alphen 1979.

- GÜNDÜZ, A.: *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, B. 5, İstanbul 2003.
- JOHNSON, L.: *Coastal State Regulation of International Shipping*, New York 2004.
- KURAN, S.; *Uluslararası Deniz Hukuku*, B. 2, İstanbul 2007.
- KUTLUK, D.: *Deniz Hukukunda Zararsız Geçiş ve Transit Geçiş Hakları*, Ankara: 1987
- LUKE, T. L.: "Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships in the Territorial Sea: An Analysis of the Geneva Convention on The Law of the Sea", *American Journal of International Law*, 1961, C. LV, S. 1, s. 77-96.
- LÜTEM, İ.: *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı*, Ankara 1959.
- MCLAUGHLIN, R. J.: "The Impact of the Extension of the U.S Territorial Sea on Foreign Flag Vessels", *Territorial Sea Journal*, 1992, C. II, S. 1, s. 91-117.
- MERAY, S. M.: Devletler Hukukunda Denizle İlgili Bazı Örnekolaylar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1957, C. XII, S. 3, s. 42-72.
- MERAY, S. L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, B. 3, Ankara 1968.
- NORDQUIST, M. H. – NANDAN, S. N. – ROSENNE, S. (ed.): *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, C. II, London 1993.
- O'CONNEL, D. P. – SHEARER, I. A.: *The International Law of the Sea*, C. II, Oxford 1984.
- Official Records, Volume III: First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*, Birleşmiş Milletler Yayını, Cenevre 1958 (Anılış: *Official Records, Volume III: First Committee*).
- ÖZBEK, V. Ö.: *Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-75)*, C. I, Ankara 2005.
- ÖZMAN, M. A.: *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul 1984.
- ÖZMAN, A.: *Deniz Hukuku*, C. I, Ankara 2006.
- PAZARCI, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, B. 6, Ankara 1999.
- SHEARER, I. A.: "Problems of Jurisdiction and Law Enforcement Against Delinquent Vessels", *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, C. XXXV, S. 2, s. 320-343.
- SOHN, L. B. – NOYES, J. E.: *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Ardsley 2004.
- SOLOMON, S.: "The Right of Innocent Passage and the 1958 Geneva Conference on the Law of the Sea", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, C. V, S. 1, s. 96-127.
- TEKİL, F.: *Uluslararası Konvansiyonlar*, İstanbul 1987.

- Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, C. III, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975 (Anılış: UN: Official Records III).*
- Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, C. IV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975.*
- Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, C. XV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1982.*
- TOLUNER S.: *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, B. 4, İstanbul 1989.
- TÜTÜNCÜ, A. N.: *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, B. 3, İstanbul 2004.
- YANG, H.: *Jurisdiction of the Coastal State Over Foreign Merchant Ships in International Waters and the Territorial Sea*, Berlin 2006.
- Yearbook of the International Law Commission, 1956, C. II, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1957.*
- <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#3> (erişim tarihi: 25 Kasım 2012).
- <http://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20439/volume-439-i-6332-english.pdf> (erişim tarihi: 27 Kasım 2012).
- [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1\\_1958\\_territorial\\_sea.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_territorial_sea.pdf) (erişim tarihi: 15 Ekim 2012).
- <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim tarihi: 02 Kasım 2012).
- [http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GBR\\_1878\\_Act.pdf](http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GBR_1878_Act.pdf) (erişim tarihi: 04 Kasım 2012).



# FORFAITING FİNANSMAN TEKNİĞİ

*M. Vefa TOROSLU\**

## GİRİŞ

Uluslararası ticarete konu mal ve hizmetlerin finansmanı değişik finansman yöntemlerini gündeme getirmektedir. Örneğin hammadde ve tüketim mallarının ihracatında finansman daha çok bankalar ve satıcılar tarafından finanse edilmektedir. Bunun nedeni kredi maliyetinin belirlenmesinin daha kolay ve vadenin görece olarak daha kısa olmasıdır.

Nakit ödeme sıkıntısı çeken ithalatçı firmalar vadeli mal alımı çabası içindedirler. İhracatçı firmalar ise vadeli mal satımı durumunda alacaklarını vadesinde tahsil edememe riski ile karşı karşıya kalabilmektedirler. İşte bu iki yönlü ilişki, ihracat kredi sigortası ve garanti kurumlarının kurulmasının en önemli nedenlerindedir. Ancak bu kurumların devlet destekli olmaları nedeniyle karşılayamadıkları bazı risklerin mevcut olması, forfaiting gibi yeni finansman tekniklerinin kullanımını gündeme getirmiştir<sup>1</sup>.

Dış ticaretin finansmanında kullanılan geleneksel yöntemler daha çok kısa vadeli hammadde ve tüketim mallarının ihracatının finansmanında kullanılmaktadır. Geleneksel yöntemler uzun vadeli yatırım mallarının ihracatının finansmanına olanak sağlamamaktadır. Son yıllarda ihracatın finansmanında geleneksel yöntemlerin yanında alternatif finansman teknikleri de önem kazanmaya başlamıştır. Ağırlıklı olarak yatırım mallarının finansmanında kullanılan yöntemlerden bir tanesi de forfaiting'dir. Forfaiting gelişmekte olan ülkelerin artan yatırım malları talebi doğrultusunda önem kazanmaktadır<sup>2</sup>. Forfaiting 6 aydan 10 yıla kadar vadelerde yatırım malları ihracatının finansmanına olanak sağlayan bir finansman tekniğidir.

---

\* Serbest Muhasebeci Mali Müşavir , Okan Üniversitesi SBE İşletme Doktora Programı öğrencisi

<sup>1</sup> Yıldırım B. ÖNAL, **Türkiye’de Endüstri İşletmelerinin Müşteri Finansmanında Kullandıkları Tekniklerin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara, 1998, s. 94

<sup>2</sup> İhsan ERSAN, “Forfaiting ve Türkiye”, **Para ve Sermaye Piyasası Dergisi**, Sayı: 77, Temmuz 1985, s. 31

## 1. FORFAITING'İN TANIMI

Forfaiting terimi Fransızca “a forfait” sözcüğünden türemiş olup hakların teslim edilmesi veya el değiştirmesi anlamını taşımaktadır<sup>3</sup>. Kavram, İngilizce’de forfaiting, Almanca’da forfaitierung, İtalyanca’da forfetizzazione ve İspanyolca’da forfetizacion olarak kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Türk bankacılık sisteminde henüz fazla uygulama alanı olmamasına rağmen, sistem yine forfaiting olarak tanınmakta ve kullanılmaktadır. Forfaiting’in Türkçe karşılığı olarak “dışsatım alacaklarının iskontosu” ve “uzun vadeli alacak satın alınması” gibi kavramlar kullanılmıştır. Fakat Türk hukukunda forfaiting sistemini tam anlamıyla açıklayan bir Türkçe kavram bulmak ve kullanmak zordur. Bu nedenle forfaiting için Türkçe kavram bulmak yerine tam bir tanımının yapılması sistemin anlaşılabilmesi, genel özelliklerinin ve fonksiyonlarının bilinmesi açısından daha yararlıdır<sup>5</sup>.

Finans literatüründe forfaiting finansman tekniğinin çeşitli tanımları yapılmaktadır. Bu tanımlardan bazıları aşağıda verilmiştir.

Finansman tekniği olarak forfaiting, vadeli ihracat işlemlerinden doğan alacakların ve hakların rücu edilmeksizin yani kayıtsız, koşulsuz ve cayılmaz şekilde satılarak iskonto edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla forfaiting işlemi alacağın kesin olarak satılması esasına dayandırılmaktadır<sup>6</sup>. Forfaiting işlemi, bir ihracatı finansman biçimidir; ihracatçının vadeli satıştan dolayı yüklediği riski, ihracatçıdan alıp kendisi üstlenen ve bu yolla para kazanan kuruluşlar aracılığı ile yapılmaktadır<sup>7</sup>.

Forfaiting, özellikle mal ve hizmet ihracatından doğan ve belli bir ödeme planına bağlı olarak tahsil edilebilecek olan alacakların bir banka veya bu alanda uzmanlaşmış bir finansman kuruluşu tarafından satın alınmasıdır. Forfaiting, finansman olgusunun ortaya çıkışı kadar eski bir ticari işlemdir. Söz konusu işlemde genellikle ithalatçının borcu karşılığında ihracatçıya verdiği emre yazılı senet veya poliçeler kullanılmakta ve işlem gerçekleşikten sonra ihracatçının hiçbir yükümlülüğü kalmamaktadır. Diğer bir deyişle işlemin en önemli özelliği borç aracının satın alındığı kişiye “rücunun” olmamasıdır<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Serdar HIZIR, “Türk Hukuku Açısından Dışsatımda Bir Finansman Yöntemi Olarak Forfaiting İşlemi”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1140

<sup>4</sup> Levent ÖĞÜLMÜŞ, **Forfaiting**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1991, s. 2; Cemal ŞANLI-Nuray EKŞİ, **Uluslararası Ticaret Hukuk**, 5. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 149

<sup>5</sup> Nuray EKŞİ, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 372

<sup>6</sup> Abdullah KÜTÜKÇÜ, “Finans Dünyamızın İki Yeni Kavramı: Factoring ve Forfaiting”, **Maliye Postası Dergisi**, Sayı: 364, 1995, s. 77

<sup>7</sup> Yasemin Keskin BENLİ, “Dış Ticaretin Finansmanında Forfaiting”, **İktisat İşletme ve Finans Dergisi**, Şubat 2003, s. 91

<sup>8</sup> Beratiye ÖNCÜ, **Forfaiting Uygulaması**, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Ankara, 1988, s. 2

Forfaiting, orta veya uzun vadeli, yatırım malının yahut hizmetin ihracatından doğan, çoğu zaman bir bono ya da poliçe ile belgelenmiş ve bir bankanın avalini yahut kayıtsız şartsız garantisini içeren ve belli bir ödeme planına bağlı olarak tahsil edilebilecek alacakların, forfaiting kuruluşunca (forfaiteer), bu alacağın tahsil edilememesi halinde alacağı devredene başvurumama (rücu etmeme) şartı ile ihracatı yapan kişiden (forfaitist) faiz ve diğer masraflar indirildikten sonra (İskonto yöntemi ile) devir ve satın alınmasıdır<sup>9</sup>.

Bu çerçevede forfaiting'in genel bir tanımını yapmak gerekirse; forfaiting, ağırlıklı olarak yatırım mallarının ihracatından kaynaklanan ve genellikle poliçe veya bono gibi kıymetli evraka bağlanmış olan uzun vadeli alacakların bu konuda uzmanlaşmış bir finans kurumu tarafından sabit bir faiz oranı ile iskonto edilerek peşin bedelinin ihracatçıya ödendiği; alacak ile ilgili tüm risklerin forfaiteer tarafından rücu edilemez biçimde üstlenildiği; ithalatçının yeterli kredibiliteye sahip olmaması durumunda söz konusu poliçe veya bono için aval veya garanti mektubu gibi ilave teminat alındığı bir finansman tekniğidir.

## 2. FORFAITING'İN TARİHÇESİ

Forfaiting'in gelişimi özellikle 1950'lerden itibaren uluslararası ekonomik konjonktürde izlenen gelişmeler ile yakından ilgilidir. Nitekim bu dönemde dünyada genel olarak hızlanan ekonomik büyüme ile yatırım malları talebinde önemli artışlar kaydedilmiş, yatırım malları piyasası giderek bir alıcı piyasası olmaktan çok satıcı piyasası haline gelmiştir. Buna karşılık bir çok ülkede ithalatçılar, yoğunlaşan ithalat taleplerini gerçekleştirmek için gerekli fonları bulma konusunda kısa vadede güçlüklerle karşılaşmışlar ve 6 aydan daha uzun sürelerde ödeme imkanları talep etmeye başlamışlardır<sup>10</sup>.

Bankacılık ve uluslararası ticaretin finansmanında Batı dünyasının önde gelen merkezlerinden olan İsviçre, 1960'lı yılların başında forfaiting işlemine de öncülük etmiştir<sup>11</sup>. 1950'li yılların sonlarında Dünya ticaretinde meydana gelen bu gelişmeleri fark eden İsviçre bankaları forfaiting işleminin ilk uygulayıcıları olmuşlardır. İlk forfaiting uygulaması 1962 yılında ABD'den daha sonra SSCB'ye satılmak üzere Federal Almanya'ya yapılan tahıl ihracatında gerçekleştirilmiştir. ABD'nin peşin satış talebine karşılık SSCB kredili satış konusunda ısrarcı olmuştur. Bunun üzerine o yıllarda Doğu-Batı

---

<sup>9</sup> HIZIR, age, s. 1142

<sup>10</sup> Levent VARLIK, **Tacir Bankacılık**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1987, s. 132

<sup>11</sup> Levent VARLIK, Özcan TÜRKAKIN, A. Niyazi GÜRCAN, **Leasing Factoring Forfaiting**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1985, s. 130

ticaretinde uzmanlaşmış olan İsviçre bankaları devreye girmiştir. Bu bankalar ABD’li ihracatçıların SSCB’ye yaptıkları kredili satışlardan doğan borç senetlerini satın almışlardır. Böylece forfaiting işleminin ilk uygulamaları gerçekleşmiştir<sup>12</sup>.

Günümüzde, Londra, Zürih ve Frankfurt’ta gelişmiş forfaiting piyasaları bulunmaktadır<sup>13</sup>. Her geçen gün artan talep, birçok banka ve kredi kurumunun forfaiting’i kendi programlarına almalarına neden olmaktadır. Forfaiting piyasasının genişleme nedenleri olarak faiz oranları ve döviz kurlarındaki dalgalanmalar, transfer riskindeki artışlar, sigorta primlerinin yükselmesi, ihracat kredi sigortası ve garanti şartlarının daha sınırlayıcı bir hale gelmesi sayılabilir.

Son yıllarda forfaiting piyasalarında başlıca üç önemli gelişme gözlenmektedir. Bu gelişmelerden birincisi, ikincil forfaiting piyasasının gelişmesidir. Bu ikincil piyasalar forfaiter’ların yeni forfaiting işlemine girmelerini sağlamaktadır. İkincil piyasalarda poliçe ve senetler parça parça da satılabilmektedir. İkincil piyasalarda gizlilik hakimdir. Bundan dolayı alıcılara kıymetli evraklar transfer edilmez, sadece bu kıymetli evraklar hakkında bilgi (vade, tutar, borçlu, garantör v.b.) verilir. İkincil piyasalarda da en aktif olanı Londra piyasasıdır. Forfaiting piyasalarındaki ikinci önemli gelişme büyük tutardaki işlemlerde sendikasyona gidilmesidir. Üçüncü önemli gelişme ise, ikincil piyasalarda birincil piyasaların aksine değişen faiz oranlı borçlanmalara geçilmesidir.

### 3. FORFAITING SİSTEMİNDE TARAFLAR

Forfaiting işleminde alacak hakkını devreden forfaitist, alacak hakkını satın alan forfaiter, ithalatçı ve aval veya garanti veren garantör olmak üzere dört taraf bulunmaktadır<sup>14</sup>. Ancak ihracatçının kredibilitesinin çok yüksek olduğu durumlarda forfaiter kimi zaman garanti istememektedir. Bu durumda garantör sistemin dışına çıkmakta ve işlemin tarafları üçe düşmektedir.

#### 3.1. Forfaitist (Alacak Hakkını Satan - İhracatçı)

Forfaiting işleminde alacak hakkını satan malı ihraç eden ihracatçıdır. İhracatçı alacağını temsil eden kıymetli evrakları forfaiter’a satarak bedellerinin ödenmeme riskinden tamamen kurtulmuş olur.

<sup>12</sup> Mehmet Erkan SOYKAN, “Alacak ve Kredi Risk Yönetimi: Uygulamalı Bir Araştırma”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s. 128; ERSAN, age, s. 29; ÖNCÜ, age, s. 7; Mehmet TOMANBAY, **Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı**, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara, 1995, s. 192

<sup>13</sup> Cahit KOCA, **Finans Yönetimi Factoring, Leasing ve Forfaiting**, Etap Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 202

<sup>14</sup> SOYKAN, age, s. 129



### 3.2. Forfaiter (Alacak Hakkını Satın Alan)

Alacak hakkını satın alan forfaiting işlemi konusunda uzmanlaşmış bir kuruluş ya da bir bankadır. Forfaiter, ihracatçının alacağını temsil eden poliçe veya senet gibi kıymetli evrakları rücusuz, yani ticari veya politik riskler nedeniyle ödenmeme durumunda ihracatçıyı sorumlu tutmama koşuluyla satın alır. Böylece kıymetli evrak bedellerinin herhangi bir nedenle ödenmemesi durumunda doğacak bütün riskleri forfaiter üstlenmiş olur<sup>15</sup>.

### 3.3. İthalatçı

Forfaiting işleminde alacak hakkını temsil eden poliçede muhatap olan veya emre muharrer senedi keşide eden kişi ya da kurum ithalatçıdır. İthalatçının forfaiting anlaşmasının yapılmasında rolü olmamakla beraber, ihracatçı kıymetli evrakları forfaiter'a sattığı zaman forfaiting işlemine otomatik olarak taraf olur.

### 3.4. Garantör

İthalatçının ödemelerini garanti altına alan banka ya da finans kuruluşudur. Vade günü, ithalatçının ihracatçı lehine ödemeyi taahhüt ettiği bono, poliçe ya da alacak senetlerinin ödenmesini garanti eden ve "aval bankası" olarak ta adlandırılan banka veya finans kurumudur. Garantör ödenmeme riskini ortadan kaldırmayı taahhüt ettiği için forfaiter'ın elinde bulunan kıymetli evrak karşılığı tutarı ödemekle yükümlüdür. Ödemenin tamamlanmasından sonra garantör, garanti verdiği ithalatçıya yönelerek kendisi adına yapmış olduğu kıymetli evrak ödeme tutarını geri talep eder<sup>16</sup>.

## 4. FORFAITING SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Forfaiting sisteminin genel özellikleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>17</sup>.

- Forfaiting, özellikle mal ve hizmet ihracatından doğan ve belirli bir ödeme planına göre tahsil edilebilecek olan alacakların bir banka ya

<sup>15</sup> Ali KABAKÇI, **Özel Finansman Teknikleri**, yy, İzmir, 2009, s. 94

<sup>16</sup> Nazgul ADYRANOVA, "Dış Ticaret ve Alternatif Finansman Tekniklerinin İşleyişi İle Muhasebe Uygulamaları", **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 101; İhsan İŞLER, "Türkiye'de Finans Sektöründe Leasing, Factoring, Forfaiting İşlemleri ve Hukuki Çerçevesi", **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2003, s. 77

<sup>17</sup> Volkan YÜKSEL, "Dış Ticaretin Finansmanında Forfaiting Tekniği", **Yaklaşım**, Eylül 2002, <http://yaklaşım.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2010); Sadi UZUNOĞLU, **Yeni Finansman Teknikleri**, Ekonomik Araştırmalar Merkezi Yayınları, Ankara, 1986, s. 28; Öztin AKGÜÇ, "Dışsattım Finansmanında Bir Yöntem Forfaiting", **Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Ocak 1986, s. 36

da bu alanda uzmanlaşmış bir finansman kurumu tarafından satın alınmasıdır.

- Forfaiting işleminde ithal edilecek malın bedeli, bu malın ekonomik ömrüne yayılarak taksitlerle ödenmektedir.
- Forfaiting taksitleri genellikle altışar aylık dönemler itibariyle ödenen orta vadeli finansman tekniği olmakla birlikte, son dönemlerde kısa vadeli forfaiting’de rağbet görmekte, uygulaması yaygınlaşmaktadır<sup>18</sup>.
- Forfaiting sisteminde sabit faizli finansman esas olmasına rağmen ikincil piyasada değişken oranlı finansman uygulamaları gerçekleştirilmektedir<sup>19</sup>.
- Forfaiting işleminde genelde ithalatçının borcu karşılığında ihracatçıya verdiği emre yazılı senet ve poliçeler kullanılmakta, işlem gerçekleştikten sonra ihracatçının hiçbir yükümlülüğü kalmamaktadır.
- Forfaiting’e konu olan mal satışları genellikle yatırım malları olmakla beraber son yıllarda, özellikle 1980 başlarından itibaren her türlü mal ve hizmet ihracının forfaiting yoluyla finanse edilme eğilimleri ortaya çıkmıştır<sup>20</sup>.
- Her çeşit alacak forfaiting işlemine konu edilebilirse de, uygulamada emre yazılı senet ve poliçe şeklindeki ticari alacaklar daha güvenli olduklarından tercih edilmektedirler. Forfaiting veren kuruluş, belli bir iskonto oranı üzerinden devraldığı senet veya poliçe şeklindeki alacakların karşılığında, teminat olarak banka garantisi talep etmektedir.
- Poliçeler ihracatçı firma tarafından hazırlanmakta, ithalatçı firma tarafından kabul edilmekte ve garantör banka tarafından garanti edilmektedir. Garantör ile ithalatçı firma arasında tazminat anlaşması bulunmakta, bu durum forfaiter’ı ilgilendirmemektedir. Forfaiting piyasasında, poliçeler “rücusuz” olarak üç kez ciro edilebilmektedir<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Öztin AKGÜÇ, **Dış Ticaret Finansmanı**, Arayış Basım ve Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 339

<sup>19</sup> BENLİ, age, s.92

<sup>20</sup> VARLIK, age, 131

<sup>21</sup> KOCA, age, s. 202

- Forfaiting'e konu olacak alacak, forfaiting anlaşması yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. Yani mallar ithalatçıya sevk veya teslim edilmiş olmalı ve ithalatçının, ithalat için gerekli bütün izinleri almış olması şarttır. Diğer bir deyişle, üretim maliyetlerinin finansmanı amacıyla forfaiting yapılamaz<sup>22</sup>.
- Bankalar genellikle döviz kuru istikrarlı ülkelere yapılan ihracatları forfaiting ile finanse ederek kur riskini en aza indirmeye çalışmakta, ayrıca işlemi çeşitli ülkelere yaygınlaştırarak ülke riskini dağıtmaktadırlar.

## 5. FORFAITING SİSTEMİNİN FONKSİYONLARI

Forfaiting işleminde temel amaç, dış ticaret işleminin gerçekleştirilebilmesi için ihracatçının ihracat işleminden doğan uzun vadeli alacaklarına kısa vadede kavuşmasını sağlamaktır. İhracatçı uzun vadeli yurt dışı satışlardan doğan alacaklarla ilgili pek çok riskle karşı karşıya kaldığı için alacağına bir an önce kavuşmak ister. Böylece risklerden kurtularak faaliyetlerinin finansmanında kullanılacak fonlara ulaşmış olur. İhracatçının yurt dışı satışlarda karşılaştığı temel riskler diğer bir ifade ile forfaiting işlemiyle devrettiği riskler; ticari risk, kur riski, faiz oranı riski, ülke riskidir<sup>23</sup>.

Forfaiter çeşitli fonksiyonları yerine getirerek söz konusu riskleri üstlenir. Forfaiting işleminin, finansman fonksiyonu, hizmet fonksiyonu ve teminat fonksiyonu olmak üzere üç çeşit fonksiyonu vardır<sup>24</sup>.

### 5.1. Finansman (Kredi) Fonksiyonu

Forfaiting işleminin temel fonksiyonu finansman fonksiyonudur. Finansman fonksiyonunun anlamı, ihracatçıya faaliyetlerinin finansmanında kullanmak üzere fon sağlanması olarak ifade edilebilir. Forfaiting işleminin bu fonksiyonu, satıcı firmaya alacaklarının tamamını vadesinden evvel tahsil etme olanağı sunmaktadır. Alacakların vadesinden evvel tahsili ihracatçıya hammadde alımı, borçların ödenmesi, alıcılara daha uzun vade tanınarak rekabetin artırılması ve üretimin kesintisiz olarak sürdürülmesi gibi birçok yararlar sağlamaktadır.

### 5.2. Hizmet (İş Görme) Fonksiyonu

İhracatçı firma her çeşit senetli ve senetsiz alacaklarını forfaiter'a vermek suretiyle alacaklarının tahsilini forfaiter'a devretmiş olmaktadır. Forfaiter

<sup>22</sup> BENLİ, age, s.92

<sup>23</sup> Emine Ebru AKSOY, **Forfaiting**: Kürşat YALÇINER, Cihan TANRIÖVEN-vd: **Finansal Teknikler ve Türev Araçlar**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, s. 32

<sup>24</sup> Güldeniz YILMAZ, "Alternatif Finansman Tekniklerinden Forfaiting", **E-Yaklaşım**, Sayı: 52, Kasım 2007, <http://yaklasim.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2010); AKSOY, age, s. 32

ter, ihracatçının alacaklarını tahsil etmek, borçluların incelenmesi ve değerlendirilmesi gibi fonksiyonları üstlenmektedir. Forfaiting işlemlerinde, forfaiter alacakları iskonto ederek ödediği için ihracatçının alıcılarla bir bağlantısı kalmamakta, alıcılarla forfaiter ilişkisi başlamaktadır. Ancak alacaklar forfaiter işlemine konu edilmeseydi satıcı alacakları tahsil edecek, takip edecek, muhasebesini tutacak, vb işlemleri yapacaktı. Forfaiting işlemleri ile bu tür faaliyetlerden kurtulan satıcı zımni olarak bu tür hizmetleri de forfaiter'a devretmiş olmaktadır.

### 5.3. Teminat Fonksiyonu

Ödememe riskinin forfaiter tarafından üstlenilmesi forfaiting işleminin temel özelliğidir. Forfaiter tarafından ödenmeme riskinin üstlenilmesi, ithalatçı firma tarafından banka garantisinin sağlanamadığı durumlarda geçerlidir. Bu durumda forfaiter, satıcının alacaklarını satın almayı kabul ederse, uygulayacağı iskonto oranını yüksek tutacaktır. İskonto oranını yüksek tutmasının nedeni forfaiter'ın ödenmeme riskini yani ticari riski üstlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Forfaiting işlemlerinde, iskonto edilen tutarı ödeyen forfaiter vadede alacakları tahsil edemeyince satıcıya rücu edememektedir.

## 6. FORFAITING SİSTEMİNDE KULLANILAN KIYMETLİ EVRAKLAR

Teorik olarak mal ve hizmet ihracatından doğan her türlü senetli ve senetsiz alacak forfaiting işlemine konu olabilmektedir. Ancak uygulamada forfaiting işlemlerinde kıymetli evrak olarak en çok poliçe ve bono kullanılmaktadır. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Forfaiting'de poliçe ve bononun en çok kullanılan senet olmasının nedenleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>25</sup>.

- Her iki senet türü de dünyanın her yerinde uzun zamandan beri kullanılmaktadır.
- Hem poliçe hem de bono, tacirler ve bankalar tarafından bilinmekte ve kişiler arasında kolayca devredilebilmektedir. Bu nedenle işlemlerin basit ve hızlı bir şekilde yapılmasını sağlamaktadır.
- 1930 yılında Cenevre'de yapılan Ticari Senetler Hakkında Uluslararası Konvansiyon bu senetler için bir ortak hukuki çerçeve oluşturmuştur. Bu Konvansiyonda alınan kararlar forfaiting işleminde bono ve poliçenin kullanılmasına neden olmaktadır. Bu senetlerin şek-

<sup>25</sup> Zekai ÖZDEMİR, "Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Faktoring ve Forfaiting İşlemleri", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı: 10, 2005, s. 213

li konusunda Konvansiyonla sağlanan ortak uygulama tarafların daha güvenle poliçe ve bonoyu kullanmasına neden olmakta, karşı tarafın ülkesindeki hukuki düzenlemenin bu senetlere ilişkin hükümlerinin araştırılması yükünden tarafları kurtarmaktadır.

Ayrıca, poliçe ve bonoların forfaiting işleminde tercih edilmelerinin bir nedeni de poliçe ve bonoda ödemelerin her birinin ayrı bir belge ile ispatlanabilir olması, bunların kolayca devredilmesi, forfaiter tarafından kolayca başka forfaiter'lara satılabilir olmasıdır<sup>26</sup>.

## **7. FORFAITING SİSTEMİNDE KULLANILAN GARANTİ YÖNTEMLERİ**

Forfaiter satın alacağı poliçe veya senetlere muteber bir bankanın aval veya garanti mektubu şeklinde teminat vermesini ister. Bunun forfaiter için iki önemi vardır. Birincisi kendi riskini azaltmak, ikincisi kıymetli evrakların ikincil piyasalarda tekrar işlem görmesinin kolaylaşmasıdır.

### **7.1. Aval**

Poliçe ve benzeri senetlerden doğan bir borcun ödenmesini sağlamak üzere senet üzerine imza konularak verilen kefalete aval denir. Bu tür kefaleti veren kimseye "aval veren" veya "Avalist" denir. Buna göre aval, senet dolayısıyla borç altına giren kişiler lehine verilen ve poliçe borcunun ödeneceği anlamına gelen bir çeşit "kefelet" dir. Aval keşideci veya cirantalar için verilebilir. Aval veren lehine aval verdiği kimse gibi borç altına girer. Avalin kimin için verildiği aval şerhinde belirtilmelidir. Aksi takdirde aval keşideci için verilmiş sayılır. Kısmi aval söz konusu olabilir, yani aval senet bedelinin belirli bir kısmı için veya tamamı için verilebilir.

### **7.2. Garanti Mektubu**

Forfaiter, ihracatçıdan alacak senetlerini geriye dönmek kaydıyla satın aldığından, ithalatçının ödeme yapmama riskini de üstlenmektedir. Bu nedenle, forfaiter, kendini güvenceye almak amacıyla, ithalatçı hakkında daha ayrıntılı bilgiye sahip olan bir bankanın aval veya garanti vermesini istemektedir. Güvence verilmesi sadece forfaiter'ın riskini azaltmakla kalmayacak aynı zamanda iskonto edilmiş senetlerin başka forfaiter'lara yeniden satışını, diğer bir deyişle ikincil piyasa işlemlerini de kolaylaştıracaktır<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> ŞANLI-EKŞİ, age, s. 152

<sup>27</sup> ÖGÜLMÜŞ, age, s. 3

### 7.3. Vadeli Akreditif (Deferred Payment L/C)

Vadeli akreditif, akreditif şartlarına uygun vesaikin ibrazı üzerine ibraz tarihinden veya taşıma belgesinin tarihinden belirli bir süre sonra akreditif bedelinin amir banka veya teyit bankası tarafından ödeneceği taahhüdünü içeren bir ödeme aracıdır. Forfaiter'ı ilgilendiren husus akreditifin, bono ve poliçe gibi kolayca el değiştirebilen (ciro edilebilen) bir araç olmaması nedeniyle kendisine usulüne uygun biçimde devir ve temlik edildiğinden emin olmasıdır. Akreditifin forfaiter'a temlik ihbar bankası veya teyit bankası tarafından yapılır.

## 8. FORFAITING SİSTEMİNİN GENEL UNSURLARI

### 8.1. Döviz Cinsi

Forfaiting işleminde kullanılan kıymetli evraklar genellikle Amerikan Doları, Euro ve İsviçre Frangı cinsinden düzenlenmektedir. Son yıllarda İngiliz Sterlini, Japon Yeni ve İsveç Kronu vb para birimleri ile yapılan işlemlerde de artış kaydedilmiştir<sup>28</sup>. Prensip olarak forfaiting bütün para birimleri ile yapılabilmektedir. Aslında orta vadeli forward piyasalarda işlem gören herhangi bir döviz cinsi üzerinden düzenlenmiş senetler forfaiting işlemine tabi tutulabilir<sup>29</sup>. Fakat bu üç para birimi Avrupa para piyasalarındaki yaygınlığı ve etkinliğinden dolayı tercih edilmektedir. Ayrıca forfaiting işleminde maliyetler, forfaiter'ın fon maliyetine göre belirlendiğinden zayıf ve istikrarsız para birimleri ile yapılacak forfaiting işlemlerinde maliyetler yükselecektir.

Senetlerin para cinsi, ödeme yerinin parasından farklı ise senetler üzerine "efective" klozu konması usuldendir. Bunun anlamı ödemenin mutlaka senette kayıtlı para cinsi üzerinden yapılması gerektiğinin resmen belirtilmesidir. Dolayısıyla ülkeler arasında serbestçe transfer edilebilen para cinslerinden işlem yapmak asıldır<sup>30</sup>.

### 8.2. Geri Ödeme

Forfaiting işlemine konu olan alacaklar genellikle 6 aydan 10 yıla kadar vadeli olmaktadır<sup>31</sup>. Forfaiting işleminde forfaiter'ın borcunu geri ödemesi ge-

<sup>28</sup> Alpaslan AKARTEPE, "Forfaiting Sözleşmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 445

<sup>29</sup> Nuray KONDAK, *İşletmelerde Finansman Sorunu ve Çözüm Yolları*, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s. 159

<sup>30</sup> Haluk ERDEMOL, *Factoring ve Forfaiting*, Akbank Ekonomi Yayınları, İstanbul, 1992, s. 76

<sup>31</sup> Taylan BİLİK, *Alternatif Finansman Yöntemleri Yatırım ve Kredi Yönetimi*, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2004, s. 34

nellikle altışar aylık eşit taksitler halinde yapılmaktadır<sup>32</sup>. Ödeme aracı olarak emre yazılı senet veya poliçeler kullanılmakta ve ilk taksit malın yüklenmesinden itibaren geçen 6 ayın sonunda ödenmektedir<sup>33</sup>.

### 8.3. İskonto

İskonto, kıymetli evrakın vade sonuna kadar geçecek gün sayısı ve belirlenmiş faiz oranı üzerinden hesaplanan faiz tutarının, kıymetli evrak tutarından düşülerek kalan kısmının lehtara ödenmesi işlemidir. Forfaiting işleminde ihracatçı elinde bulunan poliçe veya bonoyu anlaşılan faiz oranı üzerinden forfaiter'a iskonto ettirmekte ve karşılığını nakit olarak almaktadır. Forfaiting'de iskonto işlemi rücu edilememe esasına göre yapılmaktadır.

İskonto işleminde risk faktörü önem taşımaktadır. Forfaiter, garantörün önemli uluslararası bir banka veya devlet bankası olması durumunda, normal bir ticari bankaya uyguladığından daha az bir faiz uygulayacaktır. Forfaiting finansmanının sabit faizli bir finansman olması nedeniyle forfaiter'ın belirleyeceği faiz oranı geçmişteki, şimdiki ve gelecekteki eğilimleri yansıtabilmelidir. Forfaiter tek bir faiz oranıyla gelecekteki faiz oranlarından kaybetme riskini en aza indirmelidir<sup>34</sup>.

İskonto faiz oranı, ilgili döviz cinsi için piyasada belirlenmiş olan Lİ-BOR'a borçlu ülkenin piyasadaki kredi değerliliğine göre saptanan bir prim (premium, margin, spread) eklenmesi ile oluşturulur. Bu prim borçlu ülkenin Euro-pazarlardaki kredi değerliliğine göre belirlenir. Satıcı, forfaiter ile ön bağlantı yaptığı takdirde bağlantı tarihinden iskonto tarihine kadar geçen günler için forfaiter ayrıca bir taahhüt komisyonu (Commitment Fee) alır<sup>35</sup>.

### 8.4. Ödeme Araçları

Forfaiting işleminde en yaygın olarak kullanılan ödeme araçları poliçe ve bonodur. Bu ödeme araçları mali piyasalarda kabul görmekte ve tahsilatları kolay olmaktadır. Forfaiting işlemlerinde zaman zaman kredi mektupları ve muhasebeleştirilmiş alacaklarda kullanılmaktadır. Ancak, bunların tahsil edilmesinin güçlüğü, çeşitli ülkelerde farklı yaptırımlara tabi oluşu ve bir başkasına devredilebilmesinin ancak özel izinle mümkün olması, söz konusu ödeme araçlarının yaygınlık kazanmasını önlemektedir<sup>36</sup>. Bu nedenlerle kre-

<sup>32</sup> Şenol BABUŞCU, **Toptancı Bankacılık ve Türkiye Uygulaması**, Türkiye Halk Bankası, Ankara, 1991, s. 68

<sup>33</sup> VARLIK-TÜRKAKIN-GÜRCAN, age, s. 134

<sup>34</sup> BENLİ, age, s. 97

<sup>35</sup> ERDEMOL, age, s. 77

<sup>36</sup> VARLIK-TÜRKAKIN-GÜRCAN, age, s. 135

di mektupları ve muhasebeleştirilmiş alacakların kullanımı poliçe ve bono gibi yaygın değildir.

Poliçe ile bono arasındaki en önemli fark ödemenin yapılmaması halinde kime başvurulacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Poliçede, ödeme taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde her an ihracatçıya başvurulabilmektedir. Uygulamada bu sorunun çözümlenebilmesi forfaiting şirketinin ihracatçıya, borçlunun ödeme taahhüdünü yerine getirmemesi halinde kendisine başvurmayacağına dair garanti vermesiyle mümkün olmaktadır. Bonoda ise ihracatçı bir kez senedi forfaite'ra devrettikten sonra tüm risk ve sorumlulukları da devretmiş olduğu için herhangi bir risk taşımamaktadır. Dolayısıyla son yıllarda ihracatçılar bir ödeme aracı olarak bonoları tercih etmeye başlamışlardır<sup>37</sup>.

### 8.5. Banka Garantisi

Forfaiting hizmeti veren forfaite genellikle alacakların ödenmemesi riskine karşı güvenilir bir bankanın teminatını istemektedir. Bu teminatlar genellikle aval ve garanti mektubu şeklinde verilmektedir. Banka verdiği bu garanti ile ithalatçı firmanın ödeme yapmaması durumunda kıymetli evrak bedellerini kendisinin ödeyeceğini taahhüt etmektedir.

Garantör bankanın verdiği garantinin “kayıtsız şartsız” veya “dönülemez” olması gerekir. Ayrıca verilen garantinin devredilebilir nitelik taşıması ve temeldeki satım sözleşmesinden bağımsız ve bölünebilir (yani ayrı ayrı yapılan ödemelerden her birinin tutarının ve vadesinin teminata gösterilebilir) nitelikte olması şarttır<sup>38</sup>.

### 8.6. Rücu Etmeme (Without Recourse) Klozu

Forfaiting işleminin bir kuralı olarak poliçe ve bonoların lehtarları, forfaite'ra satacakları bu kağıtları “without recourse” kaydını içeren bir ciro koyarak devrederler. Bundan amaçlanan husus alacağını iskonto ettirerek tahsil eden satıcının aynı anda politik, transfer ve ticari risklerden kurtulmasıdır<sup>39</sup>. Bu kaydın neticesinde forfaite, temlik aldığı senetlerin vadesi geldiğinde ithalatçıya başvurarak bunların tahsilini talep ettiğinde, bu talebin yerine getirilmemesi halinde, alacakları kendisine devreden ihracatçıya başvuramayacaktır. Bu durum, ihracatçının alacağa ilişkin tüm risklerden ve tahsil sorumluluğundan kurtulmak ve bu yükümlülükleri forfaite'ra yüklemek istemesinden kaynaklanmaktadır<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> VARLIK, age, s. 135; BABUŞÇU, age, s. 67

<sup>38</sup> HIZIR, age, s. 1151

<sup>39</sup> ERDEMOL, age, s. 78

<sup>40</sup> HIZIR, age, s. 1147



## 9. FORFAITING SİSTEMİNDE SÜRELER

### 9.1. Opsiyon Süresi

Forfaiting işlemlerinde opsiyon süresi forfaiter'in kesin teklif verdiği durumlarda söz konusu olur. Forfaiter bütün ayrıntıların henüz bilinmediği durumlarda kesin bir teklif vermeyerek, finansmanın mümkün olup olmadığı ve muhtemel iskonto oranı hakkında genel bir bilgi verir. Forfaiting işlemi ile ilgili kesin teklif verilmesi durumunda opsiyon süresi devreye girer.

Opsiyon süresi, forfaiter'in verdiği kesin teklif tarihinden itibaren forfaitist'in teklifi kabulü için tanınan süredir. Bu süre genellikle 48 saattir<sup>41</sup>. Bu süre içerisinde forfaitist, teklifi kabul edip etmediğini forfaiter'a bildirir. İhracatçı bu süre içinde forfaiter'ın teklifini kabul edip etmediğini bildirmek zorundadır. Söz konusu sürenin 1-3 ay arasında değişmesi durumunda ihracatçıdan ek bir bedel talep edilmektedir. İhracatçı ile forfaiter arasında anlaşma yapıldıktan sonra ihraç edilen malların alıcıya ulaşmasına kadar bazı durumlarda altı ayı bulan bir süre geçmektedir<sup>42</sup>. Daha uzun bir opsiyon süresi forfaiter ile forfaitist arasında yapılacak bir anlaşmaya bağlı olup, belli bir komisyona (option fee) tabidir.

### 9.2. Taahhüt Süresi

Taahhüt süresi, forfaiting sözleşmesinin imzalanmasından iskonto edilecek senetlerin forfaiter'a ibrazına kadar geçen süredir. Bu süre, malların sevk edilmesi, alıcının kabul ettiği poliçe veya düzenlediği bonoya alıcının bankasının aval vermesi ve bu senetlerin satıcının eline geçmesi aşamalarını kapsar. Bu süre boyunca forfaiter sabit faiz oranı üzerinden verdiği teklifini açık tutmakta, mutabık kalınan şartlarla senetleri iskonto edeceği taahhüdünü sürdürmektedir. Taahhüt süresi için forfaiter'a bir komisyon (commitment fee) ödenmektedir. Bu komisyon genellikle aylık olarak belirlenmektedir. Taahhüt komisyonu, risk durumuna ve piyasa koşullarına göre % 00,5 ile % 04 arasında belirlenmektedir. Taahhüt komisyonu genellikle aylık peşin olarak ödenir<sup>43</sup>.

### 9.3. Tahsil Süresi (Grace Period)

Tahsil süresi, iskontoya esas olan süredir. Yani, senetlerin iskonto edildikleri tarih ile söz konusu bu senetlerin tahsil edildikleri tarih arasındaki gün hesabıdır. Fakat bazı durumlarda tahsilat vade gününde gerçekleşmeye-

---

<sup>41</sup> KONDAK, age, s. 165

<sup>42</sup> VARLIK-TÜRKAKIN-GÜRCAN, age, s. 136

<sup>43</sup> ÖNCÜ, age, s. 34

bilir. Poliçe, bono ya da senet bedellerinin tahsil edilmesinde ithalatçının bankası (aval veren banka) ve ithalatçı ülkeden kaynaklanan bazı aksaklıklar olabilir. Örneğin, transfer emrinde bilgi eksikliğinden kaynaklanan gecikmelere sebep olabilir. Fiili tahsilat günü ile vade günü arasında meydana gelebilecek oynama aslında forfaiter açısından elde edilebilecek bir faiz gelirinden aradaki gün sayısı kadar mahrum olmak anlamındadır. Bu nedenle forfaiter ileride meydana gelebilecek herhangi bir faiz kaybına engel olmak amacıyla iskonto hesaplamalarına esas teşkil eden gün sayısına belirli bir süre ilave eder. Bu süre genellikle 2-3 gün<sup>44</sup> olmakla birlikte, çeşitli uygulamalarda 5-6 güne kadar çıkmaktadır. Forfaiter, grace süresini bir mal oluş unsuru olarak ihracatçıya yansıtır<sup>45</sup>. Ayrıca vade sonu tatil gününe denk geliyorsa, bir sonraki iş günü dikkate alınarak gün sayısı hesaplanır<sup>46</sup>.

## 10. FORFAITING SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİ

Forfaiter ile ihracatçı arasında forfaiting sözleşmesi iki aşamada yapılabilir. Bir tanesi ihracatçı tarafından ithalatçıya satış teklifi verilmeden önce, diğeri ise ihracat gerçekleştirildikten sonradır. Bu nedenle forfaiting sisteminin işleyişi ihracattan sonra ve ihracattan önce olmak üzere iki aşamada incelenebilir.

İhracatın gerçekleşmesinden önce veya ihracat gerçekleştikten sonra forfaiting yöntemine başvurulması, sadece bu işlemin başlangıç aşamasının farklı olmasına yol açmaktadır. Başlangıç aşamasından sonra, söz konusu işlemin yürütülmesi şekli her iki forfaiting durumu içinde aynıdır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bir forfaiting işleminin tarafları için azami yarar sağlayacak ve forfaiting'in bünyesinde barındırdığı çeşitli riskleri en aza indirecek uygulaması, ihracatın gerçekleşmeden önce başvuru olan forfaiting yöntemidir<sup>47</sup>.

### 10.1. İhracattan Sonra Yapılan Forfaiting

İhracattan sonra gerçekleştirilen forfaiting işlemleri uygulamada daha yaygındır. Tipik bir forfaiting işleminde dört taraf bulunmaktadır. Bunlar ihracatçı, ithalatçı, forfaiter ve garanti veren bankadır.

İhracattan sonra gerçekleştirilen forfaiting işleminin işleyiş süreci şematik olarak aşağıdaki şekilde gösterilmiştir<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> ÖNCÜ, age, s. 34

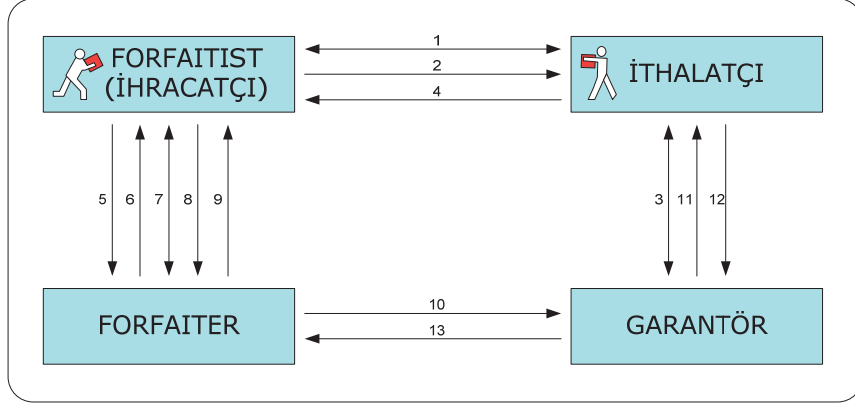
<sup>45</sup> Ö. Okan FETTAHLIOĞLU, **Dış Ticarete Factoring ve Forfaiting**, İsmail BAKAN vd, **Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, s. 267

<sup>46</sup> SOYKAN, age, s. 131

<sup>47</sup> AKARTEPE, age, s. 447

<sup>48</sup> Vecdi ÜNAY, **Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilme Usulleri**, Es Yayınları, İstanbul, 1989, s.180; KOCA, age, s. 203; Sudi APAK, **Uluslararası Finansal Teknikler**, Emlak

**Şekil 1- İhracattan Sonra Yapılan Forfaiting İşleminin İşleyiş Süreci**



- 1- Satış sözleşmesinin düzenlenmesi.
- 2- Malın sevk edilmesi.
- 3- Kıymeti evrak için garanti alınması.
- 4- Kıymetli evrakın ihracatçıya teslimi.
- 5- İhracatçının forfaiter'a başvurması.
- 6- Forfaiter'ın inceleme süreci ve işleme onay vermesi.
- 7- Forfaiting sözleşmesi imzalanması.
- 8- Kıymetli evrakın forfaiter'a teslimi.
- 9- İskonto ve ödemenin yapılması.
- 10- Kıymetli evrakın tahsile gönderilmesi.
- 11- Kıymetli evrakın tahsile gönderilmesi.
- 12- Kıymetli evrakın tahsil edilmesi.
- 13- Kredi borcunun ödenmesi.

## 10.2. İhracattan Önce Yapılan Forfaiting

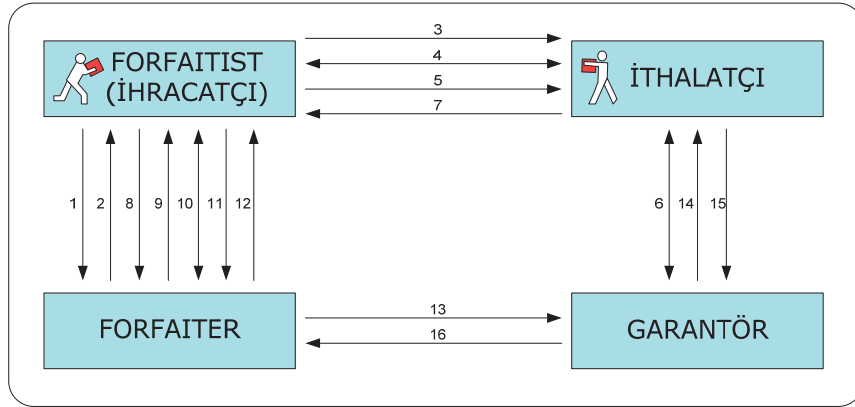
İhracatçı firma, ithalatçı firmaya vadeli satış teklifini vermeden önce forfaiter'a başvurarak gerçekleştirmeyi planladığı ihracat işlemi hakkında bilgi verir. Forfaiter, ihracatın yapılacağı ülke, ithalatçı, garanti verecek banka ve ihracat işlemi ile ilgili diğer bilgileri alır. Forfaiter bu bilgiler çerçeve-

Bankası Yayınları, İstanbul, 1992, s. 111; Hülya TALU, **Forfaiting Ders Notu**, İ.Ü. İktisat Fakültesi İşletme Yönetimi ve Muhasebe Araştırma Merkezi, İthalat-İhracat Kursu, İstanbul, 1994, s. 4; KONDAK, age, s. 166

sinde gerekli incelemeleri yaparak ihracatçıya işlemin maliyetini de içeren endikatif teklif verir. Eğer ihracatçı bu maliyetin sabit kalmasını istiyorsa teklif tarihinden forfaiting işleminin gerçekleşeceği (yani poliçe veya senetlerin kesin satışının yapılacağı) tarihe kadar bir taahhüt komisyonu ödeyerek forfaiter'dan kesin teklifini alır ve sözleşmeyi imzalar. Daha sonra ihracatçı forfaiting maliyetini de satış fiyatına ekleyerek ithalatçı firmaya vadeli satış teklifini gönderir. İthalatçının bu teklifi kabul etmesi üzerine ihracatçı malları ithalatçıya gönderir. İhracatçı, ihracat işlemini gerçekleştirdikten sonra ithalatçıdan aldığı banka avallı poliçe veya bonoları forfaiter'a iskonto ettirerek nakit tahsilat yapar. Böylece ihracatçı hem kredili satış yaparak ithalatçının isteğini yerine getirmiş olur hem de peşin satış yapmış gibi parasını alma imkanına sahip olur<sup>49</sup>.

İhracattan önce gerçekleştirilen forfaiting işleminin işleyiş süreci şematik olarak aşağıdaki şekilde gösterilmiştir.

**Şekil 2- İhracattan Önce Yapılan Forfaiting İşleminin İşleyiş Süreci**



1- İhracatçı, forfaiter'a gerçekleştireceği ihracat hakkında bilgi verir.

2- Forfaiter, gerekli incelemeleri yaparak ihracatçıya bir endikatif fiyat teklifi verir.

3- İhracatçı, forfaiting işleminin maliyetini de satış fiyatına ilave ederek ithalatçıya satış teklifini gönderir.

4- İthalatçının teklifi kabul etmesi durumunda satış sözleşmesi imzalanır.

<sup>49</sup> TOMANBAY, age, s. 197; KONDAK, age, s. 150; Ferruh TANAY, **Forfaiting**, İktisat Bankası, İstanbul,1987, s. 9

- 5- Mallar ihracatçı tarafından ithalatçıya gönderilir.
- 6- İthalatçı ödemede kullanılacak kıymetli evraklar (poliçe, bono) için garantör bankadan garanti alır (aval, garanti mektubu).
- 7- Kıymetli evraklar ithalatçı tarafından ihracatçıya gönderilir.
- 8- İhracatçı elindeki kıymetli evraklarla ilgili bilgileri forfaiter'a iletir.
- 9- Forfaiter gerekli incelemeleri yaparak ihracatçıya kesin teklifini verir.
- 10- İhracatçının kesin teklifi kabul etmesi durumunda forfaiting sözleşmesi imzalanır.
- 11- Kıymetli evraklar ihracatçı tarafından forfaiter'a teslim edilir.
- 12- Kıymetli evraklar forfaiter tarafından iskonto edilerek, peşin bedeli ihracatçıya ödenir.
- 13- Kıymetli evraklar forfaiter tarafından vadeleri geldikçe tahsil edilmek üzere garantör bankaya gönderilir.
- 14- Garantör banka vadesi gelen kıymetli evrakları tahsil etmek için ithalatçıya gönderir.
- 15- Garantör banka kıymetli evrakların bedelini ithalatçıdan tahsil eder.
- 16- Garantör banka kıymetli evrak bedellerini forfaiter'a gönderir. Böylece vadeli satış bedeli ödenerek kredi borcu kapanmış olur ve forfaiting süreci sona erer.

## **11. FORFAITING SİSTEMİNİN YARARLARI**

Forfaiting işleminin, bu işleme dahil olan taraflar açısından çeşitli yararları bulunmaktadır. Forfaiting işleminin taraflar dışında ihracatçının bulunduğu ülke ekonomisi açısından da çeşitli yararları bulunmaktadır. Forfaiting işleminin forfaitist, forfaiter, ithalatçı firma, garantör banka ve ihracatçı ülkenin ekonomisi bakımından yararları aşağıda incelenmiştir.

### **11.1. Forfaiting'in Forfaitist Açısından Yararları**

Forfaiting işleminin forfaitist (İhracatçı) firmaya sağladığı çeşitli yararları bulunmaktadır. Bu yararlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> ÜNAY, age, s. 178; APAK, age, s. 115; GÜZEL, age, s. 40; H. Ali AKÇA, "İhracat Finansmanında Forfaiting Uygulaması ve Bankaların Rolü", **Hazine Dergisi**, Sayı: 14, Ocak-

- Forfaitist firma vadeli alacağını nakde çevirebilmekte ve likiditesi artmaktadır. Böylece finans kurumlarına ve diğer kaynaklara olan borçları azalmaktadır. Bunun sonucunda firmanın kredi değerliliği yükselmekte ve yeni kredi alabilme kapasitesi genişlemektedir.
- Forfaiting işleminde iskonto faiz oranı sabit olduğundan, forfaitist firma faiz oranı riski taşımamaktadır.
- Forfaiting, ihracatçının likidite durumunu iyileştirdiği gibi, yeni kaynaklar sağlama olanağını da artırmaktadır. Bilançosunda bu işlem nedeniyle şarta bağlı bir borç yer almadığından, ihracatçının yeni krediler bulma kapasitesi de genişlemektedir.
- Forfaiting işlemi rücusuz bir işlemdir. Forfaiting işleminde kredili mal satışından doğan alacağın tahsil edilememe riskini forfaiter üstlenmektedir. Forfaitist firmanın bu konuda hiçbir riski bulunmamaktadır.
- Forfaiting işlemi diğer finansal yöntemlerin tersine, gizlilik içinde yapılmaktadır.
- Forfaiting işleminde bütün ticari risk forfaiter'a yüklendiğinden ayrıca ihracat kredi sigortasına ihtiyaç duyulmaz.
- İhracatçı firma, vadeli satışlarını anında paraya çevirdiği için kredili satışlarının finansmanı için kaynak araması gerekmez.
- Forfaitist'in alacaklarını takip ve tahsil için zaman ve para harcamasına gerek kalmaz. Poliçe bedelleri ihracatçıya rücu etmeme kaydı ile forfaiter tarafından tahsil edilmektedir.
- Forfaitist, ithalatçı hakkında bilgi toplamak ve ülke riskini değerlendirmek gibi sorunlarla ilgilenmez.
- Forfaiting işleminde, forfaitist politik risk, transfer riski, döviz kuru riski, ticari risk, faiz oranı riski gibi risklerden korunmaktadır. Bu riskleri forfaiting işlemi yapan kurum üstlenmektedir.
- Forfaiting işlemi sabit faizli olduğundan, forfaitist maliyetini önceden bilmekte ve bunu ihracat fiyatlarına yansıtılmaktadır.

---

Nisan 2002, s. 6; Ganite KURT, "Forfaiting İşlemi ve Muhasebeleştirilmesi", **MÖDAV Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Mart 2002, s. 61

## 11.2. Forfaiting'in Forfaiter Açısından Yararları

Forfaiting işleminin esas taraflarından olan forfaiter, ihracatçının talebini kabul ederse işlem gerçekleşir ve satış yapılır. Eğer forfaiter işlemin yapılmasını uygun bulmaz ise satış işleminin gerçekleşmesi için satıcının başka yollara başvurarak çözüm bulması gerekir<sup>51</sup>. Bu çerçevede forfaiting işleminin forfaiter açısından yararları aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>52</sup>.

- Forfaiting işleminde dokümantasyonun basitliği forfaiter için bir avantajdır. Forfaiting işleminde diğer ticari kredilerde olan çok sayfalı kredi sözleşmeleri bulunmamaktadır. Ayrıca işlem kolay ve basit bir şekilde uygulanmaktadır.
- Forfaiter tarafından satın alınan kıymetli evrakların uluslararası piyasalarda tedavül imkanı vardır. Bono ve poliçe gibi bu kıymetli evraklar kolaylıkla ikinci bir forfaiting kuruluşuna satılabilir.
- Forfaiting işleminde iskonto oranları yüksek olmaktadır. Bu durum forfaiter'ın karlılığını artırmaktadır.
- Forfaiter, ihracatçı ile anlaşma yapılmasından itibaren senetlerin iskonto edilmesine kadar geçen süre için taahhüt komisyonu adı altında ilave bir komisyon tahsil etmektedir.

## 11.3. Forfaiting'in İthalatçı Açısından Yararları

Orta vadeli mal alma imkanına kavuşan ithalatçı firmalar belki peşin olsa hiç alamayacakları malları forfaiting sayesinde satın alma imkanına kavuşmaktadırlar. Ancak, borçların hiç ödenmemesi veya geç ödenmesi risklerine karşılık forfaiter tarafından ithalatçı firmalardan gerekli durumlarda banka garantisi istenmektedir. Bu çerçevede forfaiting işleminin ithalatçı firma açısından yararları aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>53</sup>.

- Forfaiting işleminin basit olması ve hızlı gerçekleştirilmesi ithalatçı için önemli bir avantajdır.
- İthalatçı firma forfaiting işlemi sayesinde sabit faizli kredi kullanmış olmaktadır.

