







ANKARA BAROSU

Yıl: 69 Sayı: 2011/1 ISSN 13009885

DERGİSİ

**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
TÜBİTAK ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**



ANKARA BAROSU DERGİSİ

Üç Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

Ankara Barosu Başkanlığı, 2011

Tüm hakları saklıdır.

ISSN 1300 9885

Ankara Barosu Dergisinde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

Ankara Barosunu bağlamaz.

Sahibi Ankara Barosu adına

Av. Metin FEYZİOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Yayın Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Editör

Dr. iur. Serhat Sinan KOCAOĞLU

Yayın Kurulu

Av. İbrahim AKGÜL	Av. Oğuz Emre KILIÇ
Av. Şerafettin AKKAYA	Av. Kumru KILIÇOĞLU
Av. Melih AKKURT	Av. Yasemin OĞUZ
Av. Zeynep ALEMDAROĞLU	Av. Salih ÖNDER
Av. Hasan Oğuz ALTINKAYNAK	Av. İlknur Sezgin TEMEL
Av. Tuğba Gül ATEŞ	Av. Zennure TOKGÖZ
Av. M. Fatih ÇALIŞKAN	Av. Gülşah YEŞİLOĞLU
Av. Şamil DEMİR	Av. Göksel YÜKSEL
Av. Erdem EKMEKÇİ	

Grafik – Tasarım

Ali Kemal ÇERŞİL

[Ankara Barosu]

Basım Tarihi: Ocak 2011

Baskı ve Cilt

SG Ajans

İletişim Adresi

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • Faks: (0.312) 309 22 37

<http://www.ankarabarusu.org>

e-mail : ankarabarusuyayin@gmail.com

YAYIN DANIŞMANLARI

(Soyadı sırasına göre)

Mustafa AKKAYA, Prof. Dr.
Olgun AKBULUT, Yrd. Doç. Dr.
Müslüm AKINCI, Doç. Dr.
Yusuf AKSAR, Prof. Dr.
Tuğrul ARAT, Prof. Dr.
Ramazan ARSLAN, Prof. Dr.
Zehretin ASLAN, Prof. Dr.
Zühtü ASLAN, Prof. Dr.
İbrahim AŞIK, Yrd. Doç. Dr.
Ethem ATAY, Prof. Dr.
Süleyman BAŞTERZİ, Doç. Dr.
Ferit Hakan BAYKAL, Prof. Dr.
Sanem BAYKAL, Doç. Dr.
Herdem BELEN, Doç. Dr.
Halil CİN, Prof. Dr.
Nami ÇAĞAN, Prof. Dr.
Yusuf ÇALIŞKAN, Doç. Dr.
Anıl ÇEÇEN, Prof. Dr.
Selma ÇETİNER, Prof. Dr.
N. İlker ÇOLAK, Doç. Dr.
Mehmet DEMİR, Doç. Dr.
İsa DÖNER, Yrd. Doç. Dr.
İbrahim DÜLGER, Doç. Dr.
Ali İhsan ERDAĞ, Yrd. Doç. Dr.
Mustafa Ruhan ERDEM
Fikret EREN, Prof. Dr.
Doğu ERGİL, Prof. Dr.
Uğur ERİŞ, Yrd. Doç. Dr.
Muzaffer EROĞLU, Yrd. Doç. Dr.
Erzan ERZURUMLUOĞLU, Prof. Dr.
Metin FEYZİOĞLU, Prof. Dr.

Neslihan GÖKTÜRK, Yrd. Doç. Dr.
Celal GÖLE, Prof. Dr.
Levent GÖNENÇ, Doç. Dr.
Nadi GÜNAL, Prof. Dr.
Metin GÜNDAY, Prof. Dr.
Kudret GÜVEN, Prof. Dr.
Levent KORKUT, Yrd. Doç. Dr.
Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Prof. Dr.
Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr.
Zeki HAFIZOĞULLARI, Prof. Dr.
Hakan HAKERİ, Prof. Dr.
Hasan İŞGÜZAR, Prof. Dr.
İbrahim Özden KABOĞLU, Prof. Dr.
Korkud KANADOĞLU, Doç. Dr.
İbrahim KAPLAN, Prof. Dr.
Hakan KARAKEHYA, Yrd. Doç. Dr.
Hakan KARAN, Doç. Dr.
Ahmet KILIÇOĞLU, Prof. Dr.
Çiğdem KIRCA, Prof. Dr.
Arif B. KOCAMAN, Prof. Dr.
A. Mehmet KOCAOĞLU, Prof. Dr.
N. Kağan KOCAOĞLU, Dr. iur.
S. Sinan KOCAOĞLU, Dr. iur.
Fahrettin KORKMAZ, Prof. Dr.
İonna KUÇURADI, Prof. Dr.
Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU,
Prof. Dr.
Maksut MUMCUOĞLU, Prof. Dr.
Zehra ODYAKMAZ, Prof. Dr.
Erdal ONAR, Prof. Dr.
Ergun ÖZBUDUN, Prof. Dr.

Fatma ÖZCAN, Yrd. Doç. Dr.
Muharrem ÖZEN, Prof. Dr.
İzzet ÖZGENÇ, Prof. Dr.
Işıl ÖZKAN, Prof. Dr.
Bahri ÖZTÜRK, Prof. Dr.
Hüseyin PAZARCI, Prof. Dr.
Birok SARAN, Yrd. Doç. Dr.
Engin SAYGIN, Yrd. Doç. Dr.
Doğan SOYASLAN, Prof. Dr.
Nurhan SÜRAL, Prof. Dr.
Cumhur ŞAHİN, Prof. Dr.
Kemal ŞENOCAK, Doç. Dr.
Ayhan TAN, Prof. Dr.
Süha TANRIVER, Prof. Dr.
M. Ayhan TEKİNSOY, Yrd. Doç. Dr.
Erdal TERCAN, Prof. Dr.
Durmuş TEZCAN, Prof. Dr.
Betül TİRYAKİ, Yrd. Doç. Dr.
Bilgin TİRYAKİOĞLU, Prof. Dr.
Asuman TURANBOY, Prof. Dr.
Nur ULUŞAHİN, Yrd. Doç.
Gülriiz UYGUR, Doç. Dr.
Yener ÜNVER, Prof. Dr.
İlhan ÜZÜLMEZ, Doç. Dr.
Turan YILDIRIM, Prof. Dr.
Ejder YILMAZ, Prof. Dr.
Aynur YONGALIK, Prof. Dr.
Recep YÜCEL, Yrd. Doç. Dr.
Yahya ZABUNOĞLU, Prof. Dr.

ANKARA BAROSU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1) Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

2) Yazılar "Microsoft Word" veya "Open Office" programlarının formatlarında (.doc, .odt, .rtf, .txt) kaydedilmiş bir CD'de (yazı tipi Times New Roman, 12, normal stil) ve A4 boyutunda yazıcı çıktısı ile birlikte teslim edilmelidir.

3) Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, bibliyografyaya (kaynakçaya) yer verilmelidir.

4) Hakem denetiminden geçmesi istenen yazılarda en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.

5) Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve varsa e-posta adreslerini bildirmelidir.

6) Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın verdiği cd'deki biçimiyle yazısına "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

7) Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunun olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.

8) Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

9) Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.

10) Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.

11) Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.

12) Ankara Barosu Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazıların, TÜBİTAK-ULAK-BİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlanması gereklidir.

İÇİNDEKİLER

Başkandan	11
Bir Seçkin Hukukçu: Rahmi MAĞAT	13
Yekta Güngör ÖZDEN	
Hakemli Makaleler (Peer Reviewed Articles)	15
Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar	17
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI, Arş. Gör. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ	
Susma Hakkı	29
Dr. iur. S. Sinan KOCAOĞLU	
Taksirle Yaralama Suçu	59
Dr. Cengiz APAYDIN	
Avrupa İlamsız İcra Takibi	113
Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER, Çev.: Dr. Cenk AKİL	
Organ veya Doku Ticareti Suçu	127
Arş. Gör. Çağrı Kan AYDIN	
Makaleler	161
A.İ.H.M. ve Avrupa Birliği Adalet Divan Kararlar Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası	163
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN	
Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanunla Şapka İktisası Hakkında Kanun Hükümlerinin İhlali.	187
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	
Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları	195
Doç. Dr. Şeref İBA	
Alman Hukukunda Tutuklulukta Ölçülülük İlkesi	201
Av. Memet KILIÇ	
İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu	209
Av. Talih UYAR	
Tecavüz Suçları İle İlgili Kadın Milletvekilleri Tarafından Hazırlanan “Hadım Etme” Yasa Tasarısı Üzerine	231
Av. Ali ALTAY	
‘Şiddet’ Üzerine	243
Emn. Müd. Remzi KOÇÖZ	
Sanatçı Borçlanması Primleri	253
Müzik-Sen Gnl. Bşk. Mehmet ÇIRIKA	

Kıymetli Meslektaşlarım,

Hukuk güçlü devlet aygıtı ile zayıf birey arasındaki çelişkiyi devleti özgürlükler lehine sınırlandırmak için insan aklı tarafından üretilmiş en muhteşem bilim dalıdır. Hukukun güçsüzü koruyan bu niteliği, tarih içerisinde hukukçuluğu bir erdemlilik sanatı haline getirmiştir.

Bu yüzden, kendimizi de bir parçası olarak gördüğümüz, Doğal Hukuk Okulu iktidarların meşruiyetlerini ancak kendilerine yönetme gücünü devreden yönetilenlerden bir toplumsal sözleşme ile aldıklarını kabul etmektedir. Bu sözleşmenin gereklerinin yani bireyin doğuştan sahip olduğu, vazgeçilmez ve devredilmez hakların devlet tarafından ihlal edilmesi yönetilenler için taraf oldukları toplumsal sözleşmeyi feshetme hakkını verir. Bu da “zulme karşı direnme” hakkının başlangıcıdır.

Bu çerçevede belirtmeliyiz ki herhangi bir iktidarın çeşitli normatif düzenlemeler aracılığı ile ya da uygulayacağı her türden dolaylı ve doğrudan baskılar ile belli bir tür “tarz-ı hayat”ı yönetilenlere dayatması yöneticiler tarafından toplumsal sözleşmenin ihlalidir.

Hele ki demokratik yöntemler ile seçilerek hükümet olan ve kendisine oy vermeyenler de dahil olmak üzere ülke sınırları içerisindeki herkesin temel hak ve hürriyetlerini korumak görevi kendisine Anayasa tarafından tevdi edilmiş olan siyasi iktidarların, bireylerin korunması gereken insan hakları alanının merkezinde yer alan yaşam tarzlarını ihlal etmemek noktasında evrensel hukuk ile uyum içerisinde olmaları bir gerekliliktir.

Gösteri yaparak ifade hürriyetini kullanmak isteyen gençlere karşı uygulanan polis şiddeti, ülkenin başkenti Ankara'nın en nezih mekanlarının bulunduğu bir sokakta aile lokantalarına yapılan keyfi polis baskını ya da taşra illerinde içkili lokantalarda müşterilerin polis tarafından kameraya alınması gibi sayısı devamlı artan bireylerin temel haklarını ve yaşam biçimlerini baskı altına almanın evrensel hukuk ile büyük bir uyumsuzluk arz eden fiiller olduğu açıktır.

Siyasi iktidarın böylesi eylemleri bir istisnai hal değil de süreklilik arz eden birer uygulama halini almaya başlamışsa artık o ülkede yönetilenlerin haklarını aramaya başlama vakti gelmiş de geçiyordur bile.

Bireylerin hukuka uygun bir şekilde zulme karşı direnme ve örgütlenme mücadelesinde en önemli rol elbette ki hukukçuların, aslında biz avukatların yani baroların omuzlarındadır. Çünkü barolar, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak mecburiyetindedirler (Av. K. m. 95, f. 2, b. 21). Bu yasal düzenlemenin de ötesinde güçlü olan siyasi iktidara karşı güçsüz bireyi savunmak bir erdem mesleği olan avukatlığın bizlere yüklediği evrensel bir görevdir.

Daha açık konuşmak ve yüzeysel bir yaklaşımdan kaçınmak açısından belirtmeliyiz ki insanlık ülküsüne ulaşmak için kendisini devlet aygıtının ya da siyasi iktidarın karşısında güçsüz hisseden her bireyin yanında olacağız.

Türkiye'nin en büyük ikinci barosu olarak evrensel hukuk değerlerinin ve Avukatlık Kanunu'nun gereklerini yerine getirmek için direnme azim ve kararlılığımızdır.

Bu amacımızın gerçeğe dönüşebilmesi için Ankara Barosu'nun her biri ayrı birer kanaat önderi olan bütün saygın üyelerimizin manevi desteğine her şeyden fazla ihtiyacımız var.

Baro yönetimi olarak bu sinerjiyi ülkemizde olumlu ve yapıcı hukuki atımlara çevirecek çeşitli projelerin plan aşamasındayız.

Lütfen sizlerde gerçekleşmesini istediğiniz projelerinizi bizlerle paylaşın.

Böylece bir olalım, iri olalım, diri olalım...

Saygılarımla,

Av. Metin FEYZİOĞLU

Ankara Barosu Başkanı

BİR SEÇKİN HUKUKÇU: **RAHMI MAĞAT**

Yekta Güngör ÖZDEN*



1952 yılının sonlarına yaklaşılmıştı. DTCF'nin üst salonunda Türkiye Milli Talebe Federasyonu'nun genel kurulu çalışmaları sürüyordu. Genel olayların başında gerici kıpırdamalar, siyasal iktidarın verdiği ödünler, devrimler konusundaki olumsuz söylem ve eylemler tartışılarak bu konularda neler yapılması gerektiği üzerinde konuşuluyordu. Salona bir ara iki-üç kişi girerek çalışmalarımıza destek verdiklerini söylediler. Konuşan ve Elindeki yazıyı Genel Kurul Başkanı'na veren sarışın genç adamın Avukat Rahmi MAĞAT olduğunu o zaman öğrendim.

Bu tanışıklığının ardından Türk Devrim Ocakları'nın kuruluş çalışmaları başlayınca Rahmi Mağat'ı yine yanı başımızda bulduk. Öğrenciliği zamanında yaptığı çalışmalarıyla edindiği deneyimleri örnek alıyor, çevresindekilerle de tanışıyordum. Arkadaşlarımızdan çok sevdiğimiz eşiyile nişanlanıp evlenince yakınlığımız daha da arttı. Hukuk Fakültesi'ne iki yıl geç gelmiştim. Bir yılı, ilkokulu bitirdiğim ilçemizde ortaokul bulunmadığı için beşinci sınıfı bir kez daha okuyarak, ikinci yitiği de başarılı bir öğrenci olduğum liseyi Atatürkçülük ve karşıtlığı tartışması nedeniyle bütünlemede sınıfta bırakılışıma katlanamayıp değiştirmekle yaşadım. Fakültede de öğrenci derneği çalışmalarım yüzünden de bir yıl fazla okudum. Yitikleri karşılamak için son sınıfta staj yaparcasına Rahmi Mağat'ın yanında çalıştım ve çok şey öğrendim. Öğrenimimi tamamlayınca da stajımı Rahmi Mağat'ın yanında yaptım ve avukatlık mesleğimin ilk beş yılını aynı büroda çalışarak geçirdim. Orta Doğu Teknik Üniversitesi Hukuk Müşavirliği'nde 1961-1971 yıllarında, başımızdayken ben de ona yardım ettim.

Mesleğe ilgimi onun önderliğinde sürdürürken Baro ilgimi de onun izinde giderek kazandım. Anlayışlı, hoşgörülü, sabırlı ve istenci güçlü bir hukuk adamı, çok içtenlikli bir dost idi. Meslek çalışmalarımdaya olduğu ölçüde özel yaşamımda da bana yol gösteriyor, yanlışlarımı düzeltmeme, güçlüklerimi düzenleme yardımcı oluyordu. Tam bir ağabey idi. Yalnız benim değil başka bürolarda çalışan avukatlarla staj yapan avukat adaylarının da ağabeyi idi. Konya Sokak 1. İşkur Han'daki dostluk, arkadaşlık, kardeşlik ortamının yapıcılarında birisydi. Arkadaşlarıyla ilişkilerini düzeni bizim de kendi arkadaşlarımızla ilişkilerimizi etkiliyordu.

* Ankara Barosu 1972-1974 dönemi Başkanı.

Spora yakınlığı, Tapu Lisesi'nde öğretmenliği yanında Baro'yla ilişkisi olağanüstü denilecek düzeyde idi. 1968-1970 Baro Başkanlığında önceki yönetim kurullarında değişik görevlerde bulunmuştu. Benim 1965-1966 Baro Genel Sekreterliğim zamanında desteğini esirgememişti. 1136 no.lu Avukatlık Yasası'na son biçimini vermek görevi Türkiye Baro Başkanları Kurulu'nca bize bırakıldığında Rahmi Mağat ağabeyin yardımlarını unutamam. Nitekim Türkiye Barolar Birliği'nin ilk genel kurulunun başkanlığını yasa gereğince yüklenince Ankara Barosu Başkanı olarak bu görevi büyük bir başarıyla yerine getirdi. Daha sonra görev aldığı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nda çok yararlı hizmetler verdi. Özellikle, Birlik binasının edinilmesinde önemli katkısı olmuştur. Ankara Barosu Yardımlaşma Sandığı'nın şimdi Baro'nun kirasında olan Daniştay yakınındaki binasının temeli onun zamanında atılmış, bina benim başkanlığım zamanında da hizmete açılmıştır.

Dünya Gençlik Örgütü WAY'ın üyesi olan Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı İkinci Başkanlığı'nı da yapmıştır. Futbol Federasyonu'nda uzun yıllar hukukçu olarak verimli çalışmalarda bulunmuştur. Gerçek, güçlü, ödünsüz ve içtenlikli bir Atatürkçü idi. Or. Prof. Dr. Vasfi Raşit Seviğ'le birlikte büro söyleşilerimizi, 1960 Devrimi öncesi ve sonrasında çabalarımı, Seviğ ailesinin evindeki toplantılarda yapıcı konuşmalarını anmadan geçemem. 1960-61 yılında İngilizcesini ilerletmek için büroyu bana bırakıp Londra'ya gittiğinde elimden gelen çabayla işlere koşarak kendimi daha da geliştirdim. Yalnız bana değil, çok kimseye yararı dokunmuş, çok stajyer yetiştirmiştir. İş sahiplerinin güvenip saygı duyduğu bir avukattı.

Arkadaşlarıyla ilişkisi beğenilecek düzeydeydi. Dayanışma duygusu örnekti. Rahmetli Osman Nuri Kalecik'le birlikte "Hukuk Fakültesi 1950 Yılı Mezunları Toplantısı'nı yıllarca düzenledi. Meslektaşlarıyla kavgınlık nedeni olacak tartışmalardan kaçınır, kavgayı hiç sevmezdi. Bugünün işini yarına bıraktığını, savsakladığını hiç görmedim. Ankara (Anafartalar) Adliyesi'nin yetersizliğini gündeme getirip, yeni bir yapı için uygun yer aranmasını çalışanların başındaydı. Zamanın Adalet Bakanı Hayri Mumcuoğlu'nun önerisiyle benim Adliye Sarayı Mimari Proje Jürisi'ne danışman üye olduğum bugünkü bina için de çanbaları olmuştur. O zaman daha uygun bir yer bulunamamıştı.

Kimi derneklerde üye olarak devingen çalışmalar sürdürmüştür. Gençler Birliği futbol takımının kalesini korumuştur. Türk Hukukçular Birliği'nin kurucu üyelerindendi. Ankara Atatürk Lisesi Vakfı'nda da emeği geçmiştir. Demokrat bir kişiliği vardı, eleştiriler ve öneriler yapıyordu ama hiçbir siyasal partinin üyesi olmadı. Futbol Millî Takımımızı birçok kez yurtdışı karşılaşmalara götürenler arasındaydı. Yapıcı bir insandı. Hukukun üstünlüğü ilkesine, bağımsız yargıya, hukuk devletine bağlılık ve saygısı, tutum ve davranışlarında efendiliği çok belirgindi. Her yönüyle seçkin bir aile büyüğü, eş, baba, büyükbaba, arkadaş, dost ve meslektaşı. Örnek bir yurttaşı. Avukat oğlu Egemen ile Avukat torunu Ceylan onun izinde, onun ilkelerine uygun çalışmalarıyla mesleğimiz içinde MAĞAT adını unutturmayacaklardır. Rahmi MAĞAT, unutulmaz bir insandır.

Sonsuza uğurladığımız Sayın Rahmi MAĞAT ağabeyimize, Tanrı'dan engin rahmetle ışıklar içinde yatmasını, meslektaşlarımıza ve saygın ailesine de başsağlığı diliyorum. Onu unutmamız olanaksızdır. Anısı her zaman bizlerle olacaktır.

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

ULAŞIM ARAÇLARINA VEYA SABİT PLATFORMLARA KARŞI SUÇLAR*

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI **
Arş. Gör. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ ***

ÖZ

Cebir ve tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla; kara, deniz, demiryolu veya hava ulaşım araçlarının hareket etmesini engelleyen, gitmekte olduğu yerden başka yere götüren ya da hareket halindeki kara, deniz ve demiryolu ulaşım araçlarını durduran veyahut kıt' a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede kurulmuş sabit bir platformu ele geçiren, zapteden ya da kontrolü altına alan kişi Ceza Kanunu' nca cezalandırılır.

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere; çalışmada “ulaşım aracı”, “sabit platform” ve “münhasır ekonomik bölge” terimleri açıklanacak, “ulaşım araçlarına veya sabit platformlara karşı suçlar” üzerinde durulacak ve problemleri sahalarda analiz edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Ulaşım aracı, sabit platform, münhasır ekonomik bölge, suç, işgal, kaçırma, alıkoyma, tehdit, cebir

ABSTRACT

Any person who illegally prevents movement of land, sea, railway or air transportation vehicles by using threat, violence or any other act contrary to the law or takes these from one place to another or stops the land, sea or railway transportation vehicles or occupies, confiscates or takes under control a territorial land or stationary platforms in industrial zones, is punished by criminal code.

As briefly explained above, the study will define the terms of “transportation vehicle”, “stationary platform” and “specific industrial zone”, will focus on the “offenses against transportation vehicles or stationary platforms” and will attempt on analysis of problem areas.

Key words: Transportation vehicle, stationary platform, specific industrial zone, offense, occupation, stealing, confiscation, threat, violence

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

*** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

A. GİRİŞ

Ulaşım araçlarının kaçırılması ve alıkonulması suçu Zanardelli Kanunu'nda yoktur. Bu suç, 765 sayılı Kanuna sonradan konmuştur. 5237 sayılı Kanun söz konusu suçu 765 sayılı Kanun'dan farklı düzenlemiştir. Sabit platformlara karşı suçlar ise yeni bir düzenlemedir. Bu makalede, kısaca bu suçlar incelenecektir.

B. KANUNUN DÜZENLEMESİ

Kanun, Üçüncü Kısım, Topluma Karşı Suçlar, Altıncı Bölümde, iki madde halinde, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlara yer vermiştir.

Burada “veya” edatının “ve” olması gerekmektedir.

Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu, Ceza Kanununa, ilk kez 1971 tarih ve 1480 sayılı Kanunla, 765 sayılı Kanunun 384. maddesi olarak girmiştir. 384. madde 1979/2245 sayılı Kanunla esaslı değişiklik geçirmiştir.

2537 sayılı Kanun, suçu, esasını koruyarak, 223. maddesinde, kısmen kısaltarak ve değiştirerek yedi fıkrada yeniden düzenlemiştir.

Maddenin, 1, 2 ve 3. fıkralarında ortak bir bazda üç ayrı suça yer verilmiştir. Madde, 4. ve 5. fıkralarında, bu suçlar işlenirken işlenebilen hürriyeti tahdit¹ ve kasten yaralama suçlarına göndermede bulunmaktadır.

Sabit platformlara karşı suçlar yeni bir düzenlemedir. Kanun, suçu, 224. maddede üç fıkra olarak düzenlemiştir. Madde, 1. fıkrada suça yer vermekte, 2. ve 3. fıkrada, suç işlenirken işlenebilen hürriyeti tahdit ve kasten yaralama suçlarına göndermede bulunmaktadır. Kanunun amacı, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede kurulu sabit platformların ve çalışanlarının güvenliğinin sağlanmasıdır.

Kanunun düzenlemesi kanun yazım tekniğine aykırıdır. 223. Maddenin 1. ve 3. fıkraları, suçun maddi konusu hariç, birbirinin aynısıdır. Kanunun, 2. fıkrada 1. fıkraya göndermede bulunurken, aynı yolu 3. fıkra için izlememiş olması isabetli olmamıştır. Ayrıca, 224. maddenin 2. ve 3. fıkraları 223. maddenin 4. ve 5. fıkralarının aynısıdır. Tarihi kanun koyucunun, kanun yazım tekniğine özen göstermemesinin nedeni, anlaşılabilir olmamıştır.

Ulaşım araçlarına ve sabit platformlara zarar verilmesinin, burada değil, “Malvarlığına Karşı Suçlar” arasında düzenlenmesi, gerekçede de belirtildiği üzere, isabetli olmuştur.

C. ULAŞIM, ULAŞIM ARACI, KİT'A SAHANLIĞI, MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGE

Ulaşım aracının tanımı Ceza Kanunu'nda mevcut değildir. Diğer taraftan bazı özel kanunlarda benzer terimler varsa da² ilgili tanımların hiçbiri tam olarak “ulaşım aracı”

1 765 sayılı Kanun zamanında adı “hürriyeti tahdit” olarak ifade olunan suç, 5237 sayılı Kanun'un 109. maddesiyle “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçu olarak değiştirilmiştir. Ancak bu kez, 223/4 ve 224/2. maddede kanun koyucu terimsel birliği bozarak “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” terimini değil, eski kanundaki ifadesiyle “hürriyeti tahdit” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu sebeple çalışmada, 223 ve 224. maddedeki ifadeye bağlı kalınarak 109. maddeyi karşılar şekilde “hürriyeti tahdit” terimi kullanılacaktır.

2 Bkz. benzer terimler için; Karayolları Trafik Kanunu, 18.10.1983 T. ve 18195 sayılı R.G., m. 3; “Kamu hizmeti taşıtı: Kamu hizmeti için yük veya yolcu taşımaya yapan bütün taşıtlardır”, “Personel servis aracı: (Ek: 17/10/1996-4199/1 md.) Herhangi bir kamu kurum ve kuruluşu veya özel veya tüzel kişilerin personelini bir akıt karşılığı taşıyan şahıs veya şirketlere ait minibüs ve otobüs türündeki ticari araçlardır. Kamu kurum ve kuruluşları ile özel ve tüzel kişilere ait araçların kendi personelini veya yolcusunu taşıma işi bu tanımın

tabirini karşılamamaktadır. Keza Kanununun hazırlanması sırasındaki adalet komisyonu ve genel kurul görüşmelerinde de herhangi bir tanıma yer verilmemiştir³. Konuya ilişkin Yargıtay içtihatları ise yok denecek kadar azdır⁴.

Sözlükte ulaşım; “ulaşma işi; köyler, şehirler, ülkeler arasında bir yerden bir yere gidiş geliş, münakale, muvasala, temas, bir şeyi bir yerden başka bir yere aktarma” anlamına gelmektedir. Araç ise; “bir iş yapmakta veya sonuçlandırmakta gücünden yararlanan nesne, taşıt, kişiler veya nesnelere arasında bağlantı sağlayan şey, vasıta” anlamında kullanılmaktadır⁵. Öte yandan İtalyan Ceza Kanunu’nun konuya ilişkin 432. maddesinin gerekçesinde⁶ ulaşım aracı; “kamu taşımacılığına tahsis edilmiş olan, paralı ya da parasız her türlü araç” olarak tanımlanmaktadır.

Şu halde ulaşım aracını; “yük ve/ya yolcuyla bir yerden başka bir yere taşımaya yarayan ve kamunun kullanımına tahsis edilmiş olan her türlü aracın genel adı” olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Öte yandan, kişilerin kendi özel hizmetlerine tahsisli araçlar her ne kadar ulaşım hizmeti görmekte iseler de bu madde kapsamında ifade olunan “ulaşım aracı” kapsamında değildirler⁷.

Kanun, suçla, kara, deniz ve hava ulaşım araçlarında, ulaşım güvenliğini, bununla birlikte yolcu, yük ve araç güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Geçmişte, şahıs ve eşyanın güvenliğinin bu ulaşım araçları ile sıkı sıkıya bağlı olduğu⁸, bunlara karşı işlenen suçların “ammenin selameti” aleyhine suçlar arasına alınmasının nedeninin bu olduğu ifade edilmiştir⁹. Burada, eski doktrin ve uygulamadan yararlanmanın, pek mümkün

kapsamına girmez”, “Umum servis aracı: (Ek: 17/10/1996–4199/1 md.) Okul taşıtları ile personel servis araçlarının birlikte değerlendirilmesidir”. Sivil Havacılık Kanunu, 19.10.1983 T. 18196 sayılı R.G., m. 3; “Hava Aracı terimi: Havalanabilen ve havada seyredilebilir kabiliyetine sahip her türlü aracı”, “Devlet Hava Aracı terimi: Devletin askerlik, güvenlik ve gümrük hizmetlerinde kullandığı araçları”, “Türk Sivil Hava Aracı terimi: Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları” kapsamaktadır. Kabotaj ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcra ve Ticaret Hakkında Kanun, 29.04.1926 T. ve 359 sayılı R.G., m. 1; “Türkiye sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu alıp nakletmek ve sahillerde limanlar dahilinde veya beyninde cer ve kılavuzluk ve her hangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hizmetini ifa etmek yalnız Türkiye sancağını hamil sefa ve merakibe munhasırdır”. Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı, m. 1; “Demiryolu işletmesi: Sadece cer hizmeti veren işletmeler ile çeken-çekilen araçları temin ederek demiryolu ile yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapan, herhangi bir kamu veya özel sektör işletmesini, Tren güzergâhı: İki nokta arasında, zamana bağlı olarak izlenmesi gereken tren yolunu” ifade eder.

3 Bkz.; T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 809 vd.

4 Bkz.; T.C. Yargıtay 8. CD.; 1999/214 E., 1999/1087 K., 08.02.1999 T., T.C. Yargıtay 9. CD.; 2006/3622 E., 2006/6021 K., 09.11.2006 T.

5 <http://www.tdk.gov.tr>, yararlanma tarihi: 22.03.2011

6 (1) La tutela predisposta dalla norma si estende a tutte le forme di trasporto pubblico, sia gratuito che a pagamento. Va inoltre sottolineato che la sanzione penale deve essere applicata nei confronti di qualsiasi condotta che attenti alla sicurezza dei trasporti pubblici, indipendentemente dal fatto che gli stessi siano svolti o meno nel pieno rispetto delle norme amministrative che disciplinano la materia (quindi anche nelle ipotesi di trasporto pubblico abusivo), <http://www.brocardi.it>, yararlanma tarihi: 24.03.2011

7 Bkz. farklı yönde; Malkoç, Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara 2007, s. 1589.

8 Bkz.; Erman-Özek, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995, s. 110.

9 Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 691. Ayrıca bkz. Erem-Keyman, Uçak Kaçırma Suçları, AÜHFHD, C. 27,

olmadığı düşüncesindeyiz.

Anayasa' nın 23. maddesi ile kişilerin temel haklarından olan seyahat özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Yine Anayasa' nın 5. maddesi ile, bu hakkı korumak ve geliştirmek Devletin temel görevlerindedir. Bu görevin yerine getirilmesinin başlıca koşulu ise, kamunun ulaşım güvenliğini sağlamaktır. Şu halde suç ile yaptırıma bağlanan, ceza ile korunan hukuki konu, kamu ulaşımının güvenliğinin sağlanmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır^{10 11}.

Mademki hukuki konu objektif olarak ulaşımın güvenliğini sağlamaktır, şu halde adına ulaşım aracı dendiği müddetçe söz konusu araçların tahsis amaçları dışında kullanıldığı esnada kaçırılması ya da alıkonulması halinde dahi bu suç söz konusu olur. Şu kadar ki; somut olayda fail kaçırıldığı/alıkoyduğu aracın ulaşım aracı olduğunu bilmeli ve niteliğini bildiği bu aracı kaçırmayı istemelidir. Aksi halde fail, fiili hataya düşmüş olur. Tabi fiili hata failin, unsurlarının mevcut olması halinde bir başka suçtan, örneğin hırsızlık veya hürriyeti tahdit suçundan cezalandırılmasına engel değildir.

Kıt'a sahanlığı, münhasır ekonomik bölge Devletler Genel Hukukunun konusudur. Fiilin işlendiği yerin tespitinde, konuya ilişkin ülke kanunları, ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Devletler Genel Hukukunun kuralları geçerlidir.

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi' nin 76. maddesi uyarınca "kıta sahanlığı"; karasularının ötesinde kıta kenarının dış eşiğine kadar veya bu eşik daha az bir mesafede ise, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz mili mesafeye kadar olan kısımda, sahildevletinin kara ülkesinin doğal uzantısının bütünündeki denizaltı alanlarının deniz yatağı ve toprak altlarını içerir. Ancak doğal kıta sahanlığı daha ileriye gidiyorsa karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 350 deniz milini veya deniz derinliğinin 2500 metre eşderinlik çizgisinden itibaren 100 deniz milini geçmemek kaydıyla gittiği yere kadar olup ülkeyi oluşturan kara parçasının deniz altındaki uzantısıdır. Kıt'a sahanlığında, cansız doğal kaynakları araştırma, işletme, kullanma ve faydalanma yetkisi kıyı devletine aittir¹².

Yine aynı sözleşmenin 55. maddesi uyarınca "münhasır ekonomik bölge"; karasularının ötesinde ve bu sulara bitişik bir bölge olup kendi özel hukuki rejimine tabidir. Sahildar

S. 1-2, Ankara 1970, s. 3 vd.

10 Alman Ceza Kanunu' nun aynı konuyu düzenleyen "Tren, Gemi ve Hava Ulaşımına Tehlikeli Müdahaleler" başlıklı 315. maddesi uyarınca da söz konusu suçun hukuki konusu ulaşım trafiğinin (seyrüseferinin) güvenliğini sağlamaktır: " (1) Whoever interferes with the safety of rail, suspension rail, ship or air traffic by: 1. destroying, damaging or removing facilities or means of transport; 2. setting up obstacles; 3. giving false signs or signals; or 4. undertaking a similar act of intervention which is just as dangerous, and thereby endangers the life or limb of another human being or property of another of significant value, shall be punished with imprisonment from six months to ten years..."; <http://www.iuscomp.org.>, yararlanma tarihi: 22.03.2011.

11 765 sayılı TCK' nun 384. maddesinde mevcut olan; "suçun halkın yararlanmasına arzedilmiş kara veya deniz ulaşım aracına ya da uçağa karşı işlenmesi" nitelikli hali 5237 sayılı TCK' nda suçun basit şekli haline getirilmiştir. Dolayısıyla halkın yararlanmasına arzedilmemiş olan bir ulaşım aracını alıkoymak – kaçırmak eğer şartları mevcutsa bir başka suçta, örneğin, hırsızlık ve/ya hürriyeti tahdit suçlarına vücut verebilir, ancak bu suç oluşturmaz.

12 <http://tr.wikipedia.org.>, yararlanma tarihi: 22.03.2011

devletin hakları ve yetkileri ile diğer devletlerin hakları ve serbestlikleri ilgili sözleşmede düzenlenmiş olup sözleşme hükümlerine uygun olarak münhasır ekonomik bölgede suni adalar, tesisler ve yapılar kurulup kullanılabilir.

Gerekece, sabit platform, doğal kaynakların keşif ve işletilmesi için veya diğer ekonomik maksatlarla deniz yatağına daimi olarak yerleştirilmiş yapılar, tesisler veya yapay adacıklar olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım Türkiye'nin de taraf olduğu "Kıt'a Sahaneliğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Fiillerin Tenkili Hakkında Sözleşme" nin 1/3. maddesinde de mevcuttur.

D. ULAŞIM ARAÇLARININ KAÇIRILMASI VEYA ALIKONULMASI

1. Kara Ulaşım Araçlarının Kaçırılması veya Alıkonulması

1.1. Fail, Hukuki Konu, Mağdur

Kanun, suç, 223. maddenin 1. fıkrasında düzenlemiştir.

Kanun, faili, kara ulaşım aracını "engelleyen" "durduran" veya "götüren" "kişi" olarak tanımladığından herkes suçun faili olur.

Kanun, suçla, kara araçlarında, ulaşım güvenliğini, bununla birlikte yolcu, yük ve araç güvenliğini sağlamayı amaçlamıştır. Her toplumda, kişi, mal ve hizmetlerin, kesintisiz, güvenli, hızlı dolaşımının sağlanması hayati önem taşır. Ulaşım yolları toplumun kan damarları, ulaşım araçları bu damarlarda dolaşan kandır. Böyle olunca, ulaşım yollarının ve araçlarının güvenliğini sağlamak Devletin temel görevi olmaktadır. Kara ulaşım araçlarına, ne şekilde olursa olsun, işini yaptırmamak, ulaşım güvenliğini zedeler. Suçun hukuki konusu, kara ulaşım araçlarının verdiği ulaşım hizmetinin güvenliğini sağlanmasına ilişkin kamu yararıdır.

Esasen, suçun mağduru gayrimuayyendir.

Ancak, kanunun sistemi göz önüne alındığında, suçun mağduru, ulaşım araçlarının sahipleri, işletenleri ve ulaşım güvenliğini sağlamakla yükümlü kamu idaresidir denebilir.

Suçun maddi konusu, failin, "kaçırılma veya alıkonulma" fiilini üzerinde gerçekleştirdiği kara ulaşım aracıdır.

1.2. Fiil

Kanun, fiili, cebir veya tehdit kullanarak yahut hukuka aykırı başka bir davranışla, kara ulaşım aracının hareket etmesini engellemek, aracı hareket halinde iken durdurmak ya da gitmekte olduğu yerden başka yere götürmek olarak tanımlamaktadır.

Suç, icra hareketi ile işlenen, seçimlik hareketli, ani suçtur. Ulaşım aracının hareketini engelleme, hareket halinde iken durdurma veya başka yere götürme, zamanda süreklilik gerektirebilir. Ancak, bu, suç, ani suç olmaktan çıkarmaz.

Hareketlerden biri yapıldığında suç oluşur. Gerçekten, failin, aracın hareket etmesini engellemesi, aracı hareket halinde iken durdurması veya gitmekte olduğu yerden başka bir yere götürmesi ile suç işlenmiş olur. Seçimlik hareket, gerekçe "araçların hareket etmesinin engellenmesi, aracın hareket ettirilmemesi, hareket halinde bulunanların durdurulması ve gitmekte olduğu yerlerden başka yerlere yönlendirilmesi" olarak ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade olunan seçimlik hareketlerin varlığının ön koşulu söz konusu aracın faaliyet halinde olmasıdır. Bu da aracın içinde günümüz koşullarında en azından bir insan olmasını gerektirir. Aksi halde bu suç tipi oluşmaz.

Suçta, seçimlik birkaç hareket, kural olarak birlikte yapılamaz. Öyleyse, hareketin seçimlik olması, temel cezayı belirlemede göz önüne alınmaz¹³.

Suç, neticesiz suçtur. Burada, hareketten bir zararın veya zarar tehlikesinin hâsıl olması aranmamaktadır¹⁴. Kanun, bizzat seçimlik hareketin kendisini toplumsal bakımdan zararlı veya tehlikeli saymaktadır. Hareket parçalara bölünebildiğinde suçta teşebbüs mümkündür. Aracın “gitmekte olduğu yerlerden başka yerlere yönlendirilmesi” hareketi, aracı “başka yere götürmek” hareketinin eş anlamlısı değildir. Kanun, aracı “başka yere götüren kişi” dediğinden, failin aracı “gitmekte olduğu yerlerden başka yerlere yönlendirilmesi” tamamlanmış suç olmaz, suçta teşebbüs olur. Ancak failin asıl amacı, ulaşım aracını belirlenen bir yere götürmek de olsa, eğer fail aracı o yere götürmek için, öncelikle durdurmuş ya da hareketini engellemişse, zaten seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmiş olduğundan tamamlanmış suç söz konusu olacaktır.

Hareket etmeyi engellemek, hareket halinde iken durdurmak veya gitmekte olduğu yerden başka yere götürmek hareketi, “cebir veya tehdit kullanılarak” ya da “hukuka aykırı başka bir davranış yapılarak” gerçekleştirilmiş olmalıdır.

Cebir “maddi cebir” zorlama; Tehdit, “manevi cebir”, korkutma anlamındadır^{15 16}.

Cebir veya tehdit suçun unsuru olduğundan, suç bileşik suçtur, içtima hükümleri uygulanmaz.

13 İstisnai durumlarda failin aracı durdurmaksızın ya da hareketini engellemeksizin de o aracı kaçırmayı mümkündür. Örneğin üzerinde manevi cebir uygulanan mağdurun ulaşım aracını gitmesi gereken yere değil de failin belirlediği yere götürmesi halinde araç ne durdurulmakta ne de hareketi engellenmektedir, ancak sadece “aracı gitmekte olduğu yerden başka yere götürmek” seçimlik hareketi gerçekleşmektedir. Şu halde bu gibi istisnai hallerde hâkim seçimlik hareketlerden kaçınım somut olayda gerçekleştirildiğini göz önünde bulundurarak temel cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirleyecektir.

14 Gereğince, ulaşım araçlarına zarar verilmesi, mala zarar verme suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklini oluşturduğu için, bu madde kapsamında ayrıca suç olarak tanımlanmamıştır” denerek bu noktaya vurgu yapılmıştır.

15 Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 315, 316, 323-326. Ayrıca bkz.; Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, İstanbul 1997, s. 311 vd., Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, Ankara 2010, s. 6344.

16 Öte yandan kanun koyucu TCK’ nun 108. maddesi gerekçesinde cebri; “fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmak” şeklinde yorumlayarak maddi cebre indirgerken, tehdidi ise Kanunun 106. maddesi gerekçesinde; “tehdit hâlinde kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır, mecbur edilmektedir” şeklinde yorumlayarak manevi cebre indirgemıştır. Oysa tehdit suçunun varlığı için “belli bir davranışta bulunmaya zorlamak”, fiilin zorunlu unsuru olmayıp, salt mağdurun kendisine veya yakınına bir kötülük edeceğinden bahisle korkutmak, belli bir davranışta bulunmaya zorlansın ya da zorlanmasın, suçun varlığı için yeterlidir. (Bkz.; Hafizoğulları-Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 164 vd.) Gerekenin bağlayıcılığı yoktur. Dolayısıyla yapılması gereken, 106. maddeyi basit tehdit suçunu da kapsar şekilde yorumlamaktır. Zira maddede “belli bir davranışta bulunmaya zorlamak” şeklinde bir ifade de bulunmamaktadır. Diğer taraftan kanunun sözünden yola çıkarak böyle bir çıkarımda bulunmak bu kez başka problemleri beraberinde getirmektedir. Kanun koyucu 106. maddede “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi cezalandırılır...” demekte, ancak mağdurun bir şeyi yapması, yapmaması ya da failin yapmasına müsaade etmesi için zorlanması haline yer vermemekte, dolayısıyla manevi cebir olarak adlandırdığımız tehdidin bu nitelikli hali ile basit halini kanunen aynı şey saymaktadır. Şu halde yapılması gereken, hâkimin somut olayda, cezanın alt ve üst sınırları arasında tespiti giderken, bu durumu da göz önünde bulundurmasıdır.

Hukuka aykırı davranış, hukuka uygun olmayan davranıştır. Nüfuz kullanmak, yalan, dolanla kandırma, hileli her çeşit davranış, hukuka aykırıdır.

1.3. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Hakkını kullanmada, zorunluluk halinde, kanun hükmünü veya amirin emrini yerine getirmede, fiil hukuka uygundur, suç oluşturmaz.

Gerçekten, yol denetlemesi yapan kolluk memurunun dur uyarısına uymayan karayolu ulaşım aracını zor kullanarak durdurması hukuka uygundur, suç oluşturmaz. Ya da kazaya uğrayanlara yardımda bulunmak isteyen bir kimsenin geçmekte olan bir aracı durmaya, yolunu değiştirmeye zorlaması, hukuka aykırı olmaz.

1.4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir.

Kast, failin, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla kara ulaşım aracının hareket etmesini engellediğini, hareket halinde iken durdurduğunu veya gitmekte olduğu yerden başka yere götürdüğünü bilmesi ve istemesidir¹⁷.

Fiili hata kaldırır.

Hukuka uygunluk nedeninde hata, mümkündür, fail lehine değerlendirilir.

1.5. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hükmedilen ceza iki yıl veya daha az süreli ise, Kanunda ifade olunan diğer şartların da mevcut olması halinde ertelenebilir ya da hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezası paraya çevrilebilir.

2. Deniz Ya Da Demiryolu Ulaşım Araçlarının Kaçırılması veya Alıkonulması

2.1. Fail, Hukuki Konu, Mağdur

Kanun, deniz veya demiryolu ulaşım araçlarının hareketinin engellenmesi, hareket halindeyken durdurulması veya gitmekte olduğu yerden başka yere götürülmesi suçunu, 223/2. maddede, müeyyidesini gösterip, hükmünde, bir önceki fıkraya göndermede bulunarak düzenlemiştir. Gerekçede, “suçun konusunun deniz veya demiryolu ulaşım aracı olması itibarıyla ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir” denmektedir.

O nedenle, yukarıda suçun faili, hukuki konusu, mağduru hakkında söylenenler bu suç yönünden de geçerlidir. Tekrar edilmeyecektir.

Suçun maddi konusu, deniz veya demiryolu ulaşım araçlarıdır. Kanun bunların “kaçırılması veya alıkonulması” fiilini suç saymaktadır.

2.2. Fiil, Hukuka Aykırılık, Kusurluluk

Kanun “suçun konusunun deniz veya demiryolu ulaşım aracı olması halinde” diyerek, fiil, hukuka aykırılık, kusurluluk yönünden, suç, önceki suçla eşleştirmiştir. Yukarıda fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk hakkında denenler burada da geçerlidir.

17 Failin kastı bu suçla hırsızlık suçunu birbirinden ayırmaktadır. Zira hırsızlık suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Dolayısıyla bu iki suç arasında geçitlilik olmadığı gibi, fikri içtima hükümleri de uygulanamaz.

2.3. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail hakkında, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3. Hava Ulaşım Aracının Kaçırılması veya Alıkonulması

3.1. Fail, Hukuki Konu, Mağdur

Diğer iki suç için yapılan açıklamalar bu suç için de geçerlidir.

Bu suçun farkı, doğal olarak hükümde “aracı hareket halinde iken durdurmak” seçimlik hareketi hariç, maddi konusunun “hava ulaşım aracı” olmasıdır.

3.2. Fiil, Hukuka Aykırılık, Kusurluluk

Kanun, fiili, “cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla hava ulaşım aracının hareket etmesini engellemek veya bu aracı gitmekte olduğu yerden başka yere götürmek” olarak tanımlamaktadır¹⁸.

Öteki suçlar hakkında yapılan açıklamalar, ortak yapısal benzerlikten ötürü, aynen bu suç yönünden de geçerlidir. Burada, inceleme kurallarına uyularak, tekrardan kaçınılmak istenmiştir.

3.3. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

E. KİT’A SAHANLIĞINDA VEYA MÜNHASİR EKONOMİK BÖLGEDEKİ SABİT PLATFORMLARIN İŞGALİ

1. Fail, Hukuki Konu, Mağdur

Kanun, “... ele geçiren, zapteden veya kontrol altına alan kişi ...” dediğinden herkes suçun faili olabilir.

Suçun hukuki konusu kıt’a sahanlığında ve münhasır ekonomik bölgede kurulmuş olan tesislerin güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarardır. Gerekçede, bu suçla, Türkiye’nin de taraf olduğu “Kıt’a sahanlığındaki Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Fiillerin Tenkili Hakkında Sözleşme” nin gereğinin yapıldığı ifade edilmektedir.

Esasen, suçun mağduru gayrimuayyendir.

Ancak, kanunun sistemine bakıldığında, suçun mağduru, sabit platformların sahipleri, işletenleri ve tesislerin güvenliğini sağlamakla yükümlü kamu idaresidir denebilir.

Suçun maddi konusu, failin, eylemini üzerinde gerçekleştirdiği sabit tesislerdir.

2. Fiil

Kanun, fiili, “kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede kurulmuş sabit bir platformu cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla ele geçirmek, zaptetmek veya kontrol altına almak” olarak tanımlamaktadır.

Gerekçede, bu tesislerin, kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılarak ya da hile ile ele geçirilmesi, zaptı, kontrol altına alınması fiilleri cezalandırılırken temel amaç, sabit platformların güvenliğini korumaktır denmektedir. Öyleyse, suç, sabit bir platformun

18 Ayrıca bkz.; Erem-Keyman, Uçak Kaçırma Suçları, AÜHFD, C. 27, S. 1-2, Ankara 1970, s. 1 vd. Ayrıca bkz., uçak kaçırma olaylarının siyasal suç kavramına etkisi bakımından; Erem, Uçak Kaçırma Olaylarının Siyasal Suç Kavramına Etkisi, AÜSBFD, C: 27, S. 3, Ankara 1970, s. 407 vd.

güvenliğinin ihlalidir.

Cebir veya tehdit kullanmak ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunmak, yukarıda açıklanmıştır. Açıklamalar bu suç yönünden de geçerlidir.

Sabit platform, ele geçirildiğinde, zapt edildiğinde, kontrol altına alındığında, suç işlenmiş olur. Bu suçun ani suç olması demektir. İşgal kısa veya uzun bir süre devam edebilir. Bu suçun niteliğini etkilemez. Esasen, ele geçirmek, zapt etmek, kontrol altına almak terimlerinin, eş anlamlı oldukları söylenebilir. Bir şey, ele geçirilmeden, zapt edilmeden, kontrol altına, yani denetim altına alınmış olmaz. Öyleyse, suç, gerçekte seçimlik hareketli bir suç değildir, görünüşte seçimlik hareketli bir suçtur. Platforma girilip, denetimi ele geçirilince, suçun, tamamlanmış olduğu kabul edilmelidir.

Suçta teşebbüs mümkündür. Kastı iltibasa yer vermediğinde, ayrıca geldiği aşamada dönüş olanağı kalmadığında¹⁹, fail suçta teşebbüs etmiş olur.

3. Hukuka Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Hakkını kullanmada, zorunluluk halinde, kanun hükmünü veya amirin emrini yerine getirmede, fiil hukuka uygundur, suç olmaz. Bu bağlamda, ör., kolluğun, hakimden karar alarak, zorla sabit bir platforma girmesi, arama yapması, vs., hukuka aykırılık oluşturmaz.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir.

Kast, failin, kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede kurulmuş sabit bir platformu cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla ele geçirmeyi, zapt etmeyi veya kontrolü altına almayı bilmesi ve istemesidir.

Fail, hareketli sanarak, sabit bir platformu zorla ele geçirdiğinde, filde hataya düşmüş olur. Fiili hata kastı kaldırdığından bu suç oluşmaz. Ancak, failin başka bir suç oluşturması halinde, fail o suçtan cezalandırılır.

Hukuka uygunluk nedeninde hata, mümkündür. Hata fail lehine değerlendirilir.

5. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail, beş yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

F. BU SUÇLARIN İŞLENMESİ SIRASINDA İŞLENEN SUÇLAR

1. İncelemede Yöntem

Kanunun 223. maddesinin, 4. ve 5. fıkraları düzenlemesi, 224. maddesinin 2. ve 3. fıkraları düzenlemesi ve gerekçeleri birbirinin aynıdır. Tekrarları önleyeceğinden, bunların, suçlardan ayrı, aynı ana başlık altında incelenmesi, teknik olarak, daha doğru bulunmuştur.

2. Hürriyeti Tahdit Suçu

Kanun, 223/4. maddede, bu suçlar işlenirken, kişilerin hürriyeti tahdit edildiğinde, ayrıca cezaya hükmolunmasını emretmiştir. Bunun anlamı, kanunun, "...cebir veya tehdit kullanarak..." demesine rağmen, bu suçlarda, bileşik suçu kabul etmemiş olduğudur.

Hüküm bir gönderme hükmüdür.

Kanun, "...kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla..." diyerek, "Kişiyi

¹⁹ Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 331 vd.

hürriyetinden yoksun kılma” madde başlığını taşıyan 109. madde hükmüne göndermede bulunmuş olmaktadır²⁰. Kuşkusuz, suçun basit şekli bakımından bir sorun yoktur. Ancak, hürriyeti tahdit suçunun nitelikli halinde, her iki suçta ortak olan “cebir, tehdit veya hile” nasıl göz önüne alınacaktır sorusunu akla gelmektedir. Gerçekten, bileşik suç dışında, bir suçun unsuru, diğer bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olduğunda, bu, her iki suç bakımından, hem birinin unsuru, hem ötekinin ağırlaştırıcı nedeni olarak değerlendirilebilecek midir tartışmasını tahrik etmektedir. Gerekçede bir açıklık yoktur. Bu suçların işlenebilmesi için “kişilerin hürriyetlerinin tahdit edilmesi gerekmemektedir” açıklaması suçların birbirinden bağımsız olduğuna işaret etmekte, ama belirtilen sorunu gidermemektedir. Kanunun 61/3 ve 10. maddesi hükmü de işi kolaylaştırmamaktadır. Kanun, burada, 223/5. ve 224/3. maddesinde olduğu gibi açıkça neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçuna göndermede bulunarak ve açıkça “yaralama suçunun temel şeklini” gönderme dışında bırakarak örtülü bileşik bir suça da işaret etmiş değildir²¹.

Böyle olunca, mantıksal olarak, kanunun, 109. maddenin tümüne göndermede bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Tabii, 223 ve 224. maddenin “Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla...” demesiyle, 109/2. maddenin “kişi...cebir, tehdit veya hile kullanırsa” demesi arasında özde bir farkın bulunmaması karşısında, söz konusu hüküm, bir yandan yukarıda açıklanan bu suçların unsuru olurken, öte yandan, kabul edelim veya etmeyelim, kendisine göndermede bulunulan hürriyeti tahdit suçunun ağırlatıcı nedeni olmaktadır.

Ayrıca, gerekçede “...suçların işlenmesi için kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi gerekmemektedir” denmesine rağmen, cebir, tehdit veya hile kullanılarak “hareket etmesi engellenen”, “hareket halindeyken durdurulan” veya “gitmekte olduğu yerden başka yere götürülen” bir kara, deniz veya hava ulaşım aracında, hatta denizdeki sabit platformlarda insan bulunmamasının olası olmaması karşısında, söz konusu ulaşım araçlarında veya sabit platformlarda bulunan insanların, en azından “dolaylı kastla”, “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmaları” herhalde tartışmaya yer bırakmamaktadır.

Kanun, “bu suçların işlenmesi sırasında...” diyerek, 109. maddenin sadece bu suçlarla ilişkilendirilebilen hükümlerine göndermede bulunmuş olmaktadır. Öyleyse, 109. maddenin 3/d, e, ve 5., 6. fıkrası hükümlerinin bu suçların işlenmesi sırasında ihlal edilmeleri pek olası görülmemektedir. Gerçekten, bu suçların işlenmesi sırasında, hürriyeti tahdit suçunun örneğin “cinsel amaçla” işlenmesi olası değildir. Zaten “yaralama suçunun ağırlaştırılmış halinin” bu suçların işlenmesi sırasında gerçekleşmesi 223/5 ve 224/3. maddelerde düzenlenmiş olduğundan ayrıca bu hükme göndermede bulunulmuş olamaz.

Sözün kısası, Kanunun 223/4. maddesi hükmünün çelişkilerinin, ceza hukukunun kurallarına uyularak değiştirilmedikçe, giderilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Mevcut düzenleme, Kanun koyucunun, tabiri caizse, “bir koyundan iki post çıkarma” gayretidir.

20 Hafizoğulları-Özen, Özel Hükümler, s. 175 vd.

21 Kanun koyucu gerekçede “Bu itibarla kasten yaralama suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi halinde sadece bir, iki veya üçüncü fıkralara istinaden cezaya hükmedilmelidir” derken ve aynı gerekçeyi 224. maddenin gerekçesinde tekrarlarlarken, tek suçtan ceza verilmesi gerektiğini söyleyerek, istese de istemese de açıkça bileşik bir suçun varlığını kabul etmiş olmaktadır.

3. Ağırlatılmış Kasten Yaralama Suçu

Kanun, 223/5. maddede, bu suçlar işlenirken, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını emretmektedir.

Hüküm bir gönderme hükmüdür.

Gönderme, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerine yapılmaktadır.

Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış halleri, kanunun 87. maddesinde yer almaktadır.

Kanun, “yaralama suçunun temel şekli” dışında, bu suçlarda, bileşik suçu kabul etmemiştir. Gerçekten gerekçede, yaralama suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi halinde, 224. madde açısından sadece bir, 223. madde açısından ise sadece bir, iki veya üçüncü fıkralara istinaden cezaya hükmedilmesi gerektiği belirtilerek, örtülü olarak bileşik suçun varlığı kabul edilmiş olmakta ve yaralama suçunun temel şekli, bu suçların “cebren” işlenmesi haline özgü olarak söz konusu suçların içinde eritilmektedir.

Ancak bu suçların işlenmesi sırasında, suçun işlenmesi için gerçekleştirilmemiş olup da harici bir sebeple işlenen yaralama suçunun temel şeklinin söz konusu olması halinde, fail ya da failer bu suçtan ötürü ayrıca cezalandırılacaktır. Çünkü bu halde ortada 223 ve 224. maddelerde belirtilen suçların yanı sıra yaralı sayısının fiil ve suç vardır.

G. SONUÇ

“Ulaşım aracı” terimine ilişkin tartışmaların önlenmesi adına yapılması gereken, kanun değişikliğiyle bir tanım hükmüne yer vermektir.

Bu kez kanun yazım tekniğine özen gösterilerek, yapılmış olan düzenleme, yorumu kolaylaştıracak şekilde yeniden gözden geçirilmelidir.

Suçların işlenişi sırasında işlenen öteki suçlar hakkında ortaya çıkan çelişkiler giderilmelidir. Suçlar arasında zorunlu bir bağıntı olmamakla birlikte, özellikle yaralama suçu açısından bileşik suçun gerekleri göz ardı edilmemelidir.

SUSMA HAKKI*

Dr. iur. Serhat Sinan KOCAOĞLU**

ÖZ

Susma hakkı hem şüphelinin ve hem de sanığın en önemli haklarının başında gelmektedir. Bu önemli kavramın evrimi ve modern kullanımı Kıta Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerinde pek çok tartışmalara yol açmıştır. İşin ilginç yanı bu kavramın yaratıcısı olan Birleşik Krallık (İngiltere), şu anda bu hakkın özünü ortadan kaldırmaya çalışmasıdır. Susma Hakkı ve anayasal hakların kullanımı ile ilgili en son önemli üzücü yorum Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihat değişikliği ile gelmiştir. Elinizdeki bu analiz Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde susma hakkının kullanımına uluslararası insan hakları sözleşmeleri, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi yabancı devletlerin ulusal hukuklarının öğretilerinin ve içtihat hukuklarının perspektifinden araştırma yapmayı amaçlamaktadır. Kendi coğrafi sınırları içerisinde ceza yargılaması yapma yetkisinin kullanan en özgürlükçü devletlerin bile en küçük fırsatta, insan hakları kavramlarını birey aleyhine sınırlandırmaya çalışmasını birey-devlet çelişkisi bağlamında Leviathan'ın her zaman kontrol altında tutulması gerektiğini bizlere ispatlayan en önemli vasıtalarından birisidir.

ANAHTAR KELİMELEER: *Susma Hakkı, Magna Carta Libertatum, Haklar Bildirgesi, Habeas Corpusum Savunma, Müdafî, Savcı, Hakim, Common Law, Polis ve Ceza Delilleri Yasası, Ağır Dolandırıcılık Bürosu, ABD Anayasi 6. Değişiklik, ABD Anayasi 7. Değişiklik, ABD Anayasi 14. Değişiklik, Miranda Hakları, Berghuis v. Thompkins, Ceza Muhakemesi Kanunu, Kontrol Formu, Oyun Teorisi, Tanık, İşkence.*

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Barosu Dergisi Editörü; Ankara Bar Review (ABR) Kurul Başkanı; LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara).

RIGHT TO SILENCE

ABSTRACT:

Right to silence is one of the most important rights of the suspect as well as the defendant. The evolution and modern use of this important criminal justice concept has led debates in not only the Inquisitorial (Civil Law/Continental Europe) but also the Adversarial (Common Law/Anglo-Saxon & Anglo-American) systems. However the real irony lies in the new fact that the creator of the right to silence is now the one who wants to abolish the very essence of this concept, i.e. United Kingdom. Another shocking development is that the Supreme Court of the United States changing his opinion about the invoking of this constitutional right in its latest decisions. This analysis aims at researching the Turkish theoretical and practical understanding of the right to silence from the perspective of international conventions, English and American legislations as well as court decisions. The acts of UK & USA prove that even the most libertarian states, have the tendency of limiting the human rights & liberties at the disadvantage of the individual at the slightest opportunity caught during the exercising of their criminal jurisdiction within their geographical borders whereby proving us that the Leviathan must at all times be hold under control.

KEY WORDS: *Right to Silence, Magna Carta Libertatum, Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Defense, Counsel for the Defense, Prosecutor, Judge, Common Law, Police & Criminal Evidence Act, Serious Fraud Office, VI. Amendment to US Constitution, VII. Amendment to US Constitution, XIV. Amendment to US Constitution, Miranda Rights, Berghuis v. Thompkins, Turkish Criminal Procedural Code, Check Sheet, Game Theory, Witness, Torture.*

GENEL OLARAK

Genel olarak “susma”¹, kişinin konuşmaması veya konuşmaktan çekindiği hali ifade eden bir durumdur.² Ceza muhakemesi açısından “susma” ise temel bir hakka işaret eden bir kavramdır. Bu hak hakkında bir suç şüphesi bulunan kişinin, bu suç ile ilgili olarak sessiz kalma tercihinin devletin soruşturma veya kovuşturma makamlarını işgal edilen kişiler tarafından saygı duyulmasını ve bu hakkın ihlal edilmemesini güvence altına alır.³

Bu yüzden denilebilir ki şüpheli ya da sanığın hiçbir zorlamaya maruz kalmadan dilediğinde sessiz kalabilmesi, ceza muhakemesinde kişinin özgür iradesini koruyan usul güvencelerin en başta gelenidir.⁴ Zira, susmasına izin verilmeyerek çeşitli biçimlerde zorla ifadesi alınabilen ya da sorgusu yapılabilen şüpheli veya sanık konumundaki bir kişinin zaten her türlü temel hak ve hürriyetinin tehlike altına gireceği açıktır.

1 Susma/Sükut: [lat.]tacere; [ing.],silence; [alm.] schweigen; [fr.] silence).

2 Black’s Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990, s. 1382.

3 Ibid.

4 AYDIN Çağrı K., “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 91, Kasım-Aralık 2010, Ankara, s. 147-158.

Bu çerçevede önce Kıta Avrupası hukuk sistemine ve müteakiben de ülkemize Anglo-Sakson hukuk sisteminden geçmiş, kendini itham etmeme ayrıcalığı/kendi aleyhine tanıklık etmeme muafiyeti olarak da bilinen susma hakkı, “hiçbir şüpheli ve sanık konuşmaya veya kendini suç altına sokmaya zorlanamaz”⁵ ilkesinden neşet etmiş bir hak ve evrensel hukuk ilkesidir.⁶

I. SUSMA HAKKI VE İFADE HÜRRİYETİ

İfade hürriyetinin klasik tanımı “kişinin kendisini, evreni ve evrende kendini açıklaması, yani duygularını, düşünce, inanç ve kanaatini ortaya koyması, kısaca bunların dil ile ifadesi”⁷ olarak kabul görmektedir. Bu çerçevede belirtmeliyiz ki kişinin kendisini, evreni, düşünce, inanç ve kanaatini açıklaması mutlaka bir “**etkin/aktif**” bir söz ya da davranışla olması gerekmez. Kişi, ifade hürriyetini “**eylemsiz/pasif**” bir şekilde de kullanabilir. Bu yüzden, ifade hürriyeti aktif ve pasif boyutları ile uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuklar tarafından koruma altına alınmıştır.

5 [Lat.] nemo tenetur se ipsum accusare. AİHS’de açıkça düzenlenmemiş olan susma hakkı, öğretilerde çeşitli görüşler tarafından, suçsuzluk karinesi (AİHS m. 6, f. 2) veya sanığa tanınan kolaylıklar (AİHS m. 6, f. 3, b. b) arasına dâhil edilmekteyse de sözleşmenin işkence, insanlık dışı ve haysiyet kırıcı muameleler yasağını düzenleyen 3. maddesi dolaylı bir biçimde susma hakkını düzenlemekte, yani bir kimseye kendi iradesine aykırı bir şekilde zor kullanarak açıklama yaptırmayı yasaklamaktadır (DONAY Süheyl, “İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 142, 143). “Konuşmak istemeyen yahut sorgusu esnasında yalan söyleyen sanığı cezalandırmak lazım geldiği fikri, sanığa gerçeğe uygun beyanda bulunma mecburiyetini yükleyen ‘engizisyon’(inquisitorial) sistemin son izlerindedir” (GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 107).

6 GRAY Stephen, “Criminal Laws: Northern Territory”, Federation Press, Sydney, 2004, s. 53; American Bar Association Section of Antitrust Law, “The Right Against Self-Incrimination in Civil Litigation”, Publisher: American Bar Association, Chicago, Illinois, 2001, s. 2; ZAFER Hamide, “Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 280; ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R.- ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., “Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler”, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 118; ŞAHİN Cumhur, “Ceza Muhakemesi Hukuku-I”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 139; KOCA Mahmut, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 187; DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2878. Tosun, “Kıta Avrupasında susma hakkı şeklinde de ifade edilen sanığın cevap verme yükümü olmaması prensibi, Anglo-Sakson hukukunda bazen bir kenara bırakılmakta ve suçluluğunu kabul ettikten sonra yalan söyleyen sanık yalancı şahadetten cezalandırılmaktadır. Zannımızca, muhakeme sırasında işkence uygulanmasına tarihinde bile rastlanmayan İngiltere ile muhakeme esnasında işkenceyi bir ara hukukileştiren Kıta Avrupası arasındaki bu fark yüzündendir ki, Kıta Avrupasında sanığın cevap verme mecburiyetinin olmadığı şeklinde bir prensibin gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. Buna karşılık, tarihi gerçekler İngiltere’de böyle bir prensibin korunmasından faydalanmak fikrini kabule götürmemiş olsa gerekir” şeklindeki tespiti ile iki büyük hukuk çevresi arasındaki susma hakkının tarihsel evrimi bağlamında aradaki farkı ortaya koymuştur” (TOSUN Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971, s. 179, 180).

7 HAFIZOĞULLARI Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”. Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc (Erişim Tarihi: 06. 10. 2010).

Anayasa'nın ikinci maddesi Türkiye Cumhuriyeti'ni insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Anayasa'ya göre herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir (Any. m. 25, f. 1). Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz (Any. m. 25, f. 2). Ayrıca herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar (Any. m. 26).

Küresel çerçevede İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS m. 19); bölgesel ölçekte ise Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 8, f. 2, b. g), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 9 ve 10), gibi pek çok uluslararası sözleşme “**ifade hürriyeti**”ni sözleşmecî devletlere karşı koruma altına almaktadır.

İşte özetle şüpheli ve sanığa, ifade alma veya sorgu süreçlerinde iddia veya yargılama makamlarına cevap vermeme özgürlüğünü tanıyan susma hakkı, aslında ceza muhakemesi alanında bireyin ifade hürriyetinin edilgen boyutunun ceza muhakemesi alanında yansıma bulmuş halidir. Bu yüzden de susma hakkı, ceza muhakemesinin şüpheli veya sanığa tanıdığı en temel haklardan birisidir. Bu hakkın yerinde ve zamanında kullanılması, şüphelinin veya sanığın iddia ya da yargılama makamları önünde objektif bir şekilde kullanılabilmesini garanti altına alır. Şüpheli veya sanığın ifade hürriyetini negatif bağlamda kullanabilmesi susma hakkı ile koruma altına alınır.

Bunlara ek olarak da zaten iç hukukumuzda da hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Any. m. 38, f. 5; CMK, m. 48; Alm CMK m. 55, f. 1). Susma hakkının ayrıca anayasal dayanağı olan bu hüküm, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğü ile de yukarıda açıkladığımız üzere bizzat ilişkilidir. İfade hürriyetinin olumsuz boyutu olarak nitelendirilebileceğimiz susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine bir beyanda bulunmaya ya da bir delil göstermeye mecbur edilemeyerek onun muhakemenin yürüyüşüne aktif olarak katılma yükümlülüğünün olmadığı kabulüdür.⁸ Zira şüpheli ya da sanık üzerine atılı suç hakkında savunma özgürlüğü içerisinde istediği şekilde ifade hürriyetinin olumlu boyut içerisinde kendisini aktif olarak savunabileceği gibi, ifade hürriyetinin olumsuz boyutu olan pasif bir savunma metodunu seçerek susmayı yani kendi mahkûmiyetine yardımcı olmamayı da benimseyebilir.⁹

II. SUSMA HAKKI VE COMMON LAW

A. İngiliz Common-Law Sisteminde Genel Olarak Susma Hakkı

Giriş kısmında bahsedildiği gibi, *common law* susma hakkının kaynağıdır. Zira, sanığa susma hakkı ilk defa İngiliz Özgürlükçülüğünün “köşe taşı” olarak nitelendirilen **Magna Carta Libertatum**'da (Büyük Özgürlük Fermanı) verilmişti.¹⁰ Aynı zamanda sanığı itiraf

8 ESER Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çeviren: CEN-TEL Nur, Yargıtay Dergisi, Sayı: 16, s. 319; INGRAM Jefferson, “Criminal Procedure-Theory and Practice”, 1st Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005, s. 214.

9 Ibid.; Koca: s. 109.

10 KOCAOĞLU Ali Mehmet-KOCAOĞLU Serhat Sinan, “İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 3, Yaz 2007, s. 108; Koca: s. 63.

veya ikrara zorlamak için işkence yapılması İngiltere’de kabul edilmemişti.¹¹ İngiltere’de Magna Carta’yı takip eden 1628 *Petition of Rights*, 1679 *Habeas Corpus Act*, 1689 *Bill of Rights* ve nihayet 1701 *Act of Settlement* gibi belgelerin hepsi Kıta Avrupası’nın aksine bireyi devlete/kurumlara karşı korumak amacını taşımışlardır.¹²

İngiltere’de XVII. Yüzyıldan itibaren gelişme gösteren susma hakkı, 1912 tarihli polis, ifade alma ve şüpheli beyanları ile itiraflarının mahkemede delil değerini koruması için **“King’s Bench”** hakimleri tarafından çıkarılmış hukuken bağlayıcı olmayan, ancak daha çok bir yol gösterici ilkeler manzumesi olan **“Judges’ Rules”** ile İngiliz ceza muhakemesi sistemine uygulama anlamında girmiştir.¹³ Burada amaç, gözaltı esnasında İngiliz polisinin şüphelinin rızası hilafında ifade almasını engellemektir.¹⁴ Çünkü, hukuken şüphelinin ancak rızası ile verdiği beyan ya da ikrarlar (itirafnameler) geçerlidir.¹⁵

Bu yüzden, 1930 ve 1960 yıllarında yine bu eksende değişiklik gören **“Judges’ Rules”**, şüphelinin rızasını tespit için **“gönüllük ölçütü”** (*the criterion of volunteriness*) adı verilen bir ilkeyi düzenlemektedir.¹⁶ Buna göre şüphelinin kendini suçlayıcı beyanlarının geçerliliğinin temel ölçütü, “beyanların ya da ikrarın yetkili kimse tarafından zorbalık, kendisine zarar verileceği korkusu veya menfaat elde etme ümidi ile değil, gönüllü olması (rızaya dayanması)”dır.¹⁷ Kıta Avrupası hukukçularının bir kanun normu değil de, daha çok bir tavsiye kararı ya da en iyi uygulama rehberi olarak algılayabileceği **“Judges’ Rules”**, İngiliz hakimlerin, her ne kadar uymak mecburiyetinde olmasalar da, istikrarlı uygulamaları ile *anglo-sakson ceza muhakemesi* sisteminde delillerin değerlendirilmesinde çok önemli bir yer edinmiştir.¹⁸ 1978 yılında **“Judges’ Rules”** ilkelerini destekleyici mahiyette çıkarılmış olan **“Home Office Administrative Directions”** da “aynen gibi polisin usul kurallarına uymasını sağlamaya çalışan bir usul kuralları manzumesi idi.¹⁹ Bunun devamında **“Police and Criminal Evidence Act of 1984”** de susma hakkı dahil olmak üzere çeşitli şüpheli haklarına dair düzenlemeler içermekteydi.²⁰

Tarihsel olarak susma hakkının başladığı ülke olan İngiltere, daha sonraları bu hakkın düzenleme ve uygulama alanını çeşitli sapma ve istisnalarla son derece daraltmıştır. Örneğin bazı susma hallerinin gerektiğinde şüpheli aleyhine yorumlanabileceği ve bunlardan da bir takım sonuçlar çıkarılabileceğine dair 1994 yılında yapılan düzenleme, bu istisnalara önemli bir örnektir (*Criminal Justice & Public Order Act*, m. 34).²¹ Düzenlenen

11 Ibid.

12 Ibid.

13 PATTENDEN Rosemary, “English Criminal Appeals, 1844-1944: Appeals Against Conviction and Sentence in England and Wales”, Oxford Monographs on Criminal Law & Justice, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 79.

14 MCBARNET Doreen, “The Royal Commission and the Judges’ Rules”, British Journal on Law & Society, Volume: 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109.

15 Ibid.

16 Ibid.

17 GUDJONSSON Gisli H., “The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook”, John Wiley & Sons Ltd. West Sussex, United Kingdom, 2003, s. 249.

18 CARLEN Pat, “Radical Issues in Criminology”, Barnes & Noble, New Jersey, 1980, s. 49.

19 Gudjonsson: s. 249.

20 Ibid.

21 Criminal Justice and Public Order Act of 1994’ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.>

bu durumlarda mahkeme jürisi çıkarımların sınırlarını belirleyebilmek için yönlendirir.²²

Bahsi geçen bu düzenlemelerin asıl maksadının suç ithamı altındaki kişilerin susma hakkının kullanabilme ihtimallerini yok etmek olduğu aşikardır. Yoksa susma hakkının beşiği olarak kendisini dünyaya sunan İngiltere gibi bir ülkenin, aleni bir şekilde susma hakkını kaldırarak dünya kamuoyunun eleştiri oklarına hedef olmak yerine, dolaylı yünden aynı sonuca ulaştıracak bir düzenleme yapması yani mahkemelere susma hakkının kullanılmasından anlam çıkartabilme yetkisini tanıması başka ne anlama gelebilir ki? Halbuki bahsi geçen düzenlemeden önce var olan “**Police & Criminal Evidence Act**”²³, İngiliz ceza muhakemesi sisteminde susma hakkını en detaylı şekilde uygulanabilmesine izin veriyordu. Haliyle hiçbir soruşturma yada kovuşturma organı kullanılmış olan susma hakkından hiçbir sonuç çıkartamıyordu.

İngiltere’de susma hakkının bir diğer istisnası da “**Serious Fraud Office**” yani Ağır Dolandırıcılık Bürosu’nun yaptığı soruşturmalara sağlanmıştı.²⁴ Ceza Adaleti için Kraliyet Komisyonu’nun, büronun yaptığı soruşturmaların şüpheliler üzerindeki etkisi için yaptığı araştırmada şüphelilerin yaklaşık % 20’sinin çok ağır anksiyete bozukluğu, % 7’sinin ciddi depresyon geliştirdiğini ve hatta bazılarında kapalı dar yerlere karşı klastrofobi oluştuğunu, dört ayrı davada ise intihar eden şüphelilerin olduğu rapor edilmiştir.²⁵ Ağır Dolandırıcılık Bürosu’nun soruşturmalarına maruz kalan şüphelilerin bankacılık sektörü, borsa gibi yerlerde yönetici pozisyonlarında çalışan yüksek eğitilmiş, zeki ve ekonomik durumu çok yüksek profilli kişiler oldukları göz önüne alındığında susma hakkının olmadığı soruşturmaların daha düşük sosyo-ekonomik seviyeden veya masum kişilerin akıl, ruh ve beden sağlığında çok daha büyük olumsuz etkiler yapabileceği açıktır.²⁶

B. Amerikan Common-Law Sisteminde Genel Olarak Susma Hakkı

Susma hakkı, tarihsel evrim süreci içerisinde, devletin ceza yargılaması tehdidi altındaki kişilere müdafiden faydalanma hakkını ve oradan da adil yargılanma hakkını kazandıran siyasal gelişmeleri ortaya çıkartan mantık silsilesinin ilk halkasıdır. Bu yüzden de ceza muhakemesi hukuku açısından çok önemlidir. Bu noktada zaten *common law* kaynaklı bir kavram olan susma hakkına ve yarattığı etkilere Amerikan hukukunun Anayasal değişikliklerinin evrimi penceresinden genel bir bakışın konuyu daha iyi açıklayacağı düşüncesindeyiz.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukuk sisteminde, susma hakkını düzenleyerek kişinin kendisini itham etmeye veya suçlandırmaya zorlanamayacağını güvence V. Değişiklik

legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

22 Specimen Directive of the Judicial Studies Board-Crown Court Bench Book, June 2007, m. 39-42. Bu direktifin elektronik formattaki hali için bkz.

http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010)

23 Police & Criminal Evidence Act of 1984’ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/1> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

24 RAMAGE Sally, “Fraud and the Serious Fraud Office: Fraud Law: Book Two”, iUniverse, Lincoln, Nebraska, 2005, s. 61-63.

25 Ibid.

26 Ibid. Ayrıca “Ağır Dolandırıcılık Bürosu” ve susma hakkı ile ilgili derinlemesine bir analiz için bkz. SULLIVAN G. R, “The Particularity of Serious Fraud”, “Criminal Justice & Human Rights: Reshaping the Criminal Justice System, Fraud and the Criminal Law, Freedom of Expression”, Editor: Peter Birks, Volume I, Oxford University Press, 1995, s. 99-109.

ile başlamıştır (*Hiç kimse [...] herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz*).²⁷ Müteakiben müdafiden yararlanma hakkını düzenleyen VII. Değişiklik ile devam eden (*Bütün ceza yargulamalarında [...] sanık savunması için müdafî yardımından yararlanabilecektir*)²⁸ ve nihayetinde adil yargılanma hakkını düzenleyen XIV. Değişiklikle (*Eyaletler hiç kimseyi hayat, hürriyet, mülkiyet ve hukukun düzgün işlemesinden mahrum bırakamaz*)²⁹ şeklinde devam eden Amerikan *common law* ceza muhakemesi sistemindeki şüpheli ve sanık haklarının temeli bu mantık silsilesinin sonucudur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de benzer bir yorumla müdafî yardımından yararlanma hakkının şüphelinin V. Değişiklik çerçevesinde düzenlenmiş susma hakkını koruyucu bir tedbir olduğunu ileri sürerek “bütün sorgulama süreci boyunca sessizlik veya konuşma arasında şüphelinin tercih yapmasının hiçbir kurala bağlı kılınmadığını” şeklinde tespitte bulunmuştur.³⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1 Haziran 2010 tarihli *Berghuis v. Thompkins* kararında şüphelilerin “Susma” (V. Anayasal Değişiklik) ve “Müdafiden Yararlanma” (VI. Anayasal Değişiklik) haklarının varlığını tasdik etmiş; ancak eğer şüpheli bu hakların kullanımından feragat etmiş ise ve de ifade alma işlemi başladıysa, “**polis tarafından alınan ifadenin durdurulması hakkı**”nın ancak V. ve VI. Anayasal Değişikliklerden kaynaklanan hakların kullanılması şüpheli tarafından açıkça talep edilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir.³¹

“10 Ocak 2010 yılında Southfield, Michigan’ın dışındaki bir alışveriş merkezinde meydana gelen bir cinayet davası ile ilgilidir.[...]. Olay yerinden kaçmış olan şüpheli Thompkins, bir yıl sonra Ohio’da yakalanmış ve gözaltına alınmıştır.

Southfield Emniyeti’nden iki polis memuru Thompkins’in ifadesini almak maksadı ile Ohio’ya gönderilmişti. İfade alma işlemi öğleden sonra 1:30 civarında başladı ve takriben üç saat sürdü. Thompkins’in ifadesi, 8x10 ayak ebatlarındaki bir odada ve üzerinde yazı yazılabilen okul masasına benzer bir sandalyede alındı (App.144a–145a). İfade alımın başlangıcında görevli polislerde birisi olan Dedektif Helgert, Thompkins’e üzerinde Miranda Uyarı’nın yer aldığı bir form verdi. ‘**Anayasal Hakların ve Beyanların Bulunduğu İhtar**’ başlıklı bu formda:

‘1. Sessiz kalma hakkınız vardır; 2. Söyleyeceğiniz her şey mahkemede aleyhinize kullanılabilir; 3. Herhangi bir soruya cevap vermeden önce bir müdafî ile konuşma hakkınız vardır ve soruları cevaplarken müdafî yanınızda bulunabilir; 4. Eğer bir avukat tutamıyorsanız ve dilerseniz, size bir müdafî tayin edilecektir; 5. İfade esnasında herhangi bir anda, soruların öncesinde veya sonrasında susma hakkınızı ve müdafiden yararlanma hakkını kullanabilirsiniz’ yazmaktaydı.

Helgert, Thompkins’in beşinci uyarıyı yüksek sesle okumasını istedi. Thompkins, bu talebe uydu (App. 8a). Helgert, daha sonra bunun Thompkins’in okumasının olduğunu anlayabilmek için olduğunu söyledi ve Thompkins’in İngilizce anladığını belirtti (*Id. at 9a*).

Helgert daha sonra diğer dört Miranda uyarısını yüksek sesle okudu ve Thompkins’in haklarını

27 “No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

28 “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the assistance of counsel for his defence”.

29 “Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

30 “[...] to choose between silence and speech remains unfettered throughout the interrogation process [...]” (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 [1966]; ayrıca bkz. id. para. 469).

31 *Berghuis v. Thompkins*, 547 F. 3d 572. Kararın özet metni için bkz. <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1470.pdf> (Erişim Tarihi: 17. 04. 2011).

anladığına dair formu imzalamasını istedi (*App. 8a-9a*). Thompkins ise bu formu imzalamayı reddetti.[...].

Müteakiben, görevli memurlar ifade almaya başladı. İfade alma süreci boyunca, hiçbir zaman, Thompkins susma hakkını, polisle konuşmak istemediğini ya da müdafî yardımından faydalanmak istediğini söylemedi (*Id., at 10a*).

Thompkins üç saat süren ifade boyunca büyük ölçüde sessiz kaldı (*Id., at 19a*). Ama “evet”, “hayır” veya “bilmiyorum” gibi birkaç kere sınırlı sayıda sözlü cevap verdi. Bazen başını salladı (*Id., at 23a*). Thompkins, bunlara ek olarak, polis tarafından kendisine ikra edilen nane şekerini istemediğini, oturduğu sandalyenin sert olduğunu söyledi (*Id., at 152a*),

İfade alınmaya başladıktan 2 saat 45 dakika sonra, Helgert Thompkins’e **‘Tanrı’ya inanıyor musun?’** (*Id., at 11a, 153a*). Thompkins, Helgert ile göz teması kurarak ‘Evet’ dedi, ve gözleri yaş ile doldu (*Id., at 11a*). Helgert’in **‘Tanrı’ya dua/ibadet ediyor musun?’** şeklindeki sorusuna ise, Thompkins yine ‘Evet’ cevabını verdi (*Id., at 11a, 153a*).

Helgert’in **‘Peki, Tanrı’ya o çocuğu vurduğundan dolayı seni affetmesi için dua ediyor musun?’** şeklinde sormuş olduğu soruya da Thompkins **‘Evet’** dedi (*Id. 153a*). ve başka taraf bakmaya başladı (*Ibid*).

Thompkins, yazılı bir itirafta bulunmayı reddetti ve 15 dakika kadar sonra ifade alma işlemi sona erdi (*Id., at 11a*). Thompkins, birinci derecede cinayet, öldürme kastı ile saldırı ve bir kısım ateşli silahlar ile ilgili suçlar ile itham edildi. Ancak, Thompkins ifadesinde yapmış olduğu beyanları basırmak için, polisin ifade alma sürecini kesmesi için V. Anayasal Değişiklikten kaynaklanan haklarını kullanmak istediğini, (bkz. *Miranda*, 384 U. S., at 474’e atfen *Michigan v. Mosley*, 423 U. S. 96, 103 [1975]), susma hakkından feragat etmediğini, kendini suçlayıcı beyanlarının rızaya dayanmadığını ileri sürdü. Mahkeme, bu talebi reddetti”³²

Berghuis v. Thompkins, kararı Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 19. Yüzyıldan beridir vermiş olduğu özgürlükçü felsefe temelli kararları ile açıkça çelişmektedir. Zira görüldüğü üzere şüpheli Thompkins ifade alma süreci boyunca ne müdafiden yararlanmak istediğini (ya da istemediğini), ne susma hakkını kullanmak istediğini (veya istemediğini), ne de polise ifade vermek istediğini (yahut da istemediğini) beyan etmemiştir. Sadece görevli polis Dedektif Helgert’in **“Tanrıya o çocuğu vurduğundan dolayı dua ediyor musun?”** şeklindeki sorusuna, **“Evet”** şeklinde cevap vermiştir.

Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından da beşe karşı dört oy ile alınan bu tartışmalı karar, *Miranda*, susma ve müdafiden yararlanma başta olmak üzere, bütün şüpheli ve sanık haklarını kısıtlayıcı mahiyettedir. Çünkü, Yüksel Mahkeme *Berghuis v. Thompkins* ile artık ABD Anayasası’ndan kaynaklanan haklarını kullanacağını sarıh bir biçimde beyan edilmemesinin, şüphelilerin *Miranda*, susma, müdafiden yararlanma gibi anayasal haklarının kullanımından feragat etmiş olduğu şeklinde yorumlamıştır. Polis tarafından ifadesi alınma psikolojisi içerisindeki bir şüphelinin ihmali bir eylem ile anayasal haklarını kullanacağını hatırlatmayı unutmaması, ya da o an için haklarını kullanmanın önemini kavrayamaması vb. durumlarda şüphelinin susma, müdafiden yararlanma gibi önemi tartışma götürmeyecek haklarını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacak olması Yüksek Mahkeme’nin istikrar kazanmış uygulamaları ile bağdaşmamaktadır.³³

32 Ibid. s. 3, 4.

33 Amerikan sisteminde “Miranda”, “Susma” ve “Müdafiden Yararlanma” hakları ve Yüksek Mahkeme’nin

Zira, Yüksek Mahkeme *Berghuis v. Thompkins* kararının yukarıda atıf yaptığımız paragraflarından anlaşılacağı gibi şüphelinin sarih bir şekilde susma hakkını ya da müdafiden yararlanmak gibi anayasal haklarını kullanmak istediğini yetkililere açıklamadığı bir durumda, bu hakların korumasından faydalanamayacağını öngörmüştür. Bu karardan sonra, örneğin, polis tarafından sorulara karşı sessiz kalmış da olsa, şüphelinin susma hakkını kullanmak istemediği kabul edilmektedir. Böylece polise, ifade almayı kesmede günlerce ifade alabilme, ya da atıf yapmış olduğumuz Dedektif Hergert ile Şüpheli Thompkins'in ifade tutanaklarındaki gibi kişinin dini duyguları, ya da başka zaafı istismar edilerek şüpheliden beyan alınabilmesi yolu açılmıştır. Bıçak sırtı yani, sadece bir oy fazlası ile alınan bu karardan, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin en kısa zamanda dönerek ve pek çok hukukçuya ilham kaynağı olmuş olan eski özgürlükçü yorumuna dayanan kararlar vermesini dilemekteyiz.³⁴

Bu bağlamda ek olarak belirtmeliyiz ki Kuzey Amerika Kıtası'nın *common-law* ile yönetilen bir diğer ülkesi olan Kanada da, susma hakkını koruma altına almış bir başka ülkedir. Kanada Anayasası'na eklenmiş olan "*Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı*" (*Canadian Charter of Rights & Freedoms*), susma hakkını "Suç ithamı altında olan herkes [...], bu suçla ilgili olarak yapılan muhakeme işlemlerinde aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz"³⁵ biçiminde düzenleyerek, koruma altına almıştır.

Ayrıca Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi'nde de "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında susma hakkı düzenlenmiştir (m. 8, f. 2, b. g).³⁶

III. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİ VE SUSMA HAKKI

A. GENEL OLARAK SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

İnsanın salt bir muhakeme objesi olmadığı, aynı zamanda da süjesi ve tarafı olduğu akıldan çıkarılmamalıdır.³⁷ Şüpheli ve sanığın susma hakkını kullanması, suçu kabul ettiği anlamına gelmez ve susma hakkının kullanılması şüpheli ve sanığın aleyhine "delil karinesi" veya "suçluluk karinesi" olarak kullanılamaz.³⁸ Çünkü susmanın sanık aleyhine delil olarak değerlendirilmesi adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olur.³⁹

bu konudaki özgürlükçü kararları ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. KOCALOĞLU S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 92, Yıl: 23, Ocak/Subat 2011, sf. 238-286. Bu makale, yukarıdaki atfa referans ile aynı başlık altında "Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 209-249" de de yayımlanmıştır.

34 Bu kararlar için bkz. Ibid.

35 Section 7, Article 11(c). Ayrıca 29 Mart 1982 yılında kabul edilmiş ve Kraliçe II. Elizabeth tarafından 17 Nisan 1982 imzalanmış "Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi"nin tam metni için bkz. <http://www.charterofrights.ca/language.php> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

36 "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi" (American Convention on Human Rights), 22 Kasım 1969 yılında San Josi'de (Costa Rica) "Inter-American Specialized Conference on Human Rights" da imzalanmıştır.

37 Demirbaş: s. 2878.

38 TURHAN Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti, Ankara, 2006, s. 106; ŞAHİNKAYA Yalçın, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 163.

39 Koca: s. 203.

Bu bağlamda susma hakkının kullanılması “**zımni itiraf**” sayılması gerçeğe uymaz, zira başkasını ele vermemek için çeşitli sebeplerle susan şüpheli ve sanıklara rastlanmıştır.⁴⁰ Şüpheli ve sanığın kendisini savunma yollarından birisi de susması olduğu için susma hakkı bir kural olarak kabul edilmelidir.⁴¹

B. SUSMA ÇEŞİTLERİ

Muhakeme süreci boyunca şüpheli veya sanığın susması değişik şekillerde tezahür edebilir.⁴² Susma, öğretilde “**tam susma**” olarak nitelendirilen şüpheli veya sanığın bütün muhakeme süreci boyunca bütün suçlama için susması durumunun dışında; “**kısmi susma**” yani aynı ifade veya sorgu esnasında şüpheli veya sanığın belirli sorulara cevap vermekten kaçınması örneğinin adam öldürme suçunda kişinin öldürdüğünü kabul etmesi ancak kendisini suçu işlemeye sevk eden düşünceleri ortaya koymaması gibi bazen sustuğu ve bazen de konuştuğu durumlar veya “**geçici susma**” yani kollukta susup aynı muhakemenin sorgusunda konuşmak örneğinde olduğu gibi muhakemenin değişik evrelerinde itham konusunda susma veya konuşması şeklinde de olabilir.⁴³

Susma hakkının kullanılmasında tartışmalı olan kısmi ve geçici susma durumları ile ilgili olarak Alman Öğretisinde sanığın susmasından olumsuz netice çıkarılabileceği şeklinde de bir görüş vardır.⁴⁴ Ancak hâkim görüşün ittifakı, tam susma gibi geçici ve kısmi susmadan da sanık aleyhine sonuç çıkartılamayacağı ve susmanın ceza miktarının tayininde de aleyhe etki yapamayacağı üzerinedir.⁴⁵

Şüpheli veya sanığa bir susma hakkı tanındığına ve susmanın da bu hakkın kullanımı anlamına geleceği için, susmanın şüpheli veya sanığın suçluluğuna dair bir karine olarak değerlendirilmesi yani bir hakkın kullanılmasından onu aleyhine sonuç doğuracak bir

40 EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986, s.159.

41 YENİSEY Feridun, “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987, s. 57.

42 Bir ABD Yüksek Mahkemesi Kararı’na göre, yakalanmış veya gözaltına alınmış kişi herhangi bir şekilde veya anda artık ifade vermek istemediğini gösterirse, polis ifade alma işlemini derhal bırakmalı ve şüphelinin fikrini değiştirmeye çalışmak anlamına gelebilecek her türlü davranıştan tamamı ile kaçınmalıdır. Aksi durum Miranda v. Arizona davasında yorumlanmış olan ABD Anayasası’nın 5. ve 14. Değişikliklerinin ihlali olacaktır (Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 [1981]). Ülkemizde de susma hakkını kullanmak isteyen şüpheliye karşı kolluk görevlileri, şüphelinin bu konudaki fikrini değiştirmesini sağlayabilecek her türlü davranıştan kesinlikle kaçınmalıdır.