---

<sup>51</sup> AKSOY, age, s. 38

<sup>52</sup> ÜNAY, age, s. 179; Arif UĞUR, **KOBİ'ler İçin Alternatif Finansman Yöntemleri**, Sinemis Yayınları, Ankara, 2006, s. 87; H. Tülay GÜZEL, **Sorularla Forfaiting (Türkiye Uygulaması)**, İTO Yayınları, İstanbul, 1997, s. 43

<sup>53</sup> UĞUR, age, s. 89; GÜZEL, age, s. 42; KURT, age, s. 62

- İthalatçı firma alternatif bir finansman kaynağı elde ederek, borçlanma kapasitesini artırmış olur.
- İthalatçı firma kabul ettiği poliçeye veya düzenlediği bonoya bankasının aval vermesi sonucu sadece gayrinakdi kredi kullanmış olur. Böylece nakdi kredi limitleri saklı kalır.
- Satıcının risklerden korunduğunu bildiği için sözleşme şartlarının pazarlığını daha iyi yapabilir.
- İthalatçı ödeme planını kendi nakit programı doğrultusunda belirleyebilmektedir.
- İthalatçı bu yöntem sayesinde vadeli bir alış yapmakta, yani malı peşin alıp bedelini belirli bir vade sonunda ödemektedir. Kendisine tanınmış bu finansman kolaylığının maliyetini ise önceden ve kesin olarak bilme imkanına sahiptir.

#### **11.4. Forfaiting'in Garantör Açısından Yararları**

Garantör banka forfaiting işleminin esas taraflarından biri değildir. Her forfaiting işleminde mutlaka garantör banka olmak zorunda değildir. Diğer bir ifade ile forfaiter alıcıları riskli görürse ve riski devretmek için bir garantör isterse o zaman garantör banka işleme dahil olmaktadır. Garantör bankanın vermiş olduğu garanti genel olarak aval şeklinde olup alıcı gibi sorumlu olmaktadır. O nedenle riski üstlenen forfaiter'dan sonraki taraf olup nihai risk üstlenen taraftır<sup>54</sup>. Üstlendiği bu risklere karşılık forfaiting işleminin garantör açısından yararları aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

- Belgelerin basitliği ve işlemlerin hızlılığı garantör için bir avantajdır.
- Garantör banka üstlendiği risk karşılığında komisyon geliri elde eder. Alıcıların riski ne kadar fazla ise komisyon geliri de o kadar fazladır.
- Forfaiting işlemine taraf olarak garantörün isim ve itibarı uluslararası düzeyde yaygınlaşmaktadır.
- Garantörün müşterilerine verdiği hizmetler çeşitlenmektedir.
- Garanti hizmeti nazım hesaplarda izlendiği için bilanço da yer almaz, kredi değerliliğini etkilemez.

---

<sup>54</sup> AKSOY, age, s. 39



### **11.5. Forfaiting'in İhracatçı Ülke Ekonomisi Açısından Yararları**

Bir ülke ekonomisinin büyümesi ve gelişmesi üretimi ve satışı ile ilgilidir. Satışları artıracak her faaliyet ülke ekonomisine dolaylı bir katkı sağlayacaktır. İhracatçıların satışlarını artıran forfaiting işlemlerinin ihracatçının ülkesine sağladığı yararlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>55</sup>.

- Forfaiting işlemleri ile ihracat artar, ihracatın artması ile ülkeye ilave kaynak ve döviz girişi olur dolayısıyla milli gelir de artar.
- Satışı yapılacak malların üretimi artar ve dolayısıyla üretimi yapacak işgücü istihdamı da artar.
- İstihdamın artması ülkede işgücünün gelir elde etmesini ve refahın artmasını sağlar.
- Fonlara hızlı kavuşan işletmelerin faaliyetleri de hız kazanacak, ülke ekonomisine canlılık gelecektir.
- Satışlar ve karlardaki artış ülkenin vergi gelirlerini artıracaktır.
- Dış ödemeler bilançosu dengesi, ihracatın artmasından dolayı pozitif olarak etkilenecektir.

### **12. FORFAITING SİSTEMİNİN SAKINCALARI**

Forfaiting işleminin, bu işleme dahil olan taraflar açısından yararları olduğu gibi çeşitli sakıncaları da bulunmaktadır. Forfaiting işleminin forfaitist, forfaiter, ithalatçı firma ve garantör banka bakımından sakıncaları aşağıda incelenmiştir.

#### **12.1. Forfaiting'in Forfaitist Açısından Sakıncaları**

Forfaiting işleminin forfaitist (İhracatçı) firma açısından çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Bu sakıncalar aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>56</sup>.

- Forfaitist, senetleri ithalatçı ülkenin kıymetli evrak hukukuna göre düzenlemeli ve gerekli garantileri sağlamalıdır. Aksi takdirde kendisi için risk doğabilir. Ancak bu konuda forfaiter tarafından gerekli bilgi ve destek verilmektedir.
- Garantörün güvenilirliğinin forfaitist tarafından forfaiter'a anlatılması gerekmektedir. Bu durum ise belli bir zaman almaktadır.

---

<sup>55</sup> AKSOY, age, s. 39

<sup>56</sup> APAK, age, s. 115

- İthalatçının garantörü forfaiter tarafından yeterli bulunmamışsa ihracatçı firma problem ile karşılaşabilir.
- Bütün riskler forfaiter tarafından kabul edildiği takdirde forfaitist tarafından ödenecek komisyon daha yüksek olmaktadır.

### 12.2. Forfaiting'in Forfaiter Açısından Sakıncaları

Forfaiting işleminin forfaiter açısından çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Bu sakıncalar aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>57</sup>.

- Forfaiting işlemine konu olan poliçe veya bonoların ödenmemesi durumunda forfaiter'in rücu edebileceği kimse yoktur.
- Forfaiter'in ithalatçı ülkedeki kıymetli evrak hukuku ile ilgili mevzuatı iyi bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tahsilatı gerçekleştirme riski ortaya çıkar.
- Forfaiter, garantörün kredi değerliliğini tespit etmek zorundadır.
- Forfaiter'in tahsilatı hızlandırma olanağı yoktur. Tahsilat için poliçe veya senetlerin vadelerinin gelmesini beklemek zorundadır.
- Forfaiter, poliçe veya senetlerin vadeleri gelinceye kadar geçen süredeki döviz kuru ve faiz oranı riskleri ile karşı karşıyadır.

### 12.3. Forfaiting'in İthalatçı Açısından Sakıncaları

Forfaiting işleminin ithalatçı firma açısından çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Bu sakıncalar aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>58</sup>.

- İthalatçının aldığı aval ve garantiler finansman maliyetini yükseltmektedir.
- İthalatçının aldığı aval ve garantiler finans kurumlarındaki gayri-nakdi kredi limitlerinin belirli bir miktar azalmasına neden olmaktadır.
- İthalatçının garanti veya aval için belirli bir komisyon ödemesi gerekmektedir.
- Forfaiting işlemindeki yüksek komisyonlar ithalatçı için de olumsuz bir faktördür.

<sup>57</sup> APAK, age, s. 116; GÜZEL, age, s. 44; Mustafa YAVUZ, **İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri**, İGEME Yayınları, Ankara, 2009, s. 27

<sup>58</sup> APAK, age, s. 115; GÜZEL, age, s. 43

- Herhangi bir anlaşmazlık çıkması halinde ithalatçı tarafından verilen poliçe ve senetler kendisi için olumsuz bir durum yaratabilir. Söz konusu kıymetli evraklar ithalatçıya mutlak bir borç yüklemektedir. Satın alınan mallar ile ilgili herhangi bir anlaşmazlık olsa dahi ithalatçı poliçe veya senet bedellerini ödeme durumunda kalacaktır.

#### **12.4. Forfaiting'in Garantör Açısından Sakıncaları**

Forfaiting işleminin garantör açısından tek riski, garanti ettiği belgeler karşılığında mutlak yükümlü olmasıdır. Herhangi bir anlaşmazlık durumunda ithalatçının ödemeyi zamanında gerçekleştirmemesi durumunda garantör hiçbir itiraza yer vermeksizin ödemeyi yapar ve bu miktarın tahsili için ithalatçıya başvurur<sup>59</sup>.

### **13. FORFAITING SİSTEMİNDE RİSKLER**

Kredili ihracat işleminde, borçlunun satın alım bedelini zamanında ödemesi zaman zaman güçleşmektedir. Başlangıçta her şey iyi giderken, hesapta olmayan olayların gelişimi ödeme gücünü doğurmaktadır. Dünyanın herhangi bir bölgesinde ortaya çıkan bir kriz dalga dalga tüm dünyayı etkisi altına alabilmektedir. Hatta bu nedenden dolayı bazı pazarlarda mal satmak çekinceli hale gelmiştir. Bu nedenle risk kavramı, ihracatçı ve garantör banka için son derece önem arz etmektedir<sup>60</sup>.

Forfaiting işleminde ihracatçı açısından anında nakit elde etmenin yanı sıra, dış ticaretin finansmanında mevcut olan tüm risklere karşı da korunmaktadır. Dış ticaretin finansmanında ihracatçının karşılaşabileceği başlıca riskler; politik risk, transfer riski, kur riski, ticari risk ve faiz riskidir<sup>61</sup>.

#### **13.1. Politik Risk**

Politik riski, ithalatçı firmanın ülkesindeki devletin aldığı olağanüstü önlemler veya savaş, iç savaş, devrim, ayaklanma gibi politik olaylar doğurur. Bu tür risk sonuçta ihracatçının zarara uğramasına neden olur.

#### **13.2. Transfer Riski**

Transfer riski, moratoryum ilanı da dahil ithalatçının bulunduğu ülkede belirlenmiş döviz cinsi üzerinden borçların ödenmesinde güçlüklerle karşıla-

<sup>59</sup> YAVUZ, age, s. 27; Niyazi ERDOĞAN, *Uluslararası İşletmelerde Mali Risk ve Yönetimi & Çağdaş Finansman Teknikleri*, 2. Baskı, yy, Ankara, 1995, s. 184

<sup>60</sup> AKÇA, age, s. 4

<sup>61</sup> GÜZEL, age, s. 11; AKGÜÇ, age, s. 39; HIZIR, age, s. 1150; KÜTÜKÇÜ, age, s. 78; ERDEMOL, age, s. 67

şılmasından veya borçların ödenmesinden kaçınılmasından kaynaklanmaktadır.

### **13.3. Kur Riski**

Forfaiter kendi ulusal parası dışında bir para cinsi üzerinden düzenlenmiş kıymetli evrakları satın alabilir. Böyle durumlarda kur riski oluşabilir, bunun da nedeni döviz kurlarının serbestçe dalgalanmasıdır. Döviz fiyatı forfaiting anlaşmasının yapıldığı tarih ile ödemenin yapıldığı tarih arasında önemli ölçüde değişime uğrayabilir. Bunun sonucunda forfaiting şirketi önemli ölçüde zarara uğrayabilir. Forfaiting şirketi kur riskinden kurtulmak için swap ve forward işlemleri yaparak yabancı parayı kendi ulusal parası cinsinden satın alır. Ayrıca forfaiting şirketi bu işlemler ile ilgili maliyetleri de prime yansıtır.

### **13.4. Ticari Risk**

Ticari risk, bütün kredi türlerinde söz konusu olan borçlunun veya kıymetli evraka aval veren finansman kurumunun ödeme güçlüğü içine düşerek borcunu ödeyememesi veya ödeme niyetinin olmaması durumunda oluşan risktir.

### **13.5. Faiz Riski**

Forfaiting işleminde kıymetli evraklar sabit faiz oranı ile iskonto edilmektedir. Buna karşılık vade içerisinde faizlerin yükselme olasılığı bulunmaktadır. Bu da forfaiting şirketinin faiz riskini oluşturmaktadır. Forfaiting şirketinin bu riskten korunması için aynı sürede, aynı faiz oranı üzerinden kendisini fonlaması gerekir.

## **14. FORFAITING SİSTEMİNDE MALİYETLER**

Forfaiting işlemi sürecinde hem ihracatçı firma hem de ithalatçı firma çeşitli maliyetleri yüklenmektedirler. Ancak ihracatçı firma satışı yapmadan önce forfaiting işleminin maliyetini bilmektedir. Bu nedenle ihracatçı firmanın katlandığı maliyetleri satış fiyatına ilave ederek ithalatçı firmaya yansıtması mümkün olmaktadır. Sonuç olarak maliyetlerin tümüne ithalatçı firma katlanırsa bile tarafların ilk aşamada katlandığı maliyetler ihracatçı firma ve ithalatçı firma açısından ayrı ayrı incelenecektir.

### **14.1. İhracatçı Açısından Maliyet**

İhracatçı firmanın ilk aşamada katlandığı temel maliyetler; iskonto tutarı, taahhüt ücreti, opsiyon ücreti ve bekleme süresi komisyonudur.

### 14.1.1. İskonto Oranı

İskonto oranı, yapılan iskonto işleminde uygulanan orandır. İskonto oranı genellikle forfaiting sözleşmesinin yapıldığı sırada Euro-pazarlarda uygulanmakta olan faiz oranı seviyesinde olmaktadır. Forfaiting işleminde iskonto oranını belirleyen dört ana faktör vardır. Bunlardan birincisi işlemde kullanılacak fonun maliyetidir. Burada göz önünde bulundurulacak nokta iskonto edilecek kıymetli evrakların ortalama vadesi ve alternatif finansman kaynaklarının faiz oranlarıdır. İkinci faktör forfaiting işleminin sabit faizli bir finansman olmasıdır. Forfaiter, iskonto oranını belirlerken sabit faizli işlemde doğabilecek riski göz önünde bulundurur. Üçüncü faktör forfaiter'in yönetim giderleridir. Yönetim ve diğer masraflar için forfaiter ayrıca yıllık olarak % 0,5 düzeyinde bir ücret talep etmektedir. Sonuncu faktör ise ülke riskidir. Problem genellikle politik istikrarsızlık veya döviz bulunmaması nedeni ile transfer yapılamaması konusunda çıkmaktadır. Ülke riskinin iskonto oranına yansımaları % 0,5 ile % 5 arasında olmaktadır<sup>62</sup>.

### 14.1.2. Taahhüt Ücreti

Taahhüt ücreti, ihracatçının forfaiter'in teklifini kabul etmesinden kıymetli evrakların fiilen iskonto edildikleri tarihe kadar geçen süre için teklifin açık tutulması için ihracatçı tarafından forfaiter'a ödenen ücrettir. Taahhüt ücreti, forfaiter'in kaybını belirli bir oranda karşılamak için ödenmektedir. Taahhüt süresi 6 ay hatta bazen daha uzun süreli olabilmektedir. Bu ücret kıymetli evrakların nominal değerinin belli bir yüzdesi olarak hesaplanmaktadır. Bu oran uygulamada yıllık % 1-2 arasında peşin olarak alınmaktadır<sup>63</sup>.

### 14.1.3. Opsiyon Ücreti

Opsiyon ücreti, süreye bağlı olmaksızın kıymetli evrakın tutarı üzerinden yüzde olarak ve bir defaya mahsus ödenen ücrettir. Opsiyon süresi en çok üç ay olmaktadır. Opsiyon süresinde forfaiter'in işi henüz kesin olarak alıp almadığı belli değildir fakat risk taşımaktadır. Opsiyon ücreti kıymetli evrakın itibari değeri üzerinden tek bir yüzde olarak tahsil edilmektedir. Opsiyon ücreti opsiyon süresinin uzunluğuna bağlı değildir. Opsiyon ücreti genellikle % 1/8 oranında uygulanmaktadır<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> ERSAN, age, s. 30

<sup>63</sup> APAK, age, s. 120

<sup>64</sup> YAVUZ, age, s. 29

#### 14.1.4. Bekleme Süresi Komisyonu

Bekleme süresi (Grace Period), vade ile ödeme arasında geçen süredir. İskontoya esas olan süre, senetlerin iskonto edildikleri tarihten senet vadesine kadar geçen süredir ve senedin vade tarihindeki valörü ile ödenmesi beklenmektedir. Ancak uygulamada durum daha farklıdır. Senet bedelinin aval bankası tarafından ödenmesi, ilgili ülkedeki bürokratik engeller, transfer emrindeki bilgi eksikliklerinden kaynaklanan gecikmeler vb nedenlerle her zaman vadede gerçekleşmeyebilir. Geçen her gün forfaiter'ın faiz kaybı anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu tür gecikmelere karşı forfaiter iskonto faizinin hesaplanmasında esas gün sayısına birkaç gün ilave etmektedir. Bu ek süre genellikle 2-3 gündür. Ancak bu süre bazı durumlarda 20 güne kadar çıkabilmektedir. Eklenen bu süre fiili ödeme tarihini geçiyorsa, geçilen her gün içinde ayrıca ek faiz hesaplanır<sup>65</sup>.

#### 14.2. İthalatçı Açısından Maliyet

Forfaiting işleminin ithalatçıya maliyeti sadece kendi bankasına ödeyeceği garanti veya aval komisyonundan oluşmaktadır. Bu komisyon, ithalatçı ve garantör arasında yapılan pazarlık sonucu belirlenir ve bono veya poliçenin nominal değerinin belirli bir yüzdesi olarak hesaplanır. Komisyon bedeli, anlaşmaya veya bankanın prensiplerine göre üç aylık, altı aylık dönemlerin başında veya yıllık peşin olarak ithalatçı tarafından bankaya ödenir.

Eğer ithalatçı bir kamu kuruluşu veya çok uluslu bir şirket ise forfaiter tek başına ithalatçının riskini yeterli kabul ederek onun bankasından aval alması hususunda ısrar etmeyebilir. Bu durumda ithalatçının normalde kendi bankasına ödeyeceği aval komisyonuna eşit bir komisyon, forfaiter tarafından ithalatçıdan talep edilebilir. Bu durumda Forfaiter, banka riski yerine ticari bir risk üstlenmiş olmaktadır<sup>66</sup>.

#### SONUÇ

Forfaiting, ihracatı finansman şekillerinden birisidir. Forfaiting finansman tekniği ihracatçının vadeli satışlardan dolayı yüklendiği riski ihracatçının omuzlarından kendi omuzlarına alan ve bu yolla para kazanan finansal kurumlar aracılığıyla uygulanmaktadır. Söz konusu işlemde genellikle ithalatçının, borcu karşılığında ihracatçıya verdiği bono veya poliçeler kullanılmaktadır. İşlem gerçekleşikten sonra ihracatçının hiçbir yükümlülüğü kal-

---

<sup>65</sup> GÜZEL, age, s. 28

<sup>66</sup> GÜZEL, age, s. 25

mamaktadır; yani bir başka deyişle işlemin sonucunda ihracatçıya rücu olanağı kalmamaktadır. Forfaiting işleminde forfaiter, yüklendiği tüm risk ve sorumluluklar karşılığında alacak senedini belli bir iskonto oranıyla iskonto ederek ihracatçıya ödemektir.

Forfaiting finansman tekniğinin ilk kullanımı 1960'lı yıllarda gerçekleştirilmiştir. Günümüzde, Londra, Zürih ve Frankfurt'ta gelişmiş forfaiting piyasaları bulunmaktadır. Forfaiting tekniğine olan talebin artması sonucu birçok banka ve kredi kuruluşu forfaitingi kendi programlarına almaktadır. Faiz oranları ve döviz kurlarındaki dalgalanmalar, transfer riskindeki artışlar, sigorta primlerinin yükselmesi, ihracat kredi sigortası ve garanti şartlarının daha sınırlayıcı bir hale gelmesi forfaiting finansman tekniğinin daha yaygın olarak kullanılmasının başlıca nedenleri olarak sayılabilir.

Forfaiting finansman tekniği günümüzde çoğunlukla yatırım mallarının ihracatından doğan uzun vadeli alacakların finansmanı için kullanılmaktadır. Forfaiting bu konuda uzmanlaşmış kurumlar veya bankalar tarafından gerçekleştirilmektedir.

## KAYNAKÇA

- ADYRANOVA, Nazgul: “Dış Ticaret ve Alternatif Finansman Tekniklerinin İşleyişi İle Muhasebe Uygulamaları”, **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006
- AKARTEPE, Alpaslan: “Forfaiting Sözleşmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 439-454
- AKÇA, H. Ali: “İhracat Finansmanında Forfaiting Uygulaması ve Bankaların Rolü”, **Hazine Dergisi**, Sayı: 14, Ocak-Nisan 2002, s. 1-18
- AKGÜÇ, Öztin: “Dışsatım Finansmanında Bir Yöntem Forfaiting”, **Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Ocak 1986, s. 35-43
- AKGÜÇ, Öztin: **Dış Ticaret Finansmanı**, Arayış Basım ve Yayıncılık, İstanbul, 2009
- AKSOY, Emine Ebru: Forfaiting; Kürşat YALÇINER, Cihan TANRIÖVEN-vd: Finansal Teknikler ve Türev Araçlar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008
- APAK, Sudi: **Uluslararası Finansal Teknikler**, Emlak Bankası Yayınları, İstanbul, 1992
- BABUŞCU, Şenol: **Toptancı Bankacılık ve Türkiye Uygulaması**, Türkiye Halk Bankası, Ankara, 1991
- BENLİ, Yasemin Keskin: “Dış Ticaretin Finansmanında Forfaiting”, **İktisat İşletme ve Finans Dergisi**, Şubat 2003, s. 90-100
- BİLİK, Taylan: **Alternatif Finansman Yöntemleri Yatırım ve Kredi Yönetimi**, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2004
- EKŞİ, Nurray: **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- ERDEMOL, Haluk: **Factoring ve Forfaiting**, Akbank Ekonomi Yayınları, İstanbul, 1992
- ERDOĞAN, Niyazi: **Uluslararası İşletmelerde Mali Risk ve Yönetimi & Çağdaş Finansman Teknikleri**, 2. Baskı, yy, Ankara, 1995
- ERSAN, İhsan: “Forfaiting ve Türkiye”, **Para ve Sermaye Piyasası Dergisi**, Sayı: 77, Temmuz 1985, s. 29-31
- FETTAHLIOĞLU, Ö. Okan: **Dış Ticarete Factoring ve Forfaiting**, İsmail BAKAN vd, **Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007
- GÜZEL, H. Tülay: **Sorularla Forfaiting (Türkiye Uygulaması)**, İTO Yayınları, İstanbul, 1997
- HIZIR, Serdar: “Türk Hukuku Açısından Dışsatımda Bir Finansman Yöntemi Olarak Forfaiting İşlemi”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1131-1165



- İŞLER, İhsan: “Türkiye’de Finans Sektöründe Leasing, Factoring, Forfaiting İşlemleri ve Hukuki Çerçevesi”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2003
- KABAKÇI, Ali: **Özel Finansman Teknikleri**, yy, İzmir, 2009
- KOCA, Cahit: **Finans Yönetimi Factoring, Leasing ve Forfaiting**, Etap Kitabevi, İstanbul, 2010
- KONDAK, Nuray: **İşletmelerde Finansman Sorunu ve Çözüm Yolları**, Der Yayınları, İstanbul, 2002
- KURT, Ganite: “Forfaiting İşlemi ve Muhasebeleştirilmesi”, **MÖDAV Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Mart 2002, s. 57-71
- KÜTÜKÇÜ, Abdullah: “Finans Dünyamızın İki Yeni Kavramı: Factoring ve Forfaiting”, **Maliye Postası Dergisi**, Sayı: 364, 1995, s. 73-79
- ÖĞÜLMÜŞ, Levent: **Forfaiting**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1991
- ÖNAL, Yıldırım B.: **Türkiye’de Endüstri İşletmelerinin Müşteri Finansmanında Kullandıkları Tekniklerin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara, 1998
- ÖNCÜ, Beratiye: **Forfaiting Uygulaması**, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Ankara, 1988
- ÖZDEMİR, Zekai: “Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Faktoring ve Forfaiting İşlemleri”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı: 10, 2005, s. 194-224
- SOYKAN, Mehmet Erkan: “Alacak ve Kredi Risk Yönetimi: Uygulamalı Bir Araştırma”, **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008
- ŞANLI, Cemal-EKŞİ, Nuray: **Uluslararası Ticaret Hukuk**, 5. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006
- TALU, Hülya: **Forfaiting Ders Notu**, İ.Ü. İktisat Fakültesi İşletme Yönetimi ve Muhasebe Araştırma Merkezi, İthalat-İhracat Kursu, İstanbul, 1994
- TANAY, Ferruh: **Forfaiting**, İktisat Bankası, İstanbul, 1987
- TOMANBAY, Mehmet: **Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı**, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara, 1995
- UĞUR, Arif: **KOBİ’ler İçin Alternatif Finansman Yöntemleri**, Sinemis Yayınları, Ankara, 2006
- ÜNAY, Vecdi: **Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilme Usulleri**, Es Yayınları, İstanbul, 1989

- UZUNOĞLU, Sadi: **Yeni Finansman Teknikleri**, Ekonomik Araştırmalar Merkezi Yayınları, İstanbul, 1996
- VARLIK, Levent: **Tacir Bankacılık**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1987
- VARLIK, Levent-TÜRKAKIN, Özcan-GÜRCAN, A. Niyazi: **Leasing Factoring Forfaiting**, Türkiye İş Bankası İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Ankara, 1985
- YAVUZ, Mustafa: **İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri**, İGEME Yayınları, Ankara, 2009
- YILMAZ, Güldeniz: “Alternatif Finansman Tekniklerinden Forfaiting”, **E-Yaklaşım**, Sayı: 52, Kasım 2007, <http://yaklasim.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2010)
- YÜKSEL, Volkan: “Dış Ticaretin Finansmanında Forfaiting Tekniği”, **Yaklaşım**, Eylül 2002, <http://yaklasim.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2010)

## **KAMU BARIŞINA KARŞI SUÇLAR BAKIMINDAN TAHRİK KAVRAMI**

*Dr. Haluk TOROSLU\**

### **I. Giriş**

Bu çalışma kapsamında Türk Ceza Kanununda yer alan kamu barışına karşı suçların bir işleniş biçimi olarak tahrik ele alınacaktır. Bu doğrultuda öncelikle, hukuken korunan bir menfaat olarak kamu barışı-kamu düzeni kavramları incelenecek, ardından da tahrik fiilinin anlamı kavramsal açıdan ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise, tahrik niteliğindeki fiil ile düşünce özgürlüğü arasındaki ilişki açısından tahrikin ihlal edici olma özelliği irdelenecek, en sonda da kanunda yer alan düzenlemeler doğrultusunda kısaca tahrikin kamu barışına karşı bir suç olarak cezalandırılması için konusunun ne olması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır.

### **II. Kamu Düzeni ve Kamu Barışı Kavramları**

#### **1. Genel olarak**

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, üçüncü kısmının, beşinci bölümünde kamu barışına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu başlık altında, diğer bazı fiillerle birlikte, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, halkı birbirini öldürmeye tahrik ve kanunlara uymamaya tahrik şeklindeki suç fiillerine yer verilmiştir. Esas itibarıyla, ileride başkaca suçların işlenmesi tehdidini ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş düzenlemeler olarak nitelendirilebilecek bu suçlar<sup>1</sup>, Mülga Ceza Kanununda, “kamu düzenine (amme nizamı) karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmekteydi.

---

\* *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

<sup>1</sup> ANTOLISEI Francesco: *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II*, 14a ed., Milano 2003, s. 230.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemeler ile korunması amaçlanan, devletin, kamu düzeni veya kamu barışı şeklinde ortaya çıkan hukuki varlığının garanti altına alınmasındaki menfaattir. Söz konusu menfaat, suça teşvik veya örgütlü suçluluğa ilişkin faaliyetler ile zarar görebilecek ya da zayıflatılabilecek nitelikteki iç düzeni, kamu güvenliğini ve barışını içine almaktadır<sup>2</sup>. TCK'nın da esas aldığı kamu barışı kavramı, sosyal düzeni; yani sosyal hayat ilişkilerinde, yine bu ilişkileri düzenleyen hukuk normları tarafından oluşturulan ve bu itibarla sosyal huzuru, barışı ve güveni ortaya koyan bir düzeni ifade etmektedir<sup>3</sup>. İtalyan Ceza Kanunu için hazırlanan Adalet Bakanlığı raporunda kamu barışının, toplumun tam ve kusursuz düzenini; yalnızca yaşamaya izin veren değil, aynı zamanda birlikte yaşamının hazlarını artıran bir düzen olarak anlaşılmasının mümkün olduğu; daha basit şekilde, toplumsal yaşamın, güvenlik ve huzur hissine karşılık gelecek biçimde doğru ve düzenli işleyişini ifade ettiği belirtilmiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla Mülga Kanun'un esas aldığı kamu düzeni kavramıyla TCK'nın yer verdiği kamu barışı kavramlarının büyük ölçüde örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Kamu düzeni kavramının anlamı araştırılırken nazara alınması gereken önemli bir husus, söz konusu kavramın, bir normlar ve kurumlar sistemi olarak hukukun tüm görünümünü kapsayan hukuk düzeniyle karıştırılmamasının gerekli olduğudur. Zira hukuk düzeni bu anlamıyla kamu düzeninden daha geniştir. Aynı şekilde, topluma yalnızca yaşama değil geleceği öngörme imkanı da sağlayan dahili ve harici düzeni ifade eden genel kamu düzenini de tahrik suçlarının hukuki konusu olarak kamu düzeninden ayrı düşünmek gerekmektedir<sup>5</sup>.

Ceza hukuku anlamında kamu düzeni daha dar bir anlama sahip olup, sosyal yaşamın düzgün işlenmesi, vatandaşların Devletin ve hukukun egemenliği altında uyum ve barış içinde bir arada yaşamaları, yani kamu barışını ifade etmektedir. Bunun karşılığı olarak da, bireylerde huzur ve güvenlik hissi oluşmaktadır<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Kamu düzeni kavramı burada hukuk düzeninden ve genel kamu düzeni kavramından daha dar biçimde, Devletin bünyesinde sosyal yaşamın düzenli biçimde işleyişine nazara alınmak suretiyle düzenlenen suç fiilleriyle ilgili olarak anlaşılacak durumundadır. Bkz. MANZINI Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. 6, 14a ed., Torino, 1964, s. 147.

<sup>3</sup> TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 7.Baskı, Ankara 2013, s. 249.

<sup>4</sup> FIORE Carlo: Ordine Pubblico, Enciclopedia del Diritto, XXX, Milano 1958, s. 1091; ROSSO Giovanni: Ordine Pubblico, Novissimo Digesto Italiano, XII, Torino 1975, s. 153.

<sup>5</sup> ANTOLISEI: s. 230; GAROFOLI Roberto: Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Milano 2006, s. 395; CARCANO Domenico: Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Milano, 2010, s. 387; DOLCE Raffaele: Istigazione a delinquere, Enciclopedia del Diritto, XXII, Milano 1958, s. 995.

<sup>6</sup> ANTOLISEI: s. 230; DOLCE: s. 995; TOROSLU: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970, s. 350.

Aydınlanmacı doktrine göre, kolektif huzuru bozan her fiil kamu barışına karşı işlenmiştir. Güvenliğin objektif biçimde ihlal edilmesinin yanında, toplumsal güvenlik duygusuna ve bireylerin yaşayacağı muhtemel huzursuzluğa verilen önem, kamu düzenine karşı suçlar teorisinin “*leit motiv*”ini, yani bu suçların düzenlenmesindeki ana amacı oluşturmaktadır. Bu güven duygusuna böyle bir önem atfedilmesinin sebebi de, insanın, faaliyetleri aracılığıyla özgürce kişiliğini geliştirmesi açısından, toplum içinde güvenle yaşayabileceği inancının sahip olduğu vazgeçilmez işlevdir<sup>7</sup>.

Bu güvenlik hissi şeklindeki psikik olgu, belirli bir bireye ait değil, toplumu oluşturan belirsiz sayıdaki bireylerin çoğunluğuna aittir; yani toplumun kolektif bir varlığı niteliğindedir. Bu doğrultuda söz konusu psikik olgu, belirsiz sayıda kişiden oluşan bütün içindeki her bir bireye ait psikik olguların kompozisyonu olarak objektifleşmektedir ki, bu itibarla kamu düzeni de objektif bir koşul ya da bir durum olarak değil, kolektif bir hissiyat, toplumun gayri maddi bir varlığı olarak nazara alınmak durumundadır<sup>8</sup>.

Her ne kadar söz konusu kolektif hissiyatın zayıflamasının, kamu düzeninde gerçek bir bozulmaya yol açtığı gerekçesiyle, kamu düzenine karşı suçların tehlike suçu değil, zarar suçu olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de<sup>9</sup>, kamu düzeni şeklindeki soyut, gayri maddi nitelikteki varlığa verilen zararın somut biçimde ortaya konulması mümkün olmadığından, söz konusu düşünce kabul edilebilir gözükmemektedir. Öte yandan, çoğunlukla kanun koyucunun *iuris et de iure*, yani aksi kanıtlanamayacak biçimde belli davranışları kamu düzenine zarar verici olarak nitelendirdiği, dolayısıyla, suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit açısından kamu düzeninin gerçekten bozulmuş olduğunun ortaya konulmasına gerek olmadığı da bir gerçektir. Zira bu bozulmanın, kanunun ceza politikası doğrultusunda getirdiği mutlak kural gereği, ilgili maddelerinde öngörülmüş belli fiillerin işlenmesiyle gerçekleşeceği kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Belirtmek gerekir ki, aslında her suç kamu barışını veya kamu düzenini, meydana getirdiği zararlar orantılı olarak ihlal eder. Ancak bir kısım suçların, kamu barışını doğrudan ihlal ettikleri varsayılmaktadır. Bunun sebebi, söz konusu suçlardan kaynaklanan ihlalin, kamunun selameti, kamu güveni,

---

<sup>7</sup> FIORE: s. 1086-1087.

<sup>8</sup> CONTIERI Enrico: *I Delitti Contro L'ordine Pubblico*, Milano 1961, s. 3, 4; MANZINI: s. 148.

<sup>9</sup> MANZINI: s. 149.

<sup>10</sup> ROSSO: s. 153.

genel ahlak gibi kamu barışının belli bir yönünü değil, bütünü ilgilendirmesi ve onu, tekil unsurlarından bağımsız olarak, bütüncül yapısı içerisinde tehlikeye atması ya da ona bu şekilde zarar vermesidir<sup>11</sup>.

Bununla birlikte, kamu düzenine karşı suçları diğer fiillerden ayıran önemli bir husus da, bireylerin bu fiiller dolayısıyla yaşadığı üzüntü ve tedirginliğin, fiilin tesadüfi değil, olağan ve sürekli bir sonucu olması ve her bireyin hissedeceği bu üzüntü ya da korkunun, toplumun bir üyesi olmakla sahip olduğuna inandığı hakların ihlal edildiği hissinden kaynaklanıyor olmasıdır<sup>12</sup>.

Doktrindeki bir başka düşünceye göre ise, bahis konusu suçların yalnızca kamu düzenini ihlal ettiği ve bunları düzenleyen hükümlerin başka hiç bir hukuki varlık veya menfaati korumaya yönelmediği görüşü isabetsizdir. Zira durum bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde, örneğin suç işlemeye tahrik fiili açısından, tahrikin konusu olan suçun işlenebileceği ve bu suçun yer aldığı kanuni düzenlemenin koruduğu varlık veya menfaatin de zarar görebileceği göz ardı edilmektedir<sup>13</sup>. Ancak kamu barışına karşı suçlar esas itibarıyla başkaca suçları önlemek amacıyla düzenlenmiştir ve bu başkaca suçlar gerçekleşmese ya da işlenen fiille herhangi başka bir özel menfaate zarar verilmiş olmasa dahi, kamu barışına karşı işlenen fiiller cezalandırılmaktadır. Bu itibarla söz konusu düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü bu noktada kamu düzeninin bozulması ile tahrike konu fiilin işlenmesi sonucu kamusal veya bireysel bir menfaate zarar verilmesi birbirinden ayrı durumlardır<sup>14</sup>.

### **3. Maddi kamu düzeni – ideal kamu düzeni ayrımı**

Bireye içinde kendisini dilediği gibi ifade edebileceği bir düzenin sağlanması halinde, toplum ve hukuk düzeni açısından önem arz eden genel menfaatlere dayalı taleplere ve bireyin temel haklarına bir koruma alanı

---

<sup>11</sup> MANZINI: s. 148; ANTOLISEI: s. 230; TOROSLU: özel kısım, s. 249; İtalyan Ceza Kanunu Raporunda, başkaca suçların kamu düzenine yalnızca belli ortaya çıkış biçimleri açısından zarar verdiği ve bu suçların ortaya çıkardıkları sosyal zarara göre değil, hukuki konularına göre birbirlerinden ayrıldıkları belirtilmiştir. Gerçekten de bu kategorideki suçlar kamu düzenini yalnızca belli bir yönüyle değil, onu tümünden zayıflatarak ihlal etmektedirler; bu fiiller açısından doğrudan, doğrudukları sosyal tehlikeden ayrı bir objektif zararın gerçekleşmesi zordur; başka bir deyişle kamu düzeninin zarar görmesi hukuk düzeninin başka bir biçimde ihlalinin sonucu değil, kendi başına yalnızca ve doğrudan kamusal barışı zedeleyen bir etki olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. ROSSO: s. 152; CARCANO: s. 387; DOLCE: s. 995.

<sup>12</sup> FIORE: s. 1087.

<sup>13</sup> ROSSO: s. 152.

<sup>14</sup> Bkz. FIORE :s. 1084, 1085.

yaratılmış olacağından, kamu düzeni kavramı politik bir nitelik arz etmektedir. Bu itibarla, doğduğu andan bu yana kamu düzeni, temel hürriyetlerin kullanılmasını düzenlemek amacıyla başvurulan bir araç olarak nazara alınmaktadır<sup>15</sup>.

Bu doğrultuda kamu düzeninin meşruiyetini devletin politik anlayışından aldığı ve toplumsal yapının temelini temsil ettiği dile getirilmiştir. Belirli bir toplumda geçerli sosyal düzeni yansıtan kamu düzeni, bireyin toplum içerisindeki konumunu ifade etmektedir. Bu şekilde anlaşıldığında, bireyin temel özgürlükleriyle de sıkı bir ilişki içinde olan söz konusu kavram, ağırlıklı olarak bireye önem veren liberal devletten baskıcı devlete geçiş açısından da önem kazanmaktadır<sup>16</sup>.

Kamu düzeninin ceza hukuku aracılığıyla korunmasında, söz konusu kavramın iki temel görünümünün esas alındığı söylenebilir. Korumanın konusu, bazen maddi bir gerçekliği, bazen ise toplumun yaşamını sürdürebilmesi açısından vazgeçilmez kabul ettiği belli ilkelere saygı gösterilmesi ihtiyacına bağlı ideal bir gerçekliği ifade etmektedir. Bir kısım yazar, ideal olanı salt politik nitelik arz etmesi nedeniyle tamamen reddederken, bazıları maddi düzenin ideal düzenin var olabilmesi için gerekli somut koşulları temsil ettiğini ileri sürmekte, başka bir kısım yazar ise maddi kamu düzenine ilişkin menfaatin, ona nazaran daha geniş olan ideal düzenin minimum görünümü olduğunu ifade etmektedir<sup>17</sup>.

Kamu barışına karşı suçlar kategorisi, aslında maddi kamu düzeni nazara alınmak ve korunan menfaat açısından, toplumu oluşturan bireylerin huzurunun bozulması üzerine vurgu yapılmak suretiyle ortaya atılmıştır. Böyle bir maddi kamu düzeni içerisinde bireyin ve mülkiyet hakkının güvenliği, konut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü; yani şiddetin her türünden arınmış bir düzeni ifade eden sosyal barış ve huzur yer almaktadır<sup>18</sup>.

Daha geniş nitelikteki “kamu düzenine karşı suç” kavramı ise, ideal bir gerçekliği, yani olması gerekeni ifade etmektedir ve söz konusu düzenin var olduğu algısından kaynaklanan menfaatin korunması eğilimini yansıtmaktadır. Bu doğrultuda kamu düzeninin ideal anlaşılışı, devlet organizasyonunun veya bunun üzerine oturduğu temel prensiplerin, bazen

---

<sup>15</sup> Gerçekten de, bu formül ilk olarak Napolyon medeni kanununda genel olarak sözleşme faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. RICCIO Giuseppe: Ordine Pubblico, Dizionario di Diritto e Procedura Penale (a cura di Giuliano Vassalli), Milano 1986, s. 718.

<sup>16</sup> RICCIO: s. 718.

<sup>17</sup> FIORE: s. 1085; RICCIO: s. 729.

<sup>18</sup> FIORE: s. 1085; RICCIO: s. 729; SCHIAFFO: s. 163; FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo: Diritto Penale Parte Speciale, vol. I, 4a ed., Torino 2007, s. 462; CARCANO: s. 387.

sosyolojik bazen hukuki yöne ağırlık verilerek sosyo-politik verilerin toplanması suretiyle korunmasına ilişkin genel menfaatle örtüşmektedir. Düzenin her ne pahasına olursa olsun korumak istediği, değiştirilemez nitelikteki politik ilkeler bütününe esas alan bu formülasyona göre kamu düzeni, hukukun ve demokrasinin veyahut toplumun güncel düzenli işleyişinin dayandığı kurumsal ve anayasal araçların korunması işleviyle hareket etmektedir<sup>19</sup>.

Maddi – ideal kamu düzeni ayrımı, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da yer bulmaktadır. Mahkeme, çoğu zaman “ideal” kavramından kaçınarak, birleştirici nitelikte, aşırı politiklikten uzak, daha geniş ve elastik niteliğe sahip bir tanım ortaya koymak amacıyla anayasal kamu düzeni kavramını kullanmaktadır. Ancak bunun yanında, kamu güvenliğine, kolektif yaşamın koşullarına ve kamusal huzura gönderme yapmak suretiyle maddi anlamda kamu düzenini esas aldığı değerlendirilmeleri de bulunmaktadır. Mahkeme, kamu düzenine ilişkin kararlarında, kamusal huzurun bozulması ipotezlerinden ya da kamusal güvenliğin korunması için gerekli asgari ihtiyaçlardan söz etmekte veya anayasal hedefleri gerçekleştirmek amacıyla güden dinamik unsurları, temel hakların dahi önüne geçirecek koşulsuz bir korumanın konusu yapmak suretiyle kavramın işlevini genişletmektedir<sup>20</sup>.

Söz konusu anayasal kamu düzeni kavramının, sistemin nihai amacı veya özgürlüklerin kullanımına ilişkin genel bir sınır olarak nazara alınması gayri meşru olarak nitelendirilip eleştirilmiştir. Bu doğrultuda, biçimsel değil öze ilişkin bir anayasal düzenin gerçekleştirilmesi açısından, bütün hukuk sistemini anayasada yer alan temel ilke ve değerlere gerçekten uygun hale getirmek amacıyla, cezai korumanın alanının politik ve temel özgürlüklere saygılı bir alanla sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>21</sup>.

Esas itibarıyla, kamu düzeni kavramına ilişkin her iki temel anlayış da eleştirilmiş, ideal düzenin hukuki korumanın konusu olması halinde, hukuki varlığın, cezai korumanın *ratio*'su ile örtüşeceği; bunun sonucu olarak da, cezai liberalizmin “hukuki konu” kavramına yüklemiş olduğu, kanun

---

<sup>19</sup> RICCIO: s. 729; FIANDACA-MUSCO: s. 462; Bu iki yaklaşımın yanı sıra uygulamada, kamu düzeninin günlük dilde sahip olduğu anlam doğrultusunda anlaşılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Şöyle ki; kamu düzeninden veya kamu düzenine ilişkin sorunlardan bahsedildiğinde, oldukça geniş bir biçimde, hem ağır suçluluğun gidişatı ve buna karşı koymak amacıyla kullanılan araçların etkinliği; hem de kolektif yaşamın yüksek politik veya sosyal patlamalara yol açabilecek çeşitli bozulma biçimlerine gönderme yapılmaktadır. Bkz. FIORE: s. 1085; CARCANO: s. 387.

<sup>20</sup> RICCIO: s. 731; CARCANO: s. 387.

<sup>21</sup> CARCANO: s. 388.



koyucunun suç yaratmak konusundaki seçimlerini eleştirel açıdan nazara almak için bir ölçüt olma işlevinin zarar göreceği ve korumanın konusunun korumayı yaratan hukuki araçlardan önce halihazırda var olmasına ilişkin koşulun tehlikeye düşmüş olacağı dile getirilmiştir<sup>22</sup>.

İdeal kamu düzeni doktrinde, sınırlarının belirlenmesinin mümkün olmaması gerekçesiyle elle tutulamaz bir kavram olarak nitelendirilmiş ve bu itibarla ideal kamu düzeninin, içinde bulunulan fiili duruma ilişkin maddi bir nitelendirme yapmaya imkan vermediği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre, ampirik doğrulamaya elverişsiz, saf kavramsal soyut bir kurum olan ideal kamu düzeni, gerçekte hukuki korumayı hak etmeyen bir takım menfaatlerin korunmasını gizlemek amacıyla yorum yoluyla manipüle edilme riskini taşımaktadır<sup>23</sup>.

Bununla birlikte ideal kamu düzeninin -anayasal düzen olarak anlaşılrsa dahi- anayasal açıdan garanti altına alınmış tüm özgürlüklerin kullanımı açısından genel bir sınır olduğu kabul edilirse, yalnızca Anayasanın öngörmediği bir sınırlama getirilmiş olmayacak, fakat aynı zamanda söz konusu özgürlüklerin yürürlükteki anayasal düzenin esaslı unsurları olduğu unutulmuş olacaktır<sup>24</sup>.

Öte yandan ideal kamu düzeni kavramına yönelik başka bir eleştiri ise, söz konusu düzenin aynı zamanda basit düşünce açıklamaları veya mevcut hukuk düzeninin temelindeki değerlerle çelişen düşüncelerle ihlal edilebilecek olmasıdır ki, bu da basit politik-ideolojik farklılıkların cezalandırılması sonucunu doğuracaktır<sup>25</sup>.

Maddi kamu düzeni anlayışının da, sağlam doğalcı bir temeli olmayan hukuki varlıkları korumaya yönelik düzenlemeler yapılmasına ilişkin riski ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı; suç işlemeye tahrik ve suçu övme fiillerine ilişkin düzenlemelerin çoğu zaman ideolojik ve politik baskı aracı olarak kullanılmasının bu şekildeki bir gayri maddileşme riskinin önemli bir göstergesi olduğu da ifade edilmiştir<sup>26</sup>.

Bir düşünceye göre bu noktada, objektif maddi kamu düzeni kavramının esas alınması ve anayasal açıdan meşru bir cezalandırma faaliyetinin söz konusu olması için tahrik ile bunun konusunu oluşturan gayrimeşru fiillerin gerçekleştirilmesi arasında doğrudan bir bağlantının

<sup>22</sup> SCHIAFFO Francesco: *Istigazione ed Apologia Nei Delitti Contro L'ordine Pubblico, Delitti Contro L'ordine Pubblico* (a cura di Sergio Moccia), Napoli 2007, s. 161, 162.

<sup>23</sup> Bkz. FIANDACA-MUSCO: s. 462, 463; CARCANO: s. 387.

<sup>24</sup> Bkz. FIANDACA-MUSCO: s. 463.

<sup>25</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 463; GAROFOLI: s. 395.

<sup>26</sup> SCHIAFFO: s. 163.

zorunlu kabul edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bahis konusu suçların hukuki konusunun, tahrikçi tarafından işlenmesi istenen fiillerin müeyyideleri tarafından korunan hukuki menfaatler olduğu, fakat söz konusu menfaatlere ilişkin korumanın, bunların ihlaline yönelik tahrikin tek başına cezalandırılması suretiyle öne alındığı söylenebilecektir<sup>27</sup>.

Ampirik kamu düzeni kavramından en önemli sapma suçu övme ve suç işlemeye tahrik fiilleri açısından söz konusu olmaktadır. Bu suç tipleri teorik bir bakış açısıyla ideal anlamda tanımlanan bir kamu düzeni kavramıyla daha örtüşebilir gözükmemektedirler ve bu nedenledir ki çoğu zaman söz konusu suç tiplerine sosyal kontrol ve ideolojik baskı aracı olma işlevi yüklenmiştir. Bu suç tiplerinin, politik-ideolojik farklılığı kontrol etmek için bir cezai araç olarak kullanılması, ancak kamu düzenini korumaya yönelik suç tiplerinin şekli suçlar veya soyut tehlike suçu olarak yorumlanması eğiliminin reddedilmesiyle mümkündür. Kanunu yorumlayan, mümkün olduğunca suç oluşturan fiillerin somut tehlike boyutunu ön plana çıkarmalıdır. Bununla birlikte, böyle bir çabanın, söz konusu normların özgürlükçü olmayan biçimde kullanılmasına dair tüm riskleri ortadan kaldırmaya yetmeyeceği de açıktır; kamu düzeni her şekilde sınırları belirsiz olarak kalmaktadır ve bu nedenle de yasaklanan davranışların somut tehlikeliliğini ortaya koymak her zaman mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu bu alanda ifade özgürlüğünü ihlal eden düzenlemeleri ortadan kaldırmalı; en azından yeniden formüle etmelidir<sup>28</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda gerçekten Anayasaya göre şekillenmiş, bireyin ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmayan bir kamu düzeni kavramı, maddi kamu düzeni anlayışından başkaca bir kavram üzerine inşa edilemez: ceza kanununun meşru biçimde önleyebileceği husus, farklı ilkeler ve değerler arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan ideal düzensizlik değil, bireylerin fiziki güvenliği ve dışsal barışı tehlikeye atan maddi düzensizliktir<sup>29</sup>. Nitekim Türk Ceza Kanununun da söz konusu anlayışı esas aldığı söylemek mümkündür. Zira Kanun, esas itibarıyla toplum içindeki huzur ve güvenlik ortamını ifade eden kamu barışı kavramını tercih etmiş,

---

<sup>27</sup> Yazara göre, makul ve meşru bir cezalandırılabilirlik eşiği ortaya koyan bu çözüm biçimi, *de lege ferenda* bakış açısıyla kabul edilebilirken, *de lege lata* bakış açısıyla değerlendirildiğinde ise, böyle bir çözümün kabulü kanuni tipte yer alan unsurların bir kenara bırakılmasıyla mümkündür. Öte yandan, bu suç fiillerinin meşru koruma alanının ve bu alandaki cezai korumanın konusunun belirlenmesinin amaçsal yorum açısından vazgeçilmez bir işlevi bulunmaktadır. Bu noktada hukuki konu tespit edilirken amaçsal açıdan liberal ceza hukukunun anayasa tarafından tanınan ilkelerinin cezai korumanın temeli olarak meşrulaştırılamayacağı varlıkların nazara alınmaması gerekmektedir. Bkz. SCHIAFFO: s. 165.

<sup>28</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 463, 464.

<sup>29</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 463; GAROFOLI: s. 395; CARCANO: s. 388.

bununla birlikte, kamu barışına karşı suçlar kısmında düzenlenen suç tiplerinde yer alan fiillerin cezalandırılabilmesi için kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından bir tehlike oluşmasını şart koşturmuştur. Sonuç olarak maddi anlamda kamu düzeninin, yani toplumun kolektif huzur ve sükunetinin bozulması konusunda ciddi ve somut verilerle ortaya konulabilir bir tehlike yaratmadığı sürece tahrik fiillerinin cezalandırılması mümkün değildir.

### III. Tahrik: Kavram ve tanım

#### 1. Genel olarak

Bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi veya mevcut bir durumun devam etmesi için kişinin iradesi üzerine etki yapılmasını, iradesinin harekete geçirilmesini, belirli bir yöne itilmesini ifade eden tahrik<sup>30</sup>, ceza hukuku açısından insan psikişğini etkileyecek bir hareketle suça yönelik dürtüleri ortaya çıkarmak veya kuvvetlendirmek yahut bunu yasaklayıcı saikleri yok etmek veya zayıflatmak suretiyle başkalarını belirli fiilleri işlemeye yönlendirme anlamına gelmektedir<sup>31</sup>.

Tahriri, bir kimsenin, maddi bir faaliyet aracılığıyla bir diğersinin psikişik dünyasında suç işlemeye yönelik bir dürtü oluşturacak nitelikte bir müdahaleyle etkili olduğu, bireyler arası bir ilişki olarak tanımlayanlar da mevcuttur<sup>32</sup>.

Tahrik niteliğindeki davranış farklı araçlarla gerçekleştirilebilir. Örneğin, yazılı metinler, jestler, çizimler, şarkı veya şiirler bu suça vücut verebilir; aynı zamanda dolaylı biçimde veya tahrik teşkil eden unsurlar görünüş itibarıyla meşru olan yazılar veya çizimlerin içine saklanmak suretiyle de söz konusu fiilin işlenmesi mümkündür<sup>33</sup>. Bununla birlikte tahrik, icrai olduğu gibi, susmak şeklinde ihmali bir davranışla da

<sup>30</sup> Bkz. BAYRAKTAR Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s. 4.

<sup>31</sup> ANTOLISEI: s. 232; VIOLANTE Luciano: Istigazione, Enciclopedia del Diritto, XXII, Milano 1958, s. 990; TOROSLU: özel kısım, s. 250; CARCANO: s. 391; DOLCE: s. 996; Tahrik, kasten doğrudan doğruya diğers kişiler üzerinde bir fiilin işlenmesi konusunda karar verilmesini temin eden bir harekettir. Tahriki muhataba yönelik belirli bir konuda belirli şekilde hareket etmesini isteyen bir mesaj olarak tarif edenler de vardır. Bkz. ÖNDER Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 1994, s. 379; Tahrik kavramının farklı açılardan tanımları için bkz. BAYRAKTAR: s. 4, 5; GÖKÇEN Ahmet: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, İstanbul 2001, s. 199; ARTUK Mehmet Emin-GÖKÇEN Ahmet-YENİDÜNYA Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 729; SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 517.

<sup>32</sup> CONTIERI: s. 9 ÖNDER: s. 381, 382.

<sup>33</sup> CARCANO: s. 391; MANZINI: s. 155, 156; CONTIERI: s. 14; ROSSO: 156; ANTOLISEI: s. 233; TOROSLU: özel kısım, s. 250; ÖNDER: s. 382.

işlenebilir<sup>34</sup>. Kanunumuz, tahrikin basın-yayın yoluyla yapılmasını bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir (TCK md. 218).

Tahrik, rica, nasihat, emir veya yalvarma şeklinde de ortaya çıkabilir. Kişilerin, cesaret verici sözler söylenmek, inandırılmak, gururları okşanmak, ikna edilmek suretiyle de tahrik edilmeleri mümkündür. Belli bir davranış biçiminin belirli fikir yapısında olanlar bakımından bir görev olduğunun gösterilmesiyle de bireyler tahrik edilebilir. Tahrik ayrıca doğrudan doğruya sözle, yazıyla veya haberleşme araçları kullanılarak yapılabileceği gibi, tiyatro, resim, pandomim gibi hareketlerle veya sağır ve dilsizlerin kullandığı parmak işaretleriyle de gerçekleştirilebilir<sup>35</sup>.

Bireylere bir suçu örnek göstermek yoluyla tahrik suçlarının işlenebileceği, hatta bunun en etkili yöntem olduğu da doktrinde dile getirilmiştir. Her ne kadar hem objektif anlamda hem de failin iradesi üzerinde aynı veya başka suçları işlemeye tahrik oluşturacak suçların işlenmesi mümkün ise de (örneğin bir ülkenin amblemine, bir kalabalığın elçiliğe zarar vermesini tahrik etmek amacıyla saldırılması) aslında aleni şekilde işlenen her suçta buna benzer bir teşvik potansiyeli bulunmaktadır, ancak açıkça suç işlemeye tahrik iradesi dışı vurulmadıkça böyle bir suçtan dolayı ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>36</sup>.

Bir hareketin tahrik oluşturup oluşturmadığı konusunda tereddüde düşülmesi halinde, söz konusu hareketin hangi kitleye karşı yapıldığı ve kitlenin niteliği ile, tahrikçinin geçmişi ve kişiliğinin araştırılması suretiyle bir sonuca varılmalıdır<sup>37</sup>.

Tahrik, yöneldiği kişi veya kişilerde daha önce var olmayan bir suç işleme fikrini ortaya çıkarmak şeklinde birincil ya da halihazırda var olan böyle bir düşünceyi kuvvetlendirmek şeklinde ikincil nitelikte de olabilir. Herhangi bir gerekçe göstermeden teşvik etmek şeklinde olabileceği gibi, suç işleme eğilimini ve saiklerini yaratmaya veya güçlendirmeye yönelik ya da hukuka uygun davranmaya iten saikleri zayıflatmaya yönelik bir takım argümanlarla desteklemek şeklinde de gerçekleştirilebilir. Tahrik edenin aleni olarak bir suçun işlenmesine ya da açık veya örtülü olarak işlenen suçun icrasına iştirak edilmesine teşvik etmesi arasında da bir fark

<sup>34</sup> GAROFOLI: s. 398; VIOLANTE: s. 991.

<sup>35</sup> ÖNDER: s. 381, 382; ANTOLISEI: s. 233.

<sup>36</sup> ANTOLISEI: s. 232; CONTIERI: s. 14, 15; Tahrikin, yapılan konuşmanın tek ya da esaslı konusunu oluşturması şart değildir. Bkz. MANZINI: s. 155.

<sup>37</sup> MANZINI: s. 155, 156; CONTIERI: s. 14; ROSSO: 156; TOROSLU: özel kısım, s. 250; ÖNDER: s. 382.

bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Ayrıca tahrik edilenlerin isnat yeteneği olmayan kimseler olması da mümkündür<sup>39</sup>.

Tahrik şimdiki zamana ilişkin olabileceği gibi, geleceğe ilişkin de olabilir. Ayrıca tahrikin şarta bağlanması da mümkündür. Zira devlet, kamu düzeninin bozulmasına, şartın bertaraf edilmesi daima mümkün olsa dahi izin veremez. Ancak şartın gerçekleşmesi imkansız ise, tahrikin yöneldiği kimseler üzerinde bir etki yaratması mümkün olmayacağından suç oluşmayacaktır<sup>40</sup>.

Bir düşünceye göre tahrik, iki farklı anda ve iki farklı biçimde gerçekleşebilecektir. Söz konusu düşünceye göre tahrik edenin, tahrik edilen kimsenin suç işlemeye yönelik dürtüyü algılamasına yönelik faaliyeti fiilin davranış unsurunu; tahrik edilenin bunu algılaması ise neticeyi oluşturmaktadır. Bu iki unsur bazen, örneğin fiilin basın yayın yoluyla işlenmesi durumunda zaman ve yer bakımından tamamen birbirinden ayrı biçimde ortaya çıkabileceği gibi, sözlü işlendiği halde olduğu gibi aynı anda da gerçekleşebilir. Fakat bunlar kavramsal olarak birbirinden ayrıldılar. Tahrik edilen kimse, tahrik niteliğindeki davranışı algılamadan suç fiili tamamlanmayacaktır; bu hususun teşebbüsle ilgili olarak davranışın elverişliliği açısından olduğu gibi, suçun tamamlandığı yer ve zaman açısından da dikkate alınması şarttır<sup>41</sup>.