43 Şahin: s. 140;

ŞAHİN Cumhur, “Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 87, 109-111. Bu noktada altını çizmemiz gereken bir husus şudur: “Sanığın istinaf duruşmasında susma hakkını kullanmış olması, ilk derece yargılamasındaki ifadesinin delillerin ortaya konulması esnasında okunmak suretiyle istinaf mahkemesinde delil olarak kabulüne engel değildir” (SARIGÜL Ali Tanju, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2009, s. 111).

44 Şahinkaya: s. 163. Susma hakkının beşiği olan İngiliz Hukuk Sisteminin Kuzey İrlanda’da 1988 yılından beridir susma hakkını kaldırdığı, mahkemenin sessizliğinden sanığın aleyhine çıkarımlarda bulunabildiği belirtilmektedir (SLAPPER Gary-KELLY David, “The English Legal System”, Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, London, United Kingdom, 2001, s. 395). 1988 tarihli Kuzey İrlanda Ceza Delili Buyruğu (Northern Ireland Criminal Evidence Order [1988]) ile yakalanan şahsın elbisesinde, üzerinde veya ayakta bısında şahsı yakalayan kolluğun şüpheli bulduğu ve ifadesini aldığı “eşya, madde ya da belirti”ler hakkında, şüphelinin cevap verememesi durumunda da şüphelinin aleyhine çıkarımlarda bulunulabilir (id.).

45 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 110-113.

hükme varmak kabil değildir.⁴⁶ Ayrıca, bu durum hâkime sanığın bir tür niyetini okuma gibi bir yükümlülük dayatacağından dolayı hükmün dayanağı vicdani kanaatin objektif olarak oluşması açısından mahzurludur. Sanığın susma hakkını kullandığı durumlar, onun aleyhine olumsuz netice çıkarmak için kullanılmamalıdır. Aksi durumda susma hakkı sanık için blok olarak kullanılan ya susacaksın ya da konuşacaksın şeklinde uygulanan ve ifade özgürlüğü ile de çatışacak bir hale gelmiş olur.

Ayrıca bu yaklaşım, ceza muhakemesinin özü olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi ile de çatışır. Çünkü, şüpheli veya sanığın rahatça ve istediğinde susma ve istediğinde konuşma hakkını kullanması sağlandığında bu kişilerin psikolojik olarak olayı aydınlatmaları yolu kapanmamış olur. Aksi durumda, arada susma hakkının kullanılmasından aleyhine sonuç çıkarılacağını düşünecek olan şüpheli veya sanık, olayı aydınlatacak bir takım açıklamalar yapacağı zamanlarda konuşmayarak susma yolunu seçecektir. Hâlbuki ceza muhakemesinde bazen yargı makamı için şüpheli veya sanıktan alınacak ve olayı aydınlayabilecek en ufak bilgi kırıntısı bile maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayabilir.

Uygulamada ülkemizde maalef ki, kısmi susma yani şüpheli veya sanığın ancak belli sorulara cevap verip belli sorularda susma hakkını kullandığı durumlarda, hâkimler şüpheli veya sanığın susma hakkını kullandıktan sonra yaptığı müteakip açıklamaların doğru olmadığını düşünmekte, bu beyanlarla ilgili değerlendirmelerini bu önyargılı zihni kurguya dayandırmakta ve bu sübjektif değerlendirmelerin neticesinde şüpheli veya sanık hakkında olumsuz yönde takdir yetkisini kullanmaktadırlar. Ülkemizde hâkimlerin sahip oldukları bu zihni kurgu doğru olmadığı gibi, kanun koyucunun susma hakkını vazetmesinin amacına da tamamen terstir. Kısmi susma hakkının kullanıldığı durumları müteakiben şüpheli veya sanığın özgür iradesiyle yaptığı beyanları, yargılama makamını işgal eden hâkimlerimizin hiçbir önyargıya sahip olmadan, tarafsız ve objektif bir şekilde değerlendirmelidirler. Çünkü, ancak bu şekilde yapılacak bir değerlendirme ile kullanılacak takdir yetkisi kanunun amacına uygun olacak ve adil yargılanmayı gerçekleştirecektir.

Hâkim tarafında yapılan sorgunun veya kollukta ve savcılıkta alınan ifadenin şüpheli veya sanık için bir “savunma aracı” ve bir “hak” olmasından dolayı susma hakkının kullandırılmayıp şüphelinin veya sanığın zorla konuşturulmaya çalışılması savunma hakkının özünün yok edilmesi anlamını taşır.⁴⁷ Savcı ve kolluk görevlileri, şüphelinin ifadesini

46 Şahin: s. 140; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 112.

47 KUNTER Nurullah, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981, s. 359. Bununla birlikte yapılmış güncel olmayan bir bilimsel araştırmaya göre kolluk görevlilerinin (polis) %28 oranındaki bir önemli müdafinin susma hakkını kullanmayı teşvik etmesini şüpheli veya sanığın işlediği zannedilen suçun araştırılmasını sekteye uğratacağı kanaatindedir (KARAOĞLU Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye-İngiltere Örnekleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003, Ankara, s. 185). Maalef ki ülkemizde şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkına ve dolayısıyla susma hakkına yanlış bakışı bırakınız kolluğu, savcı ve hakimlerimize bile sirayet etmiş olduğu uygulamada her gün rastlanılan gerçeklerdendir. Bununla birlikte İngiltere’de yapılmış çeşitli araştırmalar müdafî yardımından yararlanarak hukuki danışma almanın; toplamda şüphelilerin itirafta bulunan (ikrar eden) şüpheli sayısının yüzde 50 oranından biraz daha fazla olduğunu göstermektedir (GUDJONSSON Gisli H., “The Psychology of Interrogations & Confessions: A Handbook”, John Wiley & Sons, United Kingdom, 2003, s. 150). Yani müdafî yardımından da yararlanılsa şüphelilerin yarısından fazlasının susma hakkını kullanmamaktadır.

almadan önce şüphelilere cevap vermek isteyip istemediklerini sormalıdır ve şüpheliye asla sanki cevap vermek zorunda imiş duygusu altında muamele yapmamalıdır.⁴⁸

C. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE SUSMA HAKKI

Uluslararası ve bölgesel ölçekteki insan hakları sözleşmelerinde susma hakkı, genellikle ayrı bir hak olarak ve özel olarak zikredilmemiş de doktrin ve uygulama tarafından yapılan yorumlarda adil yargılanma hakkı altında ifadesini bulmuştur (BM İHEB m. 10; BM MSHS m. 14, f. 3, b. g; AİHS m. 6, f. 1). AİHM önüne gelen davalarda susma hakkını adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak nitelemiş ve AİHS'nin güvence altına aldığı haklardan birisi olarak ele almıştır.⁴⁹

IV. İÇ HUKUKUMUZDA SUSMA HAKKI

A. İÇ HUKUKUMUZDAKİ SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

Susma hakkı her ne kadar edilgen/pasif bir hak niteliğinde olsa da, sanığın kişilik hakkının bir ifade biçimidir.⁵⁰ Bu yüzden doğrudan sanığın ifade hürriyetinden kaynaklandığı için en az sanığın etkin/aktif olarak ceza muhakemesine katılma hakkı kadar ehemmiyetli bir haktır.⁵¹ Bu nedenler ile ifade alınma veya sorguya çekilme esnasında kişiye yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylemek zorunluluğu iç hukukumuzda açık bir şekilde düzenlenmiştir (CMK m. 90, f. 4; m. 147, f. 1, b. e; m. 191, f. 3, b. c).

“Aydınlatma yükümlülüğü” olarak da tanımlayabileceğimiz bu düzenlemelere aykırı bir şekilde şüpheli veya sanığa susma hakkı hatırlatılmadan yapılacak soruşturma veya kovuşturmadan elde edilecek beyanlara delil yasakları teşkil eder ve mutlak bozma nedeni oluşturur (CMK m. 289, f. 1, b. h ve b. i). Zira şüpheli veya sanıktan susma hakkı hatırlatılmayarak alınmış ifade veya yapılmış sorgu savunma hakkının esaslı bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verecek hukuka kesin aykırılık nedenlerindedir.⁵²

48 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 57.

49 Funke v. France–10828/84 [1993] ECHR 7, 25 February 1993, para. 44; John Murray v. The United Kingdom–18731/91 [1996] ECHR 3, 8 February 1996, para. 45. Anılan kararların tam metinleri için bkz. <http://www.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 12.03.2009).

50 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 280.

51 Ibid.

52 “Duruşmaya; sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra 1135. maddeye göre sorguya çekilmesi ile başlanması, emredici usul kuralıdır. Sanık yüklenen suçtan dolayı CMU'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 1135. maddesi uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin bulunan bütün hakları hatırlatılmalıdır. Aksi takdirde savunma hakkı kısıtlanmış olur” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/7-165, Karar: 1995/302, Tarih: 24. 10. 1995 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]). Bahsi geçen kararda Yerel Mahkeme'nin, susma hakkı da dahil olmak üzere savunmaya dair haklarının sanığa hatırlatılmaması ile ilgili olarak vermiş olduğu “Sanığa duruşma gününün tebliğ edildiği, ilk celseye sanığın gelmediği, müdafinin hazır bulunduğu, 19/10/1993 günlü oturumda sanık ile müdafinin hazır buldukları, CYUY'nın 135.maddesine uygun biçimde kimliğinin saptandığı, yüklenen suçun anlatıldığı, sanığın daha önceden hazırladığı yazılı savunmasını sunduğu bir gazetenin sorumlu müdürü olan sanığın yasal haklarını da bildiği, bu nedenle duruşmaya müdafii ile birlikte gelen ve önceden hazırladığı savunmayı sunan sanığa ayrıca ‘Avukat tutma hakkın ve susma hakkın vardır’ demek bir şekil koşulu değildir. Davanın mahiyeti, dosya içeriğine göre sanığa hatırlatılmayan hiçbir hakkı yoktur. Kaldı ki, benzer hususlar 7. Ceza Dairesinin 12/09/1994 gün ve 5900/8347 ve 10.Ceza Dairesinin 19/04/1994 gün ve 1504/5699 sayılı kararlarında bozma nedeni yapılmamıştır” şeklindeki yanlış kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından

Batı ülkelerinde bireyin işlememiş olabileceği bir suçtan sorgulanarak damgalanmalarını engelleyerek **“lekelenmeme hakkı”**nın korunması ve ihbar edilmiş olayla ilgili genel bilgiler toplamak için kabul edilmiş bir müessese olan “bilgi alma”(YGAİAY m. 4) ya da uygulamadaki adlandırılmasıyla **“mülakat”**, **“ön bilgi edinme”** veya **“önsorgu”** müesseseleri ülkemiz pratiğinde müdafinin katıldığı ifade ve sorgudan kaçabilmek için kullanılmaktaydı.⁵³ Böylece kolluk tarafından ilgili kişinin müdafî yardımından faydalanması engellenmekte;⁵⁴ haliyle de ilgilinin icap ederse susma hakkını kullanabilmesi hakkını tanıyan kanuni düzenlemeler dolanılabilmekteydi.

Yakalanan kişi bakımından tehlikeli olan bu durumun önlenilmesi için CMK'nın m. 90. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince sanığa kanuni haklarının artık yakalandığı anda **“derhal”** bildirilmesi gerekliliği, bu yanlış ve haksız uygulamayı engelleyici mahiyettedir.⁵⁵ Böylece şüpheli veya sanığın ifade ve sorgudan itibaren değil suç haberinin yetkili organlarca alınmasından başlayarak, muhakeme sürecinin sonuna kadar müdafî yardımından yararlanabilmesinin önü yasa ile açılmıştır.⁵⁶ Bu noktada belirtmeliyiz ki müdafî yardımından yararlanabilme ile susma hakkı arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Çünkü, bizce, susma hakkının kullanıp, kullanılmaması gerektiğini; eğer kullanılacaksa hangi ölçekte kullanılacağına hassasiyetle karar verebilmek ancak müdafîin mesleki sağduyusu ile yerine getirilebilecek profesyonel bir beceri gerektirmektedir.

hakkı bir şekilde bozulmuştur (id.).

53 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 85, 86. Maalesef ki, uygulamada durum öğretinin olmasını umduğu gibi değildir. Bahsi geçen ve farklı isimler altında uygulamaya çalışılan bu hukuka aykırı yöntem, hala gerek Emniyet Genel Müdürlüğü'nde ve gerekse de Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı bazı kendilerini diğer kolluk birimlerinden “ayrıcıklı” ve de “hukukun üstünde” (!) hisseden bir takım kamu görevlilerince uygulanmaya çalışılmaktadır (özellikle organize suçla mücadele ve terörle mücadele şubeleri). Böylelikle şüphelinin müdafiden yararlanma hakkı dolanılmaya çalışılmaktadır. Üzülerek belirtmeliyiz ki, adı geçen şubelerde şüpheli ile yapılan ve sohbet görüntüsü altındaki bu faaliyetler müdafî hazır bulunmadan yapılmakta; bu esnada şüpheliden elde edilen bilgiler not alınmakta ve bunlar fezleke haline getirilerek ilgili savcılıklara yollanmaktadır. Bu noktada asıl teessüf verici olan aslında birer hukuk adamı olan bir kısım savcılarının bu yanlışlığa prim vermesi, kolluk tarafından bu hukuk dışı faaliyetler ile fezleke haline getirilmiş bilgileri çoğu kez “kopyala-yapıştır” yöntemi ile hazırlayacakları iddianamelerinin bir parçası haline getirmeleridir. Halbuki “bilgi alma”, doktrinde belirtilmiş olduğu gibi, bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, henüz suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişi veya tanık veya mağdurun dinlenmesini ve tutanağa geçirilmesi işlemidir (YGAİAY m. 4). Bu müessese, kolluk tarafından yürütülen ve herhangi bir şekilde tabi olmayan bir ön bilgi edinmeye yönelik başlangıç şüphesinden önceki bir aşamayla ilgili olan araştırma faaliyetidir (id.). Bir suçun işlenip işlenmediği ile ilgili olarak yeterli başlangıç şüphesinin var olup olmadığının tespitini ve doğrulanmasını kolaylaştırır (id.). Şüphelinin tanımlanmasını ve belirlenmesini sağlar (id.).

Alman hukukunda “Informativische Befragung” denilen bu ön bilgi edinme faaliyeti, esasen koğuşurma organının suçla ilgisi olan ve olmayan kişileri ayırarak suçu araştırmaya başlayabilmesi için bir yön belirleme faaliyetidir (Koca: s. 21, 22). Böylelikle kişilerin işlemedikleri bir suçtan dolayı ifadelerinin alınarak toplumda damgalanmalarının önüne geçerek, kişinin şüpheli konumuna düşürülmeden ihbar edilen olayla ilgili bilgi toplanması gerçekleştirilir (id.).

54 Ibid.

55 Ibid.; Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 218; MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURŞUN Selman, “Müdafîin Yasaklılık Halleri”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 101.

56 ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s. 256. Eğer sanık susma hakkı konusunda bilgilendirilmemiş ve kendisi aleyhinde delil toplattırılmışsa o delil hukuka aykırıdır (ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 20).

Özellikle, suçta konu olayın yeni ihbar veya şikâyet edildiği anlarda kollukta ifadesi alınan kişiler olayın sıcaklığının psikolojisi ile çok yanlış, suçla alakasız veya kendini suçlandırıcı davranışlarda bulunabilmektedirler. Bu çerçevede, şüpheli için özellikle neticesi itibarıyla büyük sonuçlara sebebiyet verebilecek ağır ceza mahkemelik suçlarda ilk andan başlayarak konunun savcılık araştırmaları ile açıklığa kavuşacağı ana kadar, müdafî ile istişare ederek, geçici mahiyette susma hakkının kullanılmasının şüpheliyi böylesi olumsuz davranışlardan koruyacağı kanaatindeyiz.⁵⁷

B. SUSMA HAKKI VE İŞKENCE

Genel kapsamda kendisini ve yakınlarını ithama zorlamama ilkesi, daha özel kapsamda ise **susma hakkı**, insan haysiyetinin korunması ilkesi ile işkence ve gayr-i insani muamele yasaklarıyla derinden bağlantılıdır.⁵⁸ Çünkü, tarihsel evrim süreci içerisinde sorulara cevap vermeyen sanıklardan **“ikrar”**⁵⁹ elde etmek için kullanılan en etkili yöntem **“işkence”** olmuştur.⁶⁰

İşte sanığın bizatihi delil kaynağı olarak kabul edildiği ve işkence gibi yöntemler ile

57 Soruşturma evresinin ilk aşamasında yapılacak bir hatanın bütün ceza yargılamasını etkileyeceğini tespit eden örnek bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı şu şekildedir: “İfade verme esnasında ilk başta meydana gelen hata bütün davayı etkileyebilir. Yapılabilecek uygun savunmalar hemen oracıkta ileri sürülmezse telafi edilemeyecek bir biçimde kaybolabilir, hâlbuki müdafî yardımından yararlanan bir şüphelinin stratejik amaçlar ile bir hakkın kullanımından feragat etmesi halinde ise böylesi bir kayıp söz konusu olmayacaktır” (Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 54 [1961]). Anılan bu kararın metodolojisi ile paralel bir şekilde düşünüyoruz. Ülkemizde de müdafî yardımından faydalanan bir şüphelinin, müdafî ile istişare ederek kısa durum analizi yaptıktan sonra, stratejik amaçlarla ifade hürriyetinden belli bir süre feragat ederek susma hakkını kullanmasının, özellikle ağır cezalı suçlarda elzem olduğu kanaatindeyiz.

58 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 75.

59 İkrar sanığın üzerine atılı suçu bütünüyle veya kısmen kendisinin işlediğini açıklamasıdır (ÇOLAK Haluk, “Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination”, Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 36). Modern ceza muhakemesinde ikrarın içeriğinin dahi, her türlü şüpheden uzak bir şekilde, ispat edilmesi gereklidir (ÜNVER Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 108). “Sanık ikrar etse dahi, ikrar dâhil tüm delillerin CMK’da delillerin irad ve ikame edilmesi usulünü gösteren hükümler çerçevesinde ortaya konulup tartışılmaları ve tam bir vicdani kanaat için görgü tanıklarının duruşmada dinlenilmeleri ve tüm delillerin bu surette mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü ikrar da esasında şüpheli veya sanığın savunmasından veya savunma erkinden kaynaklanan bir iddiadır ve ispata muhtaç olduğu gibi, bu ikrar delilinin güvenilirliği kadar, hukuka uygun olup olmadığı ve sağlamlığı denetiminin de ayrıca yapılması gereklidir” (id. s. 119). Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karar şöyledir: “Sanığın baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediği kolluk ifadesi dışında, isnat olunan suçu işlediğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirir. Soyut ikrara dayalı mahkûmiyet hükmü kurulamaz” (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas: 2005/1716, Karar: 2006/19, Tarih: 23. 01. 2006). [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası]

60 TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 134; YURTCAN Erdener, “CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı”, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2007, s. 30; DÖNMEZ Burcu Denmen, “Ceza Muhakemesinde Çapraz Sorgu”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 52; Kunter: s. 357. “Sorgunun dürüstlüğü ilkesi”ni ihlal eden yöntemler ve sorguda gayri meşru usuller ile sanıktan ikrar elde etme yöntemleri ile ilgili olarak bkz. Gölcüklü: Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, s. 108 vd. İkrar, “yalın bir suçluluk itirafı, ithamı kabul ediş şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, olayın gerçek cereyan şeklinin, suçluluk için önemli sayılabilecek vakıaların sanık tarafından açıklanması olarak da ortaya çıkabilir” (ŞAHİN Cumhur, “İkrar ve Savunma Hakkı”, Ceza Hukuku Reformu, Umud Vakfı Yayınları, Beta Basım A.Ş., Birinci Bası, İstanbul, 2001, s. 131).

konuşma mecburiyetinde bırakıldığı tahkik sistemi olarak da bilinen Engizisyon Dönermine (Tahkik Sistemi) ve uygulamalarına tepki olarak gelişen susma hakkı, sanığın ifade ya da sorguda olayla ilgili olarak hiçbir açıklamada bulunma zorunluluğunun olmaması ile ilgili evrensel kabul görmüş olan bir ilkedir.⁶¹ Böylelikle, kişi kendisini zor durumda bırakacak ve belki de ceza almasını sağlayacak itham gibi bir mükellefiyetten kurtarmış olur.

Susma hakkı ve işkence, adeta birbirinin anti-tezi konumunda olan ilgili iki kavramdır. Susma hakkının konusu, özgür irade ile ifadenin verilmesini veya verilmemesini koruyan pasif bir faaliyet iken; işkencenin konusu özgür iradeyi yok etmeyi amaçlayan aktif faaliyetlerdir. Bu yüzden susma hakkı hem ceza hukuku ve hem de ceza usul hukuku bağlamında işkenceye karşı normatif olarak koruma altına alınmıştır. Çünkü, şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılması ile kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır (CMK m. 148, f. 1 ve 2). Ayrıca yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez (CMK m. 148, f. 3).

Usul hukukundaki düzenlemeye ek olarak, şüpheli veya sanığa karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisinin cezalandırılması da öngörülerek, maddi ceza hukuku çerçevesinde işkence suç haline getirilmiş ve böylelikle susma hakkı güvence altına alınmıştır (TCK m. 94) .

C. SUSMA HAKKI VE KOLLUK

Ülkemizde insanımızın bilinçaltının derinlerine yerleşmiş olan **“sükût ikrardan gelir”** atasözü, uygulamada şüpheli veya sanığa illa konuşması gerektiği gibi bir yanlış mantığı da kişiye dayatmaktadır.⁶² Şüpheli veya sanık, eğer susarsam suçu kabul etmiş olurum

61 Kunter: s. 357. “Inquisitio (engizisyon) yargıcın re’sen tetkik etmesi demektir” (SEVİĞ Vasfi Raşit, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 323). Savunma hakkı ancak kişinin kendisini veya yakınlarını suçlamaya zorlanmadığı zaman bir anlam ifade eder (Koca: s. 54). Çünkü sanığı konuşturmak için yapılacak zorlama veya işkence, savunma hakkını yok eder (id.). Bu itibarla savunma hakkının tarihçesi, işkencenin bittiği yerden başlar (id.). Bu yaklaşımdan yola çıkarak, savunma hakkının tarihinin esasen insan haysiyetinin zorlama ve işkenceye karşı korunmasını amaç edinmiş olan susma hakkının tarihi ile aynı olduğunu ileri sürmek bizzat yanlış bir yorum olmasa gerekir.

62 Bu hususu eleştiren bir çeşitli içtihatlar kararı şu şekildedir: “Keza, sanığın savunmasının aksinin kanıtlanması ondan beklenemez. Kaldı ki, CMUK.nun 135. maddesi uyarınca susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın sükût ikrardan gelir deyişine dayanarak suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da beklenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır (19. 04. 1993 tarihli 6-81/110). [...] Medeni Usul Hukukundan farklı olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat yükü (kulfeti) sorunu yoktur. Gerçekten sanığa susma hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde, ispat yükünden söz edilmesi olanaksızdır” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2004/4-220, Karar: 2005/32, Tarih: 22. 03. 2005 [Corpus İctihat ve Veri Bankası]). Bu kararı krş “CMUK’un 135. maddesine göre susma hakkı da bulunan sanığın savunmasının inkara yönelik olduğundan bahisle yasal olmayan gerekçeyle sanık lehine TCK’nun 59. maddesinin uygulanmayacağına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş, sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA 28.9.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2003/10506, Karar: 2004/16209, Tarih: 28. 09. 2004 (Corpus İctihat ve Veri Bankası). Ayrıca paralel bir karar için bkz. “CMUK’un 135. maddesine göre susma hakkı bulunan sanığın ‘atılı suçlamayı kabul etmediği’

mantığıyla susma hakkını yerinde ve zamanında kullanmamakta ve olayın sıcaklığı ile kendisini yanlış yere suç altına sokacak beyanlarda bulunabilmektedirler. Böylesi, yanlış anlayışlar susma hakkının kullanılmaması ile neticelenmektedir. Bu durumu engellemek için yakalanan şahsa içinde susma hakkının da bulunduğu kanuni haklarının derhal bildirilmesi düzenlenmiştir (CMK m. 90, f. 4).

Susma hakkına ilişkin bu bildirim yükümlülüğünün mutlaka ifadeyi alan veya sorguyu gerçekleştiren tarafından yerine getirilmek zorunluluğu vardır.⁶³ Üçüncü kişi bu işle ilgili görevlendirilemez. Ayrıca şüpheli veya sanığın susma hakkını biliyor olması susma hakkını bildirecek görevliye bildirme görevini yerine getirmemesini asla haklı kılmaz.⁶⁴ Hatta şüpheli veya sanık yanında müdafî ile ifadeye veya sorguya gelse ve müdafî tarafından susma hakkı konusunda aydınlatılmış olsa bile, susma hakkını bildirecek görevli ya da organ, bu konuda gerekli bilgilendirmeyi yapmakla yükümlüdür.⁶⁵

Kanaatimizce, kanuni hakların sadece bildirilmesi yakalananın kanuni haklarını o an için anlaması için yeterli değildir. Yakalanan şahıs kollukta zaten o an doğru düşünebilme yeteneğini engelleyecek çeşitli hem içsel ve hem de dışsal nedenlerden kaynaklanan bir manevi baskı altındadır. Bu şahsa kanuni haklarının içerikleri anlatılmadan, kişinin anlayacağı biçimde açıklama yapılmadan sadece haklarının satırbaşları ile bildirilmesi, kanunun amaçladığı yararı sağlamayacaktır.

Zaten ülkemizde kolluk uygulamalarında da susma hakkı ve diğer kanuni haklar şüpheliye şifahen çoğu zaman hiç bildirilmemektedir. Şüphelinin olay hakkında bilgisinin kayda geçirildiği “**Şüpheli İfade Tutanağı**” adı verilen matbu bir belgenin ifade verenin bilgileri kısmının hemen altında oldukça küçük puntolarla yazılmış olarak ve üstünkörü bir şekilde kanuni haklardan bazıları sadece hatırlatılmaktadır. Adeta yasak savar bir şekilde ve ifadeyi alan kolluk görevlisi memuru yasal sorumluluktan kurtarmayı amaçlayan böylesi bir uygulama ile kanunun amacına ulaşamayacağı açıktır. Bu uygulamanın düzeltilmesi ve şüpheliye haklarının şifahen anlatılarak ve açıklanarak susma ve diğer kanuni hakların kişi tarafından anlaşılacak bir biçimde bildirilmesinin ve hakların anlaşıldığının karşı sorularla teyit edilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Bizce, CMK’ da 90. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “**yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir**” cümlecığı, “*yakalanan kişiye kanuni haklarını kişinin anlayacağı teferruatlı bir biçimde açıklayarak bildirir (kişi tarafından anlaşıldığından emin olacak şekilde)*” şekline değiştirilmeli ve hatta bu hakların neler olduğunu bildiren bir belge kendisinde kalmak üzere verilmelidir. Elbette ki, uygulamada da bu husus hassasiyetle takip edilmelidir. Ancak, böylece şüpheli kanuni haklarını tam olarak bilebilecek ve olayın sıcaklığıyla kendisini suçlandırmaya sebep olabilecek bir yanlışla girmeyecektir. Zaten, bireyin haklarını bilinçli olarak kullanabilmesi ve bunları bilmesi gerektiği için,

gerekçesi ile TCK’ nun 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, BOZMAYI gerektirmiş sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, 29. 04. 2004 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2003/26420, Karar: 2004/16400, Tarih: 29. 04. 2004 (Corpus İçtihat ve Veri Bankası).

63 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 123; Koca: s. 185.

64 Ibid.

65 Ibid.

suç şüphesi altındaki bireye haklarını öğretmek bir hukuk devletinin temel vazifesidir.⁶⁶ Dolayısı ile hakları öğretilen şüpheli veya sanık, şüphe sebeplerini bertaraf etme ve lehine delilleri ortaya koyabileceği kendisi için en uygun savunma metodunu seçebilecektir.⁶⁷

Aksi halde, TCK m. 4'deki "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmü ve adil yargılanma hakkı uygulamaya geçirilemez. Bu durum, sorumluluğu başkasına yüklemek olur. Halbuki, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir (Any. m. 2). Anayasa'ya göre devletin temel amaç ve görevlerinin başında kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak yükümlülükleri bulunmaktadır (Any. m. 5). Peki uygulamada devlet kimdir? Yasama, yürütme ve yargı erklerini kullanan makamları işgal eden kişilerdir. Egemenlik kayıtsız ve şartsız milletindir. Türk Milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eli ile kullanır (Any. m. 6). İşte burada devlet bu yetkiyi kullanan kişi veya organlardır.

Yoksa, ceza kanunun amacı olan, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek mümkün olmaz (TCK m. 1). Öte yandan, suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmetmek mümkün olmaz. Sonuçta, "adalet mülkün temeli" olamaz. Adalet güven sarsılır. Bundan da en çok korumaya çalışılan devlet düzeni, huzur ve istikrar bozulur. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olmadığı inancı yaygınlaşır. Suçlu topluma kazandırılmaz.

Bu açıklamalarımız ışığında, soruşturma evresinde kolluk veya savcılıkta şüpheliye haklarının öğretilmesi ile ilgili olarak ABD uygulamasından ülkemize uyumlaştırarak ithal etmemiz gerektiğini düşündüğümüz pratik bir çözüm yolu vardır. ABD'de gözaltına alınan şüpheliye, ifade vermeye başlamadan önce yapılması gereken ve susma, müdafiden yararlanma gibi haklarını bildiren "Miranda Uyarısı"⁶⁸ nın tebliğ yöntemi, ceza muhakemesi faaliyetlerinde kolluk tarafından aynen uygulanmalıdır.

Miranda Uyarısı, ABD'de polis memurları tarafından şüpheliye genellikle basılmış bir kâğıttan veya bir karttan okunmaktadır.⁶⁹ Ancak sadece sözlü olan bu uygulamanın hemen

66 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 122; ESER: s. 321.

67 Ibid. Bu noktada Ünver ve Hakeri'nin "Bir kimsenin yanlış olarak tanık sıfatıyla ifadesi alınır, saha sonra o kimsenin şüpheli sıfatıyla ifadesinin alınmasından önceki beyanlarına atıf yapmak hukuka uygun değildir; önceki ifadeleri hukuka aykırılık nedeniyle değerlendirilemez ifadeler olduğu için, daha sonra şüpheli kimse sıfatıyla ifadesi alınırken haklarının öğretilmesinin nitelikli biçimde yapılması ve önceki ifadesindeki haksızlığın kendisine söylenmesi gereklidir" şeklinde yapmış oldukları tespiti katılmamak mümkün değildir (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 72).

68 "Miranda uyarısı"; Hollywood filmlerinde ve televizyon dizilerinde polis memurlarının ve avukatların tekrar ettikleri bir klişe olan "Şüpheliye haklarını okuyun!" (Read him his rights!) cümlecğini takiben, şüphelinin "sessiz kalmaya hakkının olması, söyleyeceği her şeyin aleyhine delil olarak kullanılabilmesi, seçilmiş veya atanmış bir müdafinin huzurunda bulunma hakkının var olması/has a right to remain silent, that any statement he does may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed" uyarısıdır (DAUGHTREY Clinton M, "You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel", The Journal of the Legal Profession, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293). Bu uyarı hukuki temelini Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Miranda v. Arizona (384 U.S. 436 [1966]) davasında vermiş olduğu karardan almaktadır (id.). Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. supra note 33.

69 Ingram: s. 218.

ardından, polis birimleri gözaltındaki şahsa yazılı bir şekilde anılan uyarıyı tekrarlamaktadırlar.⁷⁰ Bu yazılı uyarı, kolluk tarafından bildirilmesi zorunlu olan hakların şüpheliye bildirip bildirilmediğini, eğer bildirilmişse şüphelinin bu hakları anlayıp anlamadığını, susma hakkını kullanmak isteyip istemediğini, müdafii yardımından yararlanmak isteyip istemediğini, bahsi geçen haklarını kullanmak veya feragat etmek isteyip istemediğinin üzerinde yazılı olduğu bir “**kontrol formu**”nun (*check sheet*) şüpheli tarafından imzalanması ile gerçekleşmektedir.⁷¹ Ülkemizde de bu uygulamaya benzer bir şekilde CMK’ da bildirim öngörülmüş her şüpheli hakkının yanına konulmuş olan kutucuğun içerisinde şüpheli tarafından okunup anlaşıldığını belirtecek şekilde paraflanması müteakip, bütün listenin şüpheli ve eğer varsa müdafii tarafından imzalanması ile sağlanması uygun olur. Soruşturma evresinde kolluk ve savcılıkta “**şüpheli ifade tutanağı**”nın matbu ve küçük harfler ile yazılmış, baştan savma hak bildiriminin yerine, böylesi somut ve öğretici bir uygulamaya gidilmesi zannımızca şüphelinin haklarını öğrenmesi açısından hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olacaktır. Ayrıca, bu uygulamanın Anayasamızın 17. maddesinde öngörülen kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını uygulamaya geçirilmesinin bir delili olacağı inancındayız.

D. SUSMA HAKKI ve ŞÜPHELİNİN HAKLARINI ÖĞRENME HAKKI

Susma hakkının önemi nedeniyle, “**Şüphelinin Haklarını Öğrenme Hakkı**” olarak da adlandırılan bu ilke gereğince, Alman Ceza Mahkemesi Kanunu’nda (StPAG) değişiklik yapılmış ve Alman polisine şüpheliye haklarını öğretmek zorunluluğu vardır.⁷² Ayrıca, mehzar kanunda da susma hakkının şüpheliye hukukun kendisine suçlamalara isterse cevap verme veya bu konuda hiçbir beyanda bulunmama hakkını verdiğinin açıklanması gerektiğini şeklinde düzenlemiştir (Alm CMK, m. 136, f. 1).

Alman hukukunda şüphelinin haklarının öğretilmesi yükümlülüğün anlamı, özellikle Alman CMK 163a maddesinin Alm. CMK’nın 136. maddesine yollanmasıyla, şüpheliye yalnızca soruşturma organlarının herhangi biri tarafından ilk kez ifadesi alınırken haklarının öğretilmesi değil, soruşturmanın bütün evrelerinde kolluk, savcı veya hâkim karşısına ilk çıkışında hakların ilgili makamlarca her defasında yeniden öğretilmesi biçiminde

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 47, 59. Polisin hazırlık soruşturması, mecburi niteliğe sahip olmadığından dolayı kolluğun şüpheliyi haklar konusunda aydınlatma yükümü Fransa’da tanınmamıştır (Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 89-91). Hollanda, İtalya ve Danimarka’da ise kolluğun şüpheliyi sadece susma hakkı ile sınırlı bir aydınlatma yükümü vardır (id.). Polisin şüpheliyi hakları konusunda aydınlatma yükümünün en geniş olarak düzenlendiği ülkeler ise ABD, İngiltere, Avusturya ve Almanya’dır (id.). Şüpheli veya sanığı hakları konusunda aydınlatmak bir hukuk devletinin temel görevidir (Koca: 121). Çünkü, daha ceza muhakemesi sisteminin tetiklendiği ilk andan itibaren devlet, bir yandan kendi yetkilerinin sınırlarını şüpheliye bildirmekte ve öte yandan da şüphelinin süreç boyunca ne gibi haklara sahip olacağını açıklamaktadır (id.). Varlığından haberdar olunmayan hak hiçbir değer ifade etmeyeceği için, hangi haklara sahip olduğunu bilmeyen şüpheli veya sanık, kendisini savunma özgürlüğü ilkesi çerçevesinde serbestçe savunma olanağına sahip olamaz (id.). Alman Yargıtay’ı 1992 tarihli bir içtihadında sanığın polis tarafından ifadesi alınırken haklarının öğretilmemesini mühim bir temel hak ihlali olarak kabul etmiştir (id. s. 282). Mahkeme, Alman CMK (StPO)’da delil değerlendirme ile ilgili kesin bir kural olmadığı tespitinden yola çıkarak her kural ve somut olay için, ayrı ayrı kararlaştırılmak zorunluluğunun altını çizmiş ve hakları öğretilmemiş şüpheliye ait ifadeyi, delil değerlendirme yasağının içerisinde kabul etmiştir (id.).

uygulanmaktadır.⁷³ Hatta, yeni deliller eklendiği için iddianın konusunun değişebilmesi ihtimaliyle aynı soruşturma organı şüphelinin ifadesini veya sorgusunu yapacak olursa, şüpheliye hakları tekrar öğretecektir.⁷⁴ Anılan düzenleme ile ilgili olarak, Alman Federal Yüksek Mahkeme'sinin sanığın haklarının öğretilmesinin zorunlu ve kaçınılmaz olduğu, hâkim veya mahkemenin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi olmadığı, bu düzenlemeye aykırılığın kararı hukuka aykırı hale getireceği ve kanun yolu merci tarafından bu hususun dikkate alınmasını öngörmüştür.⁷⁵

Görüldüğü üzere suçla ilgili olarak hakkında makul derecede şüpheler var olan bir kişinin şüpheli hakkında tanık ifadesine başvurulduğunda, tanık kendisini veya yakınlarını herhangi bir cezai soruşturma riskine karşı korunmak için sorulan sorulara cevap vermeyebilir (Alm CMK m. 55, f. 1). Tanık da cevap vermeyi reddetme hakkı yani susma hakkı konusunda bilgilendirilmelidir (Alm CMK m. 55, f. 2).

Hukuk sistemimizde de mehas kanunla benzer şekilde, tanığın kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinebileceğini ve tanığın cevap vermekten kaçınabileceğini önceden bildirilmesi hususları düzenlenmiştir (CMK m. 48). Böylece, sanık bir taraftan susarak ve diğer taraftan konuşarak kendi suçunun ispatlanması hususunda ceza muhakemesi organları ile işbirliği yapıp yapmamakta serbest kalmış olur.⁷⁶

E. SUSMA HAKKI ve MÜDAFİ

Şüpheliyi koruyucu bir zırh olan susma hakkının yanında, bireyin zorla ifade alınmaya karşı korunmasına ek olarak, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadesi de hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz (CMK m. 148, f. 4).⁷⁷

Teorik olarak, bu hüküm, şüphelinin müdafisiz olarak ifade vermemesini güvence altına almak istemektedir. Böylelikle, müdafî şüpheliye teknik savunma desteği vermenin yanı sıra şüpheli kollukta tek başına kalmanın yarattığı korkudan da arındırılacaktır. Ancak, uygulamada bu madde meslekte yeni ve haliyle de tecrübesiz müdafilerin şüpheli ifade

73 Eser: s. 322.

74 Ibid.

75 Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 191.

76 Öztürk/Erdem/Özbek: s.149.

77 CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası, aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabileceğinin öngören CMK'nın 213. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde müdafî ile birlikteyken şüphelinin kolluk tarafından alınan ifadesine kovuşturmada delil değeri atfetmektedir (FEYZİOĞLU Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ocak/Şubat, Ankara, 2006, s. 34). Halbuki, mülga CMUK m. 247 kollukta alınan ifadelere hiçbir şekilde delil değeri tanımadığı için, CMK'nın bu düzenlemeler ile ikrara özel bir önem verdiği belirtilmektedir (id.).

Bu konuda öğretilerdeki bir diğer görüş de şu şekildedir: "CMK'ya göre eğer bir şüpheli (sanık değil) kimsenin kollukta alınan ifadesi sırasında yanında avukat yoksa o ifadenin daha sonradan delil olarak kullanılabilmesi için ancak içeriğinin sanık tarafından doğrulanması gerekir (CMK m. 148, f. 4). Bu hukuka aykırıdır. Öncelikle zorunlu müdafiliğe her halükarda geçmek lazımdır. Kişi avukat istemiyorum diyor. İfadesini alıyorsunuz. Sonra bu delili kullanmayın diyor. Bu kabul edilemez (CMK m. 148, f. 1: Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz) ve delillerin toplanmasının mecburiliği ilkesine aykırıdır" (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 211, dn. 416).

tutanağına koydukları imzaları ile kolluğun yaptığı hukuka aykırı işlemleri adeta meşru-laştırma mercii haline getirdiği de görülmektedir.

Müdafî hazır bulunmaksızın savcının şüpheliden alacağı ifadenin ise, hükme esas alınabilmesi için mahkeme huzurunda bu ifadeyi doğrulaması mecburiyeti şeklindeki bir düzenlemenin de gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca maddede şüpheliye yer verilmesi uygun görülmemektedir. Çünkü duruşmada kollukta verdiği ifadeyi kanunun deyişi ile “doğrulayan” kişinin sıfatı zaten şüpheli değil sanıktır.⁷⁸ Bu maddenin getirdiği delil yasağına aykırı bir şekilde kollukça müdafî hazır bulunmaksızın alınmış ve daha sonra mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmayan ifade üzerine hüküm kurulursa, bu hüküm kanuna aykırı bir delile dayandığından dolayı istinaf veya temyiz incelemesinde mutlak bozma sebebidir.⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da öğretide “**mutlak delil yasağı**” olarak da adlandırılan bu baskın görüşü paylaşmaktadır.⁸⁰ Zira, yasak usuller ile elde edilen delile dayanılarak hüküm kurulamaz. Rıza ile verilmiş olsa da, yasak usullerle verilen ifadeler, kanunen delil sayılmamıştır (CMK m. 148, f. 3; m. 289, f. 1, b. h ve b. i).

Bu düzenleme ile, devlet ajanlarının çeşitli yasak yollarla şüpheli veya sanığı kendini suçlandırma riski altına sokmasını normatif olarak engellenmeye çalışılmıştır. Fakat belirtilmelidir ki susma hakkı kişiye kimliğini bildirmeme ve kimliği hakkında resmi mercilere yalan söyleme hakkını vermez. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür (CMK m. 147, f. 1, b. a). Susma hakkı sadece isnat olunan suç ve olaya ilişkin olarak tanınmış olduğundan dolayı, şüpheli veya sanığın kimliğine dair bilgiler konusunda geniş anlamda bir savunma veya dar anlamda susma hakkından bahsedilemez.⁸¹

Bizim de katıldığımız aksi görüş ise, her ne kadar şüpheli veya sanığın yükümlülüğü kimliğine ilişkin bilgileri doğru vermek olsa da kimliğe ilişkin bilgilerin verilmesinin gerçekte esasa ilişkin açıklama yapmak anlamına gelebilecek hallerde ve kendini suçlamak anlamına geldiği olaylarda istisna tanınması gereklidir.⁸² Zira böylesi durumlarda kolluk veya savcılık diğer araçlar ile kimlik tespit yapmak imkân ve kabiliyetine sahiptirler.⁸³

78 Toroslu/Fezyioğlu: s. 190.

79 Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 308, 316. Maalesef ki “[...]”Sanık hakkında birçok dava olup, kendisi bulunamamaktadır. İddianame tebliğ olunmuş vekili ile duruşmaya gelip savunmasını yapmıştır. Savunma hakkı kısıtlanmamış, sadece susma hakkı hatırlatılmamıştır. Bu husus da sonuca etkili değildir. CMUY.nın 135.maddesi savunmanın kısıtlanmamasını amaçlamaktadır. Bu amaç yerine getirilmiştir “[...]” şeklinde evrensel hukuk ve ceza muhakemesi normlarının tam zıddı şekilde karar verebilen hakimlerimiz mevcuttur. Bahsi geçen yerel mahkeme kararı ve bu husustaki Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/7-349, Karar: 1995/379, Tarih: 19. 12. 1995 (Corpus İçtihat ve Veri Bankası).

80 Öğretinin mutlak delil yasağı olarak kabul ettiği durumlar ile ilgili görüşe atıfta bulunan bir karar için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2007/7-147, Karar: 2010/159, Tarih: 26. 06. 2007 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]).

81 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 281; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 118. Bir görüşe göre “kimlik” ibaresi davet edilen, getirilen ya da yakalanan kişinin gerçekten kendisine karşı ceza muhakemesi süreci başlatılan kişi olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlandırılarak, şüpheli veya sanığın kimliği hakkında doğru cevap verme zorunluluğu, kişinin hüviyetini gösteren belgede mevcut bilgilerin çerçevesinde kalınarak, bunun haricindeki bilgiler susma kapsamının içerisinde olduğu kabul edilmelidir (Koca: s. 174, 175).

82 Demirbaş: s. 2873.

83 Ibid.

Bu bağlamda, şüphelinin ve sanığın kimliği hakkında beyanda bulunması ve bu beyanın doğru olması kendisine yüklenilmiş bir ödevdir.⁸⁴ Şüpheli ve sanığa yüklenen bu ödevin amacı, ceza muhakemesi sisteminde hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişi ile savcı veya yargıç önüne gelenin aynı kişi olup olmadığının tespitidir.⁸⁵ Eğer aleyhinde ceza kovuşturması yürütülen şüpheli veya sanık ile huzurda kimliği saptanan kişi aynı kişi değil ise, huzura alınanın gerçek şüpheli veya sanıktan farklı kişi olduğu ortaya çıktığında artık bu şahsa karşı esasa ilişkin ifade alma işlemine başlanılamayacaktır.⁸⁶ Ancak şüphelinin kimliğine ilişkin hiçbir bilgi vermemesi ya da yanlış bilgi vermesi hallerinde, o şahsın ferdan aleyhinde ceza kovuşturması yürütülen kişi olduğunun belirlenmesi halinde esasa ilişkin ifade almaya başlanabilecektir.⁸⁷

Bu çerçevede kamu görevlisine görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermektan kaçınma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunma, bir kabahat olarak düzenlenmiş ve gerekirse bu kişinin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği öngörülmüştür (Kabahatler Kanunu m. 40, f. 1 ve f. 2). Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir (Kabahatler Kanunu m. 40, f. 3).⁸⁸

Kunter'e göre şüpheli veya sanığın kimliği ile ilgili bilgiler dâhil olmak üzere her türlü soruya yalan cevap vermesi, söylenen yalan üçüncü kişileri etkilemedikçe suç sayılmamalıdır.⁸⁹ Şüpheli veya sanığın gerçeği söyleme mecburiyeti olmaması ve yalan söylemesinin bir yaptırıma bağlanmamış olması şüpheli/sanığa yalan söyleme hakkı vermemelidir.⁹⁰ Sırf yalan söyleme herhangi bir suçta vücut vermese de söylenen yalan beyanlar üçüncü kişileri etkiliyor ve iftira (TCK m. 267) gibi başka bir suç tipinin unsurlarını oluşturuyorsa şüpheli/sanığa bu konuda herhangi bir ayrıcalık tanınmayacağı açıktır.⁹¹

Ayrıca, Türk Ceza Kanunu resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan fiilini de

84 YURTCAN Erdener, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat", II. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 29; KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş. (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008, s. 500-501. CMK'da iddianamede bulunması gereken hususlardan birisi olarak düzenlenmiş olan "şüphelinin kimliği" tabirinin (CMK m. 170, f. 1, b. a), her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak açısından "şüphelinin kimliği veya fert olarak bilinmesi" şeklinde değiştirilmelidir (Demirbaş: s. 2883).

85 Yurtcan: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat I, s. 644.

86 Demirbaş: s. 2875, 2876.

87 Ibid.

88 Anılan hüküm ile kişinin sırf konuşmuyor diye süreye ilişkin bir kısıtlama olmadan tutuklanabilmesi öğretide eleştirilmektedir (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 21).

89 Kunter: s.362. Aksi görüşte olan Erem şöyle demektedir: "Dava ciddi bir ameliyedir. 'Yalan'ın, 'Hile'nin yargıç huzurunda olunca bir çeşit muafiyetten faydalanması mantıksızdır. Bundan 'müdafaa hakkı'nın zarar göreceği düşünülemez. Zira yalan, hile, tasni 'savunma aracı' olamaz" (EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 21). Erem, sanığın yalan söyleyebilmesi ile ilgili durumu da: "Diğer taraftan sanığa adeta 'yalan söylemek hakkı' (!) da tanınmıştır, zira sanığın yalanının cezalandırılmamıştır" cümlesi ile özetlemiştir (Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 160). Ayrıca bkz. Gölcüklü: Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, s. 107 vd.; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, 1954, s. 121 vd.

90 Şahin: s. 141, 142; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 114-116.

91 Ibid.

bir suç olarak düzenlemiştir (TCK m. 206).⁹² Ancak, kişi işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanırsa iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır (TCK m. 268).⁹³

Bazı durumlarda, şüpheli veya sanığın etkin pişmanlık hükümleri gibi bir takım yasal indirimlerden faydalanmasının önü susma hakkının kullanılması ile tıkanabilir.⁹⁴ Susma hakkının kullanımında uzlaşmaya tabi suçlar bağlamında da sanığın suçunu başlangıçta “ikrar” etmesi ön koşul olarak düzenlenilmiş olduğu unutulmamalıdır (CMK m. 253).⁹⁵ Ancak Yargıtay’ın sırf susma hakkı kullandığı için sanığın takdiri indirimden yararlanmamasını bozma sebebi saydığı kararları da mevcuttur.⁹⁶

Bunlara ek olarak susma hakkının kullanılması aleyhe delillerin çürütülebileceği ortamlarda kullanılmasının olayı aydınlatma imkânının kaybolmasına neden olabilir.⁹⁷ Çünkü susma veya kendini savunmaktan vazgeçme “**iki yanı da kesen bir kılıç**” olduğu için şüpheli ve sanığa birlikte pek çok dezavantajlarda getirebilir.⁹⁸ Bu nedenle, susma hakkı nerede ve ne zaman kullanılacağına çok doğru bir şekilde değerlendirilerek kullanılmalıdır. Bu hakkın her zaman müdafiyeye danışılarak kullanılmasının hakkın amacını doğru olarak gerçekleştireceği kanaatindeyiz.⁹⁹

92 Resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 206).

93 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 282-283; Şahinkaya: s. 166; Ünver/Hakeri: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 351; Erem: Meslek Kuralları [Şerh], s. 19.

94 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 836.

95 Ibid.

96 “[...] Susma hakkı bulunan sanığın, suçu inkar etmesinin, savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, suçunu inkar ettiği gerekçesi ile hakkında takdiri indirim nedeninin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmuştur [...]” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2010/8-41, Karar: 2010/59, Tarih: 23. 03. 2010, [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]). “[...] Susma hakkı bulunan sanıkların suçlarını ikrar etmediklerine ilişkin yasal olmayan gerekçe ile TCY.nın 59. maddesinin uygulanmaması [...]” gibi benzer mahiyetteki karar incelemeler krş. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2001/4-277, Karar: 2001/280, Tarih: 04. 12. 2001 (id.); Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2002/4-36, Karar: 2002/159, Tarih: 05. 02. 2002 (id.). Bu konuda paralel ceza dairesi kararları için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2004/7551, Karar: 2005/1952, Tarih: 23. 03. 2005 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]; (Yargıtay 3. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2004/13031, Karar: 2005/3056, Tarih: 18. 04. 2005 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]).

97 Yurtcan: CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 30.

98 Şahin: s. 139; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 124; Şahin: İkrar ve Savunma Hakkı, s. 138.

99 Şüpheli veya sanığa, müdafinin susma hakkının kullanılmasını “telkin” edip edemeyeceği hususunda Erem suz tespiti yapmaktadır: “Sanığın ‘susma hakkı’ vardır. Bu hakkını kullanmasını telkin etmeğe avukat yetkili midir? Susmanın sanık aleyhine sonuç verdiği bir davada avukatın zor duruma düşmesi mümkündür. Alman Yargıtay’ı bir kararında avukatın böyle bir telkinde bulunabileceğine, diğer bir kararında bunu bazı koşullarla ve istisnai olarak yapabileceğine, karar vermiştir” (Erem: Meslek Kuralları [Şerh], s. 33, 34). Bu konuda öğretilerde susma hakkı konusunda aydınlatmayı yapan görevlinin aynı zamanda susma hakkının sakıncalarını da bildirebileceği şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür (Koca: s. 186). Bu konuda Amerikan hukukunun yaptığı yorumun ülkemiz hukuk için de ilham verici olacağını düşünüyoruz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, ünlü Miranda kararında, “müdafinin şüpheliye polise konuşmamasını tavsiye edebileceğine [...] veya dilerse müdafinin polisin ifade alma işlemi esnasında şüpheli ile birlikte hazır olabileceğine” hükmettikten sonra “anılan bu hususları gerçekleştirerek müdafinin sadece kendisine öğretilmiş bulunan doğru mesleki

Gerektiği durumlarda her ne kadar şüphelinin susma hakkını kullanmaktan vazgeçtiği hususunda kesin bir ispat aranmasa da iddia makamının her olay için ayrı bir şekilde sıkı ispat kurallarına bağlı olmadan makul bir açıklama ile şüphelinin bu hakkı anlamış olduğunu ve varlığını anladığı bu hakkı kullanmaktan kendi özgür iradesi ile vazgeçtiğini ortaya koyması (*proponderence of evidence*) lazımdır.¹⁰⁰

Şüpheliye gerek yakalamada, gerek tutuklama, gerekse şüpheli ile ilgili olarak yapılan ilk usul hukuku işlemi esnasında, öncelikle ve ivedilikle hakları savcı veya kolluk görevlileri tarafından muhakkak öğretilmelidir.¹⁰¹ Bu öğretme hatırlatma ve hatta açıklama şeklinde yapılmalıdır. Şüpheli veya sanık, susma hakkını kullanırsa bu durum mutlaka tutanağa geçirilmelidir.¹⁰²

Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir (CMK m. 217, f. 2). Bu hükmün genel mantığından dolayı, hâkim delilleri takdir ederken şüpheli ya da sanığa hakları bildirilmeksizin alınan ifade ya da bu ifadeye dayanarak elde edilen ve sanığın suçluluğunu ortaya koyan deliller, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş sayılacak ve delil değerlendirme yasağının kapsamında değerlendirilecek yani kullanılmayacaktır.¹⁰³ Yargıtay'ın bu konuda istikrarlı uygulamaları vardır.¹⁰⁴

muhakemeyi uygulamış olacağını belirtmiştir” (“An attorney may advise his client not to talk to police [...] or he may wish to be present with his client during any police questioning. In doing so an attorney is merely exercising the good professional judgment he has been taught” (Miranda v. Arizona (384 U.S. 436 [1966], s. 480). Kararda açıkça görüldüğü üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi, müdafinin savunmasını üstlendiği kişiye konuşmamasını yani susma hakkını kullanmasını tavsiye etmesini kendisine öğretilen mesleki bilgilerin doğru olarak uygulanması olarak bile değil, bizatihi doğru mesleki bilgilerin uygulanması olarak görmektedir. Yani Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre Amerikan hukuk sisteminde müdafinin şüpheliye konuşmamasını tavsiye etmesi zaten var olan bir olgudur ve bu bilgi doğru mesleki muhakeme olarak da öğretilmektedir. Doğru bir şekilde öğretilen ve zaten var olan bir olgunun uygulanması ise, zaten ilk andan itibaren doğrudur ve haliyle müdafinin şüpheliye susma hakkını kullanmayı tavsiye etmesinde herhangi bir hukuka aykırılık yoktur.

Hukuk sistemimizde ise müdafinin şüpheli veya sanığa susma hakkının kullanıp kullanmamasını telkin yahut tavsiye etmesini yasaklayan herhangi bir normatif düzenleme yoktur. Hal böyle iken, bizce, her durumun özelliğini kendi içerisinde değerlendirdikten sonra, eğer lazım geliyorsa, müdafinin şüpheli veya sanığa müdafinin susma hakkı kullanmasını açıklayarak tavsiye etmesi, savunma görevinin gereğince icrası için çok önemli bir faaliyettir.

100 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 838.

101 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 59.

102 Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-238, Karar: 1995/305; Tarih: 24. 10. 1995 [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası]. Ayrıca bkz. Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 159.

103 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 223, 224.

104 “[...] sanığa yargılamanın hiçbir aşamasında CMUK'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesinde (CMK m. 147) yer alan hakları hatırlanmamıştır. Bu durumda, sanık yüklenen suçtan dolayı CMUK'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesi (CMK m. 147) uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin bulunan hakları hatırlatılmalı, bu husus tutanağa geçirilmeli, sonra karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-238, Karar: 1995/305; Tarih: 24. 10. 1995) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

“Duruşma, sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra CMUK'nun 135. maddesine (CMK m. 147) göre sorguya çekilmesi ile başlar. Usulüne uygun sorgu sırasında, sanığın hangi haklarını kullanacağı ve hangi delilleri sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin CMUK. 135'e (CMK m. 147) uygun olmaması nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-163, Karar: 1996/66;

V. SONUÇ

Latinlerin “**Audi, tace, vide; Si vis vivere in pace**”¹⁰⁵ yani “**Barış içerisinde yaşamak istiyorsan, duy, gör ve sus**”, ya da Anadolu’da kullanılan benzer anlamlı “**Söz gümüş ise, Sükut altındır**” özdeyişleri “**ketumiyet**” yani “**sır tutma**” veya “**ağzı sıkılık**” kabiliyetinin bir erdem olarak öneminin altını çizmek için kullanılan iki farklı kültürün ilerideki kuşaklara bıraktıkları hazine değerindeki nasihatlerdir.

Genel olarak inancımız, insanlığın manevi açıdan gelişmesi, toplumsal yardımlaşmanın ve bilgi paylaşımının artmasına bağlıdır. Herkesin, duyup, gördüğü ama gerekli olduğu ortamlarda dahi bilgisini paylaşmadığı yani konuşmadığı ortamların doğal sonucu olarak, insanları birbirlerine güvenmediği ve adeta paranoyak bir ruh halatine girmiş bireylerden oluşmuş bir yığın ortaya çıkar. Bu yığına da sosyolojik anlamda sağlıklı bir “toplum” adını vermek gerçeğe pek uygun düşmez. Bu yüzden yukarıdaki “sessiz kalma” ile ilgili özdeyişlere bakış açımız her zaman için değil, sadece gerekli hallerde ve “**oyun teorisi**”¹⁰⁶ neticesinde uygulanacak belirli durumlar ile sınırlıdır.

“Susma” kavramına yukarıdaki genel yaklaşımımız, ceza muhakemesi sistemi içerisinde de elbette geçerlidir. Zira ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe, ancak ve ancak, süjelerin konuşması, dava konusu cezai uyumsuzluk ile ilgili kendilerinde var olan bilgileri paylaşması, iddia ve savunma açısından karanlığa ışık tutacak beyanlarda bulunması, bunu sağlayacak deliller ikame etmesi ile ulaşılabileceği kesin kanaatindeyiz.

Dolayısıyla ve çoğunlukla, şüpheli ve sanık açısından susmamak ve konuşmak, hem tüm ceza yargılamasının hedefini gerçekleştirme amacına ve hem de bu kişilerin kendilerini temize çıkarmak veya hak ettiklerinden fazla yahut da az ceza almamalarına yönelik bir mantıki gerekliliktir.

Ancak, şüpheli ya da sanık açısından bu genel kuralın aksine davranmasını gerektirecek ortamlar doğabilir. Fiziksel ya da ruhi olarak uğramış olduğu zarardan dolayı vereceği ifade ile maddi gerçeğin ortaya çıkmasını zorlaştıracak, veya soruşturma makamlarına olayı içinde bulunulan sağlık yahut da başka sebeplerden dolayı ihmalen ya da icraen olduğundan farklı bir şekilde aktaracak şüphelilerin, kendilerini toplama süreçleri esnasında susma haklarını kullanmalarının oldukça uygun bir davranış olacağı düşüncesindeyiz.

Yine örgüt suçları gibi, çok sanıklı ve halk deyişi ile adeta “at izi ile, it izinin birbirine karıştığı” yani doğru ile yanlış arasındaki farkı ayırt etmenin çok zor olduğu hacimli soruşturma dosyalarında, susma hakkının durumun gerekliliğine göre kullanılmasının, savunmayı kendini sonradan iddia ve yargılama makamları karşısında zor durumlara düşmesinin önleyici bir rol oynayabileceği inkar edilemez.

Tarih: 26. 03. 1996) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

105 [ing.]“Hear, see, be silent, if you wish to live (in peace)”

106 Wikipedia’da uygulamalı matematiğin, sosyal bilimlerin alanında uygulanması olan ve bireyin, başarısının diğerlerinin seçimlerine dayalı olduğu seçimler yapmasını gerektirdiği bir takım stratejik durumların matematiksel olarak davranış biçimlerini yakalamaya çalışan dalı olarak tanımlanan “Oyun Kuramı” (Oyun Teorisi) ile ([http://tr.wikipedia.org/wiki/Oyun_kuram%C4%B1]-Erişim Tarihi: 02. 04. 2011) ilgili bilgi için bkz. BAIRD Douglas G.-GERTNER Robert H.-PICKER Randal C., “Game Theory & The Law”, First Harvard University Press, Paperback Edition, Sixth Printing, 2003. Ayrıca krş. WEBB James N., “Game Theory: Decisions, Interaction & Evolution”, Springer-Verlag London Limited, 2007; FUDENBERG Drew-TIROLE Jean, “Game Theory”, Massacchussets InSTITUTE of Technology, 1991; MYERSON Roger B., “Game Thory: Analysis of Conflict”, First Harvard University Press, Paperback Edition, 1997.

Elbette ki şüphelinin veya sanığın susma hakkının kullanıp kullanmayacağına karar vermesi; eğer kullanacak ise, hangi tip susma hakkının [kısmi, tam, geçici] kullanılacağına karar vermesi için “tecrübeli” bir müdafinin yardımından yararlanması şarttır (susma türleri için bkz. Bölüm III/C). Ameliyatta doğru noktaya kullanılacak neşterin hayat kurtarıcı rol oynaması gibi doğru zamanda ve uygun ölçekte kullanılacak susma hakkının haksız tutuklamalara ve mahkumiyetleri engelleyici rol oynayacağı; ayrıca susma hakkının maddi gerçeğim ortaya çıkmasını engelleyici bir rolünün bulunmadığını bilimsel olarak ortaya koyan Amerikalı ve İsraili birer ekonomist ve hukukçu bilim adamları olan Prof. Dr. Daniel J. SEIDMANN ve Prof. Dr. iur. Alex Stein’in şaheser “analiz”¹⁰⁷ inde ortaya konulduğu gibi “**muhakkak**”tır.

Amerikan Anayasası’nın Beşinci Değişikliği’nin tanıdığı olduğu susma hakkının ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin susma hakkına dair 1966 yılında yapmış olduğu *Miranda v. Arizona* davasındaki mükemmel yorumunun yine Yüksek Mahkemesi tarafından *Dickerson v. United States* kararı ile tehlikeye düşürüldüğü düşüncesinde olan Prof. Dr. SEIDMANN ve Prof. Dr. iur. STEIN oyun teorisi temelinde yapmış oldukları bilimsel analizler ile Amerikan Yüksel Mahkemesi’nin susma hakkını kısıtlayıcı kararlarının yanlışlığını ortaya koymuşlardır. Zaten bu yüzden de anılan makalelerinin Amerika’nın en prestijli hukuk dergilerinden birisi olan “**Harvard Law Review**” da başlığını da Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne mesaj verecek şekilde oldukça manidar bir biçimde “**Susma Hakkı Masumlara Yardım Ediyor: Beşinci Anayasal Değişikliğin Getirdiği Ayrıcalıkların Oyun Teorisine Göre Analizi**” koyarak susma hakkının şüpheli ve sanık hakları açısından önemini ortaya koymuşlardır.

Anılan iki akademisyen Amerikan ve İngiliz sistemlerinde son zamanlarda ortaya çıkan susma hakkını sınırlandırıcı hukuki yaklaşımların hedeflenen ikrar oranlarını arttırıcı ve mahkumiyet oranlarını arttırma amacının tam aksi bir netice doğurduğunu şu şekilde ortaya koymuşlardır:

“Susma hakkı, mahkumiyetin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya konularak ispat edilmesinin gerekli olduğu hukuk sistemlerinde işe yarar. ‘**Suçlu şüpheliler**’ (*guilty suspects*), mahkeme sorgusunda ya da polis in ifade alma sürecinde söyledikleri yalanların çürütülebilir olmasından dolayı; susma hakkını kullanma yöntemini tercih etmektedirler. Halbuki, sessiz kalma yani susma hakkı kullanımının, ‘**suçlu bir sanığa**’ (*guilty defendant*) makul şüphe temeline dayanan bir beraat kazandırabilme ihtimali mevcuttur.

Bizim savımız, *Miranda*’nın geçersiz kılınmasının, itiraf oranlarını önemi bir ölçüde etkilemeden, hem suçlu ve hem de masum sanıklar arasında mahkumiyet oranını arttıracağını göstermektedir. *Miranda* savunucuları, susma hakkının, itiraf etmeyi etkilemediğini ileri sürerlerken; *Miranda* eleştirmenleri, bu hakkın suçlu şüphelilerin ikrarda bulunma güdüsünü azalttığı için mahkumiyet oranlarını azalttığı düşüncesindedirler.

Bu yüzden, bizim ortaya koyduğumuz yaklaşım, deneysel bulgular ile *Miranda*’nın mahkumiyet oranlarını azalttığı ve susma hakkını aşındıran son dönem İngiliz yasal düzenlemelerinin, kişileri temize çıkartıcı beyanların sayısını arttırırken, ikrar oranlarının önemli ölçüde değişmediğini

107 Oyun teorisinin, susma hakkının kullanılabilceği durumlara karar verilebilmesi için kullanılması hakkında derinlemesine bir araştırma için bkz. SEIDMANN Daniel J. – STEIN Alex, “The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, 114 Harv. L. Rev. 430, December, 2000, s. 430-510.

benzersiz bir biçimde açıklamaktadır.”¹⁰⁸

Ülkemiz açısından ise maddi gerçeğin ortaya genel olarak susma hakkını kullanmak isteyen şüphelinin kolluktan derhal savcılığa sevk edilmesi gerekirken, uygulamada, maalesef ki karakolda kolluk görevlileri tarafından kasten veya ihmalen bekletilerek konuşmak istemeyen şüpheliye adeta psikolojik baskı yapılmaktadır. Hatta bu baskı müdafî huzurunda bile sürdürülmeye çalışılmaktadır. Bu durumun gereğinin yerine getirildiğini, yani susma hakkını kullanmak isteyen şüphelinin bekletilmeden kolluktan savcılığa sevk edilmesi faaliyetini müdafî takip ve kontrol etmelidir. Kolluğun bu hukuk dışı tutumuna asla izin vermemelidir.

Zira, susma hakkının şüpheli veya sanık bakımından ifade ettiği anlam bırakınız kolluğu, bazı hakim ve savcılarımız tarafından da kavranamamıştır. Susma hakkını kullanmak istiyorum diyen şüphelinin bu beyanını ifade tutanağına geçirmek istemeyen, ya da geçirse de ifade alma işlemine sanki şüpheli tarafından susma hakkı kullanımına başvurulmamış gibi şüpheliye sorular sormaya devam edilmektedir. Buradaki amaç, elbetteki şüpheliyi bezdirerek konuşturmak ve şüpheliden kendisini itham edici beyanlarda bulunmasını sağlamaktır. Halbuki birer hukuk adamı olduklarını asla unutmaması gereken savcılar ve hakimler susma hakkını ihlal edici bu davranışları ile bizatihi görev yaparken bağlı oldukları, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde somutlaşmış evrensel hukuk ilkelerini ihlal etmektedirler (bkz. Bölüm I, Bölüm III/C) ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini ihlal etmektedirler (bkz. Bölüm III). Bunun yanında gözden asla kaçırılmaması gereken husus, bu şekilde alınan ifade ve sorgulamalardan elde edilen bilgilerin, kanunsuz yollarla elde edilmiş sayılacağı ve bu yüzden de delil niteliğini de taşımayacağı; bu bilgilerin hükümde kullanılamayacağıdır.

Zira, cumhuriyet savcısını ve askeri savcının görevi sadece şüphelinin aleyhine değil; lehine hususların da ileri sürülmesini sağlamak, şüphelinin ifade hürriyetini korumak, şüphelinin veya sanığın lehine delilleri toplamak; kısacası şüpheli ve sanığın lehine de olacak şekilde objektif bir biçimde davranmaktır (bkz. CMK m. 147, f. 1, b. f; m. 160, f. 2; m. 170, f. 5; m. 260, f. 3; m. 265; m. 266, f. 1 vb. maddeler). Halbuki bir kısım savcılarımız, kanunun kendilerine yüklediği bu ödevi görmezden gelmekte ve tamamı ile şüpheli aleyhinde çalışmakta; hile, tehdit, korkutma gibi yöntemler ile ifade almaya çalışmaktadırlar.

Evrensel Hukuk'un ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun gerekliliklerini bu derece göz ardı eden iddia makamını işgal eden böylesi yanlış davranışlar sergileyen kişilerin, bu hukuka aykırılıkları kullanarak elde ettikleri bilgilerin ceza yargılamasında bir geçerliliği olmayacağı hakikati bir yana, bu kişilerin kamu gücünü suiistimal ettiklerini de hatırlatmak isteriz. Bu yüzden de kolluk veya savcılık tarafından, maddi gerçeği ortaya çıkaracak yöntemlerin, hukuk sistemi ile çatışmayan uygulamalar olması ve bu uygulamaların kontrol edilmesi çok önemlidir.

Zira insanların hürriyetleri, kamu gücünü suiistimal eden savcı, polis ya da jandarma sıfatı taşıyan tüm görevlilerin ayrıcalıklı davranma sevdalarından veya “**hikmet-i hükümet**” mantığı ile hareket ederek kendilerini hukukun değil de keyfilikğin uzantısıymış gibi hissetmelerinden çok daha fazla önemlidir. Çünkü, adalete olan güvenin sarsılmaması,

108 Seidmann/Stein: s. 503.

bir suçlunun ceza almadan serbest kalmasından ya da hak ettiğinden az ceza almasından, yani aslında ceza yargılamasına dair her şeyden çok daha önemlidir.

İşte tam bu nedenle, müdafinin varlığı önem kazanmaktadır. Çünkü, bizce, müdafii, ceza muhakemesinde savcı ve kolluğun hukuka aykırı davranışlarını engelleyici bir denge unsurudur. Çünkü, müdafii sadece ceza yargılamasının üç ayağından birisi değil, halkın ve hakkın dilidir. Müdafii, aslında, toplum vicdanının ceza yargılamasına yansımadır. Bundan dolayı da, susma hakkının veya diğer şüpheli ya da sanık haklarının kullanımında müdafinin göstereceği çabanın sanık veya şüpheli bakımından olduğu kadar, ceza muhakemesinin amacının sağlanması ve soruşturmanın uzamasını önleme bakımından da önemi asla inkar edilemez. Demokrasinin ve hukuk devleti ilkelerinin ihlalini de önleyerek çağdaş ve evrensel insan haklarının gelişmesine de yardımcı olur. Verilecek kararların vicdanla, adaletle, merhametle ve hatta insafla verilmesini sağlayarak ülkede yargıya olan güveni de güçlendirir.

Elbette, bu şekilde ceza muhakemesinde iddia makamı karşısında denge sağlayacak müdafinin nitelik sorununun çözülmesi gereklidir.¹⁰⁹ Çünkü, ancak nitelikli ve tecrübeli bir müdafii, şüpheli ve sanığın kolluk ya da savcı tarafından hukuka aykırı şekilde ifade-sinin alınmasının ya da susma hakkının ihlal edilmemesinin veya susma hakkının doğru yerde ve zamanda kullanılmasının güvencesi olacaktır.

Ayrıca, bizce, İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı ortak projeler ile kolluk görevlilerine bu konuda yoğun meslek içi eğitimler vermelidir. Disiplin ve cezai sorumluluklarla sonuçlanabilecek kolluk görevlilerin bu şekildeki hukuk aykırı davranışları sıkı kontroller ile denetlenmeli ve düzeltilmelidir. Aksi takdirde susma hakkının kanunen tanınmış olması pek bir anlam ifade etmeyecektir. Çünkü, şüpheli, susma hakkını kullandığında yine ilgili kolluk biriminde veya karakolda gereksiz yere bekletilerek kanun ihlal edilmekte ve şüpheli manevi tazyik altında bırakılmaktadır. Zira, örneğin hayatında karakola hiç işi düşmemiş bir şüpheli için karakolda geçirilecek bir saniye fazla vakit dahi, eşyanın tabiatı gereği, şüpheliye ızdırap verici olacaktır. Dolayısıyla, soruşturma evresinde kollukta susma hakkını kullanan şüpheli, kolluk tarafından bu hususun ifade tutanağına geçirilmesi ile şüphelinin derhal savcılığa sevkî ile sonuçlanmalıdır. Böylelikle, kollukta sessiz kalan şüphelinin soruşturma işlemleri savcılık tarafından takip edilmelidir.

Şüphelinin savcılıkta da susma hakkını kullanıp kullanmayacağı ise kendi inisiyatifinde olan bir konudur. Müdafinin şüpheliye bu konuda karar verirken bir savunma stratejisi içerisinde tavsiyelerde bulunarak yardımcı olması, yukarıda açıklandığı üzere, savunma mesleğinin bizatihi gereklerindedir. Eğer şüpheli savcılıkta da susma hakkını kullanmaya karar verirse, savcılık da bu hususu ifade tutanağına geçirdikten sonra, şüpheliden ifade alma yönünde herhangi bir zorlama yapmadan yani şüpheliyi artık soruşturma evresinin dışında tutarak ceza yargılaması sisteminin kendisine yüklediği görevi yerine getirmelidir. Yine burada gözden kaçırılmaması gereken husus, susma hakkı kullanan şüphelinin susmasından şüpheli aleyhine ne soruşturma ve ne de kovuşturma makamlarının herhangi bir anlam çıkarmalarının yasak olmasıdır. Aksi takdirde, susmasından şüpheli aleyhine eğer yorum yapılabilecek olsaydı, CMK'da susma hakkının öngörülmesinin bir anlamı

109 Müdafinin nitelik sorunu ve bununla ilgili çözüm önerileri için bkz. KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafii", Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

kalmazdı.

Belirtmeliyiz ki, susma hakkı başta olmak üzere pek çok şüpheli ve sanık hakkının anavatanı olan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bu hakları kısıtlayıcı mahiyet-
teki yasak düzenlemeleri ya da yargı kararları, ülkemiz hukuk sistemi için ithal edilmesi
gereken bir örnek olarak ele alınmamalıdır. Zira, gelişmekte olan bir ülke olarak kabul
edilen Türkiye'nin, gelişmiş ülkelerin yanlış örneklerini örnek alması değil, bilakis bu
örneklerden dersler çıkararak, yasaların yanlış uygulamasından daha fazla kaçınması gerekir.

AİHM kararları da dahil olmak üzere, yabancı ülke hukuk sistemlerinin yasal düzen-
lemeleri ile yargısal ve ilmi içtihatları, ülkemiz için sadece ulaşmamız gereken asgari bir
standart göstergesidir. Susma hakkı başta olmak üzere savunma hakkının içerisine giren
bütün konular ve diğer insan hakları meselelerinde mukayeseli hukukun çizeceği bu
sınır, bizim “tavan”ımız değil, ancak “taban”ımız olmalıdır. Çünkü atalarımızın dediği
gibi “Su-i misal, misal teşkil etmez!”.

Bu nedenle, uygulamada ülkemizde görülmüş olduğu gibi, çoğu zaman sindirilmiş,
korkutulmuş, üzerinde oto sansür uygulanan bir müdafilik sisteminden kurtulacak düzenle-
meler yapılmalıdır. Savcı, müdafî eşitliği duruşma salonunda da sağlanmalıdır. Son yıllarda
Türkiye’de verilmekte olan hukuk, özgürlük, demokrasi ve temel insan haklarının ihlal
edilmesine engel olma mücadelesi, sözde değil özde uygulamalar ile hayata geçirilmelidir.

Bir yanda hukuk kurallarını uygulamayan, evrensel ve çağdaş yargılama ilkelerini,
taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile, AİHS ve AİHM kararlarına uymayanlar,
yasaları keyfince ve tarafsızlık ilkelerine aykırı biçimde uygulamaktan kaçınmayanlar; öte
yanda demokrasi, hukuk devleti ve hukuka saygı isteyen vatandaşlar ve savunmanların
mücadelesi sürmektedir.

Demokrasi, özgürlük, hukuk ve adalet mücadelesinin kazanılması, her şeyden önce
adil yargılanma hakkına riayet etmeyen, taraflı, kamu vicdanında kabul görmeyen, keyfi,
hukuk dışı, hissi kararlar vermekten vazgeçmek ile olur.

Susma hakkı gibi savunmanın özgür faaliyetlerini engelleyerek, toplumda korku
yaratmanın gelecekte oluşturacağı “baskı” kadar hiçbir şey tehlikeli olamaz. Sonuçta,
adalet “küçük sineklerin takılıp kaldığı, eşek arılarının ise delip geçtiği bir örümcek ağı”
olmamalıdır.

KAYNAKÇA

American Bar Association Section of Antitrust Law, "The Right Against Self-Incrimination in Civil Litigation", Publisher: American Bar Association, Chicago, Illinois, 2001.

AYDIN Çağrı K., "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 91, Kasım-Aralık 2010, Ankara, s. 146-180.

Black's Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990.

BAIRD Douglas G.-GERTNER Robert H.-PICKER Randal C., "Game Theory & The Law", First Harvard University Press, Paperback Edition, Sixth Printing, 2003.

CARLEN Pat, "Radical Issues in Criminology", Barnes & Noble, New Jersey, 1980, s. 49.

Criminal Justice and Public Order Act of 1994'ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents> (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

ÇOLAK Haluk, "Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination", Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2007.

DAUGHTREY Clinton M., "You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel", The Journal of the Legal Profession, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293-302.

DEMİRBAŞ Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2871-2883.

DONAY Süheyl, "İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku", İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DÖNMEZ Burcu Denmen, "Ceza Muhakemesinde Çapraz Sorgu", Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

EREM Faruk, "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku", Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986.

EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973.

ESER Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", Çeviren: CENTEL Nur, Yargıtay Dergisi, Sayı: 16, s. 313-338.

FEYZİOĞLU Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ocak/Şubat, Ankara, 2006, s. 27-61.

FUDENBERG Drew-TIROLE Jean, "Game Theory", Massachussets Institute of Technology, 1991

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, 1954, s. 121-146. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/367/3882.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 105-128. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/361/3792.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

GRAY Stephen, "Criminal Laws: Northern Territory", Federation Press, Sydney, 2004.

GUDJONSSON Gisli H., "The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook", John Wiley & Sons Ltd. West Sussex, United Kingdom, 2003.

HAFIZOĞULLARI Zeki, "Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı". Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc (Erişim Tarihi: 06. 10. 2010).

INGRAM Jefferson, "Criminal Procedure-Theory and Practice", 1st Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005.

KARAOSMANOĞLU Fatih, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye-İngiltere Örnekleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003, Ankara, s. 177-197.

KOCA Mahmut, "Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998.

KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

KOCAOĞLU S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafi Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 92, Yıl: 23, Ocak/Subat 2011, sf. 238-286. Bu makale, yukarıdaki atfa referans ile aynı başlık altında "Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 209-249"de de yayımlanmıştır.

KOCAOĞLU Ali Mehmet-KOCAOĞLU Serhat Sinan, "İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 3, Yaz 2007, s. 105-128.

KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008.

KUNTER Nurullah, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURSUN Selman, "Müdafiin Yasaklılık Halleri", Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

MCBARNET Doreen, "The Royal Commission and the Judges' Rules", *British Journal on Law & Society*, Volume: 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109-117.

MYERSON Roger B., "Game Theory: Analysis of Conflict", First Harvard University Press, Paperback Edition, 1997.

ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R.- ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., "Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler", Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

PATTENDEN Rosemary, "English Criminal Appeals, 1844-1944: Appeals Against Conviction and Sentence in England and Wales", *Oxford Monographs on Criminal Law & Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Police & Criminal Evidence Act of 1984'ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/1> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

RAMAGE Sally, "Fraud and the Serious Fraud Office: Fraud Law: Book Two", iUniverse, Lincoln, Nebraska, 2005

SARIGÜL Ali Tanju, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2009.

SEIDMANN Daniel J. – STEIN Alex, "The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege", 114 *Harv. L. Rev.* 430, December, 2000, , s. 430-510. Aynı makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://professoralexstein.com/images/SILENCE.pdf> (Erişim Tarihi: 01. 04. 2011).

SEVİĞ Vasfi Raşit, "X uncu A sırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 276-343. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/332/3369.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

SLAPPER Gary-KELLY David, "The English Legal System", Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, London, United Kingdom, 2001.

Specimen Directive of the Judicial Studies Board-Crown Court Bench Book, June 2007, m. 39-42. Bu direktifin elektronik formattaki hali için bkz. http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

SULLIVAN G. R., "The Particularity of Serious Fraud", "Criminal Justice & Human Rights: Reshaping the Criminal Justice System, Fraud and the Criminal Law, Freedom of Expression", Editor: Peter Birks, Volume I, Oxford University Press, 1995, s. 99-109.

ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesi Hukuku-I", Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ŞAHİN Cumhur, "İkrar ve Savunma Hakkı", Ceza Hukuku Reformu, **Umur Vakfı Yayınları**, Beta Basım A.Ş., Birinci Bası, İstanbul, 2001, s. 131-146.

ŞAHİN Cumhur, "Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması", **Yetkin Yayınları**, Ankara, 1994.

ŞAHİNKAYA Yalçın, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.

TOSUN Öztekin, "Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım", **İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1971.

TURHAN Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti, Ankara, 2006.

ÜNVER Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 103-207.

ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, "Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006.

YENİSEY Feridun, "Hazırlık Soruşturması ve Polis", Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987.

YURTCAN Erdener, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat", II. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.

YURTCAN Erdener, "CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı", Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2007.

WEBB James N., "Game Theory: Decisions, Interaction & Evolution", Springer-Verlag London Limited, 2007.

ZAFER Hamide, "Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu", Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

TAKSİRLE YARALAMA SUÇU*

Dr. Cengiz APAYDIN **

ÖZ

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu, kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup, fail yaralama sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir. Kusurluluk türünün farklı olması, taksirle yaralamanın, kasten yaralama yanında bağımsız bir suç olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Taksirle insan yaralamada, kasten insan yaralamadan farklı olarak, failde yaralama neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle öngörülebilir ve önlenabilir yaralama neticesini öngörmediği ve önlemediği için, gerçekleşen yaralama neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu makalede taksirle yaralama suçunda suçla korunan hukuki değer, suçun mağduru ve suçun faili belirtilerek, suçun unsurları ve kusurun belirlenme şekilleri ayrı ayrı incelenmiştir. Taksirle yaralama suçunun nitelikli halleri incelenmiş olup, failin bilinçli taksirle hareket ettiği haller ve taksirle yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. Suçun özel görünüş halleri ve son olarak da 5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, 765 sayılı TCK'da yer almayan bir kurum olan taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiş haller üzerinde yeni öneriler içeren değerlendirmeler yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Taksir Kavramı/Taksirle İnsan Yaralama/Bilinçli Taksirle İnsan Yaralama/Taksirle İnsan Yaralama Suçuna İştirak, Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler*

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ümraniye Cumhuriyet Savcısı

ABSTRACT

Negligent injury offense is an offense which is independent from felonious injury. In the negligent injury offense, the perpetrator does not wish the result of his action but the result occurs as a result of his failure to take proper care and precautions. Due to the fact that the degree of negligence is different between those two types of crimes, negligent injury has come up as an independent offense than the felonious injury. At negligent injury, the perpetrator does not have the aim act with the intention of giving injury to another person. The perpetrator is being held liable because of a failure to take proper care or precaution to prevent the foreseeable injury. In this Article, the victim and the perpetrator of the offense is specified, moreover the elements of offense and the methods of determining negligence at the negligent injury is individually analyzed. Also, qualified forms of the intentional negligence are asserted and the relationship between the offenses aggravated as a result of injurious and consequences an offense has been emphasized. Lastly, evaluation which includes new suggestions made on the special appearances of the offense and the excusatory causes or personal reasons which seek mitigation of punishment (an institution that is present at Article 22/6 of the Turkish Criminal Code numbered 5237 but did not exist at the previous code numbered 765)

KEY WORDS: *Negligence as a concept/ Negligent injury offense/ negligent act done with knowledge and injures another person/ participation to a negligent act done with knowledge and injures another person/ the excusatory causes or personal reasons which seek mitigation of punishment at negligent injury/ excusatory causes or personal reasons which seek mitigation of punishment.*

L. GENEL OLARAK

Taksirle yaralama suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlar bölümünde 89. maddede düzenlenmiştir. (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit iz, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza bir kat artırılır. (4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu, kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup, fail yaralama sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi

gereken objektif dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir. Kusurluluk türünün farklı olması, taksirle yaralamaya sebebiyetin, kasten yaralama yanında bağımsız bir suç olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur¹.

Taksirle insan öldürme suçunun unsurları birisi dışında kasten insan yaralama suçunun unsurlarının aynısıdır. Her ikisi arasındaki farklılık, suçun manevi unsuru bakımındandır. Taksirle insan yaralamada, kasten insan yaralamadan farklı olarak, failde yaralama neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle öngörülebilir ve önlenilebilir yaralama neticesini öngörmediği için, gerçekleşen yaralama neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır².

Taksirle yaralama suçu 765 sayılı TCK m. 459, 5237 sayılı TCK m. 85'te yer almakta ve iki hüküm arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Taksirle yaralama bakımından iki yasa arasındaki en önemli farklılık, eski kanunumuzda tedbirsizlikle ölüme sebebiyet başlığı altında, taksirin şekilleri sayılarak belirlenen taksirle yaralama suçunun, doğrudan taksir kelimesi kullanılmak suretiyle 89 nci maddede ortaya konmasıdır³. 765 sayılı TCK' da taksir tanımına yer verilmemiş ancak taksir kalıplarına yer verilmişti. Bunlar; tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek veya sanatta acemilik, nizamet ve emir ve talimata riayetsizlik şeklinde sıralanmıştı.

Eski kanundan ikinci farklılık, ceza noktasında olmuştur. 765 sayılı TCK'nın 459. maddesinde suçun cezası "3 ay dan 20 ay'a kadar "şeklinde belirlenmiş bulunan ceza, 5237 sayılı TCK'nın 89. maddesinde cezalar artırılarak fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur olarak öngörülmüştür.

Bir diğer farklılık, uygulamada sıkça uygulanan eski TCK. 459/son fıkradaki kusurun derecesine göre cezanın indirilmesine olanak tanıyan hükme yeni kanunda yer verilmesidir. Bu hükme karşılık olan hüküm, yeni kanunumuzun TCK. 22/4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu suretle, sadece yaralama fiilleri bakımından değil, bütün taksirli suçlar bakımından cezanın kusura göre belirlenmesine olanak tanınmış; öte yandan, taksirin 8 esası üzerinden matematiksel hesabının mümkün olmayacağı kabul edilmiştir⁴. Bu hali açıklayan TCK'nın 22. maddesinin gerekçesi şöyledir: "Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak normatif değerlendirmeye hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir.

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik

1 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 182.

2 Tezcan, D/Erdem,M, R/Önok, M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5.Baskı Ankara 2007, s. 172.

3 Malkoç, İ, Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, s. 85.

4 Malkoç, C.I, s. 85.

kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder.

Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir”.

Kusurun oranını, miktarını belirlemek bilirkişinin işi değildir. Bilirkişi sadece kural ihlallerini belirtecek, kusuru belirleyecek kişi ise hâkim olacaktır.

765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK arasında taksirle yaralama suçunun düzenlenmesi açısından diğer bir fark ise, 765 sayılı TCK 459/2, 3 maddesinde birden fazla kişinin yaralanması halinde bu yaralamanın belli bir derecede olması aranırken, 5237 sayılı TCK 89/4 maddede yaralamanın derecesi bakımından ayırım yapılmamış olmasıdır. Yeni TCK sisteminde yaralanma hayati tehlike oluşturmaksızın, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte dahi olsa ve mağdur şikâyetçi olsa taksirle yaralama suçunun nitelikli hali gerçekleşecek ve birden fazla kişinin yaralanması halinde görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi olacaktır. 765 sayılı TCK’da bulunmayan bir hükme 5237 TCK’da yer verilmiştir. Şöyle ki, taksirli hareketle neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza ise yarından altıda bire kadar indirilebilir (TCK m.22/6).

Yaralamanın temel şekli 5237 sayılı TCK’nın 86/1. maddesinde tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu’nun 89/1. maddesinde de yaralamanın bu temel şeklinin taksirle gerçekleştirilmesi yaptırım altına alınmıştır. 89. maddenin 2 ve 3. fıkralarında ise 87. maddede düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama hallerinin taksirle gerçekleştirilmesi yaptırım altına alınmıştır 89. maddenin kapsamı içerisinde bulunan yaralama fiilleri; 86. maddenin 1. fıkrası ile 87. maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarındaki fiillerdir. Bundan başka birden fazla kişinin yaralanması da madde içerisindedir. 89/1. maddenin karşılığı 86/1, 86/2. madde; 89/2. maddenin karşılığı 87/1-3 ve 89/2. maddenin karşılığı da 87/2. maddedir.

89. maddenin ilk fıkrasındaki düzenleme karşısında aslında 86/2. maddedeki basit tıbbi müdahaleyi gerektiren ölçüdeki yaralamanın öngörülüp öngörülmediği konusu tartışmalı durumdadır. TCK’nın 89/1. maddesinde taksirle yaralama bakımından 86/1. maddesindeki temel yaralama şekli esas alınmış, yaralama fiilinin etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması hali ayrıca düzenlenmemiştir⁵. Yaralama fiilinin etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması hali de bir “yaralama”dır ve 89/1. maddesi kapsamındadır. Ancak kanun koyucu taksirle yaralama bakımından bu hal için daha az bir ceza öngörmeyi gereksiz görmüş,

5 Kaymaz/Gökcan, s. 187.

yani 89/1. maddede düzenlenen yaptırım bu hal için de geçerli kabul etmiştir. Taksirle yaralamanın temel şeklinin kovuşturulmasının şikâyet tabi olması da bu hâl için ayrı bir düzenleme yapılmamasında bir etkindir.

1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığıdır. Bu kapsamda bireyin beden, akıl ve ruh sağlığı koruma altına alınmak istenmiştir⁶. Koruma fizyolojik veya psikoloji ihlallere karşı söz konusu olmaktadır⁷. Beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı vazgeçilmez bir değer olarak, ulusal ve uluslararası tüm hukuki kurallarıyla koruma altına alınmıştır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi pek çok uluslararası belge, bu hakkı ve dokunulmazlığını vurgulamıştır. İnsan yaşamının dokunulmazlığı ceza yasalarıyla koruma altına alınmaktadır.

Beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı, kişisel olduğu kadar, toplumsal bir değerdir. Bu nedenle de, beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı ihlâlüne yönelik eylemler, taksirli de olsa, daima yaptırımla karşılanmaktadır.

2. Suçun Mağduru

Her suçta bir mağdur vardır. Mağdur suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Ancak gerçek kişiler suçtan mağdur olabilir. Tüzel kişiler ise, suçtan zarar gören konumdadırlar⁸.