Belirtmek gerekir bu düşünce isabetli değildir. Zira tahrik teşkil eden davranışın tahrik edilen tarafından yalnızca algılanabilir olması suçun işlenmesi açısından yeterlidir, yani böyle bir tahrik edici söz, yazı vesairenin muhatabı tarafından anlaşılmış ya da herhangi başka bir etki doğurmuş olması şart değildir. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi ve Yargıtay'ın da kararları bu doğrultudadır<sup>42</sup>.

Tahrikçide, tahrik edilen kimselerde arzu ettiği doğrultuda bir irade oluşturma kastı bulunmalıdır. Gerçekten tahrikçi, hareketlerinin diğer kişilerde icrai veya ihmali bir davranış yaratmaya uygun olduğunun bilincindedir. Ancak tahrikçinin saikinin bir önemi yoktur<sup>43</sup>.

Tahrik doğrudan veya dolaylı biçimde gerçekleştirilebilir. Bu anlamda, övme fiilini de dolaylı anlamda tahrikin içerisinde düşünmek mümkündür.

---

<sup>38</sup> CONTIERI: s. 14; OLIVERO Brunello: Apologia e Istigazione, Enciclopedia del Diritto, II, Milano 1958, s. 620; GAROFOLI: s. 398; BAYRAKTAR: s. 19, 20.

<sup>39</sup> ÖNDER: s. 382.

<sup>40</sup> MANZINI: s. 155, 156; CONTIERI: s. 14; ROSSO: 156; TOROSLU: özel kısım, s. 250; ÖNDER: s. 382; BAYRAKTAR: s. 168.

<sup>41</sup> CONTIERI: s. 9-11; DOLCE: s. 999.

<sup>42</sup> Bkz. MANZINI: 160; ROSSO: s. 156; FIANDACA-MUSCO: s. 467; GÖKÇEN: s. 213.

<sup>43</sup> ÖNDER: s. 382.

Övme genel kaniya göre, hukuka aykırı bir fiili ya da bunu işleyen kimseyi propaganda, yani başkalarını aynı fiili işlemeye teşvik veya bu kimselerin faile veya fiiline karşı duydukları nefreti azaltmak amacıyla yücelten bir düşüncenin ifade edilmesinden ibarettir. Bu düşünce açıklamasının her halde başka kimselerin psikiklerinde bir etki yaratma amacını taşıması gerekmektedir<sup>44</sup>.

Cezalandırılabilir bir övmenin söz konusu olabilmesi için belli bir suç fiili üzerinde olumlu bir yargıda bulunulması yeterli değildir; onaylamanın toplumun aynı suçu işlemeye etkin biçimde teşvik edilmesine sebep olacak biçimde ifade edilmesi zorunludur. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu üzere cezalandırılabilir övme, suç işlenmesine tahrik etmeye somut olarak elverişli davranışlardan oluşandır. Bir başka deyişle kullanılan ifadelerin, üçüncü kişilerin suç işlemesine dair ciddi bir tehlike yaratması gerekmektedir<sup>45</sup>. Nitekim Kanunumuzun 215. maddesinde de övme fiilinin cezalandırılabilmesi için kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkması gerektiği öngörülmüştür.

Övme suçunun işlenebilmesi için, konusunun işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suç olması gerekmektedir. Bu itibarla tahrikten farklı olarak geleceğe yönelik bir övmenin cezalandırılabilir olduğu söylenemez; övme her zaman geçmişe yöneliktir. Aynı değerlendirme, objektif ya da sübjektif açıdan gelecekteki bir fiilin var olmadığı, bunun yalnızca soyut bir varsayım veya öngörüdür ibaret bulunduğu durumlar açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, suç olarak düzenlenmiş bir fiilin soyut olarak propagandasının yapılması, koşulları olduğu takdirde, suçu övmeye değil, suç işlemeye tahrik suçuna vücut verecektir<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> ANTOLISEI: s. 235; OLIVERO: s. 621; CARCANO: s. 393; GAROFOLI: s. 401; DOLCE: s. 996; BAYRAKTAR: s. 21 vd; Yargıtay bir kararında, kasten öldürme suçunun şüphelisi ile birlikte, üzerinde Atatürk'ün "Vatan toprağı kutsaldır kaderine terk edilemez" şeklindeki sözünün yazılı olduğu Türk bayrağının önünde fotoğraf çektiren emniyet görevlilerinin, şüphelinin işlediği suçun doğru bir davranış olduğu yönünde kamuoyuna mesaj vermek amacıyla hareket edip etmediklerine, dolayısıyla suçu ve suçluyu övme suçunun işlenip işlenmediğine dair inceleme yapılmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bkz. 4. CD. T. 17.12.2012, E. 2010/27631, K. 2012/30616 (www.kazanci.com.tr).

<sup>45</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 468, 469; CARCANO: s. 393; İtalyan Temyiz Mahkemesi bu doğrultuda, bir uyuşturucu satıcısının öldürüldüğü olaya ilişkin olarak, gazetelere ve ulusal bir televizyona verdiği röportajında, katilin yerinde olsa aynı şekilde hareket edeceğini beyan eden bir belediye başkanının suçu övme fiili işlediğine karar vermiştir. Bkz. GAROFOLI: s. 397; Doktrinde, övme fiilinin başkalarını suç işlemeye yöneltme amacı olmadan da gerçekleştirilebileceği, öven kimsenin yalnızca suçu veya suçluyu yüceltmek niyetiyle hareket ettiğinde dahi bu suçun işlenmiş olacağı, bu itibarla övmenin her zaman için dolaylı bir tahrik olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. DOLCE: s. 996.

<sup>46</sup> DOLCE: s. 997.

## 2. Tahrikin tek başına cezalandırılması meselesi

Bir suçun işlenmesine yönelik tahrik veya teşvik biçiminde ortaya çıkan davranışların cezalandırılmasının, teşvik edilen fiilin bir başkası tarafından en azından teşebbüs aşamasında kalacak şekilde işlenmesine bağlı olması ceza hukukunun temel ilkelerindedir; böyle bir durumda teşvik eden kimse manevi biçimde fiile katılmış sayılacak ve iştirak hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

İtalyan Ceza Kanununun suça iştirake ilişkin hükümlerine göre tahrik fiili, bir suçun işlenmesine sebep olmadığı sürece, muhatabı tarafından algılanırsa da algılanmasa da cezalandırılabilir değildir (İCK 115). Her ne kadar aynı yönde açık bir düzenleme bulunmasa dahi, kanunumuzun suça iştiraki düzenleyen hükümleri açısından da aynı sonuca varmak gerekir. Bu itibarla tahrik veya övmek şeklindeki faaliyet, özel kısımda bunlara ilişkin bağımsız bir suç tipi söz konusu olmadığında, bir suç işlenmesine sebebiyet vermediği takdirde cezalandırılabilir fiilin alanına girmemektedir. Her ne kadar bu şekildeki tahrikin teşebbüse vücut verme imkanı doktrinde tartışılmış ise de, bugün, özellikle elverişlilik ve yeterlilik koşullarının gerçekleşmemiş olması dolayısıyla söz konusu düşünce kabul edilmemektedir<sup>47</sup>.

Temel kural bu şekilde olmakla birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda ceza politikası gerekleri doğrultusunda bu kuraldan sapmakta ve teşvikin ya da tahrikin konusunu oluşturan fiil gerçekleştirilmese dahi bu davranışları tek başına cezalandırmaktadır. Böyle bir istisnaya Ceza Kanunumuzun 84. maddesinde düzenlenmiş olan “intihara yönlendirme” suçuna ilişkin olarak yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren” kimse cezalandırılacaktır. Bu teşvikin “alenen” gerçekleştirilmesi halinde ise ceza artırılabilecektir. Bununla birlikte söz konusu suçun işlenmesi için teşvik edilen veya azmettirilen kimsenin intihar etmiş olması da şart değildir. Nitekim intiharın gerçekleşmesi de suçun bir nitelikli hali olarak ilgili maddede düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, teşvik veya tahrikin cezalandırılması için, gerçekleştirilmesi istenen fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerektiği kuralına intihara yönlendirme suçu açısından getirilen istisna isabetli değildir. Zira intihara yönlendirme kişiye karşı işlenen bir suçtur ve bu anlamda yalnızca teşvik faaliyetinin kişinin yaşam hakkı üzerinde zarar veya tehlike yaratmak suretiyle ihlal edici bir etkiye sahip olduğunu söyleyemez. Kaldı ki intihar fiili de hukuk düzenimizde bir suç

<sup>47</sup> OLIVERO: s. 619; GAROFOLI: s. 397; VIOLANTE: s. 990.

olarak öngörülmemiştir. Yani 84. maddedeki düzenlemeyle fiilin esas faili cezalandırılmadığı halde bunun işlenmesine iştirak eden kimsenin cezalandırılması suretiyle, cezalandırılabilir fiilin sınırlarının haddinden fazla genişletildiğini söylemek pekala mümkündür. Bu açıdan intihara ikna ve yardımın cezalandırılması için intiharın gerçekleşmesini arayan Mülga Kanunun düzenlemesinin daha yerinde olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>48</sup>.

Tahrik konusu fiilin işlenmemesi halinde tahrikin tek başına suç oluşturmayacağı şeklindeki ilkeye istisna teşkil eden diğer düzenlemelere kamu barışına karşı suçlar arasında yer verilmektedir. Bu şekildeki sapma da, kanun koyucunun ceza politikası tercihlerinin bir sonucudur ve bu suçların kendilerine özgü ayrı bir hukuki konusu bulunmaktadır. Bu, kamu barışına karşı bir suçun işlenmesine tahrikteki gibi, tahrik konusu suçun hukuki konusuyla örtüşebilir, ki böyle bir durumda aynı hukuki menfaatin daha etkin bir biçimde korunması söz konusu olacaktır. Buna karşın tahrik konusu suçun ihlal ettiği menfaat, bizzat tahrikin ihlal ettiğinden tamamen farklı da olabilir. Örneğin suç işlemeye tahrik açısından durum böyledir: bu suçun hukuki konusu, yukarıda da değinildiği üzere, işlenmesi tahrik edilenden tamamen farklı olarak, sosyal yaşamın hukuk kurallarına uyulması suretiyle düzgün işleyişine duyulan kolektif güven duygusu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, söz konusu suçu düzenleyen normun koruduğu hukuki varlık, yalnızca tahrikin yöneldiği kimselerin çokluğundan veya tahrik fiilini algılayan kimselerin çokluğundan dolayı değil, kolektif güven duygusuna zarar verildiği ve ceza hukukunun etkinliği konusundaki inanç zedelendiği için ihlal edilmektedir<sup>49</sup>.

Kanun koyucu bu şekilde, kamu barışını daha etkin biçimde korumak amacıyla tahrikin tek başına cezalandırılmayacağı şeklindeki genel ilkeye bir istisna getirmektedir. Genel ilkeden sapılmasının sebebi, suç işlenmesine yönelik aleni tahrikin, kolektif güvenliği tehdit etmeye yeterli olmasıdır ve söz konusu düzenleme “*ratio*”sunu, içeriğini oluşturan fiillerin toplum güvenliğine olan inancı azaltmasında bulmaktadır<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 35, 36.

<sup>49</sup> CONTIERI: s. 12, 13.

<sup>50</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 466; CARCANO: s. 391; Kanun koyucuyu tahrik ve övmeyi bağımsız suç tipleri olarak düzenlemeye iten motivasyona ilişkin olarak genellikle, belli bir öneme sahip menfaatlerin varlığı veya sosyal açıdan ortaya çıkabilecek ağır zararlar karşısında, nazara alınacak derecede tehlikelilik içeriğine sahip olsa da normal şartlarda cezalandırılabilir olmayan, hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek basit tahrik veya övme niteliğindeki davranışları da engellemeye yönelik daha geniş bir koruma zorunluluğu ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. OLIVERO: s. 619.



Bu itibarla örneğin suç işlemeye alenen tahrikin, tahrik konusu suç açısından, özel olarak düzenlenmeseydi cezalandırılmayacak olan bir tür “iştirake teşebbüs” niteliğinde kabul edilmesi mümkündür<sup>51</sup>.

Tahrikin konusunu oluşturan suç işlenmiş veya bu suçun icrasına teşebbüs edilmişse, tahrikçi artık suç işlemeye alenen tahrikten değil, tahrike konu suça azmettirmekten cezalandırılacaktır<sup>52</sup> (TCK md. 214/3).

Alenen tahrik şeklindeki bir davranış, yalnızca suçlara ilişkin değil, aynı zamanda cezai nitelikte olmayan hukuka aykırılıklara veya yalnızca etik veya toplumsal açıdan kınanabilir fiillere ilişkin olduğu durumlarda da kanun koyucu tarafından cezalandırılabilir (örneğin TCK md. 217). Bu noktada tahrikten kaynaklanabilecek ve söz konusu suç açısından ortaya çıkması muhtemel psikolojik enfeksiyon tehlikesi nazara alınmaktadır. Kanun koyucu bu nitelikteki fiillere manevi iştirak açısından ihlal edilen menfaatleri cezai korumaya layık görmezken, bu menfaatlerin ihlalinin tahrik niteliğinde faaliyetlerle cesaretlendirilmemesi şeklindeki menfaati ceza müeyyidesiyle korumak istemiştir. Fakat şunu da eklemek gerekir ki, bütün bağımsız övme ve tahrik suçlarında ihlal ortak bir biçime sahiptir. Tahrik konusu suçun işlenmesi, genelde söz konusu kanuni düzenlemeler tarafından, ihlalin bir zarar tehlikesi şeklinde somutlaştığı tipik fiilin dışında değerlendirilmiştir<sup>53</sup>.

#### **IV. Tahrikin İhlal Edici Niteliği**

##### **1. Genel olarak**

Mağdura ve suçluya, sosyal savunmaya ve özgürlüklere ilişkin koşulların dengeli bir sentezini sağlamayı amaçlayan özgürlükçü ceza hukuku, bir yandan özel ve kamusal sükutun saldırılarına karşı vatandaşların temel haklarını, sosyal menfaatleri, demokratik kurumları, yani uygar biçimde yaşamak için gerekli olan şartların bütününe koruyan, öte yandan da bireylere hukuki kesinlik ve eşitlik sağlayarak keyfi uygulamaları engelleyecek biçimde oluşturulan bir ceza hukukudur<sup>54</sup>.

Ceza hukukunun böyle bir niteliği kazanması da, öncelikle düşünce farklılıklarını bastıran ve demokratik çoğulculuk ile bağdaşmayan salt

<sup>51</sup> MANZINI: s. 151.

<sup>52</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 251; MANZINI: s. 156.

<sup>53</sup> Tahrikin konusunun hiç bir şekilde tek başına suç oluşturmadığı durumlar nazara alındığında, bu anlamda bir tehlike dolayısıyla cezai korumaya layık bir menfaatin söz konusu olup olmadığı hususu şüpheyle karşılanmaktadır. Bkz. OLIVERO: s. 620.

<sup>54</sup> TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 23; Aynı yazar: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 4 vd.

siyasal nitelikteki suçlardan arındırılması, gerçek anlamda antisosyal karakter taşımayan fiillerin suç olmaktan çıkarılması ve demokratik toplumsal hukuk devleti hedefini gerçekleştirmenin, çeşitli toplumsal çıkarları korumanın aracı haline gelmesiyle mümkündür<sup>55</sup>.

Bu doğrultuda ceza hukukunun bir siyasi baskı aracına dönüşmemesi için öncelikli olarak korunması gereken “düşünce ve ifade özgürlüğü”dür. Zira söz konusu özgürlük, yaşam hakkıyla birlikte tüm temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu, olmazsa olmaz ögesidir. Nitekim insanı öteki canlılardan farklı kılan özelliği; düşünme yetisi ve bundan kaynaklanan üretkenliğidir. Ancak düşünebilir olması insanı bir yandan geliştirirken, bir yandan da onu egemen güç açısından korkulan bir varlık haline getirmiştir. Bu korku da, insanın düşünmesini ve düşüncelerini açıklamasını, yaymasını engellemeyi, hiç değilse sınırlandırmayı amaçlayan baskılar ve cezalar sistemine vücut vermiştir<sup>56</sup>.

Her ne kadar düşünme ve düşüncelerini açıklama faaliyeti insanın kendi varlığını geliştirebilmesi açısından vazgeçilmez olsa da, insanın bu konuda sınırsız bir özgürlükten yararlanması mümkün değildir. Zira hukuk düzeni, aşağılayıcı, tahkir edici, bilimsel ve sanatsal değerden yoksun beyan ve açıklamaları düşünce özgürlüğü kapsamında koruyamaz; hukuka aykırı yöntemler kullanmak suretiyle hukuk düzenini yıkmaya tahrik ve teşvik ile genel olarak suç işlemeye tahrik fiillerini de düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendiremez<sup>57</sup>.

Bireyin özgürlükleriyle sosyal savunma ihtiyacı arasında bir denge arayışı içerisinde olan özgürlükçü ceza hukuku, bu bağlamda hukuken korunan bir menfaat açısından zarar neticesi doğurmaya elverişli olmayan tehlike suçlarını reddetmektedir; hukukun koruduğu menfaati ihlal etme gücü olmayan davranış suç sayılamaz. Dolayısıyla genelde tehlike suçu sayılan ve siyasal düzene yönelen birer düşünce açıklaması niteliğindeki fiiller, hukuken korunan menfaati tehlikeye düşürdükleri var sayılarak cezalandırılmaktadırlar<sup>58</sup>.

Dolayısıyla tahrik fiilleri açısından, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilecek olan ile cezalandırılması gereken fiil arasındaki sınır, hukuki konunun ihlal edilmesine, yani kamu barışının bozulmasına veya bir

---

<sup>55</sup> ALACAKAPTAN Uğur: Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, c. 2, Ankara 2000, s. 8; TOROSLU: nasıl bir ceza kanunu, s. 4.

<sup>56</sup> ALACAKAPTAN: s. 14.

<sup>57</sup> GÖKÇEN: s. 240.

<sup>58</sup> ALACAKAPTAN: s. 18.

bozulma tehlikesinin ortaya çıkmasına göre belirlenecektir. Böyle bir tehlike ortaya çıkmadan gerçekleşecek bir cezalandırma faaliyeti, Anayasanın 26. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde teminat altına alınmış olan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun ana temellerinden ve bireylerin kendilerini geliştirebilmelerinin temel koşullarından birini oluşturur. Söz konusu özgürlükten yalnızca beğeni ile karşılanan ya da zararsız yahut ilgiye değmez sayılan bilgi ve düşünceler değil, devletin veya halkın bir kesimini rahatsız eden ya da sarsan bilgi ve düşünceler de yararlanır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olduğundan bunlarsız demokratik toplum olmaz. Bunun anlamı, bu alandaki her koşul, yasak ve cezanın meşru bir amaç için ve bu amaçla orantılı biçimde getirilmesi ve söz konusu sınırlamanın demokratik toplum açısından zorunlu olmasıdır<sup>59</sup>.

Bu açıklamalar ışığında tahrik fiilinin, yalnızca *ex ante*, yani işlendiği ana dair bir yargıya göre suç işlenmesini teşvik etmeye elverişli olduğu durumda ihlal edici olduğu ve cezai açıdan önem arz edeceği söylenebilir. Failin içinde bulunduğu somut durum itibarıyla bu elverişliliğin bulunmaması halinde, gayri meşru nitelikteki bir tahrik faaliyeti değil, yalnızca özgürce yapılmış bir düşünce açıklaması söz konusu olacaktır<sup>60</sup>.

Tahrik veya övme fiillerinin ne zaman elverişli sayılacağı belirlenirken, bu davranışların kendilerine özgü doğası mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu fenomenin en önemli unsuru, teşvikten, yani belirli bir süjenin bir diğerinin iradesinin oluşum süreci üzerinde yarattığı veya yaratmaya çalıştığı etkiden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, tahrik veya övme şeklinde ortaya çıkan davranış, içerisinde ortaya çıktığı gerçeklik itibarıyla somut olarak başkalarının iradesi üzerinde etki doğuracak

---

<sup>59</sup> 10. maddenin ikinci fıkrasında dokuz adet sınırlama nedeni gösterilmiştir. Bunlar, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin ve suçun önlenmesi, genel sağlığın korunması, genel ahlakın korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasının engellenmesi, başkalarının ün ve haklarının korunması, yargı gücünün otorite ve yansızlığının sağlanması olarak sıralanmaktadır. Madde hükmüne göre, görüş açıklama ve ifade özgürlüğü, bazı formalite ve koşullarla sınırlama ve yaptırımlara bağlanabilecektir. Ancak, bunların demokratik bir toplumda zorunlu önlemler olarak nitelenmesi mümkün olmalıdır. Bkz. ALACAKAPTAN: s. 26; Birçok kararda yer verilen bu ölçütlere ilişkin örnek olarak bkz. Handyside-İngiltere, 12.12.1976; Castells-İspanya, 23.04.1992. Leading Cases of The European Court of Human Rights, Ed. R.A. LAWSON-H.G. SCHERMERS, Leiden 1999; Yargıtay'ın da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin ilkelerini benimsediği kararlar için bkz. 8. CD T. 4.7.2012, E. 2009/13825, K. 2012/23385; 8.CD T. 20.6.2012, E. 2009/18022, K. 2012/21275.

<sup>60</sup> FIANDACA-MUSCO: s. 466; GAROFOLI: s. 396; CARCANO: s. 391.

potansiyel bir güce sahip olduğunda elverişli kabul edilecektir. Hiç şüphesiz böyle bir etkinliğe sahip davranış, tahrikin konusunu oluşturan fiilin işlenmesi açısından bir koşul olarak nitelendirilebilecektir. O halde elverişliliğin kabulü tehlikenin kabulüne bağlıdır ve genel kurallar doğrultusunda sonradan yapılacak bir değerlendirme aracılığıyla ortaya konulması gerekmektedir. Bu araştırmadan sonra davranışın elverişli olmadığı sonucuna varılırsa işlenemez suç söz konusu olacaktır<sup>61</sup>.

## 2. Tahrikin aleniyeti

Ceza Kanunu açısından tahrikin herhangi bir sonuç doğurmadan tek başına cezalandırılması, yalnızca aleni şekilde gerçekleştirilmesi halinde mümkündür. Zira tek başına tahrik, ancak bu şekilde toplumda bir alarm durumu veya karmaşa yaratmak suretiyle kamu barışı ya da kamu düzeni açısından bir tehlike doğuracaktır<sup>62</sup>. Kanun koyucunun tahriki yarattığı etkiden bağımsız olarak cezalandırmasına esas teşkil eden, kamu düzeni ya da barışının bozulması tehlikesini yaratan “aleniyet”tir<sup>63</sup>.

İtalyan Ceza Kanunu, 266. maddesinde, bir fiilin ne zaman aleni biçimde işlenmiş kabul edileceğini düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, fiilin basın yoluyla veya herhangi başka bir propaganda aracıyla; kamusal bir alanda veya kamuya açık bir yerde birden fazla kişinin var olduğu durumda; yapıldığı yer veya katılanların sayısı ya da amacı veya konusu itibarıyla özel olmayan nitelikteki bir toplantı esnasında işlenmesi halinde aleni biçimde gerçekleştiği kabul edilecektir. Mülga Ceza Kanununun 153. maddesinde de benzer bir hükme yer verilmekte ve ceza kanununun uygulanmasında, söz konusu düzenlemede yer alan aleniyet tanımının esas alınacağı belirtilmekteydi. Buna karşın yürürlükteki Ceza Kanunu aleniyet kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir düzenleme içermemektedir. Ancak, böyle bir düzenleme bulunmasa dahi, söz konusu kavramı İCK ve Mülga Kanun'da yer alan hükümler doğrultusunda anlamak isabetli olacaktır<sup>64</sup>. Dolayısıyla tahrikin aleni olabilmesi için ya basın veya

<sup>61</sup> OLIVERO: s. 621.

<sup>62</sup> MANZINI: s. 152; TOROSLU: özel kısım, s. 250; CONTIERI: s. 16; GAROFOLI: s. 398; Aleniyetle ilgili ayrıntılı bilgi ve farklı ülke kanunlarında yer alan tanımları için bkz. GÖKÇEN s. 142 vd.

<sup>63</sup> ROSSO: s. 154.

<sup>64</sup> Mülga Kanunda yer alan hükmün genel bir tanım niteliğinde olup olmadığı hususuna ilişkin tartışmalar ve farklı tanımlar için bkz. YALÇIN SANCAR Türkan: Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2004, s. 171 vd; Mülga 153. maddede yer alan tanımın sadece ilgili madde itibarıyla geçerli olduğu yönündeki Yargıtay kararı için bkz. BAYRAKTAR: s. 175; Yargıtay bir kararında parti il yönetimine verilen bir yazının aleni olduğunu, zira partiye kayıtlı birçok kişi tarafından yazının içeriğinin görülmesi ve öğrenilmesi olanağı bulunduğunu kabul

başkaca bir propaganda aracılığıyla ya da kamusal, kamuya açık ve o esnada birden çok kişinin bulunduğu bir yerde veyahut da özel nitelik arz etmeyen bir toplantıda gerçekleştirilmiş olması şarttır.

Belirtmek gerekir ki aleniyet unsuru, zorunlu olarak insanlar arasındaki bir ilişkiyi ifade etmektedir. Genel olarak tahrik edenden başka tahrik edilen bir kimse yoksa, tahrikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Fail topluluk içindeki birden fazla kimseyi tahrik edecek veya edebilecek biçimde hareket etmediği takdirde aleni tahrik gerçekleşmiş olmaz. Bu itibarla, aleniyet hem objektif hem de sübjektif olmak durumundadır, zira başka türlü hukuki konuyu oluşturan menfaat ihlal edilmeyecektir<sup>65</sup>.

Yargıtay hakaret suçuna ilişkin kararlarında, aleniyeti genellikle fiilin işlendiği yeri nazara almak suretiyle tespit edip, bu doğrultuda apartman veya ev içerisinde<sup>66</sup> gerçekleştirilen hakaret fiilinin aleni sayılmayacağına hükmederken, apartmanın önünde gerçekleştirilen hakareti alenen işlenmiş kabul etmektedir<sup>67</sup>. Ayrıca çok sayıda kişinin anlamasını sağlayabilecek koşullar altında gerçekleştirilen fiilin de aleni olarak işlenmiş kabul edileceğine dair kararlar bulunmaktadır.<sup>68</sup> Buna karşın, okul dersliğinin herkese açık olmaması dolayısıyla, burada işlenen sövme fiili açısından aleniyetin oluşmayacağı şeklinde isabetli olmayan bir kararı da mevcuttur<sup>69</sup>.

Bununla birlikte, aleni bir tahrik faaliyetinin söz konusu olabilmesi, bunun kamusal ya da kamuya açık bir alanda gerçekleştirilmiş olmasına bağlı değildir. Nitekim yeri, katılanların sayısı, konusu ve amacı itibarıyla özel nitelikte olmayan bir toplantı esnasında gerçekleştirilen tahrikin de aleni

---

etmiştir. YCGK T. 17.4.2007, E. 2007/9-69, K. 2007/99. Ayrıca hakaret suçunda savcılığa verilen dilekçenin aleni olmadığı için bkz. 9. CD, T. 13.05.2002, E. 2002/930, K. 2002/1029; Cezaevinden arkadaşına gönderilen mektubun aleni olmadığı hususunda bkz. 9. CD, T. 10.06.2002, E. 2002/711, K. 2002/1340 (www.kazanci.com.tr).

<sup>65</sup> MANZINI: s. 153; TOROSLU: özel kısım, s. 251; ÖNDER: s. 376; Aleniyetin tespiti için fiilin hangi zaman diliminde işlendiğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bkz. GÖKÇEN: s. 145 vd; OKUYUCU ERGÜN Güneş: Soruşturmanın Gizliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 59, sy. 2, Ankara 2010, s. 265.

<sup>66</sup> 2. CD, T. 25.06.2013, E. 2011/30056, K. 2013/17181; 2. CD, T. 03.07.2003, E. 2001/39320, K. 2003/8078 (www.kazanci.com.tr).

<sup>67</sup> 2. CD, T. 17.06.2013, E. 2011/29241, K. 2013/16019 (www.kazanci.com.tr); Köydeki ahırın önünde işlenen hakaret fiilinin aleni olduğu hususunda bkz. 2. CD T. 12.06.2013, E. 2011/28561, K. 2013/15791; Okul bahçesindeki hakaretin aleniyeti için bkz. 2. CD, T. 12.06.2013, E. 2011/27129, K. 2013/15666; Yolda yürüyen kimseye arabanın camını açıp sövmek fiilinin aleniyeti için bkz. 2. CD, T. 04.06.2003, E. 2001/33924, K. 2003/5933; Hükümlünün cezaevi görevlilerine karşı işlediği hakaret fiilinin aleni olmadığına dair bkz. 4. CD, T. 29.09.2009, E. 2009/15657, K. 2009/15096 (www.kazanci.com.tr).

<sup>68</sup> YCGK, T. 13.02.1984, E. 1983/2-344, K. 1984/70 (www.kazanci.com.tr).

<sup>69</sup> 4. CD, T. 24.11.2004, E. 2003/11951, K. 2004/11356 (www.kazanci.com.tr).

olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak aksi durumda, örneğin bir ailenin fertleri veya akrabalar arasında yapılan konuşmalar söz konusu olduğunda, aleniyet unsuru gerçekleşmeyecektir<sup>70</sup>. Aynı şekilde, aleni olmayan bir yerde işlenen fiile üçüncü kişiler kendi gayretleri ile vakıf olmuşlarsa yine aleniyet söz konusu olmayacaktır<sup>71</sup>.

Tahrikin algılanabilme imkanı tespit edilirken, tahrikçinin kastının esas alınması gereklidir. Tahrikçinin hareketlerinin kişilerce algılanabilir olduğunu mutlak olarak bilmesi gerekmez; bu hususun bilinebilir olması yeterlidir. Ayrıca, tahrik teşkil eden hareketlerin kapsam itibarıyla anlaşılabilir olması da şart değildir<sup>72</sup>.

Fiil kamusal veya kamuya açık bir yerde işleniyorsa ve ortamda birden fazla kişi varsa, tahrikin yalnızca bunlardan birine yönelmiş olmasının bir önemi yoktur; yine de suç gerçekleşecektir<sup>73</sup>.

Bununla birlikte, aleniyetin, fiilin birden fazla kişinin bulunduğu bir ortamda işlenmesi suretiyle gerçekleştiği hallerde ortaya çıkan bir sorun, suçun gerçekleşmesi açısından birden fazla kişinin olup olmadığı değerlendirilirken, doğrudan tahrik edilen kimselerin de hesaba katılıp katılmayacağıdır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, böyle bir durumda failin tahriki yönelttiği kimselerin hesaba katılmayacağına, zira tahrikin varlığı için kişiler arası bir ilişkinin bulunmasının şart olduğu ve tahrik edilen kimsenin tahriki algılamasına dahi bunun bir parçası haline geldiğinden artık fiilin onun huzurunda işlendiğinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Fakat tahrik kamuya açık bir yerde bulunan kimselerin hepsine yöneltilmiş

---

<sup>70</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 251; ÖNDER: s. 377; Bayraktar'a göre, suç işlemeye tahrik fiilinde, belirsiz kişilerde, yığımda veya toplumda suç işleme eğilimini, kararını meydana getirmek amaç olduğundan, fiilin nitelikleri dolayısıyla genel yerlerde veya tahsisleri itibarıyla genel yerlerde ve tesadüfen arzi olarak genel olan yerlerde işlenmesi halinde suçun meydana gelebilmesi için birden fazla şahsın bulunması ya da bunu işitebilmesi gerekmektedir. Özel yerler bakımından ise ilke olarak aleniyet yoktur. Buna karşılık özel bir yerde birden çok kişinin huzurunda yapılan toplantıları özel mahiyette saymamak ve aleniyetin varlığını kabul etmek gerekmektedir. Bkz. BAYRAKTAR: s. 178; Doktrinde, fiilin tesadüfen ortaya çıkan bir tanık tarafından algılanabilecek şekilde işlenmiş olması halinde de aleniyetin gerçekleşmiş olacağı ileri sürülmüştür. Bunun için gayrimuayyen sayıda kişiler tarafından fiilin gerçekten görülmesi gerekli değildir. Aleniyet için fiili algılama hususunda sınırsız bir imkanın varlığı yeterlidir. Bu anlayışa göre, ancak üçüncü kişilerin fiilin gerçekleştirildiğini fark etme imkanları var ise aleniyet söz konusu olacaktır. Bkz. GÖKÇEN: s. 152, 153; OKUYUCU ERGÜN: s. 266.

<sup>71</sup> GÖKÇEN: s. 157.

<sup>72</sup> ÖNDER: s. 376.

<sup>73</sup> MANZINI: s. 153; İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. DOLCE: s. 998.

ise, suçun işlendiği yer nazara alınmak suretiyle aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir<sup>74</sup>.

Her ne kadar aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ileri sürenler bulunsa da<sup>75</sup> baskın düşünceye göre aleniyet davranışın esaslı bir özelliğidir ve aynı zamanda suçun kurucu bir unsurudur; dolayısıyla kastın varlığından söz edilebilmesi için failin tahrik fiilini aleni şekilde işlediğinin bilincinde olması gerekmektedir; dolayısıyla failin tahrik teşkil eden fiilinin aleniyet niteliği taşıdığını bilmemesi halinde dahi cezalandırılmasını kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla örneğin, bir kimsenin kamuya açık bir yerde yalnız olduğunu düşünerek daha sonra yapacağı konuşması için prova mahiyetinde ateşli bir konuşma yapması halinde, onu izleyen bazı kişiler var ise, kastın yokluğu sebebiyle suç gerçekleşmeyecektir<sup>76</sup>.

### 3. Açık ve mevcut tehlike

Tahrikin kamu barışına karşı bir suça vücut verebilmesi açısından Kanunun aradığı bir başka koşul da, söz konusu davranışın açık ve mevcut bir tehlikeye sebep olmasıdır. Nitekim Kanun'a göre, suçu veya suçluyu övme suçunda, övme biçimindeki davranışın cezalandırılması için kamu düzeni açısından; halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda ise, kamu güvenliği açısından "açık ve yakın" bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Dolayısıyla böyle bir tehlikeye sebep olmayan bir övme ya da tahrik cezalandırılmayacaktır. Her ne kadar Kanun "açık ve yakın" tehlike ifadesine yer verse de, aşağıda ortaya konulacak nedenlerle bu ifadenin "açık ve mevcut" tehlike olarak anlaşılması isabetli olacaktır.

Öte yandan, kanunda açıkça öngörülmüş olmamasına rağmen, suç işlemeye, kanunlara uymamaya ve halkı birbirini öldürmeye tahrik fiilleri açısından da, açık ve mevcut tehlike koşulu aranmalıdır. Nitekim, korunan hukuki menfaat açısından ihlal edici nitelikte olmayan bir tahrikin cezalandırılması, ancak bu şekilde engellenebilir.

Belirtmek gerekir ki, ceza hukuku yalnızca insan davranışından doğan sonuçlarla değil, bundan doğması muhtemel sonuçlarla da ilgilenmekte, bu noktada da tehlike kavramı ortaya çıkmaktadır. Tehlike, modern hukuk açısından vazgeçilmez olmakla birlikte, esasının belirlenmesindeki zorluk ve

<sup>74</sup> CONTIERI: s. 19; DOLCE: s. 998.

<sup>75</sup> Bkz. MANZINI: s. 153; CONTIERI: s. 17; GÖKÇEN: s. 194.

<sup>76</sup> ANTOLISEI: s. 231; CONTIERI: s. 17; OLIVERO: s. 623; FIANDACA-MUSCO: s. 466; DOLCE: s. 998; ROSSO: s. 155; CARCANO: s. 392; GAROFOLI: s. 398; BAYRAKTAR: s. 180; SOYASLAN: s. 516; Yargıtay da aleniyetin bir unsur olduğu görüşündedir. Bkz. GÖKÇEN: s. 196.

farklı kanuni tiplere göre kavramsal birliğin tartışmaya açık olması dolayısıyla, bilimsel tanımı son derece güç bir kavramdır. Tehlikenin varlığını tespit edecek hakimin bu konudaki sezgilerine karşılık kanunilik ilkesi, tehlikenin de ampirik olarak doğrulanabilen rasyonel ölçütlere tabi olmasını gerektirmektedir. Bu itibarla tehlike, bir insan davranışından doğabilecek herhangi bir sonuç ya da doğup doğmayacağı belirsiz bir durumu değil, hukuka aykırı ve zararlı bir sonucun gerçekleşmesi ihtimalini ifade etmektedir. Dolayısıyla zararlı sonucun gerçekleşme ihtimali, zorunluluğa veya imkansızlığa ilişkin bilimsel kanunlara veya muhtemel olmaya ilişkin istatistiksel kanunlara başvurmak suretiyle dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre belirlenmelidir. Buradan hareketle, tehlike var sayılarak suç konulamayacağını, zira korunan hukuki menfaatin zarar görmesi açısından elverişli olmadıkça tehlikenin ceza hukukunun alanına girmeyeceğini de belirtmek gerekir<sup>77</sup>.

Tehlike suçu somut bir zararın netice olarak öngörülmesi zarar suçlarından farklıdır. Bu suçlarda davranışın bir zarar meydana getirip getirmediği somut biçimde saptanabilir. Oysa tehlike suçunu oluşturan hareketin, ceza kuralı ile cezalandırılan tehlike şeklindeki sonuca vücut verip vermeyeceği konusunda bir değerlendirme yapma gereği ortaya çıkar. Eğer böyle bir değerlendirme sonunda, tahrik, teşvik, övme gibi hareketlerin tehlikeyi yaratmak bakımından uygun ve elverişli olduğu belirlenebiliyorsa suçun varlığı; aksi halde oluşmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Eğer davranış tehlikeyi yaratmak bakımından somut ve mevcut bir tehlike teşkil etmiyorsa suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir<sup>78</sup>.

Söz konusu ölçüt esasen, yapısı, işleyişi, kapsadığı hak ve özgürlükler itibarıyla demokratik düzen ile toplumsal barışın sağlanabilmesi için korunması gerekli görülen hukuki menfaatlerin ihlaline elverişli olabilmenin koşulu niteliğindedir. Bireylerin özgürlüklerine ve ceza normu karşısındaki güvencelerine öncelik tanıyan ceza hukuku anlayışında, kamu gücünün kötüye kullanılmasını önlemek için, suç tiplerinde yer alan fiillerin normun koruduğu hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olması gerekmektedir. Bu doğrultuda suç teorisinde fiil ön plana çıkmaktadır. Buradaki fiil, zarar doğurmaya ya da zarar riski yaratmaya elverişli olması gereken fiildir. Bu nedenle de siyasal güç, istediği fiili suç olarak tanımlayabilme ayrıcalığına sahip değildir. Siyasal güç bu anlamda elverişli olmayan bir fiili suç sayamayacağı gibi, hakim de fiilin hukuken korunan menfaati ihlal etmeye elverişli olduğunu tereddütsüzce saptamadıkça ceza veremeyecektir. Dolayısıyla insan haklarını ihlal edici suçlar da yaratılamayacaktır<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> TOROSLU: genel kısım, s. 113 vd.ALACAKAPTAN: s. 19.

<sup>78</sup> ALACAKAPTAN: s. 20.

<sup>79</sup> ALACAKAPTAN: s. 30.



Açık ve mevcut tehlike ölçütü, işte bu çağdaş demokratik ve özgürlükçü ceza hukukunun gereklerinin uygulama alanına geçmesini sağlamaya yönelik olarak düşünce özgürlüğünün gündemine girmiştir. Bu nedenle, düşünce özgürlüğüne müdahale eden bir suç değerlendirilirken yapılacak ilk şey, insanın dış dünyasına yansımış tabiatçı anlamda bir davranışın bulunup bulunmadığı, yani düşüncenin insan beyninin sınırlarını terk edip yaşama taşımış bulunup bulunmadığının araştırılması ve saptanmasıdır. İkinci değerlendirme ise, bir hukuk kuralının koruduğu hukuki menfaatin bu düşünce açıklaması nedeniyle açık ve mevcut bir tehlikeye maruz kalıp kalmadığıdır<sup>80</sup>.

“Açık ve mevcut tehlike” Amerikan hukuku kökenli bir kavram olup, ilk kez 1919 yılında, Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarından Oliver Wendell Holmes tarafından Schenck-Birleşik Devletler davasında kullanılmıştır. Holmes’a göre ifade özgürlüğüne müdahaleye ilişkin her durumda araştırılması gereken, kullanılan kelimelerin, içinde bulunulan durum itibarıyla, Kongrenin engelleme hakkına sahip olduğu esaslı bir kötülüğe yönelik açık ve mevcut bir tehlikeye sebep olacak nitelikte olup olmadığıdır<sup>81</sup>.

Daha sonra pek çok yargıç tarafından ifade özgürlüğünü teminat altına almak açısından yetersiz kabul edilen açık ve mevcut tehlike ölçütü, Yargıç Holmes ve Yargıç Brandeis tarafından anlamlı derecede koruma sağlayacak bir doktrine dönüştürülmüştür. Buna göre, eğer hukuka aykırı fiillere teşvik eden ifadeler cezalandırılacak ise, tehlikenin büyük ve görece yakın bir zamanda gerçekleşecek olması gerekir. Bu düşünceler de, söz konusu değerlendirme açısından gerçekten var olan bir tehlikenin mi gerekli olduğu yoksa yakın bir zamanda bir zarar doğurmaya yönelik amacın yeterli mi sayılacağına ilişkin anlaşılacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>82</sup>.

Bu eleştirilere maruz kalan “açık ve mevcut tehlike”, 1930’lu ve 40’lı yıllarda suç işlemeye tahrik fiilleri açısından son derece önemli bir ölçüt olarak kullanılmış ve ifade özgürlüğüne ilişkin bir çok problemin

---

<sup>80</sup> ALACAKAPTAN: s. 30, 31.

<sup>81</sup> GREENAWALT Kent: Fighting Words, New Jersey, 1995, s. 17,18; Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları doğrultusunda “açık ve mevcut tehlike” kavramına ilişkin olarak bkz. AYDIN Didem Öykü: Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (I) Amerika Birleşik Devletleri, Ankara 2004, s. 329.

<sup>82</sup> GREENAWALT: s. 18; Yargıç Holmes, Abrams vs. Birleşik Devletler kararında yazdığı karşı oyunda, savaş durumunun bile düşünce açıklaması hakkına hanel getiremeyeceğini ifade ederek çok yakın bir kötülüğe ilişkin var olan tehlike ve bu kötülüğü gerçekleştirme niyeti arasında bir ayrıma gitmiş; Kongre’nin fikirleri değiştirmeye yönelik yapılan hiç bir çabayı yasaklayamayacağını ifade etmiştir. Bkz. AYDIN: s. 337.

çözümünde bu ilkeye başvurulmuştur. Bu dönemde Amerikan Komünist Partisi liderlerinin yargılandığı Dennis-Birleşik Devletler Davasında Yüksek Mahkeme tarafından yeniden formüle edilmiş ve bu yeni formülasyonun ifade özgürlüğü açısından ciddi bir geriye gidişi ifade ettiği dile getirilmiştir. Testin bu şekline göre mahkeme, gerçekleşmesinin imkansız olması sebebiyle önemsiz görünen kötülüğün, sırf ağırlığı dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlanmasını meşru hale getirip getirmediğini tespit etmek durumundaydı. Dolayısıyla kullanılan ifadeler görece uzak bir gelecekteki ağır bir tehlikeye sebep olmaları halinde de cezalandırılabilirdi. Yargıç Felix Frankfurter, bunun üzerine ifade özgürlüğü ve ulusal güvenlik arasında “yarışan menfaatlerin dengelenmesi” tezini ortaya atmış, ancak ciddi bir yargısal kontrol sağlayacak bu “ad hoc” dengeleme çabası, Kongrenin menfaatleri değerlendirmek konusundaki yargısının yalnızca makul bir sebebe dayanmaması halinde geçersiz sayılabileceğine ilişkin tespitle anlamını yitirmiştir<sup>83</sup>.

1960 yılında Yüksek Mahkeme, bir eyaletin, güç kullanımını veya kanunların ihlalini teşvik eden fiilleri, söz konusu teşvikin yakın bir hukuka aykırı davranışı tahrik etmeye veya ona sebep olmaya yönelik ve bunu gerçekleştirmeye elverişli olmadığı takdirde yasaklayamayacağına ya da cezalandıramayacağına karar vermiştir. Söz konusu Brandenburg testine göre, konuşmayı yapan kimse, yakın bir zamanda hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirilmesi amacıyla hareket etmeli ve bunun gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır. 1973 yılındaki bir kararda ise “yakın” ifadesinin çok kısa bir zaman aralığı içerisinde gerçekleşme olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>84</sup>.

Sonuç itibarıyla düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilebilecek demokratik bir sınırlamanın ölçüsü, düşüncenin ifade ediliş biçimi nedeniyle topluma yönelik belirli, kesin, yani mevcut bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin, düşünce açıklamasının kişileri ya da kitleleri kışkırtmasından kaynaklanmış olmasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi düşüncenin açıklanmasının mutlak bir anayasal güvencenin altında bulunduğunu kabul etmekte, ancak suça teşvik, tahrik ve ayaklanmaya çağırışı açık ve somut bir tehlike yaratabilme gücü nedeniyle suç saymaktadır<sup>85</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda Ceza Kanunu tarafından kullanılan “açık ve yakın tehlike” ifadesinin yerinde olmadığını kabul etmek gerekir. Zira yakın, yani henüz var olmayan bir tehlikeyi düşünce açıklaması niteliğindeki

---

<sup>83</sup> GREENAWALT: s. 18.

<sup>84</sup> GREENAWALT: s. 19; AYDIN: s. 348 vd.

<sup>85</sup> ALACAKAPTAN: s. 30.

bir fiilin cezalandırılması açısından yeterli görmek, tehlikenin tehlikesini cezalandırmak anlamına geleceğinden, cezalandırılabilir fiilin sınırları aşırı derecede öne alınmış olacak ve hukuki konuyu teşkil eden kamu barışı açısından mevcut hiç bir tehlike, yani ihlal edicilik söz konusu olmamasına rağmen tahrik fiili cezalandırılacak ve dolayısıyla ifade özgürlüğü aşırı biçimde sınırlanmış olacaktır. Yapılması gereken, kanundaki ifadenin açık ve mevcut tehlike olarak anlaşılmasıdır. Zira yakın olması gereken tehlike değil, tehlikenin kaynağını teşkil eden zararlı fiildir; zararlı bir fiilin yakın bir zamanda gerçekleşmesi ihtimalinden kaynaklanan “mevcut” bir tehlike cezalandırılmaktadır<sup>86</sup>.

Doktrinde tehlikenin varlığı için kışkırtmayı izleyecek fiilin teşebbüs noktasına varmış, yani davranışın icra başlangıcı sayılabilecek aşamaya gelmiş olması koşulunun aranması gerektiğini ileri sürenler bulunsa da, bu düşünce gerçekçilikten uzaktır. Zira tahrik fiile dönüşmedikçe bu şekildeki düşünce açıklamasının suç sayılmaya müstahak olmadığı kabul edilmesi telafisi imkansız sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle zarar tehlikesini doğurmaya elverişlilik tahrik konusu fiilin icrasına başlanmasından önceki aşamada aranacaktır<sup>87</sup>.

## V. Tahrikin konusu

Türk Ceza Kanunu açısından, tahrikin herhangi başka bir netice ortaya çıkmadan cezalandırılabilmesi için, konusunun, bir suçun işlenmesi, halkın birbirini öldürmesi, kanunlara uyulmaması, halkın kin ve düşmanlığa sevk edilmesi veya suçun ya da suçlunun övülmesi şeklinde ortaya çıkması gerekir.

Suç işlemeye tahrik suçu açısından tahrikin konusu ceza kanunu anlamında suç teşkil eden belirli bir fiil olmalıdır. Suçun re’sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olması gerekmediği gibi, tahrikin yönelik olduğu suçun işlenmiş olması da şart değildir. Dolayısıyla şikayete bağlı bir suçun işlenmesine ilişkin alenen tahrik de bu suçu oluşturacaktır. Ancak tahrikin konusunu oluşturan suç işlenmiş veya bu suçun icrasına teşebbüs edilmişse tahrikçi bu suça azmettiren olarak cezalandırılacaktır<sup>88</sup> (TCK md. 214/3).

<sup>86</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 258.

<sup>87</sup> ALACAKAPTAN: s. 31.

<sup>88</sup> ANTOLISEI: s. 233; TOROSLU: özel kısım, s. 251; MANZINI: s. 156; Doktrinde, failin suça iştirakten cezalandırılmasının suç işlemeye tahriki ortadan kaldırmayacağı, zira suç işlemeye tahrik suçuna ilişkin düzenlemenin, tahrik konusu suçları düzenleyen hükümlerle korunan menfaatler açısından daha etkin bir korumak sağlamak için yapılmadığı, bu nedenle de suç işlemeye tahrikin işlenen tahrik konusu suç içinde eridiğinin söylenemeyeceği dile getirilmiştir. Bunun tam aksine, suç işlemeye tahrikin objektif niteliği kamu düzenini

Bir davranışla birden fazla suçun işlenmesine tahrik söz konusu olursa, failin yalnızca bir tahrik suçundan dolayı cezalandırılması gerekir<sup>89</sup>.

Tahrik fiilinin, işlenmesinden önce veya sonra affa uğramış bir fiile yönelik olması da önemli değildir. Zira af, ceza normunu geriye yönelik olarak uygulanamaz hale getirirse dahi, fiilin soyut anlamda suç olarak düzenlenmiş olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır<sup>90</sup>. Bununla birlikte tahrikin konusunu oluşturan fiil hem tahrik anında hem de tahrikçinin yargılandığı anda suç teşkil etmek zorundadır<sup>91</sup>. Doktrinde ve yargı kararlarında isabetli olarak taksirli bir suça tahrikin, taksirli fiillerin mahiyeti itibarıyla suç işlemeye tahrik suçuna vücut vermeyeceği kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Nitekim bir kimsenin, istemeden gerçekleştirdiği bir fiili tahrik neticesinde işlediğinin kabulü mümkün değildir.

Suç işlemeye tahrik genel kasıtle işlenen bir suçtur; failin saiki önemli değildir. Bu suç yönünden kast, belirli bir suçun başkaları tarafından işlenmesini sağlamak bilincine sahip olarak o suçun işlenmesini tahrik etmek iradesinden ibarettir<sup>93</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere failin fiilin aleni biçimde işlendiğinin de bilincinde olması gerekmektedir<sup>94</sup>.

Tahrikin daha önce de belirtildiği gibi, dolaylı bir biçimde, işlenmiş bir suçun veya işlediği bir suçtan dolayı bir kimsenin övülmesi şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Bununla birlikte bir suçla ilgili olarak söylenen sözlerin ceza kanunu anlamında övme sayılarak cezalandırılabilmesi için, alenen söylenen sözlerin başkalarını o suçu işlemeye teşvik edici ve suçun işlenmesine önleyen manevi engelleri kaldırıcı dolaylı bir tahrik niteliğinde olması, yani kamu düzeni açısından “açık ve mevcut bir tehlike”nin ortaya çıkmış olması gerekir. Bu itibarla sadece bir görüş açıklama, genel af isteme hatta sadece onaylama, aynı veya benzer suçların işlenmesini telkin edici değilse, övme suçunu oluşturmaz<sup>95</sup>.

---

tehlikeye soktuğundan, tahrik konusu suçtan farklı bir menfaati ihlal etmektedir. Bu itibarla tahrikçi, aleni biçimde tahrikte bulunmak suretiyle aynı davranışıyla iki farklı hukuki varlığa zarar vermektedir ve dolayısıyla her iki suçtan da cezalandırılması gerekecektir. Bkz. CONTIERI: s. 26; BAYRAKTAR: s. 164, 165.

<sup>89</sup> ANTOLISEI: s. 233; aksi görüş için bkz SOYASLAN: s. 519.

<sup>90</sup> MANZINI: s. 157.

<sup>91</sup> CONTIERI: s. 21; ROSSO: s. 155; BAYRAKTAR: s. 165.

<sup>92</sup> Bkz. BAYRAKTAR: s. 166.

<sup>93</sup> ANTOLISEI: s. 234; TOROSLU: özel kısım, s. 251.

<sup>94</sup> CONTIERI: s. 24; Aleniyetin objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu savunan yazarlara göre bu bilinç kastın varlığı açısından şart değildir. Bkz. MANZINI: s. 163.

<sup>95</sup> ANTOLISEI: s. 235; Kanun övme yönünden suçlar arasında bir ayrım yapmamakta ise de, taksirli suçların mahiyeti övülmelerine imkan vermemektedir. Bkz. TOROSLU: özel kısım, s. 256; BAYRAKTAR: s. 208 vd.; SOYASLAN: s. 520 vd.; Yargıtay bir kararında bir terör

TCK'nın 217. maddesinde, halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişinin, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle belli suçların işlenmesi önlenmeye çalışılmamakta, fakat toplumda suç işlenmesine sebep olabilecek veya her şekilde bireylerin psikolojisi üzerinde, kamu düzeninin korunması için zorunlu olan koşulları zayıflatabilecek etkilerin oluşması engellenmek istenmektedir. Ancak burada tahrikin belli bir suça yönelik olmaması esastır. Zira böyle bir durumda suç işlemeye tahrik suçu söz konusu olacaktır<sup>96</sup>. Bir kanunun eleştirilmesinin, yürürlükten kaldırılması amacıyla propaganda yapılmasının ise tek başına kanunlara uymamaya tahrik suçunu oluşturması mümkün değildir<sup>97</sup>.

Suçun gerçekleşmesi için kanunun yürürlüğe girmiş olması gereklidir<sup>98</sup>. Ancak tahrik anında var olan, fakat henüz yürürlüğe girmemiş bir kanuna uyulmaması konusunda, yürürlüğe gireceği zamana rastlayacak şekilde geleceğe yönelik tahrikte bulunulması da suç teşkil edecektir. Uyulmamasına alenen tahrikte bulunulan kanun, tahrik anında yürürlükte ve fakat daha sonra yürürlükten kalkmış ise, artık böyle bir tahrik cezalandırılabilir olmaktan çıkacaktır<sup>99</sup>.

Kanunlara uymamaya tahrik suçunun gerçekleşebilmesi için, tahrike konu teşkil eden normun kamu düzeninden olması gerekmektedir. Bunun sebebi, kanuna uyulmamasından söz edilebilmesi için, ona uyulması konusunda bir hukuki yükümlülüğün varlığının şart olmasıdır. Böyle bir yükümlülük de ancak kamu düzenine ilişkin normlardan kaynaklanabilir. Yalnızca bu tür kanunlar, tahrik edilen kimse tarafından uyulması zorunlu olan ve bu doğrultuda hukuki müeyyideler ile pekiştirilen kural ve yasaklar getirmektedirler<sup>100</sup>. Ayrıca, kamu düzeninden olmayan, dolayısıyla bireylerin aksi yönde hareket etmelerine imkan veren kanunlara uyulmaması yönündeki tahrikin, kamu barışının ihlaline yönelik bir tehlikeye sebep olması da mümkün değildir. Bu itibarla her ne kadar İtalyan Ceza Kanununun ilgili maddesindeki açık ifade Kanunumuzda yer almasa da, hukukumuz açısından da aynı sonuca ulaşmak gerekmektedir<sup>101</sup>.

---

örgütü lideri hakkında "sayın" ifadesinin söz konusu suça vücut vermeyeceğini hükme bağlarken (8.CD T. 13.4.2010, E. 2008/5295, K. 2010/5826) diğer bir kararında yürüyüş sırasında terör örgütü lideri lehine atılan sloganları alkışla destekleyen sanıkların suç ve suçluyu övme suçundan mahkum edilmeleri gerektiğine karar vermiştir (8. CD 2007/7162, T. 26.3.2009, E. 2007/7162, K. 2009/4809) (www.kazanci.com.tr).

<sup>96</sup> MANZINI: s. 166; ANTOLISEI: s. 237; ROSSO: s. 157.

<sup>97</sup> CONTIERI: s. 45; MANZINI: s. 167; ANTOLISEI: S. 236; ÖNDER: s. 408.

<sup>98</sup> BAYRAKTAR: s. 235.

<sup>99</sup> CONTIERI: s. 49; MANZINI: s. 168; BAYRAKTAR: s. 235.

<sup>100</sup> MANZINI: s. 168.

<sup>101</sup> Kanunun niteliğinden bağımsız olarak uyulmamasına tahrikin söz konusu suça vücut vereceği şeklindeki aksi görüş için bkz. BAYRAKTAR: s. 231, 232; ÖNDER: s. 407.

Hangi normların kamu düzenine ilişkin olduğu, mutlak ve düzenleyici hukuk normları arasındaki ayrıma dayanmak suretiyle ortaya konulabilir. Bu doğrultuda, tahrike konu normun, uyulması mutlak anlamda zorunlu normlardan olup olmadığı, bireylerce normun aksine bir işlem yapıp yapılamayacağı ve ilgililerin, aralarındaki hukuki ilişkiyi, tespit edecekleri başka bir düzenlemenin hakimiyetine sokmak suretiyle normdan sapma imkanına sahip olup olmadıkları değerlendirilmelidir<sup>102</sup>.

Bu anlamda genel olarak bireylerin üzerinde değişiklik yapma veya bunlara istisna getirme yetkisine sahip olmadığı tüm normlar kamu düzenine ilişkin kurallar olarak kabul edilmeli, örneğin seçim kanunları, vergi kanunları gibi kanunlar ile devletin koyduğu müeyyidelerle desteklenen ve aksi kararlaştırılmaz hukuki yükümlülük getiren diğer her kanun da bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>103</sup>.

Eğer bir kanun hukuken müeyyidelendirilmiş bir ödev yüklemekle birlikte yükümlülüğü yerine getirme şeklini seçmek konusunda bir özgürlük tanıyorsa, kötü niyetli olsa dahi bunlardan birini seçmek konusunda tahrikte bulunmak suç oluşturmayacaktır. Bununla birlikte bir kanun yalnızca belli bir kategorideki insanlara bir yükümlülük getiriyor ise, kanunlara uymamaya tahrik açık veya örtülü olarak bu gruba dahil kimselere yönelmiş olmak zorundadır<sup>104</sup>.