Taksirle yaralamaya neden olma suçunun mağduru, ancak insan olabilir. Bu suçla korunmak istenen hukuki değer yaşama hakkı olduğuna göre, suçun işlendiği anda mağdurun hayatta olması gerekir. Hayatta olmak, canlı doğmayı gerektirdiği gibi, suç sebebiyet veren hareketlerin yapıldığı sırada yaşıyor olmayı da zorunlu kılar. İnsanın fiziki özelliklerinin bu suç bakımından önemi yoktur. Mağdurun cinsiyeti, ırkı, dili, dini, sağlık durumu suçun oluşmasına etkili olmaz. Yaşayan canlının “insana benzememesi” ya da “hilkat garibes” olması durumunda bile, taksirle yaralamaya sebebiyet verilmesi suçun oluşmasına yetecektir⁹. Buna karşılık, cenin, ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık haline gelinceye kadar öldürme suçunun mağduru olamamaktadır. Bu suç bakımından özellikle bebeklerde mağdurun doğmuş ve sağ olması şarttır. Aksi halde, hamile kadına karşı taksirli eylemde bulunulmuş olsa ve bunun neticesinde çocuk ölü doğmuş olsa burada çocuğa karşı işlenmiş bir taksirle öldürme suçu bulunmamaktadır. Ancak TCK’nın 89/3-e madde ve fıkrasında düzenlenen yaralama suçunu oluşturur. Mağdurun yaşı ve sağlık durumunun da önemi yoktur.

3. Suçun Faili

Ceza hukukunda hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Bu nedenle hayvan ya da eşyanın veya ölü kimselerin hareket yeteneği bulunmamaktadır. Çünkü iradi olarak hareket yeteneği sadece insanlarda bulunmaktadır. Bu nedenle ancak insanlar suç faili olabilirler. Ceza normunda suçun failini göstermek için “her kim, kimse, bir kimse, kişi” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifade tarzı ilgili suçun herhangi bir kimse tarafından işlenebileceğini göstermektedir¹⁰.

6 Erman/Özek, s. 94.

7 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 183.

8 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 444.

9 Erman,S/Özek, Ç, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar İstanbul 1994, s. 7.

10 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 426.

Taksirle yaralama suçu özgü suçlardan (belirli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen) olmadığı için bu suçun faili herkes olabilir. Çünkü, kanun “taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi” den bahsetmiştir. Suçun faili bakımından herhangi bir özellik arz eden durumu yoktur.

II. SUÇUN UNSURLARI

Taksirle yaralama suçunun unsurları birisi dışında kasten yaralama suçunun unsurlarının aynıdır. Her ikisi arasındaki farklılık, suçun manevi unsuru bakımındandır. Taksirle yaralamada kasten yaralamadan farklı olarak, failde yaralama neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle öngörülebilir ve önlenabilir ölüm neticesini öngörmediği için, gerçekleşen yaralama neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır¹¹.

1. Hareket

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, TCK m. 89/1’ de başkasının vücuduna acı verme veya sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir. Genellikle seçimlik hareketler birçok olayda bir arada bulunabilmekte ise de, vücuda acı veren bir hareket her zaman sağlığın bozulmasına yol açmış olmayabilir¹².

Hukuksal bir terim olmayan “acı”nın sözlük anlamı; iç ve dış tesirlerin uzviyette meydana getirdiği rahatsızlık, sızı, sancı, ağrı¹³ veya “dışarıdan gelen etki ile dış organlarda birden bire duyulan ısırtıp” olarak açıklanmıştır¹⁴. TCK’nın 86/1. maddesindeki “acı verme” kavramının 765 sayılı TCK’nın 456. maddesinde yer alan “cismen eza verme” kavramı yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır.

“Vücuda acı verme”, beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozan her türlü harekettir¹⁵. Buna göre “acı verme” den; mağdurda failin eylemine bağlı olarak meydana gelen az veya çok duyulan her türlü fiziki acı anlaşılmalıdır¹⁶. Bu itibarla acı veriyorsa “itelemek” de bu kapsamdadır¹⁷. Bazı ceza kanunlarında “bedeni zarar” tabiri kullanıldığı halde, kanunumuz “acı verme”, “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma” kavramlarını benimsemiştir. Örneğin, kişinin saç ve sakallarını kesmek, acı vermediği halde bedeni bir zarar mevcuttur ve bu eylem, Alman Hukuku’nda müessir fiil olarak kabul edilmektedir¹⁸. Yaralama meydana getiren hareketler doğrudan doğruya vücuda yönelik fizik vasıtalar olmakla beraber vücut bütünlüğüne tesir eden ve kişiye yönelik, vücut bütünlüğünü bozmak amacı ile yapılmış psişik (manevî) hareketlerde birer yaralamadır.

Yaralama olarak nitelediğimiz fiziksel vasıtalar, karşısındaki kişide belirli bir takım

11 Tezcan/Erdem/Önok, s. 172.

12 Öztürk/Erem, s. 319.

13 Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C: 1, Sabah Gazetesi Yayını, İstanbul 1992, s. 55.

14 Türkçe Sözlük (TDK), C:1, s. 4.

15 Öztürk/Erem, s. 319.

16 Dönmezer, Kişilere ve Mallara Karşı İşlenen Suçlar, s. 116.

17 Erem, s. C:III, s. 2096.

18 Önder, A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.104.

bulgulara yol açar ve dolayısıyla hareketle netice arasında sebebiyet (illiyet) bağına kurmak genellikle kolay olur. Aksine, manevî vasıtalarla meydana getirilmiş yaralama sonuçlarında, hareket ile sonuç arasındaki sebebiyet bağına bulunup bulunmadığı ortaya koymak oldukça zor bir meseledir¹⁹. Bu bakımdan fiil ile meydana gelmiş vücut bozukluklarında olayın tıbbî yönü değerlendirilerek, hareketle sonuç arasındaki sebebiyet bağına var olup olmadığını hâkimin takdirine bırakmak en doğru yol olsa gerekir²⁰. Ancak uygulamada hukuki bir terim olan illiyet bağına bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişiden rapor alınmaktadır.

Vücuda yönelik etkinin belirli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Bunun belirlenmesinde mağdurun subjektif duyarlılığı değil, objektif bir gözlemcinin değerlendirmesi esas alınır²¹. Şayet vücuda yönelik etki, “basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif ise” bu daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (TCK m. 86/2).

“Sağlığın bozulmasına neden olma”, süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmaktır. Bunun tıbbi anlamda bir “hastalık” ortaya çıkarmış olması aranmaz. Örneğin, HIV taşıyıcısının bir başkasına bunu bulaştırması “sağlığı bozma” sayılır. Suçun oluşması için HIV’in bulaştırılması yeterli olup, ayrıca bunun AİDS hastalığına yol açmış olup olmaması önem taşımaz²². “Sağlığın bozulması” kavramdan kişinin sağlık durumunun ihlal edilmesi, patolojik bir durumun yaratılması veya patolojik durumun derecesinin artırılması anlaşılmalıdır. O nedenle bir kimsenin sağlık durumunun daha da kötüye gitmesine sebebiyet verilmesi de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir. Sağlığın sürekli bozulması gerekli olmayıp, sağlığı geçici olarak bozan eylemler de bu kavrama dâhildir. Mağdurda fiziki acı olmadığı halde sağlığı ihlal edilmiş olabilir²³. O nedenle rıza ile cinsel ilişki sonucu zührevi bir hastalığı bulaştırmak da acı vermediği halde sağlığın bozulmasına yol açar. Yargıtay da, başkasına HIV virüsü bulaştırmayı 765 sayılı TCK’nın 456. maddesi kapsamında bir müessir fiil olarak değerlendirmiştir.

“Mağdur (S)’ye uygulanan testler sonucu AİDS hastalığına yakalandığının anlaşılması karşısında, bu hastalığın kesin veya muhtemel olarak iyileşmesi mümkün olup olmadığı, hastalığın süreklilik gösterip göstermediği hususlarında Adli Tıp İhtisas Kurullarından rapor alınması ve sonucuna göre Hiv-Aids hastalığına askerliği sürecinde yakalandığını bilen ve bu durumu açıklamayarak mağdur Sevgi ile evlenip cinsel ilişkileri sonucu onun hastalığa yakalanmasına bilinçle neden olmuş bulunan sanığın eyleminin TCK’nın 456/3. maddesine uyup uymadığının tartışılması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır”²⁴.

Belirtelim ki, sağlığın bozulmasını hem bedeni, hem de akli ve ruhi bakımdan anlamak gereklidir. Bununla birlikte kanunda ayrıca algılama yeteneğinin bozulması kavramına da

19 Gök, Ş/Akyol, S/Kolusayın, Ö, R, Kişilerin Vücut Bütünlüğünde Oluşturulan Zararların Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu Yayınları, İstanbul 1978, s. 1.

20 Gök/Akyol/Kolusayın, s. 2.

21 Öztürk/Erem, s. 319.

22 Öztürk/Erem, s. 319–320.

23 Kaymaz/Gökcan, s. 189.

24 Yargıtay 1.C.D. 15.10.2002 tarihli, 3171/3584 sayılı kararı, YKD. Nisan 2003, s. 609.

yer verilmiştir²⁵. TCK'nın 89/1. maddedeki tanım gereği, kişinin uğradığı travma sonrası oluşan ruhsal sağlığının bozulmasının da yaralama fiilini oluşturacağı anlaşılmaktadır

Algılama; "bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyum yolu ile yalın bir biçimde bilinç alanına almak, idrak etmektir"²⁶. Algılama yeteneğinin bozulmasından, kişinin anlama, düşünme, muhakeme etme yeteneklerinde karışıklık, bozukluk meydana getirecek her türlü eylemler anlaşılmalıdır. Akli melekelerde karışıklık, düzensizlik meydana gelmesi, kişinin ruhi durumunda normal olan durumdan sapmalar meydana getirilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Gerçekten, gerek akıl yönünden karışıklık, gerekse de ruhsal karışıklık kişinin algılama yeteneğini bozduğundan bu kavrama dâhildir. Kişinin hipnozla bayıltılması, sarhoş edilmesi, onun iradesine hâkim olamaz hale getirilmesi algılama yeteneğinin bozulmasına örnek gösterilebilir²⁷. Başka bir ifadeyle, "Algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak", korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan her türlü olumsuz değişikliği ifade etmektedir²⁸.

Suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil taksirli bir eylem ile bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesidir. Suç, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle hareketin şekli önemli değildir. Taksirli fiil icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir²⁹. Hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi bulunmalı; yaralama neticesi failin gerçekleştirdiği hareket sonucunda ortaya çıkmalıdır

Taksirli fiil, failin özgür iradesinin ürünü olmalıdır. Ayrıca, fail kendi kişisel yetenekleri, idrak gücü, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar itibariyle objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek durumda olmalıdır³⁰. Fiil bizzat fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, başkası tarafından gerçekleştirilebilir. Başkası tarafından gerçekleştirilen eylem nedeniyle failin kusurlu bulunması halinde de fail sorumlu olur³¹. Örneğin, sarhoş ve ehliyetsiz bir şahsın aracını kullanmasına izin veren kişi aracı bizzat kullanmadığı halde, aracının başka araçlarla çarpışmasından dolayı kusurlu olması halinde olduğu gibi, hareket ve kusur faile yüklenebilir³². Buna karşılık mücerret ehliyetsiz bir şahsa araç kullandırma ile meydana gelen kaza arasında illiyet bağı yoktur³³.

Taksirli suçun icrai hareketle işlenmesi durumunda (örneğin, hız kuralını ihlal ederek aşırı hız yapma, cerrahın ameliyatta hastalıklı organizmayı çıkarırken acemilikle siniri kesmesi gibi) kısaca belirtelim ki, eğer failin fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti denebiliyorsa, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi var demektir³⁴.

İhmali hareketle işlenen suçlarda ise, netice harekete bitişik olduğundan illiyet bağının varlığı kolay anlaşılmaktadır. Örneğin, ehliyetsiz araç kullanma suçu, ehliyeti olmadan aracı kullanma anında gerçekleşmektedir. Fakat ihmal suretiyle icra suçlarında netice ile

25 Dönmezer, Kişilere ve Mallara Karşı İşlenen Suçlar, s. 115.

26 Türkçe Sözlük, (TDK), Cilt.1, s. 50.

27 Dönmezer, Kişilere ve Mallara Karşı İşlenen Suçlar, s.116, Erman/Özek, s.100.

28 Öztürk/Erem, s. 320.

29 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi.

30 Özgenç /Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası Ankara 2001, s. 178

31 Gözübüyük, P, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt.4, Ankara 1980, s.385.

32 Yargıtay GK. 28.12.1970 tarihli ve 4-361/432 sayılı kararı.

33 Yargıtay CGK. 21.2.1983, 9-561/68; 9.CD.10.3.1983, 519/621; 9.CD. 17.12.1982, 3636/772 tarihli kararları.

34 Taner, s. 97.

hareketsiz kalma arasındaki illiyet bağının tespiti gerekmektedir. Bu durumda da genel olarak, gereken hareket yapılsaydı netice meydana gelmeyecekti denilebildiği durumda illiyet bağının var olduğu söylenebilecektir. Ancak, ihmal suretiyle icra suçlarının bir kısmında failin kendi menfi hareketiyle neticeye ilişkin hareketler serisi başlamakta diğer bir kısmında ise, başkalarının veya tabiat olaylarınınca başlatılan hareketler serisine failin müdahale etmemesi söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilkinde, yani nedensellik zinciri failin kendi ihmali davranışı ile meydana gelmişse başka bir şartın araştırılmasına gerek olmaksızın netice ile menfi hareket arasında illiyet bağı var denilmelidir. Örneğin, yol kenarına çukur açan inşaat sahibinin, buraya düşenin yaralanmasını önlemek için tedbir alma yükümlülüğü ayrıca araştırılmaz. Fakat başkalarının veya tabiat olaylarına bağlı olarak başlatılan hareketler zincirine failin müdahale edip etmemesi bakımından durum farklıdır. Denizde boğulan çocuğu kurtarmayan failin menfi hareketi ile netice arasında fiziksel illiyet bulunması yeterli değildir. Burada failin çocuğu kurtarmak konusunda hukuki anlamda yükümlülük altında olup olmadığı ve ayrıca kurtarma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu örneği sürdürürsek; fail yüzme bilmeyen çocuğunun denize girmesine izin vermiş ve boğulmaması için tedbir de almamış ise, boğulup ölmeyle sonuçlanan nedensellik zinciri failin ilk kusurlu hareketiyle başladığından artık başka bir şart aramaya gerek olmadan illiyet bağının var olduğu kabul edilmelidir³⁵.

Failin kusuru olmaksızın başlayan bir illi davranış serisi karşısında, hareketsiz kalması nedeniyle ortaya çıkan neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için kendisinden beklenen davranışta bulunmasının fail yönünden hukuki bir yükümlülük olması gerekir³⁶. Bu yükümlülük salt ahlaki yükümlülük değildir. Fakat ahlaki yükümlülüklerden bazılarının hukuk düzeni tarafından da yükümlülük olarak değer verilmiştir. Başka bir anlatımla fail, kendisine hukuk düzeni tarafından emredilen icrai bir hareketi yapmayarak bu sonuca yol açmış bulunmaktadır. Hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun (765 sayılı TCK'nın 302, 473, 476/11 ve TMK'nın aile hukukuna ilişkin yükümlülükleri gibi) veya sözleşme (can kurtaranın boğulanı kurtarma görevi, tedavi sözleşmesi gereği hekimin yükümlülüğü vb.) olabilir. Bu nedenle, örneğin denizde boğulan kişiye yardım etmeyen cankurtaranın veya hastaya ilacını vermeyen hemşirenin menfi davranışları ile netice arasındaki illiyet bağının varlığı için kurtarma veya ilacı verme biçimindeki icrai harekette bulunma yükümlüsü olduklarının da tespiti gerekir³⁷.

Başka bir yükümlülük kaynağı da, failin kendi davranışı olabilir. Örneğin çukur açan kişinin onu kapatma veya tedbir alma yükümlülüğü vardır, fakat bu durumda çukuru kapatmayanın yükümünün ayrıca araştırılması gerekmez. Çukuru onun açmış olduğunun tespiti yeterlidir³⁸. Buna karşılık sanıkların, temel kazma sırasında fazla açtıkları çukuru doldurmayarak su birikmesine sebebiyet verdikleri bir olayda, bir kimsenin bu suya girmemesi ve düşmemesi için koruyucu önlem almamaları sebebiyle, iradesiyle de olsa suya girerek yaralanan kişinin yaralanması ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu kabul edilmiştir³⁹.

35 Kaymaz/Gökcan, s. 102-103.

36 Dönmezer/Erman, C. I, s. 478-480.

37 Kaymaz/Gökcan, s. 103.

38 Dönmezer/Erman, C. I, s. 480.

39 Yargıtay, CGK, 28.9.1957 tarihli, 57/56 sayılı kararı.

Fail veya failerin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini kesecek bir durumun ortaya çıkmış olup olmadığına dikkat edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir. "Sanıkların, taş ve sopalarla saldırmaları üzerine şahsın kamyoneti ile geri manevra yaparken bankette bulunan çocuğa çarpması olayında sanıkların hareketleri ile ölüm arasında illiyet bağı yoktur"⁴⁰. Nedensellik ilişkisi kesilmiş ve neticenin öngörülmesi olanağı ortadan kalkmış ise fail veya failerin taksirinden söz etmek mümkün olmayacaktır⁴¹.

Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerde, taksirin varlığına ilişkin denetleme her failin kendi faaliyetine ilişkin kurallara uyup uymadığı açısından yapılmalıdır. Çünkü bu tür çalışmalarda, her birey diğerlerinin doğru davrandığına güvenmek zorundadır. Ancak, failin böyle bir çalışmada başkalarının davranışlarını denetleme yükümlülüğünün veya yanlış davranışı fark edip müdahale etmesi olanağının bulunması halleri bunun dışındadır⁴². Örneğin, ameliyat yapan ekipte yer alan cerrah, kendi faaliyetine ilişkin meslek kurallarına uymamaktan sorumlu olur, ekipte yer alan diğerlerinin yanlış hareketlerinden sorumlu olmaz. Ancak bu hekim örneğin, asistanını denetleme yükümlülüğü bulunduğundan bunu yapmaması durumunda da taksirli hareket etmiş olur⁴³. Güven ilkesinin bir yansıması olarak trafikte sürücüler başkalarının kurallara uygun davranacaklarına güvenirlere. Ancak somut olayda, başkalarının yanlış davranışlarının öngörülebilir olması durumunda bunu öngörmeyen sürücü taksirli davranmış olur⁴⁴.

Ölüm sonucunun, taksirli harekete başka nedenlerin katılmasıyla meydana geldiği hallerde ise fail taksirle ölüme sebebiyetten değil; ancak, taksirle yaralamaya sebebiyetten sorumlu tutulur⁴⁵. Nitekim Yargıtay, taksirli hareketle yaralanan mağdurun yirmi dokuz gün sonra hastanede öldüğü bir olayda, ölümün bacadaki açık yaranın ameliyattan sonraki bakım sürecinde ortaya çıkan mikrop toksinlerinin kana karışmasıyla meydana gelmesi nedeniyle, taksirle ölüme değil, taksirle yaralamaya ilişkin hükmün uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁶.

Taksirli hareket olmasaydı, bu sonuç meydana gelmeyecekti ve bu sonuç yapılan hareketin doğal sonucudur denilebiliyorsa nedensellik bağı mevcuttur⁴⁷. Fail tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirirse bile, yine de istenmeyen netice gerçekleşecek ise, bu durumda failin taksirli suçtan sorumlu tutulabilmesi mümkün olamayacaktır.

2. Tipiklik

Taksir istisnai bir nitelik taşır. Nitekim bir suçun söz konusu olduğu hallerde, kanuni

40 Yargıtay, 9. CD, 1.11.2006 tarihli 3830/5579 sayılı kararı.

41 Tezcan/Erdem/Önok, s. 133.

42 Toroslu, s. 202.

43 Yargıtay, 2. CD, 5.2.1996 tarihli ve 268/1025 sayılı kararı.

44 Toroslu, s. 203.

45 "Sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, on beşinci aşından sonra hastalanıp öldüğü anlaşılmıştır. Olayda, ölümün tıbbi yönden de sorumluluk yüklenmeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği allerjik ansafalitten meydana geldiği belirtildiğinden, sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıran bu neden dikkate alınarak sonucundan sorumlu tutulmuyup ancak özensizliğinden kaynaklanan köpeğin saldırı ve ısırmasıyla ölemlen oluşun yaralanmadan ötürü sorumlu tutulması gerekir", Yargıtay, 2. CD, 20.11.1991 tarihli ve 10834/11895 sayılı kararı.

46 Yargıtay, 9. CD, 12.2.1982 tarihli ve 520/709 sayılı kararı.

47 Artuç, s. 242.

tanımda kastın aranacağına ilişkin bir hüküm olmasa da kast bulunmak ve aranmak gerektiği halde, taksirli fiillerin cezalandırılmaları kanunda açık bir hüküm bulunmasına bağlıdır⁴⁸.

Taksirin istisnâ bir sorumluluk şekli olduğu kuralını şöyle açıklamak mümkündür; Taksirle “fiil” kavramından az veya çok uzaklaşmıştır. Kasıtlı hareket etmekle taksirli hareket etmek arasında bir farkın mevcut olmadığı iddia edilemez. Bir insanın öldürülmesi (kasten öldürme) ile bir insanın ölmesine neden olma aynı şey değildir. Birincisinde, irade bilinç içinde kalan bir amaca yönelmiştir⁴⁹. Ancak, taksirde failin iradesi suç teşkil eden neticeye yönelmemiş olduğundan kanun, dikkat ve özen vazifesinin bulunabileceği hallerde taksirli fiilleri cezalandırmıştır⁵⁰.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 45.maddesinde taksirli bir fiilin cezalandırılması için kanunda bu yönde bir hüküm bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Nitekim Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarı’sınının 22. maddesinin gerekçesinde de taksir açısından şartlardan birincisi kanunda açıklık bulunmasıdır, denilerek taksirin bu unsuru belirtilmiştir. Bu husus 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22/1 maddesinde “taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır”, hükmüyle yer almıştır.

Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir taksirli eylem cezalandırılmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sadece öldürme (m.85), yaralama (m.89), iflas (m.162), genel güvenliğin tehlikeye sokması (m.171), atom enerjisi ile patlamaya neden olma (m.173/2), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m.180) çevreyi kirletme (m.182), askeri tesisleri tahrip (m.307/3), savaş zamanı yükümlülüklerin yerine getirilmeme (m.322/2), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri açıklama (m.336/3) ve casusluk (m.338) suçlarının taksirli biçimlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir⁵¹. Bu sebeple, bir suçun taksirle de işlenebileceği ve böylece cezalandırabileceğinin kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenleme yapılmış olması gerekir. Bu hüküm 5237 sayılı TCK m. 22/1’ de açıkça gösterilmiştir. Örneğin, mala zarar verme suçu doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilen bir suçtur ve kanunda bu suçun taksirle işlenmesi hususu suç olarak düzenlenmediğinden, bir kimse diğerinin malına taksirle zarar verirse suç işlemiş olmaz ancak haksız fiilden sorumluluğu söz konusu olur.

3. Hukuka Aykırılık

Hukuk sadece fiil ile ilgilenmediği gibi, subjektif boyutla da yetinmez. Hukuka aykırılık manevi unsurun da bulunması şartıyla, suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ifade eder. Hukuka aykırılık suç ile hukuk düzeni arasındaki çelişkidir. Ortada ihlal edici bir davranış bulunmadığında ödev aykırılık bilinci ya da belli davranış ya da neticenin gerçekleştirilmesine yönelik irade mevcudiyeti yeterli değildir. Kusurluluk değerlendirmesi için dışsal objektif bir davranışa gereksinim vardır⁵². Suçtan bahsedebilmek için failin haksızlığı özgür bir irade ile seçmiş olup, aynı zamanda haksızlığı istemiş olması gereklidir.

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka

48 Dönmezer / Erman C. II, s. 276.

49 Erem/Danışman/Artuk, s. 457.

50 Dönmezer/Erman C.II, s.278.

51 Öztürk / Erdem s.187.

52 Katoğlu, T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.159.

aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK'nın 24. maddeleri ile devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyenin ceza sorumluluğu söz konusu olamaz. Dolayısıyla, taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa fail cezalandırılmaz. Çünkü bir fiilin cezalandırılması onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyenin cezalandırılmasını engeller⁵³.

Taksirli suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkması güç olsa da olanaksız değildir. Örneğin, bir deniz kazasında hayatını kurtarmak isteyen kimse, ufak bir sandal görüp de buna tırmanmak istese, ancak sandal bu yüke dayanamayıp devrilsen ve sandaldakiler denize düşüp boğulsalar olayda hukuka uygunluk nedenlerinden olan zorunluluk hali bulunmaktadır⁵⁴.

Her ne kadar yaralamaya ilişkin olsa da, konuyu açıklaması bakımından şu örnek verilebilir: Viyana'da gerçekleşen bir olayda, üst düzey bir polis memurunun, virajlı yolda, hatalı olarak önündeki arabayı geçmek istemesi nedeniyle meydana gelen çarpışmada, öndeki arabanın sürücüsü yaralanır. Ancak, sürücü, yaralı olmasına rağmen, kaçmaya başlar, tedavi ettirme amacıyla izlenerek yakalanır ve otomobil hırsızlığı yaptığı, o sırada da çaldığı arabayı kaçırmakta olduğu belirlenir. Olayda, polisin hareketinin, taksirle yaralamaya sebebiyet verme olmasına karşın, sonuç olarak otomobil hırsızının yakalanmasını sağladığı için hukuka uygunluk oluşturacağı kabul edilir⁵⁵.

Esasında meşru müdafaa kasten işlenen suçlara karşı saldırıya maruz kalan kişinin göstermiş olduğu iradi ve zorunlu bir tepkidir. O nedenle de, kural olarak savunmaya yönelik fiiller bilerek ve istenerek, yani kasten gerçekleştirilir. Bu nedenle, meşru müdafaa halinde taksirle yaralama istisnai hallerde söz konusu olabilir. Örneğin, kendisine silahla ateş edip öldürmek isteyen hasmına ateş etmek amacıyla tabancanın ağzına mermi verdiği sırada kaza ile tabancanın ateş alıp yanında bulunan bir şahsın isabet alarak yaralanması halinde bu şahsa yönelik eylemi nedeniyle taksire dayalı olarak sorumlu tutulabilir.

Yine fail, kendisine ateş eden hasmının ateşine karşılık verirken aniden hasmının önünden geçen bir kişinin yaralanmasına neden olabilir. Eğer, bu durumda üçüncü şahsın da yaralanabileceği öngörülerek ve buna katlanılarak ateş edilmiş ise olası kastla yaralama suçu söz konusu olur. Esasen bu gibi hallerde de taksirden ziyade olası kastla adam yaralamayı düşünmek uygun olur. Ancak, failin üçüncü şahsa yönelik olası kastla hareketi söz konusu değilse, üçüncü şahsın ani olarak ortaya çıkmış ve fail, başka kişilerin olay mahallinden geçebileceklerini ve kurşunların bu şahıslara da isabet edebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise failin bu eylemi nedeniyle taksirinden dolayı sorumlu tutulması mümkündür⁵⁶.

5237 sayılı TCK hükümlerine göre meşru müdafaa halinde taksirle öldürme suçları,

53 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.102.

54 Kaymaz/Gökcan, s. 113.

55 Bkz.Önder, s. 153.

56 Kaymaz/Gökcan, s. 125.

meşru müdafaa sınıрын aşılması ve meşru müdafaa koşullarının varlığında hata halinde söz konusu olabilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27/1. maddesinin öngördüğü olasılık, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının taksirle aşılmasıdır. Fail bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını aşmakta ise de, bunu bilerek ve isteyerek yani kasten yapmamakta ancak sınırı aşmış olması dolayısıyla kusurlu sayılabilmektedir. Bu durumda faile işlediği suçun cezası verilecek fakat cezası indirilecektir⁵⁷.

Belirtilen fıkranın uygulanabilmesi için, 1- Ortada hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin tüm koşulları ile bulunması gereklidir. Şayet, olayda hukuka uygunluk nedeni yoksa sınırın aşıldığından bahsetmekte de mümkün değildir. 2- Fail, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşmalıdır. 3- Sınır kasten değil, taksirle aşılmalıdır. Eğer, sınır kasten aşırsa, fail suçun tam cezası ile cezalandırılır. 4- Sınırın taksirle aşılması suretiyle işlenen suç, taksirle işlendiğinde de cezalandırılan bir fiil olmalıdır. Şayet işlenen suç ancak kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, faile ceza verilmeyecektir⁵⁸. Örneğin, fail sınırı aşmak suretiyle saldırganı öldürmüş ise, taksirle insan öldürmeye neden olma suçundan (TCK m.85) cezalandırılır ve cezası da TCK m.27/1'e göre indirilir. Buna karşılık sınırın aşılması suretiyle işlenen suçun taksirli şeklini kanun öngörmemiş ise örneğin, sınırın aşılması suretiyle mala zarar verilmiş ise (TCK m.151) fail cezalandırılmaz⁵⁹.

Kalabalığı dağıtmak hususunda emir alan kolluk görevlileri, halkın karşı koymasız yüzünden paniğe kapılarak ateş etmeye başlamış ve kalabalık içinde bulunanlardan bazılarını öldürmüş ise, belirtilen eylemleri dikkatsiz, tedbirsiz davranmalarından (taksirli hareket etmelerinden) ileri gelmişse, haklarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27/1. maddesi uygulanır⁶⁰. Buna karşılık, kolluk görevlilerinin paniğe kapılmalarını haklı gösterecek nedenler varsa, hukuka uygunluk nedeni olan görevin yerine getirilmesi uygulanır ve hiçbir şekilde cezalandırılmazlar. Çünkü bu durumda, faile yüklenebilecek taksir derecesinde dahi kusur yoktur⁶¹. Aynı şekilde, somut bir olayda devam eden saldırılardan başka türlü kurtulma olanağı olmayan bir kimsenin, saldırıyı önleme zorunluluğu ile saldırganı karşı koyan kimse, savunma eylemiyle onu yaralarsa dahi, meşru savunma sınırları içindedir⁶². Buna karşılık saldırının önlenmesinden sonra yapılan eylemler, hukuka uygunluk nedeni içinde sayılmayıp, ilgili hukuka uygunluk nedenini aşan eylemler olarak kabul edilecektir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılmadığı, hukuka uygunluk sebebinin niteliğine ve somut olayın koşullarına göre tespit edilir⁶³. Haksız saldırıda bulunan kimseye yönelmiş olan meşru savunma bakımından taksirli sayılmayabilen bir aşılma esasta kusursuz bir kişinin zarara uğratılmasını belirten zorda kalış durumu bakımından taksirli sayılabilir. Çünkü bu gibi hallerde failden çok daha büyük bir özen beklenir⁶⁴.

57 İçel/Evik, s.162.

58 Koca, a.g.m, s. 142.

59 Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 140.

60 İçel/Evik, s.162.

61 Dönmezer /Erman, C. II, s.153.

62 Yargıtay 1.C.D 18.6.1981 tarih, 1981/1660 Esas, 1981/2957 sayılı kararı, YKD, 1981, S. 10, s. 1347- 1348.

63 Dönmezer /Erman, C. II, s.153.

64 İçel/Evik, s.165.

Özellikle kolluk görevlilerinin silah kullanmalarına imkân veren kanunun hükmünü yerine getirme hallerinde taksiri tespit ederken, görevin gereklerini ve görevlinin içinde bulunacağı ruh halini göz önünde bulundurmak gerekir⁶⁵. Kolluk görevlisi araçta değil de, amaçta sınırı aşmışsa artık hukuka uygunluk nedeninin de dışına çıkmış olacağından, fail suçunun tam cezası ile cezalandırılacaktır⁶⁶.

4. Kusurluluk

4.1. Genel Olarak

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir⁶⁷. Bu suçun manevi unsuru taksirdir. Fail basit veya bilinçli taksirle neticeye sebebiyet vermiş olmalıdır⁶⁸. Taksirle yaralama suçunun oluşması için taksirin, basit veya bilinçli taksir olması herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Ancak taksir türünde ki farklılık, cezanın belirlenmesi aşamasında önem kazanmaktadır. Bilinçli taksir halinde, taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılmaktadır⁶⁹. Sırf hareketin yapılması ve bu hareketin ölüme neden olması, suçun oluşması için yeterli olmayıp somut olayda failin objektif dikkat ve özeni gösterip göstermediği, manevi unsur açısından araştırılacaktır⁷⁰. Fail ister hafif ister ağır taksirli olsun, ceza hukuku açısından sorumludur. Çünkü, hafif taksirli de olsa, zararlı neticede hareketin nedensel bir katkısı mevcuttur⁷¹.

Gerek bilinçli taksir, gerekse basit taksirde, fail gerçekleşen neticeyi istememektedir. Basit taksirde, fail öngörmesi gerekeni öngörememekte, bilinçli taksirde ise, öngördüğü halde gerçekleşmesini istemeyip bunun gerçekleşmemesi için gerekeni yapmaktadır⁷².

Doktrinde bilinçli taksiri, basit taksirden ayırıcı kriter olarak öngörme kavramının altı çizilmektedir. Basit taksirde, neticenin öngörülebilir olmasının belirli bir kritere bağlı soyut bir imkân olduğu halde, bilinçli taksirde neticeyi öngörmenin, somut olayda fail bilincinin somut durumu ile ilgili bulunduğu ifade edilmektedir⁷³.

Bilinçli taksirde fail, normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda da öngörmüş, buna rağmen her ne kadar öngördüğü neticeyi istemese de yine de hareketi yapmıştır. Basit taksirde ise, fail normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda öngörmemiştir⁷⁴. Tabancaı boş zannederek tetiğini çeken kime, bir kişinin ölümüne neden olursa, öngörülebilecek neticeyi öngörmemiş olup, olayda basit taksir hali bulunmaktadır. Ancak dolu bir tabanca ile bir kişinin kafasının üstündeki hedefe ateş eden kişi, tabanca atışlarındaki ustalığına ve tecrübesine güvenerek neticeyi istememiş ise de neticeyi öngörmüş olup, ustalığı sayesinde neticeyi önleyebileceğine inandığı halde istenmeyen

65 Dönmezer /Erman, C. II, s.153.

66 Dönmezer /Erman, C. II, s.153.

67 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 450.

68 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.103.

69 Akman, M, www.turkhukuksitesi.com/makale 1085.htm, s. 6.

70 Parlar/Hatipoğlu, s. 708.

71 Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 119.

72 Önder, s.336; Centel / Zafer / Çakmut, s.411.

73 İçel, s. 94 – 195.

74 Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, s.107.

neticenin gerçekleşmesi olayında bilinçli taksir hali bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 27.12.2007 tarihli, 2007/241 esas ve 2007/9822 sayılı kararı da aynı doğrultuda olup, kararda şöyle denilmektedir: "Silah eğitimi almış sanığın, namlusunda mermi olup, emniyeti açık olan silahını, kılıftan çıkartırken umursamaz davranışları sonucu tam kusurlu olarak neticeyi meydana getirdiği olayda hakkında bilinçli taksir hükümleri uygulanması gerekirken, uygulanmaması yasaya aykırılık oluşturmaktadır".

Aslında hem basit hem de bilinçli taksirde neticenin objektif olarak öngörülebilir olması şarttır. Eğer, netice aynı şart ve durumdaki hiç kimse tarafından öngörülemez ise tesadüftен söz edilir ve fail taksirden sorumlu tutulmaz. Bu nedenle basit taksirde fail öngörülebilir neticeyi objektif özen yükümlülüğüne uymadığı için öngörememekte (örneğin, uyumaması gerektiği halde uyuması) ve istemediği neticeye yol açan davranışı ifa etmektedir. Bilinçli taksirde ise, fail neticeyi öngördüğü halde fiili işlemektedir⁷⁵.

Taksirde fail, hareketi iradi olarak yapmakla birlikte, davranış kurallarına uymadığı için neticeyi öngörmez ve istemez. Netice fail tarafından öngörülmüş de olabilir. Ancak, öngörme, istemenin varlığını göstermez. Fail, neticeyi öngördüğü halde, istememiş olabilir. Failin öngörülebilir neticeyi öngörmediği hallerde, basit taksir, failin, öngörülebilir neticeyi öngörüp istemediği hallerde ise bilinçli taksir söz konusu olur. Ancak, fail neticeyi istemişse artık kastın varlığı söz konusu olur⁷⁶.

Taksirin normatif cephesini meydana getiren ve onun kusurluluk içine girmesinin sebebini açıklayabilen dikkat ve özen vazifesine aykırılık kavramı, taksirin neden cezalandırıldığının sebeplerini de gösterebilecek niteliktedir. Ancak, taksir bu normatif yapı yanında, psikolojik bir yapıya da sahiptir. Bu kendisini, iradenin yeterli şekilde kullanılmaması şeklinde gösterir. Taksirin kusurluluk alanında ele alınması ve onun ceza sorumluluğu açısından bir kusuru oluştuğunun kabulü, kişinin özen yükümlülüğünü ihlal ederek öngörülebilecek bir neticeyi öngörmemesi nedeniyle kınanmasıdır⁷⁷.

İnsan davranışları başkalarının varlıkları için sonsuz tehlikeli durumlar yaratabileceğinden genel, bilimsel ve teknik tecrübe sürekli olarak başkalarına verilebilecek zararları önlemeye veya insan davranışlarından kaynaklanan tehlikeleri sosyal yönden kabul edilebilir sınırlar içinde tutmaya yönelik bir kısım davranış kuralları oluşturur⁷⁸.

Hukuk düzeni, her insana bu kuralları ihlal etmemek üzere dikkat ve özen yükümlülüğü getirmektedir. Herkesin uyması gereken bu özen yükümlülüğü ile ihlal edilmemesi gereken kurallar kimi zaman yazılı hukuk metinleri olabileceği gibi, kimi zaman da toplumun ortak hayat tecrübeleri olacaktır. Belirli bir mesleğin icrası için gereken davranış biçimleri yazılı veya yazısız kurallar halinde bulunabilir. Örneğin, cerrahın ameliyat için hastasının rızasına alma zorunluluğu yazılı bir kural iken, ameliyat için gerekli tüm özeni gösterme, sağlığa uygunluk koşullarını sağlama gibi kurallar tıp mesleğinin gerektirdiği kurallardandır. Yine toplum halinde yaşama sırasında uyulması gereken ve ortak hayat tecrübelerinden kaynaklanan kimi davranış biçimleri de bu kurallar içerisinde yer alır. Örneğin, her insan başkalarına zarar verebilecek patlayıcı bir madde veya vasıtayı açıkta ve tedbirsiz biçimde bulundurmaması gerektiğini bilmek zorundadır. Bu nedenle

75 Kaymaz/Gökcan, s.76.

76 Centel/Zafer/Çakmut, s. 403.

77 İçel, s. 244 – 245; Ünver, Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.327 – 328.

78 Toroslu, s.145.

tabancasını dolu halde ve açıkta bırakan baba, çocuğun onu alıp başkasını öldürmesi olayında kusurlu davranmış olacaktır⁷⁹.

Yasa veya genel yaşam deneyiminin gereği olarak kişinin, kendi psikolojik bedensel durumuna göre belli durumlarda belli kurallara uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir neticenin doğmasına sebebiyet veren kişi sorumlu olur. Ancak bunun için failin özen gösterme yükümlülüğüne uyması olanaklı bulunmalıdır⁸⁰.

Sırf tehlikeli bir hareketi yapmak, taksiri oluşturmayacağı gibi, tehlikeli bir mesleğin icrasındaki kaçınılamayan veya o anda meslek ve sanat dalının seviyesine göre normal karşılanarak kabullenilen hatalı hareketler de taksiri oluşturmayacaktır⁸¹. Failin sorumluluğu bakımından ayrıca, yükümlülüğün varlığını ve içeriğini idrak edebilecek ve bu doğrultuda hareket edebilecek durumda olması gerekir. Yükümlülüğün fail tarafından idrak edilebilir olması aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin de öngörülebilir olduğu anlamına gelmektedir. Failin yükümlülüğünün bilincinde olmaması veya içinde olduğu şartlar gereğince, irade yeteneğinin mevcut bulunmaması durumuna taksir sorumluluğu bakımından kusurun olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir⁸².

Özen yükümlülüğü bir yasak içerebileceği gibi, bir emir de içerebilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, ilk durumda icrai, ikinci durumda ise, ihmali bir taksirli suç gündeme getirir. Başka bir anlatımla taksirli suç, icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Bu sonuncu durumda özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir. Örneğin, makasçı (M) makas değiştirmede için meydana gelen tren kazasında (A) ölüyor. (M)'nin makası değiştirme konusundaki özen yükümlülüğü aynen gerçek olmayan ihmali suçlardaki sonucu önleme yükümlülüğü gibidir⁸³.

Doktrinde, failin olayda dikkatli ve özenli davranıp davranmadığının ne şekilde tespit edileceği tartışılmaktadır.

Bir grup yazar, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutan subjektif bir kriterin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Böyle bir kriter uygulanınca beden kusurları, miyop, sağırılık, makul heyecanlar gibi failin şahsi nitelikleri dikkat ve özen görevinin yerine getirilmesi bakımından göz önünde tutulmaktadır. Ancak bütün bunları failin yalnız sorumsuzluğu bakımından değil, fakat sorumluluğunu gerektirmeleri bakımından da rol oynamaktadırlar. Örneğin sağır olduğu halde, mesleğini icra eden arabacı veya ileri derece miyop olmasına rağmen otomobil kullanan şoför yönünden de durum böyledir⁸⁴. Diğer bir grup yazara göre ise, taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin şahsi nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir⁸⁵. Objektif

79 Toroslu, s.145.

80 Centel/Zafer/Çakmut , s. 408 – 409.

81 Ünver, s. 328.

82 Özgenç/Şahin, s.241 vd.

83 Öztürk/Erdem, s.188.

84 Mezger, s.359;Raineri, s. 295 (akt İçel s.148).

85 Maurach / Gössel/ Zipf II s.111. (akt İçel ve Diğerleri s.256).

özen yükümlülüğü, belli kişiden soyutlanmış, gereklilik yargısını ifade etmektedir. Örneğin, motorlu araç kullanımı sırasında ve genel olarak trafikte uyulması gereken kurallar objektif özen yükümlülükleri olarak nitelendirilir⁸⁶. Bu yönden objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi, neticenin öngörülebilirliğin saptanmasında failin kişisel özelliklerini dikkate alınması işlevinden farklılık gösterir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesinde, dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edileceği belirtilmiştir. Aynı gerekçede taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek olmalıdır, denilmek suretiyle hem subjektif hem de objektif kriterleri içeren karma bir niteliğe yer verilmiştir.

Kanaatimizce failin dikkat ve özeni göstermiş olup olmadığının tespiti için, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutarak somut olayda failin objektif olarak belirlenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Failden beklenen dikkat ve özen görevi objektif ve failden bağımsız olarak değil, failin kişisel ve ekonomik durumu, tecrübesi, yaşı, zekâ düzeyi, beden kusurları, eğitim düzeyi, mesleği ve cinsiyeti göz önünde tutularak araştırılmalıdır. Ancak, taksirin bazı türlerinde dikkat ve özen görevleri yazılı hukuk kurallarından oluşur. Örneğin, medeni hukuk kuralları uyarınca anne babanın yükümlülüğü, trafik kuralları uyarınca yaya ve sürücülerin yükümlülükleri, işverenlerin ve işçilerin uymaları gereken yazılı iş güvenliği ile ilgili düzenlemelerde, fail bu düzenlemelerle belirlenmiş kuralı ihlal etmeseydi, suça konu zararlı neticenin meydana gelmeyeceği durumlarda, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilerek, kusurlu olduğu sonucuna varılacaktır. Aynı doğrultuda olmak üzere, meskûn bir mahalde belirlenmiş hız sınırını aşarak araç kullanıp bir kişinin ölmesine neden olan failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı sabittir ve failin kusurundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin davranış normlarıyla herkesin uymak zorunda olduğu genel bir emir öngörülmektedir. Ancak, bu sınırsız geçerliliği olan bir emir değildir. Modern toplumda bazı işlerin yapılması, zorunlu olarak bazı tehlikeleri beraberinde getirmekte ve bu tehlikelerden dikkat ve özen yükümlülüğüne azami riayete rağmen, kaçınmak mümkün olmamaktadır. Bu tür işletmeler toplumsal açıdan gerekli ve faydalı oldukları için tehlikeli olmalarına rağmen yasaklanmamakta, çoğunlukla bunlara bağlı olan kaçınılmayan tehlikeler "izin verilen risk" olarak adlandırılarak hukuken kabul edilmektedir. Örneğin, endüstriyel mamül üreten işletmeler çalıştırılması, bina inşa edilmesi gibi hallerde bu tür tehlikeler mevcuttur. İzin verilen risk çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk sınırlanmış olmaktadır⁸⁷.

Failin iradi hareket etme imkânına sahip olmaması veya objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriğini anlayabilecek durumda bulunmaması halinde kusurlu sayılması mümkün değildir. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği hakkında kaçınılmaz

86 İçel ve Diğerleri, s.257.

87 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 203.

bir yanılığa düşülmesi halinde de fail kusurlu kabul edilemez⁸⁸. Buna göre serbest iradesi ile hareket eden ve objektif özen yükümlülüğünü öngörüp buna göre hareket etme yeteneğine sahip olan fail, buna aykırı hareket ederek kişi veya kişilerin ölmesine neden olduğunda kusurlu kabul edilerek cezalandırılacaktır⁸⁹.

4.2. Kusurun Belirlenmesi

Kanunun istisnai sorumluluk olarak öngördüğü taksir, taksirli şeklinin kabul edildiği suçta mutlaka ispatlanmalıdır. Taksir karinesi kabul edilemez. Zira, her somut olayda taksirin ispatlanmasından vazgeçilir ve sorumluluk için sadece maddi nedensellik bağımın varlığı yeterli kabul edilirse, bu durum kusurlu sorumluluğun ortadan kalkması anlamına gelir. Bu husus özellikle objektif sorumluluk ipotезlerini kaldıran ve istenmeyen zararlı sonuçtan failin sorumluluğuna başvurulabilmesi için en az taksirli davranışın varlığını arayan sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsuru düzenleyen TCK'nın 23. maddesi bakımından geçerlidir⁹⁰.

Taksirli suçlarda failin kusurlu sayılarak cezalandırılabilmesi için, "kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır."⁹¹ İşte bu yeteneklere sahip olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kişi veya kişilerin ölmesine neden olan fail kusurlu kabul edilerek cezalandırılacaktır⁹².

Objektif özen yükümlülüğünün kişi tarafından idrak edilebilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir.⁹³ Failin, iradi hareket etme imkânına sahip olmaması veya objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriğini anlayabilecek durumda bulunmaması halinde kusurlu sayılması mümkün değildir. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği hakkında kaçınılmaz bir yanılığa düşülmesi halinde de fail kusurlu kabul edilemez⁹⁴.

Taksirin belirlenmesinde, taksirin türü göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki, genel taksir söz konusu olduğunda, somut olayda belli bir mesleğe mensup ve belli şartlarda bulunan aklı başında bir insan için sonucun öngörülebilirliğine ve önlenebilirliğine başvurmak gerekir. Gerçekten tedbirsizlik ve dikkatsizlikten fail, ancak zararlı sonucun gerçekleşebileceğini tahmin ettiğinde, öngördüğünde sorumlu olmalıdır. Zararlı sonuç fail tarafından öngörülemediğinde, artık kınanması mümkün değildir⁹⁵.

Buna karşılık özel taksir durumunda, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütüne başvurulmayacak, yazılı davranış kurallarına uymamanın belirlenmesi yeterli kabul edilecektir. Bu son durumda yazılı davranış kuralına uymamanın bilinçli ve iradi olması aranacaktır. Gerçekten bu taksir türünde sonucun gerçekleşmesinde failin özensiz bir davranışının olup olmadığının tespitinde, sadece hukuka uygun olarak konulmuş bulunan ve uyulması

88 Özgenç-Şahin, s. 242.

89 Kaymaz/Gökcan, s.152.

90 Hafizoğulları, s. 278.

91 5237 sayılı TCK'nın 22. md gerekçesi.

92 İçel ve diğerleri, Suç Teorisi, s. 254.

93 Özgenç/Şahin, s. 241-242.

94 Özgenç/Şahin, s. 242.

95 Toroslu, s. 165 vd; Hafizoğulları, s. 278.

zorunlu davranış kurallarının ihlal edilmiş olup olunmadığına bakılacaktır⁹⁶. Bu bağlamda, örneğin kırmızı ışıkta gerçek kendisine yeşil ışık yanan yayanın ölümüne neden olan sürücü, taksirli insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Burada sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal etmiş olup olmadığı araştırılmayacaktır. Zira bu alana ilişkin yazılı davranış kurallarının, olayımızda kırmızı ışık ihlalinin saptanması taksir için yeterlidir. Aynı şekilde maden işletmesinde, hava ulaşımında veya tren işletmeciliğinde, bir kazanın gerçekleşmesi durumunda sorumluluk bakımından sadece olası tehlikeleri önlemek için konulmuş olan zorunlu tedbir ve dikkat kurallarına uyulup uyulmadığına bakılacaktır. Öyle ise, emir ve nizamlara aykırılıkta sorumluluğun varlığı için ihlalin tespiti yeterlidir. Ancak, sorumluluk, yazılı davranış kurallarının ihlalden doğan tüm zararlı sonuçları içerecek biçimde genişletilmemelidir. Bu konuda “normun konuluş amacı” ölçü olarak alınmalıdır. Bu durumda, taksirli sorumluluğun sınırı, ihlalden kaynaklanan her türlü zararlı sonuç değil, tersine ihlal edilen normun doğrudan önlemeyi hedeflediği zararlı sonuçlardan biri olmalıdır.

Nitekim toplum halinde yaşamanın güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranışın kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır⁹⁷. Bunun için de kişinin, objektif özen yükümlülüğünün mevcudiyeti ile içeriğini idrak edebilecek ve buna göre davranabilecek durumda olması lazımdır. Eğer kişi objektif özen yükümlülüğünü idrak edebilecek ve buna uygun davranabilecek yetenekte değilse, örneğin akıl hastası veya küçük ise meydana gelen sonuçtan kişinin sorumlu tutulması mümkün olmaz. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği konusunda esaslı yanılğı halinde, (örneğin, meskûn mahalde hız sınırında yanılğı) bu yanılğı kaçınılmaz ise yine kişinin taksirli eylem nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmaz⁹⁸.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'nın aksine kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Gerçekten mülga TCK döneminde taksirli insan öldürme ve yaralama suçlarında kusur sekiz üzerinden derecelendirilmekte ve failin taksirli davranışına eklenen kusurlu davranış da dikkate alınarak ceza sorumluluğu belirlenmekte idi. Bu uygulama öğretilde haklı olarak kusurun matematiksel olarak derecelendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu eleştiri çerçevesinde TCK, kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Buna göre, taksirli suçtan dolayı verilecek ceza, failin kusuruna belirlenecek ve her bir fail kendi kusurlu davranışına göre sorumlu olacaktır.

Güven ilkesi, varlığı halinde ilgili kimse açısından failin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran bir kuramdır. Bu kuram günümüzde özen yükümlülüğünün ve failin objektif isnat

96 Toroslu, s. 165 vd.

97 5237 sayılı TCK'nın 22 madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Özgenç-Şahin, s.241 vd

98 Özgenç/Şahin, s. 242

edilebilirliğinin belirlenmesi açısından geçerli bir ilke olarak da adlandırılmaktadır. Bir 6 raftan izin verilen-verilmeyen tehlikenin varlığını tespit açısından önemli bir yardımcı araç olan bu kuram, esasında bireylerin belirli tehlike kaynaklarını önceden tahmin edip, kendisinden kaçınmak için strateji geliştirmesi gereken tehlikenin belirlenmesine ilişkin bir kuramdır. Bu yönü itibarıyla, ihmali suçlarda hukuksal yükümlülük altında bulunan (Garantör) kimsenin ve bu yükümlülüğün sınırlarını ve istisnalarını belirleyerek adil, doğru ve subjektif ceza sorumluluğu esasına dayalı bir uygulamaya yardımcı olur. Bu açıdan ilke, belirli bir trafığe, birden fazla kimsenin hareketinin aynı anda söz konusu olduğu veya etkilerinin aynı alanda var olduğu alanda harekette bulunan veya hareketsiz kalan yahut teknik güvenlik kurallarına riayet etmeyen ya da olası tehlikeyi savuşturmak için tedbir almayan kimsenin, aynı alanda bulunan bir kimsenin hareketi veya hareketsizliğinin yol açacağı davranışının yol açacağı zarar veya tehlike (hayati tehlike gibi) neticesini hesaba katmayabileceğim ve bu alana giren başka kimsenin yükümlülüğüne aykırı davrandığını gösterir belirtilerin bulunması durumunda istisnaen ne zaman hesaba katması gerektiğini belirler. Bunun nedeni, başka kimselerin davranışlarının yarattığı risklerin diğer risklerden örneğin, doğadan kaynaklanan riskten daha ağır ve büyük olmayıp, her zaman bu riski önceden tahmin edip önlemler almayan kimselere isnadının doğru ve haklı olmadığı, esasen o riski, istisnai durular hariç, kendisini yaratan kimseye hukuken yüklemenin gerekli olmasıdır⁹⁹.

Bu olgu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ve objektif ceza sorumluluğu yasasından kaynaklandığı gibi, esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya tehlike neticesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılmayacağı, bu gibi bir tutumun hukuksal olmayacağı gibi, hayatı statik hale getireceği, her olayda olayın tarafı herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutma varsayımını kabul etmek hatası gibi, birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımını üstlenmek sakıncasını doğuracağı ve keza insanları ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirilecek eylemlerde insiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacağı nedeniyle de böyledir¹⁰⁰.

Taksirli eylem nedeniyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin varlığını saptamak için, 'öngörülebilirlik ve önlenebilirlik' ölçütlerinden yararlanılmakla birlikte, özellikle ekip halinde yürütülen faaliyetlerde tek başına bu ölçütlere başvurmak sorunu adil biçimde çözmektedir. Çünkü ekip üyelerinin uzmanlaşmalarını ve yükümlülüklerinin bu uzmanlık alanına uygun belirlenmesinin hem işbölümü ve uzmanlaşmanın bir gereği olması hem de ekipteki herkesin diğerinin hareketlerinin doğuracağı riski önlemek için onun hareketlerini gözetleyip denetlemesi, dikkatini buna vermesi, bu kontrol amaçlı denetim davranışına rağmen gerçekleşmesi istenmeyen risklerin doğmasına, kişinin kendi hareketlerinde objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasına ve kendi üzerine düşen görevi gereği gibi yapamamasına

99 Ünver, Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 338.

100 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi , s. 883.

neden olacaktır.¹⁰¹ Ekipteki diğer kimsenin hukuk kurallarına uygun, uzmanlık ve mesleğinin gerektirdiği biçimde ve risklere yönelik gerekli dikkat ve özeni göstereceğine davranacağına güvenerek harekette bulunan bir kimse, kendi davranışları açısından da üzerine düşen objektif özen kuralına uygun davranmışsa, taksirinden söz edilemeyecektir. Burada sadece bir kimsenin taksirinin olmadığı kabulü için, ekipteki diğer kimsenin davranışlarına güvenerek hareket etmesi yeterli olmayıp, kendisinin de somut olayda özen yükümlülüklerine uygun davranması gerekir¹⁰².

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, birçok alanda birden fazla insanın ekip halinde hareket etmesini, kendi içinde uzmanlaşmayı ve bunlardan her birinin diğerinin kendine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvenmeyi ya da taksirli suçlarla tehlike suçlarının önlemeye çalıştıkları hukuksal değerlerin meydana gelmemesi için aynı alandaki kimselerin diğerlerinin “oyunun kuralları” na uygun hareket edeceğine güvenmesini gerektirmektedir. Hukuk da bu güveni koruyucu normlar oluşturmak, bu güvenin nitelik, koşul ve kapsamını belirleyici teknik güvenlik normları yaratmak ve güvene dayalı hareketi koruyarak sorumluluk alanında sonuçlar bağlamak zorundadır. Trafik, tıbbi müdahaleleri sportif faaliyetler ve diğer alanlardaki mesleki işbölümü biçiminde yürütülen faaliyetler buna örneklerdir. Öğretide bu, güven ilkesi adıyla formülleştirilmiştir¹⁰³. Örneğin bekleme yükümlülüğü bulunan hallerde (kırmızı ışıkta) kendisine geçiş hakkı verilen (yeşil yanan), diğerinin duracağına güvenmekte haklıdır. Dolayısıyla geçiş hakkı bulunan kişi davranışlarını diğerlerinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlaline göre tanzim etmek zorunda değildir¹⁰⁴.

Güven ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ve objektif ceza sorumluluğu yasağından kaynaklandığı gibi, esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya tehlike neticesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılmayacağı, bu gibi bir tutumun hukuksal olamayacağı gibi, hayatı statik hale getireceği, her olayda olayın tarafı herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutma varsayımını kabul etmek hatası gibi, birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımını üstlenmek sakıncasını doğuracağı ve keza ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirilecek eylemlerde insiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacağı açıktır¹⁰⁵.

III. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

Birden Fazla Kişinin Yaralanması

Failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle iki veya daha fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal sayılmıştır. (TCK m. 89/4).

101 Katoglu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 30.

102 Katoglu, a.g.m, s. 31.

103 Bkz. Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi , s. 881.

104 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 203.

105 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 883.

1.2 Netice Sebebiyle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren 89/2 maddesinde Öngörülen Haller

TCK m. 89/2 de vücut bütünlüğünü verilen zararın ağırlığına göre, cezanın temel cezanın yarısı oranında arttırılmasını öngörmüştür. Bu ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

1.2.1. Taksirle yaralanmanın duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması

Duyulardan veya organlardan birinde işlev zayıflaması 5237 sayılı TCK'nın 89/2-a maddesinde yer almaktadır. Taksirle yaralanmanın duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına yol açması suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın yarısı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/2-a).

Duyu, kişinin dış dünya ile ilişkisini sağlama görevini yerine getiren organların gerçekleştirdiği fizyolojik görevlerin tamamıdır¹⁰⁶. Başka bir anlatımla, görme, işitme, dokunma, tat alma, koklama olmak üzere dış dünyadaki etkileri algılama yeteneği duyu olarak adlandırılır¹⁰⁷.

Organ, belli duyuuları algılamaya veya belli hareketleri yapmaya yarayan, anatomik ve fizyolojik vücut bölümlerinin her biridir¹⁰⁸. Organlar vücudun içinde veya dışında olabilir; yalnız başlarına fonksiyon icra edebilir veya sindirim, boşaltım, dolaşım sistemi gibi hayatın devamına olanak sağlayan vücut işleyişlerinin parçası ya da yardımcı olabilir¹⁰⁹. Organ kavramının ne olduğunu ortaya koymak ve kapsamını belirlemek tıbbi bir konudur ve bilimsel anlamda uzmanlığı gerekli kılar. Vücutta muayyen bir görev veya hareket sağlayan bölümler organ sayılır. Zayıflamanın anlamı, duyu veya organlardan birinin görevini gereği gibi yapamayacak hale gelmesidir¹¹⁰.Örneğin görme ve işitmede kısmi kayıplar olması gibi. Bu fıkranın uygulanabilmesi için işlev zayıflığının geçici değil sürekli olması lazımdır¹¹¹.

Duyu veya organın fonksiyonlarında oluşan azalma devamlılık arz ediyor ise işlevin sürekli zayıflaması söz konusudur¹¹². Yasa'da, duyu veya organlardan birinin işlevinin zayıflamasından söz edilerek, çift organların, bu ağırlaştırıcı neden bakımından, tek tek dikkate alınması sağlanmıştır. Dolayısıyla, insan bedeninde çift olan göz, kulak, böbrek

106 S,Yetim, "Kasten Yaralama Suçları Bağlamında Adli Tıp Açısından Duyu ve Organ İşlevinin Sürekli Zayıflaması ve Yitirilmesi Ayrımı", İBD 80, 3 (2006), s.1058.

107 Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3.Bası),s. 198.

108 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108. "Uzuv (organ), vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır, maddede uzuv, anatomi alanındaki manasında değil, fizyolojik mahiyetine göre anlaşılmalıdır. Fizyolojik yönden sol bacak ziyana uğramamış, ancak devamlı zaafa uğramıştır. Yaralama fiili ile bu sonuç meydana geldiğine göre eylemi bu şekilde nitelendirmek gerekir", YCGK, 23.10.1978-4-350/378, Savaş/.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C:IV (madde 452-592), Ankara 1995, 4481.

109 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108. "Uzuv (organ), vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır, maddede uzuv, anatomi alanındaki manasında değil, fizyolojik mahiyetine göre anlaşılmalıdır. Fizyolojik yönden sol bacak ziyana uğramamış, ancak devamlı zaafa uğramıştır. Yaralama fiili ile bu sonuç meydana geldiğine göre eylemi bu şekilde nitelendirmek gerekir", YCGK, 23.10.1978-4-350/378, Savaş/.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, IV (madde 452-592), Ankara 1995, 4481.

110 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 143.

111 Kaymaz/Gökcan, s. 192.

112 Yetim, a.g.m, s. 1058-1059.

gibi organlardan sadece birinin fonksiyonunda zayıflama olduğunda da faile verilecek ceza artırılacaktır¹¹³.

Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir” Vücudumuzda çift olarak bulunan organlardan birinin fonksiyonunu tamamen kaybetmesi (uzuv tatili) niteliğinde olup, bu organların devamlı surette zaafa uğraması ise (uzuv zaafi) niteliğindedir”¹¹⁴. Günümüze kadar ki Adli Tıp Kurumu Başkanlığı emsal raporları ve Yüksek Mahkememizin uygulamasına göre, fonksiyonunun (işlevin) çift organlar tarafından yerine getirildiği (görme ve işitme gibi) hallerde bunlardan birisinde sürekli zaafiyet oluşması halinde “uzuv zaafiyeti” unsurunun gerçekleştiği kabul edilmekteydi. Ancak, 89/2-a bendinde “duyularından veya organlarından birinin işlevinden” söz edildiği için çift olan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde dahi, organın işlevinin zayıflaması değil, ikinci fıkraya göre işlevin yitirilmesi söz konusudur¹¹⁵. Vücutta tek olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi 89/3. fıkrasının (b) bendindeki ağırlatıcı nedeninin uygulanmasını, ancak görevini yerine getirmede sürekli zayıflık halinde bulunması ise 89/2 maddesinin (a) bendinin uygulanmasını gerektirir¹¹⁶.

Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi isimli kılavuzda, “Organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna göre % 10–50 arasındaysa “işlevin sürekli zayıflaması”; %50'nin üstünde ise “işlevin yitirilmesi” olarak değerlendirilmelidir” denilmektedir¹¹⁷. Demek ki, Türk Ceza Hukuku uygulaması bakımından, bu düzeyin altında kalan orandaki bir işlev kaybı, nitelikli halin uygulanmasını gerektirmeyecektir¹¹⁸.

Ağırlatıcı nedenin uygulanmasında dikkat edilecek husus, yaralama sonucunda ortaya çıkan durumdur. Bu durumun, daha sonra yapay araçlarla giderilebilir olmasının önemi yoktur¹¹⁹. Söz konusu zayıflığın sürekli olması da gerekir. Bu nedenle yapılan bir tedavi ile zayıflık ortadan kaldırılabiliyorsa, bu nitelikli hal uygulanmaz. Zayıflığın sürekliliğinin tıbbi açıdan kesin bir biçimde ortaya konulmuş olmasına gerek yoktur; tedavinin güç veya uzun zaman alması durumunda da zayıflık sürekli sayılmalıdır¹²⁰.

Yaralama sonucu bir veya birkaç dişin kırılması halinin organda zayıflamaya neden olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Dönmezer'e göre, ağızda bütün dişleri sağlam olan bir kişinin tek dişinin kırılması, çiğneme fonksiyonunda bir zayıflık sayılmaz ise de, üç dişi ile çiğneme fonksiyonunu yerine getiren bir kişinin iki dişinin kırılması veya yerinden sökülmesi zaafiyet olarak kabul edilebilir¹²¹.

113 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere karşı İşlenen Suçlar, s.192.

114 Yargıtay, 1.C.D, 21.3.1991 tarihli 756/789 sayılı kararı.

115 Kaymaz/Gökcan, s. 192.

116 Kaymaz, S/Gökcan,H, T, Uygulamada Sulh Ceza Davaları, 2. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s. 262.

117 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

118 Tezcan/Erdem/Önok, s. 199.

119 Dönmezer,S, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Cürümler, k.no.97.

120 Önder, Şahıslara Karşı Suçlar, s. 106.

121 Dönmezer,S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, k.no.97.

Önder'e göre, sıra dişler arasında bir dişin kırılması veya kökünden çıkması, çiğneme fonksiyonuna bir zarar getirmemekle birlikte, kırılan dişin seyrek dişler arasına yer alması zaafiyete yol açabilir¹²².

Centel/Zafer/Çakmut göre, dişlerinde eksik bulunmayan mağdurun birkaç dişini kaybetmesi ile sadece üç dişi bulunan yaşlı bir insanın iki dişini kaybetmesi halinin birbirinden farklı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ağırlaştırıcı nedenin konulma amacı, duyu veya organlarından birinin işlevinde zayıflamaya sebebiyet vererek mağdurun yaşamını sıkıntılı hale getiren failin, daha ağır cezalandırılmasıdır. Bu nedenle, dişlerin, mağdurun günlük yaşamındaki işlevine bakılarak konu değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, mağdurun dişleri tam ise birkaç tanesinin kırılması, çiğneme işlevinde sıkıntı yaratmakla birlikte; failin cezasının artırılmasını gerektirecek nitelikte zayıflık sayılmaz. Oysa sadece üç tane olan dişlerinden ikisini kaybeden mağdur için durum tamamen farklıdır. Bu durumda, kırılmanın çiğneme fonksiyonu üzerinde yarattığı etki, organın işlevinin zayıflaması sayılacak niteliktedir¹²³.

Tezcan/Erdem/Önok' a göre, dişler de organ sayıldığı için, bunların kırılması, çiğneme işlevinde bir zorluğa yol açmışsa, ancak bu takdirde zayıflık sayılarak nitelikli halin uygulanması yoluna gidilebilir¹²⁴.

Koçer'e göre, diş kaybının sürekli bir organ zayıflamasına neden olup olmadığı ancak mağdurun kişisel durumunun değerlendirilmesi ile belirlenecek bir husustur. Örneğin, ağzında bütün dişleri sağlam olan bir kişinin tek dişinin kırılması çiğneme işlevi açısından önemli bir zayıflık teşkil etmez. Ancak, ağzında mevcut üç dişi ile çiğneme işlevini yerine getirmeye çalışan kişinin iki dişinin kırılması ile çiğneme işlevi zayıflatır¹²⁵.

Kanaatimizce vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Ancak, bu durumda da organın işlevinin zayıflaması değil, işlevin yitirilmesi söz konusudur. Çünkü yasada duyu ve organlardan birinin işlevinden söz edilmektedir. Dişler konusunda ise, mağdurun yaralanma öncesi ve sonrasındaki diş fonksiyonlarının birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Dişlerden sadece biri bile kırılrsa, eğer çiğneme ya da kelimeleri telaffuz edebilme yeteneğini azaltmış ise, ağırlatıcı halin uygulanması gerekmektedir. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na hazırlanan "Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi isimli kılavuzda "dişlerin çiğneme ve konuşma fonksiyonları yönünden değerlendirilmesinde; her bir diş çeşidi için puanlama yapılmıştır." Buna göre, "diş kayıplarında puanların toplamı 15-30 arasında ise; işlevin sürekli zayıflaması, 30'un üzerinde ise; işlevin yitirilmesi olarak kabul edilecektir.

1.2.2. Taksirle yaralanmanın vücutta kemik kırılmasına neden olması

Taksirle yaralanmanın vücutta kemik kırılmasına neden olması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın yarısı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/2-b).

122 Önder, Şahıslara Karşı İşlenen Suçlar, s. 107.

123 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere karşı İşlenen Suçlar, s.192.

124 Tezcan/Erdem/Önok, s. 199.

125 Koçer, K, Ağırlaşmış Müessir Fiil İle İlgili Adli Tıp Kurumu'nda Uygulanan Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s. 43-44.

Taksirle yaralama suretiyle kemik kırılmasının mağdurun yaşam fonksiyonlarına etkisi, cezayı ağırlaştırma oranı bakımından dikkate alınmamıştır. Kasten yaralamada ise bu durum dikkate alınmış; kırılan kemiğin mağdurun günlük hayatını etkileme niteliğine ve derecesine, mağdurun eylemden önceki normal yaşamına dönüş sürecine göre cezanın farklı ağırlıkta olmasına olanak tanınmıştır (TCK m.87/3)¹²⁶.

Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından hazırlanan kılavuz ve Adli Tıp Kurumu Başkanlığınca hazırlanan Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi isimli kılavuzda¹²⁷ travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre, 5328 sayılı yasayla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki yaralanmalar "hafif, 86/1. maddesindeki yaralanmalar "orta", 87. maddenin 1 ve 2. fıkralarındaki yaralanmalar "ağır" olarak nitelendirilmiştir. 87. maddenin 3. fıkrasındaki kemik kırılması ise, kemiğin niteliği, meydana getirmiş olduğu bedensel zarar ve tehlike nazara alınarak bazı kemik kırılmaları, "ağır", bazıları "orta" bazı kemik kırılmaları ise "hafif yaralanma olarak nitelendirilmiştir"¹²⁸. Belirtelim ki, kemik kırılmasının bu şekilde bir tasnife tabi tutulması, adli tıp açısından doğrudur. Gerçekten bazı kemik kırılmaları kişinin hayatı açısından bir tehlike oluşturmaz ve büyük bir bedensel zarar meydana getirmez. O nedenle bütün kemik kırılmalarının 87. maddenin 3. fıkrasında netice itibariyle ağır bir yaralanma şekli olarak düzenlenmesi doğru değildir. Fakat kanunumuzun mevcut düzenlemesine göre kemik kırılmasının meydana getirmiş olduğu bedensel zarar nazara alınarak "ağır", "orta" ve "hafif yaralanma şeklinde bir derecelendirmeye tabi tutulması da mümkün değildir. Esasında yapılması gereken, kemik kırılmasının meydana getirmiş olduğu bedensel zarar gözetilerek bazı kemik kırılmalarının 87, bazılarının 86/1, ağır bir bedensel zarar meydana getirmeyen ve basit bir tıbbi müdahale ile tedavisi mümkün kırıkların ise 5328 sayılı yasayla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesinde düzenlenmesidir¹²⁹.

Kanaatimizce kasten yaralama suçunda; kırılan kemiğin mağdurun günlük hayatını etkileme niteliğine ve derecesine göre ayırım yapılmasına rağmen, taksirle yaralama suretiyle kemik kırılmasının mağdurun yaşam fonksiyonlarına etkisi, cezayı ağırlaştırma oranı bakımından dikkate alınmaması eşitliğe ve ceza adaletine aykırılık oluşturmaktadır. Mahkemece ceza bireyselleştirilirken kırığın ağırlığı ve mağdurun günlük hayatını etkileme derecesi göz önünde tutulmalıdır.

1.2.3. Taksirle yaralanmanın konuşmada sürekli zorluğa neden olması

Taksirle yaralanmanın konuşmada sürekli zorluğa yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan

126 Yetim, s. 1059–1060; Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 109–110.

127 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

128 Travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre 87. maddesindeki yaralanmalar "ağır", 86/1. maddesindeki yaralanmalar "orta", 5328 sayılı yasayla değişik 86/2. maddesindeki yaralanmalar ise "hafif olarak nitelendirilmiştir. (Adli Tıp Uzmanları Demeği, Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

129 Kaymaz/Gökcan, s. 186–187.

temel cezanın yarısı oranında artırması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/2-c).

Konuşmada sürekli zorluk, açık, anlaşılır şekilde konuşma yeteneğinin, olumsuz anlamda değişikliğe uğramasıdır. Mağdurun yaralanma eyleminden önceki ve sonraki durumu karşılaştırılarak değerlendirme yapılacaktır. Daha önce mağdurda bulunmadığı halde, yaralanmadan sonra ortaya çıkan kekemelik, konuşmanın anlaşılmaz hale gelmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Yapılan inceleme, söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yol gösterici olacaktır. Konuşma zorluğunun, devamlı olması gerekir. Ancak, bu durumun daimi olması aranmaz. Uzunca bir süre devam eden konuşma zorluğu da söz konusu ağırlatıcı nedenin uygulanmasını gerektirir¹³⁰. Mağdurun yaralama sonucu artık konuşamaz hale gelmesi, söz söylemek kudretini devamlı surette kaybetmesidir¹³¹.

1.2.4 Taksirle yaralanmanın yüzde sabit ize neden olması

Taksirle yaralanmanın yüzde sabit ize yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın yarısı oranında artırması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/2-d).

765 sayılı TCK'nın 456/2 maddesinde yaralamanın nitelikli hali olarak “çehrede sabit ize neden olunması”na yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 89/2-d maddesinde ise “çehre”den farklı olarak “yüzde” sabit ize neden olunması yaptırım altına alınmıştır¹³².

Yüz, insanın alnından çenesinin ucuna ve bir kulaktan diğer kulağına kadar (kulaklar da dâhil olmak üzere) olan başının ön kısmıdır. Bir insanın yüzü, onu, diğer kişilerden ayırmaya ve ilk görüşte tanımaya yarar. Bu nedenle, yasa koyucu, kişi için önem taşıyan bu bölgeyi ayrıca koruma altına almak istemiştir¹³³. Yüzün doğal görünüşünü değiştirip etkileyen tüm farklılıklar, sabit iz olarak değerlendirilir. Adli Tıp Meclisine göre, “çehre”nin bilimsel olarak belirli sınırın bir tanımı yoktur. Doktrinde, çehre alından çene ucuna ve bir kulaktan diğerine kadar olan kısmı kapsayan ve kişinin güzellik ve vakarını ilgilendiren başın ön kısmı olarak tanımlanmıştır¹³⁴.

Yüksek Mahkememiz kulağı da “çehre” kavramına dâhil etmektedir. 4. Ceza Dairesi de, yüze bakıldığı zaman göze çarpan bütün uzuvların yüz mefhumuna gireceğine karar vermiştir¹³⁵. 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde, yüz deyiminin, kişinin boyun ve kulakları dâhil, başın ön kısmını ifade ettiği belirtilmektedir¹³⁶. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na hazırlanan kılavuzda “yüz” sınırları, “kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikularları takip eden çizgiler arasında kalan bölge “ olarak tarif edilmiştir¹³⁷. Yüzde meydana gelen iz uzaktan

130 Dönmezer,S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler k.no.100.

131 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

132 Kaymaz/Gökcan, s. 195.

133 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.194.

134 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Cürümler, k.no.100.

135 Yargıtay 4.C. D. 17.6.1949 tarihli, 7896/9243 sayılı ve 19.6.1951 tarihli, 4886/4886 sayılı kararları.

136 5237 sayılı TCK'nın 87 md gerekçesi.

137 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

bile fark edilebiliyor ve özel bir dikkat sarfetmeksizin anlaşılabilirse, yüzün doğal görünüşünün etkilendiğini kabul etmek gerekir¹³⁸. İz, sadece yara izi değildir; bunun dışında burun akması, gözün sürekli sulanması, ağzın çarpılması, devamlı salya akması, saç veya bıyığın dökülmesi gibi değişiklikler de bu kapsamda değerlendirilmek gerekir. Yüzde meydana getirilen izin saklanabilir olması, tedavi veya estetik ameliyatla giderilebilir nitelikte bulunması, ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel oluşturmaz¹³⁹. Ancak, yaralanma sonucunda meydana gelen iz, zamanla kayboluyor ya da normal bir tedavi ile giderilebiliyorsa, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması söz konusu olmaz. Değişikliğin estetik ameliyatla giderilmesi nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz¹⁴⁰. Yüzde sabit iz, yaralama sonucu yüzde meydana gelen daimi, sürekli izlerdir. Ancak bu izler yüzün sürekli değişikliği halinden farklıdır. Sabit izi yüzü değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımından herhangi bir duraksamaya neden olmamaktadır¹⁴¹.

Yüzdeki sabit izin yüzün güzelliğini bozup bozmaması önemli değildir. Yüzdeki sabit izin tayini için kabul edilen kıstas, uzaktan görülebilir ve bir dikkat sarf edilmeden farkedilebilen bir iz olmasıdır. Ancak yakından ve dikkat edilmesi halinde farkedilebilecek bir iz var ise yüzün doğal görünüşünü etkilerin bir durumun olmadığı kabul edilir. Yüzde sürekli değişikliğe neden olma konusuyla ilgili olarak, yüzde sabit iz bakımından da yaralanma tarihi ile bu konuda adli rapor alma tarihi arasında 6 aylık bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Adli Tıp Kurumunca hazırlanan kılavuzda, yüzdeki yara izinin iyileşmeden sonra 4–5 metre uzaklıktan normal ışıkta kolaylıkla farkedilmesi durumunda sabit izin varlığının kabul edileceği belirtilmiştir¹⁴². Sabit iz kavramının ve kapsamının ne olduğunu ortaya koymak, tıbbi bir konudur ve bilimsel anlamda uzmanlığı gerektirir¹⁴³. Yargıtay kararında da bu durum şöyle ifade edilmiştir: "Müdahilin sağ kaş üzerinde 3 cm uzunluğundaki kesinin sabit eser oluşturup oluşturmadığı yönünden rapor alınmadan eksik soruşturma ile hüküm tesisi yasaya ve usule aykırılık oluşturmaktadır"¹⁴⁴.

1.2.5. Fiilin, Yaşamı Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması

Taksirle yaralanmanın hayati tehlike doğurması suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın yarısı oranında artırılması suretiyle tayin olunur (TCK m. 89/2-e).

Hayati tehlike, yaralama sonucu mağdur için ölüm ihtimalinin meydana gelmesidir. Bu tehlikenin soyut bir şekilde değil, gerçekte mevcut olması lazımdır. Bu itibarla yaralanma

138 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, k.no.100.

139 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 112.

140 Önder, Şahıslara Karşı İşlenen Suçlar, s. 116.

141 5237 sayılı TCK'nın 87. madde gerekçesi.

142 Kaymaz/Gökcan, s. 196.

143 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.195.

144 Yargıtay 2. C.D, 2. 10. 2003 tarihli, 7477/11230 sayılı kararı. Aynı doğrultudaki diğer Yargıtay kararları şöyledir: "Mağdura ait doktor raporunda tarif edilen, alt göz kapağının dış kenarına doğru uzanan iki cm.'lik cilt altı kesisi ve sağ göz üst kapağındaki cilt kesisinin çehrede sabit eser bırakıp bırakmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmaması" (Y2CD, 4.6.1998–3154/7498); "Yakınan Ş.Ç.'in önden ve yandan çekilmiş 16x9 cm ölçülerindeki düzeltilmemiş (rötuşsuz) yüz fotoğrafları ile birlikte Kuruma gönderilerek yüzdeki yaranın kalıcı iz niteliğinde olup olmadığı araştırılması" (Y4CD, 11.3.1998–1422/2151); "sabit izin mutlaka bir çizgi şeklinde olması şart değildir. Yuvarlak bir çukur da sabit izdir ve iz zamanla silikleşse dahi, sabit iz niteliği değişmez", Y2CD, 11.12.1952–15983/15942 sayılı kararları.

suretiyle sağlığa verilen zararın ya da hastalığın yakın bir ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması gerekir¹⁴⁵. Tehlikenin süresi önemli değildir. Kasten yaralanmanın hayati bir tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin tespiti tıbbi bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır¹⁴⁶. Bu değerlendirme olaydan sonra yapılan bir değerlendirmedir. Kişi fiil sonucu ölmüş ise artık meydana getirilen yaralanmanın hayati tehlike arz ettiği ispatlanmış sayılırsa da artık ölüm ile hukuki açıdan yeni bir netice gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak, kişi gerek vücut direnci gerekse de tıbbi tedavi sonucu kurtulabilir. Bu durumu hayati tehlikenin varlığına bir engel teşkil etmez. Yaşam tehlikesi, yaralanma sonrasında mağdurda oluşan patolojik durumun değerlendirilmesi sonucu belirlenir. Mağdurun sonradan iyileşmesi nedeniyle yaşam tehlikesi ortadan kalksa dahi, adli raporda yaralanmanın yaşam tehlikesine yol açtığı belirtilmelidir. Adli raporda yaşam tehlikesinin hangi nedene dayandığı gerekçesi ile açıklanmalıdır. Diğer taraftan yaşam tehlikesinin varlığı teorik olarak değil, somut olayda mağdurun durumuna göre saptanmalıdır¹⁴⁷. Mağdurun bedeninde meydana gelen yaranın derinliği, yeri, niteliği, şiddeti, hayati organların işleyişinde yarattığı etki mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olabilir¹⁴⁸. Mağdurun karşı karşıya kaldığı yaşam tehlikesini ortadan kaldırmak için sözgelimi bacağına kesilmesi halinde organ işlevinin yitirilmesi söz konusu olduğu için TCK 89/2-e değil, 89/3-b maddesinin uygulanması gerekir. Uygulamada yaşam tehlikesinin hangi sebeplerle oluştuğu yönünde gerekçeli raporlar düzenlenmemekte olup, özellikle adli tıp uzmanı olmayan doktorlarca hayati tehlike bulunabileceği olasılığına dayanılarak bu tehlikenin oluştuğu yolunda rapor düzenlenmektedir. Bunun yerine, yaşam tehlikesinin varlığını gösteren bulguların olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre rapor düzenlenmelidir. Çünkü, şüphelinin tutuklamaya sevk edilip edilmeyeceği bu raporlara göre belirleneceğinden suçun niteliğinin tespiti için bu raporların içeriği çok önemli olduğundan bu konularda adli rapor düzenleyen tüm doktorların eğitilmesi gerekmektedir.

1.2.6 Taksirle yaralanmanın gebe kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması

Taksirle yaralanmanın gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın yarısı oranında artırması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/2-f)

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kasten yaralama sonucunda çocuğun canlı olarak doğmuş olması şarttır. Çocuğun ne zaman “vaktinden önce” doğmuş sayılacağı, normal gebelik süresine göre belirlenir. Öte yandan bu nitelikli hal, failin, kadının gebe olduğunu bilmesi koşuluyla uygulanabilir. Çocuğun vaktinden önce doğmuş olması yeterli olup, yaşama yeteneğine sahip olması veya doğduktan sonra uzun veya kısa bir süre yaşamış olması önemli değildir¹⁴⁹. Doğum süresinin alt ve üst sınırı, tıp bilimi verilerine göre belirlenebilen bir olgudur. Dolayısıyla, taksirle yaralama suçu nedeniyle vaktinden

145 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 115.

146 5237 sayılı TCK'nın 87. madde gerekçesi.

147 Kaymaz/Gökcan, s. 197.

148 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.195.

149 Öztürk/Erdem, s. 327.

önce doğumun gerçekleşip gerçekleşmediği, bilimsel verilere göre tespit edilecektir¹⁵⁰.

1.3 Netice Sebebiyle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren 89/3 maddesinde Öngörülen Haller

1.3.1 Taksirle Yaralanmanın İyileşme Olanığı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girmeye Neden Olması

Taksirle yaralanmanın iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmeye yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın bir katı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/3-a).

Buradaki hastalık hem akıl hem de beden hastalığını kapsamaktadır. Akıl hastalığı yalnız akli melekelerle etkili hastalığın değil ruh ve sinir hastalıklarının hepsini kapsar. Mağdurun iyileşmesinin çok uzak bir ihtimal oluşu bu bent kapsamına girer¹⁵¹.

Fiziki ya da psikolojik olsun, kişilerin vücut fonksiyonlarının yerine getirilmesinde herhangi bir bozukluk yaratan her patolojik durum, hastalık kavramı içinde değerlendirilmektedir. Ancak, hangi durumun bu kapsama gireceğinin, tıbbi verilere göre belirlenmesi gerekir¹⁵². Aynı biçimde, iyileşmesi olanağı bulunmama hali de tıbbi verilere göre tespit edilecektir. İyileşmeme durumunun kesin olması şart değildir; iyileşmenin gerçekleşmeyeceğinin olasılık dâhilinde bulunması tıbben söz konusu olduğunda, bu ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır¹⁵³. Bundan anlaşılması gereken, tıp biliminin verilerine göre, mağdurda geri dönülemez bir statü yaratan ve bu sebeple, yaşam boyu sürecek olan hastalıktır¹⁵⁴.

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda, mağdurun taksirle yaralama suçuna maruz kaldıktan sonra bitkisel hayata girmesi, ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu ağırlaştırıcı neden, 765 sayılı Yasa'da bulunmayan bir nedendir. Bitkisel hayat, kişinin solunum fonksiyonu devam ettiği halde, dış dünya ile bağının fiziksel ve nörolojik olarak kesildiği özel durumdur. Böyle bir halde, kişi, solunum gerçekleştirdiği için, uzunca bir süre yaşamaya devam edebilir; hatta yeniden yaşama dönebilir. Bu nedenle, bitkisel hayattaki kişiler ölmüş sayılmaz; onlar için beyin ölümü gerçekleşmemektedir¹⁵⁵. "Bitkisel hayat" deyimi, "beyin ölümün" den farklıdır. Aralarındaki fark, bitkisel hayata giren kişilerin iyileşerek normale dönebilmesidir. Tıbben, bilincin yitirilmesinden beyin ölümü denen safhaya kadar, "koma- derin koma-bitkisel hayat" denilen aşamalar mevcut olup, bu durumların tamamında hastanın iyileşmesi henüz mümkündür. Bitkisel hayattaki insanda, beynin korteks (kabuk) denilen kısmı ölmüştür. Bu kısım, hafıza, zekâ, kişilik vb. özelliklerin kontrol edildiği kısımdır. Buna karşılık, beyin sapı dediğimiz ve hayati organların kendi kendine çalışmalarını, birtakım hayati refleks fonksiyonlarını yürüten kısım çalışmaya devam etmektedir. Bu nedenle bitkisel hayattaki kişiler hukuken ve tıbben ölmüş kabul edilmez. Ancak "beyin ölümü" denilen durumda beyin korteks tabakasının yanında, beyin sapı dediğimiz bölümü de tamamen ölmüş olup iyileşme kesinlikle mümkün değildir.

150 Erem/Toroslu, s. 484-485.

151 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

152 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 112-113.

153 Erem/Toroslu, s. 482.

154 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3.Bası),s. 203.

155 Meran, s. 131.

Bu durum, “beyin fonksiyonlarının geri dönülemez olarak kaybını” ifade etmektedir. Dolayısıyla, çok az bir ihtimalle de olsa, bitkisel hayata giren bir kişinin geri dönme, yani ölmeme ihtimali mevcuttur¹⁵⁶. Buna karşılık taksirle yaralama eylemi neticesinde, mağdurda beyin işlevlerinin geri dönülmez biçimde ortadan kalkması sonucuna yol açmış ise, yani beyin ölümü gerçekleşmişse, bu takdirde kasten yaralama değil, taksirle ölüm meydana gelmiş sayılacağı için, TCK m. 85/1’in uygulanması yoluna gidilir.

1.3.2 Taksirle Yaralanmanın Duyu veya Organlardan Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması

Taksirle yaralanmanın duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesine yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın bir katı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/3-b).

Duyu, kişinin dış dünya ile ilişkisini sağlama görevini yerine getiren organların gerçekleştirdiği fizyolojik görevlerin tamamıdır¹⁵⁷. Başka bir anlatımla, görme, işitme, dokunma, tat alma, koklama olmak üzere dış dünyadaki etkileri algılama yeteneği duyu olarak adlandırılır¹⁵⁸.

Organ, belli duyuları algılamaya veya belli hareketleri yapmaya yarayan, anatomik ve fizyolojik vücut bölümlerinin her biridir¹⁵⁹. Organlar vücudun içinde veya dışında olabilir; yalnız başlarına fonksiyon icra edebilir veya sindirim, boşaltım, dolaşım sistemi gibi hayatın devamına olanak sağlayan vücut işleyişlerinin parçası ya da yardımcı olabilir¹⁶⁰. Organ kavramının ne olduğunu ortaya koymak ve kapsamını belirlemek tıbbi bir konudur ve bilimsel anlamda uzmanlığı gerekli kılar. Vücutta muayyen bir görev veya hareket sağlayan bölümler organ sayılır¹⁶¹.

Duyu ve organlardan birinin işlevinin devamlı zayıflamasından söz edilebilmesi için bu zayıflamanın sürekli olması lazımdır. Kişideki, görme, işitme, koklama, tatma ve dokunma duyuları ile organlar, ekstremitelerde (el, ön kol, kol, omuz, ayak, bacak, kalça) oluşan anatomik kayıp veya fonksiyonel bozukluk, her bir duyu, organ veya eksteremitenin kendi anatomik yapı veya fonksiyonuna göre değerlendirilmelidir. Protez kullanılması duyu ve organın işlevinin yitirildiğini veya zayıfladığını kabule engel değildir¹⁶².

156 Tezcan/Erdem/Önok, s. 204.

157 S.Yetim, “Kasten Yaralama Suçları Bağlamında Adli Tıp Açısından Duyu ve Organ İşlevinin Sürekli Zayıflaması ve Yitirilmesi Ayrımı”, İBD 80, 3 (2006), s.1058.

158 Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3.Bası),s. 198.

159 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108. “Uzuv (organ), vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır, maddede uzuv, anatomi alanındaki manasında değil, fizyolojik mahiyetine göre anlaşılmalıdır. Fizyolojik yönden sol bacak ziyana uğramamış, ancak devamlı zaafa uğramıştır. Yaralama fiili ile bu sonuç meydana geldiğine göre eylemi bu şekliyle nitelendirmek gerekir”, YCGK, 23.10.1978-4-350/378, Savaş/.Mollamahmutolu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C:IV (madde 452-592), Ankara 1995, 4481.-160 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108. “Uzuv (organ), vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır, maddede uzuv, anatomi alanındaki manasında değil, fizyolojik mahiyetine göre anlaşılmalıdır. Fizyolojik yönden sol bacak ziyana uğramamış, ancak devamlı zaafa uğramıştır. Yaralama fiili ile bu sonuç meydana geldiğine göre eylemi bu şekliyle nitelendirmek gerekir”, YCGK, 23.10.1978-4-350/378 sayılı kararı.

161 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 143.

162 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi

765 sayılı TCK'nın 456. maddesinde kullanılan uzuv tatili yerine 5237 sayılı TCK'da işlev yitirilmesi deyiimi kullanılmıştır. İşlev yitirilmesinden, organ veya duyuardan birinin görevini hiç yapamayacak hale gelmesi anlaşılmalıdır¹⁶³. Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi isimli kılavuzda, "Organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna göre %10–50 arasındaysa "işlevin sürekli zayıflaması"; %50'nin üstünde ise "işlevin yitirilmesi" olarak değerlendirilmelidir" denilmektedir¹⁶⁴.

Duyu veya organlardan birinin, çift olan organlardan ise sadece birinin fonksiyonunu tamamen yapamaz hale gelmesi durumunda, işlevin yitirilmesi söz konusudur. Nitekim Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır¹⁶⁵. Bu durum, özellikle aynı fonksiyonu yerine getiren, vücutta çift olarak bulunan organlar açısından önemlidir. Çünkü çift organlardan biri fonksiyonunu icra ederken, diğerinin fonksiyonu, yaralanma sonucunda yitirilmiş olabilir. Mağdur böyle bir durumda yaşamına devam edebilir ve hatta diğer organla eksikliği kapatmaya çalışabilir; ancak, Yasada, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesinden söz edildiğinden, çift organlardan sadece birinin işlevini yitirmesi halinde de bu ağırlaştırıcı neden uygulanır. Çünkü çift organlardan sadece birinin işlevinin kaybedilmesi de mağdur açısından, büyük sıkıntı doğurabilir ve böyle bir yoksunluğa katlanmaya kimse mecbur edilemez¹⁶⁶. Zaten kanun metninde de duyu ve organlardan birinin işlevinden söz edilmektedir.