Yetkili merciin emrine uyulmaması yönünde bir tahrikte bulunulması bu suçu oluşturmayacaktır; meğer ki bu emre karşı gelinmesi aynı zamanda kamu düzenine ilişkin kanunlara uymama teşkil etsin<sup>105</sup>.

TCK'nın 214. maddesinin ikinci fıkrasına göre, halkın bir kısmını diğer bir kısma karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kimse de cezalandırılacaktır. Maddi unsurun oluşması için öncelikle halkın bir kısmının diğer bir kısma karşı silahlandırılması gerekir. Eğer silahlandırma söz konusu değilse başka bir suç, örneğin 216. maddedeki suç söz konusu olabilir<sup>106</sup>.

Halkın bir kesimini silahlandırmak da tek başına suçun oluşması için yeterli değildir, ayrıca birbirlerini öldürmeye tahrik etmek de gerekir. Suçun tamamlanması için öldürmeye yönelik tahrikin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Silahların kullanılması gerekmediği gibi, öldürme fiillerinin gerçekleşmesi de gerekmez<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> CONTIERI: s. 48; SOYASLAN: s. 522..

<sup>103</sup> MANZINI: s. 169; ANTOLISEI: s. 236; ROSSO: s. 157.

<sup>104</sup> MANZINI: s. 170.

<sup>105</sup> CONTIERI: s. 50.

<sup>106</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 252.

<sup>107</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 252.

Bu suç da, kanun herhangi bir amacı şart koşmadığından genel kasıtle işlenen bir suçtur<sup>108</sup>.

TCK madde 216'da, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimsenin, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu tahrik suçunun gerçekleşmesi için sadece halkın birbirine karşı kin beslemeye ve düşmanlığa tahrik edilmesi yeterli değildir. Bu tahrikin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilmek suretiyle yapılması gerekir. Ayrıca bu tahrik nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkmış olmalıdır<sup>109</sup>.

Bir sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge hakkında, düşünce özgürlüğünün sınırları aşılmaksızın, olumsuz da olsa görüş açıklamakta kamu güvenliği yönünden bir tehlike bulunmadığından suç gerçekleşmeyecektir<sup>110</sup>.

Kin ve düşmanlık, belirtilen grupların birbirine şiddet içerikli hareketlerde bulunmalarını istemek anlamı taşımaktadır. Bu hareketlerin suç teşkil etmesi şart değildir. Kin ve düşmanlığın belirtilen grupları karşı karşıya getirmiş olması da aranmaz; bir grubun diğer gruba karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmiş olması yeterlidir<sup>111</sup>.

Kin, öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerinin zeminini oluşturan psikolojik hal; düşmanlık ise husumet beslenene karşı, düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu olarak tanımlanabilir<sup>112</sup>.

Söz konusu suç açısından sosyal sınıfın anlamı, sosyal kanunlara göre oluşan sınıflardır. Bu nedenle bunları sadece ekonomik sınıflar veya iradi oluşumlar olarak anlamamak gerekir. Din ve mezhep deyimleri ise her türlü din ve mezhebi kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Madde metnindeki bölge ise sadece idari bölümleri değil, yerine göre daha geniş veya daha dar bir coğrafi bölgeyi ifade edebilir<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 253.

<sup>109</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 258; ÖNDER: s. 412; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA: s. 727; Bu suç tipiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKÇEN s. 61 vd.

<sup>110</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 258.

<sup>111</sup> ÖNDER: s. 412, 413; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA: s. 730; SOYASLAN: s. 524.

<sup>112</sup> ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA: s. 728, 729.

<sup>113</sup> TOROSLU: özel kısım, s. 258; ÖNDER: s. 415, 416.

## KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN Uğur:** Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, c. 2, Ankara 2000, ss. 6-32.
- ANTOLISEI Francesco:** Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, 14a ed., Giuffre, Milano 2003.
- ARTUK Mehmet Emin-GÖKÇEN Ahmet-YENİDÜNYA Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AYDIN Didem Öykü:** Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (I) Amerika Birleşik Devletleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- BAYRAKTAR Köksal:** Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977.
- CARCANO Domenico:** Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Giuffre, Milano, 2010
- CONTIERI Enrico:** I Delitti Contro L'ordine Pubblico, Giuffre, Milano 1961.
- DOLCE Raffaele:** Istigazione a delinquere, Enciclopedia del Diritto, XXII, Giuffre, Milano 1958.
- FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo:** Diritto Penale, Parte Speciale, vol. I, 4a ed., UTET, Torino 2007.
- FIGLIORE Carlo:** Ordine Pubblico, Enciclopedia del Diritto, Giuffre, Milano 1958.
- GAROFOLI Roberto:** Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Giuffre, Milano 2006.
- GÖKÇEN Ahmet:** Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, İstanbul 2001.
- GREENAWALT Kent:** Fighting Words, Princeton University Press, New Jersey 1995.
- MANZINI Vincenzo:** Trattato di Diritto Penale Italiano, 14a ed., UTET, Torino 1964.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş:** Soruşturmanın Gizliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 59, sy. 2, Ankara 2010, ss. 243-275.
- OLIVERO Brunello:** Apologia e Istigazione, Enciclopedia del Diritto, II, Giuffre, Milano 1958
- ÖNDER Ayhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- R.A. LAWSON-H.G. SCHERMERS:** (Ed.) Leading Cases of The European Court of Human Rights, Ars Aequi Libri, Leiden 1999.



- RICCIO Giuseppe:** Ordine Pubblico, Dizionario di Diritto e Procedura Penale (di Giuliano Vassalli), ss. 715-743, Giuffrè, Milano 1986.
- ROSSO Giovanni:** Ordine Pubblico, Novissimo Digesto Italiano, XII, UTET, Torino 1975.
- SCHIAFFO Francesco:** Istigazione ed Apologia Nei Delitti Contro L'ordine Pubblico, Delitti Contro L'ordine Pubblico (a cura di Sergio Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007.
- SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- TOROSLU Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, 7.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- TOROSLU Nevzat:** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- TOROSLU Nevzat:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013.
- TOROSLU Nevzat:** Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987.
- VIOLANTE Luciano:** Istigazione, Enciclopedia del Diritto, XXII, Milano 1958.
- YALÇIN SANCAR Türkan:** Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.



# HİDROELEKTRİK SANTRAL (HES) POLİTİKASININ ÇEVRE HUKUKU AÇISINDAN SORGULANMASI

*Prof. Dr. Nükhet TURGUT*

## I. Giriş

Çevre hukuku çevre kavramının, dolayısıyla çevre sorunsalının sınır tanımazlığı- evrenselliği nedeniyle ulusal ve uluslararası gelişmelerin etkileşimine bağlı olarak ortaya çıktığından, bu alanda, hukukun çoğu dalı için geçerli olan, “millilik özelliği” öne sürülememektedir. Aksine, insan hakları konusunda olduğu gibi, bütün toplumlar ve devletler için geçerli ve gerçekleştirilmesi gereken *ortak paydalar* söz konusudur. İşte çevre hukukunun bu ortak paydalar etrafında ortaya çıkan ve gelişmeye devam eden kendine özgü esasları, çevre kavramının, ekosistem gerçeği temelinde geniş algılanmasının zorunluluğu gereği, kavramın kapsamına dahil tüm varlıklar için olduğu kadar su için de geçerlidir. Bu ortak paydalar genelde, çevre sorunsalının nedenleri çerçevesinde, bilimsel ve akademik esaslara göre ve yargı içtihatlarının da katkısıyla şekillendirilmekte olup beklenen durum da budur. Ne var ki küreselleşme ideolojisinin temsilcisi bazı ekonomik menfaat kesimlerinin ve bunların arkasındaki politik güçlerin-bazı güçlü devletlerle ulusal düzeylerdeki destekleyicilerin- bu şekillendirmeyi sınırlı menfaatler lehine yönlendirme girişimlerinin varlığı da evrensel ve ulusal düzeylerde gözlenebilmektedir. Bu gerçeğin su alanındaki yansımalarının hem konuya ilişkin evrensel ve ulusal düzeylerdeki, mevzuat dahil, metinlerin hazırlanması hem de bunların uygulanması sürecinde ortaya konulmuş örnekleri bulunmaktadır. Su kaynaklarının dünya nüfusunun artması ve diğer çevresel sorunların etkisiyle de iyice hassaslaşan kıt olma durumu onu söz konusu politik-ekonomik menfaatler açısından iyice cazip hale getirmektedir.

Bu makalede Türkiye’deki hidroenerji politikası ile uygulamadaki durum, yukarıda vurgulanan birbirine bağlı iki ana tema (çevrenin korunmasını esas alan ortak paydalar ile bazı politik-ekonomik güçlerin

küreselleşmeden bu bağlamda yararlanarak bu ortak paydaları kendi menfaatleri lehine yönlendirmek istemeleri) çerçevesinde bütünsel olarak irdelenecektir.

## II. Suyun Önemi

### A.Genel Belirleme

Suyun bütün canlıların yaşamı için zorunluluğu tartışma götürmez bir gerçektir. *Su yaşamın kendisidir* ifadesi bu gerçeği en yalın ve çarpıcı şekilde göstermektedir. İnsanoğlunun suya olan gereksinimi ve onu kullanmadaki amaç ve yöntemler ise insanlık tarihindeki gelişmelere, kısaca modernleşme sürecine, koşut şekilde artmış ve çeşitlilik kazanmıştır<sup>1</sup>. Kapitalizmin vahşi olarak adlandırılan ve küreselleşme ideolojisiyle bütünleşmiş günümüzdeki aşamasında ise bütün su kaynaklarını kullanmak temel hedef olmuştur. Bu gelişme ve hedefin kaynağındaki itici güç ya da sav, öne sürülen şekliyle, insanların refahını- mutluluğunu, temel gereksinimlerin ötesinde de, artırmak olmuştur. Bu hedef temelinde başlatılan su varlıklarına müdahale, insanlık tarihinin seyrine göre somutlaştırılırsa, önceleri ya su taşkınları gibi kimi olumsuzlukları önleme zorunluluğu ya da içme suyu sağlama gibi temel gereksinimleri karşılama amaçları çerçevesinde başlamış, bunu, zamanla, su değirmenleri örneğinde olduğu gibi, suyun ekonomik amaçlarla kullanılması izlemiştir. Böylece su kaynaklarına yapılan müdahaleler, çoğalıp çeşitlenmeye koşut şekilde, başlangıçtaki masumane özelliğinden uzaklaşıp suyun varlığını tehdit eder duruma gelmiştir. Sürecin nihai aşaması ise, kuşkusuz, tür ve yöntemleri giderek artıp çeşitlenen ve insanoğlunun bütün lüks gereksinimlerinin temel malzemesi olan enerjiyi sağlamak için de suyun kullanılmasıdır. Bu kullanma bir yandan suya, kömür ve nükleere dayalı enerji üretiminde, serinletme işlevini sağlamak için gereksinim duyulması öte yandan enerjinin doğrudan sudan elde edilmesi veya güneşten sağlanan enerjinin su sayesinde depolanabilmesi yollarıyla olmaktadır. Böylece su ile enerji giderek birbirinden ayrılamaz iki bileşen haline gelmiştir<sup>2</sup>.

Hidroloji adıyla ayrı bir bilim dalının da ortaya çıktığı bu son aşamada, çevre sorunsalının da algılanması<sup>3</sup> ve çözümü için uğraş verilmesiyle

<sup>1</sup> İnsanoğlunun Eskiçağdaki suya gereksiniminin Ortaçağda eriştiği boyut ile Rönesans gibi tarihsel dönüm noktalarının etkisiyle ortaya çıkan çarpıcı gelişme ve değişiklikler için bkz. Yevjevich, s. 163-171.

<sup>2</sup> Su ile enerjinin etkileşiminin teknolojik gelişmeler çerçevesinde açıklanması konusunda bkz. Mahon- Price, s. 163-191; ayrıca bkz. Glasnovic-Margeta, s. 1742-1751.

<sup>3</sup> Çevre sorunsalının bu farkedilme ve algılanma sürecinde rol oynayan etkenler bunların etkileşimi hakkında bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku...*, s. 24-30.

birlikte, su da bu sorunsala özgü ve yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu bakış açısının kuşkusuz su varlığını korumak açısından önemli olumlu yansımaları olmuştur. İlk önemli yansıma su kaynaklarını korumak için evrensel girişimlerin başlatılmasıdır. Suyun kıt bir kaynak olduğunun ve yaşam ve çevrenin devam ettirilebilmesi için vazgeçilemezliğinin konuya ilişkin evrensel ve bölgesel ölçeklerdeki resmi metinlerde (politika belgeleri, bildirgeler, kararlar ve antlaşmalar) tartışmasız kabul edilmesiyle ilk adım atılmıştır. 1992 Dublin Bildirgesinin bu bağlamda vurgulama yapan ve suyun hassas bir kaynak olduğunu da içeren hükümleri<sup>4</sup> bu alandaki ilk örnek sayılabilir. Ancak konuya ilişkin en önemli ve çarpıcı hükümler Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 2002'deki 15 Sayılı Mütalaasında<sup>5</sup> bulunmaktadır. Burada da suyun sınırlı olduğu ve yaşam ve sağlık için kaçınılmazlığı gerçeğinden hareket edilmiş olmakla birlikte, Dublin Bildirgesinden farklı olan, asıl özellik suyun bir *doğal kaynak* ve *kamu varlığı* olarak kabul edilmesi, dahası suyun önem ve konumunun hak kapsamında vurgulanmasıdır. Böylece burada, suyun çevre sorunsalı kapsamında yeni bir bakış açısıyla ele alınmasının sağladığı, ikinci olumlu boyut olan suyun hak kavramıyla ilişkilendirilerek ele alınmaya başlanması karşımıza çıkmaktadır ki bu konu bir alt başlıkta ele alınacaktır.

Suyun evrensel-bölgesel-ulusal düzeylerdeki politika metinleri ve mevzuat düzeyinde çevre sorunsalı kapsamında ele alınması onun sürdürülebilirliğini sağlama amacı açısından önemli ve olumlu olmakla birlikte bunun devamı ve amaç yönünde uygulanabilmesi, yukarıda değinilen, kimi politik-ekonomik menfaat kesimlerinden gelebilecek tehditlerin önlenmesine bağlıdır. 1992 Dublin Bildirgesindeki suyun ekonomik değeri olduğunu belirten ve onu *sadece ekonomik kaynak* olarak ele alan hükümleri bu çaba ve politikanın ilk belirgin örneği sayılabilir. Bu yaklaşımın somut yansıması su varlıklarının çok uluslu şirketlerin aşırı işletme ve kirletici faaliyetleri ve hükümetlerin özelleştirme uygulamaları nedeniyle tehdit edilmesidir. Aynı şirketlerin, özellikle az gelişmiş ülkelerde, kimi zaman yerli ortaklar da bulmak suretiyle, HES projelerini üstlenmeleri de aynı yaklaşımın uzantısıdır. Bu bağlamda özelleştirmenin faydalarından neredeyse tamamen uluslararası örgütlerin nasiplendiği ve bu yararların gelişmekte olan ülkelerin yurttaşları ve çevresel varlıkları üzerinde kalan büyük maliyetler pahasına sağlandığına literatürde dikkat çekilmiştir<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Dublin Statement.

<sup>5</sup> UN.General Comment No 15 2002 on the Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social, And Cultural Rights). United Nations Economic and Social Council.

<sup>6</sup> Lindo, s. 299.

## B. Çevre Hakkı- Su Hakkı

### 1. Genel çerçeve

#### a. Hak Olmanın Anlamı

Esasında suyun, çevre kavramına dahil olan, geleneksel üç varlıktan (hava-su-toprak) biri olarak, çevrenin diğer bütün unsurları gibi, çevre hakkının kapsamına girdiği, dolayısıyla buna ilişkin hukuki ve politik metinlerin su için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Günümüzde Birleşmiş Milletlere üye devletlerin yaklaşık üçte ikisinin anayasalarında çevre konusunda hak ve/veya ödev şeklinde hükümler olduğu da açıktır<sup>7</sup>. Buna karşın, çevrenin diğer unsurlarının aksine, su konusunda bir hakkın evrensel, bölgesel ve ulusal düzeylerde ayrıca gündeme getirilmesi ve sayısız bilimsel araştırmaya konu yapılması, bu varlığın, insan da dahil, canlıların yaşamındaki vazgeçilemez ve *hassas-özgün-* konumu nedeniyledir. Ayrıca hak şeklinde vurgulama, suyu ekonomik mal olarak gören yaklaşımı kırabilme ve bu yaklaşım bağlamında kenara itilmiş bireyleri merkeze getirerek kaynak yönetiminde söz sahibi yapabilme<sup>8</sup> nedeniyle de çok önemlidir.

Suyu hak bağlamında ifade etme çabalarını yansıtan, *antlaşma-bildirge- karar- mütalaa* şeklinde, uluslararası belgelerin sayısı ve devletler düzeyindeki, bunları da esas alan, uygulamaların örnekleri oldukça fazladır. Ancak evrensel açıdan su hakkını açıkça ve genel çerçevede bütün insan hakları düzeyinde kabul eden bir antlaşma henüz yoktur<sup>9</sup>. Buna karşın, tarih sırasıyla önce, yukarıda değinilen, 15 sayılı Mütalaa, sonra da yine BM. Genel Kurulunun Kararı<sup>10</sup> ve hemen ardından İnsan Hakları Konseyinin Kararı<sup>11</sup> su hakkı konusundaki önemli metinler olarak öne çıkmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Çevre hakkının niteliği, anayasalar ile bölgesel ve evrensel metinlerde düzenlenmesine ilişkin yorum ve değerlendirmeleri de içeren geniş açıklama için bkz. Turgut, *Çevre Hukuku* ....2001, s.132-146, ayrıca *Çevre Politikası ve Hukuku* ....., s.73-91.

<sup>8</sup> Bkz. McGrow, s. 133

<sup>9</sup> Bu konuda çocuk hakları ve kadın hakları sözleşmelerinin de aralarında bulunduğu somut konuları düzenleyen bazı sözleşmelerde hükümler vardır.

<sup>10</sup> UN, Resolution A/RES/ 64/292.on the Human Right to Water and Sanitation. United Nations General Assembly 64/292 3. August 2010

<sup>11</sup> UN, Resolution A/HRC/15/31 on the Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation

<sup>12</sup> Ulusal düzeylerde ise su hakkı kimi ülkelerin anayasalarında düzenlenmiş (Güney Afrika, Kongo), kimilerinde ise ya yargı içtihatlarında yaşam hakkı ve sağlık hakkının yorumu çerçevesinde tanınmış ya da çevre hakkı kapsamında ele alınmıştır,Güney Afrika, Hindistan; Pakistan, Endonezya, Belçika, Bengaldeş, Filipinler, Arjantin ve Kolombiya'daki yargı içtihatları düzeyinde ortaya çıkan gelişmeler hakkında geniş açıklama için bk. McGrow, s. 162-195.

Öğretide ise, ilgili uluslararası belgelerdeki hükümler çerçevesinde, suyun *temel insan gereksinimi* olduğu fikrinin genel kabul görmesinden hareketle, BM Genel Kurulunun Kararından önce de, uluslararası hukukta bağımsız, evrensel bir su hakkının varlığı sonucuna ulaşılmış olup bilimsel tartışmalar daha çok bu hakkın içeriği, uygulanabilirliği ve devletin ödevlerinin niteliğinde yoğunlaşmıştır<sup>13</sup>.

Burada bilimsel düzeydeki teorik tartışmalara girilmeksizin hak olmanın inceleme konumuzla da ilgili öze yönelik boyutları vurgulanacaktır. Bir kere ister çevre hakkı ister su hakkı olsun, pozitif hukuk metinlerinde hakkın öznesi, geleneksel insan hakları anlayışına uygun şekilde, insan olarak kabul edilmiştir. Konu su hakkı kapsamında somutlaştırılırsa 15 numaralı Mütalaada “Su konusunda insan hakkının insan onuruna dayalı bir yaşam için vazgeçilemez olduğu” belirtildikten sonra onun diğer insan haklarının gerçekleşmesinin de koşulu olduğu vurgulanmıştır. BM Genel kurul Kararında ise “güvenli ve temiz içme suyu ve hijyenin (*sanitation*) bir insan hakkı olarak bütün insan haklarının ve yaşamın tam anlamıyla varlığı için zorunlu olduğu” belirtilmiştir. İnsan Hakları Konseyi Kararında da “güvenli içme suyu ve hijyene ilişkin insan hakkının elverişli bir yaşam standardı, fiziksel ve ruhsal sağlık ile yaşam ve insan onuru haklarından dayanak aldığı” açıklanmıştır. Böylece bu sonuncu kararlar su hakkının BM’in, kişisel haklarla sosyal ve ekonomik haklar alanındaki, iki ayrı sözleşmesiyle hukuki dayanak olarak bağlantısı da kurulmuştur. Bütün bu ifadelerden çıkarılacak sonuçlar su hakkının hem özgürlüğe sahip olmayı hem de tasarrufta bulunmayı (devlete yönelik hem saygı gösterilmesi hem de harekete geçirilmesi istemlerini) içerdiği, onun ilkönce insanların suya erişim hakkı olarak ele alındığı, bu erişimin başta yaşam, kişisel ve evsel kullanımlar için gerekli olduğudur. Ancak suyun gıda hakkının gerçekleşmesindeki vazgeçilemez yeri nedeniyle tarım için suya erişimin sağlanması da hakkın kapsamında ele alınmaktadır.

Su hakkının insan hakkı olarak ele alınmasına karşın bunun gerçekleşmesinin fiiliyatta suyun korunmasına, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına bağlı olduğu açıktır. Yukarıdaki adı geçen metinlerde kullanılan suyun kıt kaynak olması, temiz, güvenilir, yeterli ve sürdürülebilir su gibi ifadeler de suyun korunması gerekliliğini açıkça göstermektedir. Su hakkının hukuki dayanak olarak sağlık hakkıyla doğrudan bağlantısının kurulması ise suya yönelik her türlü kirlilik ve bulaşma durumlarının önlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Su hakkının ifade edilirken

---

<sup>13</sup> Bu bağlamda sayısız araştırmalar arasında, karşıt görüşleri de göstermek bağlamında ve bu alanda öncül olma durumunu da esas alarak şu makaleler dikkat çekicidir. McGrow, Watrous, Bulto, Birdsong.

*hijyen-sıhhiye- (sanitation)* sözcüğünün kullanılması da yine suyun niteliksel konumunun da önemsendiğini göstermektedir. Suyun *kamunun varlığı, halkın varlığı* olarak görülmesi ve onun “ilk planda ekonomik bir varlık değil sosyal ve kültürel bir varlık olarak telakki edilmesi gerektiği” söylemi ise onun sınırlı kesimlerin menfaati için kullanılmasının önünü kapamak suretiyle, hak olarak kabulün getirdiği güvenceyi pekiştirmektedir. Çünkü burada, açıkça söylenmemiş olmakla birlikte, devletlerin bu varlığı kamu adına *emanetçi* olarak ellerinde bulundurdukları, dolayısıyla bu *emaneti* onlar adına korumakla yükümlü oldukları düşüncesi geçerlidir. Bu fikir öğretilerde geliştirilen ve kimi ülkelerde de hukuka yansıtılıp uygulanan<sup>14</sup> “*kamu emaneti*” (*kamusal emanet*) (*public trust*) doktrininin<sup>15</sup> bir yansıması olarak yorumlanmalıdır. Nitekim devletlere ait, aşağıda değinilen, kimi yükümlülüklerin bu fikirden kaynak aldığı söylenebilir.

### **b. Devletlerin Ödevleri**

Suyun hak olarak kabulünün beraberinde getirdiği sonuç devletlerin hakkın yükümlüsü olmaları ve bu sıfatla hakkın gerçekleşmesi için gerekenleri yapmalarıdır. Devletlerin su konusunda bir kere çevre hakkı kapsamında ödevleri vardır. Ayrıca, yukarıda değinilen su konusundaki evrensel metinler de konuya özgü veriler sunmaktadır. BM’in 15 sayılı Mütalaası bu bağlamda öne çıkmakta olup evrensel düzeydeki, yukarıdaki başlıklarda değinilen, ekonomik menfaat temelli yaklaşımın hakimiyetini de kırarak önemli bir metindir. Buradaki belirlemeler esasen çevre hakkının yorumu çerçevesinde öğretilerde yapılan değerlendirmelerden<sup>16</sup> ve insan haklarının geleneksel üçlü ayırımına dahil olan haklarda devletin konumuna ilişkin, hem öğretilerde hem evrensel düzeydeki insan hakları kuruluşlarının raporlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında, genel kabul düzeyine ulaşmış fikirlerden farklı değildir. Mütalaada devletlerin su hakkının yerine getirilmesindeki genel yükümlülükleri *saygı göstermek, korumak ve yapmak-yerine getirmek*- sözcükleri çerçevesinde belirtilmiştir ki bunlar geleneksel insan hakları açısından da devletlere düşen yükümlülüklerdir.

Saygı gösterme yükümlülüğü kapsamında devletler suya erişimi ve suyun kullanılmasını engellemeyecek, suyu azaltmayacak ve suyu kirletmekten kaçınacaklardır. Buradaki suyun azatılmaması sadece insanlara sağlanacak su ile sınırlı tutulmayıp su kaynaklarının azaltılmaması olarak ele

<sup>14</sup> Bu öğretinin su ve enerji konusunda Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanmasını için bkz. Blumm-Doot, s. 1.20; Klass, s. 1021-1072.

<sup>15</sup> Bu konuda açıklama ve ilgili kaynaklar için bkz. Turgut, *Çevre ve ...*, s. 96-100; Turgut, *Çevre Hukuku...*2001, 92-94; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku...*,s.53-54.

<sup>16</sup> Bu değerlendirmeler için bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku ...* ,s.76-80.



alınmalıdır. Koruma yükümlülüğünün kapsamına ise su hakkının, dolayısıyla su kaynaklarının üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı korunması esastır. Su hizmetlerinin verilmesinde su kaynakları üçüncü kişiler tarafından işletiliyor ya da kontrol ediliyorsa devletler bu kişilerden gelebilecek kötüye kullanımları önleyecektir. Bu tür kişi, grup veya şirketlerin, *kişisel ve evsel kullanımlar için, etkili, kabul edilebilir ve güvenli bir suya, eşit ve mali açıdan katlanılabilir şekilde erişimi* tehlikeye atmalarına izin verilmeyecektir. Devletler bunun için bağımsız denetim-kontrol- birimlerini, gerçek halk katılımını ve ihlallere karşı yaptırımları da kapsayan etkili mevzuatı yapacak ve uygulayacaktır. Bu noktada devletlerin “yerine getirme yükümlülüğü” karşımıza çıkmaktadır ki burada devletlerin su hakkını, dolayısıyla su kaynaklarını sağlamak ve geliştirmek konusundaki yükümlülükleri bulunmaktadır. Su hakkını yaşama geçirecek şekilde ulusal su stratejisi ve eylem planının tüm halk için şeffaf ve katılımcı bir çerçevede hazırlanması, bunun periyodik olarak güncellenmesi, suya sürdürülebilir bir erişimin sağlanması, yeterli ve güvenli suyu şimdiki kuşakların yanısıra gelecek kuşaklar için de sağlayacak şekilde stratejiler geliştirilip programlar yapılması ve su hakkının gerçekleşme ya da gerçekleşmeme durumunun gözetilmesi devletlerin bu gruptaki yükümlülükleri arasındadır. Bütün bu yükümlülüklerin HES politikaları açısından ne kadar önemli olduğu açıkça görülebilmektedir.

HES konusunda, özellikle yatırımlar ve bunların özel kişilerce gerçekleştirmeleri bağlamında, yukarıda belirtilenlerden çok daha önemli ve suların korunması açısından olumlu yükümlülükler de 15 sayılı Mütalaada vurgulanmıştır. Suların sürdürülebilir olmayan işletme ve barajlarla bozulmasının önlenmesi, su yataklarının ve su bağlantılı ekosistemlerin kirlilik ve kimyasallarla işletme faaliyetleri nedeniyle bozulmasının önlenmesi, yatırım programlarının suya erişimi engellemesine izin verilmemesi, suların varlığını ve su yataklarının doğal ekosistemlerini tehdit edecek faaliyetlerin etkilerinin değerlendirilmesi devlete getirilen yükümlülükler arasında sayılmıştır. Mütalaada su kaynaklarının, *gıda hakkının gerçekleşmesi için elzem olan, tarımsal faaliyetler için korunmasının önemi üzerinde de durulrak bu bağlamda çiftçiler ile yerel-yerli- halk için suyun öneminin altının çizilmesi* HES açısından da son derece önemli olup bu boyut BM Su ve Çevre Protokolünde de ele alınmıştır<sup>17</sup>. Burada suların ve su ekosistemlerinin korunmasının su hakkı açısından ön şart olduğu ve tarım ve gıda ürünleri için zaruriliği vurgulanmış; suyun yenilenebilir ancak sınırlı kapasitesinden hareketle insan

---

<sup>17</sup> Bkz. UN, General..., s.4 ve Protocol to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes.

faaliyetlerinin onun kalite ve miktarına yönelik olumsuz etkilerinden kaçınılması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Yukarıda açıklanan nitelikte bir ödev anlayışının suyu *mal-meta* olarak görme yaklaşımını ve bu bağlamdaki özelleştirme uygulamalarını da sorguladığı kuşkusuzdur. Nitekim devletlerin yükümlülüklerinin somutlaştırılmasında rolü olan yargı içtihatları ile öğretilerde bu yönde veriler bulunabilmektedir. Bu bağlamda devletin bu ödevini diğer kalkınma programları pahasına olsa da yapması gerektiğinin ve alt yapı ya da fon eksikliği gibi mazeretlerin söz konusu olamayacağı vurgulanması<sup>18</sup> suyun önemi ve devletin bu konudaki konumunu göstermesi açısından dikkate değerdir. İchtihatlarda bu konum, genelde, hakkın özü olarak insanların suya sahip olması gerekliliği ve minimum miktar belirlenmesi çerçevesinde vurgulanmasına karşın, fiilen bunun ilkönce suyun sürdürülebilirliğinin sağlanmasını gerektirdiği açıktır.

## 2. Türkiye'deki Durum

Doğrudan su hakkı konusunda T.C. Anayasası ya da diğer hukuki düzenlemelerde bir hüküm yoktur. Dolayısıyla bu konudaki temel dayanak Anayasada düzenlenen çevre hakkı (56/1-2 madde) hükmüdür. Ayrıca yine Anayasada bulunan ve esasında bu maddeyle bağlantı kurularak yorumlanması gereken, planlama ve tabii servet ve kaynaklar konularındaki ( madde 166,168) hükümler de konuyla ilgilidir. Bütün bu hükümlerde devletin su konusundaki konumu ve yükümlülükleri hakkında veriler mevcuttur. Devletin bu alandaki yükümlülüğü esasen 56ncı maddenin birinci fıkrasındaki çevre hakkını belirten hükümden çıkarılabilir. Çünkü burada herkesin “sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı” olduğu düzenlenmiştir. Bu nitelikteki bir çevrenin sağlanmasının ilk planda devletin yükümlülüğünde olduğu kuşkusuzdur. Nitekim Anayasada, birçok ülkede yapıldığı gibi, bununla yetinilmeyip “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek ....ödevi” ifadeleriyle devletin bu alandaki konumunu ayrıca vurgulama gereği duyulmuştur. Buradaki sözcüklerin kapsamının genişliği karşısında bu ödevin su ile ilgili bütün konuları da kapsadığı kuşkusuzdur. Çevre Kanununda çevre kavramının çok geniş tanımlanması ve *bütün canlıların ortak varlığı* olarak kabul edilmesi de bu maddeyle birlikte ele alındığında devletin bu alandaki ödevlerinin, yukarıdaki başlıkta belirtilen, su konusundaki bütün yükümlülükleri de içerdiği netleşir.

---

<sup>18</sup> Cullet, s.57.

Bu savı destekleyici diğer veriler ise Anayasanın 166. ve 168. madde hükümlerinde mevcuttur. Bu hükümler devletin yükümlülüklerine, “görev” sözcüğü kapsamında, başka boyutları da dahil ederek konuyu biraz daha netleştirmektedir. Kaynakların verimli şekilde kullanılmasını hedef almak ve planlamak 166. madde kapsamında devletin “görevi” sayılmıştır. Aynı maddedeki “yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir” ifadesi de bu görevi desteklemektedir. Bunun nasıl yerine getirileceği konusunda da, yine aynı maddede, “kaynakların verimli şekilde kullanılmasının hedef alınması”, hedefleri içeren “kalkınma planları” hazırlanması ve bu planların “bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesi” şeklinde, yine devlete yükümlülükler getiren, ölçütler sunulmaktadır. 168. maddedeki “Tabii servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında” olduğu hükmünde de, aynı şekilde, hem devletin koruma yükümlülüğüne hem de bunu yaparken neyi dikkate alacağına ilişkin temel veriler bulunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken durum, bu maddede, devletin kaynakları işletme hakkını gerçek ve tüzel kişilere devredebileceği de belirtilmekle birlikte bunu yalnızca “belli bir süre” için yapabileceği ve bu hallerde dahi “gözetim ve denetim”i gerçekleştirme yükümlülüğü bulunduğudur. Bütün bu ifadelerin, yukarıda değinilen, suyun bir *kamu varlığı* saptamasından uzak olmadığı açıktır. Şu halde bu kavramların, halen bunlar Medeni Kanun dahil Türk mevzuatında ve hukuk öğretisinde tam olarak ve geniş bir kapsamda netleştirilmiş olmasa da, bunlara ilişkin varlıkların özel mülkiyete konu edilmemelerini gerektirdiği konusunda kuşku yoktur<sup>19</sup>. *Bu nedenle bazı özel kişi ve grupların menfaatlerinin suyun korunmasının önünde engel oluşturmasına izin vermemenin de devletin bir yükümlülüğü olduğu açıktır.* Bu bağlamda 168. maddenin bu özü “belli süre” kavramının da süreyi fazla tutacak şekilde yorumlanmasına olanak vermemektedir. Böylece aslında, yukarıda değinilen, 15 sayılı Mütalaadaki devletlerin yükümlülükleriyle örtüşme söz konusudur. Ne var ki 2002 yılından beri iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetinin, doğal varlıkların korunması açısından, hem mevzuat düzeyindeki hem de uygulamadaki girişimleriyle, bu hükümlerin özünde yer alan koruma mekanizmasının dışına çıktığı sıkça görülmekte olup bunun su alanındaki örnekleri HES projelerine izin verilmesi sürecinde açıkça yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir. Bu bağlamda HES projelerinde özel sektöre yapılan tahsislerin süresi 49 yıl olarak belirlenmekle 168. maddenin özüne aykırı davranılmaktadır.

Mecliste bulunan Doğayı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma hakkındaki kanun tasarısının, yukarıdaki gibi mevcut olumlu hükümleri netleştirme bir

<sup>19</sup> Bu konuda geniş açıklama için bkz. Turgut, *Çevre Hukuku ...2001*, s. 95-96; Turgut, “Çevre Hukuku: Çevrenin..”, s.32-35.

yana, bazı özel kanunlarla korumaya alınan yöreleri de yatırımlara açarak ve esasen Anayasanın belirtilen hükümlerine de aykırı şekilde, tercihi özel kesimlerin menfaati yönünde yaptığı açıktır. Avrupa Birliği'nin Su Çerçeve Yönergesini iç hukukumuza aktarma amacı çerçevesinde hazırlanan Su Kanunu Tasarısındaki "su kaynaklarından faydalanma ve kullanma hakkının tesisi" ifadesinin ise, yukarıda ortaya konulan anlamda bir su hakkını dile getirmediği nettir. Ayrıca bu tasarıda özel girişimcilere bazı yükümlülükler getirilmekle birlikte bunlar *suyu bir kamu varlığı olarak koruma* düşüncesini yansıtmak nitelikte değildir. Aksine, bu kesimlere verilen su kullanma lisanslarının çok uzun (49 yıl) tutulması, bütün masrafların tahsis ve kamulaştırma bedellerinin bunlara ödetilmesi ve lehlerine irtifak hakkı tesisine ilişkin hükümler hem bu alandaki özel menfaat beklentilerine ne kadar geniş kapı açıldığına hem de yapılan tahsislerin aslında tam anlamıyla özelleştirmeden pek farklı olmadığına işaretleridir. Bu durumda *devletin hüküm ve tasarrufu altında* ifadesi bazı sınırlı kesimlerin menfaati yönünde ve özüne aykırı şekilde yorumlanmış ve uygulanmış olmaktadır.

### **III. Su Kaynaklarının Enerjideki Yeri- Hidroelektrik Santraller**

#### **A. Genel Belirleme**

Sudan elde edilen enerji türü olan hidroelektrik enerji yenilenebilir enerji kaynakları arasında yer almakta olup bunu sağlayan tesisler de genelde hidroelektrik santral (HES) olarak anılmaktadır. Suyun enerji elde etmek amacıyla kullanılmasındaki teknik çabalarda, geleneksel anlamda barajlar ile özellikle son dönemlere özgü olan, nehir tipi santraller ve dalga enerjisi tesisleri, ya da suyun güneş ve rüzgar enerjisiyle birlikte kullanılmasına dayalı değişik tesis ve yöntemler geliştirilmiştir. Hidroelektrik enerjinin, dolayısıyla bunu elde etmek için geliştirilen, çeşitli tesis ve tekniklerin insan yaşamına getireceği yararlar ile, bunların çevrenin tüm yönlerine ilişkin olumsuz etkileri de çok sayıda incelemede (ulusal ve uluslararası raporlar, çeşitli disiplinler- teknik, ekonomik, hukuki-düzeyindeki bilimsel çalışmalar) ve dünyaca bilinen internet sitelerinin haber-bilgi nitelikli açıklamalarında ele alınmıştır. Bu makaledeki değerlendirmeler, alanlarında bilimsellik-yeterlilik-somut verilere ve bilimsel kaynaklara dayanma gibi ölçütlere uygunluğu açısından ön plana çıkan çalışmalar esas alınarak yapılmıştır. Bu bağlamda raporlar açısından evrensel düzeyde dikkat çeken bir çalışma Dünya Barajlar Komisyonunun oldukça kapsamlı ve çok sayıda ülkedeki ampirik araştırmalar sonucunda sağlanan verilerin bilim insanlarınca değerlendirmelerini içeren raporudur<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> The World Commission.

Bilimsel çalışmalarla resmi raporlarda dikkat çekilen olgu dünyada hidroenerji potansiyelini mümkün olduğu kadar kullanma konusundaki genel eğilim, üretim tipleri bakımından, sırasıyla, geleneksel depolamalı barajlardan nehir tipi santrallere ve nihayet pompalı rezervuarlı santrallere kayma; kurulu güç bakımından da küçük HES projelerinin artışıdır. Bu bağlamda, özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki hidroenerji potansiyelinin kullanılmasında, çok uluslu yatırım bankalarının kredi yoluyla önemli rol oynadıkları ve bu rolün çoğu kez çevresel maliyetler ve yöre halkının sosyo-ekonomik, kültürel yaşamları pahasına olduğu da araştırmalarda ortaya konulmuştur<sup>21</sup>.

### **B. Fayda Boyutu -Beklenen Yararlar-**

Hidroelektrik enerjinin, dolayısıyla HES'lerin yararları çeşitli disiplinler çerçevesinde ve değişik bakış açılarıyla, değişik ağırlıklarda ve farklı alanlarda (genelleştirilirse sosyal, ekonomik ve çevresel) ele alınmıştır. Bir kere bu enerji, yenilenebilir enerjinin diğer örnekleri gibi, fosil yakıtlarla (kömür, petrol ve gaz) karşılaştırılarak incelenmekte ve onlardaki olumsuzlukları içermediği için yararlı görülmektedir. Ayrıca onun yenilenebilir enerjinin diğer türlerine göre de üstünlüklere sahip olduğu belirtilmektedir. Öne sürülen bu yararlardan birisi sera gazı emisyonuna yol açmadığından iklim değişikliği ile mücadelede önemli bir çözüm yolu olduğu, böylece, çevre sorunsalında önemli katkısı bulunan ve esasen tükenebilir olan fosil yakıtlara bağımlılığı azaltacağıdır. Uranyuma bağlı olmaması, atık ortaya çıkarmaması ve fazla insan gücü gerektirmemesi ve inşaat aşamasında fazla maliyetli olmayışı onun nükleer enerjiye olan üstünlükleri olarak sayılmaktadır. Özellikle depolanabilirlik-süreklilik ve öngörülebilirlik özellikleri nedeniyle de güneş ve rüzgar enerjisine üstün görülmektedir. Hatta güneş enerjisinin sürekli üretim açısından söz konusu olana sınırlılığına çözüm olarak güneş-hidroenerji santralleri rüzgar için de benzer teknikler geliştirilmiş, suyun kolaylıkla depolanabilmesinden yararlanarak güneş enerjisini depolama yoluna gidilmiştir<sup>22</sup>. Sonuçta fayda alanında insan yaşamının sosyal ve ekonomik bütün yönlerine ve çevreye yönelik olumlu etkiler olabileceği konusunda kuşku yoktur. Ancak öne sürülen avantajların net fayda olarak görülebilmesi çeşitli alan ve boyutlardaki olası olumsuz etkilerin de dahil edildiği bütünsel bir değerlendirmeye ve bu değerlendirmenin uzmanlarca ve objektif- politik etkenlerden uzak- şekilde yapılmasıyla mümkün olabilir.

<sup>21</sup> Bu sürece ilişkin geniş açıklama için bkz. Plater, s. 170-188.

<sup>22</sup> Bu konularda bkz. Glasnovic-Margeta, s. 1742-45; Mahon-Price, s. 163-191; ESHA, s. 3-6; Fette et al, s.257-260.

### C. Maliyet Boyutu-Sakıncalar:Çevresel Etkiler

Bu etkiler, bu makalede esas alınan, kimi kaynaklarda çeşitli başlıklar halinde ele alınmakla birlikte çevre kavramının geniş kapsamındaki unsurların içiçe geçmişliği-birbirlerinden net şekilde ayıramaması gerçeğinden hareketle burada başlıklara göre açıklama yapılmayacaktır. Esasen makalenin amacı da, büyük ölçüde teknik nitelikli olan, bu etkilerin hepsinin açıklanması olmayıp olumsuz etkiler bunların çevre kavramının bütün yönlerine uzanabileceğini ve ne ölçüde önemli boyutlara taşınabileceğini göstermek amacı çerçevesinde belirtilecektir.

Bir kere, çevrenin tüm unsurlarını etkileyen, iklim değişikliği sorunu açısından konuya yaklaşıldığında, hidroenerjinin tamamıyla temiz olmadığı ve küresel iklim değişikliğinin ırmak akışlarındaki öngörülebilir etkisi nedeniyle giderek riskli bir enerji kaynağı halini aldığı vurgulanmıştır<sup>23</sup>. Özellikle tropik bilgellerdeki rezervuarların büyük metan emisyonu kaynakları olduğu, küçük ve nehir tipi santraller açısından ise, kimi açıklamalarda dile getirilen, sera gazı emisyonuna yol açmadıkları savının doğru olmadığı, bunlarda da bu tür emisyonların ortaya çıktığı belirtilmiştir. Bu etkinin büyük barajlar başta olmak üzere kimi durumlarda termal seçenekler gibi geleneksel enerji üretme yollarına oranla daha çok olduğu vurgulanmıştır<sup>24</sup>. Küçük çaplı ve nehir tipi HES bakımından gözüken sera gazı emisyonları, somut olaylar çerçevesinde verilerin karşılaştırılmasına dayalı araştırmalar dahil, bilimsel çalışmalarda belirtilmiş, bunun geleneksel enerji kaynaklarına göre ihmal edilebilir oranda olduğuna da değinilmiştir. Ancak bu belirtilirken vurgulama yapılan ilintili bir boyut da temiz teknolojilerin azami ölçüde geliştirilmesi gerektiğidir<sup>25</sup>.

Diğer yenilenebilir enerji kaynaklarıyla karşılaştırıldığında onlara göre bazı yararları olmakla birlikte, örneğin rüzgar enerjisiyle kıyaslandığında, yabanıl yaşam-türler- üzerinde ondan daha çok etki yaptığı belirtilmiştir<sup>26</sup>. Depolu santrallerin, rezervuarların karasal ekosistem ve biyolojik çeşitliliğe, arazi kaybı ve bozulması; flora, fauna ve habitatların kaybı gibi doğrudan etkileri dışında, rezervuarlarda hidrolojik işlevin bozulması yoluyla, geri dönüşümlü etkileri de saptanmıştır. Arazi kaybının, büyük barajlar kadar olmasa da, küçük çaplı depolu santrallerde de, belli bir kara parçası suyun altına alındığından, yaşandığı gözlenmiştir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Tarlock, s. 261,263-264..

<sup>24</sup> Bu konuda örnek olaylara dayalı, grafikler de içeren açıklama için bkz. The World Commission..., s.75-77;

<sup>25</sup> Varun-Prakash-Bhat, s.361, 373.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. Lilley-Firestone, s.1203.

<sup>27</sup> The World Commission...,s. 75.

Suyun depolar, açık kanallar ya da tüneller içine alınması yoluyla ırmağın, esasında tüm su ekosistemi için hayati önem gösteren, doğal akışına (süreklilik-mevsimsel değişim, dağılım-bütünlük) müdahale edildiğinden su kalitesi ve su ekosistemi ile buna ilişkin biyolojik çeşitlilik (bitki-hayvan varlığı ve habitat) bozulmaktadır. Bu etkiler elektrik üreten türbinlerin modellerine bağlı olarak ve/veya bunların çalıştırılması nedeniyle de ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda nehirdeki balık ve diğer su canlılarının hareketleri ve göçü engellendiği gibi yaşamları da tehlikeye girmekte; yavru ve yetişkin balıklara göre değişiklik gösteren, doğrudan ya da dolaylı ölümler ve yaralanmalar olmaktadır. Bunlar özellikle türbinlerden kaynaklanan, su basıncındaki hızlı ve aşırı değişiklikler- aşırı basınç düşüklüğü gibi- ve su hareketlerinin olağan dışı hal alması-titreşimler-<sup>28</sup> yüzünden gözükmektedir. İnşaatın niteliğine göre, suyun ısınması, sudaki oksijen ve besin bileşiminin zarar görmesi gibi nedenlerle suyun kalitesinin bozulması, sonuçta da *habitatın* durumunun müdahale öncesine oranla olumsuz şekilde değişmesi de dikkat çekilen diğer bir olumsuzluktur<sup>29</sup>.

Özellikle uluslararası antlaşmalar açısından korumaya alınmış ender bulunur ve nesli tükenmekte olan balıklardaki bu olumsuz etkiler su ekosistemine olan etkilerdeki en çarpıcı boyutu oluşturmaktadır. Bu durumun çeşitli ülkelere ilişkin uygulamalarda kanıtlanmış çok sayıda örneğinin olması, çabaların, gerek model gerek çalıştırma açısından, türbinlerin yeni tekniklerle geliştirilmesinde ve bu ileri tekniklerin mevcut HES'e de uygulanmasında yoğunlaşmasına yol açmıştır<sup>30</sup>.

Tarım ekosistemine yönelik etkilerin ise, gıda hakkını ve ırmak kıyısında tarım yapan yöre halkının ve/veya yerlilerin geleceğinin da birebir etkilenmesi nedeniyle, ayrı bir önemi vardır. Genelde su akışına- yukarıda değinilen, müdahale ve taşkınlardan kaynaklanan bu etkiler karasal ekosisteme yönelik etkilerden de bağımsız olmayıp tarımın yanısıra balıkçılık ve yöre halkı için bir diğer geçim kaynağı olan ormancılığı da tehdit etmektedir<sup>31</sup>. Bu etkinin beraberinde getirdiği ve esasen HES'in nitelik ve büyüklüklerine göre gözlenebilen bazı etkiler sosyo-ekonomik nitelikli olumsuzluklar ya da maliyetler arasında ele alınmaktadır. Bunların dikkat çeken örneği nehir ekosistemiyle yıllardır içiçe yaşayan yerel halkın,

---

<sup>28</sup> The World Commission ., s.77-82, 84-85. Ayrıca bu etkiler çeşitli ülkelere ilişkin ampirik çalışmalarda da belirtilmiştir. Bkz. ABD için.Hager, s.50-52 ve.Cada, 14-15; Şili için Orellena; Costa Rika için Lindo, s. 297-300; Tarlock, s.261; Pittock, 444-446; Plater,s.181-182.

<sup>29</sup> Turner, s.5; Orellena, s. 514-518; Fette et al., s.257-262.

<sup>30</sup> Bu teknikler ve olumsuz sonuçları azaltma durumları için bkz. Cada,s.15-.22; Plater,s. 180.

<sup>31</sup> Bu durumun Afrika kıtasındaki örneği için bkz. The World Commission..., s. 83-84.

kabileler ve yerli toplulukların yaşamlarında görülen, göç ve yeniden yerleştirilme, ekonomik faaliyetler dahil geleneksel yaşam şekli ve kültürlerin kaybı gibi olumsuzluklardır. Dünya Barajlar Komisyonunun raporunda da örnek olaylara dayanarak geniş şekilde ifade edilen bu etkiler birebir buna maruz kalan ve özellikle gelişmekte olan ülkelere ait çalışmalarda da vurgulanmıştır<sup>32</sup>.

Nihayet önem açısından diğerlerini aratmayacak bir başka boyut da bütün etkilerin etkileşiminden kaynaklanan (*cumulative*) “biriken”, “toptan”, “birbirine eklenen” etkilerdir<sup>33</sup>. Burada küçük kapasitede ama fazla sayıda santralin aynı ırmak üzerinde kurulması durumunda bunlardan herbirinin sebep olduğu etkilerin toplanarak çoğalması söz konusu olmakta, hatta daha da vahimi bunların birbirleriyle etkileşim çerçevesinde olumsuz etkiler, sayısal orana göre, daha da artarak büyük boyutlara ulaşabilmektedir. Bunların belirlenmesi özellikle suyun, yukarıda değinilen, doğal akış ve kalitesindeki bozulmaların gerçek durumunu saptamak açısından son derece önemlidir. Çevre kavramının genişliği ve kapsamındaki tüm unsurların etkileşim içinde olması fiili gerçeğinden kaynaklanan bu etkilerin gerektiği şekilde dikkate alınması çevre hukukunun bütünsellik özelliğinin ve SK kavramının uygulanması için de zorunludur. Santrallere izin verme sürecinde bu etkilere gereken önemin verilmemesi durumunda küçük HES’i büyüklerine oranla cazip kılan kimi avantajların ortadan kalkacağı dışında, ekosistem açısından, büyük santrallerle aynı hatta daha fazla tehdit yaratılacağına dikkat çekilmiştir<sup>34</sup>.

HES’in kaldırılma sürecine yönelik hem sökülme hem de sökülme sonrasına ilişkin olumsuz etkilere ve güçlülere de öğretiler ve raporlarda işaret edilmiştir<sup>35</sup>. Bu durum genelde büyük HES projeleri için gündeme getirilmiştir. Esasen bu tür santral projelerinin kurulma ve işletme aşamalarındaki sulara ve bağlantılı ekosisteme önemli olumsuz etkileri nedeniyle yenilenebilir kaynak olarak görülmesi de sorgulanmış, hatta bu bağlamda çevresel değerleri korumak için kimi ülkelerde kapatma kararları alınmıştır<sup>36</sup>. Ayrıca bu tür barajları kaldırma fazlasıyla maliyetli ve uzun

---

<sup>32</sup> Panama, Brezilya, Hindistan örneklerine dayalı açıklama için bkz. Plater, s.177-179; Kosta Rica için Lindo, s.299; Şili için Orellena, s.512-515. Ayrıca, çeşitli ülkelerden somut veriler temelinde çok daha kapsamlı açıklamalar için. bkz.. The World Commission..., s.102-120.

<sup>33</sup> Somut örneklerle dayalı açıklama için bkz. The World Commission...,s.88-89. Ayrıca bkz. Plater, s. 185.

<sup>34</sup> Kibler 48-50. Ayrıca bu etkilerin somut örnekler çerçevesinde ayrıntılı açıklaması için bkz. aynı eser, s. 79-136.

<sup>35</sup> Coen- Thormeyer,s. 543,544; ve Blumm- Erickson,s. 1042-1100; Kibler,s..149-170.

<sup>36</sup> Bkz. Coen- Thormeyer,s. 543,544; Blumm- Erickson,s. ; The Report of the World Commission, s.92.



zaman sürecek çevresel düzeltme girişimlerini gerektirdiği gibi hukuki düzenlemeler bakımından da beklenmedik sonuçlar yaratmaktadır<sup>37</sup>. Kaldırma ve buna yönelik ekolojik etkiler küçük HES için de söz konusu olup bu bağlamda da somut durumlara ilişkin etkileri belirlemek için istatistiksel verilerin ötesinde ekolojik boyutların önemi üzerinde durulmuştur<sup>38</sup>.

#### **D. Türkiye'deki Hidroenerji Politikası**

Doğu Avrupa ülkeleri içerisinde, küçük HES bakımından, ekonomik açıdan mümkün olabilir potansiyelin çoğunluğunun Türkiye'de olduğuna yabancı kaynaklarda da işaret edildiği<sup>39</sup> gibi bu potansiyelin kullanılmasında yabancıların da rol almaya oldukça istekli oldukları, bu konuda hazırlanan, teknik raporlardan da anlaşılmaktadır<sup>40</sup>. Türk hükümeti de bu potansiyelin bilincinde olduğunu hem bu potansiyeli, resmi belgelerde belirleyerek hem de bunun tamamını kullanma yolundaki iradesini yine aynı belgelerde, resmi açıklamalarda ve mevzuat düzeyinde ortaya koyarak göstermiştir<sup>41</sup>. Potansiyel, teorik, teknik yapılabilirlik ve ekonomik yapılabilirlik boyutları çerçevesinde ve ana nehir havzaları, kapalı havzalar ve irili-ufaklı nehirlerin havzalarının hepsi esas alınarak belirlenmiş olup uygulamada, özellikle nehir tipi örnekler kapsamındaki HES projeleri de büyüklük sırasıyla Karadeniz, Güneydoğu Anadolu ve Akdeniz bölgelerinde yoğunlaştırılmıştır. Bu metinlere hakim olan temel fikir, iklim değişikliği ile de mücadele edebilmek amacıyla, yenilenebilir enerji kaynaklarının enerjideki payını arttırmaya ağırlık verilmesidir. Bu belirlemede bir terslik olmamakla birlikte, 2020 ve 2023 gibi pek de uzak olmayan tarihler verilerek ülkenin hidroelektrik enerji potansiyelinin bu tarihlere kadar azami ölçüde kullanılmasının hedeflenmesi ve bunun küçük kapasiteli ama bütün dere ve çayları kapsayacak şekilde çok sayıda HES projeleri ile gerçekleştirilmek istenmesi, mevcut bazı gerçekler de düşünüldüğünde, su kaynaklarının sürdürülebilirliği açısından kuşku vericidir. Buradaki mevcut gerçekler arasında hem teknik ve uzmanlık alanındaki eksiklikler, havza planları yapılmadan projelerin işletmeye alınması hem de ÇED sürecine ilişkin olumsuzluklar bulunmaktadır. Ayrıca bu potansiyelin “özel sektör

<sup>37</sup> Geniş açıklama için bkz. Bowman, s. 739-749; ABD'ndeki bazı barajlar çerçevesinde örneklere dayalı açıklamalar için bkz. Blumm- Erickson, s. 1042-1100.

<sup>38</sup> Bkz. Kibler, s.212-223.

<sup>39</sup> ESHA, s.7.

<sup>40</sup> Bkz.BMI, Turkey Power Report.

<sup>41</sup> Bu bağlamdaki başlıca politika metinleri Mavi Kitap, Stratejik Plan, İklim Değişikliği Eylem Planı, Dokuzuncu Kalkınma Planıdır. Ayrıca bkz. Enerji Raporu. Ayrıca bu potansiyel sivil toplum örgütlerince hazırlanan raporlarda da açıklanmıştır. Bkz. TMMOB, s.18-28.

aracılığıyla ülke ekonomisine kazandırılması için gerekli tüm tedbirlerin alınıp uygulanması”, “serbest piyasa koşullarına tam işlerlik kazandırılıp yatırım ortamının iyileşmesinin sağlanması” da temel amaç ve hedef olarak benimsenmiş olup bu konu da kuşku ve risklerden uzak değildir.

Piyasa modelini uygulayarak benimsenen hedefleri gerçekleştirmeye yönelik olan ve Dünya Bankasının çabalarıyla da başlatılan girişimlerin mevzuat düzeyindeki ayağında ise, HES bakımından, Elektrik Piyasası Kanununun<sup>42</sup> 2001’de çıkarılması başı çekmiş, bunu diğer bir temel kanun olan Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun<sup>43</sup> izlemiştir. Akabinde de diğer düzenlemeler kısa süre içinde, peşpeşe çıkarılmıştır. Her iki kanunun uygulanması için gerekli yönetmelikler de çıkarılmış olup bunlardan HES ile doğrudan ilgili olanların başlıcaları Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun (EPDK) yayımladığı Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetlerinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>44</sup> ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün (DSİ) çıkardığı Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliğidir<sup>45</sup>. Bu hukuki düzenlemelerde en temel anayasal hükümlerin gözardı edilmesi ve verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararları da, yukarıda belirtilen, politikayı *hemen ve mutlaka* gerçekleştirme isteğinin kanıtıdır.

İptal edilen hükümler her iki temel kanuna da sonradan eklenmiş olup ikisi de “denetim şirketlerinin denetim hizmetleri için yetkilendirilmesine, bunlardan denetim hizmeti satın alınmasına” ilişkin olup bu açıdan EPDK ile DSİ’ne yetki verilmiştir. Bu hükümlerden Elektrik Piyasası Kanunundaki madde esasen su yapıları denetim hizmetleri hakkında çıkarılan ve Danıştay tarafından hakkında, belirtilen hüküm nedeniyle, yürütülmesinin durdurulması kararı verilen<sup>46</sup> ilk yönetmelikten buraya kanun değişikliğiyle aktarılmıştır. Sonrasında ise aynı konuda benzer hükme yer veren yeni yönetmelik çıkarılmıştır. Bu hükmün esası HES projelerinin onay ve yapım aşamasındaki inceleme ve denetim işlemlerinin DSİ’nin yetkilendireceği denetim firmalarına da yaptırılabilmesine ilişkin olup amaçları arasında da, adı geçen yönetmelikte, “her türlü su yapılarının inşası sırasında yatırımların hızlandırılması” yer almaktadır. Hükmün Elektrik Piyasası Kanununa

---

<sup>42</sup> 20.02.2001 Tarihli ve 4628 Sayılı Kanun. 13.02.2011 Tarihli ve 611 Sayılı Kanun ile değişik.

<sup>43</sup> 10.05.2005 tarihli ve 5346 Sayılı Kanun. 29.12.2010 Tarihli ve 6094 Sayılı Kanun ile değişik.

<sup>44</sup> R.G. 26.06.2003 (R.G.12.8.2006, 8.2.2007,18.8.2009, 14.11.2009, 4.7.2012 ile değişik).

<sup>45</sup> RG. 13.05.2011.

<sup>46</sup> D. 10. D.E.2010/2183, 11.01.2011; E.2010/1494, 11.01.2011 ve E. 2010/ 2365, 28.02.2011.

eklenmesiyle birlikte konu bu kez Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmüştür<sup>47</sup>. Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı kullanımına İlişkin Kanundaki benzer hüküm ise aynı mahkemeye doğrudan getirilmiştir<sup>48</sup>. Mahkemenin iki kararındaki iptal gerekçesinde de Anayasanın aynı hükümleri (hukuk devletinde belirliliğin asıl olduğu-madde 2- ve yasama yetkisinin devredilmezliği -madde 7-) dayanak alınmıştır. Yenilenebilir enerjiye ilişkin söz konusu kanundaki hüküm hakkındaki iptal gerekçesinde Anayasanın eşitliği düzenleyen 10. maddesine de aykırılık kabul edilmiştir. Bütün bunlara karşı DSİ iptal hükmünün altı ay sonra yürürlüğe girmesi kararına dayanarak bu tarihe kadar (13 Ağustos 2013) adı geçen yönetmeliğin yürürlüğünün devam ettiğini internet sayfasında açıklamıştır.

Hedefi bir an önce gerçekleştirmek için başlatılan mevzuat çıkarma zincirindeki diğer halkalar kamulaştırma konusundaki düzenlemelerdir. Enerji tesislerinin kurulabilmesi için gerekli olan taşınmazların acele kamulaştırılmasını sağlamak için Kamulaştırma Kanununun “acele kamulaştırma” maddesinin uygulanabilmesi konusunda Bakanlar Kurulu Kararı çıkartılmış ve EPDK’na bu konuda yetki verilmiştir<sup>49</sup>. Bu karar, buna dayanılarak yapılan bir kamulaştırma işlemi kapsamında, Danıştay’a getirilmiş ve temelde yetki devri nedeniyle hukuka aykırı görülerek yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir<sup>50</sup>. Buna karşın Hükümet yetki devrini bu kez her bir proje bazında uygulamaya devam etmektedir. Resmi Gazetede Bakanlar Kurulu Kararları başlığına bakıldığında neredeyse her gün onlarca havzadaki HES için gerekli kamulaştırmanın EPDK ve DSİ tarafından yapılmasını sağlayacak yetki devrine ilişkin kararların yayımlandığı görülebilmektedir.

Sonuçta, mahkeme kararlarına da yansıyan, bu “acelecilik halinin” hükümetin HES potansiyelinin tümünü kullanmaya yönelik ana hedefinin, yukarıda belirtilen, devletin yükümlülüklerine ve aşağıda belirtilecek esaslara göre gerçekleştirilmeyeceği konusunda daha başlangıçta bir karine oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

---

<sup>47</sup> AMK. E. 2012/6, E. 2012/131. RG. 13-02.2013.

<sup>48</sup> AMK. E.2011/27, K. 2012/101. RG. 6.10.2012.

<sup>49</sup> Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca Yapılacak Kamulaştırmalarda 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. Maddesinin Uygulanmasına Dair Karar. 2004/7892 Sayı. RG. 30.09.2004.

<sup>50</sup> D.6. D. E. 2011/6395. 14.12.2011.

#### IV. Bütünsellik ve Sürdürülebilirlik Açısından Hidroelektrik Santraller

##### A Genel Çerçeve

Bütünsellik, ekoloji bilimi ve ekosistem temeline dayanması nedeniyle, çevre hukukuna hakim olan bir yaklaşımdır. Bu temelin ortaya koyduğu yadsınamaz gerçeklerden biri çevre varlıklarının ve sorunlarının hem birbirleri hem de sosyal ve ekonomik sorunlarla yakından ilişkili olmasıdır. Bu gerçek makro düzeydeki değerlendirmelerin ön plana çıkmasının kaçınılmazlığını ve mikro boyutta ve sektörel politika ve uygulamaların yetersizliğini, hatta amaç dışı sonuçlara yolaçabileceğini ortaya koymaktadır.

Bütünsel yaklaşım çevrenin bütün sosyo-ekonomik gereksinimlerle birlikte ele alınmasını gerektirdiğinden çevre hukukunun ilkelerinden entegrasyonun gerçekleşmesini gerekli kılmaktadır. İşte bu noktada da bu hukuk dalının temel kavramlarından olan sürdürülebilir kalkınma ile karşılaşılır ki bu kaçınılmaz bağlantı nedeniyle SK *entegrasyon ilkesi* olarak da anılmaktadır. Bilimsel çerçevede *ekonomi ile ekoloji arasında denge kurulması* anlamında ele alınan bu kavram, evrensel ölçekli (Birleşmiş Milletler kaynaklı) resmi metinlerde, *çevre ile sosyal ve ekonomik konuların-gereksinimlerin- birarada ele alınması* şeklinde üç boyutlu vurgulama ile somutlaştırılmaktadır<sup>51</sup>. SK ve bütünselliğin yorumlanmasında ise çevre-su hakkı ile çevre hukukunun en önemli ilkesi olan önleme temel bir işlev görmektedir. Birbiriyle yakından ilişkili bütün bu kavramlar uygulamaya, politikaları belirleme, planlama, mevzuat yapma ve nihayet çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) gibi somut araçlarla geçirilmektedir. Planlama düzeyinde asıl olan, politika, plan, program metinlerinin, hiyerarşik - kademeli- ve birbiriyle uyumlu şekilde, hazırlanmasıdır ki bu da stratejik çevresel değerlendirme esas alınarak yapılmaktadır.

HES projelerine izin verme aşamasında, su kaynaklarının *sürdürülebilirliği* ve suyun *adilane(hakkaniyetli)* kullanımı (HES ile sağlanması düşünülen faydaların adil dağılımı) açısından, doğru kararlar verilip doğru uygulamalar yapılması, proje aşamasına gelmeden önceki, politika, plan, program aşamalarında bütünsellik ve SK yaklaşımını yansıtan metinlerin hazırlanması şarttır. Bu metinler genelde çevreyi ve özelde su kaynaklarını ve enerji konusunu ele alan metinlerdir. Gerçek anlamda bir bütünsellik ve SK, suyun ve enerjinin ülkesel çevre politikasının *içselleştirilmiş bir parçası* olarak belirlenmesini ve bu belirlemenin iklim değişikliği, asit yağmurları, biyolojik çeşitlilik kaybı, ormansızlaşma gibi küresel sorun alanları da dikkate alınarak yapılmasını gerektirmektedir. Bu

<sup>51</sup> Bu konularda geniş açıklama için bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku ...* s.95-98.

belirlemede asıl olan, ülkenin su kaynaklarının diğer çevresel unsurlar içindeki genel konumu, onlarla ilişkileri, yenilenemez ve yenilenebilir enerji kaynaklarının potansiyeli-hangi kaynaklardan ne ölçüde enerji sağlanabileceği-, mevcut durumda, iklim değişikliği gibi küresel sorunların da etkisiyle, sonradan ortaya çıkabilecek değişiklikler, çeşitli enerji kaynaklarının çevrenin çeşitli unsurlarına yapabilecekleri etkiler, enerjinin hangi amaçlarla kullanılacağı (ekonomik sektörler ve tüketiciler dahil olmak üzere toplumda kimlerin hangi hedeflerle ne miktarda enerjiye gereksinim duyduğu) gibi su ve enerji ile doğrudan ve dolaylı ilgisi olan tüm konuların birbirleriyle ilişkileri çerçevesinde bütün olarak ele alınmasıdır. Bu bağlamda bütünsellik ve sürdürülebilirlik arazi ve nüfus planlamasından bağımsız olarak sağlanamayacağı gibi geleneksel üretim ve tüketim kalıp ve alışkanlıklarının değiştirilmesini de kapsamaktadır. Bütün bunlar için de bilimsel olarak yeterli (uzmanlığa dayalı) ve objektif verilerin varlığı kaçınılmazdır. Havza planları gibi daha alt düzeydeki planların bu genel politikaya uygun şekilde yapılmasıyla bütünsellik tamamlanacak, HES kararları da oluşturulan bu bütünselliği bozmadan verilebilecektir. Bütünsellik ve sürdürülebilirliğin gerektiği şekilde gerçekleştirilmesi hem ihtiyat ilkesinin de dikkate alınmasına hem de plan ve politikaların oluşturulması gibi konuya ilişkin tüm adımlara halkın da dahil edildiği katılımın sağlanmasına bağlıdır. İhtiyat ilkesinin dikkate alınmasıyla bilimsel belirsizlik olgusunun bir yandan su kaynaklarının devamını öte yandan su kaynaklı hastalıkların, insan da dahil, çevre sağlığını tehdit etmesinin önüne geçilebilecektir<sup>52</sup>. Bütün bunlara uyulmadığı takdirde HES projeleri hakkındaki kararlarda geleneksel ekonomik anlayış ve bu bağlamdaki menfaatlerin baskın çıkma olasılığı artacaktır.

Yukarıdaki, esasen tüm çevresel varlıkları ilgilendiren, teorik saptamalar kapsamında bir bütünsellik ve SK anlayışı su konusundaki evrensel ve bölgesel metinlerde de yerini bulmuştur Avrupa Birliğinde Su Çerçeve Yönergesi su kaynaklarının bütünleştirilmiş yönetimini sağlamak için çıkarılmış olup burada, bütün su ekosistemlerinin, bağlantılı karasal ekosistemler ve sulak alanlar dahil, daha fazla bozulmasının önlenmesi, 2015'e kadar iyi bir duruma eriştirilmesi, su kaynaklarının uzun dönemli korunmasını esas alan sürdürülebilir kullanımının geliştirilmesi ve kirliliğe karşı korunma gibi bir dizi birbirine bağlı konu ve hedefler ortaya konulmuştur. Yönergedeki bütünsellik anlayışının kapsamının yeterliliği sorgulanabilirse de ırmak havzalarını esas alan stratejik planlamanın getirilmesiyle ırmak ekosistemlerinin, HES projeleri nedeniyle, parçalanmasının önlenmesinde önemli ölçüde rol oynayacağı açıktır.

---

<sup>52</sup> Bilimsel belirsizliğin anlamı ve ihtiyat ilkesinin bu kapsamdaki rolü için bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*..s.182-185

Nitekim kimi ülkelerde bu hükümlerin olduklarından çok daha geniş ve bütünsel anlamda uygulandıkları görülmektedir<sup>53</sup>. Yukarıda sıkça söz edilen BM'in 15 numaralı Mütalaasında da suyun sürdürülebilirliği sıkça vurgulandığı gibi devletlere getirilen ulusal su stratejisi ve eylem planlarını yapma yükümlülüğü bütünselliği gerçekleştirme amacını taşımaktadır. Bu bağlamda asıl çarpıcı açıklamalar Uluslararası Hidroenerji Komisyonu tarafından hazırlanan bir metinde bulunmaktadır<sup>54</sup>. Burada çevre yönetimi kapsamında santrallerin yeri ve seçenekler değerlendirilirken ihtiyat yaklaşımının uygulanmasının ciddi ve geri döndürülemeyecek zararların önlenmesini ve somut projeler aşamasında verilecek yatırım kararlarının da sürdürülebilir olmasını sağlayacağı vurgulanmıştır. Ayrıca hakkaniyet ve katılıma dayalı karar alım sürecinin kaçınılmazlığı da belirtilmiştir.

## B. Fayda ve Maliyetlerin Doğru Dengelenmesi

Bütünsellik ve SK hem politika, plan ve program hem de en alt basamakta projeler (HES) düzeyinde dengeleme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Suyun sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi enerji seçeneklerinden umulan faydalar ile olası olumsuz etkilerin tümüyle, doğru, gerçekçi, hakkaniyetli ve etkili bir şekilde değerlendirilmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle umulan *faydaları mutlak anlamda görmemek ya da abartmamak, çevre üzerindeki olası olumsuzlukları da olabileceklerinden daha az göstermemek ya da ihmal etmemek gereklidir*. Ne var ki, hidroenerjinin evrensel düzeyde kullanılmasını işleyen araştırmalarda<sup>55</sup> ele alınan çok sayıda örnek uygulamada faydaların abartıldığını, çevresel maliyetlerin ise olduğundan az ve eksik gösterildiğini ortaya koymaktadır. Bunun nedenleri arasında ya çeşitli bilim dalları düzeyinde, bu bilim dallarına hakim, geleneksel yaklaşımların etkisinde kalma ya da bazı politik-ekonomik menfaatlerin baskın çıkması vardır. Çeşitli disiplinlerin kendi alanlarındaki incelemelerinde belli bir temaya odaklanması (mühendislik alanındaki araştırmalarda işlevsel modellere, su yönetimine ait incelemelerde ise genelde çevreye odaklanması gibi) eğilimi<sup>56</sup> birinci neden kapsamındaki bir örnektir. Bu nedenin çevre hukukunun disiplinlerarası özelliğinin algılanmasına koşut olarak ortadan kalkacağı açık olduğundan bu düzeydeki olumsuzluğun giderilmesi mümkündür. Nitekim ekonomi bilimi düzeyindeki bu tür olumsuzluk yaratan geleneksel eğilimi kırma (bütüne yönelmeyi sağlayarak kopuklukları giderme) yönünde yapılan ve yeni bilim dalları

<sup>53</sup> Avrupa'daki bazı ırmak havzaları çerçevesindeki uygulamalar için bkz. Nesheim et al., s.206-221.

<sup>54</sup> IHA, s.4-5.

<sup>55</sup> Plater, s.188-190; The World Commission..., s.120-129.

<sup>56</sup> Plater,s. 189.

(hidroelektrik ekonomisi) ortaya çıkmasını sağlayan bilimsel çalışmalar vardır<sup>57</sup>.

Asıl önemli olan politik-ekonomik menfaatlerin baskın çıkması nedeniyle fayda ve maliyet değerlendirmelerinde fayda lehine kararlar çıkmasını, planlama ve uygulamalar yapılmasını önlemektir. Somutlaştırılırsa SK'nın uygulamada ekonomik menfaatlere ağırlık verilerek ve bazı özel sektör kesimlerinin, bunlarla örtüşen, kazanç öncelikli zihniyet ve hedefi doğrultusunda yorumlanabilmesi riskini önlemek önemlidir. Hidroenerjinin dünya ölçeğinde ve çeşitli ülkelerde uygulamasını konu alan çalışmalarda veri ve açıklamalar bu nedenin özellikle gelişmekte olan ülkelerde önemli bir yer tuttuğunu göstermektedir. Küreselleşme ideolojisine hizmet eden çok uluslu inşaat şirketleri, projelere kredi sağlayan finans kuruluşları ve bunlara destek veren devletlerin HES projelerindeki tutumları<sup>58</sup> suyun sürdürülebilirliğini tehdit eder boyutlarda olmuştur. Bu menfaat kesimlerinin projelerin gerçekleştirileceği ülkelerdeki yandaşları, araştırmalarda, "içeridekiler" (*insiders*) olarak belirtilmekte ve bunlara örnek olarak arasında kalkınma bakanları ve projeden mali ve siyasi açıdan yararlanacak diğer kişiler verilmektedir<sup>59</sup>.

Fayda-maliyet değerlendirilmesinin doğru yapılmamasının olumsuzluklarını pekiştiren bir diğer boyut, çevrenin çeşitli alanlarında ortaya çıkan, olumsuzlukları üstlenen toplumsal kesimlerin, genelde, bunlara yol açan projelerin faydalarının dışında tutulmasıdır. Açıkça hakkaniyet sorunu yaratan bu durum da yukarıda değinilen çalışmalarda gelişmekte olan ülkeler ve buralardaki fakir, marjinal, eksik temsil edilenler çerçevesinde örneklerle ortaya konulmuştur<sup>60</sup>.

Bütünsellik ve sürdürülebilirlikteki dengelemenin yukarıdaki güçlerin tekelinde yapılmasını önlemenin yolu, yukarıdaki başlıklarda belirtilen ve esasen su konusundaki evrensel metinlerde de yer alan, bu alanlardaki yadsınamaz verileri bilip uygulamaktır. Esasen kapitalist sistemin benimsediği bir kavram olmasına karşın, SK'nın küreselleşme ideolojisinin temsilcilerin menfaatleri yönünde değil de bu yönde uygulanmasını sağlayacak veriler bir kere SK'nın evrensel ölçekteki ilk ve halen tek olan ve su konusundaki evrensel metinlerde de yer verilen tanımında<sup>61</sup> bulunabilir.

---

<sup>57</sup> Edwards'ın *The Economics of Hydroelectric Power* kitabı bu bağlamda önemli bir örnektir.

<sup>58</sup> Bu örnekler için bkz. Plater, s. 199-207.

<sup>59</sup> Bkz. Plater, s. 193.

<sup>60</sup> The World Commission..., s.120-129.

<sup>61</sup> Bu tanım şu şekildedir: "Bugünün gereksinimlerini gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın karşılayan kalkınma". Bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku...*; s. 95.

Bu veriler, tanımdaki, hem, *şimdiki kuşakların* yanısıra *gelecek kuşakları* da içine almak suretiyle, geleceğe uzanan ve coğrafi olarak da sınır tanımayan hem de *temel gereksinimlerin karşılanması zorunluluğu* çerçevesinde *hakkaniyeti* ifade eden unsurlardır. Ayrıca bu kavramın ortaya çıkış gerekçesi de bir başka önemli veridir ki bu gerekçe geleneksel kalkınma kavram ve anlayışının çevre sorunsalındaki yadsınamayan payıdır<sup>62</sup>. Yukarıda belirtildiği gibi, çevre hakkının ve su hakkının herkese ait olması ve suyun kamu varlığı olarak kabulü de başvurulacak diğer verilerdir ki bunların su konusundaki evrensel metinlerde de yer aldığına yukarıda işaret edilmişti.

### C. Türkiye'deki Durum

Türkiye'de yukarıda değinilen türde yorumlar yapmayı sağlayıcı kimi veriler mevzuat ve politika metinleri düzeyinde bulunabilir. Bir kere bütünsellik ve SK sözcükleri bu tür belgelerde sıkça kullanılmıştır. Bütünsellik konusunda açıkça bir tanım ya da açıklama olmamakla birlikte, Çevre Kanununun amaç maddesinde, çevrenin *bütün canlıların ortak varlığı* olarak belirtilmesi esasen bütünselliğe ve çevre hukukunun amacı olan genel menfaate işaret etmektedir. SK ise aynı kanunda tanımıyla birlikte yer almış olup bu tanım evrensel ölçüde kabul edilmiş tanım ve açıklamalardan farklı değildir. Ne var ki hem bu kavramların düzenlenişi hem de bunların gerektiği gibi algılanıp uygulanmasında suyun sürdürülebilirliğini de engelleyici durumlar vardır. Adı geçen metinlerin incelenmesinden bütünsellik ve SK ifadelerinin genelde “sözcük olarak belirtme” düzeyinde kaldığı, metinlerin tümünün bunların anlamlarının algılandığını gösterecek şekilde hazırlanmadığı görülür.

Ulusal Çevre Eylem Planı, 1996 gibi oldukça eski bir tarihte hazırlanmış olup günün gelişmelerini yansıtacak şekilde güncellenmediğinden, bütünsellik ve SK'nın bugünkü anlamlarını karşılamaktan uzaktır. Ulusal su planı ise henüz hazırlanmamıştır. Aynı saptama enerji alanı için de geçerlidir. Su ve enerjiyi birbirleriyle ve diğer çevresel varlıklarla ilişkileri çerçevesinde ele alan tüm seçenek ve olasılıkların değerlendirildiği tek bir plan da yoktur. Devlet Planlama Teşkilatı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB), EPDK, DSİ, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (ÇŞB) ve Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Meteoroloji Genel Müdürlüğü (MGM) gibi değişik birimlerin hazırladıkları çeşitli metinlerde su ve enerji konusu da ele alınmıştır. Ancak bu ele alma yukarıda belirlenen anlamda bir bütünselliği ve SK yaklaşımını yansıtmamaktadır. Bir kere aynı konuda çeşitli birimlerce ayrı planlar hazırlanması sektörelliğin ve

---

<sup>62</sup> Bu değerlendirme ve daha geniş açıklama için bk. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku ...*, s.95-96.



parçalılığın göstergesidir. Ayrıca, konular birbiriyle ve bütünle bağlantısı vurgulanarak işlenmediği için, her bir belgenin kendi içerisinde de aynı parçalılık geçerli olup, sektörel zihniyet kırılmamıştır. Dahası, bir ölçüde bunun da uzantısı olarak, su, *asıl işlevi enerji sağlama olan bir mal anlayışıyla ele alınmak suretiyle* geleneksel kalkınma anlayışından da uzaklaşamamıştır. Bu yargıyı destekleyici somut verilerden birisi, enerji ve doğal kaynaklar alanındaki faaliyetlerin çevreye olan olumsuz etkileri ele alınırken, önleme sözcüğüne yer verilmeyip “en aza indirmek” ifadeleriyle yetinilmesidir<sup>63</sup>. Oysa yapılmak istenen faaliyet ya da projeler su kaynaklarının sürdürülebilirliğini tehdit ediyorsa önlemenin asıl olması gerekir. İhtiyat ilkesinden hiç söz edilmemesi ise önlemenin işlevinin algılanıp önemsenmediğinin bir diğer göstergesidir.

Aynı değerlendirmeler su ve enerji konusundaki mevzuat için de yapılabilir. Bir kere AB'nin, bütünsellik ve SK'yı uygulama açısından önemli olan, yönergelerinden stratejik çevresel değerlendirme henüz iç hukukumuza aktarılmamıştır. Suların bütünsel korunmasına ilişkin yönerge (Su Çerçeve Yönergesi) hükümlerine ise su havzalarının korunmasına ait yönetmelikte<sup>64</sup> belli ölçüde yer verilmiştir. Ancak, stratejik çevresel değerlendirme kabul edilmediği ve bu alanda uygulama deneyimi de olmadığı için, Yönetmelikte getirilen havza planlarının gerekli bütünsellikte hazırlanacağı kuşkuludur. Bu kuşku artıran bir etken de Yönetmeliğin hukuki dayanak olarak sadece teşkilat kanununa dayanması, dolayısıyla yaptırımlar ve hukukilik açısından da sorgulanabilir olmasıdır. Bunu etkili kılma açısından gerekli olan ve hukuken dayandırılacak kanun ise, yukarıda değinildiği gibi, henüz tasarı şeklinde olduğu gibi, hem AB'nin yönergesindeki esaslarla karşılaştırıldığında hem de genelde bütünsellik, sürdürülebilirlik, ihtiyatlılık, çevre hakkı-su hakkı kapsamında sorgulanabilir niteliktedir. Bunun ötesinde, bir yandan Çevre Kanunu ve ona dayanılarak doğrudan su konusunda çıkarılan yönetmelikler, öte yandan diğer çevresel varlıkları düzenlemekle beraber suyu da yakından ilgilendiren çok sayıda kanun olması, üstelik bunlardan bazılarının çevre sorunsalının, dolayısıyla çevre hukukunun esaslarının algılanmasından çok öncesine uzanması ve nihayet enerji konusunda peş peşe çıkarılan yeni kanun ve yönetmelikler hem yetki hem de konu açısından parçalılığın-dağınıklığın-, mikro boyutta hareket etmenin göstergesidir. Bütünselliğin ve SK anlayışının mevzuat ölçeğinde de yukarıda değinilen ve olması gereken şekliyle ele alınmadığının tipik örneklerinden birisi ise çok sayıda HES projelerine yoğun olarak izin

---

<sup>63</sup> ETKB, Amaç 7, s.46.

<sup>64</sup> Su Havzalarının Korunması ve Yönetim Planlarının Hazırlanması Hakkında Yönetmelik. RG. 17 Ekim 2012.

verme ve uygulama sürecinin 2000’li yılların başına uzanmasına karşın, Yönetmeliğin Ekim 2012 tarihinde çıkarılmasıdır. Bunun ortaya koyduğu somut gerçek, dünya ölçeğinde korumaya alınmış ekosistemleri, biyolojik çeşitlilik ve kültürel varlıkları tehdit eden HES projelerine dahi, bu zenginlikleri korumaya yönelik, havza planları yapılmadan izin verilmesi ve işletmeye de geçilmesidir.

HES projelerini bir an önce yaşama geçirme ve bunu özel sektör aracılığıyla yapma konusundaki, yukarıda sıkça değinilen, “politik tercihi” uygulamaya yönelik acele mevzuat çıkarma girişimleri HES projelerinde, fayda ve maliyetleri, yine yukarıda değinilen türde, doğru olarak dengelemenin daha başlangıçta amaçlanmadığının ve fiilen yapılamayacağına, aksine, tercihin başlangıçta kalkınma doğrultusunda yapıldığının göstergesidir. Enerji potansiyelinin, planlandığı gibi, 2023’e kadar kullanılması halinde bununla sağlanacak enerji miktarı ile bu sayede ülkenin dışa bağımlılıktan kurtarılacağı konusundaki hesaplamaların da gerçekçi ve doğru yapıldığı sorgulanmalıdır. Bir kere, hükümet temsilcilerinin sürekli gündemde tuttıkları “her aile en az üç çocuk yapmalı” söylemi, bu tür hesaplarda, aile-nüfus planlamasının yadsınamaz öneminin tamamen dışlandığını göstermektedir.

Öte yandan HES projeleri konusundaki uygulamalar da mevzuatta ve planlarda belirtilen hükümleri bile esas almayan, bütünsellikten uzak ve SK ile uyumsuz adımlar atıldığını ortaya koymaktadır. Çevresel ve sosyal-ekonomik gereksinimlerin uzun vade ve gelecek kuşaklar dikkate alınarak dengelenmesi kalkınma lehine yapılmakta, böylece su varlığına ve ilgili ekosistemlerle biyolojik çeşitliliğe yönelik tehdit hallerinde dahi projelere izni verilebilmektedir. Bu sonucu destekleyici somut veriler HES projeleri için yapılan ve alt başlıkta açıklanan ÇED sürecinde fazlasıyla bulunmakta olup en genel veri neredeyse her HES başvurusuna ve kısa sürede izin verilmesidir.

## **V. Hidroelektrik Santrallere İzin Verme: Çevresel Etki Değerlendirmesi Süreci**

### **A. Proje Düzeyindeki ÇED Süreci ve HES**

#### **1. Genel Çerçeve**

HES projelerine izin verme bağlamında- mikro düzeyde- uygulanan ÇED, dar kapsamı ve en son aşamada söz konusu olması nedeniyle, çevreyi korumada asıl olan önleyiciliğin gerçekleştirilmesinde tek başına yeterli olmamaktadır. Ancak yine de özü ve işlevi algılandığı takdirde önleme ve bütünsellik yanında çevre hukukunun, SK dahil, bütün özellik ve esaslarının hayata geçirilmesinin bir aracı olabilmektedir. Esasen çevre kavramının ve

çevre sorunlarının ekolojiden kaynaklanan *birbirine bağıllık özelliği* de dar anlamdaki ÇED'nin ister istemez, başlangıçta düşünüldenden, daha geniş boyutlara ve bütüne uzanmasını gerektirmektedir. Bu öz ve işlev, kısaca, projelere izin verilmeden önce onların çevre üzerindeki olası olumsuz etkilerinin belirlenip önlenmeye çalışılmasıdır. Kısacası asıl olan olası olumsuz etkilerin önlenmesidir. Ama bu, tüm olumsuz etkilerin tamamen önlenmesi anlamına gelmemekte bazı etkilerin azaltılmasıyla da yetinilebilmektedir. Bunun nedeni de, SK kapsamında, çevre ve sosyo-ekonomik gereksinimlerle çevresel konular arasında denge kurabilmektir. Bu yüzden ÇED sürecinde proje ile sağlanacak sosyal ve ekonomik yararlarla olası sosyal etkiler de belirlenir. *İşte buradaki hassas boyut çevre açısından mutlaka önlenmesi gereken olumsuzlukların azaltılmasıyla yetinilmemesi, aksine bu durumlarda projeye izin verilmemesidir. Aksi halde ÇED'nin ana amaç ve hedefinden uzaklaşmakta, denge kalkınma lehine bozulmaktadır.* Bunu önlemenin ve işlevsel bir değerlendirme yapabilmenin yolu da fayda-maliyet boyutlarının dengelenmesine ilişkin, yukarıda değinilen, tek yönlü yaklaşımın yaratacağı olumsuzluklardan kaçınmaktır. Somutlaştırılırsa, balıkların ve ırmak bağlantılı ekosistemlerin uzun vadede gereksinim duyduğu su miktarının, ihmal ya da belirsizlik nedenleriyle, tam olarak belirlenememesi bile ÇED sürecindeki dengelemenin su kaynakları aleyhine yapılmasına yol açmaktadır.

ÇED'nin amacının iyi algılandığı ülkelerde proje düzeyindeki ÇED uygulamalarında bütünsellik ve SK'nın gerektirdiği geniş ölçekli değerlendirme yapılmasının gerekliliği kabul edilmekte ve SK bir şekil olarak değil öze yönelik kavram olarak yorumlanıp uygulanmakta olup bu durum öğretilerde ve raporlarda da, hatta karşılaştırmalı incelemelerle ortaya konulmuştur<sup>65</sup>. Bu ülkelerde su kaynaklarını ekosistem temelinde ele almanın onların sürdürülebilirliklerini sağlamanın ilk adımı olduğu kabullenilmekte, bu bağlamda proje düzeyindeki ÇED'nin sınırlılığını kırarak projenin dışına taşan ve stratejik değerlendirmeye kayan uygulamalara gidilmektedir. Bunun için, henüz HES projelerinin izin ve ÇED süreci başlatılmadan önce, projenin hazırlanması sırasında titiz davranılmakta; projenin alternatifleri ve *biriken (toplam) ve birbirini pekiştiren* etkilerin belirlenip değerlendirilmesine özel önem verilmektedir<sup>66</sup>. Yine aynı nedenle *bilimsel belirsizlikler* ve bunları çözmeye yönelik ihtiyat ilkesinin gerekli kıldığı yöntemler de proje düzeyindeki belirlemelerde dikkate alınmakta, böylece bu ilke ile sağlanmak istenen geri dönüşümü

<sup>65</sup> Bu çalışmalar, Nizamia-Molanderb et al.,s. 134-142; Doelle; Daini,s. 43-60;Limi ve IHA.

<sup>66</sup> Bu çerçevede bazı uygulamalara ilişkin açıklamalar için bkz. Doelle ve Daini, s. 43-60. Ayrıca bkz.Limi,3. Ayrıca bkz. The World Commission, s.88-90 ve IHA,s.11.12.

olmayacak olumsuz etkileri önleme işlevi gerçekleştirilmektedir. Ayrıca SK'nın "esasında kalkınmanın sağlanmasına ağırlık verdiği" gibi bir anlamda yorumlanmaması veya bu tür yorumların önlenmesi de ÇED sürecindeki değerlendirmelerin doğru yapılmasına bağlıdır. Nitekim bu açıdan önemli bir yorum ABD'nde Federal Enerji Komisyonunun elektrik ve tüketicinin korunmasına ilişkin bir yasadaki "baraj lisansı verilirken çevresel ve ekonomik faktörler eşit şekilde dikkate alınır" hükmünün "baraj sahibinin menfaati pahasına barajın kaldırılmasına karar verebilmeyi engellemeyeceği" yolunda metin yayımlanmıştır<sup>67</sup>.

Mevcut su potansiyelinin hepsini HES yoluyla kullanmanın kalkınma açısından ekonomik boyutlu önemli yararları olacağı kuşkusuzdur. Ancak bu yararların varlığı ve ölçüsü ancak çevresel ve sosyal boyutlar tümüyle ve geleceğe yönelik olarak ve doğru şekilde düşünüldüğü takdirde anlaşılabilir. Bunun somut anlamı bütün HES başvurularının kabul edilmeyebileceği ve bunun doğal olduğudur. Nitekim HES potansiyeli yüksek olan bazı ülkelerde, diğer bazılarının aksine, daha iyi bir ÇED süreci ve daha doğru kararlar adına bazı başvurular geri çevrilmektedir<sup>68</sup>.

## **2. Türkiye'deki Durum**

### **a. Mevzuattaki Durum**

HES ÇED Yönetmeliği (ÇEDY)<sup>69</sup> kapsamında iki farklı sürece tabi tutulmuştur. Bu süreç ana hatlarıyla şöyle özetlenebilir. Kurulu gücü 25 MWm ve üzeri olan nehir tipi santraller ile göl hacmi 10 milyon metreküp ve üzeri olan baraj ve göletler için doğrudan ÇED süreci zorunlu kılınmıştır (EK I Listesi,15,16). Bunlar için proje sahibi, önce, Yönetmelikteki (EK III) ÇED Genel Formatını esas alıp, yine Yönetmelikte belirlenmiş kural ve usullere göre, Çevre ve Şehircilik Bakanlığından belge almış kuruluşlara hazırlattığı başvuru dosyasını aynı bakanlığa sunacaktır. Proje sahibi daha sonra ÇED raporunu da aynı şekilde hazırlatıp teslim edecektir. Bir dizi aşamayı içeren değerlendirmelerde ana amaç santralin çevreye olası olumsuz etkileri ile bunların önlenmesi ve azaltılmasına ilişkin önlemlerin belirlenmesidir. Değerlendirmeler, ÇŞB bünyesinde ve her projeye göre ayrıca oluşturulan, inceleme değerlendirme komisyonlarınca yapılmakta, halkın da, aşağıda belirtileceği şekilde, görüşleri alınmaktadır. Sonuçta ÇŞB, başvuru konusu, HES'in çevre üzerindeki olası olumsuz etkilerini, değerlendirme sürecinde belirtilen önlemlerin alınması çerçevesinde, kabul

---

<sup>67</sup> Bkz. Blumm-Erickson, s.1046.

<sup>68</sup> Çin'de bu doğrultuda uygulamalara ilişkin bkz. Pittock, s.445.

<sup>69</sup> Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği. RG. 17.07.2008 (RG. 19.12.2009, 14.04.2011 ve 30.06.2011 yönetmelikleriyle değişik)

edilebilir bulursa “çevresel etki değerlendirmesi olumlu”, bulmazsa “çevresel etki değerlendirmesi olumsuz” kararı vermektedir. Proje sahibi ancak olumlu kararı aldığı takdirde ve taahhüt edilen ve bu karara eklenen yükümlülüklerle uyma kaydıyla HES’i inşa edip işletebilecektir. Çevre Kanunu (madde 10) ve Yönetmelik gereğince proje sahibi bu kararı almadan izin, ruhsat gibi diğer belgeleri de ilgili idari birimlerden alamayacaktır; DSİ ile su kullanım hakkı anlaşması yapamayacak ve EPDK’dan işletme lisansı da alamayacaktır. Nitekim bu koşul HES yapacak şirketin DSİ ile su kullanım hakkı anlaşması yapmasını düzenleyen yönetmelikte<sup>70</sup> de vurgulanmıştır.

Komisyonların bileşiminde sivil toplum örgütlerine ve en azından yerel halkın temsilcilerine, ÇŞB’nin takdirini gerektirmeyecek şekilde, katılma olanağı verilmemesi, değerlendirmedeki sürelerin ilgili yönetmeliğin ilk şekillerine oranla giderek azaltılmış oluşu doğrudan CED’ne tabi HES’ler açısından Yönetmelikten kaynaklanan başlıca olumsuzluklardır. Buna karşın Yönetmelikte hem çevre hem de etki kavramlarının oldukça geniş anlamda tanımlanması HES konusundaki değerlendirmelerin de geniş çerçevede yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim ÇŞB’nin hazırladığı, konuya ilişkin, rehberde<sup>71</sup> de benzer yaklaşım görülür. Burada HES’in inşaat, su tutulması ve işletme ile kapanış aşamasındaki olası etkileri ayrı ayrı belirlenmiş, çevre kavramı açısından da fiziksel çevre (su, toprak, hava) hem de biyolojik (biyolojik çeşitlilik, habitat, flora-fauna-özellikle ender bulunur ve/veya nesli tehlikede olan türler, ekosistemler) çevre ve sosyo-ekonomik çevre esas alınmıştır. Arazi kaybı, toprak kayması, erozyon ve çökme, gürültü, toz, deprensellik, atık ve emisyonlar; su kullanımı, hava kalitesi, bitki örtüsü, endemik türler, fauna, özel koruma alanları, sucul yaşam, peyzaj ve kültürel varlıklardaki bozulmalar fiziksel ve biyolojik çevre bağlamında düşünülen olası olumsuz etkilerdir. Bir yandan göç ve yeniden yerleşme nedeniyle nüfus yoğunluğunda değişiklik, bazı alanların sular altında kalması nedeniyle yerel halkın uğradığı kayıplarla tarihi-kültürel varlıklardaki bozulmalar ve sağlık riskleri gibi olumsuz etkiler öte yandan yeni iş olanakları ve yeni hizmet alanları nedeniyle ekonomik faaliyetlerin artması gibi etkiler ise sosyo-ekonomik çevre başlığında ele alınmaktadır. Rehberde etki azaltıcı önlemler de, bu belirlemelere koşut şekilde, yine aynı aşamalar için fiziksel ve biyolojik çevreye göre ayrı ayrı vurgulanmıştır. Bu bağlamda, hem balık türlerini taşıyan sucul yaşamın devam ettirilmesi hem de yerel halkın kimi faaliyetleri nedeniyle ihtiyaç duyulan su miktarının

<sup>70</sup> Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. R.G. 26.06.2003 (R.G.12.8.2006, 8.2.2007,18.8.2009, 14.11.2009, 4.7.2012 ile değişik).

<sup>71</sup> ÇŞB., *ÇED Rehberi- Barajlar ve Hidroelektrik Santraller*.

belirlenmesi ve HES'in buna engel olmayacak şekilde işletilmesi için önlem alınması en hassas konular arasındadır.

Su kullanım hakkı anlaşmasına ilişkin, yukarıda değinilen, yönetmeliğin anlaşmayı düzenleyen (Ek.1) maddelerinde de şirketin doğal hayatın devamı açısından uyması gereken yükümlülükler vurgulanmıştır. Buna göre, şirket dere yatağının su alma alanında doğal yaşamın devamı ve su haklarının karşılanmasını sağlayacak miktardaki suyu yatağa bırakacaktır. Bunun için gerekli olan su miktarı ile bunun zamanlaması, ÇŞB'ndan alınması zorunlu olan, ÇED Olumlu Kararında belirtilecektir. Ancak her durumda bu miktar "projeye esas alınan son on yıllık ortalama akımın en az % 10u olacaktır. Bu miktarın ekolojik gereksinimler dikkate alındığında yeterli olmayacağı ÇED sürecinde belirlenirse miktar ÇED Olumlu Kararında daha da arttırılabilecektir. Toplam miktar ise bu miktara mevcut su hakları da ilave edilerek ortaya çıkarılacaktır. Bunun dışında nehirdeki son 10 yıllık ortalama akımın % 10dan az olması durumunda suyun tamamı doğal hayatın devamı için bırakılacaktır. Balıkların geçişine ilişkin gerekli mekanizma ve sistemleri sürekli çalışır halde tutmak, ses ve gürültü düzeyine ilişkin önlemleri almak da şirkette aittir.

Anlaşmanın önemli hükümlerinden birisi de DSİ'nin, anlaşmanın imzalandığı tarihten itibaren 20 yıllık dönemler sonunda (hızla gelişen çevresel koşullar ve toplumsal gereksinimler nedeniyle bu sürenin daha kısa tutulması su kaynaklarının ve doğal yaşamın sürdürülebilirliği açısından daha doğru olurdu), havzadaki verilerle mevcut projelerdeki değişikliklere koşut olarak işletme planında sürekli ya da geçici değişiklikler yapma yetkisi olduğu ve şirketin bu yeni taleplere uyması gerektiğidir. HES'in bulunduğu havzada içme ve kullanma suyu taleplerinin karşılanması açısından ise yirmi yıllık süre beklenmeksizin DSİ tarafından şirkete yeni talepler iletilecek ve şirket bunların da gereğini yerine getirecektir. Adı geçen anlaşma hükümlerinde şirketlere getirilen önemli yükümlülüklerden birisi de bırakılması gereken suyun belirlenen miktar ve zamanlarda bırakılıp bırakılmadığının sağlıklı ve güvenilir şekilde ölçülmesi için elektronik sistemli gözlem/ölçüm istasyonlarının DSİ'nin belirleyeceği yörelerde ve onun tarafında izlenebilecek şekilde kurulması ve işletilmesidir. Ölçüm ve değerlendirmeler şirket ve DSİ tarafından müştereken yapılacaktır. Anlaşma hükümlerinde, şirketin üstlendiği yükümlülüklerden herhangi birinin yerine getirilmemesi halinde, DSİ'ne anlaşmayı fesih yetkisi verilmiş ve bu bağlamda ortaya çıkacak her türlü zarar ve sorumluluk şirkete yüklenmiştir. HES'in yatırımında doğabilecek, hidrolojik, çevresel, teknik, ekonomik riskler de anlaşma gereğince şirketin üstündedir. Ancak bu konudaki hükümlerin sonuçta giderici bir işlev görmesi, oysaki çevre alanında ortaya çıkabilecek olumsuzlukların geri döndürülebilmesi karşısında asıl önemli

olan önleyiciliği sağlayan yükümlülüklerle şirketlerin aynen uymasını sağlamak, dahası bu yükümlülükleri, ihtiyat ilkesini de esas alarak belirlemektir..

Kurulu gücü 0-25 MWm arasında olan nehir tipi santraller ve göl hacmi 5 milyon metreküp ve üzeri baraj ve göletler (ÇEDY. Ek II Listesi, 32, 31/n) ön incelemeye tabi tutulmuş olup bunlar için ÇED yapılıp yapılmayacağına bu incelemeden sonra karar verilmektedir. Burada proje sahibinin Yönetmelikte (Ek IV) belirtilen esaslara göre, yukarıdaki süreçte olduğu gibi, yetkili kuruluşlara hazırlatacağı Proje Tanıtım Dosyasıyla ÇŞB'na başvurması gereklidir. İnceleme için proje sahibinden gerekirse ek bilgi-belge, analiz, ölçüm istenebileceği dışında değerlendirmenin nasıl yapılacağı konusunda Yönetmelikte hiçbir hüküm yoktur. Komisyon kurulması da gerekli kılınmamıştır. Üstelik uygulamada bu yetkinin kullanılması genelgeyle valiliklere bırakılmıştır. Valiliklerce yapılan değerlendirme sonucunda ya projenin çevre üzerindeki etkileri önemli görülerek “çevresel etki değerlendirmesi gereklidir” kararı verilip ÇED süreci başlatılacak ya da söz konusu etkiler önemli görülmeyip “çevresel etki değerlendirmesi gerekli değildir” kararı verilecektir. Görüleceği gibi bu gruptaki HES'ler açısından mevzuattaki durum su kaynaklarının habitatlarıyla birlikte sürdürülebilirliğini tehdit eden ve çevre hukukunun amacı ve esasları bakımından eksik bir düzenlemedir. Bu durum çevre korumaya ilişkin olan ve su varlıklarını korumak için de kullanılan bütün hukuki dayanaklara aykırı olup ÇED'nin amacıyla da örtüşmemektedir. Ancak bu eksiklik DSİ'nin bu tür HES'ler açısından sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü bu kurum, HES'i kurup işletecek şirketle su kullanım hakkı anlaşması yapmadan önce, hazırlanacak işletme projesi ve fizibilite raporlarını şirket sahibinden isteyeceği ayrıntılı bilgi-belge çerçevesinde titiz değerlendirmek durumundadır. Hatta, yine su kullanım hakkına ilişkin yönetmelikte, proje sahibinin projesinin “mevcut, inşa halinde ve mutasavver” projeler ile ilişkisinin de DSİ tarafından değerlendirileceği belirtilmiştir.

#### **b. Uygulamadaki Durum**

Proje düzeyindeki değerlendirme sürecinin ÇED'nin özüne, amacına ve işlevine uygun şekilde yapılması, Türkiye gibi, başlangıçta ve makro düzeyde gerekli bütünsel ve önleyici adımların atılmadığı ülkeler açısından son derece önem kazanmaktadır. Ne var ki, başlangıçtaki tercih ve adımların doğru atılmaması ister istemez proje düzeyindeki ÇED uygulamasını da olumsuz yönde etkilemekte, esasen bu sürecin kendi içinde de mevcut olan, bütünselliğe de gereken önemin verilmemesine yol açmaktadır. Sonuçta, hem doğrudan hem de ön incelemeye tabi HES projelerine ilişkin ÇED süreci çevre hukukunun amaç ve esaslarına, ÇED'nin özüne ve amacına

uygun şekilde yapılarak su kaynakları ve toplum yararı adına en doğru kararın verilmesi tehlikeye girmektedir. Bunun daha somut anlamı bir yandan SK kavramındaki, çevre ile sosyo-ekonomik gereksinimler arasında kurulması gereken dengenin, yapılan değerlendirmelerde, ekonomi lehine bozulması, böylece kalkınma kavramının geleneksel anlamından pek de uzaklaşmaması, öte yandan su kaynaklarının herkesin değil, bazı kesimlerin menfaatine ağırlık verilerek kullanılmasıdır. Böylece ÇED'nin, esasında, mevzuat kapsamında yerine getirilmesi gereken bir koşul olarak algılandığı netleşmektedir.

ÇED'nin uygulama sürecinde karşılaşılan farklı boyutlardaki göstergeler bu teorik saptamayı doğrulayıcı niteliktedir. Uygulamadaki bu gösterge ya da veriler, gruplandırılarak belirtilirse, *ÇED'nin geneldeki uygulanmasına hakim olan olumsuzluklar; HES'e ilişkin ÇED öncesi aşamaya ilişkin eksiklik ve yetersiz incelemeler; HES'e ilişkin değerlendirme sürecindeki mevzuata aykırılıklar, değerlendirmelerin gerektiği gibi yapılmayışı; karar (izin) sonrasına ilişkin, mevzuatta belirtilen, gözetim-denetime ait görevlerin hiç ya da gerektiği gibi yapılmaması* konularında bulunabilmektedir. Bütün bu verilerin dayanakları ise önemli ölçüde mahkeme kararları ve bazı raporlardır.

*HES'e ilişkin ÇED öncesi aşamadaki eksiklik ve yetersiz incelemeler* yetkili birimlerin (DSİ ve) görevleri kapsamında ortaya çıkmakta olup fizibilite raporunun hazırlanmasında esas alınan formata, raporun buna göre hazırlanmasına ve projenin mevcut ve diğer yapılarla ilişkisinin değerlendirilmesi konularına yöneliktir. Mevcut uygulamalar bu değerlendirmelerin DSİ tarafından gerekli şekilde yapılmadığını göstermektedir ki bu yapılmamanın yukarılarda sıkça değinilen temel politik tercihle ilintili olduğu kuşkusuzdur. Bunun ötesinde, havza planlaması ve alt yapı noksanlığı, teknik yetersizlikler, kamuda çalışanların özel sektöre kaymasının da etkili olduğu uzman eksikliği, dolayısıyla deneyimsiz elemanlarla çalışma zorunluluğu<sup>72</sup> bu bağlamda öne sürülen gerekçeler arasındadır.

*ÇED'nin geneldeki uygulanmasına ilişkin olumsuzlukların* bir göstergesi ilk ÇED Yönetmeliğinin yayımlandığı 1993 tarihinden beri, bu sürecin kalkınmanın ve yatırımcıların önünde bir engel oluşturmasını önlemek adına, yatırımcıların da baskısıyla, geriye dönük değişiklikler yapılması, geçici maddelerde belirtilen sürelerin uzatılması ve nihayet yönetmeliklerin tümüyle yeniden yayımlanmasıdır<sup>73</sup>. Kuşkusuz bu

<sup>72</sup> Bkz.Dünya Enerji., s. 94.

<sup>73</sup> Bu konularda bkz. Turgut, sırasıyla, *Çevre Hukuku..* 1998 (s.476-477) ve 2001(s.527-529) ve *Çevre Politikası ve Hukuku..*s.45-46 ve 240-241.



değişiklikler sürecinde olumlu bazı adımlar da atılmıştır. Ama bunların temel nedeni temel zihniyetteki değişiklik değil, AB'ne üyelik sürecinde onun çevre mevzuatını iç hukuka yansıtma zorunluluğudur. Dolayısıyla mevzuat yapımına hakim olan ana zihniyet (engel olmayı önlemek) haliyle uygulamaya da yansımış ve neredeyse bütün projeler için ÇED olumlu kararları verilmiştir<sup>74</sup>. Geneldeki uygulamaya ilişkin bir başka olumsuzluk ise bazı projeler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesidir. Yine genel olarak ÇED sürecine ait değerlendirmelerde teknik açıdan yetersizlikler, çevresel varlıklar hakkında güvenilir veri eksikliği, raporların hazırlanması ve değerlendirmelerde görev üstlenmiş kişilerde ve bu arada bilirkişilerdeki uzmanlık eksikliği, uzmanlık var olsa bile bu kişilerin objektif davranamamaları gibi, birbirine bağlı, seri olumsuzluklar kararların yatırımlar lehine verilmesine yol açmakta, dolayısıyla ÇED'nin işlevi sağlanamamaktadır. Bu durumların örnekleri HES projeleri açısından da sıklıkla görülmektedir.

*HES projelerine ilişkin değerlendirme sürecindeki mevzuata aykırılıkların* başlıcaları ÇED Yönetmeliği gereğince doğrudan ÇED yapılması zorunlu olduğu halde (kurulu gücü Yönetmeliğin Ek I listesindeki miktardan fazla olduğu halde) projenin, Yönetmeliğin ek II listesinde yer alıyormuşçasına, ön değerlendirmeye tabi tutulması<sup>75</sup>; proje Yönetmeliğin geçici maddesine girmedeği halde bu maddeye girmiş kabul edilerek ÇED sürecinin dışında tutulması<sup>76</sup>; proje, ilgili mevzuatı gereğince, *sit* alanlarında yapılmak istendiği ve Yönetmelikte de buna ilişkin mevzuata uyulması gerekli kılındığı halde projeye onay verilmesidir<sup>77</sup>.

*HES projelerine ilişkin değerlendirmelerin gerektiği gibi yapılmamasının* örnekleri değerlendirme kavramının kapsamına giren çok sayıda konuda görülebilmektedir. Bir ırmak üzerinde çok sayıda HES projesi için başvuru olduğu halde bunların etkilerinin bütün olarak değil, her bir projeye göre değerlendirilmesi, Danıştay kararlarına da yansımış<sup>78</sup>, çok önemli bir olumsuzluktur. Çünkü bu durumda, yukarıda değinilen, *biriken(toplam)-cumulative- etkiler* değerlendirme dışı bırakılmakta, böylece bütünselliği sağlamaya, dolayısıyla derelerin sürdürülebilirliğine yönelik tehdit önlenmemektedir. Esasında bu durum teknik uzmanlığı gerektirmeyecek kadar açıktır. Çünkü, birden fazla proje halinde, ırmaktaki su bir proje için kanal-tünel içerisine alınıp bırakılmakta, neredeyse hemen ardından bir başka proje için aynı işlem tekrarlanmakta, böylece suyun doğal

<sup>74</sup> Bu durumu gösteren sayısal göstergeler için bkz. TMMOB, s. 72.

<sup>75</sup> Bkz. D.6..D. E. 2009/5521, K. 2009/11381.

<sup>76</sup> D.13.D. E. 2010/995.

<sup>77</sup> D. 6.D. E. 2001/1955, K. 2003/7053.

<sup>78</sup> D.14.D. E. 2011/9944, K.2011/ 5366; D.6. D. E. 2001/1955, K. 2003/7053.

akışına sürekli bir müdahale olmaktadır. Oysa ki, bu tür etkiler açısından mevzuatta çok açık düzenleme olmasa da, mevcut hükümler bunların dikkate alınmasını gerektirecek niteliktedir. Bu alandaki tüm dayanaklar, DSI'ye verilen ve yukarıda değinilen ilgili yönetmelikteki görevin ötesinde, yukarıda açıklanan Anayasa maddeleri (56, 166,168) ile Çevre Kanununda devlete verilen ödevler ve bu kanun ile ÇED Yönetmeliğinin amaçları etkilerin çok geniş belirlenmesini gerektirmektedir.

Irmakların, bağlı ekosistemlerin ve yöre halkının yaşam ve kültürlerinin sürdürülebilirliği açısından vazgeçilemez olan *can suyunun* (dere yatağına bırakılması zorunlu olan asgari miktar), teknik yanlışlık veya yetersizlik nedeniyle ya da bilinçli şekilde, olması gerekenden az belirlenmesi<sup>79</sup> de bir başka ciddi olumsuzluktur. Can suyu miktarlarının havza özellikleri düşünülerek ve bilimsel açıdan değil, genel çerçevede belirlendiğine ve doğru yöntemler uygulanmadığına raporlarda da dikkat çekilmiştir<sup>80</sup>. Bu durumu da yakından etkileyecek bir faktör de, ırmaklara ait, bazı teknik verilerin olduğundan daha yüksek belirtilmesidir (nehirlerin debi değerlerini fazla gösterme gibi). Ayrıca projenin yapılacağı çevreye ait bazı özelliklerin tamamen göz ardı edilmesi (heyelan durumunun dikkate alınmaması, kamulaştırma gerekliliğinin açıkça belirtilmemesi, enerji iletim ve dağıtım hatlarının planlamasına yer verilmemesi), projenin yapılması nedeniyle çevrede olabilecek bazı etkilerin ise olduğundan daha az gösterilmesi (kesilecek ağaçların miktarının azaltılması, gibi) durumlarının varlığı yargı kararlarıyla da kanıtlanmıştır<sup>81</sup>.

*Karar (izin) sonrasına ilişkin gerekenlerin hiç ya da olması gerektiği gibi yapılmaması* da, diğerleri gibi, önemli bir tehdit yaratmaktadır. Çünkü ÇED sürecindeki değerlendirmeler sonucunda proje sahibinin inşaat ve işletme aşamalarında yerine getirmesi zorunlu koşullar belirlenmekte, proje sahibi bunlara uyacağını yazılı olarak taahhüt etmekte ve izin bundan sonra verilmektedir. Dolayısıyla bu koşullara uyulup uyulmadığı gözetlenip denetlenmedikçe ve uyulmadığı görüldüğünde gerekli yaptırımlar uygulanmadıkça ÇED'nin hiçbir anlamı kalmayacak, bununla gerçekleştirilmek istenen suların sürdürülebilirliğini sağlamaya yönelik hiçbir işlev gerçekleştirilemeyecektir. Oysa özel şirketlerin faaliyetlerinin tüm aşamalarında kazanç mantığını temel hareket noktası olarak ele almalarının sonucunda kendilerine izin belgeleri ve idare ile yaptıkları sözleşmelerde getirilen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçındıklarının (sıklıkla karşılaşılan bir durum olarak yol yapımı nedeniyle oluşan hafriyatın

<sup>79</sup> Bkz. D.6..D. E. 2009/5521, K. 2009/11381.

<sup>80</sup> Bkz. TMMOB, s.68-70.

<sup>81</sup> Bütün bu konular için bkz. D.6..D. E. 2009/5521, K. 2009/11381.

toplanıp depolama alanlarına götürülmemesi, can suyu miktarına uyulmaması gibi), ve idari birimlerin de bunun gereği olan yaptırımları uygulamadıklarının (sözleşmeleri fesih, izni geri alma, faaliyeti durdurma, kapatma, para cezası gibi) yine yargı kararlarıyla kanıtlanmış örnekleri vardır. Bu bağlamda somut bir örnek, DSİ'nin, imtiyaz sözleşmesi hükümlerine uymaması nedeniyle, ilgili HES şirketine sözleşmeyi iptal etme yaptırımı uygulama yükümlülüğü doğduğu halde bunu yerine getirmemesidir<sup>82</sup>. Üstelik bu olayda HES şirketinin ihlali can suyunun ırmağa zorunlu kılınan miktarda bırakılması gibi çok önemli bir konuya ilişkindir.

Çok kısa sürede çok sayıda HES projesine lisans verilmesi ve neredeyse her projeye onay verilmesi, ön incelemeye tabi HES projelerinin çoğunlukta olması ve bunların hemen hepsi için ÇED Gerekli Değildir kararı verilmesi<sup>83</sup>, HES projesine izin veren bu çok sayıdaki kararın hepsine karşı dava açılması ve nihayet idare mahkemelerinin bunların çoğunda yürütmenin durdurulması kararı vermeleri, özellikle bu kararın verilebilmesi için idare hukukunda aranan koşulların çok sıkı olduğu dikkate alındığında, idari birimlerin ÇED'ni şekli bir koşul haline getirdiklerinin genel düzeydeki çarpıcı göstergeleridir.

## **B. Katılım: Halkın Görüşünü Alma**

### **1. Genel Çerçeve**

Çevre hukukunun katılım ilkesi (yani halkın çevresel karar alım ve uygulama sürecinde söz sahibi kılınması ve böylece kendi geleceklerini yönlendirebilmeleri)<sup>84</sup> evrensel ölçekte tartışmasız bir kabul gördüğünden, hatta bir hak olarak benimsendiğinden, onun su konusundaki metinlerde yer alması ve enerji ve HES gibi konularda hem genel çerçevede ve ilk aşamalarda hem de proje düzeyinde gerçekleştirilmesi de doğal bir sonuçtur. Proje düzeyi söz konusu olunca da katılımın ÇED sürecindeki ağırlıklı rolü akla gelmektedir. Bu nedenle uygulamada bu ilkenin bir şekil koşulu olarak görülmemesi ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi amacıyla, ilgili evrensel metinlerde, devletlere katılımı özendirme ve etkililiğini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. *Dolayısıyla hem hükümetlerin hem de hidroenerji konusunda proje üstlenen özel şirketlerin bunun bilincinde hareket etmesi zorunludur.* Bundan amaç halka zamanında (en erken aşamada) ve doğru bilgi verilmesi, görüşlerin (kaygı, itiraz ve önerilerin)

<sup>82</sup> Verilen iptal kararı için bkz. D.13.D. E.2007/4148,K. 2008/3133.