Önemli olan organın görevini yapamaz hale gelmesidir. Bu nedenle ayağın kesilmesi ile görev yapamaması aynı anlamdadır¹⁶⁷. Organın vücuttan tamamen ayrılması ya da vücutta bulunup da fonksiyonunu tamamen yerine getirememesi de, bu kapsamdadır. Hatta işlevini yitirmiş dalak, safra kesesi gibi organın işlevi, zamanla başka bir organ tarafından yerine getirilmeye başlansa bile yine de işlevin yitirilmesi vardır ve bu ağırlatıcı nedenin uygulanması gerekir¹⁶⁸. Örneğin, dalağın çıkarılmasına, bir böbreğin çıkarılması, bir gözün görme ve bir kulağın duyma yeteneklerinin yitirilmesine yol açan taksirle yaralama hallerinde organın işlevinin yitirilmesi hali söz konusudur. Her iki el veya ayağın ya da bir el bir ayağın kaybı veya bir el ile bir duyu organının kaybı gibi birden fazla netice gerçekleşmişse tek suç kabul edilmekle birlikte, TCK'nın 61. maddesi uyarınca hâkimin ceza tayininde neticenin ağırlığını gözetmesi gerekir¹⁶⁹.

http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

163 Kaymaz/Gökcan, s. 200.

164 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

165 "Vücutumuzda çift olarak bulunan organlardan birinin fonksiyonunu kaybetmesi (uzuv tatili) niteliğindedir", Yargıtay, 1.C.D, 23.1.1991 tarihli 576/789sayılı kararı; "Etkili eylem sonucunda vücut için gerekli ve yararlı bir uzuv olan dalağın çıkarılması uzuv tatili fiilini oluşturur" (Yargıtay, 4.C.D, 24.11.1983 tarihli 5908/6080 sayılı kararı); "Başlı başına bir organ olan sağ kulağın total işitme kaybına uğrama-sı uzuv tatili niteliğindedir" (Yargıtay, 4.C. D, 2.4.1982 tarihli 1804/2232 sayılı kararı): "Yaralama sonucu bir gözün kör edilmesi uzuv tatileştir", YCGK, 27.12.1965 tarihli 560/470 sayılı kararı.

166 Tezcan/Erdem/Önok, s. 152–153.

167 Çağlayan, s. 3.

168 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108

169 Kaymaz/Gökcan, s. 200.

1.3.3 Taksirle Yaralanmanın Mağdurun Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olması

Taksirle yaralanmanın konuşma yeteneğinin ya da çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın bir katı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m. 89/3-c).

Konuşma yeteneğinin kaybı, taksirle yaralama sonucunda mağdurun ses çıkarma yeteneğini kaybederek hiç konuşamaz hale gelmesi veya ses çıkarabilse bile bu seslerin başkaları tarafından anlaşılmasının, algılanmasının mümkün olmamasıdır. Böylece, mağdur düşüncelerini konuşarak aktarabilme yeteneğinden yoksun hale gelmektedir¹⁷⁰. Adli Tıp Kurumuna göre de, konuşma fonksiyonunu etkileyen kafa içi değişimler ile dil ve ses telleri gibi konuşmaya yardımcı yapılarda yaralanma olması durumunda, bu nitelikli hâl değerlendirilir. Kekemelik durumu, konuşma yeteneğinin kaybı sayılmaz¹⁷¹. Bu durumda konuşmada sürekli zorluktan (TCK m. 89/2-c) söz edilir. Konuşma yeteneğinin kaybında, mağdur ya hiç ses çıkaramamakta veya çıkarsa bile, bunlar bir düşünceyi başkasına aktarabilme özelliğinden yoksun bulunmakta iken; sürekli zorluk durumunda, güçlülük de olsa çıkarılan seslerin bir konuşma olarak nitelendirilmesi mümkün olabilmektedir. Bu yetenek kaybının kaynağının önemi yoktur. Örneğin, ses tellerinde ya da ağız boşluğunda veya beyinde meydana gelen hasar bu şekilde bir kayba neden olabilir. Mağdurun konuşma dışında yazı, resim gibi farklı yollarla iletişim kurması mümkün olsa da bu yollar konuşma gibi önemli bir iletişim aracının yerine geçemeyeceğinden, bu hal suçu ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmiştir¹⁷².

Çocuk yapma yeteneğinin kaybolması”, uterus, ovaryumlar ve testisler gibi üremeye yardımcı organları ilgilendiren yaralanma durumlarında söz konusu olabilir. Mağdurun yaşı veya cinsiyeti önemli değildir¹⁷³, önemli olan mağdurun suçtan önce bu yeteneğe sahip olmasıdır¹⁷⁴. Mağdur, kadın olup da tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilecekse, çocuk yapma yeteneğinin yitirildiğinden söz edilemez¹⁷⁵. Mağdur erkek olup cinsel ilişkiye girmesini sağlayabilecek ölçüde ereksiyona geçebilme kabiliyetini yitirmişse, bent uygulanmalıdır. Spermünü vermek suretiyle dış ortamda bir kadının döllenmesi suretiyle çocuk sahibi olabilmesi, nitelikli halin uygulanmasına engel sayılmamalıdır. Görüldüğü üzere bu yeteneğin kaybolması bakımından erkek ve kadın arasında bir ayırım yapılmamıştır. O nedenle kadının yumurtalıklarının alınması veya başka bir travma nedeniyle çocuk doğurma yeteneğinin kaybolması halinde bu bent hükümleri uygulanacağı gibi, erkeğin husyelerinin alınması veya sperm üretmesini engelleyen başka bir yaralanma halinde de bu bent hükümleri uygulanacaktır. Bu bent hükümlerinin uygulanabilmesi için olaydan önce bu yeteneğe sahip iken, eylemle illiyet bağı bulunur şekilde çocuk yapma yeteneğinin kaybedilmiş olması gerekir. Bunun için tıbbi yönden sürekli bir imkânsızlığın bulunduğu

170 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 119.

171 Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Suçlar, s. 115.

172 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 119.

173 Önder, Şahıslara ve mallara Karşı Suçlar, s. 115.

174 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 120.

175 Tezcan/Erdem/Önok, s. 206.

tespiti şarttır. Geçici, nisbi veya ruhsal kısırlık veya soğukluklar bu nitelikte değildir¹⁷⁶.

1.3.4 Taksirle Yaralanmanın Yüzün Sürekli Değişikliğine Neden Olması

Taksirle yaralanmanın yüzün sürekli değişmesine yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın bir katı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/3-d).

Yüz, insanın alnından çenesinin ucuna ve bir kulaktan diğer kulağına kadar (kulaklar da dâhil olmak üzere) olan başının ön kısmıdır. Bir insanın yüzü, onu, diğer kişilerden ayırmaya ve ilk görüşte tanımaya yarar. Bu nedenle, yasa koyucu, kişi için önem taşıyan bu bölgeyi ayrıca koruma altına almak istemiştir¹⁷⁷. Yüzün doğal görünüşünü değiştirip etkileyen tüm farklılıklar, sabit iz olarak değerlendirilir. Adli Tıp Meclisine göre, “çehre”nin bilimsel olarak belirli sının bir tanımı yoktur. Doktrinde, çehre alından çene ucuna ve bir kulaktan diğerine kadar olan kısmı kapsayan ve kişinin güzellik ve vakarını ilgilendiren başın ön kısmı olarak tanımlanmıştır¹⁷⁸.

Yüksek Mahkememiz kulağı da “çehre” kavramına dâhil etmektedir. 4. Ceza Dairesi de, yüze bakıldığı zaman göze çarpan bütün uzuvların yüz mefhumuna gireceğine karar vermiştir¹⁷⁹. 5237 sayılı TCK’nın gerekçesinde, yüz deyiminin, kişinin boyun ve kulakları dâhil, başın ön kısmını ifade ettiği belirtilmektedir¹⁸⁰. Adli Tıp Kurumu Başkanlığınca hazırlanan kılavuzda “yüz” sınırları, “kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçlı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten başlayıp yanlara doğru klavikularını takip eden çizgiler arasında kalan bölge “ olarak tarif edilmiştir¹⁸¹. Yüzde meydana gelen iz uzaktan bile fark edilebiliyor ve özel bir dikkat sarf etmeksizin anlaşılabilirse, yüzün doğal görünüşünün etkilediğini kabul etmek gerekir¹⁸².

Yüzün sürekli değişmesi, mağduru önceden tanıyanların, onu gördüklerinde, hiç olmazsa bir an, tereddüt geçirmiş olmaları demektir¹⁸³. Yüzün sürekli değişikliği ile anlatılmak istenen ise, mağduru yüzünün denge ve uyumu bozan ve çevrenin yüzün aldığı bu yeni biçimi yadırgamaları sonucuna yol açan her türlü durumdur¹⁸⁴. Örneğin kulakların kopması, yüzün yakıcı bir ilaçla yakılması, çenenin tamamen değişmesi, burnun yarılması, dişlerin önemli oranda dökülmesi, kulaklardan birinin ameliyatla alınması, burun deliklerinin kesilmesi ve yaygın egzemanın ortaya çıkmasına yüzün sürekli değişmesi halleridir.

Yüzde meydana getirilen değişikliğin sürekli olması şarttır. Dolayısıyla, masaj, normal bir tedavi ve zamanla değişikliğin giderilebilir nitelikte bulunması, bu ağırlaştırıcı nedenin

176 Kaymaz/Gökcan, s. 203.

177 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.194.

178 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Cürümler, k.no.100.

179 Yargıtay 4.C. D. 17.6.1949 tarihli, 7896/9243 sayılı ve 19.6.1951 tarihli, 4886/4886 sayılı kararları.

180 5237 sayılı TCK’nın 87 md gerekçesi.

181 Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

182 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Cürümler, k.no.100.

183 Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Suçlar, s. 116.

184 Erman/Özek, s. 120.

uygulanmasına engel oluşturur¹⁸⁵. Ancak yüzdeki değişikliğin estetik ameliyatla giderilmesi bu nitelikli halin uygulanmasını engellemez¹⁸⁶.

Yüzün sürekli değişikliği, yüzde sabit izden, yüzün doğal görünümüne etkinin yoğunluğu bakımından ayrılır. Sürekli değişiklik bakımından da, olay gerçekleşikten altı ay sonra yapılacak bir tıbbi değerlendirmeye bu hususun tespit edilmesi gerekecektir¹⁸⁷.

1.3.5 Taksirle Yaralanmanın Gebe Bir Kadının Çocuğunun Düşmesine Neden Olması
Taksirle yaralanmanın gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, ceza üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olan temel cezanın bir katı oranında artırılması suretiyle tayin edilir (TCK m.89/3-e).

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için, çocuk, taksirle yaralama sonucu ölü olarak doğmalı 188; gebeliğin normal süresi tamamlanmadan, cenin ana rahminden ayrılmış olmalıdır. Bu süre dolmuşsa, düşük değil; vaktinden önce doğum söz konusu olacağından, fail hakkında, TCK m.89/2-f de yer alan ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır¹⁸⁹. Çocuğun düşmesi ile erken doğması arasındaki farklılık, çocuğun canlı doğmuş olup olmamasına göre belirlenir. Erken doğumda çocuk canlı doğmakta ve doğumdan sonra da yaşamakta iken, düşme durumunda çocuk ölü doğmaktadır.

Doktrinde bir kısım yazarlar taksirle yaralanmanın gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması halinde suçun ağırlaşması sonucunu uygulanması için, failin mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerektiğini ileri sürmüşler¹⁹⁰ ise de; kanaatimizce taksirle yaralanmanın gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama hali bulunduğu için suçun ağırlaşması sonucunu doğurmakta olup, eylemin taksirli suç olması gözetildiğinde failin mağdurun hamile olduğunu bilmesi gerektiğinin aranması taksir kavramının tanımına aykırıdır. Çünkü bu durumda failin çocuk düşürme kastıyla hareket ettiği hallerde taksirle değil, failin kasten mağdurun çocuğunun düşmesini sağladığı sonucuna varılacak ve suç vasfı değişecektir.

1.4 Failin Bilinçli Taksirle Hareket Ettiği Haller

“Failin hareketinden tipe uygun, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunmakla beraber, failin neticeyi öngörmesine rağmen, bu neticeleri önleyebileceğine yükümlülüklerle aykırı biçimde güvenerek çaba sarf etmesine karşın istenmeyen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır“. Failin kusurunun bilinçli taksir olması halinde, cezası üçte birden yarısına kadar arttırılır(TCK m. 22/3). Ayrıca hapis cezası adli para cezasına çevrilemez (TCK m. 50/4).

2. NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR İLE TAKSİRLE YARALAMA SUÇU ARASINDAKİ İLİŞKİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde; “bir fiilin, kastedilenden daha ağır

185 Tezcan/Erdem/Önok, s.201.

186 Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Suçlar, s. 116.

187 Tezcan/Erdem/Önok, s.207.

188 Erman/Özek, s. 120.

189 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.202.

190 Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Suçlar, s. 116; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 146; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.203.

veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” denilmektedir. Bu nedenle ağır veya başka bir netice bakımından kastı bulunmayan failin bu netice dolayısıyla cezalandırılabilmesi için en azından taksirin bulunması zorunludur¹⁹¹.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, kasten işlenen bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği ve ağır cezanın verilmesini gerektiren suçlara denir¹⁹². Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara failin temel suç tipine göre daha fazla cezaya çarptırılmasının nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma tehlikesini bünyesinde taşımasına rağmen işlenmiş olmasıdır¹⁹³. Örneğin taksirle yaralamanın gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması eyleminde, gebe kadının yaralanması başka bir netice olan çocuğun düşmesi neticesini bünyesinde taşıdığından, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama hali bulunmakta olup, failin cezası bu nedenle ağırlaşmaktadır.

TCK'nın 87. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkralarında yazılı yaralama hallerine taksirle neden olunması halinde, fail hakkında 89. madde hükümlerine göre ceza tayin olunacaktır. Çünkü burada failin yaralama kastı hiç yoktur. O bakımdan meydana gelen neticeye taksirle sebebiyet verilmesi her iki suçta da ortak unsurdur. Taksirle adam yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarında netice bakımından taksirli olmak ortak unsur ise de; her iki suç arasında fark mevcuttur. 87. madde bakımından failin başlangıçtaki kastı bu maddede yazılı neticeleri meydana getirmek olmamakla beraber, yaralama kastı mevcuttur. Taksirle yaralama suçu bakımından ise failde bir yaralama kastı mevcut değildir. Ancak kişiye tahmil edilen dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranıldığı için meydana gelen ve hukukun önem afettiği neticeden yaralamadan sorumlu tutulmaktadır¹⁹⁴. Failin av esnasında av hayvanına yaptığı atışın yanlışlıkla bir arkadaşına isabet ederek yaralanmasına neden olunması halinde, failin objektif özen yükümlülüğü gereği yaptığı atış sonucu mağdurun yaralanabileceğini öngörmesi gerektiği sonucuna ulaşılabiliriyorsa, fail taksirle yaralamadan sorumlu tutulmalıdır.

3. Şahsi Cezasızlık Sebebinin Taksirli Sorumluluğa Etkisi

5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir neden öngörmüştür. Buna göre, “taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek cezadan yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” Bu düzenleme ile taksirli hareket sonucu gerçekleşen netice, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış ise, basit taksir halinde ceza verilmeyecek; bilinçli taksir halinde ise, ceza sorumluluğu devam edecek, fakat kanunda öngörülen oranda cezadan indirim yapılacaktır.

Kanunda böyle bir hükme yer verilmesinin isabetli olacağı, zaman zaman doktrinde

191 Kaymaz/Gökcan, s.247.

192 Özbek, V, Ö, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, CHD, Y:2, S:4, Ağustos 2007, 227–228.

193 Roxin, I, kn. 108 (akt Koca/Üzülmez, s. 487).

194 Kaymaz/Gökcan, s. 256.

de ifade edilmiştir¹⁹⁵. Bu yöndeki taleplerin bir sonucu olarak, TCK 1997 Tasarısına (m. 22/f. 4) 196 hüküm konulmuş ve bu hüküm aynen 5237 sayılı TCK'ya alınmıştır. Karşılaştırmalı hukukta da benzer yönde hükümlere rastlanılmaktadır. Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 60. paragrafında yer verilen hükme göre, fiilin failde meydana getirdiği zararlar, bir cezaya hükmedilmesinin isabetsizliğini açıkça ortaya koyacak derecede ağırsa, mahkeme cezaya hükmetmeyecektir¹⁹⁷.

5237 sayılı TCK 22/6 maddesinin gerekçesinde uygulamada ortaya çıkan iki durumun böyle bir hükmün sevk edilmesine neden olduğu belirtilmiştir. Bunlardan birincisi özellikle kırsal bölgelerde çok çocuklu kadınların gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri nedeniyle çocukların zarar görmeleri olaylarıdır. İkincisi ise trafik kazalarında meydana gelen ve çoğunlukla failin kendisi veya aile fertleri bakımından acı ve ağır kayıplarla sonuçlanan hadiselerdir. Örneğin, babanın kullandığı aracın hatalı sollama neticesi devrilmesi ve araçta bulunan eş ve çocukların ölmesi veya yaralanmaları durumunda, araç sürücüsü baba yaptığı hatalı sollamanın ıstırabımı, ona ayrıca bir ceza vermeye gerek bırakmayacak şekilde manevi olarak çekmiş bulunmaktadır. Babaya ayrıca taksirli suç nedeniyle ceza vermek, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olacaktır. İşte dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır zararların meydana gelmesi halinde, taksirli davranışta bulunan kişiye ceza verilmeyecek veya cezasında indirim yapılacaktır.

5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasının uygulanabilmesi için aşağıdaki koşullar birlikte gerçekleşmesi gereklidir.

1. İşlenen suç taksirle işlenen bir yaralama suçu olmalıdır.

2. Taksirli hareket sonucu neden olunan netice münhasıran failin kişisel ailevi durumu bakımından etkili olmalıdır. Burada etkinin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilecektir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi net olmayıp, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin yaralanması sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Alt ve üst soy ile eş ve kardeşler dışındaki yakınların bu kapsama dâhil olup olmayacağı, keza akrabalık bulunmasa dahi failin çok yakın arkadaşlarının veya hizmetçisinin yaralanması halinde de, 22. maddenin son fıkrasına göre faile ceza verilip verilemeyeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır. Gerekçe bu hususta açıklayıcı bir bilgi taşımamaktadır¹⁹⁸.

Bir grup yazara göre, taksirli fiilin meydana getirdiği netice sadece failin kişisel olarak mağduriyetine yol açıyorsa bu hüküm uygulanmaz. Failin çok sevdiği bir arkadaşıyla seyahat ederken dikkatsizliği nedeniyle kaza yaparak onun ölümüne sebebiyet vermesi halinde, ayrıca failin hizmetçisinin veya uzaktan bir akrabasının ölümüne neden olması halinde şahıs hakkında bu hüküm tatbik edilemez. Her ne kadar böyle bir olay nedeniyle

195 Bkz. İçel, K, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi", TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, İstanbul, 1977, s. 334-335; Sokullu-Akıncı, Ceza Hukukunda Kusurluluk, s. 99; Centel/Zafer/Çakmut, (4), s. 405.

196 Dönmezer/Yenisey, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, 1998, s. 15, 729.

197 İçel/Yenisey, s. 1018; İçel ce Diğerleri, s. 262.

198 Kaymaz/Gökcan, s. 120.

fail kişisel olarak ağır bir mağduriyete uğramışsa da, kendi ailevi durumu itibariyle zararlı bir netice meydana gelmiş değildir. Kanun, taksirli fiilden doğan neticenin failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede etkili olmasını istemektedir¹⁹⁹. Metinde yer verilen “ve” bağlacı koşulların kümülatif olduğunu, bir arada bulunması gerektiğini belirtir. Şayet, bu koşullar alternatif olsa, bunlardan sadece biri yeterli olsaydı, “veya” demek gerekirdi. Bu noktada kanun metni açıktır, şayet kanun koyucunun iradesi farklı olsa da, metinde bunun ifade edilememiş olması sebebiyle kanunun açık hükmüne aykırı yorum yapmak mümkün olmamalıdır²⁰⁰.

Diğer bir grup yazara göre ise, somut olayın şartlarına göre belirli miktarda indirim yapılması veya cezai olarak sorumlu tutulmaması yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır²⁰¹.

Kanaatimizce 5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak öngörmüş olup, maddede belirtilen neticenin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilmelidir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi Yargıtay kararları ile netleşecek olup, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin yaralanması veya ölmesi sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay sanığın eniştesinin ölmesi halinde sanık hakkında 5237 sayılı TCK 22/6 maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir²⁰². 5237 sayılı TCK 22/6 maddesi olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde uygulanması için kanun koyucunun akrabalığın sınırlarını Medeni Kanun anlamında üstsoy, altsoy ve evlilik ilişkisini kapsar şekilde düzenleme yapması gerekmektedir. Kaldı ki taksirli eylem sonucu zarar verilen kişinin sanığın akrabası olması da gerekmez. Çünkü failin birlikte yaşadığı kişiler ile olan ilişkileri veya yakın arkadaşlık ilişkileri de ailevi ilişkiler kadar faili etkileyebilir. TCK m 22/6'daki yapılacak yasal düzenleme ile yakınlığı sadece Medeni Kanun anlamında yakınlık olarak değil, örneğin kişinin metresi, imam nikâhlı eşi veya nişanlısı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre failin artık ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede zarar görüp görmediğine bakmak gerekir.

3. Ortaya çıkan bu etki artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete neden olmalıdır. Faile verilecek cezanın artık gereksiz kılacak derecede mağduriyetine neden olması da gerekir. Bu mağduriyetin maddi olması şart değildir, manevi nitelikte mağduriyetler de buraya dâhildir. Ne tür mağduriyetlerin cezaya hükmedilmesini gereksiz kıldığı hususu, somut olayın özelliklerine göre yargıç tarafından belirlenecektir. Kanunda taksirli fiilin meydana getirdiği her netice cezasızlığa yol açmayacaktır. Neticenin, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmektedir. Burada neticenin kişisel ve ailevi durum üzerinde etkili olmasından maksat, taksirli hareketin meydana getirdiği

199 Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler (3), s. 518; Tezcan/Erdem/Önok, s. 179; Kaymaz/Gökcan, s. 121; Özbek, TCK İzmir Şerhi (3), s. 303; Koca/Üzülmez, s. 214.

200 Tezcan/Erdem/Önok, s. 179.

201 Özgenc, s. 332; Hakeri, H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 181.

202 Yargıtay 9.C.D 30.5.2007 tarihli 2007/677 esas ve 2007/4851 sayılı kararı.

neticenin failin hem şahsı hem de ailesi bakımından cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede bir yıkım doğurmasıdır.²⁰³ Örneğin bir trafik kazası sonucunda çocuklarının ağır bir şekilde yaralanmalarına yol açan kişi bakımından bu sonuç gerçekleşmiş olmaktadır. Şüphesiz hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlülüklerini göz önünde bulunduracaktır. Hükümde geçen “cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyetin” oluşup oluşmadığını somut olaya göre hâkim takdir edecektir. Buradaki mağduriyet kavramı fiilin sonuçlarından doğrudan doğruya etkilenmeyi ifade etmektedir. Doğrudan etki doğuran maddi ve manevi zararlar mağduriyetin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taksirli hareket sonucunda neden olunan netice, suçun kanuni tanımında belirtilen neticedir. Taksirli suçun tanımında suçun oluşması için ne tür bir netice aranıyorsa, o netice ile kişisel ve ailevi durum bakımından meydana gelen mağduriyet arasında bir bağın bulunması aranacaktır. Taksirle yaralama suçunda netice bir kimsenin taksirli fiil sonucunda yaralanmasıdır.²⁰⁴

Fiilin neticesi failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde etkisi olmayan ya da bunlarla birlikte başka neticelerin de meydana gelmesine yol açmışsa, bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Sözgelimi, failin yaptığı taksirli hareket kendi çocuğunun ölümüyle birlikte bir başka kişinin de yaralanmasına yol açmışsa, fail başkalarının gördüğü zararlı netice bakımından bu fıkradaki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır.²⁰⁵ Örneğin, fail eşiyle birlikte seyahat ederken kaza yapar, hem eşi hem de karşı taraftan biri yaralanırsa, bu durumda m. 22/6 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, fail yaralanan yakını bakımından koşulları oluşmuşsa ceza almaz, ancak karşı taraftaki kişiye yönelik eylemi sebebiyle taksirle yaralamadan sorumlu olur.²⁰⁶ Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir;” Suça konu taksirle birden çok kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olma eyleminin bir bütün olduğu ve bölünemeyeceği nazara alınmadan, 5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesinin birinci cümlesinin uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmesinin öngörüldüğü, olayda ise sanığın gayri resmi eşi ile birlikte ayrıca diğer araç sürücüsünün ölüp üç kişinin de yaralandığı, bu itibarla da anılan maddenin öngörülen koşulların oluşmaması nedeniyle uygulanamayacağı, sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği de düşünülmeden eylemin sonuçları itibarıyla iki ayrı suçu oluşturduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”²⁰⁷.

5237 sayılı TCK 22/6 maddesinin gerekçesinde, hâkimin suçlunun durumunu takdir ederek ceza vermeyebileceği yazılı olmakla birlikte, madde metninde kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olan faile “ceza verilmez” denildiği görülmektedir. Bu durumda, uygulamada, gerekçe’de örnek olarak gösterilen olaylar gerçekleştiğinde, ceza verilmemesinin kural haline gelmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Hükümün amacı, çok yakınının yaralanmasına neden olan kişinin duyduğu ıstırapın, uğradığı kovuşturma ile artmasına yol açmamak ve ailenin tümüyle mağdur olmasının önüne geçmektir. Ancak, failin ıstırap duymadığı, duysa bile kendi

203 Hafizoğulları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir, s. 87.

204 Koca/Üzülmez, s. 215.

205 Koca/Üzülmez, s. 214.

206 Tezcan/Erdem/Önok, s. 179.

207 Yargıtay 9.C.D 15.4.2010 tarihli 2008/12731 esas ve 2010/4412 sayılı kararı.

yakınlarının yaşamlarını düşünme ve kollama yoluna gitmeyen bir kişinin toplum için daha tehlikeli olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenle, söz konusu durumun yasal cezazsızlık nedeni sayılması yerine, ceza verilip verilmeyeceği konusunda hâkime takdir hakkının tanınması daha uygun olacağı doktrinde ileri sürülmüştür²⁰⁸.

Kanaatimizce Cumhuriyet Savcısı veya Hâkim, zarara uğrayan kişi ile fail arasındaki ilişkiyi, sosyal durumlarını, olayın oluş ve işleyiş şeklini, failin eyleminin tehlikelilik halini birlikte dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır. Basit taksir halinde Cumhuriyet Savcısı olay nedeniyle failin yeterince zarar gördüğü kanısında ise ortada bir kişisel cezazsızlık nedeni söz konusu olduğu için CMK m. 171 uyarınca kendisine tanınan kamu davası açıp açmamak şeklindeki takdir yetkisini kullanacaktır. Bilinçli taksir halinde ise fail bu cezazsızlık nedeninden yaralanamayacağı için Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmak zorundadır. Fail ancak ceza indiriminden yararlanabilir. Kaldı ki, taksirle yaralama suçları bilinçli taksirle yaralamaların nitelikli halleri hariç, mağdurun şikâyetine tabi olduğundan mağdurun bu yöndeki beyanı da gözetilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Eğer suç dava konusu olmuş ise, basit taksirle işlenen suçlarda, şahsi cezazsızlık sebebinin şartlarının gerçekleşmesi halinde, faile ceza verilmeyecektir. Hâkim her ne kadar şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir edecekse de, şartların gerçekleşmesi halinde artık cezaya hükmedemeyecektir. TCK 22/6 maddesinin uygulandığı hallerde, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yasaya aykırıdır²⁰⁹. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir;” Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesi gereğince doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken kendi çocuğunun ölümüne neden olan sanık hakkında aynı Kanununun 85/2, 62. maddeleri gereğince önce mahkûmiyet hükmü kurulup sonra ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi ve yargılama giderlerinin kamu üzerinde bırakılması gerekirken sanıktan tahsiline karar verilmesi, kanuna aykırı olup hükmün bu nedenlerle bozulmasına, bu hususların yeniden duruşma yapılmaksızın CMUK'nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, sanığın cezalandırılmasına ilişkin kısmın karardan çıkarılmasına, “yargılama giderlerinin kamu üzerinde bırakılmasına” denilmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verildi”²¹⁰.

Buna karşılık bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarım altıya kadar indirilebilir. Bilinçli taksir halinde de hâkim şartların gerçekleşmesi halinde cezada indirim yapmak zorundadır. Kanunun aradığı şartlar gerçekleşmesine rağmen hâkimin cezada indirim gitmemesi keyfilik oluşturur.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

1. Teşebbüs

Failin suç işleme kastıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle suç gerçekleştirilememesi halinde teşebbüsün varlığından bahsedilir. Teşebbüs aşamasında kalmış suç sadece objektif yönden tamamlanamamıştır çünkü kanunun aradığı tipik fiil kısmen gerçekleşmiştir.” Suçun kurucu unsurlarından biri olan manevî unsurun varlığı

208 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 82–83.

209 Hakeri, Genel Hükümler, s. 181.

210 Yargıtay, 9.C.D 11.2.2010 tarihli ,2008/13390 esas ve 2010/1822 sayılı kararı.

teşebbüste de söz konusudur ve teşebbüs aşamasında kalan bir suç da manevî unsur yönünden tamamlanmıştır²¹¹.

Başlanılan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denilir. Teşebbüs icra hareketi ile tamamlanma arasında söz konusu olur²¹². Ancak kasıtlı suçlarda suç işleme kararı söz konusu olabileceğinden sadece kasıtlı suçlarda teşebbüs kabul edilmiştir. 1 Haziran 2005 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın "Suça teşebbüs" kenar başlıklı 35. maddesi, "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." demek suretiyle teşebbüsün ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğini vurgulamıştır²¹³. Eğer kanunda "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da" denilmeyerek "Kişi, bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da" denilmiş olsaydı bile ancak kasıtlı suçlara teşebbüs söz konusu olabilirdi. Çünkü mantıksal olarak, failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi söz konusu olamaz²¹⁴. O halde taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir ve bunun sebebi sadece kanundaki tanım değil, aynı zamanda teşebbüsün mantıksal açıklamasıdır. Taksire özelliğın veren "sonucun istenmemesi" olduğuna göre failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi de olanaklı değildir bir başka deyişle, kasıt yoksa teşebbüs de söz konusu olamaz²¹⁵.

Kanaatimizce taksirle işlenen suçlarda suç işleme kararı ve düşünüp öngörülerek istenmiş bir netice de olmadığı için, bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu sebeple taksirle yaralamaya neden olma suçu teşebbüse elverişli değildir.

2. Teselsül

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde, teselsül, "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksirli suçlarda ise, suç işleme kastı mevcut olmadığından, taksirli suçlarda teselsül durumu söz konusu olmaz. Ancak, TCK'nın 89. maddelerinde taksirli fiil sonucu birden fazla kişinin yaralanması, bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir²¹⁶.

3. İştirak

İştirak; bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucu gerçekleştirmeleri olarak tanımlanmıştır²¹⁷. İştirakten söz edebilmek için kişilerin suç işlemeden önce işbirliği yapmaları, suç işleme hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Dolayısıyla iştirak, taksirli suçlarda söz konusu olmayıp, ancak kasten işlenebilen suçlar bakımından mümkündür²¹⁸.

İştirak halinde işlenen suçlarda, suçun işlenişine katılanların ceza sorumluluğunun

211 Antolisei, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale; Giuffrè Edit., Milano, 1994, s. 437; Padovani: s. 352(akt Aydın, D, AÜHFD, Y:2006, S:1, s. 87.

212 Hakeri, Genel Hükümler, s. 278.

213 Aydın, D, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y:2006, S:1, s. 87; Koca/Üzülmez, s. 210.

214 Toroslu, s. 269.

215 Bkz, Aydın, a.g.m, s. 108.

216 Kaymaz/Gökcan, s. 160.

217 Dömezer/Erman, Cilt. I, s.446.

218 Centel/Zafer/Çakmut , s. 510; Kaymaz/Gökcan, s. 160;

belirlenmesi hususunda eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti olmak üzere üç sistem uygulanmaktadır²¹⁹. TCK'da kasten işlenen suçlar bakımından 37–39 maddeleri arasında faillik ve şeriklik ayrımı yapılarak, 765 sayılı eski TCK'da olduğu gibi ikilik sistemi benimsenmiştir²²⁰. Kanundaki iştirake ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, kasten işlenebilen bir suçun varlığı gerekmektedir (m. 40). Bu nedenle Kanundaki kasten işlenen suçlara katılanların sorumluluk statülerini belirleyen iştirak hükümlerinin taksirle işlenebilen suçlarda uygulanması mümkün değildir. Aslında TCK'nın 22/5. maddesinde birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağı belirtilmek suretiyle, taksirli suçlar bakımından fail ve yardım eden ayrımı kabul edilmemiştir. Kanundaki bu düzenlemeye göre, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla gerçekleştirdikleri hareketle taksirli suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlar bakımından yürürlükteki hukukumuz geniş fail anlayışından hareketle suça katılanların sorumluluğunu belirlemiş olmaktadır²²¹.

Birden fazla kişilerin taksirli fiillerinin birleşmesi mümkündür ve iştiraktan söz edilemeyen bu gibi hallerde herkes kendi taksirli eylemi nedeniyle ve kusuru oranında sorumlu olur. Örneğin, sürücü (A) kanunda yazılı hız limitlerini aşarak tedbirsiz bir şekilde kendi şeridinde seyretmektedir. Karşı yönden aracıyla seyretmekte olan sürücü sanık (B) ise şerit tecavüzü yaparak (A)'nın şeridini işgal etmektedir. Sürücü (B)'nin kendi şeridinde seyrettiğini gören sürücü sanık (A) diğer şeride geçtiği sırada yaya geçidi olmayan yerde yolu da kontrol etmeden karşıdan karşıya geçmeye çalışan (C)'ye çarpmaktadır. Bu gibi hallerde Hem (A), hem (B), hem de (C) kusurludur. Her fail kendi kusuru oranında meydana gelen sonuçtan sorumludur. Mağdurun kusurlu olması da kusurların takas edilmesini, yani mağdurun kusurunun failin kusurunu iptal etmesi sonucunu doğurmaz²²².

Doktrinde, bazı yazarlar bu tür olaylar bakımından bir “rücu yasağının olduğunu kabul etmektedirler²²³. Buna göre, bir kişi taksirli hareketi yaptıktan sonra, bu hareket üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen taksirli ya da kasıtlı diğer bir hareketin ön aşamasını oluşturuyorsa, ilk taksirli hareketi yapan failin davranışı ile netice arasında nedensellik bağı kurulamaz²²⁴, Yine cezalandırılabilirliğin bu şekilde geniş tutulması eleştiriye uğramış ve hiçkimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir başkasının sorumluluk bilinciyle ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir. Hukuk toplumunda hâkim olan güven ilkesine göre, bir kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir hukuki değeri ihlal etmemesi gerektiği hususuna dikkat edecekse de, bu esnada

219 Önder, Genel Hükümler, s. 435; Artuk/Gökçen/Yenldünya, Genel Hükümler, (3), s. 763; Erem/Danışman/Artuk, s. 359.

220 Centel/Zafer/Çakmut, (4), s. 504; Öztürk/Erdem, (8), s. 232, kn. 400; Toroslu, Genel Kısım, s. 280; Demirbaş, Genel Hükümler, (4), s. 442.

221 Özgenç Gazi Şerhi, s. 319 vd.

222 Dönmezer/Erman, C:II, s.284; Özgenç/Şahin, s. 184.

223 Bkz. Jescheck/Weigend, s. 573, dpn. 53. Ayrıca bkz. Roxln, I, 24, kn. 27 vd.

224 Demirbaş, Genel Hükümler, s. 343.

bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği olasılığını hesaba katmak mecburiyetinde olmadığı ifade edilmiştir²²⁵.

İkinci ihtimal, failin gerçekleştirdiği taksirli davranışa bir başkasının taksirli davranışının eklenmesidir. Örneğin anayol üzerinde bulunan bir binanın yıktırılması işini üzerine alan yüklenici, yıkma işine başlarken, yoldan geçenlerin zarara uğramaları ihtimaline karşı binanın yol üzerindeki cephesine tahta perde kurması gerekirken bunu yapmamıştır. Ayrıca yıkım işinde çalışan iki işçi de yolda kimsenin bulunup bulunmadığına dikkat etmeksizin binadan sökülen büyük bir kalası sokağa atmışlardır. Sonuçta yoldan geçen bir kişi yaralanmıştır⁴⁶⁷. Keza bir yüklenici inşaat sırasında balkon demirini yaparken sağlam malzeme kullanmamıştır. Anne de küçük çocuğunu balkona bırakmış ve çocuk demirlerin üzerine çıktığı esnada demirle birlikte aşağıya düşmüştür. İşte failin taksirli hareketinin bir başkasının taksirli hareketiyle birleşmesi halinde, herkes kendi taksirli fiilinden dolayı kusuruna göre sorumlu tutulacaktır²²⁶. Ancak bu gibi hallerde önceki taksirli hareketle netice arasındaki illiyet bağının bulunmamasından veya kesilmesinden söz edilmesi doğru değildir²²⁷.

Kanaatimizce taksirle yaralama suçunda iştirak söz konusu değildir. Çünkü iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suç işleme kararı ve suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekir. Bu nedenlerle suça iştirak için, iştirak iradesinin bulunması gerektiğinden taksirli yaralama suçuna, iştirak olmaz. Ancak, taksirle yaralama suçunun birkaç kişi ile beraber ve suça birlikte sebebiyet verilmesinden söz edilebilir. Böyle bir durumda da her fail kendi taksirinden dolayı sorumlu olacaktır. Nitekim Yargıtay'da iştirakin ancak kasıtlı suçlarda olabileceğini, taksirli suçlarda mümkün olmadığını belirtmiştir²²⁸.

4. İçtima

Kural olarak her netice, ayrı ve bağımsız bir suç oluşturur. Fail hareketi ile kaç tane netice meydana getirmişse, o kadar suç işlemiş kabul edilir ve bu neticelerin her birinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılır. Ancak bazı hallerde, bir tek hareketle birden çok netice ve birden fazla suç meydana getirilebileceği gibi, birden fazla hareketle tek bir netice de gerçekleştirilebilir²²⁹.

Suçların içtimainda birden fazla suçun bir failde birleşmesi durumu söz konusudur. Bu birleşme değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; a) Fail tek fiille birkaç suç işlemiş olabilir. (Fikri içtima), b) Failin işlediği bir suç, diğer suçun unsur veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil edebilir (Bileşik suç), c) Fail kanunun aynı hükmünü birkaç defa

225 İcel ve Diğerleri, Suç Teorisi, s. 257, 258.

226 İcel, s. 175

227 İcel ve Diğerleri, Suç Teorisi, s. 258.

228 Yargıtay 4.C.D, 4.6.1952 tarihli 6521 esas ve 6074 sayılı kararı; Yeni tarihli Yargıtay kararında da taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığı şöyle belirtilmektedir, "Katılanın 18.03.2008 tarihli dilekçesi ile dosyada sanık olmayan Fırat Çetin hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiği, sanık hakkında şikâyetten vazgeçmesinin söz konusu olmadığı ve suçun iştirak halinde işlenmediği dikkate alındığında yargılamaya devamlı davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı olup, bozulmasına oybirliğiyle karar verildi. Yargıtay, 9.C.D, 1.11.2010 tarihli, 2008/19457 esas ve 2010/11191 sayılı kararı.

229 Dönmezer/Erman, C:I, s. 373.

ihlal etmesine rağmen bu tek suç sayılabilir.(Zincirleme suç)²³⁰.

Suç işleme kastı mevcut olmadığından, taksirle yaralama suçunda zincirleme suç söz konusu olmaz. Farklı neviden fikri içtima olabilir. Örneğin, fail düşmanını yaralamak kastı ile silahını ateşler, fakat silahtan çıkan kurşun yaralamayı amaçladığı kişinin yanında bulunan sert bir cisme çarparak bir başka kişinin yaralanmasına yol açar. Burada birden fazla kişiye karşı işlenmiş farklı suçlar (kasten yaralamaya teşebbüs ve taksirle yaralama) söz konusudur. Failin daha ağır cezayı gerektiren kasten yaralamaya teşebbüsten cezalandırılması, taksirle yaralamadan cezalandırılmaması gerekir. Ancak bu örnekte failin düşmanını yaralamak kastı ile silahını ateş ederken silahtan çıkan kurşunun yaralamayı amaçladığı kişinin yanında bulunan kişilere isabet etmesi halinde olası kastla adam yaralama suçu meydana gelir. Nitekim Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır²³¹.

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu açısından kanunda özel bir içtima hükmü bulunmaktadır. Buna göre, fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hallerinde, faile verilecek cezanın alt ve üst sınırları ağırlaştırılmıştır.

Taksirle genel tehlike yaratan suçun işlenmesi sonucu kişiler yaralanabilir. Bu durumda hem tehlike suçu hem de taksirle yaralama suçu oluşur. Ancak, bu gibi durumlarda farklı neviden fikri içtima hükümleri (44 md) uygulanarak faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilir. Tehlike suçunun kasten işlenmesi halinde de kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından bir zarar ortaya çıkabilir; yani yaralama veya yaralanmalar meydana gelebilir. Bu zararlı neticeler kasten meydana getirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir. Örneğin, failin kastı yangın çıkarmaktır, ancak yangın sonucunda bir ya da birkaç kişi yaralanabilir. Fail kişilerin yaralanabileceğini bilip istemiş ise zaten sorun yoktur; bu neticeler bakımından kasten sorumlu tutulur. Bu neticeleri öngörmesine rağmen neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak hareket etmiş ise olası kast hükümlerine göre sorumlu tutulur. Fail yangını kasten çıkarmasına rağmen, bu yangın neticesinde kişilerin yaralanabileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş olabilir. İşte bu durumda meydana gelen yaralama neticesi bakımından failin taksiri söz konusudur ve fail meydana gelen yaralama neticesinden taksiri nedeniyle sorumlu tutulur. Bu gibi durumlarda fail her iki suçtan değil, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Taksirle adam yaralama suçları başka suçlarla içtima edebilir. Taksirle yaralama suçları en çok araçların tehlikeli şekilde kullanılması sonucu meydana gelmektedir. Araçların kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde kullanılması sonucu bir veya birkaç kişinin yaralanmasına neden olduğunda hem taksirle yaralama suçu, hem de genel tehlike yaratan bir suç işlenmiş olacaktır. Bu durumda

230 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.791

231 Yargıtay 1.C.D, 17/12/2009 tarihli 2009/1217 Esas ve 2009/7700 sayılı kararında şöyle denilmektedir; “Aynı mahallede oturan Sancak ve Boyraz aileleri arasında çocuklar yüzünden tartışma olduğu, olay günü, sanık Burhanettin Boyraz ile mağdur Bayram Sancak arasında tartışma ve kavga çıktığı, sanığın tabancasını çekip, mağdur Bayram’a ateş ettiği, maktüle Emine’nin sanıkla mağdurun arasına girmek istediği sırada, sanığın ateş etmesi sonucu isabet alarak öldüğü olayda; sanığın, hedef seçtiği mağdura ateş ettiği sırada, Emine’nin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek maktüleyi öldürmesi eyleminde olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile ve olası kastla öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde hata sonucu öldürme suçundan hüküm kurulması yasaya aykırılık oluşturmaktadır”.

farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca faile en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının verilmesi ile yetinilecektir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir;” Sanığın 105 promil alkollü olarak tek yönlü sokakta ters yönde ilerleyip caddeye çıkarken motorsiklete çarpması sonucu mağdurların yaralanmasına neden olduğu olayda, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun 5237 sayılı TCK'nın 89/4. maddesinde yazılı taksirle yaralama suçuna dönüşeceği, bu nedenle de sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ayrıca mahkûmiyet kararı verilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”²³² Failin gözetimi altındaki hayvanı serbest bırakması ve hayvanın mağduru ısırıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına sebebiyet vermesi eyleminde de failin işlediği fiilin, 5237 sayılı TCK'nın 177. maddesinde düzenlenen “Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması” suçu ile aynı Kanununun 89/1. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince hükümlünün en ağır cezayı gerektiren taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

5. Müsadere

Taksirli suçlarda müsadere mümkün değildir. Yüksek Mahkememiz taksirli suçlarda müsaderenin mümkün olmadığı görüşündedir ve bu görüşünü kararlı bir şekilde sürdürmüştür. “Taksirli suçta müsadere hükmü uygulanamayacağı dikkate alınmadan, olayda kullanıldığından bahisle ruhsatlı av tüfeğinin müsaderesine hükmolunması bozmayı gerektirmiştir”²³³. Yine aynı doğrultudaki bir diğer Yargıtay kararında şöyle denilmektedir;”Sanık adına taşıma ruhsatlı olduğu anlaşılan tabancanın taksirli suçta kullanılması nedeniyle müsadere edilemeyeceğinin gözetilmemesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”²³⁴.

6. Tekerrür

Tekerrür, bir kişinin işlediği suçtan dolayı mahkûm olduktan sonra yeni bir suç işlemesi²³⁵ veya önceki suçundan dolayı gerçekleşen cezalandırmadan sonra yeni bir suç işlemesi olarak tanımlanmaktadır. Tekerrür kusurluluğu arttıran bir sebeptir. Failin yeniden suç işlemiş olması, önceki mahkûmiyetten dolayı uslanmadığını, suç işlemekte inat ve ısrarını gösterir²³⁶. Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde tekerrür, kişinin diğer suçlulara nazaran daha tehlikeli olduğunu gösteren bir durum olarak değerlendirildiğinden, cezayı artıran değil, güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu anlayışa uygun olarak tekerrür halinde fail açısından diğer suçlulara nazaran özel infaz rejimi kabul edilmiş, ayrıca cezanın infazından sonra da devam edebilecek şekilde bir denetimli serbestlik tedbiri rejimi öngörülmüştür. Kısacası tekerrür özel tehlikeli suçlularla birlikte infaz şeklinin değişmesini amaçlayan bir

232 9.C.D, 26.4.2010 tarihli, 2008/13884 esas ve 2010/4446 sayılı kararı.

233 2.CD. 5.12.1989 tarihli, 11063/11715 sayılı kararı.

234 9.C.D, 27.10.2010 tarihli, 2008/21304 esas ve 2010/11121 sayılı kararı.

235 Türk Hukuk Lügati, TOK. 3. Bası 1991, s. 331; Dönmezer/ Erman, C: II, s. 618; Erem/Danişman/ Artuk, s. 618; İçel ve Diğerleri, Yaptırım Teorisi, (2), s. 192.

236 Üzülmüş, İ, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara 2003, s. 5.

kurum özelliği arz etmektedir²³⁷. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olması gerekmemekle birlikte, tekerrüre ilişkin süreler, önceki mahkûmiyet infaz edildikten sonra işlemeye başlayacaktır. Tekerrürün hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceden işlenen suçtan sonra yeni bir suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesi gerekmektedir. Bu durum, TCK'nın 58. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suça ilişkin verilen mahkûmiyetin çekilmiş olması koşulunun aranması hali gerçek tekerrürdür. Bu görüşü savunanlara göre, bir suçlunun suç işleme hususunda ahlaken düşük olduğunun belirlenebilmesi için önceki suçuna ait cezasını çektikten sonra yeniden suç işlemesi gerekir. Mefruz tekerrürde ise cezanın infaz edilmiş olması koşulu aranmayıp daha önceden verilmiş bir mahkûmiyet kararının varlığı yeterli sayılmıştır. Failin ikinci suçu hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suça ilişkin verilen mahkûmiyet kararının infaz edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu sistemi savunanlara göre tekerrür sosyal bir olaydır, tekerrürün sosyal nedenleri ortadan kalkmadıkça önceki mahkûmiyete ne ceza verilirse verilsin sonuç aynı olacaktır²³⁸.

765 sayılı TCK 81. maddesinde yer alan “cezasını çektiği veya cezanın düştüğü” ibarelerinin mefruz veya gerçek tekerrür sisteminin hangisini kabul ettiğinin değerlendirilmesinde doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay uygulamalarında, tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olması koşulu aranmaktaydı²³⁹.

5237 sayılı TCK'nın 58'inci maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı TCK'dan kaynaklanan gerçek-mefruz tekerrür tartışmalarına bir daha fırsat tanımamak için kanun metninde ayrıca İfade kullanma ihtiyacı duyulmuştur. 58/1'inci maddeye göre “tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez”. 5237 TCK'da yer alan bu ifadeyle, kanunumuzun mefruz tekerrürü açıkça benimsediği ortadadır.

TCK'nın 58/4. maddesine göre “ Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz.” Böylece taksirli suçlarla kasten işlenebilen suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Elbette ki taksirli suçlar kendi aralarında tekerrüre esas olacaktır²⁴⁰.

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYA İLİŞKİN KURALLAR

1. Görev

Türk Ceza Kanunu'nun bir kişinin taksirle yaralandığı durumlara ilişkin 89/1–2–3, maddelerindeki suçlara bakma görevi Sulh Ceza Mahkemesine aittir. Birden fazla kişinin taksirle yaralandığı durumlara ilişkin 89/4 maddesindeki suça bakma görevi ise Asliye Ceza Mahkemesine aittir. Taksirle yaralamanın basit veya bilinçli taksirle işlenmesi görevli mahkemeyi değiştirmez. Kanun görevli mahkemenin tespitinde yaralanmanın niteliğini değil, yaralanan kişi sayısını esas almıştır. Taksirle birden fazla

237 Artuk/Çınar, s. 78.

238 Bkz. Yaşar, Yusuf, Tekerrür Çeşitleri-TCK Sistemi www.e-akademi.org/makaleler/wasar-2.htm., erişim 05.06.2009.

239 Bkz. Üzülmüş, Türk Hukukunda Tekerrür, s. 82 vd.

240 Kaymaz/Gökcan, s. 160.

kişinin yaralandığı olaylarda mağdurların basit taksirin tüm hallerinde ve bilinçli taksir sonucu hayati tehlike oluşturmaksızın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralandıkları olaylarda şikâyetçi sayısına göre görevli mahkeme tespit edilir. Trafik kazalarında sürücünün de kusurlu olduğu ve yaralandığı iki taraflı kazalarda sürücünün yaralanmış olması halinde, diğer mağdurların kusurlu sürücülerden biri hakkında şikâyetçi olmamaları halinde yaralanmış olan kusurlu sürücü mağdur sayısına eklenemez.

Mahkemenin görev konusu kamu düzeniyle ilgili olduğundan her aşamada gözetilmelidir. Daha önce verilip kesinleşen hükümlerle ilgili olarak 5252 sayılı yasanın 9. maddesi uyarınca lehe yasa incelemesi de görevli mahkemede yapılmalıdır. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir; "Sanığa atılı 5237 sayılı TCK'nın 89/1-3. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçuna bakmanın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanununun 10. maddesi uyarınca Sulh Ceza Mahkemesinin görevine girdiği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine, duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır"²⁴¹.

2. Yaptırım

Ceza hukukunun asıl yaptırımını cezadır. Ancak çağdaş ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin de ceza olarak kabul edildiği de bilinmektedir²⁴². TCK 89/1. maddesindeki taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına (hayati tehlike oluşturmaksızın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralamaya) neden olma suçu karşılığı olarak 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür.

Taksirli eylem dolayısıyla, TCK m. 89/2'de gösterilen duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması, vücutta kemik kırılması, konuşmada sürekli zorluk, yüzde sabit iz, yaşamı tehlikeye sokan bir durumun oluşması, gebe kadının çocuğunu vaktinden önce doğurması hallerinde, fail hakkında hükmedilecek ceza, aynı maddenin ilk fıkrasında gösterilen (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para) cezanın yan oranında artırılması suretiyle tespit edilecektir.

Taksirli eylem dolayısıyla, TCK m.89/3'de gösterilen mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi, konuşma ya da çocuk yapma yeteneğinin kaybolması, yüzde sürekli değişiklik, gebe kadının çocuğunun düşmesi hallerinde ise fail hakkında hükmedilecek ceza, ilk fıkraya göre belirlenmiş bulunan (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para) cezanın bir kat artırılması suretiyle tespit edilecektir²⁴³.

Mahkemece TCK 89/1. maddesindeki suç karşılığı olarak 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasından önce temel ceza alt ve üst sınırlar içerisinde belirlenerek, 89/2. maddesinde bu cezanın yarı oranında, 89/3. maddesinde ise bu cezanın bir kat artırılacağı belirtilmektedir. Buna göre, 89. maddenin 2 ve 3. fıkralarına göre 89/1. maddesinde öngörülen cezaların alt ve üst sınırları artırılma tabi tutulmayacaktır. Hâkimin somut olayda belirlediği ceza

241 9. C. D, 12.5.2010 tarihli, 2008/13579zesas ve 2010/5285 sayılı kararı.

242 İçel ve Diğerleri, s. 47.

243 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 205.

89/2. maddesi uyarınca yarı oranında, 89/3. maddesi uyarınca da bir kat artırılacaktır²⁴⁴. Bir kat artırımdan, belirlenen cezanın kendisi kadar bir artırım (1+1=2) anlaşılmalıdır²⁴⁵. Ancak mağdurun vücudunda kemik kırılması ile birlikte hayati tehlike geçirecek ve uzuv kaybı olacak şekilde yaralanması durumunda, fail hakkında hükmolunan temel cezanın 5237 sayılı TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrası "b" bendi uyarınca bir kez arttırılması gerekmekte olup, 89. maddenin 2. fıkrası "b" ve "e" bentleri gereğince de arttırılmaması gerekmektedir²⁴⁶.

Fail, işlediği fiil ile birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise TCK m.89/4'e göre verilecek ceza, altı aydan üç yıla kadar haptistir. Fail, bilinçli taksirle hareket etmişse, taksirli suça ilişkin temel ceza TCK m.61/1 göre belirlenerek, temel ceza üzerinden TCK'nın 22/3 madde ve fıkrasına göre ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Taksirli suçlarda, uzun süreli hapis cezaları da koşullar gerçekleştiğinde, adli para cezasına çevrilebilir²⁴⁷. Ancak, kusurun bilinçli taksir olması halinde kısa süreli hapis cezası dışında, paraya çevirme söz konusu değildir (TCK m.50/4)²⁴⁸. Taksirli suça verilen uzun süreli hapis cezası, sadece para cezasına çevrilebilir; TCK m.50'de gösterilen diğer yaptırımlara çevrilemez. Uygulamada, asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m.50/5). Hapis cezasının, TCK m. 51 uyarınca adli para cezasına çevrilmiş olması durumunda, ertelenmesi söz konusu olamayacaktır²⁴⁹. Nitekim Yargıtay'ın aynı yöndeki kararında şöyle denilmektedir; "Uygulanan maddedeki seçimlik cezalardan hapis cezasının tercih edilmiş olması karşısında hapsin para cezasına çevrilemeyeceği gözetilmeyerek TCK'nın 50/2. maddesine muhalefet edilmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır"²⁵⁰.

244 Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir; "Sanık hakkında temel ceza belirlenip TCK'nın 89/2-b, e maddesi gereğince artırım yapıldıktan sonra, taktiri indirim nedeniyle cezadan indirim yapılması gerektiği halde, hükümde temel ceza ile artırım miktarları gösterilmeden teşdiden ceza tayin edilmesi suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 230/1-c maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine aykırı olarak hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır. 9. C. D , 24.11.2010 tarihli ve 2009/624 esas ve 2010/11835 sayılı kararı.

245 Kaymaz/Gökcan, s. 224.

246 Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir; "Katılanın olayda vücudunda kemik kırılması ile birlikte hayati tehlike geçirecek ve uzuv kaybı olacak şekilde yaralanması nedeniyle, sanık hakkında hükmolunan temel cezanın 5237 sayılı TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrası "b" bendi uyarınca bir kez arttırılması gerektiği gözetilmeden anılan maddenin 2. fıkrası "b" ve "e" bentleri gereğince de arttırılması suretiyle fazla ceza tayini, kanuna aykırı, sanık müdafisinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, 06.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" 9. C. D, 6.4.2010 tarihli ve 2008/9241 esas ve 2010/3898 sayılı kararı.

247 Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: "5237 sayılı TCK'nın 50/4. maddesi hükmüne göre, taksirli suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezasının uzun süreli de olsa, diğer koşulların varlığı halinde adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olması karşısında, hapis cezasının süresinden bahisle yasal olarak olanaklı olmadığı gerekçesi ile sanık müdafisinin bu husustaki talebinin reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" 9. C. D 21.5.2007 tarihli ve 8139/4362 sayılı kararı.

248 Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: "Bilinçli taksirle işlenmiş olsa bile kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın diğer koşulların varlığı halinde adli para cezasına çevrilebileceği gözetilmeden, bilinçli taksirle işlendiğinden bahisle hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" 9. C. D, 1.11.2010 tarihli ve 2009/531 esas ve 2010/11201 sayılı kararı.

249 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 108.

250 Yargıtay, 9. C. D, 1.11.2010 tarihli 2009/583 esas ve 2010/11205 sayılı kararı.

TCK m. 53/1–4 ve 53/5’te düzenlenmiş olan hak yoksunlukları ve yasaklılıkları kasten işlenen suçlarda öngörülen tedbirlerdir. TCK’da kural olarak taksirle işlenen suçlar nedeniyle hak yoksunluğu öngörülmemiştir. Bu kuralın istisnasını m. 53/6’da düzenlenmiş olan meslek ve sanatın icrasının yasaklanması ile sürücü belgesinin geri alınması oluşturmaktadır²⁵¹. Sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin bir tedbire 765 sayılı TCK’da yer verilmemiştir. Buna karşın hem idari bir tedbir olarak, hem de ceza yaptırımını olarak sürücü belgesinin geri alınması Karayolları Trafik Kanunu’nda (KTK) düzenlenmiştir. Hakkında taksirle yaralama suçundan hüküm kurulan fail, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmışsa, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, icra ettiği mesleği yapmaktan yasaklanabilecektir. Yasaklama, verilen hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve cezanın tamamen infazının ardından süre itibarıyla işlemeye başlar (TCK m.53/6).

KTK m.119/2’ye göre, bu Kanun’da sayılan suçlardan başka diğer kanunlarda yer alan suçlardan mahkûmiyet hilalinde “mahkemece ceza süresini geçmemek üzere geçici olarak sürücü belgelerinin geri alınmasına da karar verilebilir”. Burada söz konusu olabilecek diğer kanunların başında TCK gelmektedir. KTK m. 119/2 ile ceza kanundaki herhangi bir suç nedeniyle mahkûmiyet halinde sürücü belgesinin geri alınması konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu suçlar kasten işlenmiş bir suç olabileceği gibi, taksirli suç da olabilir. Yine işlenen suç ile motorlu aracın kullanılması arasında bir bağlantının varlığı aranmamaktadır. Diğer taraftan hâkimin bu takdir yetkisini hangi kriteri göz önünde bulundurarak kullanacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. TCK m. 53/6 uyarınca sürücü belgesinin geri alınmasında iki kriter öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, işlenen suçun taksirli suç olması ve ikincisi de suçun trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenmiş olmasıdır. TCK m.. 53/6’daki sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin düzenleme, KTK m. 119/2’deki hükmün karşılığı oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak da somut olayda KTK m. 119/2 değil, TCK m.. 53/6’nın uygulanması gerekmektedir²⁵². Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: “Suç tarihi itibarıyla sürücü belgesinin 5237 sayılı TCK’nın 53/6. maddesi yerine, 2918 sayılı Yasanın 118/5. maddesi uyarınca geri alınmasına karar verilmesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”²⁵³. Aynı doğrultudaki bir diğer kararında da şöyle denilmektedir. “5237 sayılı TCK’nın 53/6. maddesinde sürücü belgesinin belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçlardan mahkûmiyet halinde geri alınabileceği düzenlendiğinden, hüküm fıkrasının ilgili bölümündeki “2918 Sayılı kanunun 119/2 maddesi gereğince sürücü belgesinin taktiren 1 yıl süreyle geri alınmasına,” ibaresinin hüküm fıkrasından çıkartılmasına karar verilmiştir”²⁵⁴.

Kanaatimizce taksirle yaralama suçlarındaki sürücü belgesinin geri alınması ile meslek ve sanatın icrasının yasaklanmasına ilişkin TCK m. 53/6’daki düzenleme güvenlik tedbiridir. Çünkü, kanun bu yaptırımını güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlemiştir. Failin

251 Turhan, F, “Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu Ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam Ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4, s. 186.

252 Turhan, a.g.m, s. 188.

253 Yargıtay, 9. C. D, 21.5.2007 tarihli, 9239/4368 sayılı kararı.

254 Yargıtay, 1. C. D, 24.12.2009 tarihli, 2009/9910 esas ve 2009/8098 sayılı kararı.

araç kullanmaya devam etmesi veya meslek ve sanatını icraya devam etmesi halinde aynı nitelikte suçlar işleyebileceği korkusuyla failin tehlikelilik hali gözetilerek uygulanan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırım ile objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin uyarılması öngörülmüştür. Yasaklama ve geri alma, verilen hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girip, cezanın tamamen infazının ardından sürenin işlemeye başlaması da bu yaptırımların güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir.

Taksirle yaralamaya neden olma suçlarında hak yoksunluklarının özellikleri şunlardır:

1. İşlenen suç, bir meslek veya sanatının gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalı veya trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalıdır. Taksirin, basit veya bilinçli olması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de bu fıkra uygulanabilir. Ancak bu ayırım, hak yoksunluğunun süresinin belirlenmesinde ölçüt olabilir.

2. Taksirli suçtan dolayı bir mahkûmiyet veriliyor olması gerekir. Bu mahkûmiyet hapis cezasına mahkûmiyet olabileceği gibi, para cezasına mahkûmiyet de olabilir.

3. Mahkemece 3 aydan az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere hak yoksunluğuna hükmedilebilecektir. Bu süre taksirin yoğunluğu, olayın oluş ve işleyiş şekliyle, zararın ağırlığına göre belirlenecektir.

4. Failin, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilecektir. Sanığın mesleği şoförlük değilse şoförlük meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilemez. Ancak sanık doktor ise, mesleğinin gerektirdiği objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadan ameliyat yapması neticesinde, hastanın yaralanmasına sebep olmuşsa, bu durumda taksirle yaralamaya neden olduğu için doktor hakkında TCK 53/6 maddesindeki meslek ve sanatın yasaklanmasına karar verilebilecektir.

5. Trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ise, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilecektir.

6. Mahkemece hak yoksunluğuna karar verme zorunlu değil, takdiridir. Hâkim hak yoksunluğuna hükmedeceği gibi, hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına da karar verebilir. Bu husus takdire bağlıdır. Ancak bu konudaki hâkim kararı, hükme mutlaka yazılmalıdır. Hâkim, buradaki hak yoksunluğunun süresini de belirleyecektir.

Trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan dolayı hükmedilen cezanın ertelenmiş olmasının, 5237 sayılı TCK'nın 53/6. maddesi uyarınca sürücü belgesinin geri alınmasına engel oluşturmamaktadır.

3. Zamanaşımı

Taksirle yaralama suçunda dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla on iki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

4. Soruşturma Yöntemi

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete

bağlıdır (TCK m.89/5). Ancak, bu suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde, durum farklı olacaktır. Yasa'da yapılan değişikliğe göre, taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçunun basit haline ilişkin TCK'nın 89/1 hükmünün, bilinçli taksirle ihlâl edilmesi halinde, suçun takibi şikâyete bağlıdır²⁵⁵. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir;” Suç bilinçli taksirle işlenmiş olsa bile mağdurların basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmalarına neden olan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın hükümden sonra yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunla değişik 89/5. maddesi kapsamında şikâyete tabi olup, mağdurların şikâyetçi olmamaları nedeniyle sanık hakkında açılan davanın düşürülmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmektedir”²⁵⁶. Bunun dışındaki hallere bilinçli taksirle sebebiyet verildiğinde ise suçun takibi, re'sen gerçekleştirilecektir (TCK m.89/5).

Eğer taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu görev sebebiyle işlenirse 4483 sayılı yasa gereğince izne bağlıdır. Eğer soruşturma aşamasında izin alınmamış ise mahkemece durma kararı verilerek soruşturma izni idareden istenir²⁵⁷. Sanıklardan birinin belediye başkanı olması halinde diğer sanıklar da aynı soruşturma yöntemine tabidir²⁵⁸. Suçun bir doktor tarafından işlenmesi halinde 1219 sayılı yasanın 75. maddesi uyarınca mesleki kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunluluğu Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kaldırılmış olup, genel kovuşturma hükümlerine tabi kılınmıştır. Kamu görevlisinin ihmali sonucu meydana gelen yaralama olaylarında eğer taksirle yaralama suçunun unsurları gerçekleşmişse, eylem taksirle yaralama olarak nitelendirilecektir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 89. maddesinde düzenlenen ve sanığın eylemine uyan taksirle yaralama eyleminin aynı maddenin 5. fıkrası gereğince bilinçli taksir hali hariç olmak üzere soruşturulması ve kavuşturulmasının şikâyete bağlıdır. Mağdurun şikâyetçi olması karşısında aynı kanunun 73. maddesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması gerekir.

Uzlaşma işlemi şüpheli veya sanık lehine olduğundan 765 sayılı TCK döneminde işlenen suçlar bakımından da uygulanmalıdır. Yargıtay'da temyizde bulunan dosyalar uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek bozulmaktadır. Çünkü 12.10.2004 gün ve 25611 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237

255 6.12.2006 Gün ve 5560 sayılı Yasa m.5 (RG 19.12.2006, No.26381).

256 Yargıtay, 9. C. D, 6.4.2010 tarihli, 2008/12210 esas ve 2010/3955 sayılı kararı.

257 Sanığın, olay tarihinde Karayolları 8. Bölge Müdürlüğü Asfalt Başmühendisliğine bağlı 1 no'lu Asfalt Şantiyesi Şefliğinde karayolu görevlisi bulunması karşısında; 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun” kapsamında bulunup bulunmadığı araştırılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay, 9.C.D. 26.11.2007 tarihli 2007/9931 esas ve 8597 sayılı kararı; aynı doğrultudaki bir diğer kararında” Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadığı araştırılarak hakkında 4483 sayılı Yasa uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediği tartışılıp değerlendirilmeden yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay, 9.CD. 26.11.2007 tarihli,2007/3269 esas ve 8606 sayılı kararı.

258 “Sanıklardan Zehra, Şaban ve İbrahim'in yapılan işin niteliği de dikkate alınıp konum ve statüleri araştırılarak sonucuna göre belediye başkanı olan sanık Hikmet Karaaslan ile birlikte haklarında 4483 sayılı Yasa uyarınca işlem yapılması gerekirken, duruşmaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”(9.CD. 26.4.2006 T, E:363 - K:2427).

Sayıli Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklinde düzenleme yapılmış, 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Sekli Hakkında Kanunun 9. maddesinde ise, lehe olan hükümlerin uygulanması usulleri belirlenmiş, bu kanunun 12. maddesi ile de 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yargılamanın nasıl yapılacağına ilişkin kurallar yeniden düzenlenmiş, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18. maddesi ile de, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Taksirle yaralamaya sebebiyet verilmesi, hem basit taksir hem de bilinçli taksir halleri uzlaşma kapsamındaki suçlardandır (CMK m.253/l-b)²⁵⁹. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı veya onun talimatı üzerine adli kolluk görevlileri, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene, uzlaşma teklifinde bulunurlar. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi yasal temsilcilerine yapılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmek zorundadır. Aksi halde, teklifi reddetmiş sayılır. Birden fazla mağdur bulunan hallerde, tümünün uzlaşmayı kabul etmesi aranır. Kamu davası açıldıktan sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğu ortaya çıkarsa, uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından yapılır (CMK m. 253).

VI. SONUÇ

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu, kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup, fail yaralama sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir. Kusurluluk türünün farklı olması, taksirle yaralamanın, kasten yaralama yanında bağımsız bir suç olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Taksirle insan yaralamada, kasten insan yaralamadan farklı olarak, failde yaralama neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle öngörülebilir ve önlenilebilir yaralama neticesini öngörmediği ve önlemediği için, gerçekleşen yaralama neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Taksirle yaralama neticesinde vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Ancak, bu durumda da organın işlevinin zayıflaması değil, işlevin yitirilmesi söz konusudur. Çünkü yasada duyu ve organlardan birinin işlevinden söz edilmektedir. Dişler konusunda ise, mağdurun yaralanma öncesi ve sonrasındaki diş fonksiyonlarının birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Dişlerden sadece biri bile kırılırsa, eğer çiğneme ya da kelimeleri telaffuz edebilme yeteneğini azaltmış ise, ağırlatıcı halin uygulanması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda kasten yaralama suçunda; kırılan kemiğin mağdurun günlük hayatını etkileme niteliğine ve derecesine göre ayırım yapılmasına rağmen, taksirle yaralama

259 Bkz. 6.12.2006 Gün ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun m.24-25 (RG 19.12.2006, No.26381).

suretiyle kemik kırılmasının mağdurun yaşam fonksiyonlarına etkisi, cezayı ağırlaştırma oranı bakımından dikkate alınmaması eşitliğe ve ceza adaletine aykırılık oluşturmaktadır. Mahkemece ceza bireyselleştirilirken kırığın ağırlığı ve mağdurun günlük hayatını etkileme derecesi göz önünde tutulmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nda yaşam tehlikesi, yaralanma sonrasında mağdurda oluşan patolojik durumun değerlendirilmesi sonucu belirlenir. Mağdurun sonradan iyileşmesi nedeniyle yaşam tehlikesi ortadan kalksa dahi, adli raporda yaralanmanın yaşam tehlikesine yol açtığı belirtilmelidir. Adli raporda yaşam tehlikesinin hangi nedene dayandığı gerekçesi ile açıklanmalıdır. Diğer taraftan yaşam tehlikesinin varlığı teorik olarak değil, somut olayda mağdurun durumuna göre saptanmalıdır. Mağdurun bedeninde meydana gelen yaranın derinliği, yeri, niteliği, şiddeti, hayati organların işleyişinde yarattığı etki mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olabilir. Mağdurun karşı karşıya kaldığı yaşam tehlikesini ortadan kaldırmak için sözgelimi bacağına kesilmesi halinde organ işlevinin yitilmesi söz konusu olduğu için TCK 89/2-e değil, 89/3-b maddesinin uygulanması gerekir. Uygulamada yaşam tehlikesinin hangi sebeplerle oluştuğu yönünde gerekçeli raporlar düzenlenmemekte olup, özellikle adli tıp uzmanı olmayan doktorlarca hayati tehlike bulunabileceği olasılığına dayanılarak bu tehlikenin oluştuğu yolunda rapor düzenlenmektedir. Bunun yerine, yaşam tehlikesinin varlığını gösteren bulguların olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre rapor düzenlenmelidir. Çünkü şüphelinin tutuklamaya sevk edilip edilmeyeceği bu raporlara göre belirleneceğinden suçun niteliğinin tespiti için bu raporların içeriği çok önemli olduğundan bu konularda adli rapor düzenleyen tüm doktorların eğitilmesi gerekmektedir.

5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak öngörmüş olup, maddede belirtilen neticenin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilmelidir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi Yargıtay kararları ile netleşecek olup, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin yaralanması sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 22/6 maddesi olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde uygulanması için kanun koyucunun akrabalığın sınırlarını Medeni Kanun anlamında üstsoy, altsoy ve evlilik ilişkisini kapsar şekilde düzenleme yapması gerekmektedir. Kaldı ki taksirli eylem sonucu zarar verilen kişinin sanığın akrabası olması da gerekmez. Çünkü failin birlikte yaşadığı kişiler ile olan ilişkileri veya yakın arkadaşlık ilişkileri de ailevi ilişkiler kadar faili etkileyebilir. TCK'nın 22/6'da yapılacak yasal düzenleme ile yakınlığı sadece Medeni Kanun anlamında yakınlık olarak değil, örneğin kişinin metresi, imam nikâhlı eşi veya nişanlısı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre failin artık ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede zarar görüp görmediğine ve olayın işleyiş şekline bakmak gerekir.

Failin neticesi failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde etkisi olmayan ya da bunlarla birlikte başka neticelerin de meydana gelmesine yol açmışsa, bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Söz gelimi, failin yaptığı taksirli hareket kendi çocuğunun ölümüyle birlikte bir başka kişinin de yaralanmasına yol açmışsa, fail başkalarının gördüğü zararlı netice bakımından bu fıkradaki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır. Örneğin, fail

eşiyile birlikte seyahat ederken kaza yapar, hem eşi hem de karşı taraftan biri yaralanırsa, bu durumda m. 22/6 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, fail yaralanan yakını bakımından koşulları oluşmuşsa ceza almaz, ancak karşı taraftaki kişiye yönelik eylemi sebebiyle taksirle yaralamadan sorumlu olur. Çünkü yaralanmaya neden olma eylemi bir bütün olup, bölünemez. 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin birinci cümlesinin uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmesinin öngörüldüğü, olayda ise failin eşi ile birlikte ayrıca diğer araç sürücüsünün yaralandığı, bu itibarla da anılan maddenin öngörülen koşulların oluşmadığı kabul edilmelidir.

Cumhuriyet Savcısı veya Hâkim, zarara uğrayan kişi ile fail arasındaki ilişkiyi, sosyal durumlarını, olayın oluş ve işleyiş şeklini, failin eyleminin tehlikelilik halini birlikte dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır. Basit taksir halinde Cumhuriyet Savcısı olay nedeniyle failin yeterince zarar gördüğü kanısında ise ortada bir kişisel cezazsızlık nedeni söz konusu olduğu için CMK m. 171 uyarınca kendisine tanınan kamu davası açıp açmamak şeklindeki takdir yetkisini kullanacaktır. Bilinçli taksir halinde ise fail bu cezazsızlık nedeninden yaralanamayacağı için Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmak zorundadır. Fail ancak ceza indiriminden yararlanabilir. Kaldı ki, taksirle yaralama suçları bilinçli taksirle yaralamaların nitelikli halleri hariç, mağdurun şikâyetine tabi olduğundan mağdurun bu yöndeki beyanı da gözetilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Eğer suç dava konusu olmuş ise, basit taksirle işlenen suçlarda, şahsi cezazsızlık sebebinin şartlarının gerçekleşmesi halinde, faile ceza verilmeyecektir. Hâkim her ne kadar şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir edecekse de, şartların gerçekleşmesi halinde artık cezaya hükmedemeyecektir. TCK 22/6 maddesinin uygulandığı hallerde, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yasaya aykırıdır.

Taksirle işlenen suçlarda suç işleme kararı ve düşünüp öngörülerek istenmiş bir netice de olmadığı için, bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu sebeple taksirle yaralamaya neden olma suçu teşebbüse elverişli değildir.

Taksirle yaralama suçunda iştirak söz konusu değildir. Çünkü iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suç işleme kararı ve suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekir. Bu nedenlerle suça iştirak için, iştirak iradesinin bulunması gerektiğinden taksirli yaralama suçuna, iştirak olmaz. Ancak, taksirle yaralama suçunun birkaç kişi ile beraber ve suça birlikte sebebiyet verilmesinden söz edilebilir. Böyle bir durumda da her fail kendi taksirinden dolayı sorumlu olacaktır.

Taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçu açısından kanunda özel bir içtima hükmü bulunmaktadır. Buna göre, failin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hallerinde, faile verilecek cezanın alt ve üst sınırları ağırlaştırılmıştır.

Taksirle genel tehlike yaratan suçun işlenmesi sonucu kişiler yaralanabilir. Bu durumda hem tehlike suçu hem de taksirle yaralama suçu oluşur. Ancak, bu gibi durumlarda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilir. Tehlike suçunun kasten işlenmesi halinde de kişilerin hayati ve vücut bütünlüğü bakımından bir zarar ortaya çıkabilir; yani yaralama veya yaralanmalar meydana gelebilir. Bu zararlı neticeler kasten meydana getirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir. Örneğin, failin kastı yangın çıkarmaktır, ancak yangın sonucunda bir ya da birkaç

kişi yaralanabilir. Fail kişilerin yaralanabileceğini bilip istemiş ise zaten sorun yoktur; bu neticeler bakımından kasten sorumlu tutulur. Bu neticeleri öngörmesine rağmen neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak hareket etmiş ise olası kast hükümlerine göre sorumlu tutulur. Fail yangını kasten çıkarmasına rağmen, bu yangın neticesinde kişilerin yaralanabileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş olabilir. İşte bu durumda meydana gelen yaralama neticesi bakımından failin taksiri söz konusudur ve fail meydana gelen yaralama neticesinden taksiri nedeniyle sorumlu tutulur. Bu gibi durumlarda fail her iki suçtan değil, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Taksirle adam yaralama suçları başka suçlarla içtima edebilir. Taksirle yaralama suçları en çok araçların tehlikeli şekilde kullanılması sonucu meydana gelmektedir. Araçların kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde kullanılması sonucu bir veya birkaç kişinin yaralanmasına neden olduğunda hem taksirle yaralama suçu, hem de genel tehlike yaratan bir suç işlenmiş olacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca faile en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının verilmesi ile yetinilecektir.

Kamu görevlisinin görevini ihmal etmesi sonucu meydana gelen yaralama olaylarında eğer taksirle yaralama suçunun unsurları gerçekleşmişse, eylem taksirle yaralama olarak nitelendirilecektir.

KAYNAKÇA

YAZILI KAYNAKLAR

Aydın, Devrim: Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y:2006, S1.

Artuç, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008

Artuk, Mehmet Emin/Çınar, Ali Rıza: “Yeni Bir Ceza kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler” Türk Ceza Kanunu Reformu 2.kitapMakaleler, Görüşler, Raporlar, derTeman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeni dünya, A.Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş, 2.Bası, Turhan kitapevi, Ankara 2006

Centel, Nur: “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

Çakmut (Yenerer) Özlem/Çakmut, Alp: “Taksir Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C:76, S:2 Y:2002.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005

Donay, Süheyl/Kaşıkçı, Mahmut: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

Dönmezer, Sulhi: Kişilere ve Mallara karşı İşlenen Suçlar İstanbul.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983.

Erem, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.

Erem, Faruk/Danişman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.

Erman, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1994.

Hafizoğulları, Zeki: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk” Polis Dergisi, Yıl 11, Sayıl 44.

Hakeri, Hakan: “İhmali Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi S4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçlarının Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Gök, Şemsi/Akyol, Selman/Kolusayın, Özdemir, R.: Kişilerin Vücut Bütünlüğünde Oluşturulan Zararların Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu Yayınları, İstanbul 1978,

Hakeri, Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

İçel, Kayhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İçel, Kayhan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22–26 Mart 1976, İstanbul, 1977.

İçel, Kayhan/Evik, A. Hakan: İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

İçel, Kayhan/Akıncı Sokullu, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih/Ünver, Yener: Suç Teorisi, 2.kitap Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

Jescheck, Hans, Heinrich: Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), Beta Yayıncılık, İstanbul 1989.

Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Kelsen, Hans: “Nedensellik ve İsnadiyet” (çev. Zeki Hafizoğulları) AÜHFD. C.XXXV. S1–4.

Keskin, Kadri: Taksirle Ölüm ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.

Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Katoğlu, Turgut: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003

Koçer, Kenan: Ağırlaşmış Müessir Fiil İle İlgili Adli Tıp Kurumu'nda Uygulanan Kistaslar Üzerine Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999,

Önder, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

Özbek, Veli Özer: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi S4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.

Özbek, Veli Özer: TCK. İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Özgenç, İzzet: “Bilinçli Taksir”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin yayıncılık, Ankara 2005.

Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 8.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: Kast ve Taksir, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 2005.

Roxin, Claus/İsfen, Osman: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri" (çev. Osman İsfen), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005

Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1994.

Şen, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Taner, Tahir: Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul 1949.

Tezcan Durmuş Erdem, Mustafa Ruhan: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.

Tezcan, D/Erdem, R, M/Önok, M. R.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

Toroslu, Nevzat Ersoy, Yüksel: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı" Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları, Ankara 2004.

Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı" Türk Ceza Kanunu Reformu, 2.Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, DerTeoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.

Turhan, Faruk: "Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu Ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam Ve Koşulları

Üzerine Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4.

Ünver, Yener: "YTCK'da Kusurluluk", Ceza Hukuku Dergisi S1, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006.

Ünver, Yener: "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

Ünver, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

Ünver, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Üzülmüş, İlhan: Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara 2003, s. 5

Yarsuvat Duygun: "Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar " Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S2.

Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Erdoğan/Bülbül, Erdoğan/Kocasalak, Ümit/Aksoy; Eylem E/Memiş, Pınar/Kurt, Gülşah Tansuğ, Çağla/Yılmaz, Didem: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan, Tahsin/Artuç, Mustafa Türk: Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yüce, Turhan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri, C1, Şafak Yayınevi, Manisa 1982.

Yetim, Servet: "Kasten Yaralama Suçları Bağlamında Adli Tıp Açısından Duyu ve Organ İşlevinin Sürekli Zayıflaması ve Yitirilmesi Ayrımı", İBD 80, 3 (2006), s.1058

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Advanced Topics in The Law of Homicide/Intention 2006. Retrieved February. From. <http://www.Faculty.ncwc.edu/toconnor/293/lecto8.htm>.

Akman, Mustafa: Taksirle Öldürme, <http://www.turkhukuksitesi.com>,

Bayoğlu, Selman: Trafik Kazalarında Bilinçli Taksir, <http://www.selbay.itu.edu.tr>.

Hafizoğulları, Zeki: Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.baskent.edu.tr/n/zekih/bolum2.ders>.

Hafizoğulları, Zeki: Hukuka Uygunluk Nedenleri, www.abchukuk@yahoo.com.

Kazancı İçtihat Bankası: www.kazanci.com.tr.

www.adalet-org.tr.

www.adana.adalet.gov.tr.

Yaşar, Yusuf: Tekerrür Çeşitleri-TCK Sistemi www.e-akademi.ore/makaleler/wasar-2.htm., erişim 05.06.2009.

Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi http://www.atk.gov.tr/jedi/yeni_tck.mht.

AVRUPA İLAMSIZ İCRA TAKİBİ*

The European Order for Payment Procedure

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**
Çev.: Dr. Cenk AKİL***

ÖZ

Avrupa İlâmsız İcra Usulü, hukuki ve ticari sınır aşan hukuki işlemlerden doğan para alacaklarını hükme bağlatma ve icra ettirme imkânı sağlamaktadır. Söz konusu usulde kullanılmak üzere tüm talepler, beyanları ve kararlar için matbu formlar çıkarılmıştır. Avrupa ilamsız icra usulü tek derecelidir. Zira mahkeme kararı olarak sadece Avrupa Ödeme Emri tebliğ edilmek zorundadır. Ödeme emrine karşı, karşı tarafın elindeki tek imkân itiraz etmek suretiyle uyumsuzluğun davaya dönüşmesini sağlayabilmektir. Böylelikle Avrupa İlamsız İcra Usulü, Alman İlamsız İcra Usulü'nden ayrılmakta ve daha hızlı işlemektedir. Avrupa Ödeme Emri, ek bir tanıma prosedürüne ihtiyaç duyulmaksızın üye tüm ülkelerde icra edilebilme özelliğine sahiptir.

ABSTRACT

European Procedure of Order for Payment Without Judgement provides the pecuniary claims arising from cross border legal transactions regarding civil and commercial law to be resolved and enforced. Printed forms including all the demands, statements and decisions have been issued in order to be used in the mentioned procedure. European Procedure of Order for Payment is one-staged. Because only the European Order for Payment has to be notified as the court decision. The only means which the opposite party has against the order for payment is to convert the dispute to a case by objection. In this way the European Procedure of Order for Payment differs from the German Procedure of Order for Payment and functions faster. The European Order for Payment has the feature of being enforced in all member states without a procedure of adoption.

* Bu tercüme hakem incelemesinden geçmiştir.

** Almanya'nın Giessen şehrinde bulunan Justus-Liebig Üniversitesi'nde Medeni Hukuk, İş Hukuku ve Medeni Usul Hukuku Kürsüsü Başkanı.

*** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anlatım Plânı: I. Giriş, II. Avrupa İlamı İcra Usulünün Hukuki Temelleri ve Amacı, III. Avrupa İlamı İcra Usulünün Uygulanma Alanı, 1. Hukuki ve Ticari İşlerde Sınır Ötesi Uyuşmazlıklar, 2. Belirli Para Alacakları, IV. Yetki, V. Usul, 1. Başvuru, a) İçerik, b) Şekil, c) İmza, Damga, d) Dil, e) Mahkeme Masrafları, 2. Taleplerin İncelenmesi, VI. Mahkeme Kararı, 1. Düzeltme İmkânı Tanınması, 2. Başvuruda Değişiklik Yapılmasının İstenmesi, 3. Başvurunun Reddi, 4. Avrupa Ödeme Emri Çıkartılması, VII. Avrupa Ödeme Emrinin Tebliği, 1. Borçluya Bilgi Verilmesi ve Haklarının Öğretilmesi, 2. Tebligatın Şekli ve Usulü, 3. Tebliğ ile Zamanaşımının Durması, VIII. Hukuki Çareler, 1. Avrupa Ödeme Emrine İtiraz Edilmesi, a) İtirazın Yapılması, b) İtirazdan Sonraki Usul, 2. İstisnai Hallerde Kontrol, a) İstisnai Hallerin Bulunma Şartları, b) Kontrol Usulü ve Karar, IX. İcra Edilebilirlik ve Tanıma, X. Cebri İcra, 1. Cebri İcra Çeşitleri, 2. İbrası Gereken Belgeler, 3. Cebri İcradan İmtina, 4. Cebri İcranın Sınırlandırılması ya da Reddi, XI. Özet

I. GİRİŞ

Çeşme’de düzenlenen 7. Türk Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı Dr. Haluk Konuralp’e ithaf edildi. Bu toplantı, ilamsız icra takibinin düzenleniş biçiminin Türkiye’de gerek bilimsel gerek politik tartışmalarda önemli bir yer işgal ettiğini gösterdi. Bundan dolayı, bu konuda Avrupa hukukunda yaşanan gelişmeler de Türk medeni usul hukukçuları bakımından dikkat çekici olabilir. Burada bahse konu olan Avrupa ödeme emrinin çıkartılabileceği Avrupa ilamsız icra usulüdür. Bu usul, Avrupa Birliği çapında uyum sağlanmış ilk yargılama yöntemidir.

II. AVRUPA İLÂMSIZ İCRA USULÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ VE AMACI

30.12.2006 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Komsiyonu’nun 1896/2006 sayılı Avrupa İlamı İcra Usulü Hakkında Tüzüğü (AİİT)¹ resmi gazetede yayımlandı² ve 31.12.2006 tarihinde yürürlüğe girdi (madde 33, cümle 1). Tüzüğün başlıca hükümleri üye devletler bakımından 12.12.2008 tarihinden itibaren doğrudan doğruya ve bağlayıcı olarak yürürlüğe girdi. Tüzüğün amacı yeknesak bir Avrupa ilamsız icra usulünün kabulüyle sınıraşan, çekişmesiz para alacaklarının ilâma bağlanması ve icrasının kolaylaştırılmasıdır (m. 1, 1/a, b). Avrupa ilamsız icra usulünün kabulüyle üye devletlerin iç hukuklarında kabul ettikleri ilamsız icra prosedürü ne ikame edilmiş ne de birleştirilmiştir³. Aksine, sadece talep sahibinin alacağının icrasını sağlaması için ek ve seçimlik bir alternatif hizmete sunulmuştur⁴. Alacaklı, sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından Avrupa ilamsız icra usulü ile ulusal hukuk uyarınca mümkün ülke dışı ilamsız icra usulü (Almanya’da AMUY m. 688, III yollamasıyla AVAG m. 32, I uyarınca) arasında seçim yapabilir (karş. AİİT m. 1, II).

Üye ülkeler açısından yeni bir ilam niteliğinde belgenin kabulü ile yeknesak bir usulün ihdas edilmesinin sebebi küçük ve orta ölçekteki işletmelerin iflasında ödemede yaşanan gecikmelerin önemli rol oynaması⁵ ve ilamsız icra konusunda ulusal hukukların farklı düzenlemeler öngörmeleri ve hepsinin aynı ölçüde etkin olmamasıdır. Sınıraşan

1 Avrupa İlamı İcra Tüzüğü (EuMVVO) için ayrıca kullanılan kısaltmalar: EuMahnVO, EG-MahnVO.

2 ABIEG M. L399, S.1.

3 AİİT Genel Gerekeşi, M. 10, c. 2.

4 AİİT Genel Gerekeşi, M. 10, c. 1.

5 Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101.

uyuşmazlıklar bakımından ulusal hukukların öngördüğü ilâmsız icra prosedürü sıklıkla ya caiz değildir ya da pratik değildir. Bundan dolayı, sınıraşan hukuki meselelerde etkin bir yargısal karara ulaşılması güçleşmiş ve Avrupa iç piyasasında rekabet tahrif edilmiştir⁶. İstenmeyen bu durum, Avrupa ilâmsız icra takibinin kabul edilmesiyle ortadan kaldırılabılır.

Ulusal yasa koyucular 12.12.2008 tarihine kadar Avrupa İlamsız İcra Usulü Hakkındaki Tüzük'ün icrası için iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Alman yasa koyucusu, bunu, Sınıraşan Alacakların İcrasının ve Tebliğinin İyileştirilmesi Hakkında Yasa'yı⁷ kabul etmekle yerine getirmiştir.

III. AVRUPA İLÂMSIZ İCRA USULÜNÜN UYGULANMA ALANI

1. Hukuki ve Ticari İşlerde Sınır Ötesi Uyuşmazlıklar

Avrupa İlamsız İcra Tüzüğü'nün 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Avrupa ilâmsız icra usulü sadece hukuki ve ticari işlerde sınıraşan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bunda yargı çeşidinin (örneğin, genel mahkemeler, iş mahkemeleri) önemi yoktur.

Avrupa İlamsız İcra Tüzüğü anlamında sınır ötesi hukuki meseleler, taraflardan en az birinin yerleşim yeri ya da mutad meskeni başvuru mahkemenin bulunduğu ülkeden başka bir üye ülkede ise mevcuttur (AİİT m. 3, I). Yerleşim yerinin ya da mutad mesken, Tüzük'ün⁸ 59, 60. maddeleri uyarınca AİİT m. 3, II'e göre tespit edilir. Tamamıyla ulusal hukuki meseleler hakkında AİİT uygulama alanı bulmaz.

Sınıraşan hukuki ve ticari işler bakımından, AİİT'nin uygulanmayacağına ilişkin pek çok istisna öngörülmüştür (m. 2, II). Bunlar, evlilik mal rejimine, miras hukukuna, iflas ve aciz tasfiyesine, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin meselelerdir. Geriye kalan hukuki işlerden ilke olarak sadece sözleşmesel borç ilişkilerinden kaynaklanan talepler Tüzük kapsamında kalmaktadır. Sözleşme dışı borç ilişkilerinden kaynaklanan talepler için sadece taraflar arasındaki bir sözleşmenin ya da borç ikrarının konusu ise ya da taşınmaz üzerindeki müşterek mülkiyetten kaynaklanmakta ise Avrupa ilâmsız icra usulü geçerlidir. Sözleşmesel ve sözleşme dışı taleplerin birbirinden ayırımı konusunda üye ülkelerde bugüne kadar müşterek bir kriter bulunamamıştır. Bu durum Avrupa ilamsız icra usulünün yeknesaklaştırılmasını büsbütün güçleştirmiştir⁹.

2. Belirli Para Alacakları

Başka bir sınırlandırma AİİT m. 4'den kaynaklanmaktadır. Buna göre, Avrupa ilâmsız icra usulü ancak miktar olarak belirli ve Avrupa ödeme emrinin çıkarılmasına yönelik müracaatın yapıldığı anda muaccel olan para alacaklarının icrası hakkında geçerlidir. Buna karşılık, Avrupa ilâmsız icra usulünde para alacakları bakımından bir üst sınır belirlenmemiştir.

6 AİİT Genel Gerekçesi m. 7 ve 8.

7 30.10.2008 tarihli Yasa, BGBl. I, 2122.

8 Avrupa Birliği Konseyi'nin Hukuki ve Ticari İşlerde Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 22.12.2000 tarih ve 44/2001 sayılı Tüzüğü.

9 Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101.

IV. YETKİ

AİİT m. 6, I uyarınca icra mahkemesinin uluslararası yetkisi ilke olarak Tüzük10 hükümlerine göre belirlenir. Bahsi geçen Tüzüğün 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yerleşim yeri üye ülkelerden birinin egemenlik alanı içinde bulunan bir kişiye karşı yapılacak takipler bakımından onun vatandaşlık durumuna bakılmaksızın üye ülkenin mahkemeleri yetkilidir. Fakat m. 3, I'ın m. 5-24'e yaptığı yollama nedeniyle başka bir mahkemenin yetkili olduğu sonucuna da varılabilir (örneğin, bir sözleşmenin icra yeri, haksız fiilin ika yeri gibi). Eğer ileri sürülen alacak, bir sözleşmeden kaynaklanmakta ve sözleşmenin borçlusu da bir tüketici konumunda ise bu durumda sadece tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu üye ülkenin mahkemeleri uluslararası yetkiye sahip sayılır (AİİT m. 6, II). Bu düzenleme, tüketicinin korunmasına hizmet etmektedir. Tüketici, başka bir üye ülkenin mahkemesi önünde savunma yapmaya zorlanamaz¹¹.

İcra mahkemesinin maddi bakımdan, yerel ve fonksiyonel yetkisi AİİT'de düzenlenmiştir. Bundan dolayı, bu yetkiler, mahkemeleri uluslararası yetkiye sahip üye ülkelerin ulusal hukukuna göre belirlenir. Alman hukukuna göre, geçenlerde ilave edilen AMUY m. 1087 uyarınca Berlin'de bulunan *Wedding* Sulh Hukuk Mahkemesi bu konuda münhasır yetkiye sahiptir. Söz konusu mahkeme, AMUY m. 689, II, c. 2 uyarınca Alman hukukuna göre yürütülecek tüm ilâmsız icra takipleri bakımından da yetkilidir. Ancak bunun için müracaat sahibi bakımından ülke içinde genel yetkili mahkemenin bulunmaması gerekir.

V. USUL

Avrupa ilâmsız icra usulü pek çok noktada Alman yabancı ilâmsız icra usulüne benzer şekilde tanzim edilmekle birlikte bazı konularda önemli farklılıklar göstermektedir.

1. Başvuru

Avrupa ilâmsız icra usulü ancak başvuru üzerine başlar. Başvuru için muhakkak Avrupa İlamısız İcra Tüzüğü'nün ekinde yer alan Örnek-A matbu formunun kullanılması gerekir (AİİT m. 7, I). Başvuruda bulunabilmek için avukat tutma zorunluluğu bulunmamaktadır (AİİT m. 24/a).

a) İçerik

Avrupa ödeme emrinin çıkarılabilmesi için usulüne uygun olarak talepte bulunulmalıdır. Başvuruda bulunması gereken zorunlu unsurların nelerden oluştuğu AİİT m. 7, II'de yer almaktadır. Buna göre, başvuru, diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki bilgileri içermek zorundadır:

- Alacağın miktarı (asıl alacak, faizler, sözleşme cezası ve masraflar),
- Alacağın istinat ettirildiği olay ve uyuşmazlık konusu hakkında bilgi,
- Alacağın mevcudiyetini ortaya koymaya yarayan delillerin nelerden ibaret olduğu.

Delillerin (örneğin senetler) eklenmesine gerek yoktur.

• Alacaklı ayrıca elinden geldiğince sahip olduğu bilgileri açıkladığı ve kasten verdiği hatalı bilgilerden dolayı menşe üye ülkenin hukukunda öngörülen yaptırımları kabul ettiğini beyan etmelidir (AİİT m. 7, III).

10 Avrupa Birliği Konseyi'nin Hukuki ve Ticari İşlerde Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 22.12.2000 tarih ve 44/2001 sayılı Tüzüğü.

11 Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101, 1102.

AIİT m. 7, IV uyarınca alacaklı, yapmış olduğu başvuruda mahkemeye karşı, borçlunun itirazı durumunda ilâmsız icranın genel mahkemeye devredilmesini reddettiğini açıklayabilir. Ancak o, daha sonra, ödeme emri çıkarılıncaya kadar da, bu beyanda bulunabilir.

b) Form

Başvuru bir dilekçeyle ya da menşe üye ülke hukukunda kabul edilen elektronik iletişim sistemiyle gerçekleştirilebilir (AIİT m. 7, V). Alman hukukunda (AMUY m. 1088), başvurunun makine vasıtasıyla okunabilir formda mahkemeye sunulabileceği öngörülmüştür. Makine yardımıyla icra edilecek ilâmsız icra usulünün Berlin’de bulunan münhasır yetkili Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi’nde ne zaman yürürlüğe gireceğini Berlin Eyalet Senatosu kabul edeceği tüzük ile tespit eder (AMUY m. 1088, II).

c) İmza, Damga

Başvuru imzalanmalıdır. Eğer başvuru elektronik olarak yapılıyorsa, başvuruya, İmza Yönetmeliği 12 m. 2/2 uyarınca elektronik imza eklenmelidir. Menşe üye ülke, kullanıcının kimliğinin kesin bir biçimde tespitini mümkün kılan alternatif bir elektronik iletişim sistemine sahip böyle bir imza gereksizdir (AIİT m. 7, VI).

d) Dil

Üye ülkelerinin tümünün dillerinde matbu formlar hazırlanmıştır. AIİT’de başvurunun belirli bir dilde yapılması zorunluluğu öngörülmemiştir. Bundan dolayı, burada belirleyici olan ulusal hukuklardır. Almanya’da MTY m. 184 geçerlidir. Buna göre mahkemelerde kullanılan dil Almancadır. Bundan dolayı caiz bir başvurudan bahsedilmek için formun Almanca doldurulması gerekir.

e) Mahkeme Masrafları

Avrupa ödeme emrinin çıkarılması için başvuru yapılırken tahakkuk eden mahkeme masraflarının da ödenmesi gerekir¹³. Bu sonuç, Alman hukuku bakımından, Mahkeme Masrafları Yasası m. 12, III’ün yollamasıyla 1110 Numaralı Tarifeden (Mahkeme Masrafları Yasası’nın 34. maddesi uyarınca ödenecek yarım harç en az 18 Avro tutmaktadır) çıkmaktadır.

2. BAŞVURUNUN İNCELENMESİ

İlâmsız icra yolu için başvuru mahkeme, başvurunun AIİT’nin düzenleme kapsamına girip girmediğini, kendisinin yetkili olup olmadığını ve AIİT m. 7’de öngörülmüş bulunan şekil şartlarının yerine getirilmiş olup olmadığını inceler (AIİT m. 8). Mahkeme, ayrıca, talebin haklı görünüp görünmediğini de (AIİT m. 8, c. 1) inceler. Bu, mahkemenin talebin haklı olup olmadığını¹⁴ isabetli olarak incelemesini mümkün kılar. Bununla Alman hukukundan farklı olarak, hukuki yerindelik incelemesinin mi kastedildiği¹⁵ yoksa salt akla yatkınlık (makullük) incelemesinin yeterli mi olduğu henüz açıklığa

12 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Yönetmeliği 13.12.1999 tarih ve 1999/93 sayılı Elektronik İmzanın Müşterek Çerçeve Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik.

13 AIİT Genel Gerekçesi m. 15.

14 AIİT Gerekçesi m. 16, c. 2.

15 Bu yönde: MünchKommZPO/Rauscher, 3. B., 2008; Anhang I zu Buch 11 Rn. 16 (hatta yerindelik denetiminden de fazlası); Zöller / Geimer, 27. B., 2009, EG-VO Europ. Mahnverfahren Art. 8 Rn. 1.

kavuşturulamamıştır. Burada inceleme kapsamının ne olacağının tespitinin her bir üye devlete bırakılması düşünülebilir¹⁶. Fakat bu düşüncenin, yeknesak bir Avrupa illamsız icra usulü ihdas edilmesi hedefiyle bağdaştırılması güçtür. Esas olarak formalitelere göre yürüyen makullük incelemesi lehine iki gerekçe ileri sürülebilir¹⁷: Öncelikle yargısal inceleme AİİT m. 8, II uyarınca otomatige bağlanmış bir usul çerçevesinde gerçekleştirilir; ikincisi Avrupa ödeme emri çıkartılmasına yönelik talebin reddi-şekli ve yargılama hukukuna ilişkin nedenler bir kenara bırakılırsa- ileri sürülen talebin açıkça haksız olması durumunda (AİİT m. 11, I/b) gündeme gelir. Her halükarda incelemenin bir hâkim tarafından yapılması zorunlu değildir¹⁸. Bu inceleme, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi (Yardımcı Adalet Memuru Yasası m. 20/7), bir Yardımcı Adalet Memuru tarafından da yerine getirilebilir.

VI. MAHKEMENİN KARARI

Avrupa ödeme emri çıkartılmasına yönelik talep hakkında verilen mahkeme kararı hakkında şu ihtimaller gündeme gelebilir:

1. Düzeltme İslah İmkânının Verilmesi

Eğer başvuru AİİT m. 7'de sayılan şekle ve içeriğe ilişkin tüm şartları karşılamıyorsa AİİT m. 9, özel bir düzeltme usulü öngörmüştür. Buna göre icra mahkemesi başvuruyu derhal reddedemez. Aksine o, alacaklıya, belirlediği uygun bir süre içerisinde başvurusunu tamamlaması ya da düzeltmesi için olanak tanır. Düzeltme yine matbu formlar ile yapılır. Bunun için mahkeme AİİT Ekindeki Örnek-B'yi kullanır.

2. Başvurunun Değiştirilmesi Daveti

Eğer başvuru koşulları sadece ileri sürülen talebin bir kısmı için karşılanmışsa, mahkeme, alacaklıyı bundan haberdar eder. Bunun için AİİT Ekinde yer alan Örnek-C kullanılır (AİİT m. 10, I). İcra mahkemesi, alacaklıdan, ödeme emrinde gösterilen kısmi meblağı kabul ya da reddetmesini ister. Alacaklı, cevabını matbu formu, mahkeme tarafından tayin edilen süre içerisinde mahkemeye geri göndermek suretiyle verir.

Alacaklı, mahkemenin önerisini kabul ederse, mahkeme, alacaklı tarafından kabul edilen meblağı esas alarak Avrupa ödeme emri çıkarır. Talebin geri kalan kısmının akıbeti üye ülkenin hukukuna göre tayin olunur. Buna karşılık, alacaklı, mahkemenin davetini reddeder ya da bu davete icabet etmez ise mahkeme, Avrupa ödeme emri çıkartılması talebini tamamıyla reddeder (AİİT m. 10, III). Alacaklıya kendisine gönderilen Örnek-C ile bu hukuki sonuç hakkında bilgi verilir. (AİİT m. 10, I, c. 2).

3. Başvurunun Reddi

AİİT m. 2, 3, 4, 6 ve 7'de sayılan şartlar (uygulanma alanı, uluslararası yetki, başvurunun şekil ve içeriği) yerine getirilmemişse, mahkeme, Avrupa ödeme emri çıkartılmasına yönelik talebi reddeder (AİİT m. 11, I, c. 1/a). İleri sürülen talebin açıkça haksız olması ya da alacaklının tayin edilen süre içerisinde gerekli düzeltmeyi yapmaması ya da başvurunun

16 Karş. Jennissen in Schuschke / Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. B., 2008, EuMahnVO Rn. 4; Rellermeier, Rpfleger 2009, 11, 13.

17 Sonuç itibarıyla bu yönde: Preuß, ZJP 112 (2009), 3, 7; Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101, 1106; Sujecki, NJW 2007, 1622, 1624.

18 AİİT Gerekçesi m. 16 c. 3.

değiştirilmesine yönelik mahkeme davetine süresi içinde icabet etmemesi hallerinde de Avrupa ödeme emri çıkartılmasına yönelik talep reddedilir (AİİT m. 11, I, c. 1/b-d). Alacaklıya ret sebepleri hakkında Ek IV uyarınca Örnek D ile bilgi verilir.

Başvurunun reddi kararına karşı gidilebilecek bir kanun yolu bulunmamaktadır (AİİT m. 11, II). Buna karşılık, ulusal hukukta aynı yargılama derecesi içerisinde denetim yolu öngörülmüşse bu yola başvurulabilir¹⁹. Nitekim bu yol, başvurunun bir Alman mahkemesi tarafından reddedilmesi durumunda (ki, bu mahkeme Berlin'de bulunan Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi'dir) gündeme gelecektir. Alman hukukunda karar, Yardımcı Adalet Memuru tarafından verilir (Yardımcı Adalet Memuru Yasası m. 20/7) ve buna karşı Yardımcı Adalet Memuru Yasası m. 11, II uyarınca itiraz edilebilir²⁰. Başvuru için tıpkı acil şikâyetinde olduğu gibi iki haftalık süre öngörülmüştür (Yardımcı Adalet Memuru Yasası m. 11, II, c. 1 yollamasıyla AMUY m. 569). Yardımcı Adalet Memuru, itirazı kabul edebilir; etmezse dosyayı karara bağlanmak üzere (ilk derece mahkemesi) hâkimine sunar. Hâkim, itirazı nihai olarak karara bağlar.

4. Avrupa Ödeme Emrinin Çıkartılması

Başvurunun incelenmesi sonucunda, duruma göre, AİİT m. 9, 10 uyarınca başvurunun tamamlanmasından, düzeltilmesinden ya da değiştirilmesinden sonra,

Başvuru, Avrupa ilâmsız icra usulünün uygulama alanına giriyorsa,

Mahkeme yetkili ise,

Başvuru şekil ve içerik olarak gerekli şartları taşıyorsa,

İleri sürülen talep açıkça haksız görünmüyorsa,

Mahkeme, Avrupa ödeme emri çıkartır (AİİT m. 12, I, c. 1). Ödeme emri kararı, mümkün olduğunca çabuk ve kural olarak, başvurunun yapılmasından itibaren 30 gün içerisinde verilir. Alacaklının başvuruyu düzeltmek ya da değiştirmek için ihtiyaç duyduğu süre bu mühlete dahil değildir (AİİT m. 12, I, c. 2). Avrupa ödeme emri için AİİT Ekindeki Örnek-E kullanılır.

VII. AVRUPA ÖDEME EMRİNİN TEBLİĞİ

Avrupa ödeme emri, başvuru formunun nüshası ve borçlunun muhtemel itirazı için (karş. AİİT m. 16, I) AİİT Ekindeki Örnek-F ile borçluya tebliğ edilir (AİİT m. 12, II).

1. Borçluya Bilgi Verilmesi ve Haklarının Öğretilmesi

Gönderilen başvuru formunda borçlu AİİT m. 12, III uyarınca ödeme emrinde yer alan meblağı alacaklıya ödemesi ya da menşe mahkemede 30 gün içerisinde Avrupa ödeme emrine itiraz edebileceği bildirilir. Bunun yanı sıra borçlu AİİT m. 12, IV uyarınca şu hususlar hakkında da bilgilendirilir:

Ödeme emrinin salt alacaklının verdiği bilgilere göre çıkartıldığını ve mahkeme tarafından kontrol edilmediği,

Ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda ödeme emrinin icra edilebilir hale geleceği,

İtiraz durumunda prosedürün, menşe üye ülkenin yetkili mahkemesince normal bir dava olarak görülmeye başlanacağı. Ancak bunun için alacaklının prosedürün sona ermesini

19 AİİT Gerekeşi m. 17.

20 Benzer şekilde: Rpfleger 2009, 11, 13.

açıkça talep etmemiş olması gerekir.

2. Tebliğin Şekli ve Usulü

Avrupa ödeme emrinin tebliği hususunda AİİT m. 13-15'te özel hükümler öngörülmüştür. AİİT m. 13 ve 14, I, esas olarak, tebligatın yapılacağı üye ülkenin tebligat hukukuna atıfta bulunmuştur. Bununla birlikte üye ülkelerin ulusal hukukundan sapan her durumda riayet edilmesi gereken asgari standartlar da tespit edilmiştir. AİİT m. 13 uyarınca esas olarak aşağıdaki tebligat usulleri gündeme gelecektir:

Borçlu teslim aldığı onaylaması karşılığında şahsen yapılan tebligat ya da yetkili kişiye tebligat yapıldığını gösterir alında belgesi.

Borçlunun teslim aldığı onayladığını gösteren belgenin iadesi karşılığında posta yoluyla tebligat ve

Borçlunun teslim aldığı onayladığını gösteren belgenin iadesi karşılığında elektronik tebligat.

AİİT m. 14'te hangi şartlar altında bir tebligatın istisnai olarak borçlunun teslim aldığı onayladığının ispatına gerek olmaksızın caiz olduğu düzenlenmiştir. AİİT m. 13'te düzenlenen tebliğ şekillerinde tam bir kesinlikle; AİİT m. 14'te düzenlenen tebliğ şekillerinde ise çok büyük bir olasılıkla tebliğ edilen yazılı belgenin muhataba gerçekten ulaştığını güvence altına alır²¹.

AİİT m. 15 borçlunun temsilcisine de tebligatı kabul etmiştir. Bu, örneğin, tüzel kişilerde ve borçlunun yasal temsilcisi ya da yetkili temsilcisi (örneğin, bir avukat) aracılığıyla temsil edildiği hallerde büyük öneme sahiptir²².

Borçlunun yerleşim yerinin bilinmemesi halinde, AMUY m. 185'te cevaz verildiği biçimde ilan tebligat yapılması AİİT m. 14, II uyarınca olanaksızdır. Bundan dolayı, geçenlerde kabul edilen AMUY m. 1089, I, c. 2 ile AMUY m. 185-188 hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Buna karşılık re'sen tebligat ilişkin AMUY'un diğer hükümleri (AMUY m. 166 vd.) AİİT m. 13-15 hükümlerinde öngörülmüş bulunan gerekliliklere uygun düşmektedir ve bundan dolayı, AMUY m. 1089, I, c. 1 uyarınca, Avrupa ödeme emrinin Almanya'da tebliğ edilmesinde de uygulama alanı bulacaktır. Eğer Almanya'da çıkartılan Avrupa ödeme emri başka bir üye ülkede tebliğ edilirse AMUY m. 1089, II uyarınca Avrupa Tebligat Tüzük'ünün²³ hükümleri ile AMUY m. 1068, I ve 1069, I'nin konuya ilişkin uyum hükümleri geçerli olacaktır.

3. Tebligat ile Zamanaşımının Durması

Avrupa ilâmsız icra usulüne başvurulmasının ileri sürülen talebin zamanaşımına uğramasına etkisi konusunda AİİT hiçbir hüküm ihtiva etmemektedir. Buna karşılık, Alman hukukuna göre Avrupa ödeme emrinin tebliği tıpkı AMUY uyarınca çıkarılan ilâmsız ödeme emrinde olduğu gibi ileri sürülen talep hakkında zamanaşımının durmasına yol açar (AMY m. 204, I/3).

21 AİİT Genel Gerekçesi m. 20.

22 AİİT Genel Gerekçesi m. 22.

23 VO (EG) M. 1393/2007.

VIII. HUKUKİ ÇARELER

Borçlunun başvurabileceği hukuki çareler şunlardır:

1. Avrupa Ödeme Emrine Karşı İtiraz

Borçlu, AİİT m. 16, I uyarınca menşe mahkeme nezdinde ödeme emrine karşı itiraz yoluna başvurabilir.

a) İtirazın Yapılması

İtiraz için AİİT Ekinde yer alan ve aynı zamanda Avrupa ödeme emri ile birlikte borçluya gönderilen Örnek-F kullanılır. Fakat mahkemeler, matbu form kullanılarak değil de bizzat yazılan dilekçeleri de kabul etmektedir²⁴. İtirazın, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 30 günlük süre içerisinde yapılması gerekir. Süre, itirazın, süresi içinde gönderilmesi durumunda da korunur. İtiraz, kâğıt formunda ya da menşe üye ülkede kabul edilen -elektronik yöntem de dâhil- iletişim araçlarıyla yapılabilir (AİİT m. 16, IV). İtiraz formu borçlu tarafından el ile ya da elektronik imza ile imzalanmalı ya da menşe üye ülke hukuku tarafından kabul edilen bir yöntem ile teşhisi mümkün kılınmalıdır (AİİT m. 16, V). İtiraz, gerekçelendirilmek zorunda değildir (AİİT m. 16, III). İtirazın yapılabilmesi için avukatla temsil mecburiyeti bulunmamaktadır (AİİT m. 24/b).

b) İtirazdan Sonraki Prosedür

Süresi içerisinde usulüne uygun olarak yapılmış bir itiraz üzerine ilâmsız icra prosedürü, otomatik olarak, menşe üye ülkesi mahkemesi nezdinde normal bir davaya dönüşür. Bunun için, Alman hukukundan farklı olarak (AMUY m. 696, I), özel bir talep gerekmemektedir. Alman hukukunda (AMUY m. 1090, I) itirazın bildirilmesi üzerine, mahkeme, alacaklıdan mahkeme tarafından belirlenen münasip bir süre içerisinde çekişmeli yargı için yetkili mahkemeyi göstermesini ister. Alacaklının yetkili mahkemeyi göstermesi üzerine ilâmsız icra mahkemesi dosyayı re'sen alacaklı tarafından gösterilen mahkemeye gönderir (AMUY m. 1090, II). Bu mahkemenin kendisinin yetkili olup olmadığını inceleme hakkı saklıdır. Eğer kendini yetkili görmezse, AMUY m. 281 uyarınca davacının başvurusu üzerine hukuki uyuşmazlığı yetkili mahkemeye gönderir. Davacı, dosyanın gönderilmesi için talepte bulunmazsa, dava, yetkisizlik nedeniyle caiz olmadığından reddedilir.

2. İstisnai Hallerde İnceleme

Borçlu, istisnai olarak itiraz süresinin geçmesinden sonra da ödeme emri çıkartan mahkemeye başvurarak onun itirazın incelenmesini talep edebilir (AİİT m. 20).

a) İstisnai Hallerin Mevcudiyeti İçin Aranılan Şartlar

Bu hukuki çare ancak istisnai üç halde caizdir:

AİİT m. 14 uyarınca yapılan tebliğ, borçlunun teslim aldığı ispatlanmaksızın yapılmışsa ve bu tebligat borçlunun kusuru olmaksızın, onun savunmasını yapabilmek için ihtiyaç duyacağı bir zamanda yapılmamışsa. Bu duruma tebligatın borçlunun posta kutusuna bırakılması ve borçlunun orada bulunmaması nedeniyle tebligattan zamanında haberdar olmaması örnek gösterilebilir²⁵.

24 AİİT Genel Gerekçesi m. 23.

25 Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101, 1104.

Borçlu, mücbir bir sebep ya da olağanüstü durumlar nedeniyle kusuru olmaksızın itirazda bulunamamışsa,

Avrupa ödeme emri, AİTT'de belirlenen şartlara nazaran ya da diğer olağanüstü durumlara binaen açıkça haksız olarak çıkarılmışsa (AİTT m. 20, II). Bu olağanüstü durumlara Avrupa ödeme emrinin, başvuru formundaki hatalı bilgilere dayanması hali de dâhildir²⁶.

b) Kontrol Usulü ve Karar

AMUY m. 1092, istisnai hallerde kabul edilen Avrupa ödeme emrinin kontrolüne yönelik talebe ilişkin uygulama hükümleri içermektedir. Bu cümleden olarak borçlunun ödeme emrinin kaldırılmasına yönelik vakıaları inandırıcı kılmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (inandırıcı kılma hakkında karşı. AMUY m. 294). Mahkeme kararını iptali kabil olmayan ara kararı ile verir. Karar, Yardımcı Adalet Memuru tarafından değil, hâkim tarafından verilir (Yardımcı Adalet Memuru Yasası m. 20/7).

Kontrol talebi hakkındaki kararın içeriği hakkında iki olanak mevcuttur: Eğer AİTT m. 20, I, II uyarınca istisnai olarak kabul edilmiş bulunan kontrol için gerekli şartlar mevcut değilse başvuru reddedilir. Bu takdirde Avrupa ödeme emri geçerliliğini korur (AİTT m. 20, III, c. 1).

Buna karşılık, mahkeme, kontrolü, AİTT m. 20, I, II'de zikredilen sebeplerden dolayı haklı bulursa, Avrupa ödeme emrinin hükümsüz olduğuna karar verir (AİTT m. 20, III, c. 2)²⁷. Böylelikle Avrupa ilâmsız icra prosedürü sona erer (AMUY m. 1093, III); yoksa çekişmeli yargıya dönüşmez.

AİTT m. 20'ye uygun olarak bir talepte bulunulursa, Alman hukukunda yetkili mahkeme AMUY m. 707 uyarınca cebri icrayı geçici olarak durdurabilir ya da cebri icrayı teminat gösterilmesine bağlayabilir ve hâlihazırda alınmış bulunan cebri icra tedbirlerini teminat karşılığında kaldırabilir (AMUY m. 1095, I).

IX. TENFİZ VE TANIMA

Süresi içinde itiraz edilmezse, mahkeme, gecikmeksizin Ek VII uyarınca Örnek-G'yi kullanmak suretiyle gecikmeksizin Avrupa ödeme emrinin icra edilebilir olduğunu açıklar (AİTT m. 18, I). Mahkeme tenfiz kararı vermeden önce 30 günlük itiraz süresine ek olarak, itirazın iletilmesi için gerekli görülen münasip bir süre daha bekler (karşı. AİTT m. 18, I). Çünkü 30 günlük süreye riayet etmek için itiraz dilekçesinin zamanında gönderilmesi yeterlidir. Bundan sonra icra edilebilirlik kararına karşı itiraz edilemez.

Tenfizi kabil Avrupa ödeme emri alacaklıya gönderilir (AİTT m. 18, III). Menşe üye ülkede icra edilebilir olduğu açıklanan Avrupa ödeme emri, AİTT m. 19 uyarınca ayrıca bir icra edilebilirlik kararı alınmaksızın başka bir üye ülkede de tanınabilir ve icra edilebilir. Tenfiz usulünden (yani, tenfiz kararının verildiği üye ülkedeki icra edilebilirliğe ilişkin davayı hadiseden) feragat Avrupa ilâmsız icra usulünün önemli bir özelliğidir. Bundan dolayı, alacaklı, her bir üye devlette olduğu gibi tenfiz kararını doğrudan icra organına sunabilir ve ondan bu kararın icrasını talep edebilir.

²⁶ AİTT Genel Gerekçesi m. 25; Avrupa Ödeme Emri'ndeki aşikâr hatalılık hali hakkında detaylı bilgi için bkz. Preuß, ZZZP 112 (2009), 3, 16 vd.

²⁷ Bu hukuki sonucun eleştirisi için bkz. Preuß, ZZZP 112 (2009), 3, 12 vd.

X. CEBRİ İCRA

Cebri icra usulü hakkında, cebri icranın gerçekleştirileceği üye devletlerin hukuku geçerlidir (AİİT m. 21, I). İcrası kabil Avrupa Ödeme emri, ilgili üye ülkede, adeta bizzat o ülkede cebri icrasına karar verilmiş bir karar gibi icra edilir. Fakat Almanya'da cebri icra için tenfiz şerhi gerekli değildir (AMUY m. 1093).

1. Cebri İcra Çeşitleri

Avrupa ödeme emrinin cebri icrasının konusunu her zaman bir para alacağı oluşturur. Bundan dolayı Alman cebri icra hukukunda aşağıdaki ihtimaller gündeme gelecektir:

Cismani zararlardan kaynaklanan alacaklardan dolayı yardımcı adalet memuru tarafından haciz konulması ve paraya çevrilmesi (AMUY m. 808 vd.).

Alacakların ve diğer malvarlığı değerlerinin icra mahkemesi tarafından haczi ve başka bir hesaba aktarılması (AMUY m. 829 vd.).

Taşınmazların icra mahkemesi tarafından açık artırmayla satılması ya da bizzat idaresi (AMUY m. 866, 869 ve ZVG).

Teminat ipoteğinin tapu dairesi tarafından tescili (AMUY m. 866-869).

2. İbrarı Gereken Belgeler

Başka bir üye ülkede cebri icra istenirse, alacaklı yetkili icra organına tenfiz şerhi verilen Avrupa ödeme emrinin bir nüshasını ve gereken hallerde onun cebri icra istenen üye ülkenin resmi diline tercümesini ibraz eder (AİİT m. 21, II/a,b). Her bir üye ülke kendi resmi dilinin yanı sıra başka bir resmi dilde yapılan tercüme de kabul edip etmediğini ayrıca düzenleyebilir. Almanya'da AMUY m. 1094 uyarınca, ödeme emrinin Almancaya yapılmış bir tercümesi ve bu tercümenin yetkili makam tarafından tasdik edilmesi gerekmektedir.

3. Cebri İcradan İmtina

AİİT m. 22 uyarınca belli durumlarda borçlunun talebi üzerine yetkili mahkeme tarafından (söz konusu mahkeme Almanya bakımından sulh hukuk mahkemesidir, AMUY m. 1096, I, c. 1; 1084, I) cebri icradan imtina edebilir.

Cebri icradan imtina öncelikle birbirine çelişik ilâmların bulunması, yani Avrupa ödeme emrinin daha önce verilmiş bir mahkeme kararına ya da daha önce çıkartılmış bir ödeme emrine aykırılık teşkil etmesi halinde gündeme gelir (AİİT m. 22, I). Çelişen kararın, cebri icranın yerine getirileceği üye ülkede tanıma için gerekli koşulları yerine getirmesi zorunludur. Ayrıca, söz konusu çelişkinin menşe üye ülkede henüz mahkeme önünde ileri sürülememiş olması da gerekir. Bundan dolayı, bu hal, borçlunun, çelişen hükmün mevcudiyetini en erken itiraz süresinin bitmesinden sonra öğrenmiş olmasını gerektirir²⁸.

Cebri icra, borçlunun, Avrupa ödeme emrinde yer alan meblağı alacaklıya ödemesiyle de sona erer (AİİT m. 22, II). Buna karşılık, Avrupa ödeme emri cebri icranın gerçekleştirileceği üye ülkede esas bakımından kontrol edilemez (AİİT m. 22, III). Cebri icradan imtina, ara kararıyla hüküm altına alınır (AMUY m. 1096, I, c. 1; 1084, II, c. 1).

Borçlu, Avrupa ödeme emrinde ilâma bağlanmış alacağın ödemededen başka bir sebeple sona erdiğini (örneğin, takas yoluyla) iddia etmekte ise o, Alman hukukuna göre AMUY m. 767 uyarınca icra takibine itiraz davası açmak zorundadır. Borçlunun itirazları ancak bu itirazlar Avrupa ödeme emrinin tebliğinden sonra ortaya çıkmışsa (AMUY m. 1096,

28 Röthel / Sparmann, WM 2007, 1101, 1105.

II; 1095, II) dikkate alınır. Aksi takdirde, bu itirazlar ortadan kalkar.

4. Cebri İcranın Sınırlandırılması ya da Erteleenmesi

Borçlu, AİİT m. 20'de düzenlenmiş bulunan istisnai hallerde kontrol talep ederse, yetkili mahkeme cebri icranın yerine getirileceği üye ülkede (bu, Almanya bakımından AİİT m. 20 uyarınca talep hakkında karar veren mahkemedir, AMUY m. 1095, I, c. 2), borçlunun talebi üzerine cebri icra prosedürünü teminat tedbirleriyle sınırlandırabileceği gibi (AİİT m. 23/a) alacaklının teminat göstermesine de bağlayabilir (AİİT m. 23/b) ya da olağanüstü durumlar söz konusu ise cebri icra prosedürünü erteleyebilir (AİİT m. 23/c). Mahkeme bu konuda ihtiyati tedbir kararı verir. Bu karara itiraz edilemez (AMUY m. 1096, I, c. 2; 1084, III).

XI. ÖZET

Avrupa ilâmsız icra usulü, alacaklı için, sınıraşan hukuki ve ticari işlerde alacağını ilâma bağlatmasını (Avrupa ödeme emri) ve bunun cebri icrasını sağlayan ek bir imkândır. Bu usul, tüm taleplerin, beyanların ve kararlar için önemli tüm dillerde hazırlanmış bulunan matbu formların kullanılması suretiyle kolaylaştırılmıştır. Avrupa ilâmsız icra usulü tek aşamalıdır. Çünkü bu usulde, Avrupa ödeme emri isimli tek bir mahkeme kararının tebliğ edilmesi söz konusudur. Bunun yanı sıra, borçlunun da hukuki çare olarak başvurabileceği tek bir itiraz yolu öngörülmüştür. İtiraz üzerine ilâmsız icra takibi dava haline gelmektedir. Böylelikle Avrupa ilâmsız icra usulü örneğin AMUY'un öngörmüş bulunduğu iki aşamalı ilâmsız icra usulünden (ilâmsız icra kararına karşı gidilen itiraz ve cebri icra kararına karşı gidilen itiraz) ayrılmaktadır. Prosedür, bu şekilde hızlandırılmıştır. Ayrıca tek aşamalı usul ile sınıraşan tebligatlarda tekrar tekrar yaşanabilecek hata riskleri de azaltılmıştır. Cebri icrası kabil Avrupa ödeme emri, tüm üye ülkelerde ek bir tanıma usulüne ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan doğruya uygulanmaya elverişli bir ilâmdır.

Avrupa ilâmsız icra usulünün uygulama tarafından benimsenip benimsenmeyeceği ve gerçekten hakların etkili bir şekilde hayata geçirilmesini sağlayıp sağlamayacağı zamanla görülecektir. AİİT m. 32 uyarınca bu prosedür değerlendirilmelidir. Avrupa Komisyonu, önümüzdeki yıl, Avrupa ilâmsız icra usulünün işleyip işlemediğini kontrol edecektir. Bu inceleme sonucunda hazırlanacak detaylı rapor, 12.12.2013 tarihine kadar Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu'na sunulacaktır. Gerekli görülürse bu rapora, AİİT'nin uyarlanmasına yönelik öneriler de eklenecektir. Bu anlamda Avrupa ilâmsız icra usulü, Avrupa düzeyinde uyum sağlanmış ilk deneme olarak nitelenebilir²⁹. En erken bu değerlendirme sonucunda Avrupa ilâmsız icra usulünün, üye ülkeler ile üçüncü ülkelerin ulusal ilâmsız icra usulleri için de model oluşturup oluşturamayacağı ortaya çıkacaktır.

29 Sujecki, NJW 2007, 1622, 1625.

KISALTMALAR CETVELİ

ABİEG: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften

B.: baskı

BGBI: Bundesgesetzblatt

Bkz.: bakınız

EG: Europäische Gemeinschaft

c.: cümle

EuMahnVO: Verordnung (EG) Nr 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung des Europäischen Mahnverfahrens vom 12.12.2006

Karş.: karşılaştırınız

m.: madde

MünchKommZPO: Münchener Kommentar zur Zivilpro-zessordnung

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

Nr.: Numara

Rn.: Randnummer

Rpfleger: Der Deutsche Rechtspfleger

S.: Seite

vd.: ve devamı

VO: Verordnung

WM: Wertpapier-Mitteilungen

ZZP: Zeitschrift für Zivilprozessrecht

ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU *

(TCK md 91-93)

Arş. Gör. Çağrı Kan AYDIN **

ÖZ

Organ ve doku nakli kişilik hakları ile yakından ilgili bir müdahale çeşididir. Bu müdahale çeşidi kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemeyerek hukuka uygun bir fiil olarak kabul edilmiştir. Son yıllarda organ ve doku ticareti yaygınlık kazanmıştır. Bu durum da yeni bir suç kategorisinin ortaya çıkma gereğini doğurmuştur. Bu suç Türk Ceza Kanunu'nun 91-93. maddeleri arasında ele alınarak yaptırma bağlanmıştır. Organ veya doku nakli suçu Türk Ceza Kanunu'nda ölü veya canlı kişiyi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu müdahale çeşidi ancak tıbbi ve yasal koşulları oluştuğunda kabul edilebilir. Bu makalede biz organ veya doku ticareti suçunun Türk Ceza Kanunu'ndaki yasal düzenlemelerini ele aldık. Aynı zamanda nakil türlerini, naklin yasal müdahale koşullarını araştırarak suçun tartışmalı noktalarına ışık tutmaya çalıştık.

Anahtar Sözcükler: Organ, doku, ticaret, nakil, kişilik hakları

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Nevşehir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Elemanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.

ORGAN OR TISSUE TRADE CRIME

ABSTRACT

Organ and tissue transportation is a kind of intervention which is closely related with personal rights. This kind of intervention is not accepted as a aggression to personel rights but instead confirming to lawful legal acts. In recent years organ and tissue transportation become widespread. A new category of crime emerged due to the essentialness. This crime is handled in article 91 to 93 of Turkish Penal Code. It is also imposed sanctions. Organ or tissue trade crime is organised to include from death or alive person in Turkish Penal Code. This intervention is just acceptable if it contains penal and medical conditions. In this article we analyse organ or tissue trade crime regulations in Turkish Penal Code. We also try to shed light to types of transportation, investigate legal conditions of intervention and debated points of criminal elements.
Keywords: *Organ, tissue, trade, transportation, personal rights.*

İLK SÖZ

Kuşkusuz geçtiğimiz ve içinde bulunduğumuz yüzyıla damgasını vuran, günümüzde ve gelecekte de insan yaşamı açısından sunulan ikinci bir yaşama şansı düşünüldüğünde önemini kaybetmeyecek gelişmelerden biri organ ve doku nakli ameliyatlarıdır.¹ Günümüzde tıp bilimi çerçevesinde organ ve dokular çeşitli şekillerde aktarılabilir. Organ ve doku nakilleri, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale çeşididir. Pek çok ülke düzenlemesinde ve Türkiye’de de kabul edildiği üzere, organ ve doku nakli, belli şartlar altında kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemiş ve yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.³ Önceleri geçerli olan “iyileştiren daima haklıdır”

1 DOUGLAS, Lisa, Organ Donation, Procurement and Transportation: The Process, The Problems, The Law, UMKC, Law Review, Volume:65:2,201 (1996-1997) <http://heinonline.org/HOL/PDF?Handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30%sectioncount=1&ext=.pdf>. (Erişim Tarihi 11.10.2009): Organ ve doku naklinde ortaya çıkan en temel sorun organ bağışının ve dolayısı ile organ naklinin yeterince yaygınlaşmamasıdır. Amerika’da yapılan bir ankette alınan sonuca göre, halkın % 70’i organlarını tamamen veya kısmen bağışlamaya istekli olduklarını ifade etmişlerdir. Ancak Amerikalılara aile üyelerinin birinin organlarını bağışlaması konusu sorulduğunda olumlu yanıt verenlerin yalnızca % 36 oranı ile sınırlı olduğu saptanmıştır. Oranlardaki bu belirgin farklılık, organ kıtlığının, organ bağışına karşı duyulan kamusal bir tepki veya itirazdan ötürü değil, ölen vericinin dileklerini yerine getirmede başarılı olamayan sistemden kaynaklandığını göstermektedir, <http://www.makaleler.com/oku-doku+ve+organ+nakli>, (Erişim Tarihi 21.12.2009) : İnsanda canlıdan ilk böbrek nakli 1947 de Boston’da gerçekleştirilmiştir. İlk başarılı kalp nakli ise 1967 yılında Dr. Christian Barnard tarafından gerçekleştirilmiştir. Türkiye’de organ nakli ilk defa 22 Kasım 1968’de Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi’nde Dr. Kemal Beyazıt tarafından yapılmış ancak hasta kaybedilmiştir. İlk başarılı organ nakli ise 3 Kasım 1975 yılında Dr. Mehmet Haberal ve ekibince Hacettepe Üniversitesi Hastanesi’nde bir anneden oğluna yapılan canlıdan canlıya böbrek nakli olmuştur. Bunu 1978 yılında eşdeğer ekibin kadavradan yaptığı ilk böbrek nakli izlemiştir.

2 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 216: Bunlar arasında kişinin kendi bedeninden kaynaklanan dokuların başka bir yere aktarılması (Ototog Transplantasyon), canlı veya ölü bir insandan alınan dokuların bir başkasına aktarılması (Alojen Transplantasyon) veya insan dışında bir canlıdan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin bedenine yerleştirilmesi (Kseno Transplantasyon) yer almaktadır.

3 ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 156.

tezi bugün artık tıp hukukunda geçerli değildir. Bugün tıp hukukunda tıbbi müdahalenin haklılığı için belirli koşullar aranmaktadır.⁴

Organ ve doku nakli yeterli sayıda organın bulunmaması, kültürel ve eğitimsel farklılıklar, ölen kişinin vücudundan bir organ alınırsa kişinin öteki dünyada sıkıntı çekeceği veya bunun din açısından sakıncalı olduğu yaygın fikri nedeniyle yeterince yapılamamaktadır. Organ sıkıntısı tüm dünyada yaygın olan bir sorun olunca, bunun yasal olmayan ticareti de başlamış, özellikle Rusya, Hindistan ve bazı Uzakdoğu ülkelerinde birtakım insanlar için bir “geçim kaynağı” olmuştur. Konunun bu derece güncel ve önemli olması cezai anlamda da düzenleme yapılmasını gerektirmiştir. Dünyadaki gelişmelerden bağımsız kalamayacak ülkemizde de “organ ticareti” organ mafyasının organize ettiği “yeni bir suç kategorisinin” ortaya çıkmasına yol açmış bu alanda önceleri 2238 Sayılı özel bir kanun olan Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanunla düzenleme altına alınan suç,⁵ en son olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 91 ila 93. maddeleri arasında düzenlenerek yaptırımı bağlanmıştır.⁶

I. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHÇESİ VE ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Tarihçe

Organ aktarması kavramına mitolojide rastlanmaktadır. Yunan mitolojisinde Medea isimli bir sihirbazın kan nakli suretiyle Anchise isimli ihtiyara gençlik ve kuvvet aşıladığı anlatılmaktadır. Efsanelerin yanısıra tarihi bilgiler de organ aktarımının yapıldığına işaret etmektedir. Hindistan’da bundan 2000 yıl önce yüzdaki kusurları örtmek için vücudun diğer kısımlarından alınan parçalar aktarılmış bunu kan, 1771’de dış, aynı yıllarda üreme sistemi aktarmaları izlemiştir.⁷

Günümüze geldiğinde ise alınan başarılı sonuçların zorlu bir gelişim sürecinin ürünü olduğunu ifade etmek mümkündür.⁸ 1967 yılında gerçekleştirilen kalp nakli ameliyatı ile

4 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 93.

5 EROL, Haydar, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 466.

6 “Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemini Tanıtım Sitesi”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, s.176,177. (Erişim Tarihi 19.12.2009) : TCK’nın 91. maddesinin gerekçesinde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiillerinin suç olarak tanımlandığı belirtilmekte hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’a herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır. Hukuken geçerli rıza olmaksızın organ alımı, TCK’nın 91. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, ölüden organ veya doku alımı ise hukuka aykırı olarak alınması durumunda yaptırımı bağlanmıştır. Ayrıca ticari bir içeriği ifade eden organ ve doku satın alma, satma, satımına aracılık etme de üçüncü fıkrada cezai yaptırımı bağlanmıştır. Yine dördüncü ve beşinci fıkralarda tanımlanan suçların örgüt faaliyeti içinde işlenmesi, altıncı ve yedinci fıkralarda da çıkar karşılığında işlenmesi ve tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmesi yaptırımı bağlanarak deontolojik anlamda insan hayatının ve organlarının ticari meta haline dönüştürülmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

7 BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 169, 170.

8 BAŞPINAR, Veysel, Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 208: Nakledilecek organın yeni organizma içinde yer alan damarlarla bağlantısının sağlanması ve böylece alıcının kan dolaşımı sistemine dahil edilmesi olasılığı doğduktan sonra tıp bilimi bu alana yoğun olarak eğilmeye başlamıştır. Özellikle böbrek nakli, araştırmaların merkezinde yer almıştır. İlk defa 1933 yılında Rusya’da 26 yaşında bir kadına bir ölüden alınan böbrek nakledilmiş, hasta nakilden 2 gün sonra

organ naklinde yeni bir çığır açılmıştır. Dr. Christian Barnard yönetiminde Cape Town'da gerçekleştirilen ameliyatta 24 yaşında trafik kazasında ölen bir kadının kalbi 54 yaşında bir erkeğe nakledilmiştir. Her ne kadar hasta 18 gün sonra ölmüş olsa bile bu iddialı müdahale bütün dünyada özellikle tıp ve hukuk camialarının uzun süre gündeminde kalmıştır.⁹

Organ nakli son derece önemli bir konu olmasına rağmen bugün itibarı ile ülkemizde gerekli olan seviyeye ulaşabilmiş değildir. İstatistiki veriler bu konuda Türkiye'nin gelişmiş ülkelerin ne kadar gerisinde kaldığını göstermeye yeterlidir.¹⁰

B. ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1. Doku

Çok hücreli canlılarda, fonksiyon ve yapı bakımından birbirine benzeyerek, anatomik olarak bütün oluşturan hücre, lif gibi unsurlardan oluşan yapıdır.¹¹

2. Organ

Dokuların bir araya gelerek anatomik ve işlevsel bir bütün oluşturduğu birimdir. Transplantasyonun konusu insanın vücuduna organik olarak bağlı bulunan doğal organlardır. Dolayısı ile yapay organlar transplantasyonun konusu olamaz.¹²

3. Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon) Kavramı

Transplantasyon kavramı etimolojik olarak trans ve plante kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur.¹³ Organ ve doku nakli öğretide değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Genel olarak organ veya doku nakli fonksiyon göremez hale gelmiş hücre, doku veya organın

ölmüştür. 1950 yılında Chicago'da yine bir ölüden böbrek nakli, 1952 yılında Paris'te canlı vericiden böbrek nakli ameliyatları gerçekleşmiş ancak her birinde hastalar kısa bir süre sonra ölmüştür. Bu sonuçlar organ nakli karşısındaki ikinci büyük engelin, nakledilen kişinin bağışıklık sisteminin yabancı organa karşı gösterdiği tepki olduğunu ortaya koymuştur. 1954'te Boston'da yapılan bir ameliyat ile 23 yaşındaki tek yumurta ikizlerinden birinin böbreğinin diğerine aktarılması organ nakli tarihinde ilk başarılı ameliyat sayılmaktadır. Bu ameliyat organ naklinin tedavi yöntemi olarak benimsenmesi ve bu alandaki araştırmaların sürdürülmesi açısından büyük bir teşvik olmuştur.

9 <http://www.cnnturk.com/2008/tarihte.bugun/12/03/tarihte.bugun.3.aralik/503048.0/index.html>, (Erişim Tarihi, 30.11.2009)

10 PARLAK, Şafak, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar, TBB. Dergisi, Sayı 83, Yıl 2009, s.189,190: Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre milyon nüfusa donör sayısı 25'tir. Dünya ortalamasına ilişkin veri bu olmakla beraber 2004 yılı rakamlarına göre, milyon nüfus başına kadavra donör sayıları İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken, bu rakam ülkemizde 2'dir. Sağlık Bakanlığı verilerine göre ülkemizde en çok nakli gerçekleştirilen organlar olan böbrek, karaciğer ve kalp nakillerinde bile ihtiyacın çok gerisinde kalmıştır. Üstelik bu konudaki ihtiyaç yıllara göre artan oranda devam ederken; organ bağışı yıllara göre artmakla beraber, aynı oranı yakalayabilmiş değildir. Mesela 1999 yılında 3220 hasta böbrek nakli için sırada beklerken, her yıl on bin hasta gerekli organ nakli yapılamadığından hayatını kaybetmektedir. <http://www.tekilhaber.com/?syf=Haber&kategori=Saglik&katid=7&id=1220&detay=16-bin-hasta-organ-bekliyor> (Erişim Tarihi 24.5.2009) : Yine 2008 yılında akciğer, böbrek ve kalp nakli bekleyen hasta sayısı 15 bin 787 iken; 2008'in ilk 8 ayında yine bu organlarda gerçekleşen nakil sayısı 1723 olmuştur.

11 ÇAKMUT- Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızasının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.1.

12 TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.159.

13 TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.159.

çıkarılarak yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir.¹⁴

29.5.1979 tarih ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁵un 1. maddesinde “Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.” denilerek yalnızca organ naklinin konusu sınırlı olarak tanımlanmış ancak “organ nakli” tanımlanmamıştır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinde¹⁶ ise “Organ ve doku nakli; terminal dönemdeki hastalıklarla mücadele amacı ile uygulanan organ ve doku nakli ameliyesini ifade eder.” şeklinde, Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarı Taslağı’nda ise nakil işlemi, “Vericiden alınan organ, doku veya hücrenin tedavi amacı ile alıcı vücudu ile bütünleştirilmesine yönelik tıbbi işlem”¹⁷ olarak tanımlanmıştır.

II. ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN HUKUKSAL TEMELİ VE KAPSAMI

Organ naklinin hukuka uygunluğu konusunun neye dayandırılacağı konusu önceleri oldukça problemleri bir konuydu. Organ ve doku nakli genel olarak hukuka uygunluk nedenleri arasında değerlendirilmekteydi.¹⁸ Bugün kanunun açıkça organ nakline izin veren düzenlemesi karşısında böyle bir tartışmaya artık gerek kalmamıştır. Organ ve doku nakli pek çok ülkeden önce Türkiye’de düzenlemeye kavuşturulmuş¹⁹ ve 1979 yılında tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölümlerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun çıkarılmış, yasaya aykırı davranmanın müeyyideleri ise, TCK’nın 91. maddesinde gösterilmiştir. TCK’nın 91-93. maddelerinde organ ve doku naklinin ve ticaretinin hangi hallerde suç sayılacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.²⁰ Bu düzenleme ile bireysel olarak kişilerin yaşam hakları, vücut bütünlükleri, irade hürriyetleri; genel olarak da insan

14 ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 103.

15 Metin içinde 2238 Sayılı Kanun OVDNHK olarak kısaltılmıştır.

16 <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-560/organ-ve-doku-nakli-hizmetleri-yonetmeli.html> (Erişim Tarihi 05.02.2011)

17 Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, md. 1-d, Metin için bakınız, Aydın, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

18 GÖKCEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Y. 2000, s. 64. Öğretide suçun unsurları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuka aykırılığı suçun ayrı bir unsuru kabul eden görüşler olduğu gibi; Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.144, ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 275. vd., ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 187 vd., CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 279 vd., Hukuka aykırılığı suçun ayrı bir unsuru olup, özü kabul eden bizim de katıldığımız görüş de bulunmaktadır, TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 70 vd.

19 Organ nakli ile ilgili kanun Avusturya’da 1982’de, Belçika’da 1986’da, İngiltere’de 1989’da, İtalya’da 1993’de , Rusya Federasyonu’nda 1992’de, Yunanistan’da ise 1989 yılında yürürlüğe girmiştir, GÖRKEY, Şefik, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, Tıbbi etik Yıllığı V, 16 Mart 1995’te Düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumu’nda Sunulan Bildiriler, (Yay. Terzioğlu, Arslan) İstanbul 1996, s. 33 vd.

20 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, s.198. (Erişim Tarihi 21.12.2009.) TCK m. 91’in gerekçesinde maddede hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiillerinin suç olarak tanımlandığı belirtilmiştir. Kanaatimizce madde başlığı ile gerekçenin birbiri ile örtüşmesi gerekirken, organ veya doku ticareti suçunun gerekçede “ve” olarak belirtilmesi her ne kadar gerekçeler bağlayıcı değilse de kanun yapma tekniği açısından yerinde olmamıştır.

onuru korunmaktadır.²¹

OVDNHK'nın 2. maddesinde kanunun kapsamı düzenlenmiştir.²² OVDNHK'da gerek canlılardan, gerekse ölülerden organ ve doku alınması, bunların başkasına aşılması ve nakli konuları düzenlenmiş ve dolayısı ile belirtilen şartlara uyulması kaydı ile bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle organ ve doku nakli *mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi* olarak girmiştir.²³ Organ ve doku nakli konusunda en önemli problemlerden biri, organ alımının ve naklinin hukuka uygun olup olmadığı konusudur. Özellikle hareketin ne zaman hukuka uygun, ne zaman hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda vericinin canlı veya ölü olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır.²⁴

Organ ve dokunun yalnızca yaşayan insandan değil, ölüden de alınabilmesi karşısında ölümün tespiti konusu da hukuki açıdan önem arz etmektedir. Bu noktada henüz ölmemiş hastanın hayati organı alınarak ölüme sebebiyet verilirse bu durumun suç oluşturacağı kuşkusuzdur. Bazı durumlarda kendisinden organ veya doku alınan kimseler intihar etmiş ya da öldürülmüş kimseler olabilir. Harici bir etki dolayısı ile meydana gelen bu ölümlere doğal olmayan ölümler adı verilmektedir. Bu şekilde hayatını kaybeden bir kimseden organ veya doku alınırken iki noktanın çok iyi dengelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini terketmemesi için bir an önce cesetten çıkarılması, ikincisi de bu operasyon yapılırken cesetten elde edilecek olan suç delillerinin kaybolmamasıdır.²⁵ Ölüden organ veya doku alırken hukuka aykırı hareket edilirse TCK m. 91 f. 2 uyarınca sorumluluk doğacaktır. Ülkemizde OVDNHK'nın değişik 14. maddesinin 4. fıkrasında "*Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyetler nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin ...sağlam doku ve organları...yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde adli otopsi bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır.*" denilmek suretiyle bu sorun kısmen de olsa halledilmiş görünmektedir.

III. ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ

TCK m. 91'de Organ veya Doku Ticareti Suçu 1. fıkrada kişiden organ alan kimse ifadesi etrafında canlılardan organ veya doku naklini, 2. fıkra düzenlemesinde ise ölüden organ ve doku naklini kapsamına almaktadır. Bu noktada 91. madde düzenlemesini tam olarak değerlendirebilmek amacı ile canlılardan organ ve doku nakli ile ölülerden organ ve doku naklini belirlemek gerekmektedir.

21 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 436.

22 "Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir."

23 ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 573.

24 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 574: Yaşayan vericiden organ ya da doku alımının hukuka uygun olabilmesi için doktrinde kabul edilen belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik, vericinin rızası, hekimin onayı ve aydınlatma yükümlülüğü olarak ifade edilebilir.

25 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 573.

A. Canlılardan Organ ve Doku Nakli

Bir kimsenin kendisi için yararı olmadığından kendi organını veya dokusunu, rızasıyla da olsa bir başkasına vermesi esasen kişilik haklarına aykırıdır. Organını veren kişinin rızası tek başına eylemi hukuka uygun kılmaz. O nedenle canlılardan organ veya doku nakli mümkün olmadığından, konuya ilişkin özel bir düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması zorunluluğu vardır ve bu zorunluluk da hukukumuzda Organ Nakli Kanunu ile sağlanmıştır.²⁶

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi için ön şart verici konumundaki kişinin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmasıdır. Bu ön şartı haiz olan kişi en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan ettiği ve imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması ile organ veya dokusunu verebilecektir (ODNHK. m. 6).²⁷

Alman Organ Nakli Kanunu'nda yeniden oluşması mümkün olmayan organların ancak birinci ve ikinci derecede akrabalara, eşe, nişanlıya ve bağışlayan ile özel kişisel bağlılık içinde bulunan kimselere nakledilmesine müsaade edilmiştir. Böylelikle organ ticareti önlenmek istenmiştir.²⁸

Organ ve doku aktarmada, yapılan işlemin hukuka ve ahlaka aykırılığı konusu ancak kendisinden organ alınan kişi açısından gündeme gelebilecektir. Buna karşılık kendisine organ ve doku aktarılan kişi açısından ortada açık bir iyileştirme amacı bulunduğundan, işlemin bu bölümü tamamen tıbbi müdahalelerin genel koşullarına tabi olacaktır.²⁹

1. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Organ Aktarma

Burada verici ve alıcı aynı insandır. Yani bir insan vücudunun belirli bir bölümünden elde edilen doku, yine aynı insan vücudunun başka bir bölümüne aktarılmaktadır. 2238 Sayılı OVDNHK aynı insan üzerinde yapılan aktarmaları 2. maddesinde otogreft³⁰ işlemini

26 PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar" TBBD, Sayı 83, Yıl 2009, s. 192, Yener, Ünver, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009 "AYDIN, Murat, 'Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler', s.162: Alman Hukuku'nda yaşayan kişilerden organ ve doku alınması konusunda "ikincillik prensibi" geçerlidir. Bu prensip nakil bakımından önceliğin ölümlerden nakil olması gerektiğini, ancak ölümlerden uygun bir organ temin edilemediği takdirde yaşayan kişilerden nakil yapılabileceğini öngörmektedir. (Alman Organ Nakli Kanunu m. 8/1-3)

27 ÜNVER, Yener, "Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" Kamu Hukuku Arşivi Kasım 2005, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.188: Avrupa Birliği Biyotıp Sözleşmesi'nde ise istisnai olarak 20. maddede belirtilen şartların varlığı halinde onsekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınabileceğini belirtmektedir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, sözleşmenin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokuların alınmasına imkan tanıyan 2 numaralı bende, ülkemiz 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'a uygun olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur. Doktrinde Ünver, bu konuda çekince koymak yerine ilgili hüküm paralelinde Türk mevzuatının yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

28 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 430: Ancak bu düzenleme Almanya'da organ nakli konusunda önemli bir engel oluşturduğu düşüncesi ile eleştirilmektedir.

29 ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar" MHB 1999-2000, Y. 19-20, S.1-2, s.118.

30 Otogreft, kişinin kendine ait dokunun yine kendisine aktarılma işlemidir. Hastanın başka bir bölgesinde kullanılmak üzere kendi vücudundan alınan doku veya kemik parçasıdır. <http://www.tipterimleri.com/>

kanunun düzenleme alanından çıkararak kapsamı dışında bırakmıştır.³¹

2. İnsanlararası Organ Aktarma

“Burada verici ve alıcı farklı insanlardır. Zira yapılacak olan aktarma faaliyeti insanın beden bütünlüğüne, hatta taşıdığı risk göz önünde tutulursa insanın hayatına yapılabilecek ağır bir tıbbi müdahaledir. Dolayısı ile anayasal teminat altında bulunan kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı ile yakından ilgilidir (AY/ 11 f.2). Bu durum organ aktarmalarına hukuken olur verilip verilmeyeceği konusunda önemli tartışmalara yol açmış, yürürlükteki hükümlerin yetersiz olduğu görülünce, 21.1.1982 tarih ve 2238 sayılı OVDNHK kabul edilip yürürlüğe konulmuştur. 2238 sayılı OVDNHK’nın 2. maddesinin 1. fıkrası, organ ve doku deyiminin insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarını ifade ettiğini açıklamıştır. Aynı insan üzerinde yapılan aktarım, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu bu OVDNHK’ya tabi değildir.”³² TCK m. 91 bu konuda bir düzenleme getirmemiştir. Bu konuda OVDNHK’ya başvurulacaktır.

3. Canlı Vericiden Organ Aktarma

OVDNHK’nın 1. maddesinde yalnızca tedavi ve teşhis amacı ile değil, bilimsel amaçla da yaşayan insandan organ ve doku alınabileceğini ve yine bunların yaşayan insana aşılanabileceğini ve nakledilebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca kanun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçla olmak şartıyla, yaşayan insanlardan alınan organ ve dokuların saklanabileceğini kabul etmektedir.³³ Canlı vericiden organ aktarmanın tedavi amacı ile bile olsa, kalp, akciğer gibi hayati organların alınamayacağına şüphe yoktur. Buna karşılık hayati nitelikte olmayan özellikle böbrek ve göz gibi “çift organların” tedavi amacı ile alınabileceği kabul edilmektedir. Diğer yandan genital organ ve dokuların, bu arada hüseye ve yumurtalıkların alınması ve aşılama konusunda tereddütler mevcuttur. Tedavi amacına yönelik olmadığı, ayrıca genel ahlak ve adaba aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile bu gibi organ ve dokuların aktarılmasına karşı çıkmaktadır.³⁴

Erişim tarihi, 26.10.2009.

31 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.17.

32 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.18.

33 TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk” Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 97, 98: Toroslu ise, böyle bir organ aktarmanın meşru sayılabilmesi için herşeyden önce “tedavi amacına” yönelik olması gerektiğini, bu nedenle tedavi dışındaki amaçlarla, örneğin bilimsel araştırma veya deney amacıyla yaşayan insandan organ ve doku alınması veya yine yaşayan insana organ veya doku aşılama kabul edilmediğini, aksine bir uygulamanın tıp biliminin gelişmesine büyük katkıda bulunacağı ve sonuçta yine insan sağlığına hizmet edeceği gerekçesi ile meşru gösterilmesi çabalarının şüphe ile karşılanması gerektiğini ve bilimsel amaçlarla yaşayan insanlar arasında organ ve doku aktarma işlemlerini kabul etmenin uygulamada da büyük sakıncalar doğurabileceği ve suistimallere yol açabileceğini ifade etmektedir..

34 TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk” Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 99, 100: “Yumurtalık naklinin yapılabilirliği konusunda yasal bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır.” Bu konudaki asıl sıkıntı kanaatimizce ahlaki boyutun ötesinde tıbben naklolunan dokunun reddedilme olasılığıdır. Tıbben ikiz kardeşler arasında böyle bir nakil mümkündür. En son nakil Amerika’da erken menepoza girmiş ikiz kızkardeşlerden birine gerçekleştirilmiş ve başarılı sonuçlar alınmıştır. Yine kanser hastası kadınların da kemoterapiye girmeden önce kendi vücutlarından alınan yumurtalar yine dondurularak iyileşme sürecinden sonra kendilerine nakledilebilmektedir, http://www.doktornevra.com/kisirlik/yumurtalik_nakli.asp, (Erişim Tarihi 27.10.2009.), Hicks, Stephen, “ The Regulation Of Fetal Tissue Transplantation: Different

Yasak olmamakla birlikte hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmayan kordon kanı ve kök hücre nakli gibi konulara değinmek gerekir.³⁵ Yeni doğan bebeklerin kordon kanı özel koşullarda saklanarak ileride doğacak birtakım hastalıklara karşı korunma ve tedavi amacıyla kullanılabilir. Bu konuda özel koşulları yerine getirmeyenlere uygulanacak müeyyide ile ilgili bir düzenlemenin olmaması hukuki bir boşluğa sebebiyet vermektedir.³⁶

A. Ölülerden Organ ve Doku Nakli

TCK m. 91 f. 2'de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsenin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Bu noktada ölüm kavramının tespiti önem arz etmektedir. Organ nakli açısından asıl önemli olan ölümün tespitidir. Zira, ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra hayati önem taşıyan organları alınabilir. Örneğin kalbin alınabilmesi için, kişinin ölmüş olmasına rağmen organın hayatiniyetini devam ettirebilmesi gerekir. Vericinin kalbinin hangi anda duracağı kestirilemeyeceği için alıcının ne zaman ameliyata hazırlanacağı da bilinemez ve nakil de kısa süre içerisinde gerçekleştirilemez. Bu durumda, özellikle kalp nakilleri açısından ölüm anının öne alınmasında zorunluluk vardır. Bu da vericinin kalbi çalışıp nefes almaya devam ederken kalbinin alınmasının hukuka uygun sayılması ile mümkündür. İşte asıl sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Acaba bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için mutlaka kalbinin durmuş ve solunumunun sona ermiş mi olması gerekir, yoksa kalbi çalışıp bazı hallerde nefes almaya devam eden bir kimse de bazı hallerde ölü sayılabilir mi?³⁷ Bu noktada ölümün tarifi ve tespiti zorunludur. Bu tarif ve tespit esas itibarı ile hekimleri ilgilendirmekle birlikte ölüm birtakım hukuki sonuçlar da meydana getirdiği için aynı zamanda hukuki bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır. Fakat problemin çözümü üzerinde henüz uzlaşılabilmiş değildir. Ölümü insan hayatının ve buna

Legislative Models For Different Purposes”, Suffolk University Law Review, Volume XXVII, s. 1613, 1614, [Http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults). (Erişim Tarihi 20.12.2010.): Günümüzde ise fetüse ait dokuların organ nakli kapsamında değerlendirilmesi ve yasal bir boyut kazanması ise hukuk, politika, bilim ve ahlak arasında birtakım gerilim noktaları içermektedir. Düzenleyici bir bakış açısı ile fetüse ait doku nakli özgün birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin fetüse doğum öncesi ve deney ortamında test yapılması her ne kadar kabul edilebilir nitelikte olsa da organ bağışından ayrılması gerekmektedir.

35 <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/231787.asp> (Erişim Tarihi, 29.11.2009): Anne karnında bebek ile anne arasındaki besin ve oksijen alışverişi plasenta tarafından sağlanır. Bebek göbek kordonu ile plasentaya bağlıdır. Doğum sürecinin tamamlanmasından kısa süre sonra plasenta görevini tamamlayarak rahim dışına atılır. “Kordon kanı” olarak isimlendirilen kan, bebeğin doğumundan sonra göbek kordonu içinde kalan kandır. Yakın bir zamana kadar, kordon kanı; plasenta ve göbek kordonu ile atılıyordu. Ancak son gelişmelerle kordon kanının çeşitli hastalıkların tedavisi açısından önemi anlaşıldı ve özel yöntemlerle toplanıp saklanmaya başlandı. Bebeğin kordon kanı, “kök hücreler” açısından oldukça zengin bir kaynak olması açısından önemlidir. Kök hücreler, birçok dokuda bulunan ve değişerek vücudun diğer dokularını oluşturma yeteneğine sahip bir grup hücrelerdir. Kök hücrelerin vücuttaki diğer tip hücrelere farklılaşma özelliğinin keşfedilmesi ile birlikte bu hücrelerin kanser, felç, parkinson, alzheimer, omurilik zedelenmeleri, kalp ve birçok genetik kaynaklı hastalıkların tedavisinde kullanılabilmesi fikri ortaya çıkmıştır. Günümüzde kök hücreler özellikle kemoterapi ve/veya radyoterapi gören kanser hastalarının kan ve bağışıklık sistemini yeniden canlandırmak için kullanılıyor. Embriyodan, kordon kanından veya kemik iliğinden elde edilebilen kök hücreler vücudun “kaynak” hücreleridir. Kök hücrelerin en önemli özelliği, belirli uygun ortamlar sağlandığında herhangi bir doku veya organa dönüşebilme yeteneklerine sahip olmalarıdır.

36 YÜCEL, Mehtap, “Organ veya Doku Ticareti Suçu” AÜHF Mecmua, Ankara 2008, s. 689.

37 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.578.

bağlı olarak da şahsiyetinin sona ermesi olarak tarif etmek mümkündür. Bu konuda aşağıda inceleyeceğimiz klasik ölüm ve beyin ölümü anlayışı denilen iki anlayış bulunmaktadır. Günümüzde, ölüm anının saptanmasında “beyin ölümü” kriterinin en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçüt olduğu noktasında tam bir görüş birliği bulunmaktadır.³⁸

Ölümün unsurlarını ve ölümü teşhis metodlarını tespit etme görevinin tıp bilimine ve dolayısıyla hekimlere ait olduğunda şüphe yoktur. Ancak ölüm olayının sadece tıbbî düzenlemesiyle yetinilemez; onun aynı zamanda hukukî bir düzenlemeye de tabi tutulması zorunludur. Kişiliğin korunması yönünden hukuk, organ aktarmaları ile ilgili olarak ölüm ve yaşam arasındaki sınırın tespitine yabancı kalmaz.³⁹ “Burada kanun koyucuya düşen görev, hekimlerin tespit ve önerilerine dayanarak ölüme ilişkin hukuk kurallarını koymaktan ibarettir. Yani kanun koyucu, bir yandan tıp biliminin ortaya koyduğu göstergelerden ve gelişmelerden yararlanırken, öte yandan da yine tıp biliminin ölümü tespit yöntemlerine bazı direktifler ve sınırlamalar getirmek ve böylece bu metotlara normatif bir yön vermek zorundadır.”⁴⁰ Gerek Türk Hukuku’nda gerek Alman Hukuku’nda ölüm zamanı yasal olarak belirlenmiş değildir. Önceleri ölüm, “Kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarından meydana gelen büyük hayat fonksiyonlarının durması.” şeklinde kabul edilmekte ve buna *fizyolojik ölüm* adı verilmekte idi.⁴¹ ODNHK’nın 11. maddesinde “Bu kanunun uygulaması ile ilgili olarak tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı kuralları ve yöntemleri uygulamak sureti ile belirleneceği” ifade edilmektedir. 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde ise *beyin ölümü kistası* belirlenmiştir. Beyin ölümü Yönetmeliğin Ek 1. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır. “Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreveribl kaybıdır.” Yüksek Sağlık Şurası da 1969 yılında verdiği bir kararla beyin ölümü kistasını desteklemiştir. “Ölüm hakim durumda olan beyin fonksiyonlarının tamamıyla durması halinin tespiti” şeklinde kabul olunmuştur.⁴² Buradan da klasik ölüm ve beyin ölümü kavramlarına değinmek gereği ortaya çıkmaktadır.

38 AKINCI, Şahin, Türk Hukuku’nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s.114, ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 221,222: “Beyin ölümü ölçütünün 24 Nisan 1997 tarihinde Japon Meclisinde kabul edilmesiyle, dünyada bu ölçütü düzenlemeler veya uygulamalarda esas almayan Polonya ve Pakistan dışında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmadığı ifade edilmektedir. Dolayısı ile beyin ölümü ölçütünün tıbbin günümüzdeki gelişim düzeyinin ortaya çıkardığı verilere göre bugün insanın ölüm anını saptamanın ölçütü olduğu söylenebilir.”

39 TOROSLU, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.106-107. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2009.)

40 Toroslu, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.106-107. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (erişim tarihi: 13.10.2009.)

41 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.427, Toroslu, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.107,108. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (Erişim tarihi: 13.10.2009) : Nitekim İspanyol Yasaları, ölümün kesin şekilde tespiti için hayati sinir merkezleriyle solunumun paralize olmasını ve dolaşım fonksiyonunun durmuş bulunmasını gerekli görmekte ve bi-merkezi sinir sistemi fonksiyonun da “electroencephalographique” incelemelerle kesin şekildeki kaybının tespitini tarif ederek “beyinsel ölüm” anlayışını benimsemektedir. İtalyan yasaları ise, ölümün tespitinde’ “electroencephalographique” ve “electrocardiographique” metodların birlikte uygulanmasını öngörmektedir.”

42 YŞŞ, 24.11 1969, 6293, Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, s.427’den naklen.

1. Klasik Ölüm

Tıp alanında ortaya çıkan yenilikler, klasik ölüm anlayışının ölümü tanımlamada yeterli kıstas oluşturmadığı sonucuna varılmasına neden olmaktadır. Gerçekten bir kişinin solunumu ve kalbi tamamen dursa da, beyin canlılığını bir süre daha devam ettirdiği için kalp masajı ya da yapay solunum gibi müdahalelerle bu sistemlerin yeniden canlandırılması mümkün olabilmektedir.⁴³

Ölüden biyolojik madde alınması konusunda kabul edilen modelleri genel olarak üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar irade modeli, itiraz modeli ve zorunluluk hali modelidir. İrade modeline göre eğer kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınları açıkça rıza göstermişlerse ölüden biyolojik madde alınabilir. Daha çok Anglo Amerikan Hukuku çerçevesinde, İspanya, Güney Afrika ve Venezuelâda benimsenmiş olan bu model bazı Alman hukukçular tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir. Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı kantonları tarafından benimsenmiş olan itiraz modeline göre, ölünün ya da yakınlarının herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ ya da doku alınması mümkündür. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı korumakta, fakat vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da doku alımını engelleme imkanı tanımaktadır. Zorunluluk hali modeline göre, genellikle ölünün ya da yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ ya da doku alınması mümkündür. Burada kendisinden organ ya da doku alınacak vericinin yararı ile alıcının yararı karşılaştırılmakta ve sonuçta alıcının yararı ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme ölen kişi aleyhine sınırsız bir düzenlemeye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta ve alıcı lehine son derece önemli imkanlar tanımaktadır. Burada, bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan söz konusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır.⁴⁴

Türk hukukunda 2238 Sayılı OVDNHK ile kural olarak *irade modeli* kabul edilmiştir. Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre ölüden organ ya da doku alınabilmesi için bu kişinin sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ ya da dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan *eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerden birisinin, bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle* ölüden organ ya da doku alınabilir. Hukuk sistemimiz kural olarak irade modelini benimsemesine rağmen istisnaen bazı durumlarda itiraz ve zorunluluk hali modellerine de yer verilmiştir. İtiraz modeli 2238 Sayılı OVDNHK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında benimsenmiştir. Bu hükme göre, aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği belirtilmektedir*. Buradan itiraz modelinin yalnızca ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zorunluluk hali modeline ise, OVDNHK'nın 14. maddesinin 4. fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkraya

43 ÖZEL, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, AÜHF D. C.51, S.1 Y. 2002, s. 49.

44 ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.579.

göre, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle, hayatı sona ermiş bir kimseden bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir. Burada “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” kavramlarından *zorunluluk halini* anlamak gerekir. Eğer böyle bir zorunluluk hali varsa yani hastanın hayatı ancak organ ve doku nakli ile kurtulabilecekse ve bunun bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısı ile vücudunun uğradığı ağır harabiyetten dolayı hayatını kaybetmiş olmalıdır.⁴⁵

2. Beyin Ölümü

İnsana insan olma özelliğini veren en önemli organ olan beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir.⁴⁶ Beyin ölümü tanısının konabilmesi genel olarak üç koşula bağlanmıştır. Bunlar *derin koma halinin bulunması, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunumun durmasıdır*. Ancak bu tespitlere gidilmeden önce hastada, beyin ölümü ile karışma olasılığı bulunan diğer bazı rahatsızlıkların bulunmadığının saptanması gerekmektedir.⁴⁷

OVDNHK'nın 11. ve 13. maddelerinde ölüm halinin saptanmasına ilişkin düzenleme bulunmasına karşın, ölümün tanımı yapılmamış, ölüm halinin saptanması ile ilgili bir kriter getirilmemiştir. Yasa bu konuda ölüm halinin “Bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle... dört kişilik bir hekimler kurulunca oybirliği ile saptanmasını gerekli görmektedir.”⁴⁸ Beyin ölümü kriteri Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği'nde belirtilmiştir. Dolayısı ile beyin ölümü kriterinin benimsendiğini söylemek mümkündür. Ölüm halini saptayan doktorların durumu bir tutanakla saptayıp organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna haber vermekle yükümlüdürler. Bu belge ve ekleri 10 yıl süre ile saklanır.⁴⁹ Günümüzde, bu anın “beyin ölümü” olarak belirlenmesinin pratik sakıncalarına ilişkin tartışmalar sürüyor olsa da bunun en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçüt olduğu üzerinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

IV. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE

TCK m. 91 f.2'de hukuka aykırı olarak organ veya doku almanın, maddenin 5. fıkrasında ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlemesi karşısında, organ veya doku alma, saklama, nakletme, aşıl原因 fiillerinin hukuka uygun olarak yapılması için gerekli şartları tespit edebilmek ve hukuka aykırı bir tıbbi müdahalenin sınırlarını çizmek gerekmektedir. Her ne kadar TCK m. 91'in başlığı organ veya doku ticareti olarak düzenlenmiş ise de tüm fıkralar ticaret ile ilgili olmayıp tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde de, özellikle hukuka uygun rızanın olmadığı ve hukuka aykırı organ ve

45 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.580, 581.

46 ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.104.

47 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 222.

48 AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Aşıl原因ması Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s.23.

49 ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.105.

doku temin etme durumlarında da TCK m. 91 kapsamında bir suça vücut verecektir.

Tıbbi müdahalenin meşruluğu için dört temel şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon, aydınlatılmış hastanın rızası ve tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahalede bulunmadır.⁵⁰ TCK m. 91'de "kişiden organ alan kimse" ifadesini kullanmakla birlikte, bu kimse herkes değil işin mahiyeti icabı mesleği hekimlik olan kimsedir. Bu ifadenin suçu "mahsus suç" haline getirdiği belirtilmektedir.⁵¹ Özel faillik failin normatif / hukuki niteliğinden ya da failin doğasından kaynaklanabilmektedir.⁵² Böylelikle hekim olmayan bir kişinin de organ alması mümkün olmakla birlikte bu durum kavramın mahiyeti gereği artık organ alma veya organ aktarımı olamayacaktır. Çünkü, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesinin şartları yukarıda anıldığı üzere bellidir. Hekimden başka bir kişinin organ alması kasten yaralama, yaralamaya teşebbüs ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama gibi suçlara vücut verecektir. Mahsus suça özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin iştirak edebilmeleri mümkündür. Bu yargıya TCK m. 40 f.2'deki "*Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*" düzenlemesinden varılabilir.

Tıbbi müdahalenin meşruluğunu sağlayan ve üzerinde durulması gereken bir diğer unsur ise aydınlatılmış hastanın rızasıdır. Öncelikle TCK m. 91 f.1'in de kapsamını belirleyebilmek açısından hukuken geçerli rızanın üzerinde durmak yerinde olacaktır.

A. Hukuken Geçerli Rıza

Bir kişiden organ alınması, bedensel bütünlüğe doğrudan yönelen, ağır ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bir eylem olduğundan, kural olarak "insan yaralama" olarak görülmesi ve kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki değerinin kişinin tasarruf alanı dışında bulunduğu gerekçesi ile hukuka aykırı sayılması gerekmektedir. Ancak bu eylem organ alıcısının yaşamının veya sağlığının kurtarılması açısından gerçekleştirildiğinde bu durum işlemin iyileştirici niteliğinin organ vericisi açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır. Canlı bir insanın kendisinden organ alınmasına rıza göstermesi, ancak bu durumu haklı gösterecek üstün bir amacın varlığı halinde hukuka uygunluk sağlayabilecektir.⁵³ Çünkü kişilik hakları gerek uluslararası gerekse ulusal metinlerde, iç hukukta ise Anayasa, TCK ve kamu hukuku nitelikli özel kanunlarda korunmaktadır. MK'nın 23. maddesi kişinin rızası ile olsa dahi kişilik haklarından vazgeçmeyi yasaklamaktadır.⁵⁴ Bu kapsamda yapılmakta olan ötenazi tartışmaları ise bu çalışmanın dışında ancak konunun farklı bir boyutu olarak varlığını halen devam ettirmektedir.

50 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 94: Hakeri, endikasyon şartının hekimin tıp biliminin verilerine göre özenli müdahalesi içinde ele alınabileceğini tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun anılan üç şart altında özetlenebileceğini belirtmektedir. Bunlar, tıbbi müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması, aydınlatılmış hastanın rızası, tıp biliminin verilerine göre gerekli olan ve bu verilere uygun olarak yapılan müdahaledir.

51 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, s. 99, Ankara 2010.

52 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, s. 270, Ankara 2009.

53 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 217.

54 KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBD, Yıl 1991, Sayı 2, s. 246, 247.

Kişinin kendisinden organ alınmasına gösterdiği rıza üstün bir yarara yöneldiğinde kural olarak geçerli sayılmakla birlikte, bu kişinin kendi iyileşmesine değil, bir üçüncü kişinin iyileşmesine yönelik bir operasyona rıza gösterdiğinden, hukuka uygunluğunun *ancak rıza verme ehliyetine sahip organ vericinin bizzat, açık ve sağlıklı olarak gerçekleştirdiği bir irade beyanı ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.* Yasal temsilcinin rızası hiçbir şekilde geçerli olmayacağı gibi, organ vericinin açık rızasının yerine, başka hiçbir hukuka uygunluk nedeni de- özellikle varsayılan rıza- kabul edilmeyecektir.⁵⁵ Bu konuda OVDNHH bize yardımcı olmaktadır. OVDNHH'nin 6. maddesine göre bir kişinin kendisinden organ alınmasına yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için 18 yaşını doldurmuş olması ve temyiz kudretine sahip olması gerekir. Zira OVDNHH'nin 5. maddesinde 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Kanunun bu iki şartın varlığını aramasından hareketle, doktrinde temyiz kudretine sahip kısıtlıların bu tip bir tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecekleri kabul edilmektedir. Bu rızayı gösteren kimse rızasını tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada geri alabilir. "Yasanın aradığı koşullara uygun olarak biyolojik bir madde vermeyi kabul eden ve bu konuda gerekli rızayı açıklayan kişinin sonradan bundan rücu etmesi mümkündür. Hatta rıza sözleşme ile taahhüt edilmiş olsa bile sonradan bu yöndeki rızasını geri alabilir. Bu durumda kişinin verdiği rızasından geri dönemeyeceği ve kendisinden zorla biyolojik maddenin alınabileceğini kabul etmek olanaksızdır."⁵⁶ Organ verme taahhüdünü içeren bir sözleşme hukuken geçerli olmakla birlikte, bu sözleşmede taahhüt edilen edimin ifası ya da ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödenmesi talep edilemez. Bu kural MK m. 23 f. 3'te "... biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz" şeklinde hükme bağlanmıştır.⁵⁷ İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı, ilgilinin söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olması ve rızanın açıklanmasını gerektirir.⁵⁸

Burada yapılabilecek bir diğer tartışma kuşkusuz verici konumunda bulunan kişiden organ ve doku alınmasına kişinin gösterdiği rızanın, hareketi tek başına hukuka uygun hale getirmeye yeterli olup olamayacağıdır.⁵⁹ Ancak pek tabii ki rıza tek başına hareketi

55 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 217.

56 KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBB, Yıl 1991, Sayı 2, s. 255, 256: bu konuda iki yasak getirilmiştir. Verdiği rızadan dönen kişi aleyhine vermeyi üstlendiği organ ya da dokunun alınmasını sağlayan bir aynen ifa davasının açılmaması, diğeri ise verdiği rızadan dönen kişi aleyhine tazminat davasının açılmamasıdır. Kılıçoğlu ikinci duruma ilişkin olarak rızasından dönen kişinin maddi ve manevi zararlardan sorumlu tutulmamasının adil olmadığı ve rızadan dönmeyen in azından bir tazminat sorumluluğuna yol açması gerektiği görüşündedir.

57 PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar" TBB, Sayı 83, Yıl 2009, s. 205, 206, 207.

58 YOKUŞ- Sevik, Handan, Marmara Ü. Hukuk Fak. 17 Kasım 2008, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler" s.225, 226.

59 ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10: 'Aydın, Murat "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Problemler" s.166.'

hukuka uygun hale getirmeye yeterli değildir. Bunun dışında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarının kümülatif olarak bulunması hareketi hukuka uygun hale getirir.

Ölmüş bir vericiden organ ve doku alınabilmesi için ise yine öncelikle rızanın bulunması gerekir. Bu rıza ölmeden önce kişi resmi ya da elyazısı ile vasiyetname ile veya iki tanık huzurunda, vücudunun tamamını veya organ ve dokularını bıraktığını açıklayıp (OVDNHK m.14) buna rızası bulunduğunu söylemesi ya da açıkça bu duruma rızası bulunmadığını ifade etmesi ile gerçekleşir. Rıza yoksa ölümü üzerine hiçbir şekilde organ ve dokularının alınması mümkün değildir.⁶⁰

Kişinin sağlığında bu konuya ilişkin beyanı yoksa ya da vasiyetnamesi bulunmuyorsa, bu durumda sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin, söz konusu kişilerin bulunmaması halinde yanındaki herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilecektir (OVDNHK m.14). Bu arada aksi yönde bir beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde herhangi bir değişiklik yapmayan dokuların alınabilmesi mümkündür. Bu durumda yakınların rızasına ihtiyaç yoktur. Yine kaza veya doğal afetler sonucu vücut ağır bir harabiyete uğrar ve kişinin yanında yukarıda sayılan kimseler bulunmazsa, sağlam doku ve organları hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. 14. maddenin 4. fıkrasındaki bu düzenleme ile rıza halinin istisnası olarak acil durumlarda şartları varsa rıza olmadan da nakle izin verilmiştir. Türk Hukuku'nda organ ve doku naklinde *rıza ve anlaşma modellerine* üstünlük tanınmıştır. Ancak hukukumuzda *istisnai de olsa itiraz ve zaruret modellerine* yer verilmiştir.⁶¹ Böylelikle Türk sistemi gerçekte “rıza modelini” temel almakla birlikte, olağanüstü durumlar ve ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek müdahaleler açısından “itiraz modeline” yaklaşmaktadır.⁶²

B. Rıza Kavramı ve Aydınlatma Kavramı İlişkisi

Hastanın özerkliğinin temeli Anayasa'da yer almaktadır (AY/ m. 17 f.1). Hastanın teşhise, tedaviye ve önlemeye yönelik müdahalelere rıza göstermesi gerekliliği; onura, özgürlüğe, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına saygı ve koruma yükümlülüğünü öngören anayasal prensiplerden kaynaklanmaktadır. Vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı kişiye verilen en yüksek değerdeki haklardandır. Bu haklar hekimin tıbbi müdahalesinin niteliğini doğrudan belirleyen haklardandır.⁶³

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücut üzerinde yapılmak durumunda bulunan tıbbi müdahalenin ancak hastanın rızası ile yapılabilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısı

60 ZEVKLİLER, Aydın, “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, s.192, Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 222, 223: Ölü vericiden organ alınmasının rızaya bağlı olup olmayacağı ve olacaksa kimlerin buna rıza göstermesi gerektiği konusunda çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlardan “rıza modeli”ne göre, kişinin kendi iradesi öncelikli olarak aranacak, bu konuda bir bilgi bulunmadığında yakınlarının rıza verebileceği kabul edilecektir. “İtiraz modeli”nde ise, sağlığında organ aktarması ile ilgili bir açıklamada bulunmayan bir kişiden organ alınması kesin olarak kabul edilmektedir. 1979 tarihli Alman Transplantasyon Kanun Tasarısı'nda kabul edilen bu yaklaşım kişilik haklarını zedelediği ve bu nedenle anayasaya aykırılığı gerekçesi ile eleştirilmiştir.

61 ÇAKMUT- Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 167,168.

62 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 223.

63 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 104.

ile hastanın rızası hem özel hukuk hem de ceza hukuku anlamında bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın açık ve doğrudan rızası olmasa dahi, varsayılan rızası, kanuni temsilcinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır. Ancak hastanın rızasının da geçerli sayılabilmesi için *hastanın neye rıza gösterdiğini* de bilmesi gerekmektedir. Bu konuda yanıtılmaması gerekir. Bunun sağlanabilmesi de ancak hastanın *aydınlatılması* ile mümkündür.⁶⁴

Aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavi ve uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü olarak” tanımlanmaktadır.⁶⁵

Sağlık Bakanlığı Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın birinci maddesinde aydınlatmanın her türlü tıbbi girişimin ön şartı olduğu işaret edilmektedir.⁶⁶

OVDNHK'nın 7. maddesinde organ ve doku naklinde aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. B bendinde “Organ ve doku alacak hekimlerin organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak... zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Aydınlatma konusunda genel olarak geçerli bir formül ortaya koymak mümkün görünmemektedir. Ancak önemle belirtilmesi gereken nokta, *hastanın neye rıza gösterdiğini* bilmesinin gerektiridir.⁶⁷

V. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇUNU DÜZENLEYEN TCK'DAKİ HÜKÜMLER

765 Sayılı TCK döneminde organ veya doku ticareti suçunun tam karşılığı bulunmamakta idi. Ancak mülga TCK'nın m. 201/ b bendi hükmündeki insan ticareti suçu organ veya doku ticareti kapsamında değerlendirilmekte idi.⁶⁸ 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren TCK organ ve doku nakline ilişkin hükümler getirmiştir. TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde 91-93. maddeler arasında organ ve doku nakline ilişkin hükümler içermektedir.⁶⁹ 5237 Sayılı

64 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 103.

65 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 103, Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 107 : Aydınlatma hekimin ana ödevlerinden biridir. Tedavi sözleşmesine göre hekim hastaya tavsiyelerde bulunmak ve yardım etmek için hastayı kendi sorumluluğunun bilincinde bir partner olarak ve onun kişisel haklarına saygı göstererek kabul etmek durumundadır. Hekimin tıbbi müdahale şeklinde kendini gösteren yardımı için uzlaşma şarttır ve uzlaşma için de aydınlatma gereklidir.

66 Taslakta, “Bu yönetmeliğin amacı yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeni ile ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesi ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.” denilmektedir.

67 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 113: Uygulamada Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1962 yılında verdiği ve paralel olarak Yargıtay 4. HD.'nin 7. 3. 1977 yılında verdiği kararda hastanın rızasının geçerliliği için hastanın genel olarak neye rıza gösterdiğini bilmesi gerektiğini açıklamıştır, ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 220: Almanya'da 5 Kasım 1997'de yoğun tartışmalardan sonra kabul edilmiş olan Transplantasyon Yasası hekimin hastaya yönelik olan aydınlatma yükümlülüğü yanında, devlete de halkın organ aktarımları konusunda aydınlatılması görevi yüklemektedir

68 ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 406.

69 SOYASLAN, Doğan, “Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku

TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15. maddesi 10. maddesinde belirtilen durumlar haricinde uygulama alanını kaybetmiştir. Artık organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler hakkında TCK'nın 91. maddesi uygulanacaktır. TCK'nın 91. maddesinin başlığı "Organ veya Doku Ticareti" olarak belirlenmiştir.⁷⁰ Bu çerçevede organ ve doku nakline ilişkin *cezai hükümler açısından* artık 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi uygulanmayacak, TCK'nın 91. maddesi hükümleri uygulanacaktır. Ancak OVDNHK'nın 10. maddesindeki, "Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur." hükmünü cezalandıracak bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Bu durumda 2238 Sayılı OVDNHK uygulanacaktır. Bu konuda TCK'da düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin hükümleri 2238 Sayılı OVDNHK ile birlikte değerlendirilmelidir. TCK, OVDNHK tarafından düzenlenen hususların *cezai boyutunu* ele almış ve bu kapsamda *yaptırımlar* getirmiş veya *var olan yaptırımları genişletmiştir*. Bu açıdan 2238 Sayılı OVDNHK organ ve doku nakline yönelik temel düzenleme olma vasfını muhafaza etmektedir. TCK'nın 91 ve devamı hükümlerinde getirdiği düzenleme ise, 2238 Sayılı OVDNHK'nın aynı yönde düzenleme getiren hüküm ya da hükümlerini zımnen ilga etmiştir. Ancak organ ve doku nakline ilişkin *genel hükümler halen yürürlükte olup* 2238 Sayılı OVDNHK tarafından düzenlenmektedir.⁷¹ TCK ile getirilen hükümler sayesinde artık organını satan kişiye de ceza verilebilecektir. Ancak bu durumda bulunan kişinin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınacak ve cezası bu durum çerçevesinde tayin edilecek ya da ceza vermektен vazgeçilebilecektir. TCK'nın 92. madde hükmüyle kişisel durum özel bir zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir.⁷²

Bakımından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1, s. 153; TCK'nın 91. maddesinin başlığı ile maddenin içeriği uyumsuzdur. Maddede yalnızca organ ticareti değil, organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır.

70 Soyaşlan, Doğan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2008, s. 328 vd. Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s.135: Başlıkta tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Ancak 91. maddede organ ticaretinin yanısıra, organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle doktrinde başlık ile madde metni arasındaki uyumsuzluk eleştirilmektedir.

71 HAKERİ, Hakan, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s.244, AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 120, 121: Organ ve doku naklinin cezalandırılabilirliği hususunda Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, 2238 Sayılı OVDNHK'ya göre daha açık bir düzenleme getirmektedir. Bu noktada taslak 16. maddesi ile açıkça TCK'ya atıf yapmakta ve cezai açıdan TCK'nın 91-93. maddelerinin uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca failin sağlık personeli olması durumunda cezasının artırılması öngörülmüştür. Taslağın 16. maddesinde TCK'dan farklı olarak afet durumlarında yaralı ve ölümlerden kanunun yasakladığı şekilde organ ve doku alanlara ömür boyu hapis ve meslekten men cezası gibi ağır bir ceza da düzenlenmiştir. Organ ve Doku Nakli Taslağının 16. madde hükmü şu şekildedir: " Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, dağıtan ve nakledenler ile, bunların alım ve satımını yapanlar, alım satım aracılığı edenler veya bunun komisyonculuğunu veya reklamını yapanlar hakkında, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın 91, 91 ve 93. maddeleri uygulanır. Suçun failinin sağlık personeli olması halinde fail verilecek ceza iki kat oranında artırılır ve fail hakkında ömür boyu meslekten men cezasına, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesine hükmolunur."