<sup>83</sup> Bkz. TMMOB, s.74.

<sup>84</sup> Geniş açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*...s.153-158 ve *Çevre ve Yurttaşlar*...s.1-17.

ortaya konulmasının engellenmemesi ve nihayet bu görüşlerin HES projelerine izin verilmeden önce dikkate alınmasıdır. Dikkate alınmanın somut anlamı, soyut ve afaki olmayan, aksine somut, açık ve verilere dayalı itirazlar doğrultusunda projenin kaygıları giderecek şekilde düzeltilmesinin ilgili özel şirket ve taraflardan istenmesi, bu mümkün değilse de projeye izin verilmemesidir. *Böylece katılım, idarenin karar alım sürecindeki basit bir şekil koşulu olmayıp, projelerin, dolayısıyla çevrenin ve özellikle yöre insanlarının esasa ilişkin bir rol oynamaktadır. Bunun bilincinde olan ülkelerde HES projelerine ilişkin izin verme sürecinde katılıma fazlasıyla önem verilmekte, mevzuatta belirtilmeyen genişlikte ve belirtilenden daha erken aşamada halkın katılımını sağlanmaktadır.* Bu bağlamda, etkililiği sağlamak için geliştirilen katılım stratejileri ve yöntemler sayesinde, katılım sonuçlarının teknik uzmanların olası ilgi alanı olarak belirledikleri konulardan çok farklı beklenti ve kaygılar olduğunu ortaya koyduğu saptanmıştır<sup>85</sup>. Katılımın öneminin algılanmasının bir sonucu da katılımın ÇED sürecinin her aşamada sağlanmasının dışında, HES projesine izin verilmesi halinde, halkın bu kararı yargıya götürme hakkı olduğunun da açıkça belirtilmesidir<sup>86</sup>.

## **2. Türkiye'deki Durum**

### **a. Mevzuattaki Durum**

ÇED zorunlu tutulan HES projeleri açısından ÇED Yönetmeliğinde halkın görüşlerinin alınması konusunda, sürelerin kısa tutulması ve bazı konuların açıkça düzenlenmemesi (ÇED raporlarının ve ilgili belgelerin kopyalarını alabilme gibi) dışında, genelde bir olumsuzluk yoktur. Ancak ön incelemeye tabi tutularak bunun sonucuna göre ÇED yapılması kararlaştırılan projeler açısından halkın katılımına hiç yer verilmemesi büyük bir olumsuzluktur. Bu projelerin sayısının, yukarıda belirtildiği gibi, çok fazla olduğu, üstelik bunların neredeyse hepsi için “ÇED gerekli değildir” kararı verildiği düşünülürse olumsuzluğun boyutunun ne kadar büyük olduğu iyice netleşir. Olumsuzluğun somut anlamı ırmakların ve bağlı ekosistemlerin sürdürülebilirliğinin yanı sıra özellikle bunlarla yıllardır birlikte yaşayan yöre halkının şimdiki ve gelecekteki yaşam ve kültürlerinin tehdiye maruz kalması ve bu tehdidin insan hakları ihlalleri boyutuna kadar uzanabilmesi olasılığıdır. *Bu durum Anayasa madde 56 hükmüne, Çevre Kanununda yer verilen katılım hakkına da aykırı olduğu gibi katılımı düzenleyen ve Türkiye'nin altına imza attığı bildirge ve kararlar ya da taraf*

<sup>85</sup> Meksika'daki HES uygulamasıyla ilgili bu açıklamalar için bkz. Chavez- Bernal, s. 163-174.

<sup>86</sup> ABD'ndeki bu uygulama için bkz. Litz- Hirsberger- Casadonte, s.53-54.

*olduğu antlaşmalarla üstlendiği taahhütlerle de örtüşmemektedir.* Katılımın görüş almaya ilişkin aşamasındaki bu olumsuzluk, onun yargıya başvurma hakkını kapsayan boyutunda, ve Anayasa 56.madde, Çevre Kanunu ve idare hukukunun genel esaslarından hareketle idare mahkemelerinden yürütmenin durdurulması kararlarının alınmasıyla bir ölçüde giderilebilse de bu kararların hiç uygulanmaması ya da geç uygulanması, veya hiç verilmemesi ÇED sürecinde asıl olan önleyicilik işlevinin sağlanmasına engel olmaktadır.

### **b. Uygulamadaki Durum**

Kamu yönetimindeki yerleşik zihniyet ve kültürel nedenler gibi genel bazı gerçekler katılımın hem gerçekleşmesini hem de etkililiğini olumsuz yönde etkilemektedir<sup>87</sup>. Ancak ırmaklarının yokolma tehdidiyle karşılaştığını bizzat gören yerel halkın verdiği HES mücadelesinde katılıma ilişkin asıl olumsuzluk idari birimlerle proje sahibi özel şirketlerin tutumlarından kaynaklanmıştır. HES uygulamalarındaki göstergeler<sup>88</sup> halkın katılımının genelde hükümet yetkilileri ve HES projelerini üstlenen şirketler tarafından şekli bir koşul olarak algılandığını göstermektedir. Halkın, ÇED Yönetmeliği kapsamındaki katılım hakkını kullanılabilmesi için ön koşul olan, bilgi-belgeye erişme istemleri yanıtsız bırakılmakta, toplantılarda ya da yazılı yollarla açıklanan halkın görüşleri HES kararlarında dikkate alınmamaktadır. Sonuçta, yöneticilere karşı haklı olarak oluşan bu güvensizlik ortamı halkı, katılım toplantılarına katılmama şeklinde tepkilere ve toplantıları engelleme eylemlerine yöneltmektedir. ÇED sürecinde katılıma gereken önemi vermek bir yana onu engellemeye yönelik girişimlerle karşılaşmaktadır. Toplantıları yapılmış gösterme ve “halk karşı görüş bildirmemiş” şeklinde tutanaklar düzenleme idari birimlerle şirketlerin başvurdukları yollar arasındadır. Ayrıca, halkın tepkilerini engelleme, doğrudan ya da dolaylı tehditler, menfaat sağlama önerileri (öğrencilere burs, köy konağı ve muhtarlık binası yapma gibi), köylülerin arazilerini almak için idari görevlileri de aracı olarak kullanma, yerel halkın itirazlarını ortadan kaldırmak ya da onlardan bazılarını yanlarına çekerek karşı görüşte olanların gücünü azaltmak için, şirketlerin başvurdukları yollardır. Bu örnekler aslında kimi gelişmekte olan ülkelerde küreselleşmenin temsilcisi şirketlerin de rol aldığı HES projelerinde gözlenen<sup>89</sup>, yerli kabileleri çeşitli hileler kullanarak bölmek için kullanılan ve insan hakları ihlallerine kadar uzanan taktiklerden pek farklı değildir.

<sup>87</sup> Bu genel nedenler için bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku...*s.176-178.

<sup>88</sup> Bu göstergeler sık sık basına yansıyan heberlerde, derelerini korumak için biraraya gelen yöre halklarının oluşturduğu Derelerin Kardeşliği Platformu gibi topluluk ya da derneklerin web sayfalarında ve nihayet kimi raporlarda (TMMOB, s. 85 ) bulunabilir.

<sup>89</sup> Bu uygulama için bkz. Orellano, s.513-515.

## VI.Genel Değerlendirme

Evrensel düzeydeki politika metinleriyle mevzuatta ve bunların uygulanmasında ( yeterlilikleri kimi yönlerden sorgulanabilmekle ve küreselleşme ideolojisi kapsamında etkililiği kıracak eğilimler de olmakla birlikte) su kaynaklarının, bağlı ekosistem ve yaşamların sürdürülebilirliğini sağlamaya yönelik olumlu adımlar atılmıştır ve atılmaya da devam edilmektedir. Bu çabaların amaca yönelik şekilde ve sınırlı çevrelerin değil, herkesin menfaati doğrultusunda sonuç verebilmesinde temel faktörler gezegenimize yönelik tehdidin ciddiyetini gösteren felaketlerin yanısıra uzmanlığa ve objektifliğe dayalı bilimsel çalışmalar ile halkın eyleme geçecek ölçüde bilinçlenmesidir. Oysa gelişmekte olan ülkelerde bu açılardan olumsuzluklar vardır. Bunun da etkisiyle buralarda HES politika ve uygulamaları, çok uluslu finans kuruluşları dahil, dış güçlerin etkili olduğu politik-ekonomik menfaatler temelinde yönlendirilmekte, su hakkının sağlanması ve su ve suyla ilgili varlık ve değerlerin, yerel halkın yaşam ve kültürlerinin devamı tehlikeye atılmaktadır.

HES kapsamında mevzuata ve uygulamaya yönelik mevcut göstergeler ülkemizin de bu sonuncu ülkeler kervanında olduğunu göstermektedir. Görevdeki Adalet ve Kalkınma Partisi hükümetinin su kaynaklarındaki bütün potansiyeli ve bir an önce ve özel sektör aracılığıyla kullanmaya yönelik tercih ve politikası ve bunun Dünya Bankası gibi uluslararası finans kuruluşlarının da katkısıyla uygulamaya geçirilmesi bu olguyu doğrulayan ana göstergedir. Suyu da kapsayan çevresel varlıkları korumaya yönelik *ortak paydaları* yansıtan bazı mevzuatın gereklerine (ÇED örneğinde olduğu gibi) göre uygulamalar yapılmaması, hatta bu gerekleri etkisiz hale getirici hukuki düzenlemeler çıkarılıp taslaklar hazırlanması daha somuta inildiğinde karşılaşılan diğer göstergelerdir.

Sonuçta, suların sürdürülebilirliği açısından elzem olan, evrensel ortak paydalardan uzaklaşmaya yönelik ülkemizdeki girişimleri önlemenin ilk yolu, bunları kısmen de olsa yansıtan mevzuat yürürlükte olduğu sürece, buna aykırılıklardan hareketle, HES projelerine verilen onay kararlarının mahkemelerce iptal edilmesidir. Ancak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını tehdit eden kimi girişimler dikkate alındığında, asıl işlevin HES projelerinin bulunduğu yörelerdeki halkın başlattığı, ırmakların ve tüm canlıların yaşamının devamını sağlama mücadelesine tüm halkın sahip çıkmasıdır. Çevre sorunlarının sınır tanımaması ve herkesi etkilemesi gerçeği de bunu zorunlu kılmaktadır. Böyle bir güç birliği mevzuatın geriye dönüş şeklinde değiştirilmesinin önünü de kapatacaktır.

## KAYNAKLAR

- Birdsong, Bret C: Mapping the Human Right to Water on the Colorado River”, 48/1 *Willamette Law Rev.* 2011, s.117-146.
- Blumm, Micheal C.- Doot, Erika: “Oregon’s Public Trust Doctrine: Public Rights in Waters, Wildlife, and Beaches”. 42/1 *Env’tl Law* 2012, 1-
- Blumm, Micheal C.-Erickson, Andrew B.: “Dam Removal in the Pacific Northwest. Lessons for the Nation”, 42 *Env’tl L.* 2012, 1043-1100.
- Bowman, Margerit B.: “Legal Perspectives on Dam removal”, 52/8 *Bioscience* 2002, 739-752.
- Bulto, T. Soboka: “Emergence of the Human Right to Water in International Human Right Law: Invention or Discovery?”, 12/2 *Melbourne Journal of Inter’l Law* 2011, s. 290-314.
- BMI (Business Monitor International) : *Turkey Power Report*, 2012.
- Cada, Glenn F.: “The Development of Advanced Hydroelectric Turbines to Improve Fish Pasaage Survival”, 26/9 *Fisheries* 2001, 14-23.
- Chavez, B. Verduzco- Bernal, A. Sanchez: “Planning With Hydroelectric Power Plants with the Public: A Case of Organizational and Social Learning in Mexico”, 26/3 *Impact Assessment and Project Appraisal* 2008, 163-176.
- Coen, David C.- Thormeyer, Robert J.: “Should Large Hydroelectric Projects be Treated as Renewable Resources?”. 32 *Energy l. J.* 2011, 541-548.
- Cullet, Philippe: “Realization of the Fundamental Right to Water in Rural Areas: Implications of the Evolving Policy Framework for Drinking Water”, XLIV/12 *Economic and Political Weekly* 2011, 55-62.
- ÇOB (Çevre ve Orman Bakanlığı): *ÇED Rehberi- Barajlar ve Hidoelektrik Santraller*. Ankara 2009.
- ÇŞB (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı): *İklim Değişikliği Eylem Planı* 2011-2023. Ankara 2011.
- Daini, Paolo: “Environmental Impact assessment for Hydroelectric Power Plants in Trentino (Italy) 1990-1997: Similarity and Clustering of Studies, Sites and Projects”. 18/1 *Impact Assessment and Project Appraisal* March 2000, 43-60.
- Dublin Statement on Water and Sustainable Development. *International Conference on Water and Environment*. Ireland 26-31 January 1992.
- Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi : *Enerji Raporu*. Ankara 2011.
- Edwards, Brian K. : *The Economics of Hydroelectric Power*, EE Publishing, 2003.

- ETKB (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı): *Mavi Kitap. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bağlı ve İlgili Kuruluşların Amaç ve Faaliyetleri*. Ankara 2012.
- ESHA (European Small Hydropower Association): *The State of the Art of Small Hydropower in EU-25*. (tarihsiz).
- Fette, M. Et al.: “Hydropower Production and River Rehabilitation: A Case Study on an Alpine River”. 12(4) *Environmental Modeling and Assessment* 2007, 257-267.
- Glasnovic, Zivonimur- Margeta, June: “The Features of Sustainable Solar Hydroelectric Power Plants”, 34 *Renewable Energy* 2009, 1742-1751.
- Hager, Janet M.: “Tension Between Hydroelectric Energy’s Benefit as a Renewable and its Detrimental Effects on Endangered Species”, *Sustainable Development Law and Policy* 2009, 50-51.
- IHA (International Hydropower Association): *Sustainability Guidelines*, February 2004.
- Kibler, Kelly M.: *Development and Decommissioning of Small Dams: Analysis of Impact and Context*. UMI Dissertation Publishing, 2012.
- Klass, Alexander: “Renewable Energy and the Public Trust Doctrine”. 45 *Univ. California, Davis* 2012, 1021-1072.
- Lilley, M.B.- Firestone, Jeremy: “Wind Power, Wildlife, and the Migratory Bird Treaty Act: A Way Forward”, 38/4 *Environmental Law* 2008, s. 1167-1210.
- Limi, Atsuh: *Estimating Global Climate Change Impacts on Hydropower Projects: Applications in India, Sri Lanka and Vietnam*. World Bank Policy Research Paper No. 4344. September 1 2007.
- Lindo, Victoria R.: “Hydroelectric Power Production in Costa Rica and the Threat of Environmental Disaster Through CAFTA”, 29 *C. Int’l & Comp. L. Rev.* 2006, 297-321.
- Litz, F.T.-Hirsberger, A.M.- Casadonte, A.: *A review of Regulatory and Policy Requirements for Hydrokinetic Power Projects in New York State*. Workshop Discussion Draft, May 17 2012. Pace Energy and Climate Center.
- McGraw George S.: “Defining and Defending the Right to Water and Its Minimum Core:: Legal Construction and ”, 8 *Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.* 2010-2011, 127-204.
- Mc-Mahon, Jaes- Price, Sarah K.: “Water and Energy Interactions”, 36 *Ann. Rev. of Env. & Res.* 2011, 163-191.
- MGM (Meteoroloji Genel Müdürlüğü), *Çevre ve Temiz Enerji; Hidroelektrik Enerji*.Ankara.



- Nesheim et al.: “The Challenge and Status of IWRM in four River Basins in Europe and Asia”. 24 *Irrig Drainage Syst* 2010, 205-221.
- Nizamia, A.- Molanderb, S. et al.: “Comparative Analysis Using EIA for Developed and Developing Countries: Case Studies of Hydroelectric Power Plants in Pakistan, Norway and Sweden”, 18/2 *International Journal of Sustainable Development & World Ecology* 2011, s.134–142.
- Orrelena, Marcos A.: “Indigenous Peoples, Energy and Environmental Justice The Pangu/Ralco Hydroelectric Project in Chile’s Alto BioBio”, 23 *J. Energy & Nat. Resources L.* 2005, 511-528.
- Pittock, Jamie: “Viewpoint-Better Management of Hydropower in an Era of Climate Change”.3(2) *Water Alternatives* 2010, 444-452.
- Plater, Zygmunt J.B.: “Multilateral Development Banks, Environmental Diseconomies, and International Reform Pressures on the Lending Process: The Example of Third World Dam-Building Projects”, 9 *Boston College Third World Journal* 1989,s. 170-214.
- Protocol to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes 1999 (Sınırşan Suların ve Uluslararası Göllerin Kullanılması ve Korunması Sözleşmesine ek Protokol),
- Tarlock, Dan: “The legal-Political Barriers to Romping up Hydro”, 86 *Chi. Kent. L. Rev.* 2011, 259-276.
- TMMOB, Hidro Elektrik Santraller Raporu. Türk Mühendis ve Mimar odaları Birliği, Ankara Ekim 2011.
- Turgut, Nükhet Yılmaz: *Çevre Politikası ve Hukuku-Karşılaştırmalı İnceleme*, gözden geçirilmiş ikinci baskı. İmaj Yayınevi, Ankara Mart 2012.
- : *Çevre Hukuku. Karşılaştırmalı İnceleme*. Savaş Yayınları Ankara 2001.
  - : *Çevre Hukuku. Karşılaştırmalı İnceleme*. Savaş Yayınları Ankara 1998.
  - : *Çevre ve Yurttaşlar .Yurttaşların Çevrenin Korunmasındaki Rolü*-.Savaş Yayınları Ankara 1993.
  - : “Çevre Hukuku: Çevrenin Korunması-Genel Menfaat”, 6 *İz* 2008, 32-35.
- Turner, Wayne: “Clean Energy Sources: A Myth”, 27/2 *Generation and Alternative Energy Journal* 2012.s.5.
- United Nations (UN): General Comment No 15 on the Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). United Nations Committee on Economic, Social. and Cultural Rights. 2002.
- United Nations (UN), Resolution A/RES/ 64/292 on the Human Right to Water and Sanitation. United Nations General Assembly. 3 August 2010.

United Nations (UN), Resolution A/HRC/15/31 on the Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation. United Nations Human Rights Council. 24 September 2010.

Varun-Parakash, R.- Bhat, I.K.: "Life Cycle Energy and GHG Analysis of Hydroelectric Power Development in India", 7 *Int'l J. Of Green Energy* 2010, s. 361-375.

Watrous, Leanne: "The Right to Water-From Paper to Practice", 8 *Regent J. Int'l L.* 2011,s. 109-136.

Yevjevich, Vujica: "Water and Civilization". 17/4 *Water Inter'l.* 1992, 163-171.

*HAKEMLİ*

## CEZA HUKUKUNDA SAVAŞ SUÇLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Faruk TURİNAY\**

“War is delightful to those who have had no experience of it.”<sup>1</sup>  
Desiderus Erasmus

“Only the winners decide what were war crimes”.<sup>2</sup>  
Gary Wills

### A. GENEL OLARAK

Savaşlar, geleneksel bir şekilde, güçlü olana yapabileceği her muameleyi yapma imkânı verir; zayıf olan ise çaresizdir, sadece yapmak zorunda olduğu savunmayı yapar, başına gelenlere maruz kalır<sup>3</sup>. Tam da bu yüzden, savaş hali, en kötü suç fiillerinin her türü bakımından daima eşsiz bir fırsat olmuştur<sup>4</sup>.

Savaş suçları kavramı geniş ve dar anlamda değerlendirilebilir. Geniş anlamda savaş suçları savaş sırasında gerçekleşen tüm suçları ifade etmekteyken, dar anlamda (*stricto sensu*), Roma Statüsü’nde savaş suçları kapsamında düzenlenen fiilleri ifade etmektedir<sup>5</sup>. Roma Statüsü’nde yer alan

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi

<sup>1</sup> Larry Chang (ed.), *Wisdom for the Soul: Five Millennia of Prescriptions for Spiritual Healing*, Washington, Gnosophia, Publishers, 2006, s.740

<sup>2</sup> Michael Keane, *Dictionary of Modern Strategy and Tactics*, Annapolis, Naval Institute Press, 2005, s.213.

<sup>3</sup> Guénaél Mettraux, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, s.23; Venezüella Büyükelçisi Mr. Arria’ya izafe edilen bir cümleden ilham alınmıştır. Büyükelçinin sözü, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1992’de 780 sayılı kararının kabulüne ilişkin yürütülen müzakereler esnasında sarf edilmiştir. V. Morris / M. Scharf, *An Insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vol. 2, Transnational Publishers, 1995, s.147-149

<sup>4</sup> Mettraux, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, *op.cit.*, s.23

<sup>5</sup> Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.117.

savaş suçları düzenlemesi, uluslararası ceza hukuku alanındaki yavaş ve kademeli gelişimin bir ürünüdür<sup>6</sup>. Riccardo Borsari, savaş suçlarını, ulusüstü ceza hukukunun (*diritto penale sovranazionale*) gelişiminde prematüre (*anticipato*) bir kavram olarak değerlendirmektedir<sup>7</sup>.

Uluslararası ceza hukukunun varlığı hususunda herhangi bir şüphe olmuşa bile, 1998’de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün kabulünden sonra, Statü’nün 5. maddesinde düzenlediği suçları soruşturacak ve kovuşturacak genel bir yargı makamı oluşturulmasıyla, şüpheler giderilmiştir<sup>8</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası ceza hukukunun<sup>9</sup> bugüne kadar ulaştığı en yüksek noktadır<sup>10</sup>. Savaş suçları, söz konusu Statü’nün bahsedilen maddesinde sayılan dört uluslararası suçtan biridir<sup>11</sup>. O halde, savaş suçlarının doğru tanımına ulaşabilmek için önce, “uluslararası suç”un tam olarak ne olduğunu anlamak lazımdır. Hemen belirtmek gerekir ki, milli kamu düzenini ceza verilmesini gerektirecek düzeyde ihlal eden fiiller, ‘milli sınırlar içinde suç’ sayıldığı gibi; milletlerarası toplumun huzur ve nizamını ileri derecede bozan davranışlar da ‘uluslararası suç’ olarak isimlendirilebilir<sup>12</sup>. Savaş suçlarının da milletlerarası toplumun huzuruna ve

---

<sup>6</sup> Enrico Amati – Valentina Caccamo – Matteo Costi – Emanuela Fronza – Antonio Vallini, *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010, s.437

<sup>7</sup> Riccardo Borsari, *Diritto Punitivo Sovranazionale Come Sistema*, CEDAM, Milano, 2007, s.45

<sup>8</sup> Geoff Gilbert, *Responding To International Crime*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006, s.1

<sup>9</sup> Fransız ceza hukuku yazınında bu bilim dalına “droit international pénal” dendiği gibi, “droit pénal international” dendiği de görülmektedir. Bkz: André Huet / Renée Koering-Joulin, *Droit Pénal International*, Thémis Droit Puf, 2005; Hérve Ascensio / Alain Pellet / Emmanuel Decaux, *Droit International Pénal*, Pedone, 2000

<sup>10</sup> R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifile Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s X

<sup>11</sup> Statü’nün “Yargı Yetkisi, Kabul Edilebilirlik, Uygulanacak Hukuk” başlıklı 2. Bölümünde yer alan 5. maddesi şöyledir:

“1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü’ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir:

(a) Soykırım suçu;

(b) İnsanlığa karşı suçlar;

(c) Savaş suçları;

(d) Saldırı suçu.” International Criminal Court Official Web Site, Basic Legal Texts, “The Rome Statute”, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

<sup>12</sup> Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R.Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s.40; Nitekim Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Antlaşması’nın mahkemenin yargı yetkisine giren suçlara ilişkin hükmünde “uluslararası

düzenine karşı işlenen cezayı gerektiren fiiller arasında yer aldığı uzun süredir kabul gören bir düşüncedir. Biraz daha ileri gidilerek, savaş suçunun diğer uluslararası suçlara oranla, daha eski bir tarihe, asırlar öncesine dayandığı iddia edilebilir. Bu tarih 1474'tür. Germen kökenli bir asker, Peter von Hagenbach, Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nda kurulan özel ve geçici bir mahkemede ilk uluslararası savaş suçu davasının sanığı olmuştur<sup>13</sup>. Davada, Hagenbach'ın, kendisine verilen emri uyguladığını ileri sürerek yaptığı savunma kabul edilmemiştir.

Kanunlar ile örf ve adet hukuku, kadim zamanlardan beri savaş halini düzenleyegelmektedir. Bu 'bir aslını arayıp bulma öyküsü' olarak da nitelendirilebilir. Medeniyetten medeniyete, yüzyıldan yüzyıla kurallar değişirken; çağdaş alışkanlıklarla şaşırtıcı şekilde yumuşak bir hal aldığına, şurası çok önemlidir ki, yeryüzündeki çeşitli kültürlerin akdettiği antlaşmalar, dini tebliğler, askeri müesseseler; askeri çatışmalar hakkında ilkel, temel bazı kurallar oluşturmuşlardır<sup>14</sup>. Amerikan İç Savaşı esnasında yayımlanan *Lieber İlkeleri* gibi askeri kanunlar geride kalan yüzyıllar zarfında yeniden düzenlenmiş ve geliştirilmiştir<sup>15</sup>.

Savaş suçu, silahlı çatışmalar esnasında uygulanabilen, kanunlar ile örf ve adet hukukunun ciddi derecedeki ihlali olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>. Bir başka tanıma göre, silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki kurallar bütününe ait sözleşme kuralları ile teamüli normların ciddi derecede ihlal edildiğinde ortaya çıkan hukuka aykırılık, savaş suçunu ifade etmektedir<sup>17</sup>. Kendisine sıklıkla atıf yapılan ve bizim de yeri geldikçe temas edeceğimiz *Tadic* kararında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesinin tespit ettiği üzere,

- (i) Savaş suçları, uluslararası bir kuralın önemli düzeyde ihlaline dayanmalı; yani mühim değerleri koruyan bir kuralı çiğnemiş

---

toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar" ibaresine yer verilmesi, yukarıda yapılan 'uluslararası suç' tanımını destekleyici niteliktedir.

<sup>13</sup> William A. Schabas, *An Introduction To International Criminal Court*, Newyork, Cambridge University Press, Third edition, 2007, s.1

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, Ayrıca bkz: Christopher Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis' in Dieter Fleck, *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Newyork, Oxford University Press, 2000

<sup>16</sup> Robert Cryer / Hakan Friman / Darryl Robinson / Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Newyork, Cambridge University Press, Fourth Printing, 2009, s.221

<sup>17</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Newyork, Oxford University Press, Second Edition, 2008, s.81

olmalı ve bu ihlal, mağdur açısından ağır sonuçlara sebebiyet vermeli;

- (ii) Çiğnenen kural, teamülî hukuka veya uygulanabilir bir antlaşmaya ait olmalı;
- (iii) Gerçekleşen ihlal, teamülî hukuk nezdinde, kuralı çiğneyen kişinin şahsi cezai sorumluluğunu harekete geçirebilmelidir<sup>18</sup>.

Uluslararası insancıl hukuk (*international humanitarian law*) olarak da bilinen savaş hukuku (*laws of war*<sup>19</sup>), gerçekleştirilen uluslararası düzenlemelerle bireysel cezai sorumluluğu giderek genişletmektedir<sup>20</sup>.

Savaş suçlarını açıklarken kuşkusuz uluslararası insancıl hukukun (*international humanitarian law*) ne olduğuna değinmek gereklilik arz etmektedir. İnsancıl sebepler dolayısıyla silahlı çatışmaların tesirini sınırlandırmayı amaçlayan kurallar dizisine uluslararası insancıl hukuk – İngilizcesinin kısaltılmış haliyle *IHL*- denmektedir<sup>21</sup>. İnsan hakları hukuku da, uluslararası hukuk marifetiyle savaşın adil şartlarda ve birtakım kaidelere uyularak yapılmasının sağlanması olan insancıl hukukun hareket üssü ve başlangıç noktasında bulunmaktadır<sup>22</sup>.

İnsanlığa karşı suçların aksine, savaş suçları, yaygın veya sistematik bir bilinci gerektirmez. Şöyle ki, savaş suçu teşkil eden fiillerin bazıları genel kastla işlenebileceği gibi, belli bir plan kapsamında işlenmediğinde dahi yine suç oluşturur. Hiçbir şeyle bağlantısı olmayan, tek başına bir fiil dahi savaş suçu teşkil edebilir. Savaş suçları hukuku bakımından “silahlı çatışma” durumu, uluslararası bağlamda dikkate alınmaktadır<sup>23</sup>. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, savaş suçları dinamik bir yapıya sahiptir.

---

<sup>18</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, 2 October 1995, Para. 94, <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Prosecutor%20v%20Tadic%20%28IT-94-I-AR72%29%20ICTY.pdf>; Cassese, *International Criminal Law*, *op.cit.*, s.81

<sup>19</sup> *Laws of war*, Latince ifade edilen biçimiyle *jus ad bellum*'u karşılayan bir terim olup Türkçeye “savaş kanunları” değil de “savaş hukuku” olarak çevrilmesinin daha uygun olduğunu burada dile getirmek gerekir.

<sup>20</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmshurst, *op.cit.*, s.221

<sup>21</sup> International Committee of the Red Cross Web Site, “What is international humanitarian law?”, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/legal-fact-sheet/humanitarian-law-factsheet.htm?>, erişim tarihi: 16.11.2011

<sup>22</sup> Francisco Forrest Martin / Stephen J. Schnably / Richard J. Wilson / Jonathan S. Simon / Mark V. Tushnet, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008, s.2

<sup>23</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op.cit.*, s.221

Savaş ve silahlı çatışma suçlarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yoğunluk kazanmıştır. 1856 Ganimet Alma ve Ablukaya Dair Beyanname, 1864 Cenevre Sözleşmesi, 1923 Lahey Hava Savaşı Kuralları, 1925 Cenevre Gaz Protokolü, BM Genel Kurulu'nun 95 sayılı kararı: Nürnberg Mahkemesi Antlaşması'nda Kabul Edilen Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması, 1948 Soykırım Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1970 Dostça İlişkiler Bildirisi, 1972 Biyolojik Silahlar Sözleşmesi, 14 Aralık 1974 Tarihli 3314 Sayılı BM Genel Kurul Kararı ve Eki / Saldırımın Tanımı, 1976 Çevresel Değişim Tekniklerinin Askeri Yahut Düşmanca Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Sözleşme, 1980 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi, 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1989 Paralı Askerlere İlişkin Sözleşme, 1993 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi bunlardan bazılarıdır. Diğer yandan 1993 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 1994 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 2002 Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, 1994 Deniz Savaşlarına İlişkin San Remo El Kitabı, 1997 Anti-personel Mayınlar Sözleşmesi, diğer tüm uluslararası ceza mahkemelerinden daimilik özelliği sayesinde ayrılan 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü<sup>24</sup>, 2008 Demet Nitelikli Mühimmata İlişkin Sözleşme ve nihayet 31 Mayıs-11 Haziran 2010 tarihleri arasında gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Gözden Geçirme Konferans Kararı uluslararası faaliyetlerin son yıllardaki önde gelen örneklerini teşkil etmektedir<sup>25</sup>.

## B. ETİMOLOJİ

Her hukuk kavramının olduğu gibi, savaş suçlarının da dilbilimsel kökeninin araştırılmasında yarar vardır. Kavramın tekil halinden ilerlemek gerekirse, İngilizcede *war crime* olarak yer bulan bu kavram, Türkçedeki 'savaş suçu'nun tam karşılığıdır. Latince *scelus bellicum* veya *belli scelus* kavramın karşılığı olarak bulunmaktadır. Fransızcada kullanılan *crime de*

<sup>24</sup> 1998 yılında akdedilen mevzubahis antlaşmaya (resmi adıyla *Rome Statute of the International Criminal Court*) istinaden 1 Temmuz 2002'de kurulan ve fiilen 11 Mart 2003 tarihinde Hollanda'nın Lahey kentinde çalışmaya başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Court* veya *Cour pénale internationale*), benzerlerinin aksine *ad hoc* değil, daimi ve genel yetkili bir kuruluştur. Mahkemeyi kuran antlaşmanın İngilizcedeki özgün tam metni için bkz: Uluslararası Ceza Mahkemesi Resmi Web Sitesi, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEngl.pdf>, erişim tarihi: 17.11.2011

<sup>25</sup> Burada bahsedilen uluslararası antlaşma ve belgeler ile yukarıda yer verilmeyen, daha ayrıntılı başka antlaşmaların tam metinleri için bkz: Genelkurmay Başkanlığı, *Silahlı Çatışma Hukuku İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*, Cilt I ve II, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2010

*guerre*, birebir savaş veya savaş hali suçunu demektir. Şöyle ki, *crime* (“kırım” okunur) suç, *guerre* (“ger” okunur) savaş veya savaş hali (İng. *warfare*) anlamına gelir<sup>26</sup>. Kelime kökeni kısmen veya tamamen ortak olan diğer lisanlara bakmak gerekirse, İtalyancada *crimine di guerra*, İspanyolcada *crimen de guerra* varlığını sürdürmektedir. *Kriegsverbrechen* ise Almancada savaş suçunu karşılayacak şekilde kullanılmaktadır ki bileşik kelimedeki *krieg* savaş ya da savaş hali<sup>27</sup>, *verbrechen* de ciddi, önemli suç demektir<sup>28</sup>. Felemenkçede ise *oorlogsmisdaden* söz konusu terim yerine kullanılmakta olup buradaki *oorlog* savaş demektir; bununla birlikte *oorlogsmisdaden* sözcüğündeki *misdaden* her ne kadar bileşik sözcükte bu şekilde yer alsın da sözcüğün Felemenkçedeki aslı *misdaad* biçiminde yazılır ve suç anlamına gelir<sup>29</sup>. Aynı kelimenin bağımsız ve bileşik kelime içinde aldığı halin farklı olması tabiidir<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> French Linguistics Dictionary, “crime” ve “guerre” başlıkları, <http://www.french-linguistics.co.uk/dictionary/crime.html> (*crime*), <http://www.french-linguistics.co.uk/dictionary/guerre.html> (*guerre*), erişim tarihi: 18.11.2011

<sup>27</sup> Beolingus German-English Dictionary, “krieg” başlığı, <http://dict.tu-chemnitz.de/dings.cgi?lang=en&service=deen&opterrors=0&optpro=0&query=krieg&iservice=&comment=&email=>, erişim tarihi: 18.11.2011

<sup>28</sup> Beolingus German-English Dictionary, “verbrechen” başlığı, <http://dict.tu-chemnitz.de/deutsch-englisch/Verbrechen.html>, erişim tarihi: 18.11.2011

<sup>29</sup> Ectaco Dutch-English Dictionary, “oorlog” ve “misdaad” başlıkları, [http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word\\_translate1&status=translate&lang1=40&lang2=en&source\\_id=5552306](http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word_translate1&status=translate&lang1=40&lang2=en&source_id=5552306) (*oorlog*) [http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word\\_translate1&direction=2&status=translate&lang1=23&lang2=nl&source=misdaad](http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word_translate1&direction=2&status=translate&lang1=23&lang2=nl&source=misdaad) (*misdaad*), erişim tarihi: 18.11.2011

<sup>30</sup> Doğu dillerine yönelmek gerekirse, Arapçada *cerimetül harp* şeklinde telaffuz edilen terim savaş suçlarını ifade etmektedir. Türkçeye de geçen “cereme” ve “harp” sözcükleri sırasıyla suç ve savaş anlamlarını taşımaktadır. Farsça, kavramı, *cineyêti cengî* terimiyle karşılanmaktadır. Nitekim *cineyêti cengî*’yi oluşturan her iki sözcük de “cinayet” ve “cenk” olarak Türkçeye geçmiştir. Buradaki *cineyêti* suçu, *ceng* ise savaşı ifade etmektedir. Arapça ve Farsçadaki kullanımları göz önünde bulundurarak, Batı dillerinde kullanılan terimlerden anlam itibarıyla bir sapmanın olmadığını söyleyebiliriz.

Farklı dillerde tercih edilen terimlere baktığımızda ortak noktaları tespit etmek amacıyla şunları söylemek mümkündür: Bir kere terimlerde yer alan söz varlıkları, günlük yaşamda da kullanılan, sadece bilim diline has olmayan sözcüklerdir. İkinci olarak, kelime kökenlerindeki ayrışmaya rağmen, anlam hemen hiç değişmemekte ve *savaş suçu* muhafaza edilmektedir. Bu ikincisine bir şerh düşülebilir ki, bu da savaş yerine savaş hali (*warfare*, *krieg*, *guerre* vd.) anlamının da bu kelimelerce deruhte edilmesidir. Zaten, söz konusu durum, anlam bakımından ciddi bir fark oluşturmamaktadır.



## C. SAVAŞ HUKUKU KURALLARININ ORTAYA ÇIKMASI VE GELİŞİMİ

### 1. Silahlı Çatışma Hukuku Tarihine Kısa Bir Bakış

En eski dönemlerden, insanların topluluklar halinde yaşamaya başlamasından itibaren savaşlar, yokluğu düşünilemeyen bir fiil olarak insanlık tarihinde yerini almıştır. İlk medeniyetlerin kurulduğu Mezopotamya'dan Antik Yunan'a, Akdeniz havzasında hâkimiyet kuran Roma'dan Orta Asya'ya kadar yeryüzünün hemen her yerinde irili ufaklı siyasi güçler arasında savaşlar yaşanmıştır. İnsanın içinde yer aldığı her eylem gibi savaşta da hukuk kuralları örf ve adet hukuku çatısı altında zamanla teşekkül etmiştir. Bu kurallar şüphesiz savaş sırasında yapılmaması gereken davranışları –ki bunlar zamanla savaş suçları olarak anılır olmuştur– içermektedir. Dolayısıyla, savaş suçlarının tarihini tarihin başlangıcına dayandırmakta bir mahzur bulunmamaktadır.

Savaş suçları hukuku, uluslararası insancıl hukukun ihlali halinde bireylerin cezai sorumluluklarıyla ilgilenir. Ulusal hukuk düzenleri, uzun süre savaş suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasıyla meşgul olmuştur<sup>31</sup>. Mesela, Lieber İlkeleri böylesi ihlallerin yaşandığı şartlarda bireylerin cezai mesuliyetlerini tanımıştır. Buna benzer hükümler pek çok ülkenin askeri mevzuatında bulunmaktadır<sup>32</sup>.

Savaş suçları takibatına ilişkin, 1474 yılında Breisach Kuşatması esnasında işlediği fiillerden ötürü Peter von Hagenbach'ın yargılanması<sup>33</sup> gibi seçkin tarihi örnekleri hatırlattıktan sonra; yukarıda bir kısmına yer verilen uluslararası antlaşmalar ve beyannameler savaş suçları mevzuundaki birikime ciddi katkılar yaptığını söylemek icap eder. XIX. yüzyılın ikinci yarısı, uluslararası örf ve adet hukuku niteliğindeki kuralların bu bağlamda ilk yazılı uluslararası hukuk metinleri haline gelişine sahne olmuştur. Böylece, “yaşanan acıları ve sebep olunun gereksiz zararı azaltmayı amaçlayan, savaş metot ve araçları ile ilgili birtakım sınırlamalar öngören uluslararası hukuk metinleri teşkil edilmiş ve bunun sonucunda silahlı

<sup>31</sup> Timothy L. H. McCormack, “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime” in Timothy L. H. McCormack and Gerry J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes*, The Hague, Kluwer Law International, 1997; Leslie Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2000, 286-90

<sup>32</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op.cit.*, s.227; Instructions for the Government Armies of the United States in the Field, General Orders No: 100, 24 April 1863

<sup>33</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op.cit.*, 38 numaralı dipnot, s.227

çatışma hukukunun yazılı kaynakları ortaya çıkmıştır<sup>34</sup>. Bununla beraber, çağdaş anlamda uluslararası ceza hukukunun konusu olan savaş suçlarını, ilk uluslararası ceza mahkemesinin kurulduğu zamanla eşleştirmek daha isabetli olacaktır. Çünkü uluslararası düzeyde yargılanabilirlik, savaş suçlarını bugün eriştiği konuma taşımıştır.

*Savaş Zamanında 400 Gram Ağırlığın Altındaki Patlayıcı Mermilerin Kullanımından Vazgeçilmesine Dair Bildiri (Declaration Renouncing The Use, In Time of War, Of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight)* Lahey Sözleşmelerine giden yolda önemli belgelerden biridir. Belgede, böyle bir sözleşmenin kaleme alınmasının gerekçesi uzun uzadıya açıklandıktan sonra âkit tarafların, “kendileri arasında bir savaş olması durumunda patlayıcı niteliğindeki veya patlayıcı ya da yanıcı maddelerle dolu 400 gramdan daha hafif bir merminin, askeri veya deniz birliklerince kullanımını karşılıklı olarak durduracaklarını”<sup>35</sup> taahhüt ettikleri görülmektedir.

Ancak, ilk uluslararası mahkemenin kurulmasından önce, temas edilmesi gereken bir dönüm noktası varsa, bu da Lahey Sözleşmeleridir.

## 2. Lahey Sözleşmelerinin Önemi

1899 ve 1907 yıllarında Lahey’de Birinci ve İkinci Uluslararası Barış Konferansları toplanmış ve uluslararası savaş hukukuna ilişkin pek çok kaydadeğer sözleşme akdedilmiştir<sup>36</sup>. Bu konferansta imzalanan sözleşmeler, *The Hague Conventions of 1899 and 1907* olarak uluslararası doktrine girmiştir. “Hague Barış Konferansları” teriminin de kullanıldığı görülmektedir<sup>37</sup>. Alman kökenli uluslararası hukukçu Walther Schücking, bu toplantıları “Uluslararası Hague Konferansları Birliği” olarak isimlendirmektedir<sup>38</sup>.

1899’da kabul edilen “Genişleyen Mermilere –Dom-Dom Mermileri- İlişkin Beyanname” (Declaration Concerning Expanding Bullets –Dum-dum Bullets) Lahey Sözleşmelerindedir. Âkit taraflar, bu beyannameyle

<sup>34</sup> Genelkurmay Başkanlığı, *Silahlı Çatışma Hukuku İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*, *op.cit.*, Cilt I, Önsöz, s.I.

<sup>35</sup> “The Contracting Parties engage mutually to renounce, in case of war among themselves, the employment by their military or naval troops of any projectile of a weight below 400 grammes, which is either explosive or charged with fulminating or inflammable substances.” The Avalon Project, Laws of War:

<sup>36</sup> Yale Law School Web Site, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project, [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/lawwar.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp), erişim tarihi: 24.11.2011

<sup>37</sup> Permanent Court of Arbitration Web Site, Founding Conventions, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1037](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1037), erişim tarihi: 20.11.2011

<sup>38</sup> Walther Schücking, *The International Union of Hague Conferences*, Translated from the German by Charles G. Fenwick, Clarendon Press, 1918

“çekirdeği bütünüyle kaplamayan sert bir dış yüzeye sahip olan veya yarararak delen mermiler gibi vücut içerisinde genişleyen veya kolayca düzleşen mermilerin kullanılmasından sakınmak hususunda”<sup>39</sup> anlaşmaya varmışlardır

“Kara Savaşı Kuralları ve Örf ve Adetlerine Dair Sözleşme”, “Kara Savaşında Tarafsız Güçlerin ve Kişilerin Hakları ve Vazifelerine Dair Sözleşme”, “Çatışma Esnasında Düşman Ticaret Gemilerinin Vaziyetine Dair Sözleşme”, “Ticaret Gemilerinin Savaş Gemilerine Dönüştürülmesine Dair Sözleşme”, “Temas İle Patlayan Otomatik Denizaltı Mayınlarının Dökülmesine Dair Sözleşme”, “Savaş Zamanında Deniz Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen Bombardıman Hakkında Sözleşme”, “Deniz Savaşında Zaptetme Hakkının Kullanılmasıyla İlgili Belirli Kısıtlamalara Dair Sözleşme”, “Deniz Savaşında Tarafsız Güçlerin Haklarına ve Görevlerine İlişkin Sözleşme”<sup>40</sup> 1907’de kabul edilen savaş suçlarına ilişkin antlaşmalar arasında sayılabilir.

Lahey Sözleşmeleri arasında yer alan *Kara Savaşı Kuralları ve Örf ve Adetlerine Dair Sözleşme*<sup>41</sup>, “Hague IV” olarak anılmaktadır ve 18 Ekim 1907’de kabul edilmiştir<sup>42</sup>. 26 Ocak 1910 tarihinde de yürürlüğe girmiştir<sup>43</sup>. Aynı tarihte ve aynı yerde Osmanlı İmparatorluğu tarafından da

---

<sup>39</sup> “The Contracting Parties agree to abstain from the use of bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core, or is pierced with incisions.” The Avalon Project, Laws of War : Declaration on the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body; July 29, 1899, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/dec99-03.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/dec99-03.asp), erişim tarihi: 24.11.2011

<sup>40</sup> Burada yer verilen sözleşmelerin özgün isimleri sırasıyla şöyledir: Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Convention Respecting Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, Convention Relating to the Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities, Convention Relating to the Conversion of Merchant Ships into War-ships, Convention Relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines, Convention Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War, Convention Relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War, Convention Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War. Bu sözleşmelerin tam metinleri için bkz: Yale Law School Web Site, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project, [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/lawwar.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp), erişim tarihi: 19.11.2011

<sup>41</sup> Sözleşmenin bilhassa savaş suçlarına ilişkin hükümleri için bkz: Francisco Forrest Martin / Stephen J. Schnably / Richard J. Wilson / Jonathan S. Simon / Mark V. Tushnet, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008, s.503-504

<sup>42</sup> Yale Law School Web Site, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project, Laws and Customs of War on Land (Hague IV); October 18, 1907, [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/hague04.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp), erişim tarihi: 19.11.2011

<sup>43</sup> *Ibid.*

imzalanmıştır. Lozan Antlaşması hükümleriyle Türkiye Osmanlı İmparatorluğu'nun ardılı kabul edildiğinden, bu sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti'ni de bağladığı dile getirilebilir. İlave etmek gerekir ki, bu sözleşmede, çekince veya beyan yoktur<sup>44</sup>. Sözleşmenin burada değinilen özellikleri, diğer sözleşmeler için de büyük oranda geçerlidir.

Lahey Sözleşmeleri arasında sadece kara ve deniz savaşları değil hava savaşı kuralları da yer almaktadır. Her ne kadar ilgili güçler tarafından hiçbir zaman kabul edilmese de<sup>45</sup>, *Lahey Hava Savaşı Kuralları (The Hague Rules of Air Warfare)* hava savaşı hukuku bakımından kaydadeğer bir belgedir. Belgenin hukuki dokusunu gösterebilmek bakımından, mesela, 24. maddenin 3. fıkrası yararlı olabilir: “Kara kuvvetlerinin harekâtlarının çok yakın çevresinde bulunmayan şehirlerin, kasabaların, köylerin, konutların veya binaların bombalanması yasaktır. 2. fıkrada tanımlanan hedeflerin bulunduğu yerlerde, bu hedeflerin bombalanması, sivil nüfusun ayırım yapmaksızın bombalanması sonucu doğmayacak şekilde gerçekleştirilemiyorsa, uçaklar, bombardımandan kaçınmak zorundadır.”<sup>46</sup> Havacılığın yeni yeni yaygınlık kazandığı bir dönem içinde, 1923'te ‘kaleme alınan’ beyannamenin sekiz bölüm ve elli iki maddeden oluştuğu, hele de bu maddelerin -yukarıda bir örneği görüldüğü üzere- uzun ve tafsilatlı bir şekilde yazıldığı görülürse, *Lahey Hava Savaşı Kuralları*'nın, bilhassa savaş suçları açısından, görmezden gelinemeyecek tarihi/hukuki bir aşama olduğu anlaşılacaktır.

### 3. Cenevre Sözleşmeleri

Cenevre Sözleşmeleri, Cenevre Konvansiyonları adıyla da anılan, 12 Ağustos 1949 tarihinde İsviçre'nin Cenevre şehrinde pek çok ülke tarafından imzalanan, dört sözleşmeyi bünyesinde barındıran uluslararası hukuk belgesidir<sup>47</sup>. 1859'da Solferino Savaşında yaşanan vahşetten etkilenen, aynı zamanda Kızılhaç'ın kurucusu sıfatını da taşıyan Hollandalı yazar/işadamı Jean Henry Dunant'ın çabalarıyla meydana getirilmiştir.

---

<sup>44</sup> *Silahlı Çatışma Hukuku İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*, op.cit., Cilt I, s.35

<sup>45</sup> *Ibid.*, s.119

<sup>46</sup> “The bombardment of cities, towns, villages, dwellings, or buildings not in the immediate neighborhood of the operations of land forces is prohibited. In cases where the objectives specified in paragraph 2 are so situated, that they cannot be bombarded without the indiscriminate bombardment of the civilian population, the aircraft must abstain from bombardment.”, Brigham Young University Web Site, The World War One Document Archive [http://wwi.lib.byu.edu/index.php/The\\_Hague\\_Rules\\_of\\_Air\\_Warfare](http://wwi.lib.byu.edu/index.php/The_Hague_Rules_of_Air_Warfare), erişim tarihi: 19.11.2011

<sup>47</sup> Zeki Mesud Alsan, “1949 Cenevre Sözleşmeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s.37 vd.

Cenevre Sözleşmelerinin<sup>48</sup> ilki Silahlı Kuvvetlerin Savaş Alanındaki Hasta ve Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme'dir. İkincisi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme olarak anılmaktadır. Üçüncüsü, Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme adını taşımaktadır. Nihayet sonuncusu, Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'dir. Bu dört sözleşmeyi birbirine bağlayan metin, Cenevre Diplomatik Konferansı Nihai Senedi olup, burada Konferansın senede ilave edilecek 11 adet kararı da kabul ettiği hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, 8 Haziran 1977 tarihli 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek; I sayılı *Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü* ile II sayılı *Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolünü* bu sözleşmelerin birer parçası olarak görmek icap eder.

Cenevre Sözleşmeleri, gerek uluslararası ceza hukuku tarihi açısından gerekse kendine atfedilen hukuki değer bakımından büyük önemi haizdir. Sözleşmelerin, pek çok kavram ve kurum gibi Uluslararası Ceza Mahkemelerinin kuruluş sürecinde de kaydadeğer bir rol oynadığını söylemek gerekir<sup>49</sup>. Mesela, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün hükümleri incelendiğinde 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ihlalinin Mahkemenin yargı yetkisine dâhil edilmiş suçlar arasında bulunduğu tespitini yapmak mümkündür<sup>50</sup>. Daimi özellik taşıyan Uluslararası Ceza Mahkemesini yetkilendirecek şekilde benzeri bir hüküm, 1998 Roma Statüsü'nde de mevcuttur.

*Jus in bello*, geleneksel şekilde 'Cenevre hukuku' adıyla sınıflandırılır; bu aynı zamanda uluslararası insancıl hukuk ve Lahey hukuku demektir<sup>51</sup>. Bu sonuncusu savaşın yöntemleri ve anlamının düzenlenişini de ihtiva eder. Uluslararası insancıl hukukun kendisi, sivillere ilaveten yaralanma, hastalık ve esir alınma nedeniyle savaş-dışı (*hors de combat*) kalmış insanlar dâhil olmak üzere silahlı çatışmaların mağdurlarını korumayı amaçlar<sup>52</sup>. Bu ayırım,

---

<sup>48</sup> Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ile İnsancıl Hukukun kaynağı olarak Cenevre Sözleşmelerinin ilgili kısımları için bkz: Francisco Forrest Martin / Stephen J. Schnably / Richard J. Wilson / Jonathan S. Simon / Mark V. Tushnet, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008, s.164-168

<sup>49</sup> Arzu Alibaba, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2000, Cilt 49, Sayı 1-4, s.186-187

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, s.137

<sup>52</sup> *Ibid.*

doğrusu, tamamen yapaydır. İki kısım arasında büyük oranda bir örtüşme mevcuttur. Cenevre Sözleşmeleri kınanan davranışın ağırlık derecesi, yani ciddi ihlaller (*grave breaches*) ve ‘ciddi ihlaller’ kapsamında olmayan diğer yasaklı fiillerden ibaret olacak biçimde ihlalin iki tarzını tanımaktadır<sup>53</sup>. Uluslararası insancıl hukuk nezdinde, her iki ağır ihlal türünün ve Sözleşme hükümlerine karşı yapılan diğer tüm tecavüzler hukuk dışı sayılmasına rağmen; ağır ihlallerin özelliklerine göre ayrılmasındaki maksat şudur ki, bu suçlar, ancak uluslararası silahlı çatışmalar esnasında ve Sözleşme tarafından tasarlandığı üzere, korumaya alınan insanlar ve eşyalara karşı işlenebilecek ve bir de uluslararası yargının konusu haline gelebilecektir<sup>54</sup>. Netice itibariyle bu suçlar, uluslararası hukuka göre bireysel cezai sorumluluğa yol açacaktır. ‘Ağır ihlal’ olarak nitelendirilemeyecek ihlallerde, bu durum ne yazık ki *ipso facto*, yani kendiliğinden, eşyanın tabiatı gereği, aynı şekilde aydınlanmayacaktır. Bu eksiklik, ‘savaş kurallarının ve teamülü’ bakımından da geçerlidir. Cenevre Sözleşmelerinde bu konuya dair açık bir cezai hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu fiillerin suç olarak tanınması ancak herhangi bir devletin iç hukuk mevzuatında veya uluslararası bir mahkemenin kurucu antlaşmasında bu ihlallerin cezalandırdığı hallerde mümkün olabilecektir. Özellikle, teamüli uzlaşmanın sağlanması sayesinde savaş kuralları ve teamülünü ihlal eden fiiller, uluslararası hukukun genel cezalandırma sürecinin tesiriyle cezalandırılabilir.<sup>55</sup>

#### 4. İkinci Dünya Savaşı Sonrası

Uluslararası ceza hukukunun önemli kaynaklarından biri olan, 8 Ağustos 1945’te imzalanan Londra Şartı (*London Charter*)<sup>56</sup> ile kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (*International Military Tribunal*) İkinci Dünya Savaşının galibi olan Amerika Birleşik Devletleri, Sovyetler Birliği, Fransa ve İngiltere tarafından desteklenmiştir. Bu devletler mahkemeye, birer hâkim ve birer temsilci göndermişlerdir. Mahkeme, Almanya’nın Nürnberg kentinde kurulmuştur. Bu nedenle, bu Uluslararası Askeri Mahkeme, “Nürnberg Mahkemesi ve Davaları” olarak tarihe geçmiştir.

Savaş suçları, Nürnberg Sözleşmesi (*Nuremberg Charter*) olarak da zikredilen Londra Sözleşmesinin “yargılama yetkisi ve genel ilkeler” başlığı

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Londra Şartı’nın (*London Charter of International Military Tribunal*) genel özellikleri ile özgün tam metni için bkz: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Resmi Web Sitesi, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39614.html>, erişim tarihi: 19.11.2011

altında yer alan 6. maddenin b bendinde yer almıştır<sup>57</sup>. Bundan başka, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca 1950 yılında kabul edilen uluslararası hukuk ilkelerinden altıncısı barışa karşı suçlar ile insanlığa karşı suçlara ilaveten savaş suçlarını “uluslararası hukuk kapsamında cezalandırılabilir suçlar”dan saymıştır. Komisyon savaş suçlarının kapsamını şu şekilde tespit etmiştir:

Kasten öldürme, kötü muamele veya sivil nüfusun köle işçiliği için sınırdışı edilmesi veya işgal altındaki topraklarda kullanılması, savaş esirlerinin veya denizdeki kişilerin kasten öldürülmesi veya onlara kötü muamelede bulunulması, esirlerin öldürülmesi, kamu mallarının ve özel mülkiyetin yağmalanması, şehirlerin, kasabaların veya köylerin sebepsiz yere yıkılması veya askeri mecburiyetle haklı kılınmaksızın harap edilmesini içeren, ancak bunlarla sınırlı olmayan, savaş hukukunun ve örf ve adetlerinin ihlali<sup>58</sup>.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun benimsediği ilkeler *Nürnberg İlkeleri* olarak tanınmaktadır. İlkeler hakkında, *Uluslararası Askeri Mahkemeye İlişkin Londra Sözleşmesi*'nin hükümlerinin açıklaması olduğunu söylemekte fayda vardır. Her iki belgenin maddeleri paralellik arz etmektedir.

## **D. SAVAŞ SUÇLARININ HUKUKİ MAHİYETİ**

### **1. Fail**

“Savaş suçunu kimler işleyebilir?” sorusuna cevap ararken, “askerler, komutanlar, idareciler, devlet başkanları” gibi akla ilk gelen muhtemel kişilerin hukuken fail olarak nitelendirilmesinin isabetli olup olmadığı kadar tartışılması gereken bir mevzu daha vardır ki, o da savaş suçu faillerinin bu sayılanlardan ibaret olup olmadığıdır. Öte yandan, tüzel kişilerin, mesela devletin savaş suçu işleyip işleyemeyeceği, uç bir savrulma noktası gibi görülse de tartışıldığına rastlanılmaktadır. Özellikle basında ve internet

---

<sup>57</sup> Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Resmi Web Sitesi, Article 6, (b) “Jurisdiction and General Principles”, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39614.html>, erişim tarihi: 19.11.2011

<sup>58</sup> “Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation of slave labor or for any other purpose of the civilian population of or in occupied territory; murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the Seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.” International Committee of the Red Cross Web Site, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/390>, erişim tarihi: 19.11.2011; Özgün İngilizce metin, 5 Haziran-29 Temmuz 1950 tarihleri arasında gerçekleştirilen ikinci oturumu da ihtiva eden Uluslararası Hukuk Komisyonu raporunda yayınlanmıştır. (Belge A/1316, s.11-14)

sitelerinde filanca devletin savaş suçu yüzünden itham edildiğine dair yorumlar görmek mümkündür<sup>59</sup>.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, 2 Ekim 1995 tarihli *Tadic* kararında savaş suçunun işlendiğinden bahsedebilmek için “ihlalin bireysel cezai mesuliyetin doğmasını gerektirmesi” şartının olmazsa olmaz bir özellik taşıdığına hükmünde yer vermiştir<sup>60</sup>. Bu karardan hareketle, savaş suçunun failinin, en azından yürürlükteki hukuk nezdinde, kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde, bir insan olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Savaş suçları hukuku, yalnız silahlı kuvvetlerin ve grupların mensupları ile bunların liderlerini bağlamaz. Hakikat, bir failin silahlı bir gücün üyesi oluşu, silahlı çatışma ile irtibatlandırılmasını kolaylaştırır; fakat bu şart değildir<sup>61</sup>. Sivillerin davranışı, çatışmanın taraflarından birine atfedilemeyecek vasıfta olsa bile, davranış ile netice arasında irtibat kurulabiliyorsa, bir savaş suçu teşkil edebilir.