72 AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008,

TCK'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen yaşayan kişilerden organ ve doku alınması durumu ile, TCK'nın 80. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen insan ticareti suçu çakışabilir. Bu durumun varlığı halinde suçun faili her iki madde hükmünden de ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Onsekiz yaşını doldurmamış ve temyiz kudreti olmayan kişilerden rızaları dahilinde olsa dahi organ ve doku nakli söz konusu olursa bu durumda TCK'da düzenleme olmadığı için 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. madde hükmüne başvurulabilecektir. Ancak burada 2238 Sayılı Kanun'un 5. ve 15. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Bu hükümlerle TCK'nın 80. maddesinin 3. fıkrasındaki insan ticareti suçu aynı olayda bir araya gelebilecektir. Bu durumda her iki maddeden ayrı ayrı sorumluluk doğacaktır. 2238 Sayılı OVDNHK'nın 5-14. maddelerindeki şartlara uyulmadan elde edilen organ veya dokuyu saklayan, nakleden, aşıl原因an kişi TCK'nın 91. maddesinin 5. fıkrasına göre cezalandırılacaktır.⁷³

TCK'nın 91. maddesinde 5 ayrı suç düzenlenmiştir. Buna göre birinci fıkrada, sağ olan bir kişiden geçerli rızası olmadan organ veya doku alma; ikinci fıkrada ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma; üçüncü fıkrada belli bir maddi menfaat karşılığı organ ve doku alıp satma, aracılık yapma; beşinci fıkrada hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama; altıncı fıkrada ise, belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya bunları yayınlama suç olarak düzenlenmiştir.⁷⁴

A. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu bakımından objektif, subjektif ve karma kriterler bulunmaktadır. Özünde bu teorilere göre suç bir hakkı ya da hukuki menfaati ihlal edebilir.⁷⁵ Bu bağlamda 91. madde bir bütün olarak ele alındığında hiç şüphesiz yaşam hakkının korunduğu sonucu çıkacaktır. 91. maddenin 1. fıkrasında geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alımı yaptırıma bağlanmıştır. Hukuka uygunluğun sınırını 2238 Sayılı OVDNHK çizeceğine göre, yaşam hakkının korunması gereken birincil değer olduğu sonucuna varılması mümkündür. Zira kişiden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınıp yaşamının sonlanmasına ya da yaşamsal aksaklığa yol açılmış ise yaptırımla karşılanacaktır. Bunun yanında vücut bütünlüğü, irade hürriyeti ve insan onuru da suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. İnsan hayatı ve vücut bütünlüğü ceza hukuku tarafından korunan değerlerin başında gelmektedir.⁷⁶ 2238 Sayılı OVDNHK'nın 8. maddesinde vericinin yaşamını tehlikeye sokacak organların alınması yasaklanmıştır. Ayrıca kişinin rızasının bulunmamasına rağmen organ ve doku alınması durumunda da yapılan işlemin hukuka aykırı kabul edilmesi, vücut bütünlüğü ve irade hürriyetini suçun hukuki konusuna dahil etmemizi

s. 120, 121.

73 Aydın, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s. 121.

74 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", s.1, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%... (Erişim Tarihi, 3.12.2009)

75 TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 87, 88 vd: Teorilerin ayrıntısı ve eleştirileri için bakınız, Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s.64: Suç ihlal ediciliğini ve kaynağını hukuki konudan almaktadır. Her suçta nasıl bir fail varsa bir de hukuki konu vardır. Suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.

76 PARLAR- HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK Yorumu, Ankara 2008, s.1545.

sağlar. İnsan onuru da ceza hukukunun koruması gereken asli değerlerden biri olduğuna göre insan onurunu da suçun hukuki konusuna dahil etmek mümkündür.

B. FAİL VE MAĞDUR

1. Fail

TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen fiilleri işleyecek fail bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Fail hekim olabileceği gibi, hekim olmayan III. kişi de olabilecektir.

TCK'nın 91. maddesinin 3. fıkrası bakımından organ ve doku alma ve satma fiilleri bakımından çok failli bir suçun olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁷

TCK'nın 91. maddesinin 7. fıkrasında maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında verilecek güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı ifadesi yer almaktadır. TCK özel hukuk tüzel kişilerini suçun faili saymamasına rağmen (TCK m. 20 f.2), organı veya temsilcisinin iştiraki ile işlenen suçlarda suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması kaydıyla emniyet tedbirinin muhatabı saymıştır. (TCK m. 20 f.2) Böylece kanun isterse organ veya temsilci kişi olsun, üçüncü kişinin fiilinden, fiilin faili yanında tüzel kişiyi de sorumlu tutmuş olmaktadır. Bu durumda kanun tüzel kişiyi kendi fiilinden dolayı değil, üçüncü kişinin suç oluşturan fiili ile ilgili olarak güvenlik tedbirinin muhatabı kılmaktadır.⁷⁸ Bunun suç genel teorisi açısından tartışması bir yana bırakılacak olursa tüzel kişi hakkında uygulanabilecek, izin iptali (TCK m. 60 f.1), müsadere (TCK m. 60 f.2) gibi yaptırımlar uygulanabilecektir. Yine TCK m. 60 f.3 bakımından hakim tedbirin ağır sonuçlar doğurması durumunda uygulanmamasına da hükmedebilecektir.

2. Mağdur

“Bu suçun mağduru herkes olabilir. Sağ kimseden organ ve doku alınıp, bunların ticaretinin yapılması suçlarının mağduru kendisinden organ veya doku alınan kişi iken, ölüden organ ve doku alma ve bunların ticaretini yapma eyleminde suçun mağduru kendisinden

77 EROL, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s.466, Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 364: Çok fail kavramından kanun hükmü gereği ya da suçun niteliği gereği birden fazla fail tarafından işlenen suç anlaşılmalıdır, Sancar, çok failli suçlarda asıl sorunun suçun teklifi ve çokluğu sorununun nasıl saptanacağı sorunu olduğunu ceza hukukunda üzerinde çok tartışılan ve görüş birliğinin bulunmadığı konulardan birinin de ne zaman tek ne zaman birden çok suç bulunduğu. Bu konuda bazı yazarlar suçun maddi unsurunu ele alırken, bazıları da hareket ve fiil sayısından bağımsız olarak norma başvurmakta ve normun ihlali ölçütünü ele almaktadır. Bu konudaki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, çeşitli unsurların biraraya gelmesinden doğan bir bütün olan suçun sayısının tayininde sadece maddi unsurun gözönünde tutulması suçun diğer unsurlarının hesaba katılmaması anlamına gelir. Bundan dolayı normun ihlali ölçütüne katılmayı Sancar doğru bulmaktadır. (Bknz. Ayrıntılı bilgi için İÇEL, Kayıhan Suçların İçtimatı, İstanbul 1972, s.40) Her suçun bir hukuki konusu vardır ve bu bizatihi suçun ihlal ettiği şeydir. Bu nedenle çok failli suçlarda suçun teklifi- çokluğunu saptamada bakılması gereken husus sadece normun, dolayısı ile norm tarafından korunan menfaatin kaç kez ihlal edildiğidir: SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 190,191. Yine Sancar suçun çok failli olup olmadığını belirlemede yalnızca kanuni unsurun incelenmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Çok failli suçtan bahsedebilmek için kanuni tipte fail sıfatı ile hareket eden birden çok kimsenin bulunması ve bu kişilerin hareketlerinin kurucu unsur olarak öngörülmesi gerekir. Bu durumda da çok failli suçun tespitini yapabilmek için fiilin tipikliği ile ilgilenilmeli faillerin cezalandırılabilir olup olmadıkları üzerinde durulmamalıdır: Sancar, age., s. 88, 89.

78 HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 492, 493.

organ ve doku alınan ölünün mirasçıları ve devlettir.”⁷⁹ 91. maddenin 1. fıkrasında mağdur gerçek bir kişidir. 1. fıkra kapsamına girebilmesi için kişinin yaşaması ya da beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekir. 91. maddenin 7. fıkrasında mağdurun ölmesi halinde kasten adam öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. 91. maddenin 2. fıkrasında ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu noktada tartışılacak nokta “ölü” nün mağdur kavramı içerisinde ele alınıp alınmayacağıdır. “Mağdur, belirli bir suç ile zarara uğratılan, hak ve menfaatin sahibi kişidir. Mağdur ile suçun konusu ve yine suçtan zarar gören kişi arasında fark bulunmaktadır. Dolayısı ile suçun mağduru ancak gerçek ve tüzel kişiler olabilir.”⁸⁰ Burada beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Bu nedenle komada bulunan kişiden organ ve doku alınmasının da bu fıkra kapsamında gerçekleşmesi gerekmektedir.

C. MANEVİ UNSUR

Genel olarak TCK 91. madde hükmü ele alınacak olursa anılan suçların kasten işlenmesi mümkündür. Bunun için kişiden organ veya dokuları alma, ölüden organ veya dokuları alma, organ ve doku satın alma, satma, satımına aracılık etme, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokuyu saklama, nakletme, aşılama, çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama gibi fiillerin kasten işlenmesi gerekir. TCK'nın 22. maddesi uyarınca taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilen suçun TCK'nın 91. maddedeki düzenlemesinde taksirli hal de öngörülmemiş bulunduğundan taksirle işlenmesi mümkün değildir.

TCK'nın 91. maddesinde tanımlanan suçların manevi unsuru bakımından failde doğrudan kast bulunması gerekir. Bu suçların olası kast veya taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak birinci fıkradaki “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ alma” suçunun işlenmesi ve mağdurun ölmesi durumunda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından bu durumda failin olası kastından dolayı sorumluluğu bulunabilir. Bunun için organ veya doku alma sonucunda kişinin ölebileceği öngörülmesine karşın failin bu sonucu kabullenerek gerçekleştirmiş olması gerekir.⁸¹

D. HAREKET

Canlılardan organ ve doku alınması her türlü hareketle gerçekleştirilebileceğinden bunu serbest hareketli suç olarak nitelendirmek mümkündür. Canlılardan ve ölülerden organ ve doku alınması için hareketin nasıl gerçekleştirildiğinin önemi yoktur. Hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçun oluşması için yeterlidir. TCK m. 91 f. 1'deki geçerli rızaya dayalı olmaksızın ve f. 2'deki hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasının kapsamı 2238 Sayılı ODNHK'a göre gerçekleşecektir. Doktrinde Ünver tarafından hukuka aykırılık kavramının içeriğinin belirsizliği nedeniyle kavramın kullanımı eleştirilmektedir.⁸² Hareketin

79 Artuç, Mustafa, “Organ veya Doku Ticareti”, s.1, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%... Erişim Tarihi, 3.12.2009)

80 DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.508.

81 PARLAR- HATİPOĞLU, Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 133.

82 ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun” I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 103. Hukuka aykırılık

icrai olarak gerçekleşebileceği gibi ihmali olarak da gerçekleşebileceği savunulmaktadır. Buna örnek olarak bir hekimin hastanın rızasını almadan organ veya doku alması halinde icrai suretle gerçekleştirilen hareketin, hukuka aykırı organ veya dokunun alınmasına göz yumma şeklinde ihmali olarak da gerçekleşebileceği gösterilmektedir.⁸³ Ancak, icra ve ihmali suçları sınıflandırılmasında esas alınması gereken o suçun gerçekleşebilmesi için gerekli olan tipik davranışın niteliğidir. TCK 91 ve devamında tipik davranışın tarifinde organ veya dokunun alınmasını geçerli rızanın bulunmamasına bağlamıştır. Ancak organ veya doku yalnız ameliyatla alınabildiğinden suç bağlı hareketli suçtur.⁸⁴ Doktrinde “icra suçları” olarak adlandırılan suçlar, ihlal edilebilmeleri için bir icra hareketini gerektiren suçlardır. Bundan dolayıdır ki bu suçlara “icra suçları” denilmektedir. İcra hareketi kişinin yapmak biçiminde nesnelleşen davranıştır. İhmali hareket ise vücudun şuurulu olarak bir devinimde bulunmamasıdır. İhmali nesnellliğini bizim de katıldığımız bir düşünce, failin kendisinden beklenen davranışı yapmayarak yaptığı başka bir icra hareketinde bulunduğunu ifade etmektedir. İhmalle birlikte kişi aslında hareketsiz kalmamakta başka bir hareketi yapmamakla birlikte “kendinden beklenen hareketi” yapmamaktadır.⁸⁵ Yukarıda anılan organ veya dokunun alınmasına göz yumma fiilin suçun ihmali olarak gerçekleştirilebileceğine kanımızca vücut vermez.

TCK m. 91 f. 3’te suçun maddi unsuru satın alma, satma, aracılık etme şeklinde tanımlanan seçimlik hareketlerin yapılması ile gerçekleştirilecektir. TCK m. 91 f. 5’te ise suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme, aşılama hareketlerinden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Organ ve dokuyu satan deyimi ile yalnızca organ ve dokuyu alan kimse değil, onun dışında birinin de olabileceği ifade edilmek istenmektedir. Bu kapsamda organın veya dokunun sahibi bir başkasına organını veya dokusunu satarsa *satan konumunda*, karşısındaki kişi ise

kavramından en genel anlamda fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olduğunda bahsedilebilecektir. Ceza hukukunda hukuka aykırılık haksızlığın bir türüdür. Bu konuda suçun esasının hukukun ihlalinde yatan bir çatışma olduğu düşünüldüğünde, haksızlığın ortaya çıkması için bu çatışmanın tüm hukuk düzeni ile mi yoksa sadece ceza hukuku düzeni ile çatışması gerektiği tartışılmalıdır. Hukuka aykırılığın tüm hukuk düzeni için geçerli olduğu, bağımsız ve ayrı bir cezai hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceği kaynağını Binding’in Norm Kuramı’nda bulmaktadır. Buna göre kanuni tipe uygunluk ile hukuka aykırılığın farklı kavramlar olduğu, kanuni tipe uygunluğun ceza hukukunu ilgilendirmesine karşılık, hukuka aykırılığın hukukun tümünü kapsar şekilde anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Diğer görüş ise hukuka aykırılıktan yalnızca ceza hukuku normlarına aykırılığın anlaşılması gerektiğini savunur. Suç öncelikle davranış kuralını içeren ceza normunun ve ceza hukuku kuralının ihlalidir. Bir diğer tartışma da hukuka aykırılığı ayrı ayrı hukuk dalları bakımından mı yoksa hukuku geneli bakımından mı yapılacağı noktasında yoğunlaşarak suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı bulunup bulunmadığı noktasında yoğunlaşmıştır. Katoğlu’nun, hukuka aykırılığın genel bir mahiyet taşıdığı, her bir fiil öncelikle ilgili hukuk dalına aykırı olmakta, bununla birlikte bu değerlendirmenin hukukun birliği ve bütünlüğü karşısında hukukun geneli bakımından hüküm ifade ettiği kabulüne biz de katılıyoruz: KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.20,21,22,25,28-34-36. Dolayısı ile de madde metnindeki TCK 91 f.2’deki “hukuka aykırı olarak” ifadesinin hareket anlamında somutlaştırılmasında yarar görülmektedir.

83 AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 132.

84 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009, s. 100.

85 HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 192-195.

alan konumunda bulunacaktır. Burada organ veya dokuyu alan kişi de organ ve dokuyu üçüncü kişiye satarsa *satan konumunda olacak üçüncü kişi yine organı almaktan* sorumlu olacaktır. Yani birden fazla satanın varlığı durumunda bunların her biri organı satmaktan dolayı sorumlu olacaktır. Burada organı alan ve satan konumunda bulunan kişi iki fiil işlemiş olmasına rağmen, suç seçimlik hareketli suç niteliği taşıdığı için yalnızca bir kez cezalandırılacaktır.⁸⁶

TCK m. 91 f. 6'da organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Dolayısı ile bu ilan veya reklamları yayınlayanlar sorumlu olacaklardır.

E. ORGAN VEYA DOKU NAKLİ SUÇU AÇISINDAN ZORUNLULUK HALİ

Mülga Türk Ceza Kanunu ve OVDNHK'da bulunmayan bir hüküm Yeni Türk Ceza Kanunu ile mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır. TCK m. 92'ye göre "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" Düzenlemenin içeriği yanında niteliği ve teokratik düzenlerde görülebilecek bir anlayışın ürünü olarak, fail ile mağdurun aynı kişi olması bakımından da eleştirilmektedir. Bunun dışında insanın organ ve dokularını insanın malı sayan bir anlayışın ürünü olarak da ayrıca haklı eleştirilere uğramıştır.⁸⁷ İnsan bir değerdir. Değer olması dolayısı ile ki "yaşama hakkı" ulusal ve uluslararası metinlerde korunmuş, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik eylemler suç sayılmıştır. Her ne şekilde olursa olsun insanın kendini bir eşya gibi satması düşünülemez. Kaldı ki hukuk metinleri toplumun önünde olmak ve topluma yol göstermek durumundadırlar.

TCK'da esasen genel nitelikli zorunluluk hali düzenlenmemiştir. TCK m. 25 f. 2'ye göre "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka surette korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" Organ ve dokularını satmak zorunda kalan kişiler açısından da hükmün uygulanabilir olmasına rağmen, ayrıca TCK'da özel bir hükmün sevkedilmesinin nedeni doktrinde kanun koyucunun bu durumda TCK m. 25 f. 2'de düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Bu hükmün özel bir zorunluluk hali olduğu öğretilde savunulmakta⁸⁸ ve bunun dışındaki hareketler

86 AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s.130, Seçimlik hareketli suç, kanuni tanıtımda suçun gerçekleşmesi için birden fazla hareketin öngörüldüğü suçlardır. Bu öngörülen hareketlerin hepsinin yapılmasına gerek olmayıp, birinin yapılması halinde suç gerçekleşmiş sayılır. Aynı şekilde, hareketlerin birden fazlasının veya hepsinin yapılmasında da suç işlenmiş sayılır: DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.216. Bu durumda TCK/ m. 91 f.3'te belirtilen satın alma, satma, satılmasına aracılık etme şeklindeki hareketlerle suçun işlenmesi maddede tanımlanan suçu seçimlik hareketli suç haline getirir.

87 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, s. 109, Ankara 2009.

88 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 440: Öğretilde bu maddede kullanılan "zorunluluk hali" ifadesinin ceza hukukundaki genel anlamı itibarı ile kullanılmadığı, burada kastedilenin vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartlar olduğu, bu nedenle bu ifadenin kullanılmamasının daha isabetli olacağı

açısından bir zorunluluk halinden bahsetmek suçun işlenmesine teşvik niteliği taşıması ve organ ve doku ticareti ile mücadeleyle bağdaşmaması nedeniyle yerinde olmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁹

Bu madde aynı zamanda öğretide ağır bir biçimde eleştirilmektedir. Bu hükmün suis-timallere açık bulunduğu, organ mafyasının fakir kimseleri sömürmesini sağlayacağı ve organ ticaretini arttıracığı, sosyal ve ekonomik nedenlerin bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenemeyeceği ve bu hükmün bu suçlarla mücadeleyi etkisizleştireceği belirtilmektedir. Gerçekten de çok zorda kalmayan bir kimsenin organını satması düşünülemeyeceğine göre, bu hüküm hemen bütün organ satma olaylarında uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanısıra hakime seçenekli yetki verilmesi ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin herhangi bir ölçütün maddede öngörülmemiş olması da keyfilige yol açacaktır. Ayrıca bu hüküm OVDNHH'nın 3. maddesinin "Bir bedel ve çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır" hükmü ile de bağdaşmamaktadır.⁹⁰ Bunların yanında özellikle Türkiye'nin belli yörelerinde bulunan yoksul kimselerin, organlarını veya dokularını satmalarını teşvik eder niteliktedir. Sosyal devlet olduğunu iddia eden bir hukuk devletinde, insanların sosyal ve ekonomik nedenlerle böyle bir yola başvurmalarına cevaz vermek eleştirilecek bir husustur. Bu düzenleme Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi ile, Anayasanın 12. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilemez niteliklerine de aykırıdır.⁹¹

belirtilmektedir, SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 138, HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009, s.109: Düzenlemede kanunun zorunluluk hali dediği durum, suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni midir yoksa cezayı azaltan veya kaldıran bir mazeret nedeni midir sorusunu akla getirmektedir. Kanun faille ceza verilmemesinden yola çıkarak hakimnin takdirine göre bunun faille ceza verilmediğinde bir mazeret nedeni; failin cezası azaltıldığında da cezayı azaltan bir neden olduğunu düşünmektedir. Kanımızca bir nedenin niteliğinin belirlenmesinin hakimnin takdir aşamasında değil norm aşamasında yapılması gerekir. Normdaki oluşuma göre hakim takdir hakkını kullanacaktır. Kaldı ki takdir hakkı suçun unsurları üzerinde kullanılabilir bir hak değildir. Verilecek ceza üzerindedir. Hafizoğulları-Özen ise bunun kusurluluğu etkileyen bir neden olarak hukuk düzenine yeni katılan istenemezlik ilkesinin (L'inesigibilita) bir türü olduğunu düşünmektedir, Hafizoğulları- Özen Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 323 vd., Ankara 2010., AÜHFD, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 338 vd.: Bu ilke kişinin içinde bulunduğu durumdan başka şekilde davranmasının istenememesi ve beklenememesi durumunda söz konusudur. İlk kez Alman Ceza Hukuku doktrininde ortaya atılan ve daha sonra günümüz İtalyan Ceza Hukuku doktrininde yer alan istenemezlik ilkesi kişiden içinde bulunduğu durumda yaptığı davranışta bulunmasının istenememesi veya beklenememesini ifade eder. Aksini savunanların varlığına karşı istenemezlik ilkesinin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu düşünülmektedir. 765 Sayılı Mülga TCK'nın aksine adı geçen ilke 5237 Sayılı TCK'nın 28. maddesinde ve özel diğer hükümlerinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

89 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 236 vd., AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 139: TCK m. 25 f. 2'de düzenlenen genel nitelikli zorunluluk hali organ veya doku ticareti suçu açısından söz konusu olmayacaktır. Burada genel nitelikte zorunluluk halinin bütün şartları mevcuttur. Ancak, zorunluluk hali dolayısıyla yapılan korunma hareketinin hukuk düzeni ile çelişki içinde olmaması gerekir. Aksi halde, zor durumda olan ve organa ihtiyaç duyan birisinin hayatını kurtarmak için rızası olmayan birisinden organ almakta olduğu gibi, zorunluluk halinden bahsetmemiz mümkün olmayacaktır.

90 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 440.

91 ARTUÇ, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s.7, (Erişim Tarihi 19. 12. 2009).

F. ORGAN VEYA DOKU NAKLİ SUÇU AÇISINDAN HATA

Hata davranışın faille ait olmasını etkilemeden kastı ve taksiri ortadan kaldırır.⁹² Bu kapsamda failin fiili yanılması cezalandırılabilirliğine nasıl tesir edecektir. Örneğin fail organ veya dokusunu aldığı kişinin geçerli bir rızasının olduğunu düşünerek fiili gerçekleştirirse ya da öldüğünde üzerinden bağış kartı çıkan kişinin rızasını geçerli sayarak organ veya dokuları alan hekim sorumlu olacak mıdır?⁹³ Bu noktada fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin kastın konusu olup olmadığı sorunu hakkında çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bazı suçların kanuni tanımı içinde hukuka aykırılık bilinci fiilin kurucu bir unsuru olarak ortaya çıkabilir. Doktrinde “hukuka özel aykırılık” olarak adlandırılan bu gibi durumlarla ilgili bir kısım görüş, kural olarak davranışın hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin gerekmediğini, buna karşılık kanunda ayrıca gösterilen hallerde, fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin arandığını dolayısı ile bu hallerde hukuka aykırılığın fiilin bilinmesinin bir unsuru haline geldiğini ve failin bu unsuru bilerek fiili işlemiş olmasının gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, hukuka özel aykırılığın olduğu iddia edilen haller aslında özel kastı ifade etmektedir. Bu unsur bilinmeden ve istenmeden fiilin işlenmiş olması kastın gerçekleşmesini önleyeceğinden bu konuda yapılan hata suçun meydana gelmesine engel olur.⁹⁴ Kanımızca TCK m. 91’in 1, 3 ve 5. fıkraları hukuka aykırılık bilincinin özel olarak arandığı hallerdir. Kanunun hukuka aykırılık bilincini aradığı hallerde de bu konuda yapılan hata kastın oluşmasını önleyecek ve fiil üzerinde hataya neden olacaktır.

Bu durumda TCK m. 30 kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Bu noktada failin hataya düşmekte kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Çünkü esaslı hata kastı kaldırmaktadır. TCK m. 30 f. 1 uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz. Dolayısı ile de TCK m. 91 f. 5 ‘deki hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilmiyorsa bu fıkradan sorumlu olmayacaktır. Yine bu konuda karşılaşılabilecek bir diğer olasılık organ ve doku alınacak kişinin karıştırılması veya istenilen organ ve dokunun alınmaması halinde söz konusudur. Bu durumda fail TCK m. 30 f. 3’ten yararlanabilecektir.⁹⁵

92 TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2009, s. 216, GÜNGÖR, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 24-25: Ceza hukukunda hata niteliği itibarı ile fiil üzerinde hata ve kural üzerinde hata olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Kural üzerinde hata genel olarak mazeret sayılmaz ve ceza sorumluluğunu etkilemezken, fiil üzerinde hata belirli koşulların varlığı halinde kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Fiil üzerinde hata genellikle dış dünyaya ilişkin bir algılama hatasından kaynaklanır. Kural üzerinde hatada kişi ceza kuralı tarafından yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istemekte fakat bu fiilin suç olmadığına inanmaktadır, GÜNGÖR, Devrim, “Kural Üzerinde Hata”, *TBB D Yıl 19, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007*, s. 151: Kural üzerinde hata üzerine tartışmaların temel noktasını bu hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı oluşturmaktadır. Bu konuda kast ve kusur teorileri için bakınız s. 151 vd., HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 300: Kusurluluk ister kast, ister taksir şeklinde ortaya çıksın kanunun suç saydığı fiilin bilinmesini gerektirir. Fiile ilişkin hata suçun oluşması için aranan unsurlardan biri veya birkaçına ilişkin hatadır. Bu esaslı hata hali kastı kaldırır. Ancak burada faille dikkatli ve tedbirli olma yönünde bir kınama yöneltilemiyorsa hata kusursuzdur ve ceza sorumluluğu kalkar. Fail hataya düşmekte kusurlu ise, kanunun fiili taksirli suç olarak öngördüğü hallerde taksirli davranışından sorumlu olur.

93 AYDIN, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s.135.

94 GÜNGÖR, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s.40-41.

95 AYDIN, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s.135.

G. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Yaşayan kişilerden organ veya doku almak ve organ ve doku satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmek fiilleri bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse verilecek ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olarak düzenlenmiştir. (TCK m. 91 f. 4) TCK'da örgüte ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. TCK'nın 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna yer verilmiş, birinci fıkrada örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişiden oluşması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi 5. 4. 2005 yılında verdiği bir kararında, örgütü “Çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli, işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş grup” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁶

TCK m. 91 f. 8'de *yaşayan bir kişiden* geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alınması fiilinin işlenmesinin neticesinde mağdurun ölümü söz konusu olursa bu durumda fail kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerden sorumlu tutulacaktır. Maddeye bakıldığında failin özel bir düzenleme ile kasten sorumlu tutulacağı belirtilmiş böylelikle *netice sebebi ile ağırlanmış suçtan* sorumlu olmasının önüne geçilmiştir. Aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlanmış suç hali söz konusudur. Ancak bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür. TCK m. 23'de, “Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmek gerekir” denilmektedir.⁹⁷ Maddeden hareketle, “neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar, biri temel suça ilişkin kanuni tip, diğeri ise belli bir netice meydana geldiğinde cezanın ağırlaştırılacağını hükme bağlayan kanuni tip olmak üzere, iki hüküm arasındaki bütünleşmeden doğmaktadır. Zararlı bir hareketin cezalandırılmasını öngören kanuni tip “temel suç” ve temel suçta yer alan “hareketle” bağıntılı olarak normda tarif edilen neticenin gerçekleşmesi halinde, daha ağır bir cezayı belirleyen kanuni tip ise, “ağırlaştırıcı hüküm” olarak nitelendirilebilir. Temel suçu düzenleyen birinci norm, ağırlaştırıcı hükümde öngörülen neticenin tarifinin bağlandığı hareket tipi hakkında gerekli olan bilgiyi içermektedir. Ağırlaştırıcı hüküm ise, belirli bir netice gerçekleştiğinde, temel suçta yer alan hareketle bağlantılı olarak belirli bir cezai müeyyideyi öngörmektedir.”⁹⁸ Netice sebebiyle ağırlanmış suçtan bahsedebilmek için ise, failin belirli sonucu doğurmaya yönelik eyleminin, kasten işlenmiş olması gerekir. Bu

96 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 5.4.2005, E.2005/341, K.2005/ 2011, YKD., Kasım 2005.

97 KOYUNCU, Ali, 5237 sayılı TCK'nın Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Genel Hükümler, Ankara 2006, s.117, yasama gerekçesinde, “Bu tür sorumluluğun ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan ‘versari in re illicita’, yani hukuka aykırı durumda olan bunun tüm neticelerine katlanır, anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terketmiş olduğundan” bahsedilmektedir. Kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hallerinin de ‘kusursuz ceza olmaz’ ilkesi ile açıkça çeliştiğinden bahsedilmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde, uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesinin, Anayasa’da öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu, madde metnindeki düzenlemeyle meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısı ile kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen, kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.” Ayrıca kanımızca ifade düşüktür, fiilin master hali olan “etmek gerekir” ifadesi, edilgen çatıda kullanılmalıydı.

98 ÖZEN, Mustafa, 5237 sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler” TBBĐ., 2006, S. 65, s.186.

bakımdan ilk hareketin taksirli olması halinde, netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez.⁹⁹ Fail bu durumda *kasten öldürme suçundan* sorumlu olacaktır.

H. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU AÇISINDAN İŞTİRAK VE İÇTİMA

1. İştirak

Bu suçta iştirakin her hali mümkündür.¹⁰⁰ TCK m. 91'in 1., 2. ve 3., 5. fıkrasına iştirakin mümkün olup olmadığı konusunda kanımızca herhangi bir tartışma noktası bulunmamaktadır. Bu fıkralar açısından iştirak mümkündür. TCK m. 91'in 4. fıkrası açısından ise bazı tespitler yapmak gerekmektedir. Burada birinci ila üçüncü fıkralardaki suçların bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesinden söz edilmektedir. TCK'nın 220 maddesinde¹⁰¹ "Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma"dan bahsedilmektedir. Buna göre bu suçun işlenebilmesi için üç veya daha fazla kişinin birleşmesi, yani en az üç kişinin katılması gerekir.¹⁰² Bu da bir grup suçta şahısların çokluğunun kanuni tip tarafından "kurucu unsur" olarak görüldüğü çok failli suç durumuna işaret eder. Bu suçlar birden çok kişinin birleşmesi olmadan meydana gelemezler. Burada aktif sujenin sayısı dikkate alınmaktadır.¹⁰³ Çok failli suçlarla tek failli suçlar arasındaki farkın ortaya konması ise iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından önemlidir. Çok failli suçlara iştirak iştirakin belli türünden ayrılması için "zorunlu iştirak" olarak da adlandırılmıştır. Modern ceza hukukunda ise çok failli suçların iştirakin bir türü olmadığı kabul edilir.¹⁰⁴ Meseleye TCK'nın 91. maddesi açısından bakıldığında, fail olarak nitelendirmede suçun işlenişi sırasında birlikte hakimiyet kuran kişiler de örneğin organ veya doku alacak failin yanında bulunan ve kendisinden rızası dışında organ veya doku alınacak kişiye narkoz veren kişi de fail olarak nitelendirilebilecektir. Burada faillerin her biri suç için kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılacaklardır. Faillerin hareketlerinin farklı olması müşterek faillğin oluşumuna engel teşkil etmeyecektir.¹⁰⁵

99 KAN AYDIN, Çağrı, Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 16.

100 ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 410, HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 326: Suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilmektedir. Kanunun suç saydığı fiili birden çok kişinin işlemesine iştirak denmektedir. Suça iştirak ya arızı ya da zorunlu iştirak biçiminde olur. Zorunlu iştirakte birden çok kişinin birlikte suç işlemesi suçun bir unsuru olduğundan bu tür iştirakin genel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Zorunlu iştirak halinde işlenen suçlara çok failli suçlar denmektedir. Bunlar tek tek kanunun özel hükümleri arasında yer almaktadırlar. Bu nedenle suça iştirak denildiğinde genel olarak arızı iştirak anlaşılmaktadır.

101 TCK m. 220 "Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde cezalandırılır."

102 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2009, s. 260.

103 SANCAR, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 26.

104 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 251,252: Çok failli suçta faillerden her biri tipik fiilinden dolayı fail olmaktadır, iştirak halinde işlenen suçlarda iştirakçilerin cezai sorumluluğu iştiraktan yani ceza sorumluluğunu genişleten hükümden kaynaklanır. Bunun sonucu olarak çok failli bir suçun faili hakkındaki ağırlatıcı veya hafifletici sebepler diğerlerine sirayet etmez, herkes kendi fiilinden ve kendi subjektif durumundan sorumlu olur.

105 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.389, AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça

Çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine atipik ve harici hareketlerle katılmak mümkündür. *Bu nedenle, çok failli suçlara iştirak ancak azmettirme veya yardım etme biçimlerinde söz konusu olabilir.*¹⁰⁶ Suça azmettirme kişiye suç işleme kararı verdirerek suç işletmektedir. Azmettiren suçun icra hareketlerini yapmadığı halde müşterek failmiş gibi işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır.¹⁰⁷ Yardım etme suçun gerçekleştirilmesine ikinci derecede katkı sağlayan iştirak biçimleri yardım etme başlığı altında toplanmıştır. TCK m. 39'da bunlar suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaad etme, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterme, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunma durumlarında kişinin yardım eden sıfatı ile sorumlu olacağı belirtilmektedir.¹⁰⁸ Yardım etme de maddi ve manevi yardım etme olarak iki kısımda ele alınmaktadır.¹⁰⁹ Organ veya doku ticareti suçunda organ alınması için gerekli araç ve gereçleri, mekanı temin eden kişinin hareketi olmazsa olmaz nitelik taşıyorsa bu durumda kişi asli fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak kişinin hareketi olmasa idi organ veya doku alınabilecekti denilebiliyorsa bu durumda kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.¹¹⁰ Çok failli suça iştirakte çözülmesi gereken son sorun ise, çok failli suçun failleri arasında suça etki eden nedenlerin sirayetidir. Ağırлатıcı ve hafifletici nedenlerin diğer iştirakçilere sirayetine dair mülga kanunda hüküm bulunmasına rağmen mevcut TCK'da herhangi bir hüküm yoktur. Ancak iştirak kuralları açısından ağırлатıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayetine ilişkin kurallar çok failli suçlara uygulanmaz.¹¹¹ Dolayısı ile TCK m. 90 f. 4 bakımından bu nedenler uygulanamayacaktır.

İştirak, Ankara 2009, s.50,51: TCK'nın iştiraki düzenleyen 37. maddesinin gerekçesinde 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan asli- fer'i iştirak ayırımından vazgeçildiği ifade edilmiştir. Gereğçede TCK'daki düzenlemenin iştirak şekillerinin fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet olarak belirlemektedir. İştirak şekilleri *faillik, azmettirme ve yardım etme* olarak belirlenmiştir. Kanundaki düzenlemeye bakıldığında asli iştirak- fer'i iştirak kavramlarına yer verilmemiş olmasına rağmen getirilen sistemin yine ikili ayrına dayandığı açıktır. Mülga TCK'da "asli iştirak" olarak ifade edilen sorumluluk türü m.37'de "faillik" başlığı altında düzenlenmiş ancak "fiili irtikap eden ve doğrudan doğruya beraber işleyen" ayırımı benimsenmeyerek, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler" ifadesi ile tek bir sorumluluk türüne yer verilmiştir. TCK m. 38'de düzenlenen "azmettirme" ise mülga kanunda "asli manevi iştirak" olarak düzenlenmişti. Buna rağmen TCK m. 38, azmettiren "işlenen suçun cezası ile cezalandırarak" bu kişiyi "asli manevi iştirakçı" olarak sorumlu tutmaya devam etmiştir, Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.254-256: Çok failli suçta ancak tipik fiilde öngörülen sayıdan fazla kişinin bir araya gelmesi halinde iştiraktan söz edilebilir. Çünkü tipik fiilde öngörülen sayıda kişinin bir arada bulunması suçun kurucu unsuru olup iştirak hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaz. Çok failli suçlara iştirakte özellik arz eden husus, iştirakin ancak asli failler dışında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilebilir olmasıdır. Çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine atipik ve harici hareketlerle katılmak mümkündür. *Bu nedenle, çok failli suçlara iştirak ancak azmettirme veya yardım etme biçimlerinde söz konusu olabilir.*

106 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 254-256.

107 CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008, s.512.

108 Centel-Zafer- Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008, s.515.

109 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.405.

110 AYDIN, Murat, , Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008 s. 145.

111 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.254-256.

2. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda organ veya doku ticareti suçunun birden fazla işlenmesi durumunda, TCK m. 43 f.1 uyarınca tek cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır.¹¹² TCK m. 91 f. 1 hükmü ile insan ticaretini düzenleyen TCK m. 81 f.1 hükmü aynı olayda söz konusu olduğu zaman fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹¹³ Bu suç bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenirse zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.¹¹⁴ Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi durumunda, özellikle doku alınırken verici kişi daha ağır ceza gerektirecek şekilde yaralanırsa yaralamadan hüküm kurulabileceği düşünülmektedir. Ancak özellikle organ alma eylemi uzuv tatilini de gerektirdiğinden bu nedenle yaralama suçundan değil organ alma suçundan hüküm kurulması gerektiği düşünülmektedir.¹¹⁵

2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi¹¹⁶ biçimindeki 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK'nın 91. maddesi karşısında yürürlükten kalktığına dair ne TCK'da ne de diğer kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi halen yürürlükte dir. Bu durumda TCK'nın 44. maddesi uyarınca *fikri içtima* kurallarına gidilmelidir. İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Öyleyse sağ kişiden organ veya doku alma eylemleri her iki yasa maddesini de ihlal ettiğinden hangisi ağır cezayı gerektiriyorsa o madde uygulanacaktır. TCK'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ölüden organ veya doku alma suçu *dışında*, diğer eylemler daha ağır cezayı gerektirdiği için bu kanunun hükümleri, TCK'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen eylemler için ise 2238 Sayılı Yasa'nın 15. maddesindeki düzenleme daha ağır cezayı gerektirdiği için de bu eylemle ilgili olarak 2238 sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi uygulanacaktır.¹¹⁷

TCK m. 91'deki suçların zincirleme suç olarak da işlenmesi mümkündür. Organ veya dokunun nakledilmesi ve aşılması sırasında, alıcının yaralanması, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması ve ölümü halinde, faile ayrıca bu sonuçlardan dolayı kast veya taksirine göre gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilir. Örneğin gerekli tahlil ve tetkikler yapılmadan AIDS hastalığı bulunan bir vericiden alınan sperm veya yumurta hücrelerinin alıcıya aşılması sırasında bu hastalığın bulaştırılması halinde aşılama

112 MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

113 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.405.

114 ARTUÇ, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s.6. (Erişim Tarihi 19. 12.2009)

115 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s. 6., (Erişim Tarihi 19. 12.2009); MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

116 "Bu Kanun'a aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım satımını yapanlar, alım ve satım aracılık edenler veya bunların komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir."

117 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s. 7, (Erişim Tarihi 19. 12.2009); Meran, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

gerçekleştiren hekimin taksirle yaralama veya ölüme neden olma fiilinden dolayı ayrıca cezalandırılması gerekir.¹¹⁸

K. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU AÇISINDAN ÖZEL CEZASIZLIK NEDENİ: ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısı ile faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kuruma etkin pişmanlık denilmektedir. Etkin pişmanlık bütün suç tipleri bakımından geçerli olmayıp, bu hükümler yalnızca düzenledikleri suçlar bakımından uygulanabilecektir. Bunlardan biri de organ ve dokularını satan kişinin etkin pişmanlığıdır.¹¹⁹ Ancak bu düzenlemenin etkin pişmanlık niteliğini taşıdığı ve yerindeliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

TCK m. 93 iki fıkra halinde organ ve dokusunu satan kimse bakımından “etkin pişmanlığı” düzenlemiştir. Kanun burada organ ve dokusunu satan kimse üzerinden suçun diğer faillerini ve katılanlarını bulmak istemiştir. Ancak, madde başlığı “etkin pişmanlık” olmakla birlikte maddenin düzenlediği husus teknik anlamda etkin pişmanlık değildir. Etkin pişmanlık teşebbüsle ilgilidir. Fail kendiliğinden ya icrasına başladığı suça devam etmez ya da neticenin gerçekleşmesini önler. Burada birinci durum gönüllü vazgeçme ikinci durum etkin pişmanlıktır. 93. maddede bu iki durum da yoktur. Buradaki düzenleme failin yani organ ve dokusunu satan kimsenin suçu işlemeden sonra kollukla işbirliği yapması bunun karşılığında da kendisine daha az ceza verilmesidir. Suçlu kendi içinden geldiği için pişman olmamakta devletin kendisine sunduğu çıkar karşılığında suçu kendisi ile birlikte işleyen suç ortaklarını ele vermekte ve onlara ihanet etmektedir.¹²⁰ Etkin pişmanlıkla ilgili bir diğer problem 93. madde başlığı altında düzenlenmekle birlikte failin suç yolunun (iter criminis) kapanmasını kendi çabaları ile engellemesi dolayısı ile teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak olmasıdır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler bir başka suçu oluşturduğu taktirde gönüllü vazgeçen bu suçtan sorumlu olacaktır. Kanımızca 93. maddedeki “cezaya hükmolunmaz” düzenlemesi bu konuda da soru işaretlerini barındırmaktadır. Zira “gönüllü vazgeçmenin varlığına rağmen fiil hukuka aykırılığını korur”¹²¹

118 PARLAR- HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'nın Yorumu, Ankara 2008, s.1556, HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 361-363; TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında zincirleme suç için bir suç işleme kararının icrası kapsamında ifadesi kullanılmıştır. Suç işleme kararında birlik ise gerekçede “suçlar arasında subjektif bağ bulunması” olarak tanımlanmıştır. Kanunun subjektif bağ olarak nitelendirdiği şey kasttan ayrı olarak, birden çok suçu planlı programlı olarak işleme iradesidir. Bu da failin bir plan ve programı olmaksızın birden çok kez aynı suçu işlemesi halinde, işlenen suçlar arasında onları bir bütün kılan manevi bağ bulunmadığından ortada zincirleme suç da yoktur. Gerçekten, ister ileri sürülsün isterse sürülmesin her somut olayda suç işleme kararının failde mevcut olup olmadığını hakim re'sen tespit edecektir. Hakim bu tespiti yapmadığında “kanaatimizce suç yoktur demek yerine şüpheden sanık yararlanır kuralı uygulanarak zincirleme suç vardır demek daha isabetlidir.” Kanunun ifadesinden, şüpheden sanık yararlanır kuralı çıkmaktadır. Böyle olunca failde birden çok suçu işleme kararının ispatlanamadığı her olayda , failin işlediği birden çok suç zincirleme suç sayılacak , faile bir suçun cezası verilecek ve cezası arttırılacaktır.

119 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 441

120 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2009, s.110.

121 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 236.

Bu hükmün uygulanması bakımından organın satılmış olması yeterli olup, ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmiş olması gerekmez. Bu hüküm yalnızca TCK kapsamındaki suçlarla ilgili olarak uygulanacak, OVDNHK m. 15'in uygulama alanı bulunduğu hallerde uygulanmayacaktır.¹²²

L. Yaptırım

TCK m. 91'in getirdiği en önemli sonuç, cezaların arttırılmasının yanısıra, OVDNHK'dan farklı olarak *organı satana da ceza* öngörmesidir. Ancak organ veya dokularını satan kimsenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak bu kimseye verilecek cezanın indirilmesi mümkün olduğu gibi, ceza verilmekten de kaçınılabılır. (TCK/ m.92) Bu çerçevede 2238 Sayılı OVDNHK ile TCK m. 91 birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşmak mümkündür¹²³:

Yaşayan kimselerden rızası olmaksızın zorla organ alınması (TCK m 91, OVDNHK m. 6) halinde fail 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alınması durumunda ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. (TCK m. 91 f.1) Böylelikle TCK'nın yaptırım alanında OVDNHK'ya nazaran yaptırımın en çok ağırlaştığı hal budur. Bu noktada *öğretide isabetli olarak işaret edilen bir probleme dikkat çekmek gerekmektedir.* TCK m. 91 organ veya doku alımında hukuken geçerli rıza aramaktadır. Rızanın koşulları açısından ise OVDNHK m. 6'ya gitmek gerekecektir. Buna göre, Bu hüküm karşısında, vericinin önceden verilmiş olan yazılı rızası iki tanık değil de, bir tanık huzurunda imzalanmış ise, "hukuken geçerli olmayan rıza" söz konusu olacak ve böyle bir vericiden organ alan kimse TCK m. 91 f. 1 gereğince 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilecektir. Bu sonuç kabul edilemez. Ancak kanun hükümleri açıktır ve böyle bir uygulamayı öngörmektedir. Bu adaletsiz sonucu önlemek bakımından "hukuken geçerli rıza" şartını, şekil şartından bağımsız olarak değerlendirmek gerekir.¹²⁴ 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızası ile de olsa organ veya doku alınması durumunda hangi kanunun uygulanacağı bir sorun oluşturabilir. Gerçekten OVDNHK'da bu husus yasaklanmış ve yaptırımı da aynı kanunun 15. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık TCK'da 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ veya doku alınması açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*" ifadesi çerçevesinde, 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerin rızalarının hukuken geçerli olmadığı ve bu nedenle böyle bir organ ve doku alınmasının da TCK m.91 f. 1 kapsamında cezalandırılacağı söylenebilir. Ancak bu yorum tarzının da sonuçta haksız uygulamalara yol açabileceğinin de belirtilmesi gerekir. Gerçekten de

122 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 441, Ünver, Yener, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukukuna Etkileri", I. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, İstanbul 2005, s. 192: Bu düzenleme yalnızca organ veya dokularını satan kimse için bu olanağı sağladığı ve fakat 91. maddedeki diğer eylemlerin faillerini veya satan kişinin eylemine iştirak edenlerin bundan yararlandırılmaması dolayısı ile eleştirilmektedir. Hakeri, age, s. 441: Ayrıca organını satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması halinde, organı satarak elde ettiği haksız kazançla ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmaması da eleştirilmektedir

123 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, OVDNHK m. 6'da, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu olduğu ifade edilmektedir.

124 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, 433.

bir kimseden rızası olmaksızın organ alan kimseler 5 yıldan 9 yıla, doku alanlar 2 yıldan 5 yıla kadar cezalandırılırken, 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızası ile organ veya doku alanların da aynı şekilde cezalandırılmaları ağır bir sonuç olacaktır. Buna karşılık OVDNHK m. 15 hükmü uygulandığı takdirde daha adil bir cezalandırma söz konusu olabilecektir. Zira söz konusu maddede öngörülen ceza 2 yıldan 4 yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır.¹²⁵

Ölüden organ veya dokunun OVDNHK'da belirtilmiş bulunan koşullara aykırı olarak alınması durumunda fail hakkında TCK m. 91 f. 2 uygulanacaktır. Organ satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaklardır (TCK m. 91 f.3). Ancak maddede yer alan özel zorunluluk hali uyarınca, organ veya dokularını satan kimsenin içinde bulunduğu özel zorunluluk hali uyarınca bu kimseye verilecek cezanın indirilmesi söz konusu olabilecektir.¹²⁶

Canlılardan zorla organ veya doku alınması ve bunların satın alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi fillerinin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır (TCK m.91 f. 4). Böylece TCK ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak saymamıştır. Ancak ölüden alınan organ ve dokunun satın alınması, satılması veya satılmasına aracılık edilmesinin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde yapılması halinde de TCK m. 91 f. 4 uygulanabilecektir. OVDNHK'nın 5-14. maddelerinde belirtilen koşullara aykırı olarak elde edilmiş bulunan organ ve dokuyu saklayan, nakleden ve aşıl原因an kişi 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (TCK m. 91 f. 5) Bunların dışında organ ve doku teminine yönelik olarak reklam verilmesi veya yayınlanması yaptırım altına alınmıştır. (TCK m. 91 f. 6) Kanun her türlü ilan ve reklam verilmesini değil yalnızca çıkar amaçlı reklam verilmesini ve yayınlanmasını cezalandırmaktadır. Bu suretle, ihtiyacı olan kimselerin maddi bir çıkar sağlamaksızın, kamuoyuna müracaatı engellenmemekte, ticari ilanlar yaptırım altına alınmaktadır. Söz konusu hükümlerle ayrıca 91. maddedeki suçların bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde yapılması halinde bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulaması öngörülmekte (TCK m. 91 f. 7) ve son olarak TCK m. 91 f. 8'de zorla organ veya doku alınması sonucu mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır. Esasen bu hüküm konulmasa idi genel hükümler gereğince bir kimsenin rızası olmaksızın kendisine yapılan tıbbi müdahale kasten yaralama olduğundan, bu tıbbi müdahaleyi yapan kimsenin olası kastı yoksa meydana gelen ölüm neticesinden dolayı sorumluluğu TCK m. 87 f. 4 ve TCK m. 23 çerçevesinde belirlenecekti. Ancak bu hükümlerle failin doğrudan kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması sağlanmıştır. Bu hükme yönelik olarak, maddede kullanılan "*birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi*" ifadesi haklı olarak eleştirilmekte ve bu ifadenin sonucu olarak organ veya dokunun alınmasının gerekebileceği, halbuki teşebbüs sonucunda da mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına olanak tanınması gerektiği belirtilmektedir. Gerçekten de bu taktirde artık genel hükümler gereğince, faili TCK m. 87 f. 4'ten sorumlu tutmakla yetinmek gerekecektir.¹²⁷

125 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, 433.

126 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 433.

127 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 434.

SON SÖZ

Organ ve doku naklinin kazandığı yaygınlık ve aynı zamanda vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olarak kişilik haklarını yakından ilgilendiren boyutu, bunun koşullarını düzenleyen yeni bir suç kategorisini ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle hukuka uygun bir müdahale ve bu müdahalenin koşulları oldukça önemlidir. Önceleri organ naklinin hukuka uygunluğunun dayanağı tartışma konusu iken Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ve TCK'daki düzenleme ile bugün bu gerek ortadan kalkmıştır. Organ ve dokunun yalnızca yaşayan kişiden değil, tıbben ölmüş kişiden de yapılabilmesi ölüm anının tespiti ve zorunluluk durumunda rızanın aranıp aranmayacağına ilişkin birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalarla birlikte aynı zamanda suça asli özelliğini veren birtakım unsurlar değerlendirilirken de hassas bir denge gözetilmesinde fayda vardır.

TCK'da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar kategorisinde yer alan organ veya doku ticareti suçunun hükümlerinin OVDNHK'nun bu yöndeki hükümlerini ilga etmiştir. Ancak genel nitelikteki hükümlerin OVDNHK ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. TCK'daki suç kapsamında getirilen özel zorunluluk haline ilişkin düzenlemeye ise yüksek sesle eleştiri getirmek mümkündür. Yine TCK'da getirilen etkin pişmanlık hükmü düzenlemenin teknik anlamda etkin pişmanlık olmaması ile de tartışmalara yol açmıştır. Son olarak suçun öneriler doğrultusunda düzenlenerek tartışmalı noktaların açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.

AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Aşılmasını Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1983.

ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ARTUK- GÖKCEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar" MHB 1999-2000.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.

AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

BAŞPINAR, Veynel, Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972.

CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.104.

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

EROL, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

EROL, Haydar, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

GÖKCEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Selçuk Ü. Hukuk Fak. Dergisi, Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2, Y: 2000.

GÖRKEY, Şefik, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, Tıbbi etik Yıllığı V, 16 Mart 1995'te Düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumu'nda Sunulan

Bildiriler, (Yay. Terzioğlu, Arslan) İstanbul 1996.

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

GÜNGÖR, Devrim, "Kural Üzerinde Hata", TBBD Yıl 19, Sayı 68, Ocak- Şubat 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009.

HAKEİRİ, Hakan, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007.

HAKEİRİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007.

HAKEİRİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.

İÇEL, Kayıhan Suçların İçtimai, İstanbul 1972.

KAN AYDIN, Çağrı, Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBD, Yıl 1991, Sayı 2.

KOYUNCU, Ali, 5237 sayılı TCK'nın Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Genel Hükümler, Ankara 2006.

MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005.

ÖZEL, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, AÜHF. C:51, S:1 Y: 2002.

ÖZEN, Mustafa, 5237 sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler" TBBD, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.

ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.

PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar" TBBD, Sayı 83, 2009.

PARLAR-HATİPOĞLU, 5237 sayılı TCK Yorumu, Ankara 2008.

SANCAR, Türkan, Çok Faili Suçlar, Ankara 1998.

SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007.

SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2008.

SOYASLAN, Doğan, "Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin

Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007.

TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Ceza Sorumluluğu

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Ceza Sorumluluk” Yıl 1978.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

ÜNVER, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukukuna Etkileri”, I. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, İstanbul 2005.

ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihi Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun” I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005.

ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009.

YOKUŞ-SEVÜK, Handan, Marmara Ü. Hukuk Fak. 17 Kasım 2008, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007, “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”

YÜCEL, Mehtap, “Organ veya Doku Ticareti Suçu” AÜHF Mecmua, Ankara 2008.

ZEVKLİLER, Aydın, “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000.

Elektronik Kaynaklar

ARTUÇ, Mustafa, “Organ veya Doku Ticareti”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%...

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegereke.doc>, s.198.

<http://www.cnnturk.com/2008/tarihte.bugun/12/03/tarihte.bugun.3.aralik/503048.0/index.html>

http://www.doktorneva.com/kisirlik/yumurtalik_nakli.asp.

Douglas, Lisa, Organ Donation Procurement and Transportation Law Review, Volume:65:2,201 (1996-1997) <http://heinonline.org/HOL/PDF?Handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30%sectioncount=1&ext=.pdf>

<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/231787.asp>.

<http://www.tekilhaber.com/?syf=Haber&kategori=Saglik&katid=7&id=1220&detay=16-bin-hasta-organ-bekliyor>

TOROSLU, Nevzat, AÜHFD. 1978, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf>

<http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-560/organ-ve-doku-nakli-hizmetleri-yonetmeligi.html>.

Hicks, Stephen, “The Regulation Of Fetal Tissue Transplantation: Different Legislative Models For Different Purposes”, Suffolk University Law Review, Volume XXVII, s. 1613, 1614, [Http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults).

Makaleler

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GÖÇ VE SİĞİNMA POLİTİKASI

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 21 Ocak 2011 tarihli kararı¹, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem de Avrupa Birliği'nin mülteci ve sığınmacılara ilişkin mevzuatı bakımından özel bir önem taşımaktadır. Kararın 17 üyeli Büyük Daire tarafından 16'ya karşı-1 muhalif oyla kabul edilmesi kararın önemini artırmaktadır.

Bir yandan Lizbon Andlaşması'nın² 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesi, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ek 14 no'lu Protokolün³ kabulüyle, Avrupa Birliği'nin üye devletlerden ayrı bir tüzel kişilik olarak AİHS'ne taraf olması ihtimalinin doğması ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ile AİHM'nin benzer konulardaki içtihat farklılığının sürüp sürmeyeceği konusunda tereddütler oluşmuştur. Başlangıçta 14 no'lu Protokolü veto eden Rusya Federasyonu, İsviçre'nin Interlaken kentinde yapılan toplantı sonunda yayımlanan 19.02.2010 tarihli Bildiri'de tutumunu değiştirerek, AB'nin AİHS'ne taraf olmasının yolu açılmıştır. 14 numaralı Protokol, tüm üye devletler tarafından onaylanarak 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Diğer yandan, Avrupa Birliği'ni Kuran Andlaşmanın (ABA 6/2) maddesi açıkça Birliğin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesine taraf olacağını ifade etmekte ancak bu katılımın Andlaşmalardan doğan Birlik yetkilerini etkilemeyeceğini kabul etmektedir. ABA 47. maddesi ise Birliğin tüzel kişiliğini olduğunu beyan etmektedir. Ayrıca 51. maddede bu Andlaşmanın ekindeki Protokollerin ve eklerin Andlaşmanın asli bir unsuru

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Başvuru no: 30696/09, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkcm.asp?sessionId=65474716&skin=hudoc-e>.

2 OJ 2010 C.83/01.

3 17/2.p. "Avrupa Birliği bu Sözleşmeye katılabilir" Protokolün 17/2.maddesi için bkz Council of Europa ETS, No: 194, 13.V. 2004, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>, 5.09.2010.

olduğu ifade edilmiştir. 8. no'lu Protokol⁴ Avrupa Birliğini Kuran Andlaşmanın 6 (2) maddesiyle ilgili olarak Birliğin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Sözleşmesine taraf olabileceğini kabul etmektedir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bir protokolle Andlaşmanın ekinde yer aldığından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Katılım için gerekli düzenlemeler henüz tamamlanmamıştır. 7 Temmuz 2010 tarihinde, Komisyona verilen yetki ile katılım müzakereleri başlamıştır. Müzakereler sonucunda katılım anlaşmasının her iki tarafça imzalanması ve üye ülkeler tarafından onaylanması gerekmektedir.

AİHS'nin yalnızca devletlerin taraf olmasına açık olduğu, uluslararası örgütlerin taraf olamayacağı kabul edilmişken, AİHS Statüsünde yapılan bir değişiklikle sadece Avrupa Birliği için bir istisna tanıdığı bilinmektedir. AYBAY'ın haklı olarak belirttiği gibi; AİHS hükümleri sadece devletlerin üyeliğine açık biçimde düzenlenmiştir. AB'nin ulusüstü yapısı nedeniyle Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisinde nasıl temsil edileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun AB'nin kurumsal yapısı içinde çözüle bile, AB aleyhine bireysel başvuru yolu nasıl işleyecektir? İç hukuk yollarının tüketilmesi için ABAD'ın sistemin içinde sayılması gerekecek midir? Uyrakluğun önemli olduğu durumlarda (AİHS. 16. madde ve 36/1 madde) AB vatandaşlığı mı esas alınacaktır? Bu sorunlar nedeniyle AİHS'nin bazı hükümlerinin değişmesi gerekebilecektir⁵.

Bizim kanımız benzer sorunların iki mahkeme arasındaki içtihat farkları nedeni ile de çıkabileceği yönündedir. Zira ABAD yetkilerini kurucu Andlaşmalardan almaktadır. Birincil normları yorumlamak ve ikincil normların hukuka uygunluğunu denetlemek yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki Lizbon'dan sonra dahi ekonomik bütünleşmeye ilişkin normlarla sınırlıdır. ABAD'ın Ortak Yabancılar ve Güvenlik Politikasında bazı istisnalar (ABA 40. madde ve ABFA 275/2) dışında yetkisi yoktur. Özgürlük, Adalet ve Güvenlik alanında ise ABAD'ın sınırlı yargı yetkisi bulunmaktadır (ABFA 276).

4 Blackstone's EU Treaties & Legislation, 2010-2011 (ed: Nigel Foster), 21 st ed, Oxford, 2010, s. 142.

5 AYBAY, Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", TBBD Mayıs-Haziran 2010, sa:88, s.258.

I. AİHM VE ABAD KARARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Yer ve Zaman Bakımından Uygulanmada Temel Kurallar

AİHM'nin AB ile ilgili olarak verdiği 1999 tarihli Matthews/ Birleşik Krallık kararı⁶, önem taşımaktadır. Avrupa Birliği kurumları tarafından kabul edilen bir düzenleme nedeniyle dava İngiltere'ye karşı açılmış ve Mahkeme davayı kabul edilebilir bulmuştur. Konu Avrupa Parlamentosu için yapılacak seçimlere, Cebelitarık'ta yaşayan kişilerin katılımı, oy kullanamaması ile ilgiliydi. Seçme hakkı elinden alınan bir kişi davayı AİHM'nde bir üye devlete karşı açmıştır. Zira AB Birlik olarak AİHS'ne taraf değildir. Ancak Mahkeme belirli yetkilerin ulusüstü bir örgüte devredilmesinin, devletin Sözleşmeden doğan sorumluluğunu ortadan kaldıramayacağını, bu nedenle başvurucunun hakkının İngiltere tarafından ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Diğer yandan BM Güvenlik Konseyinin verdiği kararları denetleyecek bir usul bulunmamaktadır. Böyle bir yetki Uluslararası Adalet Divanına dahi doğrudan verilmemiştir⁷. AİHM'ne yapılan bir başvuruda, BM Güvenlik Konseyi kararı gereğince üye devletlerin giriştiği bazı eylemlerin incelenmesi istenmiş, ancak Mahkeme kendini yetkili görmemiştir. Dava Kosova'da yapılan operasyonlar sonunda zarar gören kişilerce açılmıştır⁸. Birinci dava NATO bombalaması sonucunda temizlenmeyen bir bombanın patlaması yüzünden ölen oğlu için, diğeri de kör olan baba için açılmıştır. Mahkeme Kosova'da yürütülen operasyonlara devletlerin yaptığı katkıyı ve eylemlerini denetleyemeyeceğine karar vermiştir.

Buna karşın ABAD 03.09.2008 tarihli Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation kararında⁹, BM Güvenlik Konseyinin Taliban'ın finansal gücünü dondurmak için aldığı karara uygun olarak çıkarılan ve bazı malların Afganistan'a ihracını yasaklayan AB mevzuatının¹⁰ iptaline karar vermiştir. Gerekçe olarak AB kurumlarının temel haklarla uyumlu olmayan Güvenlik Konseyi kararlarını yerine getirmeye yetkili olmadıkları vurgulanmıştır.

Uluslararası örgütlerin işlemlerinden dolayı üye devletlerin sorumluluğuna ilişkin bir başka dava, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi / İrlanda davasıdır¹¹. Başvuran Türk şirketi eski Yugoslavya'dan 1992 yılında iki uçak kiralamıştır. Nisan 1993 yılında BM Güvenlik Konseyi kabul ettiği bir sonuç belgesi ile her devletin uçaklarının kendi hava sahasında uçmasını kararlaştırmıştır. Karar eski Yugoslavya'daki insan hakları ihlalleri nedeni ile alınan yaptırım kararlarının bir parçasıydı. AB Mayıs 1993'de bu kararı bir AT Tüzüğü ile uygulamaya geçirdi. Başvurucu bu uçaklardan birini bir İrlanda şirketine kiraladı. Ödeme yapıldıktan sonra İrlanda Ulaştırma Departmanı AT Tüzüğüne uygun olarak uçağa el koydu. İrlanda mahkemesinde açılan davadan sonra, konu ön karar usulü ile Avrupa Adalet Divanının önüne geldi. Başvurucu AİHS'ne ek 1. no'lu

6 Matthews v. United Kingdom (1999) 28 EHRR 361.

7 TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz-ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3.bs, Ankara, 2010, s.83.

8 Behrami v.France, Saramati v. France, 31.5.2007 tarihli kabul edilmezlik kararı için bkz. TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, S.84.

9 Birleşik dava, C-402/05P VE C- 415/05 P, JOUE, 8.11.2008, C 285/03.

10 EC No 881/2002, 27 Mayıs 2002.

11 30 Haziran 2005,bkz. MOWBRAY,Alastair, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford, 2007,s.70-71.

Protokolün 1. maddesine dayanarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürdü. Divan verdiği görüşte, ilgili örgütün insan haklarını korumak için aldığı önlemler, AİHS'nin sağladığı haklara eşdeğer koruma mekanizması getiriyorsa, bu örgütün kararlarına uygun olan işlemler geçerlidir. Korumanın eşdeğer sayılması için, tümüyle aynı olması gerekmez, benzer olması yeterlidir (p.155). Fakat belli şartların değerlendirilmesi sonucu, AİHS'deki hakların korunması yönünde bir yetersizlik ortaya çıkarsa, bu karine geçerliliğini yitirecektir (p.156). Divan bu duruma örnek olarak Loizidou v. Türkiye¹² kararını göstermiştir. Sonuç olarak, AT hukukunda temel hakların korunmasının Sözleşme ile eşdeğer nitelikte olduğuna ve İrlanda tarafından AİHS'ne aykırı davranılmadığı kabul edilmiştir (p.165)¹³.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 28. maddesine göre, andlaşma hükümleri geriye yürümez. Aynı husus insan hakları sözleşmeleri için de geçerlidir. Ancak burada AİHM'nin "sürekli ihlal" kavramı önem kazanmaktadır. AİHM'nin zorunlu yargı yetkisinin ya da bireysel başvuru hakkının kabulünden önce meydana gelen olayların etkileri başvurunun yapıldığı tarihte devam ediyorsa, sürekli ihlal söz konusudur ve AİHM'nin zaman bakımından yetkisi vardır. AİHM Loizidou v. Türkiye kararında bu gerekçeye dayanmıştır. Kıbrıs Barış Harekatı 1974 yılında yapılmakla beraber, davanın açıldığı tarihte davacı KKTC'de olan ve mülkiyeti kendisine ait bulunan taşınmazına ulaşamıyordu. Zira bölge Türk silahlı kuvvetlerinin kontrolü altındadır. Aksine, Bankoviç ve diğerleri kararında¹⁴, Kosova uyuşmazlığı sırasında, Belgrat'a yapılan Nato bombardımanı sonucu hayatını kaybedenlerin yakınları tarafından Nato devletleri aleyhine yapılan başvuruları AİHM kabul edilemez bulmuştur. Zira bu olayda "etkin denetim" kurulmamıştır.

Saddam Hüseyin'in başvurusu da yer yönünden bir bağlantı tespit edilemeyeceği için kabul edilmez bulunmuştur. AİHM'nin yer bakımından yetkisi, yargı yetkisine tabi olan herkes için geçerlidir, yoksa sadece devletin sınırları içinde değildir. Merkezi hükümetin gücünü ülke çapında uygulamaktan aciz olması, devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁵.

B. Özgürlüklerin İçeriği Konusunda Farklı Yorumlar

AİHM temel hakları genişletici bir yorum izlerken, ABAD kendi yetkisini Birlik hedefleriyle sınırlamaktadır. Bu nedenle özgürlüklerin içeriği konusunda farklı yorumlar karşımıza çıkmaktadır.

Bu davalardan biri ATAD önünde görülen Hoechst v. Komisyon davasıdır¹⁶. Komisyon rekabet hukukuna ilişkin 17 sayılı Tüzüğün kendisine verdiği yetkiyi kullanarak Alman Hoechst AG'de arama yapmıştır. Komisyon'un izinsiz arama yaptığını ve belgelere ulaşmak için hukuk dışı yolları seçtiğini iddia eden şirket, ATAD'da dava açmıştır. Divan AİHS'nin 8. maddesinin özel hayata ve aile hayatına saygı amacını taşıdığını, bu hükmün işyerlerini kapsamadığını kabul etmiştir. Divan keyfi ve orantısız müdahalenin hukuka aykırı olduğunu belirtirken, işyerlerine Topluluk rekabet hukuku çerçevesinde yapılacak müdahalenin konut dokunulmazlığını ve özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı

12 23 Mart 1995, Series A No310, &75.

13 MOWBRAY, s.73; TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, s.85.

14 12.12.2001, başvuru no. 52207/99.

15 Bu konudaki kararlar için bkz, TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, s.81-82.

16 Birleşik dava, C-46/87&227/88 (1989) ECR 2859.

çerçevesinde ele alınamayacağını kabul etmiştir.

Buna karşın AİHM'nin verdiği *Niemitz v. Almanya* kararında¹⁷, avukat olan Niemitz bürosunda yapılan aramanın hukuka aykırı ve AİHS 8. maddenin ihlali mahiyetinde olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme kararında, Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadına gönderme yaparak ev-konut kavramının işyerlerini de kapsayabileceğini kabul etmiştir. İş hayatı ve ev hayatının birbirinin ayrılmaz parçası olduğunu, bunun aksine bir tutumun 14. maddedeki ayrımcılık yasağı ile de bağdaşmayacağı kabul edilmiştir. ABAD'ın temel haklar ve özgürlüklerde bütünleşme lehine hareket ettiği, AİHM'nin daha az sınırlandırıcı bir yorum tekniğini benimsediği söylenebilir¹⁸.

Benzer bir dava olan *Orkem SA v. Komisyon* kararında¹⁹, yine Komisyon'un 17 sayılı Tüzüğe dayanarak şirkette yaptığı aramada gerekli belgeleri sunmaya zorlandığı ve bunun kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Divan ise açılan ihlal davasında, kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının ne AİHM içtihatlarında yer aldığı ne de üye devletlerin ulusal hukuklarında sadece gerçek kişileri kapsadığını ileri sürerek ihlali reddetmiştir. Divan AİHS ve AİHM içtihadını kaynak olarak kabul etmekle birlikte, kararı Topluluk hedeflerine uygun olarak değerlendirmiştir.

AİHM, *Funke v. Fransa* davasında²⁰ farklı bir sonuca varmıştır. Olay, Funke'den hakkındaki gümrük suçları nedeniyle Fransız mali polisi tarafından yurtdışındaki malvarlığı hakkında bilgi verilmesinin istenmesi ve bu bilgi verilmeyince, evinin aranması ve para cezasına mahkum edilmesiydi. Başvurucu bu müdahalenin AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesine ve kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının ihlalinin, Sözleşmenin 8. maddesi ile düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hükmüne aykırı olduğunu iddia etti. Mahkeme kararında AİHS'nin 6. maddesinin kişinin sessiz kalma hakkı ve kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını da içerdiğini, ayrıca bir mahkeme emrine dayanılmaksızın yapılan aramanın AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Rekabet hukuku ile ilgili bir başka davada²¹ AİDM'nin beş yılı aşkın bir sürede davayı sonuçlandırmadığı ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle karar temyiz edilmiştir. ATAD temyizen yaptığı incelemede, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının davanın makul bir süre içinde tamamlanmaması nedeniyle ihlal edildiğini kabul etmiş, Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin (AİDM)²² hükmettiği para cezasının indirilmesi gerektiğini bildirmiştir.

ERT v. DEP davasında²³, ATAD temel hakların Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamış ve ifade özgürlüğünün sınırlarının ancak AİHS'nin 10. maddesine uygun olarak yapılabileceğini, kamu politikaları nedeni ile getirilecek

17 C Niemitz v. Germany (1993) 16 EHRR 97.

18 DEĞER, Ozan, Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu, Ankara, 2009, s.92.

19 Case C-374/87 (1989) ECR 3283.

20 Case Funke v. France (1993) 16 EHRR 297.

21 Case C-185/95, Baustahlgewebe v. Commission (1998) ECR I-8417.

22 AİDM'nin yerine Lizbon Anlaşmasından sonra Genel Mahkemeler kurulmuştur (ABFA 251.madde-AT 221.madde).

23 Case c-260/89(1991) ECR I- 2925.

sınırlamaların temel haklara ve Topluluk hukukuna aykırı olduğunu kararlaştırmıştır. Olay, Yunanistan'da tekel hakkına sahip yayın kurumu ERT'nin Yunanistan'da yayın yapan bir başka yayın kurumuna (DEP) karşı yayının durdurulması talebi ile ilgili olarak açtığı davanın reddi ile ilgiliydi. Avrupa Adalet Divanı bir yandan Sözleşmeye gönderme yaparken ve insan haklarının AB hukukunun asli bir kaynağı olduğunu kabul ederken, diğer yandan Birlik hukukunun kendisine çizdiği yetki sınırları içinde kalmak gibi zor bir görevi ifa etmektedir.

Divan bu tutumunu Grogan Kararında²⁴ da sürdürmüştür. İrlanda yasalarına göre kürtaj yasaktır. Grogan ise İngiltere'de kürtaj hizmeti sağlayan klinikler ile ilgili bilgi veren bir topluluk adına İrlanda'da broşür dağıtmıştır. Bunun üzerine hakkında ceza davası açılmıştır. Ulusal mahkeme konuyu ön karar usulüne göre Divan'a yollamıştır. Divan'dan sorulan; bu tutumun AT 49. maddede (ABFA 56.madde) düzenlenen hizmet edimi serbestisine aykırı olup olmadığıdır. Divan eski içtihadını sürdürerek, Topluluk hukuku kapsamına girmeyen düzenlemelerde insan hakları denetimi yapma yetkisinin olmadığını vurgulamıştır. Zira söz konusu norm bir üye devletin normudur. Divan bu etkinliğin reklam niteliği taşımadığına ve hizmet edimi serbestisi olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiş, AİHM'nin 10. maddesi ile düzenlenen ifade özgürlüğüne ise hiç değinmemiştir.

AİHM'de görülen Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda davasında²⁵ ise Mahkeme aksi yönde karar vermiştir. Kürtaj hakkında bilgi veren kuruluşların amacının insanları kürtaja teşvik etmek olmadığını, bu kişilere İrlanda dışında seçenek veren kişilere yapılan müdahalenin ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını kabul etmiştir. Böylece 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu içtihat farklılıklarının, Divan'ın karar verdiği dönemde, AİHM tarafından bir içtihat bulunmaması nedeniyle ortaya çıktığı, yoksa Divan'ın AİHM kararlarını göz ardı etmek gibi bir niyeti olmadığı savunulmuştur²⁶.

P v. S kararında²⁷, ATAD cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının cinsiyet değiştirmek isteyenler için de geçerli olup olmadığını incelemiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin 76/207 sayılı Yönerge²⁸ ile güvence altına alındığını, ayrıca bu hususun Topluluğun genel hukuk ilkesi olduğunu belirten Divan, kişinin cinsiyet değiştirmek için ameliyat olmasının işten kovulması için bir sebep teşkil edemeyeceğine hükmetmiştir. Böyle bir muamelenin aynı zamanda insan onuruna da aykırı olduğunu ifade etmiştir. Divan bu kararını verirken AİHM'nin Rees v. UK kararına²⁹ açıkça gönderme yapmıştır. Buna karşın Grant kararında³⁰, Divan bir homoseksüelin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağından yararlanamayacağı sonucuna varmıştır. Transseksüelliğin biyolojik ve fiziksel bir sorun olduğunu, homoseksüelliğin ise özgür irade ile seçildiğini belirterek, yolculuk ayrıcalıklarından diğer

24 Case C-159/90, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others (1991) ECR I-4685.

25 A.246 (1992) 15 EHRR 244.

26 DEĞER, S.99.

27 Case C-13/94 (1996) ECR I-2143.

28 Erkek ve kadına istihdam, meslek eğitimi ve çalışma koşullarında eşitlik prensibinin uygulanmasına ilişkin Konsey Direktifi, Council Directive 76/207 ECC, 9.2.1976, OJ L 39, 14.2.1976, P.40.

29 Case Rees v. United Kingdom (1986) 9 EHRR 56.

30 Case C- 249/96 (1998) ECR I-636.

eşin ancak karşı cinsle kurulan bir aile olunması halinde yararlanacağını kabul etmiştir. Divan'ın ekonomik nedenlerle (homoseksüel sayısı çok daha fazladır) 1990 öncesi AİHM kararlarına gönderme yaptığı ve bu kararlarda AİHS 8. maddesinde düzenlenen aile haklarının homoseksüel çiftleri kapsamadığı belirtilmiştir³¹. Ayrıca ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye aykırılık da görülmemiştir.

II. AİHM VE ABAD'IN AİLE BİRLEŞMELERİ İLE İLGİLİ KARARLARI

A. AİHS'nin 8. Maddesiyle İlgili AİHM Kararları

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı v. İngiltere davasında³², Bayan Cabales bir Filipinli ile evli İngiliz vatandaşıdır. İngiliz makamları eşinin İngiltere'ye girişini kabul etmemiştir. İngiliz makamları evliliğin Filipin hukukuna göre geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. AİHM'de 8. maddeye aykırılık nedeniyle açılan davada, Mahkeme 8. maddenin evliliği varsaydığı ancak bunun her evlenme niyetiyle birlikteliği kapsamadığını, "aile" kavramının hukuka uygun ve gerçek bir ilişkiyi ifade ettiğini, Bay ve Bayan Abdülaziz ve Balkandalı çiftinde olduğu gibi, "aile" kavramının hukuka uygun ve gerçek bir ilişkiyi ifade ettiğini, çiftin bir evlilik merasimi yaptığını ve kendilerinin evli olduğuna inandığını ve normal bir aile hayatı yaşamak istediğini, tüm bunların AİHS'nin 8. maddesinin uygulanması için yeterli olduğunu kabul etmiştir (p.62 ve 63). Ancak Mahkeme, başvurunun 8. maddeye ilişkin haklarının ihlal edilmediğini, çünkü taraf devletlerin 8. maddeye göre evli çiftlerin evlilik konutunu kendi ülkelerinde seçmeleri ve taraf olmayan devlet vatandaşını ülkeye kabul konusunda zorunluluğu olmadığını vurgulamıştır (p.68). Fakat Birleşik Krallığın göç kurallarının, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye ve 8. maddeye aykırı olduğunu, bu nedenle İngiltere'nin Sözleşmeyi ihlal ettiğini kabul etmiştir³³.

Gül v. İsviçre davasına³⁴, konu olan olayda Türk vatandaşı Bay Gül İsviçre'nin Basel kantonunda yaşıyordu. 1983 yılına kadar karısı ve iki oğluyla Türkiye'de oturuyordu. 1983 yılında İsviçre'ye gidip, CHP'nin ilk üyelerinden olması sebebi ile sığınma hakkı istedi. 1987'de Türkiye'de bulunan eşi hastalık nedeniyle, İsviçre'ye geldi. 1988 yılında bir kız çocukları oldu ancak hastalığı nedeni ile doktorlar Türkiye'ye dönemeyeceğini belirtti. 1989 yılında Mülteciler Bakanlığı Bay Gül'ün sığınma talebini reddetti. İsviçreyi terk etmesi, aksi halde sınır dışı edileceği kendisine bildirildi. Başvurucu bu karara karşı Federal Adalet Polis Bürosuna itiraz etti. Yapılan incelemelerden sonra 1990 yılında kendisine oturma izni verildi. Bu kez Bay Gül, Türkiye'de bulunan iki oğlunu yanına almak için başvurdu ve bu talebi Yabancılar Polisi tarafından reddedildi. İsviçre Federal Mahkemesi de bu talebini reddetti. AİHM 7'ye karşı 2 muhalif oyla verdiği kararda, eşlerin İsviçre'de hukuka uygun oturma izninin bulunduğunu, ancak bunun bir yerleşme izni olmadığını ve İsviçre hukukunun bu durumdaki kişilere aile birleşmesi hakkı vermediğini beyan ederek (p.41), İsviçre'nin AİHS 8/1. maddesini ihlal etmediği ve başvurunun aile hayatının 8/1 maddeyle ilgili olmadığı sonucuna varmıştır (p.43). Mahkeme bu davanın

31 Zira AİHM daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarda aile yaşamını daha geniş yorumlamıştır bkz. DEĞER, s. 103.

32 A.94 (1985) 7 EHRR 471.

33 Zira İngiliz hukukuna göre İngiliz vatandaşı erkekler yabancı eşlerini ülkeye sokabiliyor, fakat İngiliz kadınların böyle bir hakkı bulunmuyordu.

34 Rep. 1996-I, fasc.3 (19.02.1996).

Berrehab davasıyla³⁵ benzer olmadığını, o davanın Hollanda'da doğan ve tüm yaşamını burada geçiren bir Fas'lı çocukla ilgili olduğunu, oysa Türk çocuğun Türkiye'de dil ve kültür bakımından farklı bir çevrede yetiştiğini belirtmiştir (p.42). Burada yine karşımıza bazı Avrupa ülkelerinin mevzuatında yer alan entegrasyon kapasitesi sorunu çıkmaktadır.

AİHM 8. maddenin 1.ve 2. paragrafıyla ilgili ihtilaflarda, öncelikle alınan önlemin hukuka uygun olup olmadığını, amacın meşru olup olmadığını ve önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceler³⁶. Mahkeme "ev" kavramını geniş yorumlamaktadır. Demades v. Türkiye kararında³⁷, Lefkoşe'de oturan bir Rum'un Girne'deki ikinci evine 1974'den beri gidememesini 8/2 maddeye aykırı bulmuştur (p.174). Prokopovich v. Rusya davasında Mahkemenin verdiği 18 Kasım 2004 tarihli kararda³⁸, 8. maddedeki ev kavramının iç hukukta yapılan sınıflandırmadan farklı ve otonom bir kavram olduğunu kabul etmiştir. Belirli bir yerle yeterli ve devamlı bir bağın bulunması gerekir. Kişinin 10 yıl birlikte yaşadığı ve sonra ölen partnerinin evi onun evidir. Rusya'ya karşı açılan bu davada, Mahkeme Sözleşmenin organlarının kararlarıyla belirlenen 8. maddedeki "home" kavramının, hukuka uygun olarak işgal edilmesi veya hukuka uygun olarak yerleşilmesi ile sınırlandırılmayacağını belirterek, bu kavramın iç hukuktaki sınıflandırmaya tabi tutulamayacağını kabul etmiştir.

Bu iki kararı karşılaştırdığımızda, aklımıza Mahkeme'nin kendi verdiği kararda getirdiği kıstasları neden Türkiye aleyhine açılan ve KKTC'deki bir taşınmazla ilgili olan davada uygulamadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilecek yanıt, ya bizim yeterince savunma yapamadığımız ya da Mahkemenin çifte standart uyguladığı şeklinde olabilir ki ikisi de üzücüdür.

B. ABAD'ın Aile Birleşmesine Bakışı

Amsterdam Andlaşmasından sonra yapılan Tampere Zirvesinde göç konusu ele alındı. İtalya 2004 yılında Sicilya'ya çıkan bin Libyalı'yı, Libya'ya sınır dışı etti. Bu davranış sivil toplum kuruluşlarınca eleştirildi. 2003/86 sayılı Aile Birleşmeleri Direktifi³⁹ Ekim 2005'de yürürlüğe girdi. Hakları azaltan bu Direktif eleştirildi. Direktifin aile hayatına saygı ve eşit muamele ilkesini zedelediğini düşünen AP, Konseye karşı Divan'da dava açtı⁴⁰. Ancak ATAD iptalini reddetti. Kasım 2004'den sonra Hague Programı başladı. AB'nin dış sınırlarını korumak amacıyla kurulan "Dış Sınırların Yönetilmesi Avrupa Ajansı"⁴¹ kısa adıyla "FRONTEX" özellikle güney sınırlardan hukuk dışı yolla gelen göçmenleri kontrol etmektedir. Ajansın merkezi Varşova'dadır. 2007 yılında RABİTS (hızlı sınır müdahale timi)⁴² kuruldu. Bu kez İspanya sınırında öldürülen sığınmacılar

35 Berrehab v Netherlands (1988) 11 EHRR 322.

36 MOWBRAY.s.542, 589 vd.

37 20 Eylül 2005, ECtHR 36, 545.

38 (2004) ECHR 642.

39 Aile birleşmesi hakkı ile ilgili Konsey Direktifi, Council Directive 2003/86/EC, 22.10.2003, OJ L 251,3.10.2003, P.12-18.

40 Case C-540=3 oj 2004 C 47/35.

41 Regulation 2007/2004, Council Regulation (EC) No: 2007/2004, 26 Ekim 2004, OJ L 349, 25.11.2004,P.1-11; OJ L153 M, 7.6.2006,P. 136-146/ MT.

42 Decision 574/2007, 23.5.2007, OJ L 144, 6.6.2007, p. 22-44.

nedeniyle eleştiriye uğradılar. Divan'ın Carpenter kararındaki⁴³ yaklaşımı, insan haklarını üye devletlerin hukukunda yer alan Anayasal geleneklere bağlamaktan vazgeçerek, AİHS 8. madde anlamında ele alınmasıdır. Göç konusunda bir Tüzük çıkarılmış olması, haklı nedenle sınırdışı etmek için yeterli değildir. AB'nin ikincil normları bile tartışmaya açık iken, acaba birincil normlar temel haklarla çatışırsa ne olacaktır?⁴⁴. Bilindiği gibi ABAD'ın birincil normların geçerliliğini inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Divan, aile birleşmelerini, 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86 sayılı "Aile Birleşmesi Hakkı" konulu Konsey Direktifine⁴⁵ dayandırmaktadır. Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafı aile üyelerinin kimlerden oluştuğunu, objektif bir biçimde ve takdir hakkına gerek bırakmaksızın belirlemektedir. Bu paragrafın son cümlesi, 12 yaşın üstünde olan ve bağımsız olarak ulaşan çocukların ülkeye kabulünde üye devlete entegrasyon şartlarını inceleme yetkisi vermektedir. Divan, bu hükmün AİHS'nin 8. maddesine aykırı olmadığını, çünkü bu hakkı kullanmanın üye ülkeye zorunlu bir borç doğurmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Direktifte tanımlanmayan entegrasyonun, üye devletlerce hukukun genel ilkelerine ve temel haklara aykırı olarak yorumlanmaması gerekir. Ayrıca Topluluk yasa koyucuları çocukların menfaatini korumak için yeterli çabayı bu maddede göstermemiştir. Aksine Direktifin 5. maddesinin 5. paragrafı üye devletlere küçük çocukların üstün menfaatini koruma zorunluluğu getirmektedir. 12 yaşın seçilmesi yaş bakımından bir ayrımcılık teşkil etmez. Daha çok küçük yaşta çocukların 3. bir ülkede uzun süre anne-babasından ayrı yaşamaları önlenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak 4/1/son cümlesi ailenin yaşam hakkına aykırı olmadığı gibi, üye devletleri açık ya da zımni olarak bu şekilde hareket etmeye yetkili kılmamıştır⁴⁶. Divan aynı şekilde Parlamento'nun Konseye karşı açtığı ve Direktifin 4/6.paragrafı ile ilgili davada, maddenin 15 yaşın üstündeki çocukların aile birleşmesinden yararlanmasını üye devletin takdirine bırakan hükmünün, aile yaşamına saygı hakkına aykırı olmadığına ve devletleri bu konuda açık veya zımni olarak yetkilendirmediğine karar vermiştir⁴⁷. Aile birleşmeleri konusunda da ABAD'ın AİHM'den farklı düşündüğü bu kararlarla ortaya çıkmıştır.

2003/86 sayılı Direktifin 2. md. ve 7. maddesinin 1/c. paragrafında yer alan üye devletin topraklarına girmeden önce ve girdikten sonra aile birleşmesi konusundaki farklılıklar için Divan, Birlik yasa koyucusunun üye devletlere verdiği geniş takdir yetkisini, Devletlerin Direktifi iç hukuka aktarırken doğru kullanması ve 7.maddenin 1. paragrafının ailenin ne zaman oluştuğu dikkate alınmaksızın uygulanmasının ve ailenin ihtiyaçlarının gözönünde tutulmasının gerekliliğini kabul etmiştir⁴⁸. Kanımızca, Direktifin 2/d. maddesinde yapılan "aile birleşmesi" tanımıyla, 9.maddenin.2. fıkrasındaki tanım birbiriyle çelişmektedir.

43 Carpenter v. Secretary of State for the Home Department Case C- 60/ 00, 11.7.2002, ECR, 2002,P. I- 06279.

44 CLAYTON,Gina, Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford, 2008, s.167.

45 Council Directive 2003/86, OJ L 251/12.

46 8.9.2005, Commission c Luxembourg, C-448/04, p.8-9 ; 8.9.2005, Commission c Italy p.8-9. C-462/04.

47 27.7.2006, Parliament c Conseil C-540/03, Rec I- 5769 , p 60-62,66, 70-71.

48 4.5.2010, Chakroun kararı, C-578/08,P. 43,52,64,66.

III. AİHM'İN M.S.S. V. BELÇİKA KARARI

M.S.S kararı⁴⁹, 21 Ocak 2011 tarihli ve büyük daire tarafından bir oya karşı 17 oyla alınmıştır. Dava bir Afganlı tarafından AİHS'nin 34. maddesine göre, Belçika Krallığı ve Yunan Cumhuriyetine karşı açılmıştır. Başvurucu 2008 yılında Kabil'i terkederek, İran ve Türkiye üzerinden Yunanistan'a girmiştir. Parmak izleri alınıp, bir hafta orada kaldıktan sonra ülkeyi terketmesi istenmiştir. Yunanistan'a bir sığınma başvurusunda bulunmamıştır. 10 Şubat 2009'da Fransa üzerinden Belçika'ya varmış ve Yabancılar Ofisine hiçbir kimlik belgesi olmadan başvurarak, sığınma talep etmiştir. Eurodac yoluyla yapılan araştırmada kendisinin Yunanistan'da kayıtlı olduğu anlaşılmıştır. 18 Mart 2009'da Dublin Tüzüğü'nün 10. maddesi gereğince Yunan makamlarına iltica isteği bildirilmiştir. Bu Tüzüğü'nün 18. maddesi 1. paragrafına göre iki ay içinde cevap verilmediğinden, aynı maddenin 7. maddesine göre talebin üstü örtülü olarak kabul edildiği sonucuna varılmıştır.

Başvurucu Afganistan'dan kendisine yardım eden bir kişiye 12000 dolar ödeyerek kaçtığını ve bu kişinin kimlik belgelerini aldığını beyan etmiştir. Ayrıca Hepatit B hastalığına yakalandığını ve sekiz ay tedavi gördüğünü söylemiştir. 2 Nisan 2009'da Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Belçika'yı eleştiren ve Yunanistan'da sığınma arayanlara davranış usulünün hatalı olduğunu, bu nedenle Yunanistan'a transferinin ertelenmesi gerektiğini belirten bir mektup yazmıştır.

19 Mayıs 2009'da, 1980 tarihli "Yabancılar Kanunu" nun 51/5 maddesine göre ülkeyi terketmesi istenmiş, gerekçe olarak Dublin Tüzüğü'nün hükümlerine göre sorumlu ülkenin Yunanistan olduğu belirtilmiştir. Aynı gün ilgili tutuklanarak, bir yere kapatılmıştır. 29 Mayıs 2009'da ülkeyi terketmesi istenmiştir. Başvurucu uçağa binmeyi reddedince yeniden gözetim altına alınmıştır. Brüksel ilk derece mahkemesinde açılan dava sonucu talebi reddedilmiş, İstinaf Mahkemesi de yapılan itirazları kabul etmemiştir. 15 Haziran 2009'da Yunanistan'a gönderilmiş ve uçaktan iner inmez havaalanı yakınında bir binada küçük bir odada kendisi gibi göz altına alınan 20 kişiyle birlikte zor şartlarda yaşamaya başlamıştır. Serbest kaldıktan sonra kendisine bir "sığınma arayan" kartı verilmiş ve polis merkezine giderek adresini bildirmesi istenmiştir. Bunları yerine getirmeyen başvurucu, Yunanistan'ı sahte bir Bulgar pasaportu ile terketmeye çalışırken, havaalanında yakalanmıştır. Daha sonra sığınma başvurusu için mülakata çağırılmış, ancak gitmemiştir. Bir kere daha Yunanistan'ı İtalya'ya gitmek üzere terke çalışmış, Türkiye sınırında yakalanınca Türk polisinin varlığı nedeniyle, Yunan polisi onu sınır dışı etmekten vazgeçmiştir.

Mahkeme bu konudaki uluslararası Sözleşmeleri, Yunan ve Belçika hukukunun iç mevzuatını inceledikten sonra, her iki devlete karşı yapılan başvuruyu kabul edilebilir, bulmuştur.

49 Başvuru no. 30696/09, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId=65474716&cskşn=hudoc-e..24.01.2011>.

Yunanistan açısından öncelikle AİHS'nin 3. maddesine aykırılık iddiası incelenmiş, başvuru tarafından Atina havaalanında gözlem altında tutulmasının (detention) “hiç kimse işkence ve insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya tabi olamaz” hükmünü getiren 3. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu iddianın tesbitinin güç olduğunu, ancak bunun kabul edilmemesi için bir neden teşkil etmeyeceğini söyleyerek, istemi kabul edilebilir bulmuştur (p.215). Mahkeme daha önce verdiği kararlarda⁵⁰, kabul edilen kişinin hijyenik olmayan bir yerde tutulması ve menşe ülkeye ciddi bir inceleme yapılmadan geri gönderilmesi riski nedeniyle, 13. maddeyle birlikte 3. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır (p.321). Buna karşın 2. maddeyle birlikte 13. maddenin ihlalinin incelemeyi gerekli bulmamıştır (p.322). AİHS'nin 2.maddesi yaşama hakkının korunmasına, 13. maddesi ise mahkemelere etkili başvuruda bulunma hakkına ilişkindir⁵¹.

Mahkeme bundan sonra başvurucağın Belçika aleyhine AİHS'nin 2. ve 3. maddelerini ihlali iddiasını incelemiştir. Belçika Avrupa Birliği'nin bir mevzuatı olan Dublin Tüzüğüne⁵² göre kendisini sorumlu olmadığını ileri sürmüştür. Zira Dublin Tüzüğü'nün 3&2 maddesi “non-refoulement” ilkesine bir istisna getirerek, AB'ye üye ülkelerin “güvenli” ülke olduğunu kabul etmiştir. Hollanda ve Birleşik Krallık Hükümetleri ile BMMYK ofisi, Hava Merkezi Uluslararası Af Örgütü ,Yunan Helsinki monitörü davaya gözlemci sıfatıyla katılmışlardır.

Belçika hükümetinin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin iddiası, Mahkeme tarafından AİHS'nin 35&3 paragrafı anlamında açıkça kötü bir muamele bulunmamakla beraber, bunun talebin reddi için bir sebep teşkil etmediğini, dolayısı ile kabul edilebilir bulunmuştur. Ayrıca Sözleşmenin egemen yetkilerin bir kısmını bir uluslararası örgüte devrini önlemediğini Bosphorus kararı & 152'ye gönderme yaparak kabul etmiştir. Ancak bu yetki devri, Devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz (p.153). Mahkeme Topluluk hukukunca temel hakların korunmasının Sözleşmeye eşit bir seviye'de olduğunu ve bunun gerçekleşmesinde ABAD'ın rolünü kabul etmektedir (p.160). Dublin Tüzüğü'nün 3/2 maddesi 3. devlet vatandaşı sığınmacılar için sorumlu devleti belirlemektedir Buna “egemenlik” (sovereignty) şartı denmektedir. Belçika'nın, eğer bir üye devlet Sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getiremeyecekse (bu olayda Yunanistan), başvurucağı transfer etmekten kaçınması gerekir (p.340).

Mahkeme daha önce verdiği iki kararda (T.I ve K.R.S kararları) Dublin Tüzüğü'nü incelediğini, yerleşmiş kuralın; sığınma arayan kişinin başka bir üye ülkeye gönderilmesi ve sınır dışı edilmesinin, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak gerçek bir riskle karşılaşmaması şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. Eğer devletler temel hakların korunması için işbirliği yapıyorlarsa, bu işbirliği devletin Sözleşmeden doğan tüm sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (Waite and Kennedy v. Almanya davası)⁵³. Kaldı ki Yunanistan'da uygulanan sistem, sığınmacının doğrudan veya dolaylı olarak ülkesine geri gönderilmesi (refoulement) şeklindedir. BMMYK, Uluslararası Af Örgütü gibi kuruluşların raporları

50 Peers v Greece.no. 28524/95, &74,i ECHR 2001-III; S.D V. Greece,no.53541/07,&&49-54., 11 Haziran, 2009; A.A. V Greece, no. 12186/08,&&57-65, 22 Temmuz 2010.

51 “ Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes...ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir”.

52 Dublin II Tüzüğü, 18.2.2003, JO, 25.2.2003, L 50/1.

53 No. 26083/94, &67, ECHR 1999-I.

bunu doğrulamaktadır (p.349, p.350). Belçika'nın Mahkemenin kendisinin de geçici önlem kararı vermediği iddiası, Mahkeme kurallarınının 39. maddesine uygun bulunmamıştır.

Sonuç olarak Belçika'nın Sözleşmenin 3. maddesine aykırı davrandığına karar verilmiştir (p.360). 2. maddenin uygulanmasına gerek görülmemiştir (p.361). Zira Belçika hükümeti başvurucuyu Yunanistan'a göndermekle, gözlem altında tutulma ve onur kırıcı muameleye tabi olmasına bilerek yol açmıştır (p.367). Mahkeme 13. maddeye aykırılığı incelemeye gerek olmadığına (p.397), başvurucuya Sözleşmenin 41. maddesine göre iki hafta gözlem altında tutulduğu Yunan Hükümeti tarafından 1000 Euros ödemesine (p.404), 46. maddeye göre, Yunanistan'ın bu uygulamaya gecikmeksizin son vermesine (p.402) karar vermiştir. Belçika'yı ise başvurucuya uğradığı zararın tazmini için 24.900 EUR ödemeye mahkûm etmiştir (p.411).

IV. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GÖÇ VE SİĞİNMA POLİTİKASI

A. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşmada (Birincil Normlar) Yer Alan Hükümler
AT Andlaşmasının Amsterdam Andlaşmasıyla değişik 67. maddesi, IV. başlık altına alınan vize, göç, sığınma politikaları konusunda Topluluk kurumlarına mevzuat çıkarma yetkisi vermiştir. Amsterdam Andlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık bir geçiş süreci kabul edilmiş, bu sürenin tamamlanmasından itibaren, Konseyin, Komisyonun üye devletlerin görüşlerini de dikkate alarak yapacağı öneri üzerine; AP'na danıştıktan sonra, oybirliği ile bu alanlarda karar alması kabul edilmiştir. Konseye ayrıca, bu konunun AT 251 maddeye göre (ortak karar usulü) düzenlenmesi için bir karar alması⁵⁴ ve ATAD'ın konuya ilişkin yetkisini belirleme imkanı da verilmiştir (AT 67/2). Bu şekilde, ne tam olarak hükümetlerarası ne de tam bir Topluluk mevzuatı yaratma yetkisi ortaya çıkmıştır. AT 64/2. maddeye göre ani bir göç akımı olduğunda, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine 6 ayı geçmeyecek önlemleri nitelikli çoğunlukla alabilir.

Vize, göç ve sığınma konusunda ATAD'ın yetkisi, AT 68/1. maddede, ön karar usulü ile sınırlanmıştır. IV. başlığın yorumu, bu konuda yapılacak tasarrufların geçerliliği ve yorumuna ilişkin bir sorun, milli mahkemelerce Divanın önüne getirilebilecektir. Ancak bu yetki sadece temyiz mahkemelerine verilmiş, bu mahkemelere de ATAD'a başvurmak konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. AT 68/2. madde ise iç güvenliğe ilişkin önlemlerin hiçbir şekilde denetlenemeyeceğini kabul etmiştir. Bu sınırlamanın gerçek bir yetki sınırlaması olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Lizbon Andlaşmasıyla, bu konular V. Başlıkta Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı adı ile düzenlenmiştir. Eski 67-68-69. maddeler kaldırılmış, sınır kontrolleri, sığınma, göç ABFA 77 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Birlik, sığınma, ikame koruma ve geçici koruma konularında uluslararası koruma isteyen 3. devlet vatandaşlarına (non refoulement) iade edilmeme prensibi dahil olmak üzere ortak politikalar belirleyecektir. Bu politikalar 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne uygun olacaktır (ABFA 78/1.p). AP ve Konsey olağan yasama usulü ile ortak Avrupa sığınma sistemini belirleyecektir (ABFA

54 OJ L 396/45, 2004/927 EC, 22.12.2004.

55 ARSAVA, Füsün, Amsterdam Andlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları, Ankara, 2000, SBF yayını no.589, s.104.; aksi yöndeki görüşler için bkz. ÖZCAN, Mehmet, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku, USAK Yayını, Ankara, 2005, s.132.

78/2). Birliğin ortak göç politikası (ABFA 79/1) AP ve Konsey tarafından olağan usulle belirlenecektir. Bu konulara yasadışı göç ve insan ticareti ile mücadeleyle ilişkin kuralların belirlenmesi dahildir (ABFA 79/2).

Birlik 3. ülkelerle geri-kabul anlaşmaları yapabilir (ABFA79/3). AB batı Balkan ülkeleriyle geri-kabul (readmission) anlaşmaları yapmıştır⁵⁶. Ayrıca doğu Avrupa ülkeleriyle Rusya Federasyonu hariç anlaşmalar yapılmıştır. Daha sonra Rusya Federasyonu ile AB arasında anlaşma imzalanmıştır⁵⁷. Sri-Lanka ile yapılan anlaşma⁵⁸, 1.05.2005'de yürürlüğe girmiştir. Moldova⁵⁹ ve Ukrayna⁶⁰ ile de geri kabul anlaşması yapılmıştır. Anlaşma konusu kişiler, taraf olan bu ülkelerde veya AB'ye üye ülkelerde kalmasına izin verilmeyen veya bundan sonra izin verilmeyecek olan kişilerdir. Bu kişiler sadece talebin gönderildiği devlet vatandaşları değil, talep eden devlete talep yapılan devletten hukuk dışı yollarla girenlerdir. Türkiye ile de geri kabul anlaşması yapmak üzere müzakerelere giren AB'nin bir yandan turist olarak hizmet almak ya da hizmet sunmak için gidenler dahil vize uygulamasını sürdürürken, diğer yandan, yasadışı göçmenleri kabul etmemizi beklemesi tuhaftır. AB ülkelerinin amacı; daha önce ülkelere giden sığınmacı Türk vatandaşlarını hemen, 3. ülke vatandaşı sığınma arayanları ise 3 yıl içinde Türkiye'ye geri göndermektir. Türkiye'nin bu isteği geri çevirdiği yönündeki haberler memnuniyetle karşılanmıştır⁶¹.

Sınır geçişlerinde aile hukukuna ilişkin önlemler Konsey tarafından özel yasama usulü ile belirlenir. Konsey, AP'ye danıştıktan sonra oybirliği ile karar alır. Bu konuda üye devletlerin görüşü de istenir (ABFA 81/3).

Daha önce İspanya ile Belçika arasında ciddi sorunlar yaratan üye devlet vatandaşlarının bir diğer üye ülkeye sığınması ise kabul edilmemiştir⁶². ABFA'nın 26. maddesine göre (AT 14) iç sınırlarda kontrol ile ilgili konularda Andlaşmaya ekli Protokol ile İngiltere ve İrlanda'ya istisna (derogation) uygulanmaktadır. Danimarka ise ayrı bir Protokol ile sığınma konusunun dışında kalmıştır. Ancak Danimarka 3. ülke vatandaşlarına yeknesak vize uygulanmasına ilişkin hükümlere katılmıştır.

Özgürlük, güvenlik, adalet alanında, ABAD tam bir yargı yetkisine sahip değildir. 4. başlıktaki cezai işlerde işbirliği ve 5. başlıkta yer alan polisiye işbirliğine giren üye devletlerde polis tarafından yapılan operasyonların oranlılığı konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde üye devletlerin kamu düzeni ve iç güvenlikle ilgili sorumluluklarında yetkili değildir (ABFA 276.md.).

B. İkincil Mevzuat

1. Sorumlu Devletin Belirlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü

Amsterdam Andlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra, 3. sütunda yer alan Adalet ve İçişleri kapsamına giren konulardan bazıları 1. sütuna (AT'yi Kuran Andlaşma 63/1/a.

56 Arnavutluk ile (Decision 2005/809/EC, OJ L 304, 23.11.2005; Makedonya ile (Decision 2007/817/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Karadağ ile (2007/818/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Sırbistan ile (Decision 2007/819/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Bosna-Hersek ile (Decision 2007/820/EC, OJ L 334, 19.12.2007).

57 Council Decision 2007/ 341/EC, OJ L 129, 17.05.2007.

58 Council Decision 2005/372/EC, OJ L 124, 17.05.2005.

59 Council Decision 2007/826, OJ L 334, 19.12.2007.

60 Council Decision 2007/839/EC, OJ L 332, 18.12.2007.

61 Bkz. Cumhuriyet Gazetesi, 26 Şubat 2011, s.10 ve Yurtsever Kıbrıslı Gazetesi 27.Şubat 2011, S.10.

62 ÖZCAN, s.135.

madde vd) alınmış ve kişilerin hizmetlilerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkı ile ilgili başlık altında toplanmıştır. AT 67. madde, Topluluk kurumlarına vize, göç ve sığınma hakkı konusunda mevzuat çıkarma yetkisi vermiştir. Bu mevzuat ATAD'ın denetimine tabi olmuştur. 1999 Tampere Zirvesinde alınan kararlar sonrasında Dublin Sözleşmesi kabul edilmiş⁶³, daha sonra bu Sözleşme bir Tüzük haline getirilmiştir. 343/ 2003 sayılı Dublin II Tüzüğü, üçüncü ülke vatandaşlarının sığınma başvurularında sorumlu üye devleti belirlemek için bazı kriterler getirmektedir. Tüzüğün III. başlığında kriterler arasında öncelik sırası düzenlenmiştir. İlk kriter, sığınma başvurusunun ilk olarak yapıldığı devletin sorumlu olmasıdır (5/2.madde). Refakatsiz gelen küçükler için sorumlu devlet, aile ferdlerinden birinin yasal olarak bulunduğu devlet (6/1.md) aile fertleri bulunamazsa, reşit olmayan kişinin sığınma için başvurduğu devlettir (6/2. md). Bir üye ülkede kişinin aile ferdlerinden biri mülteci olarak kabul edilmişse, ilgili kişinin arzusuyla, başvuru bu devlete yapılabilir (7.md). Sığınma isteyen kişinin geçerli bir ikamet belgesi veya vizesi varsa, bu belgeleri veren devlet sorumlu olacaktır. Farklı üye devletler tarafından birden fazla vize veya ikamet belgesi verilmişse sorumluluk sıralaması 9. maddedeki esaslara göre belirlenecektir.

Kendisine sığınma talebinde bulunulan bir üye devlet başka bir üye devletin sorumlu olduğunu düşünüyorsa, mümkün olduğu kadar çabuk ve en geç üç ay içinde durumu sorumlu olduğunu düşündüğü devlete bildirecektir. Üç ay içinde diğer devlet sorumluluk üstlenmezse sorumluluk başvurunun yapıldığı devlettir (17/1.md). İstekte bulunan devlet, diğer devlette kişinin tutuklanması veya sınır dışı edilmesi veya gözaltına alınması halinde acilen cevap verilmesini isteyebilir. Bu süre en fazla bir haftadır (17/2).md. 21-23 maddelerde devletler arasındaki idari işbirliği düzenlenmiştir. Bu Konsey Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin olarak 1560/2003 sayılı Komisyon Tüzüğü⁶⁴ çıkarılmıştır. Sözü geçen Tüzükte, geri alma istekleri (2.md) ve sorumluluk üstlenme isteklerinin (1.md) ekinde yer alan standart formlara uygun olarak yapılması, bir geri alma isteminin Eurodac Merkezi Birimi tarafından kontrol edilen verilere dayanması (4.md), transferlerin düzenlenmesi (7-10.md), konunun insani boyutu (11-13.md) ve üye devletler arasında sorun çıktığında, AT 343/ 2003 sayılı Tüzüğün 27. maddesine göre kurulan Komite'ye başvurulması halinde uzlaştırma usulü düzenlenmiştir (14. md). Komisyon Tüzüğü "DUBLINET"(güvenli elektronik ileti) ağının kurulmasını (18.md) ve kullanım kuralarını (20.md) belirlemiştir.

BMMYK'i, Dublin II Tüzüğü hakkında görüşlerini şu şekilde beyan etmiştir: Dublin Sözleşmesi tarafından oluşturulan sorumlulukların paylaşılması sistemi pek çok eksiklik taşıyor ve sakıncalar içeriyordu (p.4).Tüzük önerisinin bazı ilerlemeler taşıması memnuniyetle karşılanmaktadır (p.9). Dublin Sözleşmesinde kabul edilen "aile üyesi" kavramının başvuruda bulunan kişinin eşi ve 18 yaşın altında evlenmemiş çocukları ile sınırlanması, evli olmayan çiftlere bu hakkın tanınmaması gibi sakıncalar Tüzükle giderilmiştir. Bu konudaki katı uygulamalar ailelerin dağılması ve küçüklerin refakatsiz kalması sonucunu doğurur. Ancak sorumluluğun devredilmesine ilişkin kararlara yapılan itirazların askıya alma etkisinin bulunmaması bir gerileme olarak görülmektedir (p.12). Avrupa Birliği

63 JO n. C 254, 19/08/1997, P.0001-0012.

64 2 Eylül 2003 JO L 222, 5.9.2003 ,p.3-23.

içinde yük paylaşımı konusunda eşitsizlikler ve gecikmeler yaşanabilir. Bu nedenle, Tüzü-
ğün adil, dengeli ve etkili şekilde uygulanması için tamamlayıcı ve telafi edici önlemler
alınmalıdır. Adil bir yük paylaşımı düzenlemesi gerekmektedir (Aralık 2002).

2. İnsan Ticareti Mağdurları İçin Oturma İzni Konusunda İşbirliği Direktifi

29 Nisan 2004 tarihli Direktif,⁶⁵ daha önce kabul edilen ve 2002/90 sayılı Konsey
Direktifiyle düzenlenen izinsiz giriş, transit geçiş ve oturma izni ve 2002/629 sayılı
Konsey çerçeve kararıyla düzenlenen insan ticareti ile mücadele konusunda yasadışı
göçü önleme ve bazı suçlarla mücadeleyi kuvvetlendirmek üzere çıkarılmıştır. Direktifin
amacı insan ticareti ile mücadelede işbirliği yapan 3. ülke vatandaşlarına sınırlı süre için
oturma izni vermenin koşullarını belirlemektir (1.md). Bu kişilere işbirliği için tanınan
düşünme süresi içinde sınırdışı edilmemeleri istenmektedir (6/2.md). Bu kişilerden yeterli
geliri olmayanlara belli bir yaşam standardı, tıbbi ve psikolojik yardım yapılacaktır (7/1.
md). Üye devletler bu kişilerin güvenliğini ve korunmasını sağlayacaktır (7/2.md). Ayrıca
kendilerine hukuki yardım yapılacaktır (7/3.md). İlgili kişilere verilecek geçici oturma
izni en az 6 aylık olacak ve şartlar gerektiriyorsa yenilenebilecektir. Bunun istisnası kamu
yararı ve milli güvenliğin korunmasıdır (8/2-3.md). Küçükler kendi vatandaşları gibi
eğitim sistemine kabul edilecektir (10/b): İkamet izni olan kişiler iş piyasasına, mesleki
eğitime ve eğitim haklarına sahip olacaktır (11/1.md). Eğer 8. maddenin 2. paragrafın-
daki şartlar gerçekleşirse, oturma izinleri uzatılmayacak ve kişi normal yabancı statüsüne
dönecektir. (13-1-2.md). Oturma izninin geri alınacağı haller 14. maddede sayılmıştır.
Bunlar; kişinin kendi isteği ile veya işbirliğinin hileli veya yanlış olduğunun anlaşılması
halinde, kamu politikası ve milli güvenlik için gerekiyorsa, mağdurun işbirliğini kesmesi,
yeterli makamın bu usulün devam etmemesine karar vermesi halleridir (14/a-b-c-d-e).

3. AB Vasıf Yönergesi

29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/ 83 sayılı Konsey Yönergesi⁶⁶, üçüncü ülke vatandaşlarına
veya vatansızlara, "mülteci" (refugee) sıfatının verilmesinin asgari (minimum) standartlarını
belirlemektedir. Üye ülkelerin mülteci statüsü vermede ya da ikincil korumadan yarar-
landırmada daha lehe olan hükümleri uygulayabileceği 3. maddede kabul edilmektedir.
Zaten asgari standartlar belirlemenin amacı budur. II .kısımın 1. maddesinde uluslararası
koruma gerekip gerekmediği konusunda üye devletlerin olayları ve durumları değerlendiri-
mede izleyecekleri yollar belirlenmektedir. 5. madde, halen o ülkede bulunan (sur place)
kişilere de bu hakkın sağlanmasının koşulları belirlenmektedir. Zira zulüm görmekten
haklı olarak korkmak kişinin menşe ülkeden ayrılmasından sonra da meydana gelebilir.
Zulüm (persecution) nedeniyle ciddi zarar verebilecek aktörler, Devlet, partiler veya kuru-
luşlar, Devlet dışı aktörler olabilir (6.md). Bu kişiler eğer ülkenin herhangi bir bölgesinde
korunabiliyorsa (internal protection) uluslararası korumaya gerek kalmayabilir (8.md).

III. başlık mülteci olabilmenin koşullarını belirlemektedir. Cenevre Sözleşmesi 1A'ya
gönderme yapılarak, kişinin ciddi bir zulüm ve temel insan haklarının ihlali tehlikesi ile
karşılaşma riski bulunmalıdır (9/1a.md). Özellikle AİHS'nin 15 (2). maddesinde belirtilen
istisna tanınamayacak haklar korunmalıdır (AİHS 3. madde gibi) (Önsöz 35. madde).

65 2004/81 EC OJ 6.8.2004 L 261/19.

66 Council Directive 2004/ 83/EC,OJ L 304/12, 30.9.2004.

Zulüm teşkil eden fiiller, fiziki, ruhi veya seksüel şiddet,(9/2/a), hukuki, idari, polisin veya yargının ayrımcılık içeren önlemleri ve uygulamaları (9/2/b), ayrımcı ya da orantısız tutuklama (prosecution) veya cezalar (punishment) (9/2/c)⁶⁷, ihtilafı bir şekilde (12/2. maddeye göre) askeri hizmeti kabul etmeyenler (9/2/e), özel cinsiyet veya çocuğa özel cinsiyet fiilleri (9/2/f) olabilir.

10. madde zulüm sebeplerini belirlemektedir. Üye devletler, mülteciler hakkında verilecek kararın; ırk ya da renk nedeniyle belli etnik gruplar için alınmamasına (10/1/a), dine inanma, inanmama ya da dinsizlik (atheistic) nedeniyle olmamasına (10/1/b), vatandaşlığa, o ülkede oturmaya veya etnik, kültürel ya da dil aidiyetine bağlanmamasına, kişinin coğrafi ya da politik menşesine tabi olmamasına (10/1/c) dikkat etmelidir. Ayrıca belli bir sosyal gruba dahil olmak ve farklı cinsiyet tercihleri nedeni ile ayrımcılık (10/1/d) ve kişinin politik görüşlerine bağlı olarak farklı muamele yapılması yasaktır (10/1/e).

11. maddede mülteci olmanın sona ermesi nedenleri sayılmaktadır. Bunlar genellikle kişinin vatandaşı olduğu devletin yeniden korumasını kendi isteği ile kabul etmesi (a) veya kendi isteği ile o vatandaşlıktan ayrılması (b), başka bir devlet vatandaşlığını kazanması ve bu devletin korumasını istemesi (c), terkettiği ülkeye kendi isteği ile dönmesi (d), vatansız bir kişinin, kendisini mülteci olarak kabul eden ilk ülkeye dönmesi (f) nedeniyle sona erebilir⁶⁸.

Mülteci statüsü kazanamamanın nedeni, Cenevre Sözleşmesinin 1D maddesinde öngörülen durumlar (12/1/a) ya da oturduğu ülkenin kişiye vatandaşlık veya buna eşit haklar sağlayan bir statü vermesidir (12/1/b). Diğer nedenler kişinin barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlemesidir (12/2/a). Önceden, başvuru ülkesi dışında işlenen ciddi ve siyasal olmayan suçlar da buna sebep olabilir (12/2/b). Üçüncü neden talepte bulunan kişinin Birleşmiş Milletler Şartının Önsözü ve 1- 2. maddesinde yer alan amaç ve prensiplere aykırı davranışdır (12/2/c).

Direktif'te yer alan bir başka husus ikincil (tamamlayıcı) (subsidiary) korumadır. Mülteci statüsünde olmayan ancak, ölüm cezası veya işkence ya da insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyle karşılaşma ihtimali olan, özel hayatına karşı ciddi ve kişisel bir tehdit bulunan ya da iç savaş veya uluslararası silahlı çatışma nedeniyle ayrımcı şiddete maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya olan kişilere sağlanır (15.madde). Ayrıca II. Kısımda yer alan uluslararası korumaya ilişkin hükümler bunlara da uygulanır.

Uluslararası korumanın içeriği bakımından en önemli prensip "geri-gönderilmeme" (non-refoulement) kuralıdır (21.md). Bu prensip, 3. devlet vatandaşının vatandaşı olduğu ülkeye, vatansızların ise oturduğu ülkeye haklı nedenlerle zulüme uğrama korkusu varsa gönderilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Uluslararası bir zorunluluk yoksa, kişi ancak üye ülkenin güvenliği için tehlike arz ediyorsa (21/2/a) veya üye toplumun vatandaşları için tehlike yaratan ciddi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş karar varsa (21/2/b) geri gönderilebilir. İster mülteci, ister ikincil korumaya tabi sığınmacı olsun, bu kişinin aile üyeleri de bazı haklardan yararlanır (23.md). Söz konusu kişi ve ona bağımlı aile üyelerinin işe başvurma (26.md), eğitim (27.md), sosyal refah (28.md), sağlık güvencesi

67 Bu hükmün uygulanabilmesi için tutuklama fiili ile tutuklama sebepleri arasında bir ilişki olmalıdır.

68 Direktifin tanımlara ilişkin 2. maddesinin (e) bendinde koruma altına alınacak kişiler, vatandaşı olduğu ülkeye dönmesi halinde ciddi bir tehlike riski taşıyan 3. devlet vatandaşları ile aynı risk nedeniyle mutad meskeninin bulunduğu ülkeye dönmek istemeyen vatansızlar olduğu belirlenmiştir.

(29.md), o ülkede serbestçe dolaşım hakkı (32.md) gibi hakları korunmalıdır. Ayrıca üye devletler entegrasyon programları düzenleyerek, bunlara katılmalarını sağlamalıdır.

4. Kabul Koşulları Yönergesi

2003/9 sayılı bu Yönerge⁶⁹, sığınma arayanların kabulü için asgari standartları belirlemektedir. Sığınma başvurusu, 3. ülke vatandaşı veya vatansız bir kişinin Cenevre Sözleşmesine göre uluslararası koruma için bir üye devlete başvurmasıdır (2/b). Sığınma arayan (asylum seeker) ise 3. ülke vatandaşı veya vatansız olup, sığınma için yaptığı başvuru henüz sonuçlanmamış kişidir. Aile üyesi, kişinin eşi veya istikrarlı ilişkisi olan partneri, evli olmamak şartıyla onlara bağımlı küçük çocukları veya evlatlıklarıdır. Mülteci (refugee) ise Cenevre Sözleşmesinin 1(A) maddesindeki istemleri gerçekleştiren kişidir (2/e). Sığınma arayanlar kabul eden devlet ülkesinde veya belirlenen bir yerde serbestçe dolaşabilirler (7/1). Kamu yararı, kamu düzeni nedeniyle veya ihtiyaç duyulan hallerde etkili bir kontrol yapılabilir (7/2). Eğer gerekliliği ispat edilebilirse kamu düzeni nedeniyle belli bir yerde tutulabilirler (7/3). Gözlem altında tutmak kişinin dolaşım serbestisini ortadan kaldırır (2/k.md). Bunun makul bir süre için yapılması gerekir. Bazı şartların gerçekleşmesi halinde üye devlet kabul koşullarını azaltmak ya da kaldırmak hakkına sahiptir. Ancak bu tür kararlar veya yaptırımlar kişisel, objektif ve tarafsız olarak alınmalı ve gerekçesi bildirilmelidir (16/4).

Yönerge sığınma arayanlar hakkında verilen olumsuz kararlara karşı, milli hukukun kabul ettiği bir usulle itiraz hakkı tanınmasını zorunlu kılmıştır. Son temyiz imkanı ise, yargısal bir organa verilmelidir. Milli hukuka göre kişi adli yardımdan yararlanabilir (21.md). Üye devletler Komisyonu ilgili kişilerin kişisel bilgileri verilerek sürekli olarak haberdar etmelidir (22). Ayrıca üye devletler kabul koşulları seviyesinin gerçekleştiğini kontrol etmelidir (23. md).

5. Geçici Koruma Yönergesi

2001/55 sayılı ve 20 Temmuz 2001 tarihli Konsey Direktifi⁷⁰, toplu (mass) göç halinde verilecek geçici korumanın asgari standartlarını belirlemektedir. Direktif yerinden edilen kişilerle dayanışma sağlamak amacını gütmektedir. Yerinden edilen kişiler (displaced persons), özellikle bir uluslararası kuruluşun sorumluluğu altında, menşe ülkeyi terketmek zorunda kalan veya oradan çıkarılan 3. devlet vatandaşları ve vatansızlardır. Cenevre Sözleşmesinin 1A maddesine giren ya da başka uluslararası belgelere göre korunması gereken bu kişiler, silahlı çatışma veya şiddete maruz kalan, insan haklarının ciddi şekilde ihlal edilme riski bulunan kişilerdir (2/c.md). Toplu göç (mass influx) belli bir ülke ya da coğrafi bölgeden geniş sayıda yerinden edilmiş kişinin topluluğa ulaşmasıdır (2/d.md). Bu kişilere mülteci statüsü verilmesi taahhüt edilmeden, geçici koruma sağlanmaktadır (3.md). Geçici koruma süresi bir yıldır. Süre 6 ay veya en fazla bir yıl uzatılabilir (4.md). Toplu bir akın olduğu Komisyon'un veya bir üye devletin önerisi üzerine Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla belirlenir (5.md). Avrupa Parlamentosuna bilgi verilir (5.md). Geçici koruma sürenin sonunda veya Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla sona erebilir (6/1/a,b.md). Konsey kararında; menşe ülkedeki durumun bu kişilerin güvenli ve istikrarlı bir biçimde dönmelerine imkan tanıdığı ve onların insan hakları ve

69 27 Ocak 2003, OJ L 31/18, 6.2.2003.

70 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=260539:cs&lang=en&list=260539:cs,&pos=1...>, 11.11.2010; OJ L 212, 7.8.2001, p.12-23.

temel özgürlüklerine ve üye ülkelerin geri göndermeme ilkesine riayet ettiği konusunda, olaylara dayalı gerçek gösterilmelidir (6/2.md).

Üye devletler bu kişileri ülkelere kabul etmeli, geçici süreli oturma izni vermeli, durumun aciliyeti sebebiyle böyle bir akın olduğunda vize, taransit vize gibi konularda formaliteler azaltılmalıdır (8.md). Bu geçici süre içinde kişi isterse işe girebilmeli, meslek eğitimi ya da normal eğitimine devam edebilmelidir (12.md). Bu kişilere uygun kalacak yer veya evde oturmak hakkı verilmelidir. Yeterli kaynakları yoksa tıbbi yardım ve sosyal refah yardımı yapılmalıdır. Fiziki, cinsel veya psikolojik şiddete ya da işkenceye maruz kalan kişiler ve refakatçisi olmayan küçükler gereken tıbbi veya diğer psikolojik yardımlar yapılmalıdır (13.md).

Aile üyesi kavramı; eş, istikrarlı ilişkideki partner, (üye devlet hukukunun yabancılar için kabul etmesi şartıyla) evli olmayan küçükler (evlilik içinde doğmuş veya doğmamış olsun, evlatlık girer (15/1/a). Geçici korumadan yararlanan ve aile üyeleri ile birleşmek isteyen kişiye (sponsor) (2/h.md) bağımlı olan diğer kişiler de aile üyesi sayılır (15/2). Eğer sponsor aile üyeleri ile birleşmek isterse, üye devlet korumaya muhtaç aile üyelerini birleştirebilir, ancak bu karar her bir olaya göre, eğer aile birleşmezse karşılaşılabilecek aşırı zorluklar dikkate alınarak verilmelidir (15/3). Bu maddenin uygulanmasında, üye devletler çocuklar için en iyi olacak yolu bulmalıdır (15/4). Birleşen aile üyelerine geçici oturma izni verilir. Bu hükmün uygulanmasında ilgili uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapılır (15/7). Geçici korumadan yararlanan kişiler her hangi bir zamanda sığınma başvurusunda bulunabilir (17/1). Bu başvurunun incelenmesi geçici koruma süresi bittikten sonra yapılmalıdır (17/2). Geçici koruma bittiğinde yabancılarla ilişkin genel kurallar uygulanır (20.md). Ancak üye devlet kişinin isteği ile dönmesi için insanlık onuruna yaraşan gerekli önlemleri almalıdır (21.md). Süresi bittiği için dönmek zorunda olan ve kabul edilmeyen kişilerin insan onuruna saygılı muamele görmesi için gerekli önlemler ve geri dönmeyi imkansız kılan sebepler dikkate alınmalıdır (23.md).

Bu Direktifle öngörülen önlemler için Avrupa Mülteciler Fonundan⁷¹ destek alınabilir. Üye devletler bir devletten diğerine yapılacak transferlerde işbirliği yapmalıdır (26/1 md). Üye devletlerin kişileri geçici koruma dışında bırakması; o kişinin barışa karşı suç veya savaş suçu ya da insanlığa karşı suç işlemesi halinde ya da üye ülke dışında önceden siyasi olmayan ciddi bir suç işlemesi, kişinin BM'ce kabul edilen amaç ve prensiplere aykırı davranması, kabul eden ülkenin güvenliği için tehdit teşkil etmesi veya kesinleşmiş bir kararla ciddi bir suçtan hüküm giymesi veya o toplum için tehlike teşkil etmesi halinde mümkündür (28/1 md). Ancak bu hususlar ilgili kişinin kişisel davranışına dayanmalı ve alınacak önlemler orantılı olmalıdır (28/2).

6. Usul Yönergesi

1 Aralık 2005 tarihli ve 2005/85/EC sayılı üye devletlerce mülteci statüsünün verilmesi ve geri alınmasına ilişkin asgari usul standartlarını belirleyen Konsey Direktifi⁷², üye devletlerin ülkesinde, sınırlarında ya da transit bölgelerde yapılacak her türlü sığınma başvurusunu ve mülteci sıfatının geri alınmasını düzenler (3/1). Her üye devlet bu konudaki sorumlu

71 Decision 2000/596/EC; 2005-2010 dönemi için Avrupa Mülteci Fonunu Kuran AB Bakanlar Konseyi Kararı 2004/904/EC, 2 Aralık 2004.

72 OJ L326/13, 13.12.2005.

makamı belirleyecektir (4/1). Üye devletler kişinin daha lehine hükümler getirebilir (5.md). Fiil ehliyetine sahip her yetişkin sığınma talebinde bulunabilir. Bu başvuru ona bağlı olanları kapsayabilir. Üye devletler kendi iç hukuklarına göre, küçüklerin kendi başlarına veya temsilci vasıtasıyla başvuracağını belirleyebilirler (6.md). Başvurunun inceleme süresi içinde o ülkede kalma hakkı vardır. Ancak bu hak oturma izni alma hakkını vermez (7/1). Belirlenen makamın yaptığı inceleme sonucu başvurunun reddine karar verilirse, sebepleri yazılmalıdır. Kişisel mülakat yapılabilir, ancak zorunlu değildir (12). Kişisel mülakatta gizlilik ilkesine uyulmalıdır. Mülakat başvuranın anlayacağı bir dille yapılır (13.md). Başvurucuya masrafları kendine ait olmak üzere hukuki yardım sağlanabilir. Olumsuz karar verilirse serbest hukuki yardım ve temsil imkanı sağlanır (15,16.md). Üye devlet bir kişiyi sadece sığınma başvurusunda bulunduğu için göz altında tutamaz. Böyle bir durum varsa kişiye karara karşı bir yargı makamına başvurma hakkı tanınmalıdır (18.md).

II. bölümde kabul edilemez başvurular sayılmıştır: Bunlar başka bir üye devletin mülteci statüsü vermesi, başvuru yapılan ülkenin, 26. maddeye göre ilk başvurulacak ülke olmaması, kişinin güvenli 3. ülkede bulunması, başka bir üye ülkede mülteci statüsüne yakın bir statüye sahip olması, kesin karardan sonra aynı başvuruyu tekrar yapması, başvurucuya bağımlı bir kişinin daha önce talepte bulunmuş olması, halleridir. Bu durumda başvuru kabul edilmez (25. md). Usul Yönergesi birbirinden farklı üç kavram tesbit etmektedir. Bunlardan birincisi; ilk sığınma ülkesidir (26.md). İkinci kavram güvenli üçüncü ülke kavramıdır (27.md). Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine AP'ye danıştıktan sonra nitelikli çoğunlukla Ek II'ye göre asgari ortak güvenli 3. ülkelerin listesini yapacaktır (29. md). Üye ülkeler liste dışındaki bir 3. ülkeyi de güvenli sayabilir (30.md). 31. madde ise menşe ülkenin güvenli ülke sayılmasının şartlarını belirlemektedir. Menşe ülke 3. devlet vatandaşının vatandaşı olduğu ve vatansız kişinin ikamet ettiği ülkedir.

Avrupa Birliği tarafından bir ülkenin güvenli 3. ülke sayılabilmesi için; Cenevre Sözleşmesini coğrafi sınırlar olmadan kabul etmesi, sığınma usulünün hukuk tarafından belirlenmesi, AİHS'ni onaylaması ve etkili yaptırımlar uygulama standardında olması, AİHM'ye kişisel başvuruyu kabul etmesi⁷³ ve Konsey tarafından seçilmesi gerekir (36. md). Ayrıca mülteci statüsünün geri çekilmesi usulü 38. maddede düzenlenmiştir. Üye devletler bir mahkeme önünde etkili itiraz imkanı sağlamalıdır. Bunun için zaman sınırlaması yapılmalıdır (39. md).

V. MÜLTECİLERİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEVZUATI

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi⁷⁴, İkinci Dünya Savaşından sonra faşizm ve komünizmden kaçarak Avrupa'ya sığınan kişilerin statülerini ve haklarını düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir. Sözleşmenin I-A maddesi mülteci tanımını yapmaktadır. Buna göre "mülteci", 1 Ocak 1951 tarihinden önce cereyan eden olaylar nedeniyle ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından

73 Bu yetki başlangıçta taraf Devletlerin isteğine bağlı iken 11. no. lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle zorunlu hale gelmiştir.

74 RG 5.9.1961-10898.

haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen ya da vatansız ise ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişidir.

Sözleşme açısından 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar veya 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar konusunda her taraf devlet, imza, onay veya katılma sırasında bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır (B-1-a)⁷⁵. Sözleşme hükümleri; barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç (1/F/a) ya da sığınmadan önce sığındığı ülkenin dışında siyasi olmayan ağır bir suç işleyen kişilere (1/F/b) ve Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı suçlar işleyen kişilere uygulanmayacaktır. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerini mültecilere ırk, din veya geldikleri ülke bakımından ayırım yapmadan uygulayacaklardır (3. md). Taraf devletler daha iyi muamele hariç olmak üzere, yabancılara uyguladıkları muameleyi mültecilere de uygulayacaktır (7/1). Üç yıl ikametden sonra karşılıklılık (reciprocity) şartından muaf olacaklardır (7/2).

Her mültecinin şahsi statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülke kanunlarına, daimi ikametgahı yoksa bulunduğu ülkenin kanunlarına tabidir (12/1). Her mülteci, taraf devletlerin mahkemelerine serbestçe başvurabilir (16/1). Çalışma hakkı bakımından aynı durumdaki yabancılara uygulanan en çok gözetilen ulus muamelesine tabi olacaktır (17. md). Konut edinme hakkı açısından da en çok gözetilen yabancı muamelesine tabidirler (21.md). Buna karşılık temel eğitim (22), sosyal yardım (23), sosyal güvenlik (24.md) konularında vatandaşla eşit muamele görecektirler. Yasal olarak ikamet eden mültecinin aynı koşullardaki yabancılara sağlanan ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkı vardır (26). Vatandaşlardan alınan vergilerden farklı ya da daha yüksek vergi alınmayacaktır (29).

Mültecinin önemli bir hakkı ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edilememesidir (32/1). Mültecinin sınır dışı kararına karşı itiraz etme ve kararı temyiz etme hakkı bulunmaktadır (32/2). Ayrıca mülteciye kendisini kabul edecek bir ülke bulması için makul süre tanınmalıdır (32/3). Diğer önemli zorunluluk geri gönderme yasağıdır (non-refoulement). Hiçbir taraf devlet mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelere her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (refouler) etmeyecektir (33/1). Bu hükümden yararlanmanın istisnası, kişinin bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli olan ciddi bir suç işlemesi veya ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunması nedeniyle o ülkenin halkı için tehlike oluşturması halidir (33/2).

B. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü

Bu Protokol⁷⁶ ile mülteci tanımında yer alan "1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda" ifadesi metinden çıkarılmıştır (1/2). Protokol ile Sözleşmenin 1/B/1/a hükmüne

75 1 Ocak 1951 tarinden önce Avrupa'da cereyan eden olaylara ilişkin beyanlar; Kongo, Madagaskar, Monaka ve Türkiye tarafından yapılmıştır Bkz EKŞİ, Nuray, Mülteci ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul, 2010, s.27.

76 RG 5.8.1968-12968.

göre yapılan coğrafi sınırlama, taraf devletlerce (1/B/2) çerçevesinde genişletilmedikçe, geçerli olmaya devam edecektir (1/3). Bunun dışında coğrafi sınırlama kaldırılmıştır. Taraf devletler BMMKYK ofisi ile işbirliği yapmayı taahhüt ederler (2/1). Bu Protokolün uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyumsuzluklar, taraflardan birinin talebiyle, Uluslararası Adalet Divanına götürülecektir (4.md). Taraf olma sırasında her Devlet Protokol'ün 4. maddesi ve Sözleşmenin 1,3,4,16(1),33. maddelerinin dışında kalan hükümler hakkında, Sözleşmenin kapsamına giren mültecilere uygulanmamak şartıyla çekinceler koyabilir (7/1). Görüldüğü gibi Protokolle zaman yönünden sınırlama kaldırılmış, yer yönünden Sözleşmede verilen bir hakkın kullanılmış olması şartıyla sınırlamaya devam etme imkanı verilmiştir⁷⁷. 7. madde hükmü Türkiye'nin kabul ettiği Avrupa dışından gelenlere Sözleşmenin uygulanmamasının bir çekince değil, bir hak olduğunu göstermektedir. AİHM verdiği kararlarda bunun Türkiye için bir hak olduğunu dolayısı ile AİHS'e 14. maddeye bir aykırılık olmadığını kabul etmiştir⁷⁸. Türkiye'nin Avrupa'dan gelenlere uluslararası mülteci ve Avrupa dışından gelenlere 1994 Yönetmeliğine⁷⁹ göre ulusal sığınmacı muamelesi yapması da hukuka uygundur. Buna karşın, mülteci misafirhanelerinin idari bir gözlem altında tutma işlevi görmesi, AİHS'nin 5/1/f bendine göre, kişinin idari gözlem altında tutulmasının hukuka uygun bir karar almaya bağlı olduğuna ilişkin hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. AİHM Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye davasında⁸⁰, Türkiye'nin AİHS 5. maddenin 1-4 paragraflarını ihlal ettiğine karar vermiştir. YİSHK'nun 23. maddesiyle idareye verilen yetkinin gözaltında tutma yetkisi olmadığını, bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığını, bu kararlara karşı Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen itiraz ve dava hakkının bulunmadığını, bu nedenle gözlem altında tutulmalarının (detention), 5. maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme 13. maddeye de aykırılık tesbit etmiştir. Kişilerin polis merkezinde gözaltında tutulmaları sığınma talebinde bulunamamaları, sınır dışı etme kararlarının kendilerine tebliğ edilmemesi nedeniyle, bu kararlar aleyhine iptal davası açamadıkları, dava açsalar bile yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe, davanın icrayı durdurmayacağı sebepleriyle Türkiye'nin 13. madde anlamında etkin koruma sağlamadığı sonucuna varılmıştır⁸¹.

C. MÜLTECİ VE SİĞINMACILARLA İLGİLİ DİĞER BM SÖZLEŞMELERİ

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan temel haklar, Çocuk Haklarına İlişkin 1989 tarihli BM Sözleşmesi, 1976 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1981), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Sözleşme (1969), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi (1987), Vatansızların Statüsüne Dair Sözleşme (1954), Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme (1975), Soykırım Suçunun Önlenmesi ve

77 Bu hakkı Türkiye dışında Kongo kullanmıştır Madagaskar ve Monako ise 1967 Protokolüne taraf olmamıştır, bkz. EKŞİ, s.36 vd.

78 AG vd v Türkiye , Application no. 40229/98,15 Haziran 1999.

79 RG 30.11.1994-22127,değişiklik RG 27.1.2006-26062.

80 Başvuru no. 30471/08, ECHR 2009, 22.9.2009.

81 Kararın değerlendirilmesi için bkz EKŞİ,Nuray,Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası, İstanbul, 2010, s.68 vd.

Cezalandırılması Sözleşmesi (1951) evrensel nitelikteki bazı hakların korunmasını öngörmektedir.⁸² Sığınmacı ya da mültecinin durumuna uygun olduğu hallerde bu Sözleşme hükümlerinden de yararlanılması gerekir.

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MÜLTECİLERİN HAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin bazı maddelerini mülteciler ve sığınma arayanlar için sıklıkla uygulamaktadır. Yaşam hakkına ilişkin 2. madde bunlardan biridir. Ataman v. Türkiye davasında⁸³, bir grup yasa dışı göçmenin Libya'ya sınır dışı edilmesi nedeniyle ölüm riskiyle karşılaşabilecekleri için başvurunun kabul edilebilir olduğu kararlaştırılmıştır.

AİHM işkence, kötü muamele ve aşağılayıcı tutumlarla ilgili 3. maddenin hiçbir istisnası olmadığını kabul etmektedir. Devrim Turan v. Türkiye davasında⁸⁴ erişkin yabancılar için kullanılan bir transit merkezinde refakatçisiz 5 yaşındaki çocuğun gözaltında tutulup, sonra kendi ülkesine geri gönderilmesini, Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Okkalı v. Türkiye davasında⁸⁵, bir grup yasadışı göçmenin kötü muameleyle karşılaşacağı Libya'ya sınır dışı edilmesi iddiasını kabul edilebilir bulmuştur.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 5. madde sığınmacılara uygulanmaktadır. Geçici giriş hakkı verilen bir sığınma arayanın 76 saat bilgi almak için bir kabul merkezinde tutulması 5/2. maddeye aykırı bulunmuştur⁸⁶. 5/1. maddede yer alan ülkeye izinsiz giriş yapan bir yabancıнын girişinin önlenmesi ya da sınır dışı veya iade edilmesi için hukuka uygun şekilde gözaltına alınmasına ilişkin kararlar kabul edilebilir, sayılmıştır. Ancak bu işlemler hukuka uygun bir karara dayanmalıdır ve karara karşı itiraz yolu açık olmalıdır⁸⁷. Kişiyeye gözlem altında tutulma sebepleri bildirilmelidir (5/2.md). Ayrıca kişiyeye etkili yargı yolu gösterilmelidir (5/4.md).

Adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde, mevcut Türk hukukunda kişinin red, sınır dışı etme ve geri gönderme kararlarına karşı itiraz edebileceği bir merci ve temyiz yolu bulunmaması nedeniyle, sıkça uygulanmaktadır. Sığınmacıların, Türkiye'de misafirhane denilen ve İçişleri Bakanlığınca idare edilen yerlerde tutulduğu, bunun ceza kanununa giren şekilde bir tutuklama olmadığı için şartlarının kanunda belirtilmediği ve sulh ceza mahkemelerinin bu kararlara bakmadığı kabul edilmektedir⁸⁸. Gözaltında buldukları süre içinde hukuki yardım verilmemesi, iddialarını ileri sürmek hakkından yoksun kalışları, sınırdışı edilme kararlarının kendilerine tebliğ edilmemesi, bu yüzden iptal davası açamamaları AİHS'nin 13. maddesine de aykırı bulunmuştur⁸⁹. MB ve diğerleri v. Türkiye davasında⁹⁰ dört İran vatandaşının sınırdışı kararına karşı 13. maddeye uygun

82 Sözleşmelerin Türkçe metinleri için bkz. Sığınma Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği yayını, Ankara, 2010, s. 109 vd.

83 No. 46252/99, 27.4.2006, Section III-85.

84 No.879/02, 2.3.2006 Section III-84.

85 No. 52067/99, 17.10.2006 Section II-90.

86 SAADI-Birleşik Krallık No. 13229/03, 1.7.2006 Section IV-88.

87 EKŞİ, Abdolkhanive Karimnia- Türkiye davası, İstanbul, 2010, s.74.

88 Report of the Working Group on Arbitrary Detention its Mission to Turkey, 7 Şubat 2007, A/HRC/4/40/ADD.5.

89 Application no. 30471/08, 22 Eylül 2009., p.117.

90 Başvuru No. 36009/ 08, 15 Haziran 2010; Dbouba v. Turkey, Başvuru no. 15916/09, 13 Temmuz

olarak etkin bir başvuru yoluna sahip olmadıkları kabul edilmiştir. Zira idari yargıda dava açılabilir, yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe icra önlenememektedir.

AİHM verdiği kararlarda, kişinin menşe ülkesine veya kötü muamele göreceği başka bir ülkeye gönderilmesi halinde 3. maddenin ihlal edileceğini kabul etmektedir. Eğer yerel mahkeme sınır dışı konusunda yürütmeyi durdurma kararı verdiği için, bu muamele uygulanmazsa, 3. maddeye aykırılık söz konusu değildir. Charahili v. Türkiye davasında⁹¹ Mahkeme başvuranın başka bir ülkede suç işlese bile kötü muamele riski olan yere sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığını, 3. madde bağlamında kişinin eyleminin tehlikeli ve katlanılmaz oluşunun sınır dışı etme kararında göz önüne alınamayacağını kabul etmiştir. Zira başvuranın Tunus'a sınır dışı edilmesi halinde, 3. maddeye aykırı muameleyle tabi tutulma riski bulunmaktadır (p 60-61)⁹².

Türkiye'de Danıştayın yerleşik içtihadı da sığınma arayan kişiye BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmesi halinde, üçüncü bir ülkeye yerleştirilecek olan kişinin 1994 yönergesinde⁹³ yer alan 10 günlük süre içinde başvuru yapmaması nedeniyle sınır dışı edilmesinin hukuka uygun bulunmadığı yönündedir⁹⁴. Danıştay, Cenevre Sözleşmesinin 31. maddesinin Avrupa dışından gelen sığınmacılar için de uygulanmasını kabul etmektedir⁹⁵.

SONUÇ

İncelediğimiz kararlar ve AB mevzuatı, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin üçüncü ülkelere gelen göçmenler nedeniyle sıkıntı yaşadıklarını, hatta çok sayıda göç nedeniyle yabancı düşmanlığı (xenophobia), ırkçılık (racism) gibi suçlarla mücadele etmek zorunda kaldıklarını göstermektedir (ABFA 76/3). Bir taraftan yasa dışı göçe karşı ortak önlemler alınırken, diğer yandan uluslararası bağlantıları nedeniyle (Cenevre Sözleşmesi gibi) insan hakları ihlallerinden kaçınmaları gerekmektedir. Lizbon Andlaşması ile bağlayıcılık kazanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AİHS' den çok daha geniş hakları garanti etmektedir. Bazı haklar ise her iki Sözleşmede yer almakla birlikte, ABAD ve AİHM'nin farklı yorumlarına tabi olmaktadır. AİHS'ne ek 14. no.lu Protokolün yürürlüğe girmesi ile, AB ve Avrupa Konseyi arasında AB'nin Birlik olarak AİHS'ne taraf olması için müzakereler sürdürülmektedir.

2010.,p.44.bkz EKŞİ, Nuray, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin M.B ve Diğerleri v. Türkiye, Dbouba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye Davalarında 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, İstanbul, 2010,s. 4. vd. 91 Başvuru No. 46605/7, 13.Nisan 2010;ayrıca Keshmiri v. Turkey, Application no. 36370/8, 13 Nisan 2010,p.28; Ranjbar and others v.Turkey, Application no. 37040/ 07,13 Nisan 2010; Case of Tehrani and others v.Turkey, Application no 32940/ 08, 41626/ 08, 43616/ 08,13 Nisan 2010 kararları için Bkz. EKŞİ, Nuray, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Charahili v. Türkiye, Kesmiri v. Türkiye, Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye, Tehrani ve Diğerleri v Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, İstanbul, 2010, s.4 vd.

92 Charili v. Türkiye Başvuru No. 46605 /7,13 Nisan 2010.

93 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Edenlere İlişkin Yönetmelik, RG. 30.11.1994-22127. Bu Yönetmelik 2006 yılında değiştirilerek, 4. maddedeki 10 günlük başvuru süresi, "makul süre" ye çevrilmiştir, RG. 27.1.2006-26062.

94 D. 10.D. E.1999/5050, K. 2001/823, 14.03.2001; 10 D, E.1997/6373,K.2000/130, 20.01.2000.

95 D 10.D.E/ 2010/2346,K. 2010/5971,13:07.2010.

Bu durumda AB ülkelerinin 3. devletlerle geri-kabul anlaşmaları yapmak veya potansiyel güvenli üçüncü ülke olarak düşündükleri Türkiye gibi ülkelere sığınmacıları göndermek suretiyle uluslararası sorumluluklarından kurtulamayacağı, yukarıda incelediğimiz M.S.S kararı ile açıkça ortaya çıkmıştır.

İltica ve Göç Alanında Türkiye'nin 2005 tarihli Eylem Planında AB müktesebatının üstlenilmesi kabul edilmiş, külfet paylaşımı konusunda bir görev gücü kurulması için çalışmalara başlanılmış ve Türkiye'nin katılım müzakerelerinin tamamlanmasına paralel olarak coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasına ilişkin önerinin muhtemelen 2012 yılından sonra TBMM'ye sevk edileceği kabul edilmiştir. Ayrıca Türkiye'de göç, sığınma, yabancılar hukuku alanında yeni kanun tasarıları hazırlanmıştır.

Türkiye'nin AB'ne tam üye olmadan bu tür yükümlülüklere girmesi; bir taraftan açıklık ve sefalet içinde olan yasa dışı göçmenlerin, diğer yandan bulunduğumuz bölge itibarıyla sık sık karşılaştığımız siyasi ya da sosyal iç çatışmalardan haklı zulüm görme korkusuyla Türkiye'ye sığınmak isteyen kişilerin sayısının çokluğu nedeniyle; ülkenin başa çıkamayacağı boyutlara ulaşabilir. Özellikle konunun ekonomik yükü bazı yardımlarla karşılanamayacak ölçüde olabilir. Türkiye vizenin kalkması koşuluyla dahi bu tür taahhütlere girerken konuyu çok ayrıntılı olarak incelemeyen karar vermemelidir. Saddam Hüseyin'in Halepçe katliamından sonra Türkiye'ye kaçan Iraklı sığınmacılardan kaç kişinin AB ülkelerince kabul edildiği tarafımızdan bilinmemektedir. Ancak Avrupa devletlerine güvenerek, ülkemizin bir sığınmacı depolama yeri ya da tampon bölge olmasına izin verilmemelidir.

TÜRK HARFLERİNİN KABULÜ VE TATBİKİ HAKKINDA KANUNLA ŞAPKA İKTİSASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİNİN İHLALİ TCK., m. 222

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*

GİRİŞ

Anayasa, 1. madde Türkiye Devleti bir cumhuriyettir demektir. Anayasa, 2. madde Cumhuriyetin niteliğinin, demokratiklik, laiklik olduğunu belirtmektedir. Bunun sonucu olarak, Anayasa, 6. madde egemenlik kayıtsız şartsız milletindir demekte, 10. madde din, mezhep ayırımı gözetilmeksizin herkesi kanun önündü eşit saymakta ve 24. madde herkesin din ve vicdan özgürlüğünü kabul etmektedir¹. Anayasa, 14. madde, kendisiyle oluşan, toplum/hukuk/devlet düzeninin “bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir” diyerek belirtilen düzenin himayesini emretmiştir.

Böylece, esaslarını ortaya koyduğu bu düzeni², Anayasa, 174. madde, “İnkılap kanunlarının korunması” adı altında, bir ulusal kurtuluş savaşı sonunda oluşmuş olan temelleri korunaksız bırakmak istememiştir³.

Anayasa, 25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunu, 1.11.1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve tatbiki Hakkında Kanunu, Türk toplumunu çağdaş uygarlığın üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden inkılap kanunları arasında saymaktadır.

Anayasanın emri olarak, Türk Ceza Kanunu, 222. maddesinde, bu iki kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareketleri suç saymakta, faillerini cezalandırmaktadır.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

1 Anayasa, 136. maddesinde, Genel idare içinde, laiklik ilkesi doğrultusunda, idare esaslara uygun faaliyet göstermesini emrettiği Diyanet İşleri Başkanlığına yer vermiştir.

2 Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır... Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri... laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz. Anayasa, 1995-4121/6 ile değişik, m. 68.

3 1961 Anayasası 153. Maddesinde, “Devrim kanunlarının korunması” emredilmiştir. Anayasanın 174. Maddesi hükmü ile 1961 Anayasasının 153. Maddesi arasında, kanunun amacı ve koruduğu değerler bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Uzun tartışmalardan⁴ sonra, söz konusu madde, verilen bir önerge üzerine⁵, “Şapka ve Türk harfleri” madde başlığı altında, “ 25.11,1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11. 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklere aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir” biçiminde ifade edilmiştir.

Gereğe, “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesindeki hüküm aynen alınmıştır” demektedir. Böylece, gereğe, normun, önceki konuluş amacına göndermede bulunmuş olmaktadır⁶.

Burada kısaca bu suçlar incelenecektir.

1. KANUNUN DÜZENLEMESİ

Kanun, devrim kanunlarına aykırı davranışları tek fıkra olarak düzenlemiştir. Düzenleme bize aittir. Kanuna 657 sayılı Kanunun ihlalini “kabahat” sayan 526. maddesinin 2. fıkrasından gelmiştir⁷.

Madde hükmü, yapısal olarak eksik ceza normudur⁸. Kanun, ceza normunu, göndermede bulunduğu 25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun ve 1.11.1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve tatbiki Hakkında Kanun hükmü ile tamamlamakta, dolayısıyla bunların “koyduğu yasaklara ve yükümlülüklere aykırı” hareketleri suç saymaktadır.

Anayasa, “Cumhuriyetin laiklik niteliğini koruma amacı güden” öteki kanunlarla birlikte, bu iki kanunu, 174/1, 2, 6. maddesinde “koruma” altına almış, böylece, bunlara “kaldırılmaz” ve “anayasaya aykırı olduğu şekilde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” niteliği kazandırarak, laik toplum/ hukuk/devlet düzeninin temelini oluşturan “anayasal” bir hüküm haline getirmiştir.

Kanun, 222. maddede, müeyyide hükmü ortak, iç içe, iki farklı suça yer vermiştir.

2. ŞAPKA İKTİSASI HAKKINDA KANUNUN KOYDUĞU YASAKLARA VEYA YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI HAREKET ETMEK SUÇU

2.1. Suçun faili, hukuki konusu, mağduru

Şapka İktisası Hakkında Kanunun muhatabı, yani ceza normunun öznelştirilmesi

4 Bkz., Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, Madde Üzerine 06.07. 2004 Tarihinde Adalet Komisyonunda görüşme, s. 782 vd. ve Madde Üzerinde 16.09.2004 Tarihinde Genel Kurulda Görüşme, s. 804 vd.

5 Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s.809.

6 Kanunun gerekçesinde, Anayasanın 174. maddesinde himayesi emredilen diğer devrim kanunlarının bu yeni düzenlemede niçin cezai himayenin konusu yapılmadığı tartışılmamıştır. Madem kanun koyucu ilke olarak devrim kanunlarını himaye etmek istemektedir, bu kanunlar arasında, neye göre bir seçim yaptığının, bazılarının ihlalini suç sayarken diğerlerine ilgisiz kaldığının gerekçesini göstermek zorundadır. Bunun açıklanmamasının bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz.

7 657 sayılı kanunun 526. maddesi, başlangıçta, mehzasına uygun olarak, tek fıkradan ibarettir. Tespitimiz doğruysa, 526. maddesinin 2. fıkrası, daha sonraki bir dönemde, bugünkü biçiminde 3038 sayılı Kanun (Düster/tertip 3, Cilt 17, s. 139, RG. Sayı 3531) ile konulmuştur. 226. Madde 4055 sayılı Kanunla değiştirilmiş, ancak 2.fıkra hükmüne dokunulmamıştır. Bilgi için bkz., Çağlayan, En Son Tadilleriyle Birlikte Gerekeçli Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt. III, Ankara 1970, s, 1146 vd.

8 Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996. s. 280,

suçun failini de belirlemektedir. Bu bağlamda, özellikle “Türkiye Büyük Millet Meclisi Azaları” yanında “idareyi umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilumum müessesata mensup memurin ve müstahdemin ” yani “kamu görevlisi ” kimseler, cinsiyet farkına bakılmaksızın suçun failidirler. Aksini düşünmek kanun önünde eşitlik ilkesi ile çelişir. Elbette, bu kişiler bakımından, suç, mahsus suçtur. Kuşkusuz, mahsus suça iştirak kuralları burada da geçerlidir.

Ancak, Kanun, ayrıca “ ... Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder” dediğinden, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, herkes suçun failidir. Halkı erkekler ve kadınlar oluşturur. Halktan sadece erkekleri anlamak, temel bir dil yanlış¹⁰ olmanın ötesinde, hukukta kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlalidir¹¹.

Burada, şapkanın sadece erkeklere ait olduğunu sanan genel kanaat, söylem ve söylevler, yani bilinen “ezber” suçun failinin sadece erkek kişiler olduğu düşüncesini çağrıştırmakla birlikte, Kanun “...meclisi azaları..” “...mensup memurin müstahdemin..” “Türk milletinin” “Türkiye halkının..” dediğinden, kadın kişi, erkek kişi ayrımını yapmadığı gözlenmektedir. “Medeni giyim” ifadesi olduğundan, şapka erkek kişinin de kadın kişinin de kullandığı bir giysidir¹². Ezber bozduğumuzun farkında olarak, daraltıcı yorum imkânı olmadığından, kanunun amacından, ayrıca Anayasanın 174. maddesinin zorunlu kıldığı ilerletici yorumdan hareketle, hem erkek kişilerin, hem de kadın kişilerin suçun faili olduğunu düşünüyoruz.

Kamunun, anayasal teminat altına alınan laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini oluşturan “Devrim kanunu” Şapka İktisası Hakkında Kanunun Türkiye halkının .. umumi serpuşunun şapka olduğu emrine uyulmasının sağlanmasına ilişkin kurumsal yararı, suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. Gerçekten Kanun, asıl olarak Türkiye halkının “başının açık olmasını” istemekte, ancak, kamu görevlisi olsun veya olmasın, başını örtmek isteyen kişilerin, başörtüsünün, yani serpuşunun mutlaka “medeni giyim” olan “şapka” olmasını emretmektedir¹³.

9 Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 522, 523 vd.

10 Halk, dilde, aynı ülkede yaşayan, aynı uyrukta olan insan topluluğu anlamına gelmektedir. İnsan topluluğu kadın ve erkekten oluşmaktadır. Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 1, A-j, Akara 1998, s. 933,

11 Ceza normunun muhatabı, yani suçun faili konusu, teknik olarak değil, etik-siyasi olarak hem Adalet Komisyonunda, hem de Genel Kurulda, tartışılmış, ancak normun yorumuna malzeme olabilecek bir düşünce ortaya konulamamıştır. Bu tartışmalardan suçun failinin sadece erkek kişiler olduğu sonucu çıkarılamamakta, ancak kimi konuşmacılar yerel kıyafetlerin (kisvelerin) normun kapsamı dışında olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 794, 795,796, 797, 798, 800, 803, 804, 805.

12 Hafizoğulları, Örtünme ve Yasak, AÜHFD., C. 57, 2008, s. 288 vd. Yazıda, özetle, halktan kadın kişilerin örtünüp örtünmemesi konusunda bir yasağın bulunmadığı ileri sürülmüş, Şapka İktisası Hakkında Kanunun ayrıntılı bir değerlendirilmesi yapılmamıştır. Ancak, TCK., 222.maddesinin incelenmesi gündeme geldiğinde, söz konusu kanunun hükmü, keyfi olarak daraltıcı yoruma tabi tutulmadıkça, maalesef, memur, müstahdem, halktan kadın kişilerin de, erkek kişilerin yanında, suçun faili olabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Şapka İktisası Hakkında Kanunun ve bu kanunla tamamlanan TCK., 222. maddesi hükmünün, önyargıdan, siyasi çekişmelerden uzak ciddi bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz.

13 Atatürk, Kastamonu Nutku: “Efendiler, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk halkı medenidir. Tarihte medenidir, gerçekte medenidir. Fakat ben sizin öz kardeşiniz, arkadaşınız, babanız gibi size diyorum ki, Türkiye Cumhuriyeti halkı fikriyle, zihniyetiyle medeni olduğunu ispat etmek ve göstermek zorundadır; medeniyim diyen Türkiye Cumhuriyeti halkı aile hayatıyla, yaşayış tarzıyla, medeni olduğunu göstermek zorundadır. Kısacası medeniyim diyen Türkiye'nin gerçekten medeni olan halkı baştan aşağı dış vaziyetiyle de

Laik toplum, hukuk, devlet düzenine karşı saldırıları önlemek ve bastırmakla görevli kamu idareleri yanında, söz konusu düzeninin korunmasında hayati çıkarı olan herkes suçun mağdurudur.

2.2. Fiil

Fiil, failin, “Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetini” alenen ihlal etmesidir. Kuşkusuz, failin, kendi özelinde, şapka giymek mecburiyetine uymaması, bu suçu oluşturmaz. Aleniyet, suçun özünde mevcut bulunmaktadır.

Kanun şapkayı tanımlamamış, dildeki tanımını korumak istemiştir. Dilde, şapka (chapeau, cappello), keçe, hasır gibi maddeden yapılan başlık anlamına gelmektedir¹⁴

Herhalde, Kanun, amacıyla uyumlu olarak, “Türkiye halkını da umumi serpuşu şapka olup...” derken, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin sonucu olan kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlaline yol açabilecek her çeşit serpuşun giyilmesini yasaklamış olmaktadır.

Esasen kanun, başın açık olmasını istemektedir. Ancak, bir kimse başını örtmek istiyorsa, kanun başı örten şeyin “şapka” olmasını mecbur kılmaktadır. Böyle olunca suç, alenen şapka yerine başka bir şey giyildiğinde işlenmiş olmaktadır.

Kamu görevlisi bir kimse şapka giymek mecburiyetine uymadığında, suç esasen anı suç olmakla birlikte mahiyeti icabı, az veya çok sürekli olmak zorunda olduğundan, işleniş bakımından “kesintisiz suç” özelliği arz etmektedir.

Öte yandan, Kanun “Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder” dediğinden, halktan birinin şapka giymek

medeni ve olgun insanlar olduklarını fiilen göstermek zorundadırlar. Bu son sözlerimi açıkça ifade etmeliyim ki, bütün memleket ve dünya ne demek istediğimi kolayca anlasın. Bu açıklamalarımı, bir sualle yönelmek istiyorum, soruyorum:

“Bizim kıyafetimiz milli midir? (Hayır sesleri)

“Bizim kıyafetimiz medeni ve milletlerarası mıdır? (Hayır, hayır sesleri)

“Size katılıyorum. Tabirimi mazur görünüz, altı kaval üstü şışhane diye ifade olunabilecek bir kıyafet ne millidir ve ne milletlerarasıdır.”

“ O halde kıyafetsiz bir millet hiç olur mu? Arkadaşlar, böyle nitelendirilmeye razı mısınız? (Hayır, hayır, asla sesleri)

Çok kıymetli bir cevheri çamurla sıvayarak aleme göstermekte mana var mıdır? ve “bu çamurun içinde cevher gizlidir fakat anlayamıyorsunuz?” demek isabetli midir? Cevheri gösterebilmek için çamuru atmak gerekli ve doğaldır. Cevherin korunması için bir kutu lazımsa, onu altından veya platinden yapmak gerekmez mi? Bu kadar açık gerçek karşısında tereddüt caiz midir? Bizi tereddüde sevk edenler varsa, onların ahmırlığına alırlığına hükmetmekte hala tereddüt mü edeceğiz?

Arkadaşlar, Turan kıyafetini araştırıp canlandırmaya gerek yoktur. Medeni milletlerarası kıyafet, milletimiz için layık bir kıyafettir. Onu giyeceğiz. Ayakta iskarpin veya potin, üstünde pantolon, yelek, gömlek, kravat, ceket ve doğal olarak bunların tamamlayıcısı olmak üzere başta “siperi şemsi serpuş”, bunu açık söylemek isterim, bu başlığın ismine “şapka” denir.

Şapkaya itiraz edenler vardır. Yunan başlığı olan fesi giymek caiz olur da şapkayı giymek neden olmaz? Ve yine onlara ve bütün millete hatırlatmak isterim ki, Bizans papazlarının ve hahamlarının özel kılığı olan cüppeyi ne vakit, ne için ve nasıl giydiler?”

14 Türkçe sözlük, 2, s.2074. Latince başa giyilen başlık anlamına gelen cappadan türemiş bir kelimedir. Türkçe'deki şapka kelimesi Rusça'dan alınmıştır. Günümüzde, erkek ve kadınların sokağa çıkarken gerek süs olarak, gerekse yağmur ve güneşten başlarını korumak gayesiyle giydikleri başlığın genel adıdır. Erkek ve kadın şapkaları zamana ve kullanım amacına göre geçmişten bugüne pek çok değişiklik geçirmiştir. 1950'li yıllarda modada altın çağını yaşasa da günümüzde hala modacıların vazgeçemediği aksesuarlardandır. Bkz. İnternet, Google.

mecburiyetine uymaması, ancak o kimsede “itiyat” hâsıl etmişe suç olmaktadır¹⁵. İtiyadı kanun tanımlamıyor. Herhalde, bir kimse, usulüne uygun olarak yetkililerce makul süreler içinde, şapkadan başka bir giysi giymekten iki veya ikiden fazla kez men edildiğinde, “itiyat” hâsıl olmuş olacağından, suç işlenmiş olacaktır.

Şapka giymek mecburiyetine uymama, şaka olmadığı bilinen bir giysiyi giymeyi gerekli kıldığından suç, salt icra hareketinden ibaret olan neticesiz bir suçtur. Bu suça teşebbüs olmaz.

Mahiyetine uyduğu nispette suça iştirak mümkündür. Amirin memurun şapka giymemek mecburiyetine uymamasına göz yumması, suça iştirak olmadığından, koşullarına göre “görevinin gereklerini ihmal” suçunu oluşturabilir.

Suç resen takip edilmektedir. Suçun takibinde sistemli savaçlama, kanunun etkinliğini giderir, sonunda hüküm metruk hale gelir. Bu suç yönünden ortaya çıkan en büyük olumsuzluk, düzenlenirken hükmün daha başında metruk hale gelmesinin yolunun açılmasıdır.

2.3. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Bazı din adamların, dini hizmet gören kimselerin, giyilmesine kanunların izin verdiği dinsel giysileri giyinmeleri, “şapka giymek mecburiyetinde” olmanın bir ihlali oluşturmaz. Bu halde fiil hukuka uygundur.

2.4. Kusurluluk

Fiil kastla işlenir.

Kast, failin, Şapka İktisası Hakkında Kanunun “koyduğu yasaklara veya yükümlüklere aykırı hareket ettiğini” yani “ şapkayı giymek mecburiyetine” uymamayı veya “...buna münafi bir itiyadı” edinmeyi bilmesi ve istemesidir.

Fail gösteri niyeti ile hareket ettiğinde, kastı söz konusu olmaz.

Fiili hata, kastı kaldırır.

Bir kimse, örneğin giyinmeye hakkı olmadığı bir “şerpuşu” hakkı olduğunu zannederek giyindiğinde veya dinsel olmadığını zannettiği dinsel bir giysiyi giyinip gezdiğinde hatası lehine değerlendirilir.

2.5. Ceza

Fiili sabit olduğunda, faille, iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

15 Aksi düşünce, YİBGK., E. 1936/22, K.1936/37, T.11.11.1936, “Şapka Kanununa Muhalefet (Suçun Oluşumu için İtiyat Gerekip Gerekmemesi) 765/m.526, ÖZET: Şapkadan başka başlık (serpuş) Giyenlerin eylemlerinde itiyat aranmaz; hükümet buyruklarına aykırılıktan dolayı sorumlulukları gerekir,, “...” KARAR: 671 sayılı Kanun hükmü, Türkiye halkının umumi serpuşu şapka olup buna münafi itiyadın devamını men’ e hükumete selahiyet vermiş olmasına göre şapkadan maada serpuş iktisa edenlerin fiillerinde itiyat aranmayarak evamiri hükumete muhalefet suçundan dolayı mes’ uluyetleri lazım geldiği ittifakla 11.11.1936 gününde takarrür etti”. Tespitlerimize göre bu İçtihadı birleştirme kararı halen yürürlüktedir. Burada tartışılacak konu, kararın, 5237 sayılı Kanun karşısında, halen geçerli olup olmadığıdır. Karar için ayrıca Bkz., Çağlayan, Ceza Kanunu, s 1179: “Şapka Kanununun hükümlerine muhalefet fiillerinde itiyat aranmaz”.

3. TÜRK HARFLERİNİN KABUL VE TATBİKİ HAKKINDA KANUNUN KOYDUĞU YASAKLARA VEYA YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI HAREKET ETMEK SUÇU

3.1. Fail, hukuki konu, mağdur

Kanun, 2. madde, “Devletin bütün daire ve müesseselerinde ve bilcümle şirket, cemiyet ve hususi müesseselerde Türk harfleriyle yazılmış olan yazıların kabulü ve muameleye konulması mecburidir”, 4. madde “... Türkçe hususi veya resmi levha, tabela, ilan, reklam, sinema yazıları ile kezalik Türkçe resmi, hususu bilcümle mevkut, gayri mevkut gazete, risale ve mecmuaların Türk harfleriyle basılması ve yazılması mecburidir” ve 9. madde “Bütün mekteplerin Türkçe yapılan tedrisatında Türk harfleri kullanılır. Eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat icrası memnudur” diyerek, bu kurumların sorumlularının, bu tür faaliyetleri yapanların suçun faili olduğunu kabul etmiştir.

Bu görünümünde suç mahsus suçtur.

1924, 1961, 1982 Anayasalarında “Türkiye ahalisinin” veya “Türk Ulusunun” “Ulusal Dili” Türkçedir. Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanun, Türkçenin Türk harfleri ile ifade edilmesini emretmektedir.

Kanun; “ Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkma ve Türkiye Cumhuriyetin laiklik niteliğini koruma amacı güden” öteki kanunlarla birlikte, Anayasanın 174. maddesinde “koruma” altına alınmış; kendisine “kaldırılmaz” ve “Anayasaya aykırı olduğu şekilde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” niteliği kazandırılmış; dolayısıyla laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini oluşturan değiştirilmesi bile teklif edilemeyen “anayasal” bir hüküm haline getirmiş olduğundan; suçun hukuki konusu, “ Türk harfleri unvan ve hukuku ile kabul edilmiş” olan “Türk Harflerinin”, Türkçe yazı dilinde, hayatın kamusal her alanında kullanımının sağlanmasına ilişkin kamusal yarar olmaktadır.

Türk harfleri ile oluşturulmamış olan yazışmalar, adli, idari işlemler, ilanlar, reklamlar, filmler, gazeteler, kitaplar vs.. suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.

Laik toplum, hukuk, devlet düzeninin gereklerini yerine getirmekle görevli kamu idareleri ve bu düzeninin saldırlardan korunmasında çıkarı olan herkes suçun mağdurudur.

3.2. Fiil

Anayasa, 3. maddede, Türk ulusunun “ulusal dilinin” Türkçe olduğunu kabul etmiştir¹⁶.

Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun, “... Türk harfleri unvan ve hukuk ile kabul edilmiştir” diyerek, Türkçenin Türk harfleri ile ifade edilmesini emretmekte, Ceza Kanunu, bu emrin ihlalini suç saymaktadır.

Gerçekten, Kanun 222. maddede, fiili, “ Türk Harflerinin Kabul Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareket etme” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda; Devletin bütün daire ve müesseselerinin ve bilcümle şirket, cemiyet ve hususi müesseselerin işlemlerinde, Türk harflerinin kullanılması; Türkçe hususi ve resmi levha, tabela, ilan, reklam, sinema yazılarının, Türkçe hususi, resmi bilcümle mevkut, gayri mevkut gazete, risale ve mecmuaların, Türk harfleri ile basılması; Türkçe basılacak kitapların Türk harfleriyle basılması; okulların Türkçe yapılan tedrisatında,

16 Hafizoğulları, Türkiye Cumhuriyetinin Temel Nitelikleri, AÜHFD., C. 45, 1996, sayı 1-4; Türkiye Cumhuriyeti Devletin Düşünsel Temelleri, Bir Mevzuat Değerlendirmesi, ABD., Yıl 58, Sayı 2000/1.

Türk harflerinin kullanılması veya eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat yapılması mecburiyetinin ihlali bu suçtu oluşturur.

Kıscası Kanun, Anayasanın 3. maddesi gereğince “Türkiye ahalisinin dili” yani “ulusal dili” Türkçe olduğundan, Türkçenin, yazılı dilde, adli, idari, ticari, kültürel tüm işlemlerde Türk harfleri ile ifade edilmesini, Türkçe eğitim-öğretimin Türk harfleriyle ve bu harflerle yazılmış kitaplarla yapılması emrinin ihlal edilmesini suç saymaktadır.

Kanunun öngördüğü mecburiyetlerden birine veya birkaçına uymamak, tek bir suçta vücut verir. Fail, fiilini, değişik zamanlarda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinde zincirleme suç düşünülebilir.

Kanunun uygulanmasını 1929, 1930 tarihleri ile sınırlandırdığı hükümlerinin ihlal edilmesi artık bugün söz konusu değildir.

Suç, icra hareketi ile işlenebilen, ani, neticeli bir suçtur. Suçta teşebbüs mümkündür. Türk harfleri ile oluşturulması gereken, örneğin Arap, Çin, Japon, Slav, Grek vs. harfleri ile oluşturulan Türkçe bir levha, ilan veya reklam sergilenmeden önce; kitap, gazete basıldığı esnada ele geçirilirse, suçta teşebbüs edilmiş olur.

Ancak, okulların Türkçe yapılan tedrisatında Türk harflerinin kullanılması mecburiyetinin ihlali söz konusu olduğunda, ihlalin harici bir neticesi bulunmadığından, mecburiyetin ihlali, yani başka harflerin kullanılması ile suç oluşur. Suçta teşebbüs olmaz.

3.3. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Bir kanun özel olarak izin vermiş olmadıkça, Türkçenin, Türk harflerinden başka harflerle yazılması hukuka aykırıdır.

3.4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir.

Kast, failin, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülöklere bilerek ve isteyerek aykırı hareket etmesidir.

Fiili hata, kastı kaldırır. Failin örneğın Türkçe çıkarmak istediğı bir gazetenin Türk harflerinden başka harflerle çıkarılmasına, Türkçe olması gereken resmi bir yazışmanın Türk harflerinden başka harflerle yapılabileceğine, özel olarak izin verildiğini zannetmesi hataya düşmüş olmasıdır. Hata failin lehinedir.

3.5. Ceza

Fiili sabit olduğunda, faile, iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

4. SONUÇ

Şapka İktisası Hakkında Kanun, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin 2. fıkrası hükmünü oluşturmuştur. Ancak hüküm, yürürlükte olduğu süre içinde etkin olmamıştır. Anayasanın 174. maddesi hükmünün açık emrine rağmen, kanunu yürütmek ve uygulamakla görevli organlar, kanunun ihlallerine ilgisiz kalmış, hatta göz yummuşlardır. Bunun sorucu olarak, kanun, değiştirilmek, varsa eksikleri giderilmek veya yürürlükten kaldırılmak yerine, elbirliği edilerek etkin kılınmamış, “metruk” konumuna düşürülmüştür.

Herkesçe bu durum bilindiğı halde, 5237 sayılı Kanun 222. maddede, Şapka İktisası Hakkında Kanununun ihlalini suç saymış, resen takibi emredilmiştir.

Böyle olunca, istenmese bile, kendiliğinden, suçun failinin kim olduğu meselesi, zorunlu olarak tekrar ortaya çıkmış olmaktadır.

Kanun, “Türkiye halkının .. umumi serpuşunun şapka olduğunu” emrederken cinsiyet ayrımı yapmamış, suçun failinin, kamu görevlisi veya hizmetlisi olsun veya olmasın, kadın kişi de, erkek kişide olduğunu kabul etmiştir. Keyfilik seçilmedikçe hükmün daraltılarak yorumlanmasına olanak yoktur.

Faili kamu görevlisi kadın kişi veya erkek kişi olduğunda suç ani suçtur. Disiplin amirleri suçu takip etmediklerinde, görevi ihmal suçunu işlemiş olurlar, çünkü Kanun bunlara suçu takip edip gereğini yapmayı emretmiştir.

Türkiye halkı, sadece erkek kişilerden değil aynı zamanda kadın kişilerden oluşmaktadır. Aksine 1936 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı olmasına rağmen, biz, faili halk olduğunda, yani kamu görevlisi olmadığında, Kanunun, suçun oluşması için, fiilin failde itiyat oluşturmasını emrettiğini düşünüyoruz. Bir kimse hakkında ikiden fazla idari işlem yapıldığında, itiyat oluşmuş kabul edilmelidir¹⁷.

Anayasanın Türkiye Devletinin Dili Türkçedir hükmü karşısında, Türk harflerinin kabulü ve tatbiki hakkında Kanun, Türkçenin, yazı dilinde, mutlaka “Türk harfleri” ile ifade edilmesini emretmiş bulunmaktadır. Kanun, Türk harflerinin kabulü ve kullanımını çağdaş uygarlığın üstüne çıkmanın ve Cumhuriyetin laiklik niteliğinin teminatı saymakta, buna istisna tanımamaktadır

Yeni düzenleme özellikle Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden “sözde” kalmamalı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasanın 174. maddesi hükmü doğrultusunda, kişinin giyiminde kendisini ifadesine imkân tanınarak, hükmün etkin kılınmasının yol ve yöntemleri aranmalı, kanunda mutlaka bunu sağlayıcı değişiklikler yapılmalıdır. Teknik olarak bu mümkün görülmediği takdirde hüküm, yürürlükten kaldırılmalıdır.

17 Yukarıda açıklanan 1936 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı hariç, Şapka İktisası Hakkında Kanunun hükmünün ihlali konusunda bir emsal kararına rastlanmamıştır. Komisyon ve Genel Kurul Çalışmalarında bu konuda verilmiş kararların olmadığına dikkat çekilmiştir. Bu, 765 sayılı Kanunun 526/2. Maddesi hükmünün Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden geçerli olmasına rağmen etkin olmadığını göstermektedir. Kanun koyucu bu durumu bilerek söz konusu Kanunun ihlalini suç saymıştır. Tabiri caizse “ dostlar alışverişte görsün” veya “ yasak savmak” kabilinden konulmuş olan 222. madde hükmünün, Kolluk ve Savcılıklar ihlallere ilgisiz kaldığında, Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden, aynı akıbetin ortaya çıkacağını, geçerli olmasına rağmen, etkin olmayacağını, metruk kalacağını düşünüyoruz. Geçmişten bugüne bakıldığında, toplumda bugünkü fiili durum göz önüne alındığında, söz konusu hükmün maalesef ölü doğmuş bir hüküm olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanunu yürütmek ve uygulamakla görevli olanların bizi doğrulamalarını dileriz.

ÜLKEMİZDE “TORBA KANUN” VE “TEMEL KANUN” UYGULAMALARI

Doç. Dr. Şeref İBA *

“Torba” ve “temel” ibareleri, yasama diline görece yeni giren terimlerdir. Temel kanun ve torba kanun arasındaki ilk benzerlik her ikisinin de, iktidar çoğunluğuna sevimli; muhalefete ise sevimsiz gelen kavramlar olmasıdır.

Torba kanun da temel kanun da, genel yasama sisteminin yavaş işleyen ve hantal dışı ve çarklarının bir bölümünü devre dışı bırakıp hızlandırılmış şekilde yasalaştırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, parlamento zamanının daha etkili ve verimli kullanımı sonucu ortaya çıkmaktadır. Belli bir periyotta çıkan kanun sayısı gibi yasama istatistikleri meclisin performans kriteri olarak alınacak olursa, yasama istatistiklerinde üretken sonuçlar ortaya çıktığı görülmektedir. Temel kanun ile torba kanun ilişkisi bununla da sınırlı değil elbette. Böyle bir hukuki zorunluluk olmadığı halde bugüne kadar tüm torba kanunlar, temel kanun yöntemine göre görüşülmüştür.

Uygulamada, “bazı kanunlarda...” şeklindeki başlıkla torba kanun özelliği sergileyen kimi kanunlar madde sayısı az olduğu için olsa gerek, basım tarafından torba kanun olarak adlandırılmamaktadır. Dolayısıyla, madde sayısı normalden fazla olduğundan genellikle temel kanun kapsamında yasalaştırılan ve aşağıda tartışılacak olan diğer bazı özellikleri taşıyan kanunlar, “torba” olarak anılmaktadır. Torba kanun ile temel kanun ilişkisini daha derinliğine irdelemek için ilk önce “temel kanun” ya da “özel yasama yöntemi” mekanizmasının anlaşılması gerekmektedir.

1. TEMEL KANUN

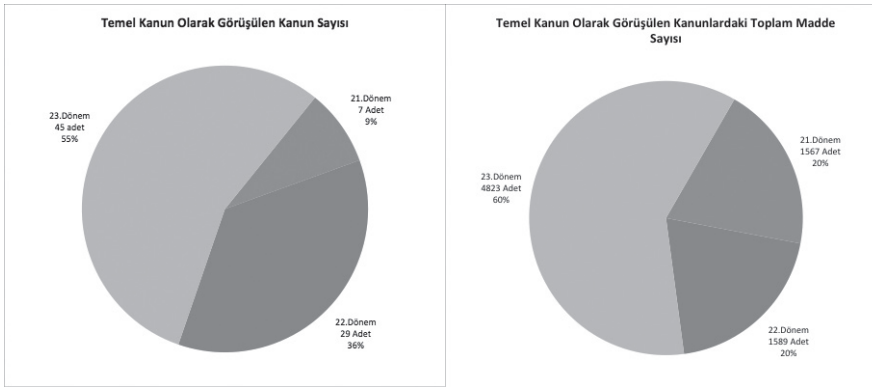
Kanun yapım sürecinin, yasama organı evresinde “esas komisyon” için mutfağı konumundadır. Yasama organı bünyesinde son karar merci olan “Genel Kurul” çalışmaları, komisyonda olgunlaştırılan ve “sıra sayısı” adını alan metin üzerinden yürütülür.

Kanun tasarısı ve teklifinin, komisyondaki görüşmeleri sırasında, uzmanlığı olan üye ya da üye olmayan milletvekillerinin katkıları ve varsa, ilgili sivil toplum kuruluşlarının görüşleri alınır.

* Ufuk Üniversitesi Öğretim Üyesi

Genel olarak iki tür yasa yapma yöntemi vardır; birisi normal, diğeri hızlandırılmış yol. Madde bazlı görüşme ve oylamaya dayanan normal usul, teknik açıdan "genel yasama yöntemi" olmaktadır. Hızlandırılmış yol ise, "özel yasama yöntemi" olarak adlandırılmaktadır. Özel yasama yönteminin bizdeki karşılığı, biraz da zorlama bir nitelemeyle "temel kanun" olmuştur. Türk parlamento hukukuna 1991 yılında giren hızlandırılmış yasa yapma yöntemi, TBMM İçtüzüğü'nün 91. Maddesinin başlığından esinlenen bir terimle "temel kanun" olarak yerleşmiş durumdadır. Ancak bu kullanım, bir alanı hukuki reform niteliğinde ilk kez düzenleyen "Medeni Kanun", "Borçlar Kanunu", "Türk Ceza Kanunu" gibi ana kanunlardan söz ederken kullanılan "temel kanun" deyimiyile karışmaktadır. Uygulamada temel kanun yöntemi, kanun tasarı ya da teklifinin Genel Kurul görüşmelerinde 30'u geçemeyen maddelerden oluşan bölümler içine sıkıştırılarak görüşülüp yasalaştırılması anlamına geldiğinden, bilgisayar terimleriyle, bir dosyanın sıkıştırılması (ziplenmesi)'ni andırmaktadır. TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinde de, özellikle "temel kanun" tanımlamasıyla ilgili olarak benzer bir "bocalama" hali zaten söz konusudur. Madde, Anayasa Mahkemesi tarafından da birkaç kez iptale konu edilmiş¹, iptaller ışığında gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra sular büyük ölçüde durulmuştur.

21. Yasama döneminde (7), 22. Yasama döneminde (29), 23. Yasama döneminde (45) adet kanun "temel kanun" olarak görüşülmüştür. Yasa yapma hızının vitesini, daha sağlıklı analiz edebilmek bakımından yasama dönemleri bazında adet olarak verilen kanunların toplam madde sayılarını belirtmek daha aydınlatıcı ve ilginç olabilir. Bu bağlamda, sırasıyla 21. Dönemde toplam (1567), 22. Dönemde toplam (1589), 23. Dönemde toplam (4823) maddeden oluşan temel kanunlar çıkarılmıştır.



Grafik-1 ve 2 birlikte değerlendirildiğinde, 23. Dönemde temel kanun olarak görüşülen kanun ve madde sayılarında katlanan artışlar gerçekleşmiştir. Buna göre, temel kanun uygulaması son dönemlerde giderek daha çok başvurulan bir yöntem haline gelmiş durumdadır. Torba kanun uygulamasının, parlamentonun halkın ihtiyacı olan kapsamlı yasaların gecikmeksizin görüşülmesinde başvurulan gerekli bir yol olduğu ortadadır.

1 İlk kez 1996 İçtüzük değişiklikleriyle düzenlenen temel kanunlar (md.91) hükmü, Anayasa Mahkemesince birkaç kez iptal edildikten sonra en son 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir. Maddenin son halinde temel kanun tanımı yine yapılamamıştır. Ancak, ucu açık biçimde bazı özellikleri sıralanmıştır. Bkz: Şeref İBA (2010), Parlamento Hukuku, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (yenilenmiş) 4. Baskı, s.s.68-69.

Üstelik, yasa yapma süreçlerinin yavaşlığına bağlanan hantal yasama işlemlerinin hızlandırılması, dünyada da genel kabul gören rasyonelleştirme mekanizmaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tam da bu noktada, parlamento çoğunluğunun iradesiyle, bir bölümde en çok 30 madde yer alabileceği şeklindeki içtüzük limitinin çok altındaki madde sayısından oluşan kanun tasarısı ya da tekliflerinin bile temel kanun kapsamında görüşüldüğü örneklerin savunulabilir yanı bulunmamaktadır.²

2. TORBA KANUN

T.D.K Sözlüğünde torba, *“genellikle pamuk ve kıldan dokunmuş, türlü boy ve biçimde, ağzı büzülüp bağlanabilen araç”*: 2. *Genellikle plastikten veya kâğıttan yapılmış, içine öteberi koymaya yarayan, çeşitli büyüklükte olabilen taşıma gereci, poşet”* şeklinde tanımlanmıştır.³ “Kanun” ibaresinin başına eklenen “torba” kelimesi, bir yandan “taşıyıcılık işlevi” ne diğer yandan da içine konulacak öteberinin her zaman kestirilemeyeceği için “gizem”ine işaret eden son derece isabetli bir sıfattır. Bununla birlikte, insanımızın kıvrak zekasının bir ürünü olarak günlük yasama diline yerleşmiş olan bu eğlenceli terim, çeşitli belirsizlikler içerdiği için tanımlanması güç ve formel yasama dilinde hiç kullanılmayan bir nitelemedir.