Daha zor bir soru da failin silahlı çatışmadan haberdar olmasının gerekip gerekmediğidir. Bunun cevabı, (suçun unsuru olarak değil uluslararası muhakemeyi başlatması bakımından) silahlı çatışmanın varlığının, şüpheden masun bir delil veya yargısal / asli bir şart olup olmadığı saklıdır<sup>62</sup>. Bir başka tabirle, silahlı çatışma, savaş suçunun olmazsa olmaz bir koşulu mudur? Eğer öyleyse, failin silahlı çatışmanın farkında olmasının şart olduğu söylenebilir. Mahkeme içtihadı şöyledir: Çatışmanın bilinmesi, şüpheden masun bir delilse veya bilindiği kesinse, çatışmanın varlığının farkında olunup olunmadığı araştırılmalıdır<sup>63</sup>. Kordic davasında Temyiz Dairesi, silahlı çatışma fiili sanığının, silahlı çatışmaya ilişkin sahip olduğu bilgisinin konu ile ilgili olduğuna ve dikkate alınmasına hükmetmiştir<sup>64</sup>. Böylece fail, ancak silahlı çatışmadan haberdarsa cezalandırılacaktır.

---

<sup>59</sup> Emptywheel Web Site, “US Government Covered Up War Crimes Committed by CIA’s Warlord”, <http://emptywheel.firedoglake.com/2009/07/10/us-government-covered-up-war-crimes-committed-by-cias-warlord/>, erişim tarihi: 25.11.2011

<sup>60</sup> Tezcan / Erdem / Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku, op.cit.*, s.565

<sup>61</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, op.cit.*, s.239

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Tadic, International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, T. Ch. II, 07.05.1997, parag. 572

<sup>64</sup> Kordic, International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, A. Ch. 17.12.2004, parag.311



## 2. Mağdur

Savaş suçlarının pek çok tanımı, suçun mağduru veya nesnesi hakkında kesin ve açık kıstaslar içermektedir. Mesela, Cenevre Sözleşmelerinde savaş suçları hukukunun açık ihlali için suçun “korunan insan ve nesnelere” etkilemesi şart koşulmuştu<sup>65</sup>. Pekâlâ, “korunan insanlar” kimlerdi? Bunlar, tahmin edilebileceği gibi, siviller<sup>66</sup>, savaş esirleri<sup>67</sup> ve hastalık, yara veya kazalardan ötürü artık savaşması imkânsız olan savaşçılardır<sup>68</sup>. Benzer şekilde, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü’nün de atıfta bulunduğu ve aşağıda tamamına yer verilen Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak üçüncü maddesi, “çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları dâhil hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış (*hors de combat*) kişiler”i de korumaktadır. Bu sınırlamalar lüzumludur; zira bazı fiiller, mesela taammüden öldürme, bir savaşçıya karşı işlendiğinde, suç teşkil etmez<sup>69</sup>. Şüphesiz, elinde silah olan ve savaşçı sıfatıyla meydanda olan birine karşı yapılan fiil ile silahsız ve savaşma niyeti olmayan birine karşı işlenen davranış bir tutulamayacaktır.

Diğer savaş suçları, suçun belirli bir mağdurunu veya nesnesi ekseninde ele alınır. Buna örnek olarak, sivil nüfus, sivil varlıklar, insancıl yardımla uğraşan kişiler, savunmasız şehirler verilebilir. Bazı savaş suçları ise, savaş alanındaki davranışları tanzim eder. Savaşçıların lüzumsuz yere maruz kaldıkları ıstırapların azaltılması amacıyla, sırf bu nedenle bile, savaşçılar suçun kurbanı olarak korumaya alınır<sup>70</sup>. Tarafların zarar verici güçlerini yarıştırdığı bir ortamda, her şeye rağmen, tarafları oluşturan savaşçıların gereğinden fazla acı çekmesi böylece engellenebilecektir.

Uluslararası insancıl hukuk (UİH), bir çatışma hakkında taraflar arasında karşılıklı verilen sözlerle geliştiğinden, pek çok UİH kuralı,

---

<sup>65</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., s.240

<sup>66</sup> Savaş Esnasında Sivillerin Korunmasıyla İlgili IV numaralı Cenevre Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri için bkz: Francisco Forrest Martin / Stephen J. Schnably / Richard J. Wilson / Jonathan S. Simon / Mark V. Tushnet, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008, s.508-509

<sup>67</sup> Savaş Esirlerine Karşı Muameleyle İlgili III numaralı Cenevre Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri için bkz: Martin ve diğerleri, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008, s.506-508

<sup>68</sup> Savaş Alanındaki Yaralı ve Hasta Silahlı Kuvvetler Mensuplarının Şartlarının İyileştirilmesiyle İlgili I numaralı Cenevre Sözleşmesi için bkz: Martin ve diğerleri, *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Cambridge University Press, 2008, s.505-506

<sup>69</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., s.240

<sup>70</sup> *Ibid.*

‘düşman’la yakınlığı olan şeylere karşı yapılan davranışları düzenler<sup>71</sup>. Düşman, bu kuralların oluşmasında fevkalade etkilidir. Onun için, pek çok savaş suçu, ancak karşı tarafın “gücü” ve “yed-i kudreti” sayesinde birilerinin mağdur sayılabilmesini gerektirir<sup>72</sup>. Savaşan taraflar, birilerinin ‘mağdur’ sayılmasında mutabık kalmadıkça, o birileri, suçun mağduru konumunu elde edemeyecektir. Bu tabloda ilk akla gelen, tabii ki, devletlerarasında doğan silahlı çatışmalardır.

Ne var ki, yakın tarih göstermiştir ki, çatışmalar pek de karmaşık değildir. Bosna’daki silahlı çarpışmalar, yakın komşuluk ilişkilerinden dolayı, uluslararası bir konuma sahiptir. Fakat aynı zamanda bu çatışmalar büyük oranda etnik bir çatışmadır. İnsanlar çoğu kez bir diğer etnik topluluğa mensup kişiler yani anlaşmazlığın diğer bir tarafı tarafından hapsedilmiş ve kötü muamele görmüştür. Bununla beraber, aslında hepsi aynı milliyete mensuptur. Cenevre Sözleşmelerini lâfzen, harfi harfine uygularsak, bu insanlar koruma göremeyecektir. Zira onlar gerçekten birbirlerinin hasmı olsalar da hepsi aynı pasaportu taşımaktadır<sup>73</sup>.

Tadic kararında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, aynı uyuğa / milliyete sahip toplulukların bağlılığı ve sadakatini, alt-kimliğin<sup>74</sup> milliyetten daha çok bağlılık zemini haline geldiğini göz önüne almıştır. Böylece Daire, alışılmış usullerden ziyade ilişkilerin gerçek vaziyetini dikkate almıştır<sup>75</sup>. Biçimden çok özü esas alan bu yaklaşımın daha adil bir kararın çıkmasında pay sahibi olduğu ileri sürülebilir.

### 3. Maddi Unsur

Ceza hukukunun genel ilkeleri arasında yer alan tasniflerden maddi ve manevi unsur bakımından savaş suçunu incelemek, keza suçun failinin ve mağdurunun kim veya kimler olabileceğini araştırmak suçun tam olarak nasıl bir yapıya sahip olduğunu anlamayı kolaylaştıracaktır. Genel anlamıyla, maddi unsur “fiil”i ifade eder. Ceza hukukunda da fiilden kasıt, hareket, netice ve ikisi arasında bulunması gereken illiyet bağıdır<sup>76</sup>. Bununla

<sup>71</sup> *Ibid.*; Ayrıca bkz: Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Newyork, Cambridge University Press, 2002, s.121-238

<sup>72</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmshurst, *op.cit.*, s.240

<sup>73</sup> *Ibid.*, s.240-241

<sup>74</sup> Yazar, burada “ethnicity” kelimesini kullanmaktadır; daha rahat anlaşılmasını sağlamak için bu terim alt-kimlik olarak tercüme edilmiştir.

<sup>75</sup> Cryer et al, *op.cit.*, s.241

<sup>76</sup> Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2008, s.163

beraber savaş suçu öyle bir fiildir ki, olsa olsa ancak savaş sırasında işlenebilir. *Nullum crimen crimen sine lege; nullum poena sine lege* ilkesini de dikkate olarak, savaş suçunun maddi unsurunun, uluslararası antlaşmalarda savaş suçu teşkil ettiği belirtilen fiillerden ibaret olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda söz konusu antlaşmalara bakmak icap eder. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nün 2. bölüm, 8. maddesinde savaş suçu oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu durumda savaş suçunun maddi unsurunu mevzubahis Statü hükmü kadar geçerli ve iyi açıklayan bir kaynak bulmak zor olsa gerektir. Roma Statüsü savaş suçlarını şu şekilde saymaktadır:

(a) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin çok ciddi şekilde ihlali, başka bir deyişle, Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre korunan şahıs ve mallardan herhangi birine karşı aşağıdaki fiiller:

i) Kasten öldürme;

ii) Biyolojik deneyler dâhil işkence veya insanlık dışı muamele;

iii) Vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma;

iv) Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak mülkiyetin yaygın yok edilmesi veya sahiplenilmesi;

v) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması;

vi) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, kasti olarak adil ve olağan yargılanma hakkından yoksun bırakılması;

vii) Hukuka aykırı sürgün ya da nakletme ya da hukuka aykırı alıkoyma

viii) Rehin alma.

(b) Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri, yani, aşağıdaki fiillerden herhangi birisi:

i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivil bireylere ya da sivil nüfusa karşı kasten saldırı yöneltilmesi;

ii) Askeri olmayan, yani askeri maksatlı olmayan sivil hedeflere karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

iii) Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında, siviller ya da sivil nesnelere sağlanan korumadan yararlanma hakları olduğu sürece, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre, barış gücü ya da insani yardıma

tahsis edilmiş görevli personel, tesis, malzeme, birlik veya araçlara kasten saldırı yöneltilmesi;

iv) Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelerin zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması;

v) Savunmasız veya askeri hedef oluşturmayan kent, köy, yerleşim yeri veya binaların bombalanması veya bu yerlere herhangi bir araçla saldırılması;

vi) Silahını bırakmış, kendisini savunma araçlarından yoksun ve isteğiyle teslim olmuş bir askeri öldürme veya yaralama;

vii) Teslim bayrağını, Birleşmiş Milletler veya düşman bayraklarını, askeri rütbelerini ve üniformalarını, yine aynı şekilde Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini, uygunsuz şekilde kullanarak ölüme veya ciddi yaralanmaya sebebiyet verme;

viii) İşgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının bu ülke içinde veya dışında sürülmesi veya nakli;

ix) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi;

x) Karşı tarafın hâkimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması;

xi) Düşman ulus ya da orduya bağlı bireylerin haince öldürülmesi veya yaralanması;

xii) Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme;

xiii) Savaşın gereklilikleri el-koyma veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mülkiyetinin imha edilmesi veya bu mallara el konulması;

xiv) Düşman taraf uyruklu kişilerin, mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin ortadan kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etme;

xv) Düşman taraf uyruklu kişileri, savaş başlamadan önce savaşan tarafın hizmetinde bulunmuş olsalar bile kendi devletlerine karşı savaş hareketlerinde yer almaya zorlama;

xvi) Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa bile bir kenti ya da yeri yağmalama;

xvii) Zehir veya zehirli silahların kullanılması;

xviii) Boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması;

xix) Çekirdeği tam kapatmayan veya yarararak ayrılan mermiler gibi insan vücuduna kolayca giren veya vücutta parçalanan mermi kullanılması;

xx) Gereksiz yaralanmaya veya ıstıraba yol açan veya 121 ve 123. maddeler hükümlerine uygun olarak bu Statü'ye bir ek şeklinde dahil edilmesi ve geniş yasaklamaya tabi olması halinde, kendiliğinden ve ayırım yapmadan uluslararası savaş hukuku ihlalleri oluşturan silah, mermi, malzeme veya savaş yöntemleri kullanılması;

xxi) İnsan onuruna hakaret eder nitelikte, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlar;

xxii) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması;

xxiii) Belli noktaları, alanları veya askeri güçleri askeri operasyonlardan muaf tutmak için, bir sivilin veya diğer korunmuş bir kimsenin varlığının kullanılması;

xxiv) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde, Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini kullanan binalara, malzemeye, sağlık ve ulaşım birimlerine kasten saldırı düzenlenmesi;

xxv) Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dâhil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının, bir savaş yöntemi olarak kullanılması;

xxvi) 15 yaşından küçük çocukların ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması;

(c) Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere, silahlarını bırakmış silahlı

kuvvetler mensupları dâhil hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış (hors de combat) kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller:

i) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence;

ii) İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar;

iii) Rehin alma;

iv) Kanuna dayalı ve gerekliliği genel kabul görmüş hukuksal güvencelere sahip, olağan bir mahkeme kararı olmadan cezalandırma ve infaz;

(d) Paragraf 2 (c) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve çatışmalara uygulanmaz.

(e) Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri; yani aşağıdaki eylemlerden herhangi biri:

i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

ii) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi;

iii) Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

iv) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi;

v) Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa dahi, bir kenti ya da yeri yağmalama;

vi) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması;

vii) 15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması;

viii) Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi;

ix) Karşı tarafın savaşımlarını haince öldürme veya yaralama;

x) Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme;

xi) Karşı tarafın hâkimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması;

xii) Savaşın gereklilikleri el-koymayı veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması;

(f) Paragraf 2 (e), uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve ara sıra meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikte diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. Bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalarda uygulanır<sup>77</sup>.

#### 4. Manevi Unsur

Hassas unsurlardan biri de failin hukuka aykırı saldırıyı gerçekleştirdiği sıradaki durumu hakkındaki bilgidir<sup>78</sup>. Taraf Devletler Meclisi'nce yayınlanan ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nü açıklayıcı nitelikteki asli kaynaklardan biri olan "Suçun Unsurları", zaman odaklı bir şekilde erişilebilir olan bu bilgiyi açıklığa kavuşturmuştur<sup>79</sup>. Bu durum, ceza hukukunun genel ilkeleri ve devletlerin uygulamalarıyla tutarlı, istikrarlı ve kalıcı hale gelmiştir<sup>80</sup>. Suçların manevi unsurunun maddi unsura göre daha

<sup>77</sup> International Criminal Court Official Web Site, Rome Statute of International Criminal Court, s.5-6-7-8-9, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEngl.pdf>, erişim tarihi: 25.11.2011; Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Web Sitesi, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü", [http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi\\_ceza\\_%20mahkemesi\\_roma\\_statusu.pdf](http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_%20mahkemesi_roma_statusu.pdf), erişim tarihi: 25.11.2011

<sup>78</sup> Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, op.cit.*, s.252

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

tartışmalı olduğu bilinmektedir. Manevi unsur, *mens rea* olarak da anılır<sup>81</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 3. bölüm 30. maddesinde, savaş suçlarına ilaveten insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçları için genel bir manevi unsur düzenlemesi yapmıştır. Statü, “1. Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde ceza sorumluluğu vardır ve cezalandırılabilir. 2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kastı vardır: (a) Davranışla ilgili olarak davranışta bulunmayı istemesi; (b) Neticeyle ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya davranışının olağan etkisiyle neticenin gerçekleşeceğinin farkında olması. 3. Bu maddenin amacına uygun olarak "bilmek", davranışın olağan neticesi olarak bir durum varlığının veya olayların olağan seyrine göre bir sonuç doğuracağını farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır.” hükümlerine yer vermektedir<sup>82</sup>.

Görüldüğü üzere, Statü, “kast” ile “bilme” şartlarını, iki ayrı kusurluluk hali olarak düzenlemiştir. Bu telakkinin Kıta Avrupası hukuk düzenindeki kast anlayışıyla çeliştiğini ve Anglo-Sakson tarzıyla bağdaştığını burada söylemek lazımdır. Kıta Avrupası hukuk düzeninde, “bilme” (*knowledge*) kastın (*intent*) bir unsuru olarak kabul edilir<sup>83</sup>. Anglo-Sakson veya *Common Law* düzeninde ise, “bilme” şartı, manevi unsur içinde kendine mahsus, özerk bir alana sahiptir<sup>84</sup>.

Bu iki yaklaşım arasındaki fark bir yana bırakılırsa, savaş suçunun manevi unsuru hakkında, en azından yürürlükteki hukuk bağlamında, genel manevi unsur bilgileri ile Statü'deki hükmün esas alınması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla, bir kişinin savaş suçunu işlemekten sorumlu tutulabilmesi için, savaş suçunun yukarıda belirtilen maddi unsurlarını gerçekleştirmeyi istemesi, neticeye sebep olma amacı gütmesi ve yaptığı davranışın hayatın tabii akışı içinde neticeyi doğurabileceğinin farkında olması şartlarının birlikte sağlanması gerekir. Aksi halde, kişi veya kişiler savaş suçundan sorumlu tutulamaz.

Statü'nün kast unsuruna ilişkin hükmünde yer alan “davranışının olağan etkisiyle neticenin gerçekleşeceğinin farkında olması” (*aware that it will occur in the ordinary course of events*) ile bilme unsuruyla ilgili hükmündeki “Bu maddenin amacına uygun olarak "bilmek", davranışın olağan neticesi

<sup>81</sup> J. W. C. Turner, “The Mental Element in Crimes at Common Law”, *The Cambridge Law Journal*, 1936, Volume 6, s. 31-66 Published Online: 16 January 2009

<sup>82</sup> International Criminal Court Official Web Site, Rome Statute of International Criminal Court, s.5-6-7-8-9, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, erişim tarihi: 25.11.2011

<sup>83</sup> Tezcan / Erdem / Önok, *op.cit.*, s.469

<sup>84</sup> *Ibid.*



olarak bir durumun varlığının veya olayların olağan seyrine göre bir sonuç doğuracağına farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır.” (For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly) ibareleri arasında ciddi bir anlam farkı olduğunu söylemenin zor olduğu kanaatindeyim. Her iki kısımda da *davranışın olağan etkisineticesi* (ordinary course of events) tabiri ortak olduğu gibi, kaydadeğer bir farklılık göze çarpmamaktadır.

## 5. İç Karışıklıklar “Savaş Suçu” Teşkil Edebilir Mi?

### a) Kavramın Tanımı

Birtakım olayların bir uluslararası ‘savaş’ mı, yoksa ulusal sınırlar içinde sayılan bir çatışma mı olduğu meselesini aydınlatmak için, öncelikle, ‘iç çatışma’nın ne olduğunu açıklamakta fayda vardır. İç çatışmanın tanımına ulaşmaya çalışırken, hem pozitif hukuk düzenlemesi oluşu hem de konuyla doğrudan ilgili derli toplu bir tanıma bünyesinde yer vermesi bakımından öncelikle, 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II numaralı Protokol’e bakmak gerekir. Belgenin maddi uygulama alanına dair 1. maddesi şöyledir:

1. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3’üncü maddesini, mevcut şartlarını ve uygulamalarını değiştirmeksizin geliştiren ve tamamlayan bu protokol, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokolün (Protokol I) 1. maddesi kapsamı dışında bırakılan ve bir Yüksek Âkit Tarafın ülkesinde, onun silahlı kuvvetleri ile muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında devamlı ve planlı askeri harekâtlar gerçekleştirebilecek ve bu Protokolü uygulayabilecek şekilde o Yüksek Âkit Tarafın ülkesinin bir kısmı üzerinde kontrol sağlamış diğer örgütlü silahlı topluluklar arasında meydana gelen bütün silahlı çatışmalara uygulanacaktır.
2. Bu Protokol, silahlı çatışma vasfını taşımayan ayaklanmalar, münferit ve düzensiz olarak ortaya çıkan şiddet fiilleri ve benzeri tabiata sahip diğer eylemler gibi iç karışıklık ve gerginlik durumlarında uygulanmayacaktır<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> International Committee of The Red Cross Official Web Site, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-

Metinden anlaşılacağı üzere, Sözleşmeye taraf olan devletlerin egemenlik sınırları dâhilinde, onun silahlı kuvvetleri ile muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında devamlı ve planlı askeri harekâtlar gerçekleştirebilecek ve bu belgenin uygulanabileceği ölçüde taraf devletin topraklarının bir kısmı üzerinde kontrol sağlamış diğer örgütlü silahlı topluluklar arasında meydana gelen bütün silahlı çatışmalar ‘iç çatışma’ olarak adlandırılabilir. Yine hükümde belirtildiği gibi, belli bir düzeyin altındaki iç karışıklıklar, savaş suçu işlenebilir iç çatışma sayılmayacaktır. Bu düzeyin, silahın kullanılmadığı ayaklanmalar, düzensizce veya bireysel boyutta meydana gelen şiddet ve etki olarak bu ölçüde sonuç doğuran diğer fiillerin üzerinde bulunduğu söylenebilir.

Egemen devletlerin resmi kuvvetleri başta olmak üzere tüm silahlı örgütlerin faaliyetlerini ciddi düzeyde sınırlandıracak böylesine bir konuda, Roma Statüsü’nü dikkate almak bir gerekliliktir. Antlaşma, deyim yerindeyse, iç çatışmanın ne olduğunu değil, ne olmadığını hükme bağlamıştır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, bu metin, uluslararası ve iç çatışmalar arasında bir ayrım gitmiş ve hangi durumda hangi fiillerin savaş suçu teşkil ettiğini açıkça sayarak birbirinden tefrik etmiştir.

Statü’nün 8. maddesinde, “savaş suçları” başlığı altında bulunan, aşağıda değerlendireceğimiz 2. fıkranın (d) bendi hükmü şöyledir:

Paragraf 2 (c) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz.

Bu kuralın hukuki anlamının belirlenmesinde, hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan mantık kurallarından biri olan mefhum-u muhalefet<sup>86</sup> (argumentum a contrario, aksi ile kanıt) kullanılabilir. Şöyle ki, hükümde geçen ve bizim ‘iç çatışma’ olarak isimlendirdiğimiz ‘uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar’ kavramının Statü’nün hiçbir yerinde doğrudan bir tanımı bulunmamaktadır. Buna mukabil, yukarıdaki hükümde, iç çatışma olup olmadığından kuşku duyulabilecek bazı olayların iç çatışma düzeyinde sayılmayıp, o olaylarda gerçekleşecek fiiller bakımından koruma getirilmediği görülmektedir. Buna göre, gösteriler, münferit veya ara sıra meydana gelen şiddet hareketleri ve bu derecedeki fiiller, iç çatışma olarak kabul edilmeyecektir. O halde, mefhum-

---

International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977  
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/475?OpenDocument>

<sup>86</sup> Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.176 vd.

u muhalefet kuralı sayesinde, yetersiz olmakla birlikte şöyle bir tanıma erişilebilir: “İç çatışma, nadiren veya münferit olarak gerçekleşen şiddet hareketleri ve benzeri tabiata sahip olaylar hariç olmak kaydıyla uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır.” Nitekim hemen hemen aynı cümlelere, yukarıda temas edilen Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokolün söz konusu maddesinde rastlanmaktadır. Şüphesiz bu tesadüf değildir. Roma Statüsü, Cenevre Sözleşmelerine paralellliğini ‘iç çatışma’ların tanımı noktasında da sürdürmektedir<sup>87</sup>.

Kendisine sıklıkla atıf yapılan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin *Tadic* kararı da, iç çatışmaların tanımı bakımından yol gösterici vasıftadır. Mahkeme, ‘gerçekleştiği sırada meydana gelen fiillerin cezalandırıldığı bir silahlı çatışmanın’ ya devletler arasında olması gerektiği ya da “müzmin, uzun süren silahlı şiddet” (*protracted armed violence*) yaşanması halinde ise hükümet kuvvetleri veya aralarında devletlerin de yer alabileceği örgütlü silahlı gruplar arasında ortaya çıkabileceğini belirtmiştir<sup>88</sup>. Bu içtihadattan hareketle, iç çatışmanın tanımına “uzun süren, müzminleşmiş silahlı şiddet” unsurunu yerleştirmekte sakınca olmayacaktır. Böylelikle, tanımın aldığı yeni hal şöyle olabilir: “İç çatışma, nadiren veya münferit olarak gerçekleşen şiddet hareketleri ve benzeri tabiata sahip olaylar hariç olmak kaydıyla, uzun süren, müzminleşmiş uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır.”

#### **b) Cenevre Sözleşmeleri, Roma Statüsü ve EYUCM’nin Yaklaşımı**

Savaş Mağdurlarının Korunması İçin Uluslararası Sözleşmeler Akdedilmesine Yönelik Diplomatik Konferans, 1949 yılında Cenevre’de toplandığı sırada, temsilcilerin üzerinde ittifak ettikleri şey, sonuçlandırmayı umdukları sözleşmelerin uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanacağıydı<sup>89</sup>. Uluslararası Kızıl Haç Heyeti’nin bu sözleşmeleri iç çatışmalara teşmil edilmesini amaçlayan çabaları, devletlerin iç işlerine müdahale ve isyan, ihtilal, karışıklık, dağılma, parçalanmayı hedefleyen teşebbüsler olarak addedilip reddedildi<sup>90</sup>. Konferans müşterek bir tavırla, iç savaşların mağdurlarını korunması arzusundan uzaklaşarak şimdilerde Cenevre Sözleşmesi arasında yer alan ortak üçüncü maddeyi kabul etti. Uluslararası

<sup>87</sup> Uluslararası olmayan iç çatışmalarla ilgili bkz: Michael N. Schmitt – Charles H. B. Garraway – Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, <http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC.pdf>

<sup>88</sup> Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 70

<sup>89</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Newyork, Oxford University Press, 2004, s.188

<sup>90</sup> *Ibid.*

Adalet Divanı, Nikaragua meselesinde, bu hükmü, temel insanlık değerlerine riayet edilmesi ve iç çatışmaların her çeşidine mecburen uygulanması hakkında çok küçük bir role sahip olduğu sonucu çıkacak şekilde yorumladı. Bu, uluslararası örf ve adet hukuku alanında bir kuralı meydana getirdi<sup>91</sup>.

Cenevre Sözleşmeleri'nin dördünde de yer alan ünlü üçüncü madde "uluslararası nitelikte olmayan çatışmalar" başlığını taşımaktadır ve içeriği şöyledir:

"Yüksek âkit taraflardan birinin ülkesinde meydana gelen, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda çatışmanın her bir tarafı asgari düzeyde aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaklardır.

(1) Silahlarını bırakmış olan ve hastalanma, yaralanma, esir edilme veya diğer herhangi bir sebeple savaş dışı kalmış bulunan silahlı kuvvetler mensuplarını da içerecek şekilde, çatışmalara doğrudan iştirak etmeyen kimselere, her durumda, ırk, renk, din ve inanç, cinsiyet, doğum veya zenginlik veya buna benzer diğer herhangi bir kıstasa dayalı olarak aleyhte bir ayırım yapılmaksızın, insanca muamele edilecektir. Bu kapsamda, herhangi bir zamanda ve her nerede olursa olsun, yukarıda anılan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki hareketler yasaktır ve yasak olarak kalacaktır.

(a) Kişilerin hayatına veya kişilere yönelik şiddet, özellikle her türlü adam öldürme, sakat bırakma, acımasız muamele ve işkence;

(b) Rehin almalar;

(c) Şahsi haysiyeti zedelemeye yönelik fiiller, bilhassa, küçük düşürücü ve alçaltıcı muamele;

(d) Medeni milletler açısından vazgeçilmez olarak kabul edilen yargısal teminatları tanıyan daimi bir mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar olmaksızın, cezaların onaylanması ve infaz edilmesi.

(2) Yaralı ve hastalar çatışma alanından toplanacak ve onlarla alakadar olunacaktır. Uluslararası Kızılhaç Örgütü gibi bir tarafsız insani teşkilat çatışmanın taraflarına hizmetlerini sunabilecektir. Çatışmanın tarafları, ayrıca, bu sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamının veya bir kısmının, özel antlaşmalar vasıtasıyla yürürlüğe konulmasına gayret sarf edeceklerdir.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması, çatışmanın taraflarının hukuki durumunu etkilemeyecektir."<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> "In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

Görüldüğü üzere, Cenevre Sözleşmeleri, ne kadar eski bir tarihte kaleme alınsa da, âkit devletlerin kendi içindeki silahlı çatışmalarda dahi riayet etmesi gereken ve hiç de azımsanamayacak birtakım kurallar vazetmiştir.

Roma Statüsü'nün sekizinci maddesinde, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek 34 tane (m. 8/2-a ve b), iç silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek 16 tane (m. 8/2-c ve e) cezalandırılabilir fiil türü öngörülmüştür. Bu sayede, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde görülen Tadic davasından beri gelişmekte olan anlayışa uygun olarak, iç silahlı çatışmalar sırasında da savaş suçlarının işlenebileceği Roma Statüsünde de kabul görmüştür<sup>93</sup>. Bununla birlikte, gelişmekte olan bir anlayış da vardır ki, o da şudur: Silahlı çatışmanın niteliği ne olursa olsun, bunun yürütülmesi aynı kurallara bağlanması aynı kaidelere bağlanmalıdır; bu nedenle, uluslararası olan silahlı çatışmalarla iç silahlı çatışmalar bakımından ayrı bir kurallar bütününe öngörülmesi yanlıştır<sup>94</sup>.

---

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

(2) The wounded and sick shall be collected and cared for. An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict. The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention. The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”

The Guardian Newspaper Official Web Site, Full text of the 1949 Geneva Convention on the treatment of prisoners of war, Geneva Convention Relative To The Treatment Of Prisoners Of War Of August 12, 1949 (Geneva Convention III), Entry into Force: 21 October 1950, <http://www.guardian.co.uk/world/1999/apr/01/balkans18>, erişim tarihi: 25.11.2011

<sup>93</sup> R. Murat Önok, “Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor”, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu & Almanya Büyükelçiliği, s.36, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Web Sitesi, Raporlar, 23 Temmuz 2010, [http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM\\_rapor-web.pdf](http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf), erişim tarihi: 25.11.2011

<sup>94</sup> Antonio Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, s.150

## E. TÜRK HUKUKUNDA SAVAŞ SUÇLARI

Türk ceza hukuku bakımından ilk dikkate alınması gereken asli kaynak olan Türk Ceza Kanunu'nda, savaş suçlarına dair doğrudan veya dolaylı bir düzenleme mevcut değildir. Kanunun ikinci kitabının birinci kısmı uluslararası suçlara tahsis edilmiştir. Bu kısım soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarla ilgili hükümlerden oluşmaktadır. Savaş suçlarının uluslararası niteliğinden ötürü, kanunun uluslararası suçlar kısmında düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Yine de kanun bir bütün olarak incelendiğinde, metinde “savaş” kelimesinin 69 kez zikredildiği görülmektedir. Bu kelimenin kullanımı büyük nispette ‘devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar’, ‘devletin güvenliğine karşı suçlar’, ‘anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı suçlar’, ‘milli savunmaya karşı suçlar’, ‘devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk’ bölümlerinde yoğunlaşmaktadır. Ayrıca, savaş suçları hukuku bakımından kaydadeğer görülen “savaş zamanı”<sup>95</sup> ibaresi de kanunda 16 yerde geçmektedir. Ne var ki, “savaş için” veya “savaş zamanında” kanunca cezalandırılması öngörülen fiiller arasında, buraya kadar ele aldığımız savaş suçları hukukunun yasakladığı davranışlar bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Türk Ceza Kanunu, her ne kadar savaş halini öngörmüşse de, savaş zamanında yapılması men edilmiş davranışları devleti zor duruma düşürebilecek fiillerle sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla, mağdur olarak korunan bireyler değil, kamu düzeni ve devlettir. Nitekim “savaş” kelimesinin geçtiği hükümler, devletin çeşitli unsur ve değerlerine karşı işlenen suçları düzenlemektedir.

Türk hukukunda savaş suçlarını araştırırken bakılması gereken ikinci asli kaynak, Askeri Ceza Kanunudur. Bu kanunun kabul tarihi 22 Mayıs 1930'dur. Askeri Ceza Kanunu'nda bazı “harp hükümleri”nin olduğu bir gerçektir; bunların sayısı yukarıda ele aldığımız onlarca savaş suçu tipine nazaran epey azdır. Zaten bu hükümlerin de dar ve burada ele aldığımız anlamda “savaş suçu” olarak düzenlendiği söylenemez. Kanun, savaş durumunda işlenen bazı fiilleri “askeri suç” olarak cezalandırılmaktadır; ancak fiil, “savaş suçu” olarak vasıflandırılmadığı gibi, yargılama da bu başlık altında yapılmamaktadır<sup>96</sup>. Askeri Ceza Kanunundaki kısmen savaş suçları kapsamında sayılabilecek bu suçlar şunlardan ibarettir:

m. 122'deki ganimet almak suçu;

m. 123'teki yağmacılık suçu;

m. 125'teki zaruret olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip etmek suçu;

<sup>95</sup> Uluslararası belgede çoğu zaman “at the time of war” şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>96</sup> Önok, “Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor”, *op.cit.*, s.40

- m. 126'daki zorla yağmacılık suçu;
- m. 127'deki muharebe meydanlarında ölümlerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz etmek suçu;
- m. 128'deki ahaliye kanunsuz tasarrufta bulunma suçu;
- m. 159'daki muharebe meydanında hıyanet ve muhariplerin mallarına tecavüz etmek suçu<sup>97</sup>.

Görüldüğü üzere, bu hükümlerin kapsamının çok dar olmasına ilave olarak, sanık da “savaş suçu”ndan hüküm giymemektedir<sup>98</sup>. Türk Ceza Kanununda veya Askeri Ceza Kanununda değişiklik yapılmak suretiyle savaş suçlarına yer verilmesi gerekirdi. Oysa Türkiye, 1977 tarihli Ek Protokolleri henüz imzalamamış olsa da, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraftır. Bu antlaşmalar devletlere yönelik genel bazı mükellefiyetler getirmektedir. Ne var ki, günümüze kadar gerekli cezai hükümlerin yürürlüğe konması konusunda TBMM tarafından uluslararası hukukun söz konusu icabı yapılmamıştır<sup>99</sup>.

Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümleri kanun gibi bağlayıcıdır. Bu hükümler taraf devletlerin yükümlülüklerini düzenlemektedir<sup>100</sup>. Bu nedenle, doğrudan uygulanabilir (*self-executive*) vasıfta değildir; kişisel cezai sorumluluğa temel teşkil edebilecek şekilde, kanunilik ilkesinin gerektirdiği belirliliğe sahip değildir. Dolayısıyla, Türkiye'nin yargı yetkisi dâhilinde bir savaş suçu işlenirse, bunun Cenevre Sözleşmeleri anlamında bir savaş suçu kapsamında nitelendirilip yargılanması mümkün olmayacak; Askeri Ceza Kanunumuzdaki birkaç maddeden ibaret hükümlere göre yargılama yapılacaktır. Burada hüküm bulunmadığı takdirde, Türk Ceza Kanunundaki adi suç tiplerine göre muhakeme yapılabilecektir. İleride Roma Statüsü'ne katılma yoluyla taraf olmamız halinde bile, bu Sözleşme'deki tanımların, en azından bir kısmının, Anayasanın alakalı hükmü gereğince iç hukukta doğrudan uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>101</sup>. Savaş suçu olduğu iddia edilen bir fiilin, TCK'daki adi suçlara ilişkin hükümlere göre yargılanması halinde adalet duygusunu tatmin edecek bir kararın çıkma ihtimalinin yüksek olduğunu söylemek, ne yazık ki zordur<sup>102</sup>. Çünkü savaş suçları başlı kanunlaştırılması zorunlu olacak kadar karmaşık, pek çok farklı biçimde işlenebilecek bir suç tipidir.

<sup>97</sup> Muzaffer Yasin Aslan, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s.274

<sup>98</sup> Önok, *op.cit.*, s.40

<sup>99</sup> Önok, “Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor”, *op.cit.*, s.40

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Savaş suçlarının Türk cezai muhakeme yetki alanında işlenmesi halinde nasıl cezalandırılacağı, verilebilecek cezanın yeterliliği ile ilgili bkz: Önok, “Uluslararası Ceza

## SONUÇ

Savaş suçları, tarihin ilk dönemlerinden beri işlenen, fakat yargılandığı oldukça az görülen suçlardandır. 1998 Roma Statüsü'yle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması uluslararası ceza hukuku bakımından fevkalade önemli bir gelişmedir. Bununla beraber gerek milli hukuk düzenleri gerekse uluslararası hukuk alanında savaş suçları konusunda eksiklikler bulunmaktadır. Bu sebeple, uluslararası toplum düzeninin ceza verilmesini gerektirecek düzeyde ihlali olan savaş suçlarına dair çalışmalar, kamuoyu ve yazılı düzenlemeler boyutu ihmal edilmeden sürdürülmelidir.

Savaş suçlarına ilişkin olarak Türk hukukunda, eski tarihli Askeri Ceza Kanunu'nda bulunan düzenlemelerin yetersiz olduğu açıktır. Bu yetersizlik uluslararası metinlerdeki savaş suçlarıyla ilgili düzenlemeler dikkate alındığında daha net biçimde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, sözü edilen hükümlerin genel ceza kanununda (*code*) değil de özel ceza kanunlarından biri olan Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olması da eleştiriye açıktır. Savaş suçlarının önemi ve diğer bazı uluslararası suçların genel ceza kanununda düzenlenmiş olması göz önünde tutulduğunda savaş suçlarıyla ilgili düzenlemelerin özel kanunda değil Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bazı uluslararası suçlar düzenlenmiş olmasına rağmen savaş suçlarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Roma Statüsü'nde yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçların TCK'da yer almasına karşılık savaş suçlarının düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir. Bu nedenle, savaş suçları, Statü'de benimsenen savaş suçları tanımından yararlanılarak, Türk Ceza Kanunu'nun uluslararası suçlar bölümünde düzenlenmelidir.

Bu noktada, yapılacak düzenlemelerin boyutu tartışılabilir. Şöyle ki, savaş suçlarına ilişkin en yeni tarihli düzenleme olan Roma Statüsü'nde bu suç grubunun oldukça ayrıntılı düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla aynı kapsamda bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda yer almasının doğru olmayacağı söylenebilir. Bununla beraber Roma Statüsü'nde maddeler halinde sıralanan savaş suçu oluşturan fiillerin ortak noktaları belirlenerek bir tanım oluşturulabilir. Bir başka olasılık da söz konusu fiillerin en genel nitelik taşıyan unsurlarının suç tanımında kullanılmasıdır. Ancak, Statü'de belirtilen tüm savaş suçu fiillerini kapsayabilmesi açısından fiillerin ortak özelliklerinin belirlenmesiyle tanım yapılması seçeneği daha makul görünmektedir.

---

Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor", *op.cit.*, s.40-45



## KAYNAKÇA

### I. BASILI KAYNAKLAR

1. ALİBABA, Arzu, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2000, Cilt 49, Sayı 1-4
2. ALSAN, Zeki Mesud, “1949 Cenevre Sözleşmeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 37-57
3. AMATI, Enrico – CACCAMO, Valentina – COSTI, Matteo – FRONZA, Emanuela – VALLINI, Antonio, *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010
4. AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2014
5. ASLAN, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006
6. BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010
7. BORSARI, Riccardo, *Diritto Punitivo Sovranazionale Come Sistema*, CEDAM, Milano, 2007
8. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Newyork, Oxford University Press, Second Edition, 2008
9. CASSESE, Antonio, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999
10. CRYER, Robert / FRIMAN, Hakan / ROBINSON, Darryl / WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Newyork, Cambridge University Press, Fourth Printing, 2009
11. GENELKURMAY BAŞKANLIĞI, *Silahlı Çatışma Hukuku İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*, Cilt I ve II, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2010
12. GILBERT, Geoff, *Responding To International Crime*, International Studies in Human Rights, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, 2006
13. GÖZLER, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998
14. GREEN, Leslie, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2000
15. GREENWOOD, Christopher, ‘Historical Development and Legal Basis’ In Dieter Fleck, *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2000

16. KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Newyork, Oxford University Press, 2004
17. MARTIN, Francisco Forrest / SCHNABLY, Stephen J. / WILSON, Richard J. / SIMON, Jonathan S. / TUSHNET, Mark V., *International Human Rights & Humanitarian Law Treaties, Cases, & Analysis*, Newyork, Cambridge University Press, 2008
18. McCORMACK, Timothy L. H., "From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime" in Timothy L. H. McCormack and Gerry J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes*, The Hague, Kluwer Law International, 1997
19. METTRAUX, Guénaél, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005
20. ÖNOK, R. Murat, *Tarihi Perspektifyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003
21. ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008
22. PROVOST, Rene, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Newyork, Cambridge University Press, 2002
23. SCHABAS, William A., *An Introduction To International Criminal Court*, Newyork, Cambridge University Press, Third edition, 2007
24. SCHUCKING, Walther, *The International Union of Hague Conferences*, Translated from the German by Charles G. Fenwick, Clarendon Press, 1918
25. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R.Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009
26. TURNER, J. W. C., "The Mental Element in Crimes at Common Law", *The Cambridge Law Journal*, 1936, Volume 6, s. 31-66 (Published Online: 16 January 2009)

## II. İNTERNET KAYNAKLARI

1. Asylum Law Database, <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Prosecutor%20v%20Tadic%20%28IT-94-1-AR72%29%20ICTY.pdf>
2. Beolingus German-English Dictionary, “krieg” ve “verbrechen” başlıkları, <http://dict.tu-chemnitz.de/dings.cgi?lang=en&service=deen&opterrors=0&optpro=0&query=krieg&iservice=&comment=&email=>, <http://dict.tu-chemnitz.de/deutsch-englisch/Verbrechen.html>
3. Brigham Young University Web Site, The World War One Document Archive [http://wwi.lib.byu.edu/index.php/The\\_Hague\\_Rules\\_of\\_Air\\_Warfare](http://wwi.lib.byu.edu/index.php/The_Hague_Rules_of_Air_Warfare)
4. Committee of the Red Cross Web Site, “What is international humanitarian law?”, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/legal-factsheet/humanitarian-law-factsheet.htm?>
5. Ectaco Dutch-English Dictionary, “oorlog” ve misdaad” başlıkları, [http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word\\_translate1&status=translate&lang1=40&lang2=en&source\\_id=5552306](http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word_translate1&status=translate&lang1=40&lang2=en&source_id=5552306) (*oorlog*) [http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word\\_translate1&direction=2&status=translate&lang1=23&lang2=nl&source=misdaad](http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word_translate1&direction=2&status=translate&lang1=23&lang2=nl&source=misdaad)
6. Emptywheel Web Site, “US Government Covered Up War Crimes Committed by CIA’s Warlord”, <http://emptywheel.firedoglake.com/2009/07/10/us-government-covered-up-war-crimes-committed-by-cias-warlord/>
7. French Linguistics Dictionary, “crime” ve “guerre” başlıkları, <http://www.french-linguistics.co.uk/dictionary/crime.html> (*crime*), <http://www.french-linguistics.co.uk/dictionary/guerre.html> (*guerre*)
8. International Criminal Court Official Web Site, Rome Statute of International Criminal Court, s.5-6-7-8-9, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>
9. Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Web Sitesi, R. Murat Önok, “Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor”, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu & Almanya Büyükelçiliği, s.36, , Raporlar, 23 Temmuz 2010, [http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM\\_rapor-web.pdf](http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf)
10. Permanent Court of Arbitration Web Site, Founding Conventions, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1037](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1037)
11. The Avalon Project, Laws of War : Declaration on the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body; July 29, 1899, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/dec99-03.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/dec99-03.asp)

12. The Guardian Newspaper Official Web Site,  
<http://www.guardian.co.uk/world/1999/apr/01/balkans18>
13. Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Web Sitesi, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü”,  
[http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi\\_ceza\\_%20mahkemesi\\_roma\\_statusu.pdf](http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_%20mahkemesi_roma_statusu.pdf)
14. United Nations High Commissioner for Refugees Official Web Site,  
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39614.html>
15. Yale Law School Web Site, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project,  
[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/lawwar.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp)

# BİRDEN ÇOK EVLİLİK SUÇU (TCK M.230/1-2)

*Prof. Dr. Hamide ZAFER\**

## I. Genel Olarak

Aile, yapısı ve kapsamı sürekli değişikliklere uğrayan bir kurumdur. Günümüzde *aile*, çocukların yaratılması ve yetiştirilmesini sağlamak için cinsel hayat temelinde oluşmuş toplumdaki en küçük insan grubudur<sup>1</sup>. Aile, evlenme yoluyla iki kişi arasında sabit bir ilişki ile kurulur ve bu kişilerin toplum tarafından kabul edilir şekilde çocuk yapmalarını ve doğan çocuklarla birlikte ayrı bir birey halinde yaşamalarını sağlar<sup>2 3</sup>. Aile kavramı, her şeyden önce eşleri ve çocukları kapsamına alır<sup>4 5</sup>. Bu grup içindeki ilişkiler, cinsi hayat isteği, anne şefkati, aşk, ekonomik ve sosyal bakımdan güven içinde olma, nesli sürdürme gibi duygu ve saiklere dayanır.

Evlilik ve aile, sosyal düzenin temelidir. Bir toplumun özelliği, aile ilişkilerine göre belirlenir. Ailenin korunması, geniş anlamda toplumun korunması anlamına gelir. Aile bireylerinin birbirlerine karşı yükümlülüklerini ihmal etmeleri, toplumun gücünü kaybetmesine yol açar. “Aile düzeni”, bireysel değerlerden ayrı bir değer olarak korunmaya layıktır.

---

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Aile, tarihi süreçte her kurum gibi değişime uğramıştır. Tarihsel süreçte aile kavramı için bak. **Dinçkol, Bihterin**, “Devlet-Aile”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, IX 1-3(1995), 114 vd.

<sup>2</sup> **Dönmezer, Sulhi**, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1983, 387.

<sup>3</sup> Bazı sosyologlar, zaman zaman ailenin kuruluşu ve aile bireyleri arasındaki ilişkileri ve yükümlülükleri farklı tanımlamaktadırlar. Örneğin homoseksüel evlenmeler, hipi kolonileri şeklinde yaşama gibi aile ve evlenme kurumları yerine bazı yeni alternatif yaşam şekilleri de ileri sürülmektedir. Bak. **Dönmezer**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 377-388.

<sup>4</sup> **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, 286.

<sup>5</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dar bir aile kavramından hareket etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından aile hayatına saygı hakkı (m.8/1), erkek veya kız kardeşler ya da büyükanne ve babalar ile torunları arasındaki bağlar gibi, en azından yakın akrabalar arasındaki bağları da içerir. Çünkü böyle bağlar, aile hayatında önemli bir rol oynar. Marckx-Belçika-13.6.1979, Seri A No.31, parag.45, **Dutertre, Gilles**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2003, 318-319.

Kural olarak aile, evlenme akdi ile kurulur. Diğer bir söyleyişle evlenme akdi ile iki kişi arasındaki ilişki sabit bir hale gelir ve hukuki sonuçlar doğurmaya başlar. Birçok ülkede yürürlükte olan hukuk kuralları, kadın ve erkeğin resmi evlilik sözleşmesi ile bir arada yaşamasını öngörmektedir. Resmi evlilik sözleşmesine dayanan bu fiili birliktelik, evlilik olarak adlandırılmaktadır. Hukuk düzenince öngörülen resmi evlilik düzeni, monogami (tek eşlilik) düzeni olarak adlandırılmaktadır. Hukuk düzenine göre, ikinci resmi evlilik ancak ilk evliliğin hukuki yollardan veya ölüm ile sona ermiş olmasına bağlıdır. Hukukun öngördüğü bu evlilik düzeni, bu düzene yönelik eylemler suç olarak tanımlanıp ceza yaptırımına bağlanarak korunmaya çalışılmaktadır. Bigami olarak da adlandırılan<sup>6</sup> birden çok evlilik, birçok ülkede suç olarak kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nda da bigami evlenme engellerinden biri olarak gösterilerek yasaklanmıştır. Bu yasak, Türk Ceza Kanunu'nun 230/1-2. maddesinde tanımlanan suç ile koruma altına alınmıştır.

Birden çok evlilik suçu, hileli evlenme ve resmi evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptırma suçları ile birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın ikinci kitabında, "*Topluma Karşı Suçlar*"a ilişkin üçüncü kısmın "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" başlıklı sekizinci bölümünde, 230. maddede düzenlenmiştir.

TCK m.230'da, birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel törenle evlenme ve evlendirme olmak üzere *dört suç* tanımlanmıştır.

TCK m.230/1-2'de ***birden çok evlilik*** suçu "evli olmasına rağmen veya kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptırmak" olarak,

TCK m.230/3'de ***hileli evlenme*** suçu, "gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak" olarak,

TCK m.230/5'de, ***evlenmenin dinsel törenini yaptırma*** suçu, "aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptırmak" olarak,

TCK m.230/6'da ***evlenmenin dinsel törenini yapma*** suçu, "evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapma" olarak,

tanımlanmış ve aile düzeninin korunması amaçlanmıştır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> **Fabrizy, Ernst Eugen**, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Wien 2006, §192, k.no.1.

<sup>7</sup> Çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler için bak. **Nuhoğlu, Ayşe**, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, 15-16.

<sup>8</sup> TCK m.230-Gerekçe.

## II. 765 sayılı Türk Ceza Yasası'ndaki Düzenleme

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 230. maddesindeki suçların karşılığını 765 sayılı TCK'nın 237. maddesindeki suçlar oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK m.237/1-2'de, evlenmeleri yasak olan kişilerin evlenmesi, evlendirilmesi, yasak evliliği sevk ve yasak evliliğe rıza gösterme suçu<sup>9</sup>; TCK m.237/3-5'te dini evlilik suçu<sup>10</sup>; TCK m.237/6'da ise dini evliliği ihbar etmeme suçları düzenlenmiştir<sup>11 12</sup>.

Birden çok evlilik suçu, diğer suçlarla birlikte 765 sayılı TCK'da "Devlet idaresine karşı işlenen suçlar" arasında gösterilmiştir. Bu düzenlemede, suçların, memur suçu özelliği ağır basmaktaydı. Suçların düzenleniş şekli dikkate alındığında maddenin amacının, kamu görevlilerinin fonksiyonunu korumak olduğu veya bu amacın ön planda tutulduğu görülmekteydi. Öğretide, evlenme işlemlerini yapan memurlar ile bu işlemleri yaptıran vatandaşların aynı hüküm içinde cezalandırılıyor olmaları ve vatandaşların işlediği bu fiilin aile nizamını koruyan suçlar arasında değil de devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmiş olması

<sup>9</sup> *Evlenmeleri yasak olan kişilerin evlenmesi suçu* şu şekilde tanımlanmıştır: "Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetlerini bildikleri halde akidlerini yapan evlenme memurlar ile bu suretle evlenenler ve bunları evlenmeye sevk eden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapsedilir. /Kanunî şartlara riayet etmeksizin evlenme kâğıdı veren memur, bir aydan üç aya kadar hapsedilir".

<sup>10</sup> *Dini evlilik suçu* şu şekilde tanımlanmıştır: "Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren kâğıdı görmeden bir evlenme için dinî merasim yapanlar hakkında da bundan evvelki fıkra yazılı ceza verilir. Aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinî merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. /Erkek evli olduğu takdirde verilecek ceza altı aydan üç seneye kadar hapidir. Erkeğin evli olduğunu bilen kadına da aynı ceza verilir". Evlenmenin dini merasimini yaptıranlara ilişkin hüküm, 3038 sayılı Yasayla eklenmiştir.

<sup>11</sup> *Dini evliliği ihbar etmeme suçu* şu şekilde tanımlanmıştır: "Muhtarlar aralarında evlenme akdi yok iken evlenmenin dinî merasimini yaptıklarına muttali oldukları kimseleri salâhiyetli makama bildirmeğe mecburdurlar. Bu hususta ihmal gösterenler beş liradan yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve tekrürü halinde ayrıca bir aya kadar hapsedilir". Bu hüküm, 3038 sayılı Yasayla eklenmiştir.

<sup>12</sup> Suç, 765 sayılı TCK'nın mehzaz metni olan ve *Zanardelli Kanunu* olarak anılan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun "Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler" başlığını taşıyan Sekizinci Bab'ın Birden Fazla Evlilik başlığını taşıyan Altıncı Faslı'nda yer alan 359. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Her kim sahih bir nikâh ile mertub iken diğerini akdeder ve her kim kendisi serbest olsa bile sahih bir nikâh ile başkasına bağlı bir kimse ile nikâh akdederse bir seneden üç seneye kadar ağır hapis veya hapis cezası görür. /Eğer fail, kendi vaziyeti hakkında nikâh akdeden kimseyi iğfal ederse, ceza üç seneden yedi seneye kadar ağır hapidir". Bak. **Majno**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1980, 212

eleştirilmekteydi<sup>13</sup> <sup>14</sup>. 5237 sayılı Kanun'da suçun aile düzenini koruyan suçlar arasında düzenlenmesi ve aile düzenini koruyucu nitelikte tanımlanması yerinde olmuştur<sup>15</sup>.

765 sayılı TCK'da, hileli evlilik suçuna yer verilmemiştir. Bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile kabul edilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece ikinci resmi evlilik cezalandırılmamış tüm evlenme yasakları ihlal edilerek yapılacak evlenmeler yaptırım altına alınmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından kısaca evlenme yasaklarının ihlalinin suç olarak tanımlandığını söylemek mümkündür. Bu nedenle suç teşkil eden evlenme, birinci evlilik de olabilirdi. Örneğin, usul-füruğ ile evlenme, evlenmeye engel akıl hastalığına rağmen evlenme halinde bu evlilik birinci evlilik de olsa suç teşkil etmekteydi. Bu durumların hiç birisi tek başına 5237sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmemektedir. Diğer bir söyleyişle ikinci evlilik dışında, eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması, eşlerden birinin evlenmeye engel olacak tarzda akıl hastası olması gibi evlenme yasaklarına aykırı davranarak evlenmek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olmaktan çıkartılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen suçlarla ilgili olarak zamanaşımının başlangıç süresinin belirlenmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK m.230/4'de, söz konusu maddede tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımının, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı gösterilmiştir.

Bu suçlara 1958 tarihi Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda yer verilmemiştir<sup>16</sup>. 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda ise sadece resmi nikâh bulunmadan evlenmenin dini töreninin yaptırılmasının cezalandırılması öngörülmüştür. Dini nikâhı yapanın eylemi suç olarak tanımlanmamıştır<sup>17</sup>. Bu konunun çözümü iştirak hükümlerine bırakılmış olmalıdır.

---

<sup>13</sup> **Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-208), İstanbul 1992, 195.

<sup>14</sup> **Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C.III, 3. Bası, Ankara 1985, 399.

<sup>15</sup> 765 sayılı TCK döneminde öneriler de bu yöndeydi. Bak. **Erman/Özek**, 195.

<sup>16</sup> Bak. Türk Ceza Kanunu Layihası, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1958.

<sup>17</sup> 1989 Tasarısı m.326.



### III. Örnek Düzenlemeler

Bigami, önceleri zina olarak nitelendirilmiştir. Bigamiden açık olarak ilk defa 13. yüzyılda bahsedilmeye başlanmıştır. PGO<sup>18</sup> m.121’de, “zinadan daha büyük suç” olarak görülmüş ve Roma hukukunun aksine karşılığında ölüm cezası öngörülmüştür. Genel Hukuk, bu ağır cezadan dolayı suçun oluşması için ayrıca tarafların birlikte olmasını aramaktaydı (1751 tarihli Bavyera Ceza Hukuku Kodeksi 16 §5; 1786 tarihli Theresiana 78 §6)<sup>19</sup>.

Suç, Alman Ceza Kanunu’nun “Kişisel Durum, Evlilik ve Aile Aleyhine Suçlar” başlıklı 12. Bölümü’nde m.172’de düzenlenmiştir. Çifte evlilik başlığını taşıyan bu hüküm şu şekildedir: “Her kim evli olduğu halde evlenirse veya her kim evli birisiyle evlenirse üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayla ya da para cezasıyla cezalandırılır”.

19 Ekim 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun<sup>20</sup> özel suçlara ayrılan ikinci kitabının 11. Başlığı “Aileye Karşı Suçlar”dır. Bu başlığın birinci bölümü evliliğe karşı suçlara ayrılmıştır. 556. maddede çifte evlilik suçu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, medeni hukuka ilişkin etkilere sahip bir evlilikle bağlı olan kişi, yine medeni hukuka ilişkin etkileri olan bir başka evlilik yaparsa cezalandırılır. Evli olmayan bir kişi de medeni hukukta etki doğuran bir evlilikle bağlı olan bir kişiyle evlenirse o da aynı şekilde cezalandırılır. Eğer fail, evlendiği kişiyi, kişisel durumu hakkında bir hataya sevk etmişse, cezası arttırılır. Fail tarafından gerçekleştirilen ilk evliliğin yokluğu açıklanır veya ikinci evlilik çift evlilikten başka bir nedenle iptal edilirse suç ortadan kalkar; hüküm verilmişse cezanın infazı ve neticeleri ortadan kalkar. 557. maddeye göre, bu eylemlerden dolayı zamanaşımı, iki evlilikten birinin feshedilmesi veya ikincisinin çift evlilik olarak hükümsüzlüğünün açıklandığı gün başlar. İtalyan CK’nın 558. maddesinde, hileyle evlenmeye kandırma suçu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, medeni hukuka göre sonuçlar doğuracak bir evliliğe gidiş sürecinde, önceki evliliğinin dışında başka bir engelin varlığını eşinden kurnazca gizleyen kişinin, bu evliliğin gizlenen nedenle iptal edilmesi halinde cezalandırılması öngörülmüştür.

İsviçre CK’nın “Aileye Karşı Cürüm ve Cünhalar” şeklindeki 6. başlığının altında 215. maddede, çok evlilik veya kayıtlı çok ortaklık suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Her kim evli olduğu halde veya

<sup>18</sup> Peinliche Gerichtsordnung [Karls V.] Constitutio Criminalis Carolina.

<sup>19</sup> **Maurah, Reinhart/Shcroeder, Friedrich-Cristian/Manfred, Maiwald**, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Heidelberg 2005, §63, k.no.3. Alman hukukunda zina da 25.6.1969 tarihli 1. Ceza Kanunu Değişikliğiyle suç olmaktan çıkartılmıştır.

<sup>20</sup> **Riz, Roland/Bosch, Johanna**; Italienisches Strafgesetzbuch, (Codice penale Italiano), Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995.

kaydedilmiş bir ortaklık içinde yaşadığı halde, bir evlilik yaparsa veya bir ortaklık kaydettirirse, aynı şekilde her kim, evli veya kayıtlı bir ortaklık içinde yaşayan bir kişiyle evlilik yapar veya ortaklık kaydettirirse üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile veya para cezasıyla cezalandırılır". İsviçre CK'nın bu hükmü, monogam (tek eşli) evlilik kurumunu ve 18 Haziran 2004 tarihli Aynı Cinsiyetteki Çiftlerin Kayıtlı Ortaklığına Dair Federal Kanun'un 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren aynı cinsten kişiler arasında gerçekleştirilen kayıtlı ortaklık kurumunu da korumaya başlamıştır.

Fransız CK'da birden çok evlilik fiilleri suç olarak tanımlanmamıştır.

Avusturya CK'nın "Evliliğe ve Aileye Karşı Cezalandırılabilen Hareketler" başlığını taşıyan 9. Bölümü'nde birden çok evlilik başlığı altında 192. maddede bu suça yer verilmiştir. Bu hükme göre, her kim, evli olduğu halde yeni bir evlilik yaparsa veya her kim evli bir kişi ile evlilik yaparsa üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

1995 tarihli Ceza Hukuku Reformu ile yenilenen İspanya Ceza Kanunu'nun<sup>21</sup> ikinci kitabının, 12. başlığı, "Ailevi İlişkilere Karşı İşlenen Cezai Eylemler" şeklindedir. Bu başlık altında iki alt başlığa ve dolayısıyla iki bölüme yer verilmiştir. Birinci bölüm, "Kanuna Aykırı Evlilik"; ikinci bölüm, "Küçüğün Durumunun veya Bir Aileye Aidiyet Durumunun, Babalığın Gerçeğe Aykırı Olarak Değiştirilmesi, Çocuğun Kaybedilmesi (Unterschiebung)" başlığını taşımaktadır. Kanuna aykırı evlilik üç hükümde düzenlenmiştir. Madde 217'ye göre, kanuna uygun bir evliliğin varlığını bilerek ikinci veya daha fazla evlilik yapan kişi altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 218. maddeye göre, her kim, diğer eşe zarar vermek için etkisiz bir evlilik yaparsa altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer fail, evliliğin daha sonra geçerli olduğunu açıklarsa cezasız kalır. Madde 219'a göre ise, belgelerde yokluk nedeni not edilmiş bulunan bir evliliği onaylayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile ve iki yıldan altı yıla kadar kamu görevinde çalışmama cezasıyla cezalandırılır.

06.06.1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun, "Aileye ve Velayet Hakkına Karşı Suçlar" başlıklı 26. bölümünde bu suça yer verilmiştir. Madde 206'ya göre, her kim evli olduğu halde evlilik yaparsa cezalandırılır<sup>22</sup>. Polonya yasa koyucusu sadece evli olan eşini cezalandırmıştır.

<sup>21</sup> **Hofmann, Markus**, Das spanische Strafgesetzbuch, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg 2002, Tercüme, 31 Aralık 2001 tarihli metin esas alınmıştır.

<sup>22</sup> **Weigend, Eva**, Das polnische Strafgesetzbuch, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg im Breisgau 1998.

İran İslam Ceza Kanunu'nun "Ailenin Korunması" başlıklı 645. maddesine göre, ailenin korunması için devamlı evliliğin, boşanmanın ve tekrar evliliğe dönüşün kaydettilmesi zorunludur. Eğer bir erkek, evlenme veya boşanma için bir noterde kayıt yaptırmadan, evlenir veya eşini boşarsa veya ona dönerse en fazla bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir.

#### IV. Suçla Korunan Hukuki Değer

*Birden çok evlilik* suçu, özel hukukta ifade edilen tek eşlilik prensibinin (MK m.145/1)<sup>23</sup> ihlalinin cezai karşılığını oluşturur (TCK m.230/1-2)<sup>24</sup>. Bu suçla, tek evlilik prensibi üzerine kurulmuş olan resmi evlilik düzeni yani Medeni Kanun'un evliliğe ilişkin sistemi korunmaktadır<sup>25</sup>.

Suçun aynı zamanda aileyi yani aile olarak isimlendirilen fiili birlikteliği koruduğu<sup>26</sup> da kabul edilmektedir. Çünkü ikinci evlilik, birinci evlilikle hak sahibi olmuş olan eşin ve çocukların maddi menfaatlerine de zarar verir. Aslında birden çok evlilik suçu ile her iki evliliğin de tarafları maddi ve manevi olarak zarar görür ve her iki evlilik düzeni de bu durumdan zarar görür. Örneğin ikinci evlilik, ilk evlilik nedeni ile batıl sayılarak iptal edilse bile ikinci evlilikten olan çocuklar ve eş, hak sahibi olmaya devam eder. Nitekim aile düzeninin korunmasına ilişkin yararın üstün tutulması gerektiği kabul edilmiş olacak ki suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Aile Düzenine Karşı Suçlar" arasına alınmıştır<sup>27</sup>.

Birden çok evlenme suçu, tüm suçlar gibi geniş anlamda kamu düzenini de bozar. Aile düzenlerinin bozulması sonuçta kamu düzeninin bozulmasına neden olur.

Suç, ikinci evlilik yaşayımın ihlal edilerek ikinci evlilik işlemlerinin tamamlanması ile oluşmaktadır. Suçun tamamlanması için ikinci evliliğin tarafları arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerekmez. Suç, evliliğin usul

<sup>23</sup> Türk MK m.145'e göre, eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olma sebebidir.

<sup>24</sup> Suç ile evli kimselerin bir daha evlenmemesinin sağlanmaya çalışıldığı ve tek eşliliğin korunmaya çalışıldığı hakkında bak. **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.V (Madde 205-256), Ankara 2010, 6479.

<sup>25</sup> **Kindhäuser, Urs**, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, Baden-Baden 2003, §19, k.no.10, 160.

<sup>26</sup> Suç ile amacın aile yapısının sağlıklı biçimde kurulmasını sağlamak ve çok eşlilik fiillerinin işlenmesini önlemek olduğu hakkında bak. **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012, 708; **Erman/Özek**, 195.

<sup>27</sup> 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara –Mart 1989, M.326-Gerekçe, 383; Ayrıca bak. TCK m.230/1 –Gerekçe.

işlemleri ile ilgilidir ve suçla şekli olarak resmi evlilik düzeni korunmaktadır<sup>28</sup>. Bu nedenledir ki suç, ilk evliliğin diğer tarafına cinsel sadakat yükümlülüğünü korumamaktadır. Yine bu nedenledir ki, suça cinsel suçlar arasında yer verilmemiştir.

## V. Suçun Maddi Unsurları

### 1. Suçun faili ve mağduru

*Birden çok evlilik suçunun faili*, kendisi evli olan kişi veya kendisi bekâr olsa bile yeni evlendiği kişinin evli olduğunu bilen kişidir (TCK m.230/1-2). Yeni evliliğin her iki tarafı da suçun faili olabilir. Önceki evlilik engelinin, yeni evliliğin hangi tarafında olduğunun bir önemi yoktur. Diğer bir söyleyişle bigamist, hali hazırda geçerli bir evliliği bulunan ve ikinci kez evlenen kişi olabileceği gibi, kendisi evli olmayıp evli bir kişi ile evlenen bekâr kişi de olabilir. Kendisi evli olup ikinci evlilik işlemlerini yapan kişi TCK m.230/1 gereğince, kendisi bekâr olup evli olduğunu bildiği kişi ile evlilik yapan kişi ise TCK m.230/2 gereğince altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu halde suç, çok failli bir suç özelliği gösterir. Kendisi evli olan ve o kişinin evli olduğunu bilerek onunla evlenen kişi fail sıfatıyla suçtan sorumlu olur<sup>29</sup>.

Her iki tarafın da önceden evli olmalarına rağmen birbirleriyle evlilik işlemleri yaptırılmaları halinde TCK m.230/1 gerçekleşmiş olur.

Önceden evli olan kişinin ikinci evlilik işlemlerini yaptırması halinde fail bakımından özgü suçtan söz edilebilir<sup>30</sup>.

Evli olup da ikinci kez evlilik işlemleri yaptıran faille evlenen kişinin cezai sorumluluğunun olup olmaması, suçun oluşması bakımından önem taşımaz.

Suç, yukarıda da belirtildiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın ikinci kitabında, "*Topluma Karşı Suçlar*"a ilişkin üçüncü kısmın "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenmiştir. Suç ile resmi evlilik düzeni korunmaktadır. Bu nedenle evli kişi ile evlenen ve ilk evliliği bilmeyenler, ikinci evlilik içinde doğan çocuklar, birinci evliliğin

<sup>28</sup> **Maurach/Schroeder/Maiwald**, §63 VI, k.no.80.

<sup>29</sup> Kendisi bekâr olmakla beraber, evli olduğunu bildiği kişi ile evlilik işlemlerini yaptıran kişinin fail sayılması, tazminat hukuku ile de uyumludur. Zira Yargıtay, evli olan kişi ile evli olduğunu bilerek birliktelik yaşayan kişiye karşı manevi tazminat davası açılabilmesini kabul etmektedir. Bak. Y4HD, 28.4.2005-10434/4506.

<sup>30</sup> Aynı yönde bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, 708; **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu -Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları II, (Madde 141-345), Ankara 2007, 1654.

karşı tarafı ve o evlilikten doğan çocuklar, menfaatleri zedelenmiş ve aile düzeninin bozulmasından dolayı maddi ve manevi zarara uğramış olmalarına rağmen birey olarak suçun doğrudan mağduru sayılmazlar<sup>31</sup>. Zira suçun mağduru aile adı verilen topluluktur. Bu suçla bu topluluğun kendine özgü menfaatleri birinci sırada korunmaktadır<sup>32</sup>.

## 2. Suçun Önşartı

*Birden çok evlilik* suçunun önşartı, resmi birinci evliliğin varlığıdır. İlk evliliğin hukuken geçerli bir evlilik olması gerekir. Nüfus kayıtlarına göre evli görünen bir kişi ikinci kez evlenemez<sup>33</sup>.

Birinci evlilik, iptal, boşanma veya ölümle sona ermediği sürece birden çok evlilik suçunun önkoşulu gerçekleşmiş olur. Diğer bir söyleyişle, birinci evliliğin, iptal, boşanma veya ölümle sona ermesinden sonra gerçekleşen ikinci evlilik, suç teşkil etmez. Ancak birinci evliliğin, ikinci evlilikten sonra boşanma, ölüm veya iptal ile sona ermesi, suçun oluşmasını etkilemez<sup>34</sup>. Zira suç, ikinci evlilik işlemlerinin tamamlanması ile oluşmuştur. Suç oluşuktan sonra birinci evliliği ortadan kaldıran işlemlerin yapılmış olması durumu değiştirmez.

İptal, boşanma veya ölümle sona ermemiş olan resmi bir evlilik içinde eşlerin nasıl yaşadığının bir önemi yoktur. Eşler ayrı yaşıyor olsa, hatta birbirlerinden haberleri dahi olmasa, evlilik resmen devam ettiği için birden çok evlilik suçunun önşartı gerçekleşmiş olur.

Birden çok evlilik suçunun işlenebilmesi için önceki evliliğin hukuken geçerli bir evlilik olması veya hukuken geçerli bir evlilik sayılması gerekir. Dini merasimle evlenme halinde, bu birliktelikten çocuklar dünyaya gelmiş olsa dahi dini evlilik, medeni hukuka göre yok hükmünde olduğundan bu evlilikten sonra resmi ikinci evliliğin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmaz.

Belirtelim ki, Türk hukukunda, dini nikâh yapılmış olsa dahi nikâhsız beraberlikler hukuken tanınmadığı için suçun önşartını oluşturmaz.

<sup>31</sup> Aksi görüş için bak. **Parlar/Hatipoğlu**, 1653; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 6481.

<sup>32</sup> **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011, 137-138.

<sup>33</sup> Müracaat sırasında önceki evliliğin ölüm, boşanma veya herhangi bir sebeple mahkeme kararıyla son bulmuş olması halinde evlenme engeli ortadan kalkar. Ancak buna rağmen, bu durum aile kütüklerine tescil edilmedikçe yeniden evlenme akdi yapılamaz. Bak. Evlendirme Yönetmeliği m.15, RG 07.11.1985 No.18921.

<sup>34</sup> “5237 sayılı TCY’nın 230/1. maddesindeki suçun, evli olan kişinin başkasıyla ikinci evlenme işlemini yapmasıyla oluştuğu gözetilmeden, sanığın suç tarihinden sonra ilk evliliğini boşanma ile sonlandırdığından söz edilerek yasal temelden yoksun gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ...”, Y4CD, 30.03.2009-364/6096, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 6500.

Türk Medeni Kanunu'na göre bir evlenmenin geçerli olabilmesi için, evlenecek kişilerin evlenme ehliyetine sahip olması (MK m.124-128); evlenme engelini bulunmaması (MK m.129-133)<sup>35</sup> ve evlenmenin usuli şartlarına (MK m.134-143) uyulmuş olması gerekir.

Bir resmi evliliği sakatlayan haller Türk Medeni Kanunu'nda gösterilmiştir. Medeni Kanun'da bir evliliğin mutlak<sup>36</sup> ve nispi butlanla<sup>37</sup> batıl sayılmasını gerektiren nedenler gösterilmiştir. Mutlak butlan nedenleri kamu düzenini, nispi butlan nedenleri ise tarafları yakından ilgilendiren nedenlerdir.

Türk Medeni Kanunu m.156'ya göre, batıl bir evlilik ancak hakim kararısıyla sona erer. Gerek mutlak butlan halinde<sup>38</sup> gerekse nispi butlan halinde evlenme, hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Batıl olsa bile hakim kararıyla sonlandırılmamış olan bir evlilik, çok evlilik suçunun önşart niteliğindeki unsurunu oluşturur. Diğer bir söyleyişle hakim kararıyla iptal edilmemiş batıl bir evlilikten sonra yeni bir evliliğin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşur.

Önceki evliliğin, iptal edilebilir olması bu suçun oluşmasını engellemez. İptal edilmiş bir evliliğin bu suçun önkoşulu olmaktan çıkabilmesi için iptal hükmünün kesinleşmiş olması gerekir<sup>39</sup>.

Birinci evlilik boşanma ile sona ermiş ise artık geçerli bir evlilik bulunmadığı için ikinci evlilik halinde suç oluşmaz. Medeni Kanun'da kadın için boşanmadan sonra bekleme süresi öngörülmüştür. Evlilik boşanma ile sona ermişse, kadın evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün

<sup>35</sup> Evlenme engelleri, hısımlık, önceki evlilik, akıl hastalığı olarak gösterilmiştir (MK m.133).

<sup>36</sup> Mutlak butlan nedenleri şunlardır (TMK m.145): 1-Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, 2- Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, 3-Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması, 4-Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması.

<sup>37</sup> Nispi butlan nedenleri şunlardır (TMK m.148-151): -Evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olma (m.148), -Evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği halde yanılarak bu evlenmeye razı olma (m.149), / -Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılma (m.149), /-Aldatma (m.149), /-Eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı edilme (m.150), /-Eşin veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığı gizlemesi (m.150), -Korkutma (m.150), /-Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilme (m.151).

<sup>38</sup> TMK m.147/3'e göre evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise bu evlenmenin butlanına karar verilemez.

<sup>39</sup> 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara –Mart 1989, m.326-Gerekçe, 384.

geçmedikçe evlenemez<sup>40</sup>. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri halinde mahkeme bu süreyi kaldırır (m.132). Bekleme süresinin (iddet müddetinin) içinde olmak, bir evlilik engelidir. Ancak, kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, ikinci evlenmenin butlanını gerektirmez (m.154). Bu halde, birinci evlilik zaten sona erdiğinden çifte evlilik söz konusu olmaz ve ikinci evlilik de bu nedenle iptal edilemez. Diğer bir söyleyişle boşanmadan sonra bekleme süresi içinde bir evlilik gerçekleştirilmesi halinde, birden çok evlilik suçunun önşart niteliğindeki unsuru gerçekleşmediği için suç oluşmaz.

İlk evliliğin evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olması koşuluyla kanunun öngördüğü diğer şekil kurallarına uyulmaması nedeniyle evlenmenin butlanına karar verilemez (TMK m.155). İlk evliliğin yetkili memur önünde ancak diğer şekil şartlarına uyulmadan gerçekleştirilmesi halinde suçun önşartı gerçekleşmiş olur.

Eşin gaip olması halinde, gaiplik tespit ettirilip hakimden evliliğin iptali kararı alınmadığı sürece önceki evlilik geçerliliğini devam ettirir. Diğer bir söyleyişle bir evliliğin gaiplik nedeniyle sona erebilmesi için gaipliğin tespiti yeterli olmayıp bu tespite dayanılarak evliliğin iptal ettirilmiş olması gerekir. Nitekim TMK m.131'e göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez<sup>41</sup>. Eşi gaip olan kişinin, yeni evlilik yapması veya eşi gaip olan bir kişi ile evlenmesi halinde suçun önşartı gerçekleşmiş sayılır.

Türk Medeni Kanunu'nda muvazaa, mutlak veya nispi butlan nedeni olarak gösterilmemiştir. Muvazaalı evlilik kural olarak hukuken geçerli bir evliliktir. Bu nedenle muvazaalı bir evlilik varken yeni bir evliliğin işlemlerini yaptırma, suç teşkil eder. Muvazaalı evlilik, suçun önşartını gerçekleştiren bir evliliktir.

Evliliğin kurucu unsurlarının gerçekleşmemesi evliliğin yok hükmünde sayılmasını gerektirir<sup>42</sup>. Yok hükmünde olan bir evlilik, suçun önşartını

---

<sup>40</sup> Evlendirme Yönetmeliği'nin 2/1 maddesine göre, "Kanuni bekleme süresi: kan karışımını önlemek için evliliği son bulan kadının yeniden evlenmesi için gereken üçyüz günlük bekleme süresini" ifade eder. RG 07.11.1985 No.18921.

<sup>41</sup> Türk MK m.131'e göre, "Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. /Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir".

<sup>42</sup> Örneğin, evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında yapılmış olması, evlenmenin evlendirme memuru önünde gerçekleştirilmemiş olması, iki tarafın birlikte evlendirme memuru huzurunda hazır bulunmamış olması gibi. Bak. **Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, 70-77.

oluşturmaz. Yok hükmünde olan ilk evliliğin iptal edilmesi için dava açılmış olması veya bir mahkeme kararı alınmasına gerek yoktur<sup>43</sup> <sup>44</sup>. Çünkü yoklukla malul olan evlilik baştan itibaren hüküm doğurmaz. Zira, yok hükmünde olan evlilik hiç doğmamıştır.

Birinci evliliğin tamamen hukuka uygun ancak ikinci evliliğin iptal edilebilir veya yok hükmünde olması hali de ele alınmalıdır. İkinci yani yeni evliliğin yok hükmünde olması halinde de suç oluşmaz. Örneğin evli olan bir kişinin aynı cinsten bir kişi ile ikinci evliliğini yapmak için evlilik işlemlerine başlaması halinde mutlak işlenemez suçtan söz edilebilir ve suç oluşmaz. Buna karşılık ikinci evliliğin yok hükmünde olmamakla beraber butlanla batıl olması halinde suç oluşur. Zira batıl olan evlilik iptal edilinceye kadar geçerli bir evlilik hükmündedir.

İlk evliliğin yurt içinde veya yurt dışında yapılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yurt dışında Türk konsolosluklarında Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen evlilikler de Türk hukukuna göre geçerli evliliklerdir ve suçun önşartını oluştururlar. Gerekçe'ye göre birinci evlenme yurt dışında gerçekleşmiş olsa bile suç oluşur<sup>45</sup>. Yurt dışında gerçekleşen evliliğin bir Türk ile yabancı arasında gerçekleşmiş olması halinde bu evlilik işlemlerinin Türk konsolosluğu tarafından Türk hukukuna göre gerçekleştirilmiş olması veya yabancı kanuna göre yabancı evlendirme memurlarınca gerçekleştirilmiş ise Türk makamlarınca tanınmış veya tanınabilir nitelikte bir evlilik olması gerekir.

Türk vatandaşlarının yabancı ülkede bir Türk ile veya yabancıyla yabancı mevzuata göre evlenmeleri mümkündür. Bir Türk'ün yabancı ülkede yabancı hukuka göre gerçekleştirdiği evlilik Türk mevzuatına aykırı olmamak koşuluyla Türkiye'de geçerlidir. Bu evlilik Türk makamlarına bildirilir<sup>46</sup> <sup>47</sup>. Böyle bir evlilik de suçun önşartını oluşturur.

---

<sup>43</sup> Önceki evliliğin yok sayılabilmesi veya iptal ettirilebilmesinin önem taşımadığı hakkında bak. **Fabrizy**, §192, k.no.1.

<sup>44</sup> Yok hükmünde olan evlenme iptali gerekmez; ancak yokluk nedeninin kontrol edilerek bu durumun tespit edilmesi gerekir.

<sup>45</sup> TCK m.230-Gerekçe.

<sup>46</sup> Evlendirme Yönetmeliği m.11 ile Türk vatandaşlarının yabancı hukuka göre evlenmesi düzenlenmiştir. **Madde 11-** Yabancı Yetkili Makam Önünde Evlenme- Yurt dışında Türk vatandaşı kadın ve erkek veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, buldukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilir. Böyle bir evlenme, Türk mevzuatına aykırı olmaması şartıyla Türkiye'de geçerlidir. /Evlendirme bildiriminin, eşlerin ikisi de Türk vatandaşı ise erkek tarafından, eşlerden sadece birisi Türk vatandaşı ise Türk vatandaşı olan eş tarafından, yabancı yetkili makamdan alınacak belgenin evlendirme tarihinden itibaren en geç otuz gün içerisinde en yakın konsolosluğumuza verilmesi veya gönderilmesi suretiyle yapılması zorunludur. /Eğer evlenmenin yapıldığı yerde ve yakınında Türk konsolosluğu



Yabancı ülkede yabancı hukuka göre gerçekleştirilmiş olan evlilikler ister dini kurallara göre isterse de karşılıklı irade beyanıyla gerçekleştirilmiş olsun uluslararası anlaşmalara göre Türkiye’de tanınabilirler. 10.09.1964 tarihli Yurt Dışında Evlenmelerin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme’ye Türkiye de taraftır<sup>48</sup>.

İki yabancıdan biri yabancı ülkede yabancı ülkenin yasalarına göre yaptığı önceki evlilik kanımızca Türk kanunlarına göre ancak tanındıktan sonra hüküm ifade eder. Bu nedenle yabancı ülkede yabancı ülke kanunlarına göre gerçekleştirilen ancak Türkiye tarafından tanınmamış olan evlilik, Türk kanunlarına göre yok hükmündedir. Türk aile kütüğüne de işlenmez. Kanımızca Türk hukukunca tanınmamış olan bir evliliğin resmi evlilik düzeni olarak Türk hukuku tarafından korunması hukuk mantığına uygun değildir. Yabancı ülkede yabancı makamlar tarafından gerçekleştirilen evliliğin Türkiye’de geçerli bir evlilik olması başka bir şeydir; o evliliğin Türkiye’de hüküm doğurabilmesi için tanınması başka bir şeydir. Kanımızca Türk hukukunca adli yollarla tanınmış olan evlilik birden çok evlilik suçunun önşartını oluşturabilir.

Türkiye’de Türk hukukuna göre yapılan bir evlenme akdi iki yabancı arasında dahi yapılmış olsa geçerli bir evliliktir<sup>49</sup>. Önemli olan evliliğin Türk Medeni Kanunu’nun hükümlerine göre gerçekleştirilmiş bir evlilik olmasıdır (MK m.134-144). Bu tür bir evlilik de, ikinci evliliğin Türkiye’de

---

yoksa bu takdirde bildirim, yabancı yetkili makamdan alınan resmi belgenin yurtiçinde Türkçe’ye çevrilip Dışişleri Bakanlığınca onandıktan sonra Genel Müdürlüğe veya ilgili nüfus idaresine verilmesi suretiyle yapılır./Yabancı yetkili makamlardan alınan belge, Devletimizin de taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri uyarınca düzenlenmiş çok dilli bir belge ise başkaca bir işleme tabi olmaksızın gereği yapılır. /Yabancı belgelerin onaydan muaf tutulmasına dair taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır. RG 07.11.1985, No.18921.

<sup>47</sup> İlk evliliğin Türk hukukuna göre tanınan veya tanınabilen bir evlilik olması gerektiği hakkında bak. **Nuhoğlu**, 21.

<sup>48</sup> Sözleşme metni için bak. RG 22.12.1967, No.12783.

<sup>49</sup> Evlendirme Yönetmeliği’nde bu husus düzenlenmiştir. Yönetmelik m.12-Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi-Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler. Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, il ve ilçe belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir./Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler./Yabancıların evlenme isteklerine dair müracaatları evlendirme memurluğunca kabul edilir ve bu Yönetmeliğin Türk vatandaşlarının evlenmeleri hakkındaki esas ve usul hükümleri yabancılar için de uygulanır. /Evlenme ehliyet belgesinin tarafların uyuşu bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilmesi esastır. Bunun mümkün olmaması halinde bu belge evlendirme memurları tarafından Genel Müdürlük aracılığı ile de istenebilir.

gerçekleştirilmiş veya Türk hukukuna göre tanınmış bir ikinci evlilik olması koşuluyla suçun önşartını oluşturur. İki yabancıların Türkiye’de gerçekleştirdikleri evliliklerin bu kişilerin ülkesinde tanınmış olup olmamasının suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur.

Yabancı ülkede yabancı hukuka göre birden fazla evlilik gerçekleştirmiş ve ikinci eşi ile birlikte Türkiye’de yaşayan kişi, bu suçu işlemiş olmaz<sup>50</sup>. Kanımızca bütün eşleri ile birlikte Türkiye’de yaşayan kişi de bu suçu işlemiş olmaz. Örneğin İslam hukuku kurallarının benimsendiği ülkelerde birden fazla evliliğe izin verilmektedir. Böyle bir ülkede birden fazla evlilik yapan taraflar bizim resmi evlilik düzenimize tabi olmamışlardır. Düzenimize tabi olmayan kişilerin eylemlerinin bizim düzenimizi ihlalinden söz edilemez.

Her iki evliliğin yurt dışında gerçekleşmiş olması halinde taraflardan en az birinin Türk olması koşuluyla faile göre şahsilik ilkesi gereğince Türkiye’de takibat yapılabilir (TCK m.11/1). Ancak birden çok evlilik işlemlerinin yapıldığı ülkede çok evlilik suç teşkil etmiyorsa TCK m.19 gereğince fail/failler Türkiye’de cezalandırılmaz. Belirtelim ki her iki evliliğin de Türk hukuku tarafından tanınmış evlilik olması gerekir. Kanımızca bu tip suçların topluma karşı suçlardan olması nedeniyle mağdura göre şahsilik ilkesinin işletilerek Türk mahkemelerinin milli yetkisinin doğması söz konusu olmaz.

### 3. Fiil ve netice

Evlilik, tarafların evleneceklerini ilan etmeleri, nişan takmaları, davetiye bastırmaları ve dağıtmaları, evlenme dairesine başvurmaları, nikâh günü almaları, nikâh gününde nikâh memuru huzurunda hazır bulunmaları, evlilik merasiminin başlaması ve tarafların memur huzurunda evlenmeyi kabul etmeleri ve evlilik akdinin şahitler huzurunda imzalanması süreçlerinden geçerek tamamlanır. Ceza hukukunda kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaz ve icra hareketlerinin yarıda kalması halinde teşebbüs hükümleri uygulanır. Bu nedenle evlilik sürecinde yer alan bu fiillerden hangilerinin hazırlık, hangilerinin icra hareketi olduğunun belirlenmesi önemlidir.

*Birden çok evlilik* suçu “evli olmasına rağmen veya kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile *evlilik işlemi yaptırmak*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, *birden çok evlilik* suçunun fiili, ikinci *bir evlilik işlemi* yaptırmaktır. Evlilik işlemlerinin ne

---

<sup>50</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 6484.

olduğunun belirlenmesi, özellikle hazırlık hareketlerinin ve icra hareketlerinin belirlenmesi açısından önemlidir. Evlilik işlemi kavramı, medeni hukuka göre belirlenmelidir.

Türk Medeni Kanunu m.134 ve devamı maddelerinde evlilik işlemleri gösterilmiştir. Evlenecek olan çift (kadın ve erkek), birlikte evlendirme dairesine başvururlar, evlendirme memuru evlenmeye engel bir hal olup olmadığını kontrol eder, evlenmeye engel bir hal tespit edilemezse evlenme töreni için tarafları çağırır, taraflar iki tanık ve evlendirme memuru huzurunda belirlenen günde hazır bulunur, evlendirme memuru taraflardan her birine birbirleriyle evlenmek isteyip istemediğini sorar, evlenme akdi tarafların sözlü ve karşılıklı olarak “evet” cevabı vermesiyle tamamlanır. Tanıklara bu duruma tanıklık edip etmedikleri sorulur. Daha sonra evlendirme memuru evlendirmenin kanunlara uygun olarak gerçekleştiğini belirtir ve tarafları karı-koca olarak ilan eder. Taraflar ve tanıklar evlilik defterini imzalarlar. Evlendirme memuru evlilik cüzdanını çiftlere verir ve evlilik nüfus kütüğüne kaydedilir.

Tüm evlilik süreci değil, *resmi makamlara başvuru ile başlayan* süreç, evlilik işlemleri kapsamında değerlendirilebilir. Kanımızca tarafların birlikte evlenme dairesine başvurmaları ile evlilik işlemleri süreci başlar<sup>51</sup>. Bu aşamaya kadar yapılan hareketler hazırlık hareketleri niteliğindedir.

İcra hareketleri tamamlandıktan yani suç işlendikten sonra suça iştirak edilemeyeceğinden dolayı icra hareketlerinin tamamlandığı anı da tespit etmek önemlidir.

Birden çok evlilik suçunun fiil unsuru, yeni evliliğin *resmi işlemlerinin sona erdiği anda* tamamlanır. Türk Medeni Kanunu m.142'ye göre, evlenme işlemleri, evlenecek kişilerin yetkili evlendirme memuru önünde sadece *irade bildirimlerini bir arada ve sözle olumlu olarak açıklamaları ile* sona erer<sup>52</sup>. Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu hususu şu şekilde ortaya koymuştur: “... Şekle bağlı hukukî bir işlem, niteliğini taşıyan evlenme akdinin geçerli olarak meydana gelebilmesi için evlenecek kişilerin yetkili evlendirme memuru önünde sadece irade bildirimlerini bir arada ve sözle olumlu olarak açıklamaları yeterlidir. Evlenme memurunun aldığı bu olumlu karşılıklar üzerine, evlenmenin yasaca akdedilmiş olduğunu söylemesi bile

<sup>51</sup> Evliyken bir başkası ile nişanını ilan etmek, birlikte evlendirme dairesine başvurmak, nikâh günü almak gibi hareketlerin hazırlık hareketi olduğu hakkında bak. **Nuhoğlu**, 30; **Tezcan/Erdem/Önok**, 713.

<sup>52</sup> Türk MK m.142'ye göre, “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. *Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur*. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar”.

evlenme akdinin meydana gelebilmesi için esaslı bir unsur olmadığı gibi, yapılan evlenme akdini deftere işleyip altını imzalaması da idari bir şekil işleminden ibaret olup evlenmenin geçerli sayılmasını sağlayacak bir şartı da olamaz. Bu sebeple evlenme akdinin teşekkülü ile bunun belgelendirilmesi işini birbirine karıştırmamak gerekir”<sup>53 54 55</sup>. Tarafların karşılıklı açıklamalarından sonraki işlemler kurucu olmayıp açıklayıcıdır. Yani evlenmenin tamamlanması kamu gücünün işe karışmasına bağlı değildir.

Birden çok evlilik suçu, mütemadi bir suç olmayıp<sup>56</sup> sıradan bir ani suç özelliği gösterir<sup>57 58</sup>. Suçun fiil unsuru *evlilik işlemi yaptırmak* olarak gösterilmiştir. *Evlilik işlemleri belirli bir süreç sonunda tamamlanır ve sona erer*. Suç, birden fazla evlilik devam ettiği sürece devam etmez. Birden çok evlilik hali yani suçtan doğan hukuka aykırı durum suçun kendisi olmayıp eseridir<sup>59</sup>. Bu nedenle ikinci evlilik akdinin gerçekleşmesinden sonra suça iştirak olmaz.

Suç, ikinci evliliğin usul işlemleri ile ilgilidir. Suçla, şekli olarak resmi evlilik korunmaktadır<sup>60</sup>. Suçun tamamlandığı an evlilik akdinin tamamlandığı andır. Suçun tamamlanmış sayılması için eşler arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerekmez.

Suçun işlendiği yer evlenme işlemlerinin yapıldığı yerdir<sup>61</sup>.

Resmi evlilikten sonra aynı kişi ile dini nikâh yapılması halinde çok evlilikten yani bigamiden- söz edilemez. Kaldı ki birinci resmi evlilikten sonra bir başka kişi ile gerçekleştirilen dini nikâh işlemleri de bu suçun fiil unsurunu oluşturmaz.

<sup>53</sup> YİBK, 14.6.1965-E. 1965/3, K. 1965/3, www.kazanci.com

<sup>54</sup> Suçun tamamlanma anını, evlendirme memurunun evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklaması anı olarak kabul eden görüş için bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, 712.

<sup>55</sup> Evlendirme Yönetmeliği m.2/f’ye göre, “Evlenme: Bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacıyla yapmış oldukları resmi akdi” ifade eder. RG 07.11.1985 No.18921.

<sup>56</sup> Suçu sona erdirme iktidarının failde olması mütemadi suçların varlığı için zorunludur. Yani mütemadi suçlarda temadiyi sona erdirme iktidarı faildedir. Söz konusu suçta ikinci evliliğe son verme iktidarı faile ait değildir. Bu evliliğin iptali için dava açılması gerekir. Bu nedenle birden çok evlilik suçu mütemadi bir suç olmayıp ani suçtur. Bak. **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, İstanbul 1997, 386.

<sup>57</sup> **Fabrizy**, §192, k.no.2.

<sup>58</sup> Suça durum suçu da denmektedir. Bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, 712.

<sup>59</sup> **Dönmezer/Erman**, 386.

<sup>60</sup> **Maurach/Schroeder/Maiwald**, §63 VI, k.no.80.

<sup>61</sup> **Donatsch, Andreas/Flachsmann, Stefan/Hug, Markus/Maurer, Hans/Weder, Ulrich**, StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, Zürich 2006, m.215.

Resmi olarak evli olan kişinin resmi eşi dışında bir başkası ile dini nikâh yapması, yasal eşi dışında başka bir kişi ile birlikte yaşaması, cinsel ilişkiye girmesi halinde de çok evlilik suçu oluşmaz. Resmi eş dışında bir kişi ile dini nikâh yapılması halinde, ancak evlenmenin dini törenini yapma veya yaptırma suçu oluşur (TCK m.230/5).

Resmi bir evliliğe rağmen başka kişilerle diğer bir şekilde devam ettirilen birliktelikler de bigami suçunu oluşturmaz.

Belirtelim ki, ikinci evliliğin mutlak veya nispi butlanla batıl olması halinde de suç oluşur. Diğer bir söyleyişle evlenme akdindeki sakatlığa rağmen suç oluşur. Zira bu ikinci evlilik de iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur<sup>62</sup>. Ancak suç teşkil eden ikinci evlilikteki sakatlık, yokluğu gerektiren bir sakatlık ise ikinci evlilik hukuk dünyasında hiç var olmadığı için suç oluşmaz. Suçun oluşabilmesi için birinci ve ikinci evliliğin Medeni Kanun hükümlerine göre geçerli bir evlilik veya iptali kabil olmakla beraber suç anında iptal edilmemiş evlilik olması gerekir.

## **VI. Suçun Manevi Unsuru**

Suçun manevi unsuru kasıttır. Söz konusu suçun taksirli hali öngörülmemiştir. Suç teşkil eden ikinci evlilik işlemlerinin hangi saikle yaptırıldığıнын önemi yoktur. Fail suç teşkil eden ikinci evlilik işlemlerini, bilerek ve isteyerek yapmalıdır.

Kasıt, suç tanımındaki tüm maddi unsurları kapsar. Evli olan kişinin, resmi bir evlilik ilişkisini sürdürdüğünü bilerek, ikinci kez resmi evlilik işlemlerini yaptırması veya kendisi evli olmasa bile evli olduğunu bildiği kişi ile evlilik işlemlerini yaptırması gerekir. Kasıt unsuru ayrıca, evlilik işlemi yaptıran kişinin kendisinin veya evlenmek istediği kişinin evli olduğunu bilmesini gerektirir.

Fail, kendisinin veya karşısındakinin önceki evliliğinin yani resmi fiili birlikteliğinin varlığı konusunda yanılırsa bu hatasından yararlanır (TCK m.30/1). Diğer bir söyleyişle failin bu hatası, kasıt ortadan kaldırır ve suçun manevi unsuru gerçekleşmez. Bu halde suç tanımındaki maddi unsurlarda hata söz konusudur. Kanımızca kişinin ilk evliliğinin hukuki durumu konusundaki yanılma, örneğin failin ilk evliliğinin yok hükmünde olduğunu sanması veya iptali kabil bir evlilik olduğunu sanması ancak iptal davasının

---

<sup>62</sup> Mutlak butlan davası, Cumhuriyet savcısı ve herkes tarafından açılabilir ve davanın açılması bir süreye tabi değildir. Buna karşılık nispi butlan nedenleri sadece tarafları ilgilendirir; dolayısıyla dava açma hakkı da taraflara ve kanuni temsilcilerine tanınmış olup, davanın açılması belirli bir süreye tabi kılınmıştır (MK m.145,146,148,152,153).

açılmasına gerek olmadığını düşünmesi hukuki bir hatadır. Hukuki hata yani *Medeni Kanun hükümlerini* bilmemek mazeret teşkil eder<sup>63</sup> <sup>64</sup>. Türk Ceza Kanunu m.4'de ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı gösterilmiştir. Failin, çok eşlilik yasağını suç olarak tanımlayan hükmü bilmemesi ceza kanunu hükmünü bilmemek anlamına geldiğinden fail bu hatasından kural olarak yararlanamaz. Ancak hata kaçınılmaz ise TCK m.30/4 gereğince bu hata haksızlık bilincini etkileyeceğinden fail bu hatasından yararlanabilir<sup>65</sup>.

Başka kültürden gelen ve kendi kültürlerinde resmi olarak birden fazla evlilik yapabilen kişilerin buldukları ülkede hukuk sistemini bilmemelerinden dolayı ikinci evliliğin işlemlerini yapmaları halinde hukuki hatadan söz edilebilir.

Birden çok evlilik suçu olası kastla da işlenebilir<sup>66</sup>. Failin olası kastından söz edilebilmesi için kendi evliliğinin veya kendisi bekâr ancak karşı taraf evli ise o tarafın resmi evliliğinin devam edip etmediği konusunda şüphe kalmış yani bu durumu öngörmüş ancak bu öngörüsünün doğruluğunu ciddi bir şekilde araştırmadan ikinci evlilik işlemlerini yaptırmış olması gerekir. Bu halde, failin önceki ilk evliliğin varlığı konusunda bir tahmini vardır ve bu durumu umursamadan ikinci evliliği yapmış demektir. Önceki evliliğin örneğin boşanma ile ortadan kalktığı yönünde ciddi şüphesi olan failin bu ihtimali kabullenmesi halinde çok evlilik suçu oluşur.

## VII. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ve Kusuru Etkileyen Haller

Suç tanımında özel olarak bir hukuka aykırılığa işaret edilmemiştir. Genel hukuka uygunluk nedenleri bu suçun yapısı ile uyumlu olduğu sürece söz konusu olabilir. Örneğin ikinci evlilik, failin bilerek sebebiyet vermediği

---

<sup>63</sup> Ceza kanunlarına ilişkin hata TCK m.4 ve m.30/4 ile kurala bağlanmışken ceza kanunları dışındaki kanunlara ilişkin hukuki hata hali Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Türk Ceza Kanunu'nda ceza kanunlarını bilmemenin sonuçları gösterilmiştir. Kanımızca ceza kanunları dışındaki kanunları bilmemek mazeret teşkil eder ve kastı ortadan kaldırır. **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 338.

<sup>64</sup> Bu hukuki hatanın TCK m.30/4 gereğince koşulları mevcut ise yani kaçınılmaz ise hata hükümlerinin uygulanacağı konusunda bak. **Nuhoğlu**, 30. Belirtelim ki, ceza kanunlarını bilmemek mazeret teşkil etmez ve TCK m.30/4'e göre ceza kanunlarını bilmemek haksızlık bilincini etkilemiş ise ve ceza kanununun hükümleri konusundaki hata kaçınılmaz ise TCK m.30/4 gereğince kusuru kaldırabilir. Oysa hukuki hata, TCK m.4'ün ve dolayısıyla TCK m.30/4'ün dışında kalan bir hata şeklidir.

<sup>65</sup> Bu tür hatanın kaçınılmaz bir hata sayılamayacağı ve dolayısıyla bu hatanın kastı ortadan kaldırmayacağı hakkında bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, 712. Hatanın hukuki hata olduğu ve kastı kaldırmayacağı hakkında bak. **Erman/Özek**, 201.

<sup>66</sup> **Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Weder**, m.215/1.

bir tehlikeyi bertaraf etmek için yapılmış ise bu halde zorunluluk halinden söz edilebilir (TCK m.25).

İkinci ve suç teşkil eden evlilik, kusuru ortadan kaldıran cebir veya tehdit altında yapılmış olabilir (TCK m.28). Bu haller sabit addedildiğinde fail hakkında, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m.223/3). Belirtelim ki bu halde ikinci evlilik sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan serbest irade unsuru gerçekleşmemiş olur. Evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olma (TMK m.148) nispi butlan nedenidir.

İlk evliliğinin hukuken varlığı konusunda yanılan kişi, örneğin ilk evliliğini yok hükmünde sanan veya yurt dışında yaptığı evliliğin Türkiye’de geçerli bir evlilik olduğunu bilmeyen kişi hatasından yararlanır. Kanaatimce bu hata hukuki hatadır ve failin haksızlık bilincine etkisi kaçınılmaz ise fail bu hatasından yararlanır (TCK m.30/4)<sup>67</sup> ve faile kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmez<sup>68</sup>.

## VIII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Suç kalıbında suçun fiil unsuru *evlilik işlemi yaptırmak* olarak tanımlanmıştır. Birden çok evlilik suçu, sırf hareket suçudur. İcra hareketleri bölünebildiği sürece teşebbüs mümkündür. Ancak evlilik sürecine ilişkin hangi hareketlerin icra hareketi ve hangi hareketlerin hazırlık hareketi olduğunu öncelikle tespit etmek gerekir.

Resmî evlilik işlemlerine fiilen başlanıp, evlenmenin taraflarından her ikisinin karşılıklı olumlu sözlü cevap vermesine kadar geçen süreç tarafların elinde olmayan nedenlerle kesildiğinde suç teşebbüs aşamasında kalır (TCK m.35). Örneğin, evlilik dairesine evlilik için başvurulması halinde icra hareketleri başlamış olur. İşlemler tamamlanmadan ilk evliliğin ortaya çıkması ve işlemlerin tamamlanamaması halinde bu suça teşebbüs hükümleri uygulanır<sup>69</sup> <sup>70</sup>. Yine örneğin taraflardan birisinin evet cevabı vermesinden sonra ancak diğerinin cevap vermesinden önce sürecin kesilmesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanır.

<sup>67</sup> Bu hatanın kastı kaldıran hata (TCK m.30/1) olduğu hakkında bak. **Nuhoğlu**, 30.

<sup>68</sup> Kusuru ortadan kaldıran neden olarak dolaylı haksızlık yanılığı hakkında bak. **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 338 vd.

<sup>69</sup> **Fabrizy**, §192, k.no.2.

<sup>70</sup> İcra hareketlerinin tarafların evlendirme memurunun önüne gelmesi ile başlayacağı bundan önceki aşama olan memura başvurma ve gün almanın icra hareketi olmayıp hazırlık hareketi olduğu hakkında bak. **Nuhoğlu**, 30,45.

## 2. İştirak

Suç, kural olarak evli olan bir kişinin ikinci evlilik işlemlerini yaptırması ile işlenmektedir. Bu şekilde suçun özgü suç olduğu yukarıda belirtilmişti. Resmi bir evliliği olmayan kişiler TCK m.230/1'deki suçun faili olamaz. Resmi evliliği olan failin yanında suça katılan kişi, ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak hükümleri gereğince suçtan sorumlu olabilir (TCK m.40/2).

Birinci resmi evliliği bilen evlendirme memuru, iştirak iradesiyle ikinci evliliğin gerçekleşmesine yardımcı olursa iştirak hükümlerine göre suçtan sorumlu olur<sup>71</sup> <sup>72</sup>. Ancak özgü suç söz konusu olduğundan evlendirme memuru azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur (TCK m.40/2)<sup>73</sup> <sup>74</sup>. Evlendirme memuru failin birinci evliliğinden haberdar değilse sorumluluğu doğmaz. Eğer evlendirme memuru araştırma yükümlülüğünü bilerek ve isteyerek ihmal etmiş ise bu halde görevi ihmalden dolayı sorumlu olabilir (TCK m.257/2)<sup>75</sup>. Aynı şekilde önceki resmi evliliği bilerek evlilik işlemlerine yardım eden yani evli olduğunu bildiği kişiyi evlenmeye sevk eden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasi de azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur (TCK m.40/2)<sup>76</sup>.

Tarafların evlenme iradelerini yetkili memur önünde karşılıklı olarak açıklamaları ile evlilik akdi tamamlanmakta ve suç oluşmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere birden çok evlilik suçu, mütemedi bir suç olmayıp sıradan bir ani suç özelliği gösterir<sup>77</sup>. Bu nedenle evlilik akdinin gerçekleşmesinden sonra suça iştirak olmaz. Evlenme merasimine tanıklık

---

<sup>71</sup> **Parlar/Hatipoğlu**, 1652.

<sup>72</sup> Evlendirme memurunun gerekli incelemeleri yapmaması nedeniyle evlenme yasağını görmeyerek evlilik işlemini yapması halinde görevi ihmal suçu söz konusu olabilir. Bak. Y4CD, 17.03.1997-1745/1906.

<sup>73</sup> Aynı yönde bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, (2012), 709.

<sup>74</sup> Bu halde suçun görevi kötüye kullanma suçu olmayıp daha *özel nitelikte* olan TCK m.230'daki suçun oluşacağı hakkında bak. **Parlar/Hatipoğlu**, 1655; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 6478-6479. "Köy muhtarı olan sanığın yaşı nedeniyle ancak velisinin rızasıyla evlenebilecek olan Nurdan Kanat'ın velisinin rızası olmadan evlenme bağitını yapmaktan ibaret eyleminin özel hüküm olan ve önödemeğe bağlı bulunan TCY'nin 237. maddesinin 2. fıkrasına uyduğu gözetilmeden, yardımcı hüküm olan aynı Yasa'nın 240/1. madde ve fıkrasıyla cezalandırılması ... yasaya aykırıdır". Y4CD, 1.7.1997-6218/5980, www.kazanci.com

<sup>75</sup> "Sanığın, evlenme yasağını bilerek akdi yaptığına ilişkin kanıtlar gösterilmeden ve bu konuda kanıtlar bulunmadığı takdirde eylemin görevi savsama olacağı düşünülmeden (765 sayılı) TCK'nun 237/1. maddesiyle hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir". Y4CD, 15.2.1991-7437/9907. Bak. **Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu II (Madde 126-315), Ankara 1995, 2097.

<sup>76</sup> Bak. **Nuhoğlu**, 19; **Tezcan/Erdem/Önok**, 714.

<sup>77</sup> **Fabrizy**, §192, k.no.2.



yapan kişiler, evliliğin ikinci evlilik olduğunu bilmeleri halinde şerik olabilirler. Bu kişiler, tanık olarak merasimde hazır bulunarak evlilik işleminin yaptırılması şeklindeki fiile katılmış olurlar. Evlenme tanıklarının iştirak teşkil eden fiili evlenme akdinden sonra evlenme defterini imzalamak olmayıp evlenme akdinin yapılışına hazır bulunarak tanıklık etmek suretiyle yardım etmektedir<sup>78 79</sup>. Tarafların olumlu cevapları ile suç tamamlandığından tanıkların bu andan sonraki katkıları örneğin akde tanıklık ettiklerini söylemeleri veya defteri imzalamaları iştirak bakımından önem taşımaz.

### 3. İçtima

Birden çok evlilik suçu bakımından özel bir içtima kuralı öngörülmediğinden bu suç bakımından içtima ilişkin sorunlar genel hükümler çerçevesinde çözümlenir (TCK m.42-44).

Öğretide birden çok evlilik suçunun ne aynı mağdura karşı birden fazla defa işlenmesinin ne de tek fiille birden fazla mağdura karşı işlenmesinin söz konusu olamayacağı ve bu nedenle suçun zincirleme suç şeklinde işlenmeye uygun olmadığı ifade edilmektedir<sup>80</sup>.

İlk evliliğe ilişkin resmi kayıtlar üzerinde oynanarak ilk evliliğin gizlenmesi halinde, resmi evrakta sahtecilik ve birden çok evlilik suçları yani TCK m.230/1 ve m.204 ayrı ayrı uygulanır<sup>81</sup>.

İkinci evlilikte evlenilen eşin birinci evlilikten haberi yoksa veya bu evlilik konusunda kendisine haber verilmemişse ve kendisi iyi niyetli ise bu kişiye karşı dolandırıcılıktan söz edilebilir.

Evli olduğu halde ikinci kez evlilik işlemleri yaptıran kişi, adli makamlara gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş ve gerçeğe aykırı belgeler sunmuş olabilir. Resmi belgenin tanziminde yalan beyanda bulunmak, TCK m.206'da suç olarak tanımlanmıştır. Bu halde fikri içtima kurallarının uygulanması düşünülebilir.

Suç teşkil eden ikinci evlenmeden sonra cinsel birliktelik halinde bu ikinci eylem birinci suç tamamlandıktan sonra gerçekleştiğinden unsurları gerçekleştiği takdirde ikinci bir bağımsız suçtan söz edilebilir. Ancak unutulmamalı ki, TCK m.104 ile onbeş yaşın tamamlanması ile cinsel

---

<sup>78</sup> Tarafların sözlü olarak olumlu cevaplarını vermeleri ile suçun tamamlanacağı ve tanıklığın bu aşamadan sonra gerçekleştiği ve suç oluştuktan sonra iştirak hükümleri gereğince tanıkların cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği hakkında bak. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 6493.

<sup>79</sup> Farklı gerekçeyle aynı sonuç hakkında bak. **Tezcan/Erdem/Önok**, 714.

<sup>80</sup> **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 6494.

<sup>81</sup> TCK m.212'ye göre, "sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur".

özgürlük üzerinde tasarruf ehliyeti kabul edildiğinden rıza söz konusu ise hiçbir şekilde reşit olmayana karşı cinsel saldırı suçu gerçekleşmez. Ayrıca belirtelim ki, suç teşkil eden ikinci evlilik hukuken iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur. Bu evlilik ile olağanüstü evlenme yaşında yani 16 yaşında olan kişi evlenme ile reşit olur. Evlenme iptal edildiğinde de evlenme ile kazanılan rüşt devam eder.

Türk Ceza Kanunu m.230/3'te gerçek kimliği saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırma (hileli evlenme) ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Her iki suçun da fiil unsuru evlenme işlemi yaptırmaktır. Kanımızca kimliğin gizlenerek evlenme işlemi yaptırılması halinde kimliğin gizlenmesi hususu TCK m.230/3'teki suçu daha özel bir suç haline getirmektedir. Bu nedenle hukuki sorunun fikri içtima kuralları ile değil genel-özel hüküm ilişkisi ile çözümlenmesi gerekir.<sup>82</sup>

İkinci evlilik işlemlerinin yapılması sonucunda fail ilk evliliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getiremez hale gelebilir. Ancak belirtelim ki, ikinci evlilik işlemlerinin yapılması ile otomatik olarak yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de meydana gelmez. Bu iki durum arasında sebep sonuç ilişkisi olabilir ancak tek fiille iki farklı suçun işlenmesi söz konusu olmaz. Bu nedenle bu halde aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçundan (TCK m.233) ve birden çok evlilik suçundan (TCK m.230/1) ayrı ayrı ceza verilir.

### **IX. Yaptırım ve Zamanaşımı**

*Birden çok evlilik* suçunun cezası, altı aydan iki yıla kadar haptir. Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi veya kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi için aynı ceza öngörülmüştür (TCK m.230/1-2).

Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar (TCK m.66/6). Suçun tamamlandığı an, evlilik akdinin tamamlandığı andır ve genel kurala göre zamanaşımının evlilik akdinin tamamlandığı günden itibaren işlemeye başlaması gerekir. Ancak kanun koyucu birden çok evlilik suçu bakımından zamanaşımının başlangıcına ilişkin genel kuraldan ayrılmış ve bu suçta dava zamanaşımının, suç teşkil eden sonraki evliliğe ilişkin olarak mutlak butlan nedeniyle verilen iptal kararının kesinleştiği günden itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir (TCK m.230/4). İptal kararının kesinleştiği gün, zamanaşımı süresine dahildir.

---

<sup>82</sup> Sorunun fikri içtima kuralları ile çözümlenmesi gerektiği hakkında bak. **Tezcan/Erдем/Önok**, 713; **Nuhoğlu**, 34.

Belirtelim ki suç teşkil eden ikinci evlilik iptal edilmediği sürece geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle medeni hukukun, sakat olmakla beraber hukuki sonuçlar bağladığı bir eylemde, zamanaşımının hukuka aykırılığın tespitiyle yani iptal kararıyla başlaması hukuk mantığına uygun düşmektedir. Aksi takdirde ikinci evlilik iptal edilmeden dava zamanaşımının dolması gibi bir sonuç doğacaktır. Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden bir eylemin medeni hukukça değer taşımaya devam etmesi çelişki teşkil eder.

Birden çok evlilik suçunda dava zamanaşımı sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde, zamanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

#### **X. Muhakemeye İlişkin Kurallar**

Birden çok evlilik suçu, re'sen takip edilir. Suç karşılığında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden bu suçu yargılama görevi sulh ceza mahkemelerindedir<sup>83</sup>. Suç, suç teşkil eden ikinci evlilik işlemlerinin yapıldığı yerde işlendiğinden kural olarak o yer sulh ceza mahkemesi yetkilidir (CMK m.12/1).

Suç nedeniyle iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûmiyet kararı verildiğinde cezanın infazı ertelenebilir (TCK m.51/1) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK m.231). Mahkûm olunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki kayyımlık yetkileri devam eder (TCK m.53/3). Diğer bir söyleyişle ikinci evlilik bu anlamda sonuçlarını doğurmaya devam eder.

Önceki evlilik bir evlenme engelidir. Bu yasağa rağmen gerçekleştirilen ikinci evlilik mutlak butlanla batıl olur (MK m.145). Mutlak butlan davası, Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılır. Bu dava ilgilisi olan herkes tarafından da açılabilir (MK m.146). Zira mutlak butlan nedenleri kamu düzenini ilgilendiren nedenlerdir. Evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyi niyetli ise ikinci evliliğin butlanına karar verilemez (MK m.147/3).

---

<sup>83</sup> Karşılığında, iki yıl dahil iki yıla kadar hapis cezası ve buna bağlı adli para cezası öngörülen suçları yargılamak *sulh ceza mahkemelerinin* görevi içindedir. Bak. 26.9.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.10, 14 (RG 7.10.2004, No.25606).

## **XI. Sonuç**

Yargıtay içtihatlarına bakıldığında, dini merasimle evlenme suçunun işlendiği ancak birden çok evlilik suçuna ilişkin pek içtihadın olmadığı görülecektir. Birden çok evlilik suçunun işlenme oranı çok düşüktür. Devletin, tek evlilik düzenini, iyi bir kayıt sistemiyle, bürokratik tedbirlerle ve medeni hukuk kuralları ile koruması mümkündür. Birden çok evlilik suçunun suç olmaktan çıkartılması halinde, bir boşluk doğmayacaktır.

Birden çok evlilik suçu kayıt sisteminden dolayı sahtecilik eylemleri ile birlikte gerçekleşebilir. Failin sahtecilik nedeniyle cezalandırılması kanımızca yeterli olacaktır.

### **Yararlanılan Kaynaklar**

- Dinçkol, Bihterin**, “Devlet-Aile”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, IX 1-3(1995), 114 vd.
- Donatsch, Andreas/Flachsmann, Stefan/Hug, Markus/Maurer, Hans/Weder, Ulrich**, StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, Zürich 2006.
- Dönmezer, Sulhi**, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1983.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, İstanbul 1997.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- Dutertre, Gilles**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2003.
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C.III, 3.Bası, Ankara 1985.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-208), İstanbul 1992.
- Fabrizy, Ernst Eugen**, Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, Wien 2006.
- Hofmann, Markus**, Das spanische Strafgesetzbuch, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg 2002, Tercümeye, 31 Aralık 2001 tarihli metin esas alınmıştır.
- Kindhäuser, Urs**, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, Baden-Baden 2003.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1980.
- Maurah, Reinhart/Shcroeder, Friedrich-Cristian/Manfred, Maiwald**, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Heidelberg 2005.
- Nuhoğlu, Ayşe**, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu - Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları II, (Madde 141-345), Ankara 2007.
- Riz, Roland/Bosch, Johanna**; Italienisches Strafgesetzbuch, (Codice penale Italiano), Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu II (Madde 126-315), Ankara 1995, 2097.s

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012.

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002.

**Türk Ceza Kanunu Layihası**, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1958.

**Weigend, Eva**, Das polnische Strafgesetzbuch, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg im Breisgau 1998.

**Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.V (Madde 205-256), Ankara 2010.

**Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011.