Kısaca, birbiri ile konu yönünden ilgili olmayan ve çok fazla sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlara “torba kanun” adı verilebilir. Bir kanunun torba kanun olup olmadığının temel göstergelerinden birisi, kanun başlığıdır. Torba kanunların başlığı, içerik itibarıyla yürürlükteki birden fazla kanunu etkilediği için genellikle “çeşitli kanunlarda” diye başlamak zorundadır.

Torba kanunların yasalaşma sürecinde kimi özgün yönler ortaya çıkmaktadır. Bunlar kabaca, şöyle sıralanabilir:

-Torba kanun uygulaması, geleneksel komisyon sistemini devre dışı bırakmaktadır. Hemen her torba kanun tasarısı/teklifi, mali nitelikli hükümler içerdiği gerekçesiyle, esas yönünden “bütçe komisyonu” na havale edilmektedir. Aynı kanun teklifleri halinde sunulmuş olsa, başka ihtisas komisyonlarının görev alanına girecek olan işler, zorunlu olarak tek komisyona gönderildiği için devre dışı (bypass) bırakılmış komisyonların uzmanlığından yararlanmadan ve katkıları alınmadan yasalaşmış olmaktadır.⁴

-Torba kanun görüşmelerinin, özellikle, komisyon aşamasında, yeni madde ihdasının⁵ sıklıkla görülen bir durum olduğu görülmektedir. Genel Kurulda, torba kanuna yeni madde ihdası Komisyon aşamasına göre çok daha zordur.⁶

- Komisyon gelen ve komisyondan geçen madde sayısının yeni maddelerin eklenmesi yüzünden katlanarak arttığı görülmektedir. Böylece, torbaya daha önceden kamufler edilmek istendiği ya da kamuoyunda, ilgili kesimlerde en azından bir süre gözlerden kaçırılmak

2 Toplam 11 maddeden oluşan 5983 Sayılı Kooperatifçilikle ilgili Kanun ile: sadece 8 maddeden oluşan 6005 sayılı YÖK ile ilgili Kanun, “temel kanun” kapsamında görüşülmüştür.

3 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 08.04.2010)

4 Uygulamada, tali yönden havale edilen komisyonlar, işi görüşmemektedir.

5 TBMM İçtüzüğü'nün 87/4. Hükmü, yeni bir madde olarak görüşme açılmak suretiyle işleme konulacak değişiklik önergesinin, “görüşülen tasarısı ya da teklifle çok yakın ilgisi” olmasını ve komisyon üyelerinin salt çoğunluğuyla önergeye katılmasını şart koşmuştur.

6 Torba kanuna, Genel Kurulda, yeni madde eklenebilmesi için, TBMM 87. Maddesine göre verilecek yeni madde önergesinin, komisyon raporunda geçen metinde yer alan konularla ve gönderme yapılan kanunlarla doğrudan ilgili olması şarttır.

istendiği için konulmayan bir madde veya konu son anda eklenmiş olmaktadır. Bu bağlamda, torba kanunlar, genellikle, kanundan etkilenecek kesimler bakımından sürprizlere gebe özellikler sergilemektedir.

-Kanun yapım sürecinde sivil toplumun etkili bir şekilde katılması ve görüşlerini ifade etmesi, torba kanun yönteminde sekteye uğrayabilmektedir. Öte yandan, çok sayıda kanun çok sayıda bakanlığı ve kuruluşu ilgilendirdiğinden yasa yapım sürecinin teknik ilgilileri arasında gereken diyalog ve bilgi alış-verişi imkanı çoğu zaman ortadan kalkabilmektedir. Bu durum, yasama hatalarının artmasına yol açabilmektedir.

-Toparlamak gerekirse, temel kanun, TBMM Genel Kurulundaki görüşme şekliyle, torba kanun ise, içerik itibariyle yapılan bir adlandırmadır.

Torba Kanun uygulamasının pragmatist ihtiyaçlardan doğduğu bir gerçektir. Hükümetler bir an önce gerçekleştirmek istedikleri, her birini ayrı bir kanun ile yapmak durumunda kalacakları düzenlemelerin hepsini geniş bir yelpazede torba kanun uygulaması yoluyla yapabilmektedirler. Bu durum, özellikle seçimlere giderayak yasama dönemlerinin sona ermesine yakın zamanlarda daha sık olarak görülmektedir. Çünkü, artık sona ermek üzere olan dönemde yeni bir seçimle işbaşına geçip geçmeyeceği belirsiz olan hükümetler, yapmak istedikleri düzenlemeleri birleştirmekte ve tek bir kanun halinde kısa sayılabilecek parlamento zamanı tüketerek TBMM'den geçirmeye çalışmaktadırlar.

Torba kanunlar söz konusu olduğunda, Medeni Kanununun 1. Maddesinde belirtildiği anlamda, "kanunun ruhundan/özünden" söz edebilmek neredeyse imkansız hale gelebilmektedir. Torba kanunla, uygulayıcılar açısından çeşitli sürprizlere gebe dir. Örneğin, kimi torba kanunların, gerekçe trafiği ya çok karışık ya da hiç gerekçesi olmayan maddeleri bulunmaktadır. Bu nedenle, somut hukuki açmazlarla ilgili kanun "yorum" teknikleri çoğu zaman işlemez hale gelebilmektedir.

Torba Kanun uygulamasına örnek olarak 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı *Bazı Kanun ve Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* verilebilir. 36 maddelik bu Kanunla 53 kanun veya kanun hükmünde kararnamede 163 değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden 21 adedi yeni, ek veya geçici madde ilaveleri şeklinde olmuştur.

Torba Kanun uygulamasına son ve yeni bir örnek ise, 13/2/2011 tarihli ve 6111 Sayılı *Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*'dur. Toplam 234 maddeden oluşan bu kanunla, 66 ayrı kanunda ve 7 adet kanun hükmünde kararnamede olmak üzere rekor düzeyde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu torba kanuna ilişkin komisyon raporu, 1 adet kanun tasarısıyla 59 adet kanun teklifi birleştirildiğinden sadece başlığı 3 sayfa tutmuştur.⁷ Bu bağlamda, 1 tasarı esas alınarak en çok teklifin birleştirildiği komisyonu raporu rekoru kırılmıştır.

Tasarının ilk hali, 7'si geçici madde olmak üzere toplam 120 madde iken, esas komisyondaki yeni madde ilavesi ve madde bölmeleri nedeniyle, torba tasarısı 10'u geçici olmak üzere toplam 234 maddeye çıkmıştır. Bazı maddelerin çıkarılması vb. nedenlerle, Genel Kurulda kabul edilen son hali ise, 18'i geçici olmak üzere toplam 234 maddedir.

Böyle bir kanunun normal şartlarda, kanun tekniği gereklerine uygun olarak 73 parçaya bölünmesi ve 73 adet ayrı kanun tasarısı olarak sunulması gerekmektedir. Bu denli uzun

7 Komisyon Raporu, (S. Sayısı:606); Yasama Dönemi:23, Yasama Yılı:4.

madde sayısından oluşan ve yürürlükteki 73 kanunu etkileyen bir tek kanuna hakim olmanın güçlüğü ortadadır. Bir torba tasarıya sıkıştırılması 73 ayrı kanun konusunun ayrı ayrı bakanlıkları ve kuruluşları ilgilendirdiği varsayımı altında, bu kadar kalabalık bürokrat grubunu komisyon salonlarında ve genel kurulda, fiziki şartlar itibariyle de bir arada tutmak zaten imkansızdır.

Torba kanun, her biri ayrı ayrı tasarı ya da teklifler halinde gelmesi gereken işleri, bir araya toplayarak süratle yasalasmaına imkan sağlamaktadır. Yasama hatalarının artma olasılığına karşı, yasama sürecinde destek sağlayan teknik görevlilerin sunduğu uzmanlık hizmetinin önemi daha da artmaktadır. Kanun tekniğine ilişkin bazı noktaların gözlerden kaçırılmaması için, madde eklemeleri ve çıkarmaları vb. nedenlerle bazen yap-boz oyununa dönüşen torba kanun görüşmelerinde son anda verilen değişiklik önergelerinin ciddi sıkıntılara yol açabildiği bilinmektedir.

6111 Sayılı Torba kanun hakkında eleştirilerde bulunan Erdem, seçmenleri memnun etme isteğiyle çok sayıda tasarımı bir kanunun içine paketlemek/torbalamakla, bütünü denetiminin zorlaştığını, haklı olarak belirtmektedir.⁸ TBMM İçtüzüğünde madde olarak düzenlenen temel kanun yolu, formel bir içtüzük kurumudur. Buna karşılık torba kanun, konuşma dilinde var olan yazı dilinde geçmeyen kavramlaştırmalardır. Türk parlamento hukukundaki konumu bakımından her iki kavram da, yavaş işleyen yasa yapım sürecinin hızlandırılmasına dönük fonksiyonel rasyonelleştirme teknikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Ne pahasına olursa olsun, yasama sürecini hızlandırmak için torba kanun çıkarma yoluna başvurulması, çok ciddi sakıncaları beraberinde getirmektedir. Torba kanun sadece yasama süreci açısından değil, tasarı ya da teklif yasaladıktan sonra uygulama sürecinde de sorunlar doğurmaktadır.

Torba kanun çıkarma yolu, muhalefetin ve sivil toplum kuruluşlarının yasa yapım süreçlerine etkili biçimde katılımının sağlanamamasını göze almayı gerektirmektedir. Kaldı ki, her telden konuları kapsayabilen torba kanunların, yürürlükteki mevzuata olan etkileri hakkında, iktidar partisi üyesi milletvekilleri bile içerik hakimiyeti bakımından sıkıntıya düşmektedir.

Uygulamada, böyle bir zorunluluk olmadığı halde, temel kanun kapsamında görüşülen torba kanunların hızla yasalştırılması yüzünden ortaya çıkan yasama hatalarını düzeltmek amacıyla değişen kanun veya kanunlarda çok geçmeden yeniden değişiklik yapılmasını körüklemektedir. Kısaca, ülkemizde torba kanunlar, değişen kanunda yeni değişiklik gereksinimlerini tetikleyici bir etken niteliği de taşımaktadır.

8 Tarhan Erdem, köşe yazısında şöyle yazmıştır: “Hataların bir kısmı, seçimler öncesi her iktidar partisinin, değişik çevrelerin baskısı ve seçmenleri memnun etme isteğiyle çok sayıda tasarımı kanunlaştırmaya çalışmasından doğar. Bu acele içinde, hele komisyon başkanları ve uzmanlar bunaldıklarında pek çok hata yapılabilmektedir. Özellikle ‘Torba Kanun’ benzeri, bütünü denetlemek zor olan kanunlarda maddi ve anlamsal hatalarla karşılaşılır. Böyle kanunlara her bakan bir madde eklemek ister.” Tarhan ERDEM, “Yeni kanunlar: Ne önce, ne sonra yeterli bilgi verildi” Radikal, 17.02.2011

KAYNAKLAR

Şeref İBA (2010), Parlamento Hukuku, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (yenilenmiş) 4. Baskı.

Tarhan ERDEM, “Yeni kanunlar: Ne önce, ne sonra yeterli bilgi verildi” Radikal, ()17.02.2011.)

Komisyon Raporu, (S. Sayısı:606); Yasama Dönemi:23, Yasama Yılı:4. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 08.04.2010)

Alman Hukukunda Tutuklulukta Ölçülülük İlkesi

Av. Memet KILIÇ *

I. GENEL OLARAK

Almanya'da tutukluluk kurumu, sadece sürmekte olan usulüne uygun bir ceza muhakemesi sonucunda verilecek olan hapis cezasına ilişkin mahkeme kararının infazının güvence altına alınmasını sağlar.¹ Bundan başka bir nedenle zanlı tutuklanmamalıdır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 112. paragrafı uyarınca, tutuklama kararının şartları, kişinin suç işlendiğine yönelik güçlü bir şüphenin bulunması ve diğer tutuklama nedenlerinin bulunmasıdır. Diğer tutuklama nedenleri ise, kaçma, kaçma tehlikesi, delilleri karartma tehlikesi ve suçun tekrar işlenmesi tehlikesidir.

Bunun dışında tutukluluk aşırıya kaçmalıdır, yani ölçülü olmalıdır. Tutuklama müdahalesi, eğer fiilin tam olarak aydınlatılması, soruşturmanın yürütülmesi ya da hükmün ifasının başka türlü güvence altına alınmaması hali var ise, ancak bu halde caizdir.² Tutukluluk, mutlaka meselenin özü ve anlamı ile ilişkili ve kendisinden beklenen hukuku sonuca yönelik olmalıdır. Ceza Usul Kanununun 113. paragrafına göre tutuklama kurumuna hafif suçlarda sadece sınırlı olarak başvurulabilir. Bu gibi suçlarda, şayet düzenli olarak polise bildirim veya başkaca güvenlik tedbirleri ile tutuklama ile arzulanan amaca ulaşıyor ise, bu hallerde tutuklama kararı verilemez.

Tutuklu bulunan zanlı veya sanık, tutukluluğun her aşamasında tutukluluk kararının kontrol edilerek, kaldırılması yönünde mahkemenin karar vermesi yönünde talepte bulunabilir. Veyahut da zanlı veya sanık, tutukluluğun talikine yönelik bir itirazda bulunabilir. (Tutukluluğa ilişkin ana denetim, Ceza Usul Kanununun 117. paragrafında düzenlenmiştir.)

II. HIZLANDIRMA İLKESİ

Tutukluluk halinde hızlandırılma ilkesi, ölçülülük prensibinin özel ve baskın bir görünümüdür.

Tutukluluk hali devam eden bir zanlı, hızlı bir yargılamayı talep etme hakkına sahiptir. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi

* LL.M. (Heidelberg Üniversitesi), Ankara ve Karlsruhe (Almanya) Baroları Üyesi,

Alman Federal Parlamentosu Milletvekili

1 BVerfGE 32, 87, 93; BGH NJW 87, 2525.

2 BVerfGE 20, 144, 147.

ve Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan anayasal ölçülülük prensibine dayanır.³

Almanya'da hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya hürriyeti bağlayıcı tedbire ilişkin bir mahkeme kararı olmadığı sürece, kural olarak tutukluluk hali altı aydan daha uzun olmaz. Ancak, Eyalet Yüksek Mahkemesi bu sürenin uzatılması yönünde karar verebilir. Bu kararın verilme şart ise, "özel bir zorluk ya da kapsamlı bir hazırlık soruşturması ya da bunlar dışında başkaca önemli bir nedenin kararın verilmesine imkân tanımaması ve tutukluluk halinin devamını haklı çıkarılması", olarak sıralanabilir. (Bu mesele Alman Ceza Usul Kanunu'nun 121. paragrafında düzenlenmiştir). Tutukluluğun 6 aydan daha uzun olması, uygulamada ender rastlanan bir durum değildir.

1. HIZLANDIRMA İLKESİNE İLİŞKİN ALMAN YARGI İÇTİHATLARI

Alman Anayasa Mahkemesi 13. Mayıs 2009 tarihli bir kararında tutuklamanın ölçülülüğü konusuna açıklık getirmiştir.⁴

Tutuklama düzeninin korunmasında, anayasanın 2. maddesinin ikinci fıkrasının 2. cümlesinde garanti altına alınan "*kişi özgürlüğüne dokunulamaz*" ilkesi ile etkili bir ceza kovuşturmasının zorunlu gereklilikleri arasında bir çelişki bulunduğu dikkate alınmalıdır. Bir hukuk devletinde kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, sadece usulüne uygun olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla mümkündür. Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası ve gene Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 maddesinin 2. fıkrasında açıkça ortaya konulan hukuk devleti ilkesine göre, bir suçun şüphelisinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, sadece istisnai olarak caizdir. Ceza yargılaması aşamasında gerekli ve orantılı görülmesi, zorunlu hürriyet kısıtlamaları, sürekli olarak, kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın yargılanın özgürlük talebi açısından düzeltici olarak denetlenmelidir. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi belirleyici bir anlam taşımaktadır. Ölçülülük ilkesi, sadece tutuklama kararının verilmesi bakımından değil tutuklamanın süresi açısından da önemlidir. Ölçülülük kuralı uyarınca, yargılama sonucunda verilecek muhtemel ceza ile tutuklama süresi orantısız olamayacaktır. Gene bu ilkeye göre muhtemel cezadan bağımsız olarak da tutuklamaya sınır konulmaktadır. Tutukluluk süresinin uzaması karşısında, özgürlük talebinin ağırlığı, etkili bir ceza yargılaması esnasında giderek artmaktadır. Bu ilke gereğince, bir taraftan tutuklu işlerde hızlı yargılama yapılmasına ilişkin gerekler artarken, diğer taraftan da tutukluluk süresi uzadıkça, tutukluluğun gereklerini zorunlu kılan şartların daha iyi gerekçelendirilmesi gerekir."

Böylelikle Anayasa Mahkemesi tarafından tekrar açıklık getirilen tutuklama kararının verilmesi çok sıkı kurallara bağlanmıştır.

Hazırlık soruşturmasının hacmi özel bir zorluk taşıyorsa, altı aylık tutukluluk süresi Alman mahkeme içtihatlarına göre uzayabilir. Mahkeme içtihatlarına göre bu uzatma gerekçeleri şunlardır: Aydınlatılması gereken ceza eylemlerinin fazlalığı, çok sayıda yerli veya yabancı tanığın dinlenmesi gerekliliği, çok zaman alan bilirkişi raporlarının hazırlanması zorunluluğu ya da yargılamanın çok sayıda sanık aleyhine yürütülmesi, olarak sıralanabilir.⁵

3 BVerfGE 20, 45, 50; BVerfGE 53, 152, 158.

4 Alman Anayasa Mahkemesi kararı, BVerfG 13. Mayıs 2009 tarih, 2 BvR 388/09.

5 Meyer-Goßner, StPO Kommentar, § 121, Rdnr. 17.

Soruşturma makamlarının elverişli tedbirler ile karşı koyamayacakları koşullardan ötürü yargılama uzarsa, tutukluluk süresinin altı aydan fazla sürmesine izin verilebilir.⁶ Bu konuda özellikle tek başına ceza soruşturmasını yürütmekte olan savcının hasta olması⁷ ya da savcılık veya mahkemenin aniden meydana gelen ön görülemez ve kaçınılmaz bir yükümlülük ile karşı karşıya kalması⁸ durumu da örnek olarak gösterilebilir.

Bazı mahkemelere göre tutukluluk süresinin uzaması şu halde de haklı görülebilir; işin değerlendirilmesi uzun sürse bile soruşturma makamının ağır kusuru ya da gecikmesi yoksa tutukluluk süresinin uzaması haklı görülebilir.⁹ Bu konuda Frankfurt Eyalet Mahkemesi 18.01.1988 tarihli bir kararında, resmi dairenin her kurusun değil, sadece ağır kusur ya da gecikme halinin gibi tutukluluk kararının kaldırılmasında eksiklik meydana getiren önemli nedenlerin haklı görüleceğine hükmetmiştir. Bu anlamda önemli bir neden sayılan haller; kapsamı geniş bir soruşturma, çok sayıda sanığın ve savunmanın duruşmaya katılması nedeniyle savunma makamının dava dosyasını incelemek üzere talep etmesi nedeniyle duruşmaların ertelenmek zorunda kalınması, olarak sıralanabilir. Bu gibi durumlarda meydana gelen gecikme, hızlıca yeni bir tarih belirlenmesiyle suretiyle, ancak sınırdır ve kısa bir süre olabilecektir. Burada sorulması gereken soru şudur, acaba bu kararın tutukluluk süresinin en çok altı ay olabileceğine ilişkin Ceza Usul Kanununun 121. paragrafının birinci fıkrasında düzenlenen prensibin aksine, ona aykırı şekilde bir istisna getirip getirmediğidir.

Yargılama makamında görülmekte olan adli işlerden dolayı meydana gelen yığılmalar ya da yetersiz bağımsız yargıçlık kadroları ve mahkemeler, tutukluluk süresinin altı aydan daha uzun bir tutukluluk hali için esaslı bir neden olmaması gerekmektedir. Aynı şekilde mahkeme Ceza Usul Kanununun 121 paragrafı açısından mahkeme üyelerinden birinin geçici olarak görevde olmaması¹⁰, tayin ya da savcının tatilde olması veyahut da önemli bir nedenle raportör¹¹ olarak bulunması Ceza Usul Kanununun 121 paragrafı açısından önemli bir neden sayılmaz.

6 Bu konuda Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 16.06.1995 tarihli kararında, çocuk istismarı olarak anılan kararında, "çocukların korunmasına ilişkin sadece bir tane daire olduğundan, bundan dolayı meydana gelen gecikmeler, tutuklu işlerin hızlı yapılması ilkesini ihlal etmez." Şeklinde bir tespitle bulunulmuştur. (Bkz. OLG-Bamberg NJW 96, 1222)

7 OLG Hamm NJW 72, 550.

8 OLG Duesseldorf NJW 93, 1149 Nr. 19.

9 Bkz. OLG Duesseldorf wistra, 97, 35, OLG Frankfurt StV 88, 439.

10 Anayasa Mahkemesi bu konuya 19.07.1993 tarihli kararında açıklık getirmiştir. Buna göre hızlandırma prensibi "Ceza kovuşturma makamları ve mahkemeler, bir iddianame hazırlanırken emredilen çabukluğu yerine getirmek için tüm olanakları kullanmak ve uygulanabilir tüm tedbirleri almak zorundadır. Bu nedenle şayet bir mahkemenin bu açıdan mevcut donanımı, personeli ve maddi alt yapısı yeterli ise, organizasyonda alınacak gerekli önlemler işlerin görülmesi, yargılama usulünde belirtilen sürelerle uygun süreci sağlıyor ise, "aşırı iş yükü" "önemli bir neden" olarak nitelendirilemez." Mahkeme üyelerinden birinin geçici olarak görev başında bulunması, iş bölümü planına göre yapılacak vekâletten görevlendirilme tedbirini halledilebilir ve işlemlerin yürütmesi olanaklı kılınabilir. Gene aynı kararda Anayasa Mahkemesi'ne göre, dosyanın savunma makamları tarafından incelenme talepleri de, tutukluluk sürecinde gecikmeye neden olmamalıdır. Çünkü dosyaların çoğaltılarak hazır olarak bekletilmesi kural olarak öngörülebilir ve olanaklıdır. Yargılama süreci mahkeme garantisi altında yürütülmektedir. (Bu konuda, Bkz. BVerfG NJW 94, 2081)

11 BVerfG NStZ 83, 519; OLG Koblenz, NStZ 97, 252.

Bundan başka tutukluluk süresi boyunca, savcılık makamının ya da adli kolluk biriminin dosyaları makul ve akla yatkın bir neden olmaksızın aylar boyunca hiç incelememesi ya da gecikmeli bir şekilde incelemesi de uygun görülmemektedir. Bu konuda özellikle eğer savcılık makamının iddianameyi aylar süren bir gecikme¹² ile hazırlaması ya da yetkili olmayan bir mahkemeye iddianameyi sunması da caiz değildir.¹³

Ceza Usul Kanununun 121. paragrafının 1. fıkrası anlamında uzatma, işin özel güçlüğü, soruşturmanın kapsamı veyahut diğer önemli bir sebep, sadece tutuklama kararında anılan ve o nedenle infaz edilen eylemlere ilişkin olabilir. Tutuklama kararının süresinin uzatılmasına gerekçe olarak, tutuklama kararında yer almayan, olası başka eylemlerinde aydınlatılması gerekliliği varsayımı, Alman Anayasaya Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, kişisel özgürlüğe ilişkin hakkın mana ve kapsamıyla bağdaşmamaktadır.¹⁴ Eğer mahkeme makul sebep olmaksızın yargılamayı birkaç ay geciktirir¹⁵ veyahut tensip kararından sonra ilk duruşmayı altı ay sonraya bırakırsa, tutuklamaya devam edilemez.¹⁶ Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, üç ay önce esas yargılaması yapılabilecek olan sanığın altı aydan beridir tutuklu kalması halinde, bu tutukluluk süresinin de ölçsüz olduğuna hükmetmiştir.¹⁷ Yerel mahkemenin mütemediyen yeni iddianamelerin sunulması ve bunlara ilişkin cevap sürelerinin beklemesi isteği, tutuklama süresinin uzatılmasını haklı kılmaz. Bu koşullar altında, birçok eylem nedeniyle yargılama yapılmasından vazgeçilmesi gerekirdi.

12 Bu konuda ayrıca Bkz. KGStV 83, 111.

13 Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanan olayda, savcılık görülmekte olan davada defi yoluyla anayasaya aykırılık iddiasında bulunan taraf aleyhine ve iddianamede belirtilen diğer kişiler hakkında yerel asliye ceza mahkemesinde silahlı soygun ve silahlı soygun tehdidi iddiasıyla suçlamalar bulunmaktadır. Duruşma esnasında asliye ceza mahkemesi, defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nde anayasaya aykırılık iddiasında bulunan kişinin talebinin davayı etkilediği sürece, dava dosyalarını ayırmış ve olayda yeterli şiddet kullanma maddi unsurunun olmadığına işaret ederek dosyayı Eyalet Asliye Ceza mahkemesine göndermiştir. Anayasa Mahkemesi'nde, temel haklardan birisi olan kişisel özgürlük hakkının zedelendiği def-isi ileri sürülmüştür. Bu def-iyeye göre, zanlıların iddianamede kendisine yöneltilen suçlamalarda (silahlı soygun, silahlı soygunla tehdit) soruşturmanın başlangıç safhasında ve yerel asliye ceza mahkemesinde, olayda yeterli şiddet unsurunun bulunmadığı meselesi dikkate alınsaydı, dava daha sonra Eyalet Ceza Mahkemesine tevdi edilmeyecek ve böylece gecikmeye neden olunmayacaktı. Savcılık iddianamesini Asliye Ceza Mahkemesi ve mahkeme heyetine sunmadan önce, ceza yasasının StGB § 250, 255. paragraflarında bu suç için öngörülen cezanın beş yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı bir ceza olduğunu tespit etmeliydi. Bu tespit yapılmış olsaydı, daha sonra mahkemelerin işleyişi kanunun § 74 madde 1.fıkra ve 2.cümlesinde yer alan düzenlemeye göre Eyalet Mahkemesi yetkilidir denmesi, anlaşılabilir hale gelmeyecekti. (Bkz. StV 92, 522)

14 BVerfG NJW 92, 1749

15 18.08.1993 tarihli Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu karara göre mahkemenin, davanın açılmasından üç ay sonra yargılamanın başlamasına karar vermesi halinde, bu halde tutuklu işlerin gerekliliklerine ilişkin ilkelerin zedelendiğini kabul edilmektedir. Mahkemenin belirlediği bu sürede, Almanca diline hâkim olmayan sanığa iddianamenin tebliğ edilmeden tercümesinin yapılması da dikkate alınmıştır. Mahkemeye göre kural olarak, iddianamenin sunulmasından sonra vakit geçirmeksizin yargısal tahkikata (Not: Zwischenverfahren, Alman hukukunda mahkeme tarafından yapılan esas yargılama ilişkin soruşturma işlemleridir, mahkeme bunu duruşmalar başlamadan önce de yapmaktadır.) başlanmalı ve bir ay içerisinde de mahkeme nezlindeki yargılamaya başlanmalıdır. (Bu konuda Bkz. KG StV 94, 90)

16 Aynı yönde Bkz. OLG Düsseldorf StV 82, 531.

17 OLG Bamberg StV 91, 29.

Keza mahkeme gereksiz yere yazılı bir bilirkişi raporunu bekleyemez¹⁸ ya da bilirkişinin aşırı iş yoğunluğu nedeniyle yargılamayı birkaç ay erteleyemez.¹⁹ Bu bağlamda yapılması gereken, bilirkişi ile raporun ne kadar sürede hazırlanabileceğine ilişkin görüşerek tutukluluk durumuna dikkat çekmek gerekmektedir. Hatta duruma göre savcılık, bilirkişi raporundan bağımsız olarak iddianameyi sunarak davayı açmalıdır.

Şu halde tutuklu yargılamalar çok belli ve kesin zaman planlaması gerektirir. Hatta Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu gibi durumlarda hafta bir duruşma yapmaktan daha fazlası gerekmektedir. Çok ağır iddialarda bile (Altı kişilik seri cinayet) hızlı yargılama ilkesinin ihlali, tutukluluğu kaldırır.²⁰ Tutuklu işlerin hızlı görülmesine yönelik bu ilke sadece ilk derece mahkemelerindeki kararların verilmesi aşamasında değil, yargılamanın tüm aşamalarında geçerlidir.²¹

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN (EGMR) İÇTİHATLARI

Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin resen denetimlerine rağmen, Almanya'da uzun süreli tutukluluğa dair münferit olaylar yaşanmıştır. Bu olaylar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Almanya aleyhine sonuçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (yargılamanın uygun ve bir makul bir süre içerisinde yapılması) ihlal edildiği gerekçesiyle, Almanya aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine düzenlenen etkili başvuru hakkına dayanarak açılan davada, davacı taraf 3000 Euro'luk manevi tazminat talebinde bulunmuştur.²² Davaya esas olan ceza yargılamasında, davacıların her biri eşlerini öldürmek suçundan müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Davacı taraf, yargılamanın neredeyse 10 yıl iki ay sürdüğünden, Anayasa Mahkemesi sürecinden önce sadece iki derece yargılamanın yapılabildiğinden yakınmıştır. Bunun dışında tutukluluk süresine ilişkin mahkeme kararının maddi gerçekliğe uymadığından da yakınılmıştır.

Tutukluluk süresi açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (EGMR) özellikle Alman Anayasa Mahkemesi öncesindeki yargılama süresinin altı yıl ve bir ay sürmüş olmasını ölçüsüz bir süre olarak kabul edilebileceği tespitinde bulunmuştur. Gene aynı kararda mahkeme, bir devletin, yargılamanın ölçülü bir süre içerisinde yapılması ve tamamlanması için kendi mahkemelerinde gerekli organizasyonları yapmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bunun ötesinde mahkeme vermiş olduğu kararında, davacının yargılama sürecinde etkili bir hukuki koruma olanaklarına sahip olmadığını da tespit etmiştir.²³ Mahkeme davacı tarafa, bu nedenle manevi tazminat olarak 15.000 Euro ve

18 Aynı yönde Bkz. OLG Düsseldorf NJW 96, 2588.

19 Aynı yönde Bkz. OLG Bremen StV 97, 143.

20 BVerfG NJW 06, 672.

21 BVerfG StV 09, 479.

22 EGMR Karar, 22.01.2009 tarih; K ve T Almanya'ya karşı; Nr. 45749/06 ve 51115/06; StV 2009, 561.

23 Bugünkü hukuki duruma göre, hukuki korumaya ilişkin ikinci itiraz noktası aşılmıştır, zira Alman Yargıtay'ının (BGH) 1 Ocak 2008 tarihli kararıyla geliştirdiği "infaz çözümüne" göre, uzun süreli tutukluluk süresinin denkleştirilmesi amacına yönelik, cezanın bir kısmı infaz edilmiş kabul edilmektedir. O tarihten beri ceza mahkemeleri, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak yargılama süresinin uzamasını, hükümde uygun bir ceza belirlemek ve aynı zamanda bu cezanın hangi miktarının uzun tutukluluk süresinin tazminatı olarak

ayrıca yargılama masrafları için de 5.000 Euro'nun da ödenmesini yönünde karar verdi.

Kişisel başvuru sürecinde, O./Deutschland (Nr.1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 13 Kasım 2008'de oy birliği ile vermiş olduğu kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁴

Ceza yargılamasına esas alınan olayda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dava açan kişi, ticari işlem ehliyetliye kurmuş olduğu anonim şirket aracılığıyla çok sayıda dolandırıcılık ve dolandırıcılığa teşebbüs suçunun zanlısı olmuştur. Yargılama süreci 15 yıldan fazla sürmüş ve yargılama sonucunda sanık beraat etmiştir. Davacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayanarak, yargılama süresinin uzunluğundan yakınmış ve uygun bir tazminat alamadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu olayda yargılama süresinin uzunluğunu Köln Savcılığının yapısal problemlerinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bu nedenle Köln Eyalet Mahkemesi'nden dosyanın geri döndüğünü ve eksik personel bulunduğunu da tespit etmiştir. Gene mahkemeye göre davacı, iddia ettiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilmesinin kurbanı olmuştur, çünkü olayda uzun süren yargıla sürecinin yeterli tazmini için talep edilen manevi tazminat talebi başarısız olmuştur. Ardından mahkeme, Alman Hukuk'unda uzun süren yargılama faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkacak manevi tazminat talepleri için, yeterli telafi olanakların bulunmadığı tespitinde de bulunmuştur.

Gene buna benzer bir olayla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülen bir olayda mahkeme, Almanya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğini ve davacıya manevi tazminat olarak 14.000 Euro'nun ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁵

Yargılamaya esas olan ceza soruşturması, davacı aleyhine ileri sürülen emniyeti suiis-timal ve dolandırıcılık şüphesiyle bir emlak fonuna zarar verildiği iddiasıydı. Neredeyse 12 yıl süren yargılama sonucunda, suçun hafifliği ve suçun unsurlarındaki eksiklikler ortaya çıkmıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu olayda, hazırlık soruşturmasının gerekli dikkat ve özenle yapılmadığını tespit etti. Bu eksikliğin çok ve uzun süren bir zaman zarfında mevcut olduğu, bu konuda el konulan evraklar üzerindeki tahkikatın ya yapılmamış ya da bu konuda esaslı bir gecikmeyle yapıldığını da ayrıca tespit edilmişti. Mahkeme bu tespitlerden başka, davacıya isnat edilen suç bakımından esaslı bir suçlama ortaya konulamamıştır. Alman Hukukunda da uzun süren yargılama için ön görülmüş yeterli bir tazmin müessesi bulunmamaktadır.²⁶

Bunun dışında Cevizovic./Deutschland davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının (Özgürlük ve Güven Hakkı) ihlal edildiği, aynı zamanda gene sözleşmenin 6. maddesinin (Adil Yargılanma

infaz edildiğini kabul etmek suretiyle denkleştireceklerdir.

24 EGMR Karar, 13 Kasım 2008 tarih, Nr. 10597/09; İnsan Hakları Bildiri Metni (Newsletter Menschenrechte) 2008/6, S. 334.

25 EGMR Karar, 13. Kasım 2008 tarih; Nr. 26073/03; StRR 2009, 227-228.

26 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (EGMR), tazminat olanaklarının eksikliğini şu şekilde gerekçelendirmiştir. Alman Hukuk'unda uzun süreli ceza yargılamalarından doğan her türlü tazmin olanağı, suç eylemine muhatap olan kişinin suçlu bulunacağına ilişkin temel koşuldan hareket etmektedir. Diğer taraftan uygun bir giderim olanağı tanımadığı için, anayasaya aykırılık def-ine ilişkin hukuki yola müracaat edilmesine de gerek yoktur.

Hakkı) 1. fıkrasının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁷ Mahkeme kararında, 4 yıl 10 ay süren ceza yargılaması esnasında, ceza mahkemesinin gerekli çabuklukta yargılamayı yürütemediğini ve ortalama bir ayda 4 duruşmadan daha az duruşma yapıldığını tesit etmiştir. Burada mahkemenin yargılamayı uzatması yeterli değildir, mahkeme daha ilk başta, alışılmadık çap ve karmaşıklık arz eden delillerin toplanmasını tahmin edebilmeli ve bundan kaçınabilmeliydi.

Tutukluluk süresinin kesin üst sınırı, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, gerekse Ceza Usul Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kendisine yer almıştır.²⁸ Ağırlıklı olarak, tutuklamanın devamının uygunluğu, somut olayın özel koşullarına bakılarak değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 26.01.1993 tarihli bir kararında, tutuklu halde bulunan sanığın yargılamasının süratli bir şekilde yapılması hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirmelerine engel olmadığını. Bu bağlamda uluslararası ve çok karmaşık, geniş kapsamlı ekonomik bir suçla ilişkin yargılamada, 4 yıllı aşan bir tutuklama süresinin, eğer somut olayın olağan üstü karmaşıklığından meydana geliyorsa, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrası ile bağdaştığını karara bağlamıştır. Ayrıca mahkeme, her ne kadar sanığın yargılama makamlarıyla işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmasa da, sanığın yargılama makamlarıyla işbirliği yapmaması, yargılamanın süresini etkiliyorsa, bu durumun sanığın aleyhine olduğu, kanaatindedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bulunla birlikte, yargılama faaliyetleri esnasında iki yılı aşan bir tutukluluk süresi için, “*çok inandırıcı nedenler*” in olmasının yanı sıra “ çok dikkatli ve özenli davranılmış olması gerektiği görüşündedir.²⁹ Yargılamanın zorluk taşınmasına rağmen, takriben 6 yıl süren bir tutukluluk süresi caiz görülmemektedir. Mahkeme, PKK faaliyetlerine ilişkin zor bir yargılama süreci yaşanması ve çok sayıda sanık ve savunma bulunmasına rağmen 5 yıl 11 ay süren tutukluluk süresinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali sonucunu doğuracağı yönünde karar vermiştir.³⁰ Aynı zamanda mahkeme, başkaca yeterli suç şüphesinin ve kaçma tehlikesinin bulunmasının da tek başına uzun süreli bir tutukluluk halini haklı kılmaya yetmeyeceği görüşündedir.

III. İHLALİN HUKUKİ SONUCU

Tutukluluk için öngörülen uygun sürenin aşılması tutukluluk halini sona erdirir, ancak ilke olarak ceza davasını ortadan kaldırmaz.

Zanlı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 5. fıkrasına dayanarak, devlet aleyhine bir talepte bulunabilir. Bu talep kusura değil, hukuka aykırı bir tutuklamaya ilişkindir.

Almanya'da bu konudaki talebe ilişkin diğer hukuki dayanak ise, Ceza Yargılamasındaki Tazminata İlişkin Kanun'un (StreG) § 2 paragrafıdır. Buna göre, tutuklama yoluyla bir başkasına zarar verilirse, berat ettiği ya da kendisine karşı dava açıldığı ya da duruşmalara başlanıp reddedildiği sürece, kişi uğradığı zararının tazmini talep edebilir. Ceza

27 EGMR Karar, 29. Temmuz 2004 tarih; Nr. 49746/99; StV 2005, 136.

28 EGMR Karar, 26. Ocak 1993 tarih; Nr. 92/1991/344/417; EuGRZ 93, 384.

29 EGMR Karar, 26. Ekim 2000 tarih; Nr. 30210/96; NJW 01, 2694.

30 EGMR Karar, 05. Temmuz .2001 tarih; Nr. 38321/97; NJW 03, 1439.

Yargılamasındaki Tazminata İlişkin Kanun'un (StreG) § 7 paragrafının 3. fıkrasına göre ise, kişinin tutuklama dolayısıyla içeride kaldığı her gün için 25 Euro tazminat öngörülmüştür. Hürriyetten mahrum bırakılma ile uğranılan zararın tazmini için öngörülen bu küçük tazminat miktarı saçma bir rakamdır.

Federal Alman Hükümeti uzun süren yargılama süreci ve ceza hazırlık soruşturmaları için çok sayıda yasa tasarısı hazırlamıştır. Bu yasa tasarılarının hazırlanmasının ana nedeni, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından Almanya aleyhine sonuçlanan Sürmeli kararıdır. Bu kararda, uzun süren yargılama sürecine karşı hukuki koruma olanaklarının Almanya'da olmaması ve bu durumun sistematik ve adil bir yargılama hakkını zedelediği ve aynı zamanda yargısal bir hukuki koruma sağlamak gerekçesiyle Almanya aleyhine karara bağlanmıştı.³¹ En son Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 02.09.2010 - 46344/06-Rumpf kararında, Almanya aleyhine 10.000 Euro'luk bir tazminata hükmetti ve bu konuda Almanya'ya bir yıllık bir süre vererek, bu içerisinde bir etkili girişimde bulunması yönünde karar verdi.³²

Yasa tasarısına göre, bu konuda tazminat talebinden önce bir "gecikme uyarısı" yapılması gerekmektedir. Tutukluluk hali devam ederken, hukuki sürenin aşılması suretiyle verilen zarar için tazminat talebi ileri sürülebilir. Bu tazminatın istenebilmesinin şartı ise, mahkemenin bu gecikme konusunda uyarılmasıdır. Yapılan "Ön uyarı", iletilen haklı bir eleştiri yardımı ile mahkemenin acil tedbirler alarak yargılamanın iyileştirilmesi olanacağını, yetkili yargıca sunmaktadır. Ancak mahkeme bu gecikme uyarısına özel bir tepki vermek zorunda değildir, bu uyarı mahkemeyi daha hızlı bir karar vermeye itemez. Bu uyarı sadece daha sonra talep edilecek olan tazminat talebinin bir ön şartıdır.

31 EGMR Karar, 08.Haziran 2006 tarih; Nr. 75529/01; NJW 2006, 2389-2394.

32 EGMR Karar, 02.Eylül 2010 tarih; Nr. 46344/06; NJW 2010, 3355-3358.

İcra ve İflas Hukukunda TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ KONUSU

Av. Talih UYAR *

İİK. mad. 277/I'de; iptâl davasının, «İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabilirliği» belirtilmiştir (İİK. mad. 277)¹.

I. Maddede kullanılmış bulunan «tasarruflar» sözcüğünün hatalı olduğu **doktrinde**² belirtilmiştir. Gerçekten, borçlunun «İİK. mad. 277 anlamında iptâl edilebilen tasarrufları» sadece «malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukukî işlemler» olarak tanımlanan³ **tasarruf işlemleri** (*tasarrufi muameleler*)nden ibaret bulunmadığı gibi, tasarruf işlemlerinin ancak bir bölüm olarak dahil olduğu ve **doktrinde**⁴ «hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanları» olarak tanımlanan «*hukukî işlem*»lerden ibaret değildir. Bu madde gereğince iptâlî söz konusu olanlar, «hukukî işlem» kavramından daha geniş olan, onu da içeren ve doktrinde⁵ «kendisine hukuk düzenince hukukî bir sonuç bağlanmış olan beşeri (insan) fiilleri» olarak tanımlanan hukukî fiiller'dir.⁶ Nitekim kaynak yasanın Almanca metninde, bu konuda «tasarruf» değil «hukukî fiil» kavramı yer almaktadır.⁷ Bu nedenle, İİK. mad. 277 vd. geçen «tasarruf» kavramını, «*hukukî işlem*»leri, «*hukukî fiil*»leri de içerir şekilde, en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir.⁸ Örneğin, borçlunun «protesto çekmemesi», «haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi», «zamanaşımını def'inde

* İzmir Barosu

1 MADDE 277/I-«İptal davasından maksat 278, 279 ve 280 nci maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir...»

2 UMAR, B. Türk İcra-İflâs Hukukunda İptâl Davası, 1963, s: 54 vd.

3 TUHR, von. (Çev. Edege, C.) Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (C: 1-2, 1983, s: 189)-SCHWARZ, A. B. Borçlar Hukuku, s: 163-AYİTER, K. Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, 1953, s: 13

4 ATAAY, A. Medeni Hukukun Genel Teorisi, 1980, s: 317 vd.-OĞUZMAN, K. Medeni Hukuk Dersleri, 1948, s: 106 vd.-ÖZSUNAY, E. Medeni Hukuka Giriş, 1986, s: 318 vd.-İMRE, Z. Medeni Hukuka Giriş, 1994, s:205 vd.-ZEVKLİLER, A. / ACARBAY, M. B. / GÖKYAYLA, K. E. Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), 1999, s: 131 vd.

5 ATAAY, A. age. s: 310 vd.-OĞUZMAN, K. age. s: 99-ÖZSUNAY, E. age. s: 319-İMRE, Z. age. s: 207-ZEVKLİLER, A. / ACARBAY, M. B. / GÖKYAYLA, K. E. age. s: 129

6 UMAR, B. age. s: 54 vd.-GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s: 222, dipn. 615-SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s: 52 vd.)

7 UMAR, B. age. s: 54 vd.-ÜSTÜNDAĞ, S. İflâs Hukuku, 8. Bastı, 2009, s: 295

8 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C: 4, 1997, s: 3410-KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s: 1197

bulunmaması», «davayı kabul etmesi», «davadan feragat etmesi», «yeminden çekinmesi», «kanun yoluna başvurmadan kaçınması», «hukukî işlem» olmadığı halde birer «hukukî fiil» sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir.⁹ Nitekim, **İsviçre Federal Mahkemesi**,¹⁰ «borçlunun anlaşmalı olarak hakkında icra takibine geçen alacaklının» yaptığı takibe itiraz etmemesi yani «itirazdan kaçınması» halinde, bu davranışa karşı, asıl alacaklıların iptal davası açabileceğine karar vermiştir. Yargıtay'da, «borçlunun 'muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini»¹¹ belirtmiştir.

Şu halde, borçlunun gerek «dava dışındaki», gerek -sulh, feragat, kabul gibi- «icra takibi içindeki» en geniş anlamı ile hukukî işlemleri, iptâl davasına konu olabilecektir.¹² Kısaca, borçlunun; alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü -en geniş anlamı ile- hukukî işlemleri, iptâl davasına konu olabilir.

İptal davasına konu olan işlemler -kural olarak- maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ancak alacaklıları zarara sokan işlemlerdir. Örneğin, «devredilen şirket hisseleri»,¹³ «alacağın temliki»,¹⁴ «devredilen miras hisseleri»,¹⁵ «tapuya şerh verilerek güçlendirilen satış vaadi sözleşmeleri»,¹⁶ «satılan taşınmazlar»,¹⁷ «boşanma protokolü uyarınca devredilen taşınır ve taşınmazlar»,¹⁸ «havale işlemleri»,¹⁹ «parası borçlu tarafından verilerek eşi (oğlu vs.) adına tescil ettirilen taşınır/taşınmazlar»,²⁰ «borçlunun malvarlığının artışı önleyen işlemler»,²¹ «borçlunun, aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasını kabul etmesi»,²² «borçlunun, miras bırakandan kalan taşınmazlardan pay istemeyip, kendisine intikal edecek payları kardeşlerine devretmesi işlemi»,²³ «borçluların, mirasın reddi konusundaki işlemleri»,²⁴ «kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler»,²⁵ «nam-ı müstear konusu işlemler»,²⁶ «adi ortaklığın feshine ilişkin sözleşme»,²⁷ «borçlu tarafından yapılan ölünceye

9 UYAR, B. age. s: 54, dipn. 4-ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 294

10 Bknz: BGE. 65 III, s: 133 (Naklen; ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku 7. Bastı, 2000, C: 1-2, s: 762)

11 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3290

12 ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 294

13 Bknz: 17. HD. 19.4.2010 T. 2848/3607; 22.2.2010 T. 9772/1356; 12.11.2009 T. 8068/7497

14 Bknz: 17. HD. 5.7.2010 T. 564/6375; 19.4.2010 T. 2387/3606; 1.3.2010 T. 9111/1733; 11.2.2010 T. 10446/1043 vb.

15 Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 9831/1437

16 Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10739/1362; 5.5.2008 T. 1637/2353; 15.HD. 30.9.2002 T. 3158/4300

17 Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 503/1144

18 Bknz: 17. HD. 11.2.2010 T. 10940/1042; 24.3.2009 T. 4342/1702; 17.2.2009 T. 3448/733

19 Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 6547/8779

20 Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 6101/5325; 15.6.2009 T. 2886/4235; 14.5.2009 T. 1791/3139

21 Bknz: 17. HD. 4.5.2009 T. 148/2805

22 Bknz: 17. HD. 14.4.2009 T. 5384/2350

23 Bknz: 17. HD. 14.2.2008 T. 4110/617

24 Bknz: 17. HD. 11.2.2008 T. 5540/513

25 Bknz: 15. HD. 15.5.2002 T. 1010/2526

26 Bknz: 14. HD. 19.10.2001 T. 5932/6946; 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029

27 Bknz: 13. HD. 3.5.1982 T. 2826/3119

kadar bakma sözleşmesi»²⁸ «borçlunun, üçüncü kişideki alacağını kızına devretmesi işlemi»²⁹ hakkında iptal davası açılabileceği gibi, borçlunun «bir taşınır ya da taşınmaz malın başkasına bağışlaması»nın, «borç ikrarında bulunması»nın, «ticari işletmesini üçüncü bir kişiye devretmesi»nin vs. iptali için, «iptal davası» açılabilir.

Yüksek mahkeme³⁰ «borçlunun iptale tabi tasarruflarının üç grup altında ve İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiş olduğunu, ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarrufların sınırlı olarak sayılmamış olduğunu, kanunun iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak, hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimnin takdirine bırakmış (İİK. md. 281) olduğunu, bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi, mahkemenin bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verilebileceğini» belirtmiştir...

II. Buna karşın;

a) «Maddi hukuk» (BK. mad. 20) bakımından hükümsüz olan işlemler hakkında, iptâl davası açılmasına gerek yoktur.³¹ Çünkü, bu gibi durumlarda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır. Hükümsüz olan bu tasarrufa dayanarak, üçüncü kişinin «istihkak davası» açması halinde (İİK. mad. 97; 228) davalı alacaklı (iflâsta; iflâs masası) savunma yoluyla «hükümsüzlük iddiası»nı ileri sürebilir. Buna karşın, alacaklı (İİK. mad. 99) ya da iflâs idaresinin, üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davasında, davacı-alacaklı ya da iflâs idaresinin, «üçüncü kişinin o malı hükümsüz bir tasarruf sonucunda ele geçirdiğini ve bu nedenle, malın borçluya ait olduğunu» kanıtlaması gerekir. Görüldüğü gibi, aslında ayrı nitelikte davalar olmalarına rağmen gerek «istihkak davası»nın ve gerekse «iptâl davası»nın amacı aynı olup, bu da alacaklılarına zarar vermek isteyen borçlunun tasarruflarına karşı alacaklıları korumaktadır.³² Bu amaca, istihkak davasında, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan tasarrufun hükümsüz olması nedeniyle, «malın borçlunun malvarlığından çıkmadığı» iptâl davasında da, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun geçerli olduğu, malın böylece borçludan üçüncü kişinin malvarlığına geçtiği ancak, bu tasarrufun İİK. 278 vd. göre iptâlê konu olduğu, bu nedenle davacı-alacaklının (iflâsta; iflâs masasının) «mal borçlunun malvarlığındaymış gibi, cebri icra yolu ile, o malın bedelinden alacağını almak yetkisine sahip olduğu» iddia edilerek ulaşılır.

b) Takip hukuku bakımından hükümsüz olan (İİK. mad. 191/1, 290) işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek yoktur.³³ Çünkü, bu durumda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır.

c) «Muvazaalı işlem»ler (BK. mad. 18) hakkında iptâl davası açılmasına gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda «iptâl davası açılmasına gerek bulunmadığını»

28 Bknz: 13. HD. 16.4.1974 T. 640/925

29 Bknz: İİD. 4.11.1968 T. 9095/9886

30 Bknz: 17. HD. 7.6.2010 T. E.4656, K:5233

31 UMAR, B. age. s: 16–ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s: 325–KURU, B. age. C: 4, s: 3413–ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, s: 284–GÜRDOĞAN, B. age. s: 222–PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZKAN, M. S. / ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, 2009, s:694–MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, 2008, s: 1281; 1289–ÖZKAYA, E. İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 2004, s: 214; 1005

32 KURU, B. age. C: 4, s: 3416–KURU, B. El Kitabı, s: 1199

33 UMAR, B. age. s: 16–GÜRDOĞAN, B. age. s: 222

ileri sürenler bulunduğu gibi, «iptâl davası açılabileceğini» kabul edenler de vardır.

«Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek bulunmadığını» ileri sürenlere göre,³⁴ İİK. 277 vd. göre iptâl davasına konu olan tasarruflar geçerli tasarruflardır. İşlemin muvazaalı olması halinde, işlem konusu taşınır/taşınmazın mülkiyeti borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiye geçmemiş olduğundan, bu durumda iptâl davası açılmaz. Şeklen üçüncü kişinin üzerinde gözüken örneğin; aracın, taşınmazın alacaklı tarafından haciz ve satışının istenmesi gerekir...

Muvazaalı işlemler hukuki sonuç doğurmadığından, «iptâl davası»na değil «istihkak davası»na konu yapılabilir: Eğer, muvazaalı tasarrufa konu yapılmış olan mal, borçlunun elinde bulunduğu için üçüncü kişi, «istihkak davası» açarak (İİK. mad. 97) ‘malın kendisine ait olduğunu’ ileri sürerse, davalı-alacaklı veya iflas masası, «muvazaa» iddiasını -tıpkı «hükümsüzlük» iddiası gibi-davaya vereceği cevapta ileri sürebilir. Eğer mal *üçüncü kişinin elinde bulunduğu için* (İİK. mad. 99), alacaklı ya da iflas masası, üçüncü kişiye karşı «istihkak davası» açmak zorunda kalmışsa, bu davada alacaklı veya iflas masasının ‘üçüncü kişinin, o malı muvazaalı bir işlem sonucunda ele geçirdiğini’ ileri sürmesi ve bunu kanıtlaması gerekir. Bir işlemin muvazaalı olmasından dolayı iptâli, BK’nun 18. maddesi mümkündür. Zira, muvazaada, malvarlığı devri muvazalıdır ve bu hali ile de devir gerçekten arzu edilmiş değildir. Bu nedenle de, İİK. mad. 277 vd. eden hükümlerin uygulanmasına ihtiyaç ve zaruret yoktur. Burada, İİK. mad. 277 vd. hükümlerinin uygulanamamasının nedeni, muvazaalı işlemler ile borçlu malvarlığı dışına çıkarılmış gibi görünen malların, yine borçlu malvarlığında kalmış olması ve bu nedenle de alacaklıların müdahale alanı dışına çıkarılmamış olmasıdır... Bu bakımdan, «muvazaa iddiası» ile «tasarrufun iptâli davası»nın bir arada bulunması mümkün değildir...

«Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabileceğini» kabul edenlere göre³⁵

34 UMAR, B. age. s: 17–KURU, B. age. C: 4, s: 3413 vd.–KURU, B. El Kitabı, s: 1198 vd.–BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1950, s: 264–GÜRDOĞAN, B. age. s: 222–MUŞUL, T. age. s: 1289 vd.–MUŞUL, T. İflas Suçları (Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları) 1998, s: 95, dipn. 285a–MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, 2006, s:833 vd., 899 vd., 907 vd. 1000 vd.–ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 286–ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı, II-III,2004, s: 207 vd.–KARATAŞ, İ. / ERTEKİN, İ. Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s: 133 vd.–DELİDUMAN, S. Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı, s: 211–AKŞENER, H.Ş. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2007, s: 117–ASLAN, K. Hacizde İstihkak Davası, 2005, s: 492 vd.–ATALAY, S. Türk İflas Hukuku, C: 1, s: 670–PEKCANİTEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZKAN, M. S. age. s: 695

35 ESENER, T. Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, 1956, s: 108–KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal Davaları (Yasa D. 1989/8, s: 1040–Adalet D. 1989/6, s: 263 vd.)–Aynı görüşte: GÜNEREN, A. İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları, 2004, s: 1017 vd.–GÜNEREN, A. Tasarruf İptal Davaları, 2008, s:7–AKKAYA, T. Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 681–YILDIRIM, M. K. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, s: 142–ÜLKÜ, F. M. Muvazaa Davaları ile İptal Davaları Arasındaki İlişki (Manisa Bar. D. 1997/Tem.-Ekim, S: 62-63, s: 84)–YAVUZ, N. Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler (1986/1-2, Ocak-Nisan 1986, s: 106–Yarg. D. 1999/3, Tem./1999, s: 224–Tür. Not. Bir. Huk. D. Ağustos/1999, S: 103, s: 8 vd.)–KILIÇOĞLU, A. age. s: 103–UYAR, T. İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu (İBD. 1984/10-11-12, s: 574 vd; 581)- YAVUZ, N. Muvazaa, İnançlı İşlem,

borçlunun muvazaalı tasarrufları hakkında İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası ya da BK. mad. 18'e göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tesbiti için dava açılabilir.

Muvazaa davasının iptâl davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa, İİK'nun 277 vd.'da öngörülen iptâl davasının pratik öneme kaybolmuş olur ve bu yorum şekli borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Bu görüşlerden hangisi daha doğrudur ve uygulamada benimsenmektedir? Konunun daha iyi değerlendirilmesi için «muvazaa» hakkında şu hususların açıklanması yararlı olacaktır. Bilindiği gibi, «tarafkların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına» muvazaa ve bu şekilde yapılan işlemlere de muvazaalı işlemler denilir.³⁶ Başka bir deyişle, muvazaa; «açıklanan beyanlarının gerçek maksatlarına uymadıklarını bildikleri halde, âkitlerin (tarafkların) kastettikleri durumdan başka bir ilişkide kendilerini anlaşmış gibi göstermeleri hali»³⁷ «tarafkların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları»dır.³⁸

Bu tanımlardan da anlaşıldığı gibi, «muvazaalı bir hukuki işlem»den bahsedilmek için; a) Tarafkların iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, b) Üçüncü kişileri aldatmak (muvazaa) niyeti, c) Tarafklar arasında gizli işlemi yaratan muvazaa sözleşmesi bulunmalıdır.

Tüm «muvazaalı işlemler»de; a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış «görünürdeki işlem», b) Görünürdeki işlemin tarafklar arasında hüküm ifade etmeyeceğini tesbit eden «muvazaa anlaşması» bulunur. Bu öğeleri içeren muvazaaya «**mutlak (=âdi=basit) muvazaa**» denilir.³⁹ Bu muvazaada; tarafklar aslında aralarında hukuki işlem yapmadıkları

Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, 2. Baskı, 2001, s. 140–UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2008, s:53

36 Bknz: OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY, S. Eşya Hukuku, 2006, s: 301–OĞUZMAN, K. / ÖZ, T. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1998, s: 106–ESENER, T. Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, 1956, s:7; Borçlar Hukuku, s: 83–FEYZİOĞLU, F. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler). C: 1, 1976, s: 187–TEKİNAY, S. S. Borçlar Hukuku, 358–ÖNEN, T. Borçlar Hukuku, 1995, s:45–REİSOĞLU, S. Borçlar Hukuku, 1981, s: 48–İNAN, A. N. Borçlar Hukuku, s: 178–TEKİL, F. Borçlar Hukuku, 1981, s: 70–ÖZSUNAY, E. Borçlar Hukuku, 1, s: 92–BAŞTUĞ, İ. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1984, s: 93–AYBAY, A. Borçlar Hukuku Dersleri, 2000, s: 46–KAYNAR, R. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1975, s: 34–SAYMAN, F. H.–ELBİR, H. K. Türk Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler), 1965, s: 249–TUNÇOMAĞ, K. Türk Borçlar Hukuku, C: 1, 1976, s:291–KURAK, N. Muvazaa ve Yargıtay Kararları (Adalet D. 1989/4, s: 37 vd.)–SARIGÖLLÜ, E. Muvazaa (ABD. 1989/4, s: 665 vd.)–POSTACIOĞLU, İ. Nam-ı Müstear Meselesi, Vekalet ve İtimat Mukavelesi ile Muvazanın Karşılıklı Münasebetleri (İHF. 1947, S: 3, s: 1021)–POSTACIOĞLU, İ. Gayrimenkullerin Ferağına Mütellik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, 1945, s: 114–ÖZSUNAY, E. Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, s: 219–UYGUR, T. Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C: 1, 2003, s: 728–KILIÇOĞLU, A. M. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 2004, s: 115–KARAHASAN, M. R. Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C: 1, 2003, s: 203–EREN, F. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1998, s: 324 vd.–OĞUZMAN, K. / ÖZ, T. age. s: 108 vd.–OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY, S. age. s: 301–AKKAYA, T. agm. s: 666–YAVUZ, N. age. s: 37 Bknz: İct. Bir. K. 7.10.1953 T. 8/7 (RG. No: 8569; (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararları «Yargıtay Yayınları» C: IV, Hukuk Bölümü, s: 516 vd.)

38 Bknz: 4. HD. 13.3.2008 T. 7208/3253; 9.4.2007 T. 2654/4665

39 Ayrıntılı bilgi için bknz: ESENER, T. age. s: 41 vd.–FEYZİOĞLU, F. age. s: 192–TEKİNAY, S. S. 360–ÖNEN, T. age. s: 47–REİSOĞLU, S. age. s: 49–İNAN, N. age. s: 179–OĞUZMAN, K. / ÖZ, T.

halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin; alacaklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir arkadaşına devreder ve «bu devrin gerçekte aralarında hiç bir hukukî sonuç doğurmayacağı» borçlu ile arkadaşı arasında kararlaştırılırsa «mutlak muvazaa» söz konusu olur... Eğer taraflar arasında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve sırf üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin altına gizlemişlerse, bu tür muvazaaya «**nisbî (mevsuf) muvazaa**» denilir.⁴⁰ Bu muvazaa türünde, görüldüğü gibi, «görünürdeki işlem» ve «muvazaa anlaşması» yanında ayrıca -tarafların gerçek iradelerine uygun-bir «gizli işlem» bulunur. Örneğin; taraflar gerçekte «bağışlama» yapmak istedikleri halde, bunu «satış sözleşmesi» biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem «satış» olduğu halde, gizli işlem «bağışlama»dır.

Tarafların üçüncü kişileri yanıltmak için, muvazaalı olarak yaptıkları (görünürdeki) işlemin -bu konuda Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmamakla beraber- «*hükümsüz (bâtil) olduğu*» gerek **doktrin**⁴¹ ve gerekse **Yargıtay**⁴² tarafından öteden beri duraksamasız belirtilmiştir. Hükümsüzlüğün nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir deyişle bu beyanların «irade beyanı» niteliği taşıyamasıdır... Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü taraflarca ileri sürülebileceği gibi, bunu ileri sürmede hukuki yararı bulunan üçüncü kişiler (örneğin; işlemde bulunan kimsenin alacaklıları) tarafından da ileri sürülebilir. Hakim de, muvazaayı kendiliğinden dikkate alır. Ayrıca, muvazaa iddiası, taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak; a) BK. mad. 18/II uyarınca, yazılı borç itikarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap etmiş olan iyiniyetli (MK. mad. 3) üçüncü kişilere karşı borçlu; muvazaa iddiasında bulunamaz. b) Muvazaalı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse, emin sıfatıyla zilyet durumunda olduğundan, ondan iyiniyetle o malı iktisap eden kimsenin iktisabı korunur (MK. mad. 990) ve ona karşı muvazaa iddiasında bulunulamaz. c) Muvazaalı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmaz ise, görünürde malik lehine olan tapu kaydına, iyiniyetle güvenerek, ondan o taşınmazı iktisap eden kimsenin bu iktisabı korunur (MK. mad. 1023) ve ona karşı muvazaa iddiası ileri sürülemez.

Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü -taraflarca ve üçüncü kişilerce- def'i olarak ileri sürülebileceği gibi⁴³ bu konuda -taraflarca ve üçüncü kişilerce- bir davada da açılabilir.⁴⁴

age. s: 109–EREN, F. age. s: 318–KILIÇOĞLU, A. age. s: 100–ÖZKAYA, E. s: 173 vd.–TEKİL, F. age. s: 68–ÖZSUNAY, E. age. s: 93–AKBAY, A. age. s: 47–KURAK, N. agm. s: 38–SARIGÖLLÜ, E. agm. s: 667–YAVUZ, N. age. s: 4

40 Ayrıntılı bilgi için bkz: ESENER, T. age. s: 42–FEYZİOĞLU, F. age. s: 192 vd.–TEKİNAY, S. S. age. s: 360–ÖNEN, T. age. s: 47 vd.–ÖZSUNAY, E. age. s: 94–İNAN, A. N. age. s: 180 vd.–KURAK, N. agm. s: 38–SARIGÖLLÜ, E. agm. s: 668–ÖZKAYA, E. age. s: 174 vd.–EREN, F. age. s: 318–OĞUZMAN, K. / ÖZ, T. age. s: 109–KILIÇOĞLU, A. age. s: 100–YAVUZ, N. age. s: 4 vd.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz: ESENER, T. s: 49 vd.–FEYZİOĞLU, F. age. s: 195–İNAN, A. N. age. s: 182 vd.–REİSOĞLU, S. age. s: 50 vd.–ÖZSUNAY, E. age. s: 97 vd.–AKBAY, A. age. s: 47 vd.–TUNÇOMAĞ, K. age. s: 300 vd.–YAVUZ, N. age. s: 5

42 Bknz: HGK. 3.6.1964 T. 422/398 (RENDİ, N. / ONURSAN, G. Borçlar Hukuku (Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, C: II), 1973, No: 376 vb.)

43 ESENER, T. age. s: 56–ÖZSUNAY, E. age. s: 97–İNAN, A. N. age. s: 183–von Tuhr. A. Borçlar Hukuku, C: 1-2 (Terc. Edege, C.) s: 274–TUNÇOMAĞ, K. age. s: 301

44 ÖZDİL, Z. Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin «Muvazaa» İddiası (Yarg. D. 1984/4, s: 444 vd.–İzmir

Bu davada, yapılan görünürdeki işlemin, «*muvaaza nedeniyle hükümsüz olduğunun tesbiti*» istenir. Bu dava hukukî niteliği bakımından bir «menfi tesbit davası»dır.

Görünürdeki (muvaazalı) işlem, belirtildiği şekilde «hükümsüz» olur ve belirtilen sonuçları doğururken, görünürdeki işlemin altında (gizli) bir işlem varsa -yani, bir «nisbi muvaaza» söz konusu ise- bu gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, genel ve (şekil) koşulları yerine getirilerek yapılmış ise, geçerli olur.⁴⁵

Buraya kadar -konumuz bakımından önem taşıdığı için- niteliğini belirtmeye çalıştığımız «muvaazalı işlemler» hakkında, İİK. mad. 277 vd. göre «iptâl davası açılmayacağı» **doktrinde**⁴⁶ genellikle belirtilmesine rağmen, **kanımızca** -biraz sonra değineceğimiz Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarındaki görüşe de katılarak- «muvaazalı işlemler hakkında iptâl davası açılabileceğini- kabul eden görüş⁴⁷ daha doğrudur.

«**Muvaaza davası**» -daha doğrusu; yapılan işlemin muvaaza nedeniyle hükümsüz olduğunu belirtmek için açılan tesbit davası- ile «*iptâl davası*» güttükleri amaç bakımından birbirlerine yaklaşırlarsa da, gerçekte, nitelikleri, koşulları, doğurduğu sonuçlar bakımından birbirinden farklıdır. «İptal davası»da, borçlunun tasarruf işlemlerinden zarar gören -ve elinde «acı vesikası» bulunan- alacaklılar tarafından açılabilir. Ancak, «iptâl davası», borçlu tarafından geçerli olarak yapılan tasarruf işlemlerinin -davacı bakımından- hükümsüz olduğunu tesbit ettirmek için açıldığı halde, «muvaaza davası»nda, borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçekte hiç yapılmamış olduğunun tesbiti istenir... «İptal davası... aynı olmayıp kişisel (şahsi) bir dava olduğu halde, «muvaaza davası» aynı bir davadır ve sonunda muvaaza kanıtlanırsa, dava konusu mal, borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış hale gelir. Taşınmaza ilişkin muvaaza davalarında, hakim «tapu kaydında (borçlu adına) düzeltilmesine» karar verir. «Muvaaza iddiası» zamanaşımına bağlı olmadan ileri sürülebildiği halde^{48 49} «iptâl davası»nın, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren en geç

Bar. D. 1984/4, s: 33 vd.)-YAVUZ, N. age. s: 6

45 ESENER, T. age. s: 102 vd.-von Tuhr. A. age. s: 274-TUNÇOMAĞ, K. age. s: 301

46 Bknz: Yuk. dipn. 33 civarı

47 Bknz: Yuk. dipn. 34 civarı

48 ESENER, T. age. s: 107-ÖZKAYA, E. age. s: 215-1006-UYGUR, T. age. C: 1, s: 734-OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / ÖZDEMİR, S. O. age. s: 301, dipn. 319-ALTAY, S. age. C: 1, s: 671-YAVUZ, N. age. s: 6

49 Bknz: «...Muvaaza iddiasına dayanan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu olamaz. Anılan yön, yargısal uygulamada benimsenmiş bulunmaktadır...» '1. HD. 10.12.1987 T. E: 9438, K: 11993' (YKD. 1988/4, s: 469)

- «...bu temlikin muvaazalı olup geçerli bulunmadığını ileri sürerek işbu iptâl ve tescil davasını açmıştır. Böylece dava, mülkiyete ve aynı hakka ilişkindir. Bu tür davalarda kural olarak dava zamanaşımı sözkonusu olmaz. Bu nedenle, olayda BK'nun 125. ve MK'nun 638. maddelerinin uygulama yeri yoktur...» '1. HD. 28.2.1984 T. E: 1206, K: 2145' (Manisa Bar. D. 1985/Temmuz, s: 17)

- «...muvaazalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı konusu gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiş bulunduğu; bu nedenle hakimim muvaazayı istek olmaksızın resen gözönünde tutması gerektiğine; muvaaza sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünüşteki işlemin geçerli hale geleceği kuşkusuz bulunduğu; muvaazanın gerek def'an ve gerekse dava yolu ile her zaman ileri sürülebileceğine, bir başka ifadeyle muvaaza iddialarında zamanaşımı söz konusu olmadığına göre (Kenan Tunçomağ; Türk Borçlar Hukuku, C: 1, Genel Hükümler, s: 300 vd., özellikle dipn. 19 ile ilgili metin ve dipnotta anılan eserler; Becker, Borçlar Kanunu Şerhi, 87). Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 'HGK. 22.6.1983 T. E: 1981/1-497, K: 1983/713' (İKİD. 1983/10, s: 2090-YKD. 1984/2, s: 189-Bursa Bar. D.

hak düşürücü süre olan beş yıl içinde açılması gerekir (İİK. mad. 284).

«Muvazaalı tasarrufun hangi tarihte yapıldığı» önem taşımamasına -ve bu nedenle; az önce belirttiğimiz gibi her zaman muvazaa iddiasının ileri sürülebilmesine rağmen; «iptâl konusu tasarrufun İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası sonucunda iptâl edilebilmesi için, davacı alacaklının alacağına doğumundan sonra yapılmış olması» öteden beri Yargıtayın yerleşmiş içtihatları ile istenmektedir..

Aynı amaca yönelik bulunmakla beraber, nitelikleri, koşulları birbirinden farklı olan bu davalar karşısında, alacaklıların durumu ne olmalıdır?

Kanımızca, borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, dilerse İİK. mad. 277 vd. göre «iptâl davası» dilerse BK. mad. 18'e göre «muvazaa davası» (daha doğrusu, yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğu konusunda tesbit davası) açabilmelidir. Alacaklının, muvazaalı işlem hakkında «iptal davası» açamayıp, «muvazaa davası» açması gerektiğini savunmak, teorik esaslara uygun olmakla beraber, özellikle, muvazaa davalarında, «muvazaa iddiasının isbatı» konusunda alacaklılar çok güç durumda kalabilir. Gerçekten, «*muvazaanın üçüncü kişilerce isbatında yazılı delile gerek yok ve bu konuda tanık dinletilebilirse*»de⁵⁰ alacaklı, muvazaa iddiasını kanıtlayabilmek için tanık beyanından da yararlanmıyor olabilir. Halbuki, iptal davasında davacı-alacaklı, borçlunun muvazaalı işlemi hakkında tanık dinletmeden de -dava konusu işlemin, kanunun öngördüğü belirli kişiler arasında veya belirli süreler içinde yapılmış olduğunu (İİK. mad. 278, 279, 280) kanıtlamak suretiyle- kendi yararına, tasarrufun iptali konusunda, mahkemeden bir karar alabilir.

Davacı-alacaklı, «muvazaa»yı her türlü kanıtla isbat edebilecek durumda ise, «muvazaa davası» açabileceği gibi, «iptâl davası»da açabilir. Ancak, iptâl davası süreye bağlı olduğundan (İİK. mad. 284) eğer davacı-alacaklı, bu süreyi geçirmişse ya da iptâl davasına konu ettiği tasarruf, İİK. mad. 278, 279 ve 280'deki bir ve iki yıllık sürelerden daha önce yapılmışsa, davacı-alacaklının «muvazaa davası» açması gerekir. Çünkü, bu dava, zamanaşımına bağlı olmadığından, her zaman açılabilir.⁵¹

Eğer davacı-alacaklı, açtığı «muvazaa davası»nı kazanırsa, mahkemeden alacağı ilâmı, icra dairesine sunarak, dava konusu taşınmazın -borçlunun borcundan dolayı- haczedilmesini isteyebilir. Ayrıca «iptâl davası» açmasına gerek yoktur.⁵²

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı gibi, davacı-alacaklının, borçlunun yaptığı muvazaalı tasarrufun iptâlini isteyebilmesine karşı çıkmamak gerekir. Aksi takdirde, «muvazaalı olan, dolayısı ile hükümsüz olan hiç bir hukukî sonuç doğurmamış olan bir işlemin iptâli istenemez» gerekçesiyle, alacaklıların bu dava hakkından yararlanamayacakları ileri sürülürse, borçluların uygulamada sık sık başvurdukları pek çok muvazaalı işlemlere

1984/Kasım, s: 30)

- «...Borçlar Yasasının 18. maddesine dayanılarak açılan iptâl davalarında zamanaşımı söz konusu değildir. Hal böyle olunca, yazılı olduğu üzere, davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. '1. HD. 25.1.1983 T. E: 1982/14813, K: 1983/430' (Yayımlanmamıştır)»

Aynı doğrultuda: 17. HD. 12.6.2008 T. E: 630, K: 3223

50 ESENER, T. age. s: 109-FEYZİOĞLU, F. age. s: 210-TUNÇOMAĞ, K. age. s: 312-İNAN, A. N. age. s: 187-POSTACIOĞLU, İ. Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 1964, s: 230-ÖZKAYA, E. age. s: 206

51 Bknz: Yuk. dipn. 47, 48 civarı

52 ESENER, T. age. s: 107

göz yumulması gerekir. Örneğin; borçlu, alacaklılarının muhtemel icra takibinden etkilenmemek ve mallarının haczini önlemek için, bir yakınına muvazaalı olarak borç senedi verip, maaşına haciz koydurursa ya da bir taşınmazı üzerine muvazaalı borç ikrarında bulunup ipotek kurdurursa, gerçek alacaklıları bu tasarrufların «muvazaalı olduğunu» nasıl kanıtlayacaklardır? Eğer bu gibi durumlarda «alacaklılar, iptal davası açamazlar, çünkü ortada geçerli bir tasarruf yoktur, muvazaa davası açsınlar» denilirse, muvazaanın isbatı konusundaki güçlük -hatta, imkansızlık- nedeniyle, borçluların kötüniyetli davranışı ödüllendirilmiş olur. Halbuki, bu gibi durumlarda borçlulara «iptal davası» açma olanağı da tanınırsa, alacaklılar hiç olmazsa, İİK. mad. 278-280'de öngörülen durumların varlığını -örneğin; borçlu ile işlemde bulunan kimsenin, borçlunun İİK. mad. 278/III-1'de öngörülen hısmı ya da evlatlığı olduğunu veya kurulan ipoteğin İİK. mad. 279/III-1'deki bir yıllık süre içinde kurulmuş olduğunu- kanıtlamak suretiyle, borçlunun muvazaalı olarak yaptığı tasarrufu iptal ettirerek, bu tasarruftan etkilenemeyebilirler...

Veya, belirtilen durumlarda «iptâl davası açılmaz yahut iptâl davası açılmasına gerek yoktur, çünkü muvazaalı tasarruflar hiçbir hüküm doğurmadığından, bu işleme konu mal ve alacaklar borçlunun malvarlığı dışına çıkmamış olduğundan alacaklı bunları haciz ettirip, sattırarak -gerekirse istihkak davası açarak- alacağına kavuşabilir» şeklinde düşünülürse; borçlu tarafından muvazaalı olarak başkasına devredilmiş (ya da üzerinde ipotek kurulmuş uzun süreli kira şerhi verilmiş) taşınmaz ya da sicile kayıtlı (kara, deniz ve hava taşıtları vb. gibi) taşınırlar hakkında alacaklının -yapılan devir ya da ipotek işlemi yok sayarak- «haciz» ve «satış» işlemi yürütmesi teknik olarak mümkün değildir. «Bu gibi durumlarda 'İİK. mad. 94/II uyarınca alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğünce tasarruf konusu taşınmazın tapu kaydı üzerine haciz konulabileceği' konusundaki görüşün uygulamada benimseneceğini sanmadığımız gibi İcra ve İflas Kanunu hükümlerini öteden beri çok dar yorumlayan Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin de bu görüşe sıcak bakacağını sanmıyoruz...

Alacaklıların «muvazaa nedeni»ne dayanarak İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası açmamalarını istemek teorik esaslara uygun olmakla beraber bu görüş uygulamada özellikle taşınmazlara ve sicile kayıtlı taşınırlara ilişkin muvazaalı işlemlerden kaynaklanan tüm sorunları çözememektedir...

Sonuç olarak, borçlunun malvarlığını azaltmak (mal kaçırmak) amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerden zarar gören alacaklı dilerse özel hüküm niteliğindeki İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası, dilerse *genel hüküm* niteliğindeki BK. mad. 18'e göre muvazaa davası açabilir.^{53 54} İİK. mad. 277 vd.'da düzenlenmiş «iptâl davası», genel hükümlere (BK. mad. 18) göre «muvazaa davası» açılmasını önlemez...⁵⁵ Ayrıca davacı-alacaklı bu konuda mahkemede *terditli (kademeli)* dava da açabilir (HUMK. mad. 74, 179/5). Yani; borçlunun mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflardan zarar gören alacaklı, açtığı davada önce «işlemin muvazaalı olduğunun tesbiti ile buna göre hüküm kurulmasını» (yani; borçlunun yaptığı işlemin hükümsüzlüğünün, hiç yapılmamış olduğunun tesbitini), bu (muvazaa) iddiasının kabul edilmemesi halinde ise «İİK. mad. 277. vd. göre tasarrufun iptâlüne karar verilmesini» talep edebilir. Ya da önce «İİK. mad. 277 vd. göre tasarrufun

53 Bknz: 1. HD. 22.5.1984 T. 3005/6104

54 Aynı görüşte AKKAYA, T. agm. s: 681-ÖZKAYA, E. age. s: 215

55 Bknz: 15. HD. 11.10.1993 T. 3423/3940

iptâlini bu kabul edilmediği takdirde «*muvaazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tesbitine karar verilmesini*» isteyebilir. Davacı birinci halde «ispat yükünün gereğini yerine getirmeme ihtimalini dikkate alarak, ikinci halde ise «iptâl sebeplerine ilişkin objektif koşulların gerçekleşmeme ihtimali nedeniyle» terditli (kademeli) talepte bulunur.⁵⁶

Hatta **doktrinde**,⁵⁷ bu davaların birbirinden farklı olmaları nedeniyle, aynı anda ayrı ayrı açılarak görülebileceği, bu durumda «*derdestlik itirazı*»nda bulunulamayacağı ve birisinde verilen kararın diğeri için «*kesin hüküm*» teşkil etmeyeceği ancak, «muvaazaa davası» sonuçlanıp karar kesinleştğinde, «iptâl davası»nın konusuz kalacağı ileri sürülmüştür...

Yargıtay'ın «*muvaazaa nedenine dayalı iptâl davaları*» konusundaki tutumu nedir?

Yerel mahkemeler tarafından İİK. 277 vd. dayanılarak açılan davalar sonucunda verdikleri kararlar, yakın zamana kadar temyizen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmekteyken (daha önce bu kararlar **Yargıtay İİD. ve 12. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi** tarafından inceleniyordu) 1.2.2007 tarihli Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı ile 29.1.2007 tarihinden itibaren **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmeye başlanmıştır (Bknz: Yargıtay Kararları Dergisi, Mart/2007, s: 424). Ayrıca, «muvaazaa (BK. mad. 18) nedenine dayalı iptâl» (veya «iptâl ve tescil) istemleri hakkında yerel mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlar öteden beri -«haksız fiil»den kaynaklanmaları nedeniyle- temyizen **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmektedir.

Bu **Dairelerin** (ve Dairelerin kararlarına karşı yerel mahkemelerce «direnme kararı» verilmesi üzerine, uyuşmazlığı çözümlen **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**'nun) olaya bakış açısı farklı olmuştur.

Gerçekten;

A) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

- «*Cironun muvaazaaya dayalı olduğu'nun, iptâl davasına konu yapılabileceğini*»⁵⁸

- «Muvazaalı borç ikrarlarının, iptâl davasına konu edilebileceğini»⁵⁹

B) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

- «*Muvazaalı borç ikrarının (borçlanmanın) iptâl davasına konu olabileceğini*»⁶⁰

- «*Muvazaalı taşınmaz devir işlemi hakkında iptâl davası açılabilceğini*»⁶¹ belirtilmişken;

C) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarının bir kısmında «*muvaazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabilceğini*» bir kısmında ise «*iptâl davasının geçerli tasarrufları için sözkonusu olabileceğini, muvaazaalı tasarruflar için iptâl davası açılmayacağını*» aşağıda sunulduğu şekilde belirtmiştir:

aa)–«*Muvazaalı borç ikrarı ve takip hakkında İİK'nun 277 vd. göre iptâl davası açılabilceğini*»⁶²

- «*Borçlunun muvaazaalı olarak diğer davalı üçüncü kişiye borçlandığı ileri sürülerek, bu*

56 AKKAYA, T. agm. s: 677 vd.–ASLAN, K. Hacizde İstihkak Davası, 2005, s: 493–ALTAY, S. Türk İflas Hukuku, 2004, C: 1, s: 671–BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Hukuku, 2. Cilt, İflas, 1946, s: 88–BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1949, s: 264

57 ÖZKAYA, E. age. s: 215

58 Bknz: 12. HD. 14.3.1988 T. 5283/2978

59 Bknz: İİD. 9.6.1966 T. 8057/8007

60 Bknz: 13. HD. 13.2.1978 T. 5021/535

61 Bknz: 13. HD. 18.4.1975 T. 2153/2622

62 Bknz: 15. HD. 20.2.2002 T. 5385/865; 15.11.1999 T. 4175/4058

borç senedinin iptâli istemiyle İİK. 277 vd. göre dava açılabilirliğini»⁶³

- «Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabilirliğini»⁶⁴

- «'Borçlunun 'muvaazalı olarak kardeşine borçlanıp, kendisi hakkında takip yaptırıp taşınmazlarını haciz ettirmesi' işleminin iptâl davasına konu edilebileceğini»⁶⁵

bb)–«Tasarrufun iptâli davalarının kanun uyarınca geçerli tasarruflar için sözkonusu olabileceğini, başka bir deyişle muvaazalı olmayan, geçerli satışların tasarrufun iptâli davasının konusunu teşkil edebileceğini»⁶⁶

- «İİK. 277 vd. göre iptâl davası açma hakkının, genel hükümlere göre (BK. 18) muvazaa davası açılmasını engellemeyeceğini»⁶⁷

belirtmiştir.

D) Bugün iptâl davası hakkında verilen kararları temyizen inceleyen Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

- «'Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki icra takibinin kendi alacağıının tahsilini önlemeye yönelik olduğu' iddiası ile davacı-alacaklı tarafından açılmış olan 'alacağın muvaazalı olduğunun tesbiti ve takibin iptaline karar verilmesi' istemini içeren davanın 'tasarrufun iptali' (İİK. 277 vd.) değil 'muvaazanın iptali' (BK. 18) davası olduğunu; bu davada, davacı tarafından davalı-borçlu hakkında açılmış olan 'tazminat davası'nın kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»⁶⁸

- «Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin 'muvazaa nedeniyle' iptalinin istenebileceğini»⁶⁹

- «İptal davalarının 'borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için 'açıldığı' muvazaa davalarının ise 'borçlunun yaptığı tasarrufi işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi' amaçladığını, İİK. 277 vd.'da düzenlenmiş olan iptal davası açma hakkının, davacının genel hükümlere göre muvazaa nedenine dayalı dava açmasına engel teşkil etmediğini»⁷⁰

- «Mal kaçırarak amacı ile muvaazalı olarak yapılan satışın iptalinin istenebileceğini, bu durumda İİK. 278, 279 ve 280. maddelerde öngörülen iptal sebeplerinin araştırılması gerekeceğini»⁷¹

- «Muvazaaya dayalı olarak tasarrufun iptâli davası açılabilirliğini, muvaazalı işlemin dışında kalan davacı-alacaklının, muvazaa iddiasını her türlü delille isbat edebileceğini»⁷²

- «Muvazaalı borç ikrarının (ve icra takibinin) iptâli için dava açılabilirliğini»⁷³

- «'Tasarrufun iptâli davası' ile 'muvazaa (BK. 18) nedeniyle tapu ip-tâli ve tescil davası'nın terdiili olarak açılabilirliğini, muvazaa hukuki nedenine dayalı davalarda zamanaşımı ve

63 Bknz: 15. HD. 24.10.1994 T. 3652/6122; 5.4.1994 T. 1516/2040

64 Bknz: 15. HD. 5.3.1992 T. 917/1106; 14.11.1990 T. 4381/11547

65 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3260

66 Bknz: 15. HD. 18.9.2002 T. 3326/3957; 16.1.2002 T. 5624/97; 5.6.2001 T. 2478/3026; 15.2.2001 T. 514/873; 29.11.2000 T. 4908/5266

67 Bknz: 15. HD. 11.10.1993 T. E: 3423/3940

68 Bknz: 17. HD. 28.9.2009 T. 6788/5741

69 Bknz: 17. HD. 24.7.2009 T. 6030/1710

70 Bknz: 17. HD. 12.5.2009 T. 2906/3094

71 Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 1716/3303

72 Bknz: 17. HD. 19.11.2008 T. 2804/5381; 4.11.2008 T. 3947/5089; 15.5.2008 T. 5260/6830

73 Bknz: 17. HD. 16.9.2008 T. 1246/4471; 15.4.2008 T. 1204/1936

hak düşürücü sürelerin söz konusu olmadığını»⁷⁴

- «Muvazaa nedenine dayalı iptâl davaları» ile «İİK. 277 vd. dayalı iptâl davaları» arasında sadece güttükleri «amaç» bakımından bir benzerlik bulunmadığı; İİK. 277 vd. dayalı iptâl davalarının «borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış olan bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için» açıldığı, buna karşın muvazaa davalarının ise «alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufları işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi» amaçladığı, bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının icra takibine geçmesine ve aciz belgesi almasına gerek bulunmadığı sadece davacının, danışıklı (muvazaalı) işlemde bulunmuş olan kişide bir alacağının bulunmasının yeterli olduğu, İİK'nun 277 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan iptâl davası açma hakkının, davacının genel hükümlere (BK. 18) dayanarak «muvazaa davası»nu açmasına engel teşkil etmediği, davacının muvazaa iddiasını kanıtlaması durumunda, iddianın dava konusu taşınmazın aynına ilişkin olmayıp, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu gözetilerek, dava sonucunda İİK'nun 283/I. maddesinin benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak «iptâl ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazın haciz ve satışını isteyebilmesi» yönünde hüküm kurulması gerekeceğini»⁷⁵

- «Davacı-alacaklının dilerse BK'nun 18. maddesine göre, dilerse İİK'nun 277 vd. göre 'muvazaa sebebiyle' iptâl davası açabileceğini; HUMK'nun 76. maddesine göre 'bir davada ileri sürülen maddi olgu ve bulgulara göre yasa maddelerini bulmak ve davanın hukuki nitelendirilmesi yapmanın hakimnin doğrudan görevi olduğunu»⁷⁶

belirtmiştir.

E) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu konudaki içtihatlarında;

- «İİK. 277 vd. ve BK. 18'e göre 'muvazaa' nedeniyle iptal davası açılabileceğini»⁷⁷

- «Danışıklı (muvazaalı) olan bir hukuki işlem ile üçüncü kişiye zarar verilmesinin, ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğu, üçüncü kişinin danışıklı (muvazaalı) işlem ile haklarının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için, onun danışıklı işlemde bulunanda bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı işlemin yapılmış olması gerektiğini»⁷⁸

- «BK'nun 18. maddesine dayalı tasarrufun iptali davalarında, İİK'nun 277. maddesinde düzenlenen koşulların aranmayacağını»⁷⁹

- «Muvazaalı icra takibinin iptali için iptâl davası açılabileceğini»⁸⁰

- «Davacı alacaklı tarafından 'kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu ileri sürülerek BK. 18'e dayanılarak iptal davası açılabileceğini, muvazaanın, onlara karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğinde olduğunu, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi'ne dayanmak zorunda olmadığı, davadan muvazaanın varlığının anlaşılması halinde, İİK. 283/1'e göre 'iptal ve tescil olmaksızın

74 Bknz: 17. HD. 17.6.2008 T. 630/3223; 27.3.2008 T. 5099/1546

75 Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 4397/3011

76 Bknz: 17. HD. 15.11.2007 T. 3042/3663; 17.7.2007 T. 3519/2534

77 Bknz: 4. HD. 24.3.2010 T. 2797/3315; 11.3.2010 T. 15119/2684; 13.7.2009 T. 7584/9369 vb.

78 Bknz: 4. HD. 12.5.2009 T. 12633/6745

79 Bknz: 4. HD. 5.3.2009 T. 7929/3172

80 Bknz: 4. HD. 1.5.2008 T. 2996/6066; 8.11.2007 T. 12753/13696; 31.5.2007 T. 4760/7445

taşınmazın haciz ve satışının istenebileceğine' karar verilmesi gerekeceğini»⁸¹

- «Muvazaanın 'tarafaların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları' olduğunu, muvazaa iddiasının her zaman ileri sürülebileceğini (bu durumda zamanaşımının ya da hak düşürücü sürenin söz konusu olmayacağını)»⁸²

- «Muvazaalı işlemler (haciz, satış, ipotek vs.) hakkında iptâl davası açabileceğini»⁸³

- «Danışıklı (muvazaalı) işlem (BK. 18) nedeniyle, hakları zarara uğratılan üçüncü kişilerin, bu danışıklı (muvazaalı) işlemin geçersizliğini ileri sürebileceklerini, çünkü danışıklı (muvazaalı) bir hukuki işlemin onlara karşı işlenmiş bir 'haksız fil' niteliğinde olduğu, 'desteklerini öldüren' davalının (ya da 'trafik kazasında yaralanmasına neden olan' davalının veya 'boşanma davasına bağlı olarak açılan maddi/veya manevi tazminat davalarında, boşandığı eşinin') diğer davalıya-kendilerine tazminat ödememek için- yaptığı danışıklı (muvazaalı) satış işleminin iptâli istemiyle davacılar (alacaklılar) tarafından açılan iptâl davasında, davacıların açtıkları tazminat (ya da ceza) davasının sonucunun beklenilmeden, davacıların davalıdan ne kadar alacaklı olduğu belirlenmeden, iptâl davasının sonuçlandırılmayacağını»⁸⁴

- «İİK. 277 vd. göre 'tasarrufun iptâli davası' açılabilmesi için, davacının davalıdaki alacağından dolayı yaptığı icra takibinin kesinleşmiş olması ve bu takip (ler) sonucu alacaklının 'aciz belgesi'ne dayanması gerekirse de, davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu-davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muvazaalı) mal kaçırmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptâli için de -BK. 18'e dayalı olarak- iptâl davası açılabilceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi' ibraz etmesine gerek bulunmadığını»⁸⁵

- «18 yaşını henüz doldurmuş birinin, satın alma tarihine çok yakın tarihlerde yapılmış olan kira sözleşmeleriyle gelir sağlayacağını ve bu gelire 4.865.000.000 TL bedelle taşınmaz satın alacağını kabulünün hayatın olan akışına ters düşeceğinden, davacının, davalı borçlu hakkında, alacağını tahsili için yaptığı icra takibinden sonra, davalı borçlu ile diğer davalı kızı arasındaki satışın muvazaalı olduğu sonucuna varılarak açılan iptâl davasının kabulü doğrultusunda karar verilmesi gerekeceğini»⁸⁶

belirtmiştir.

F) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu konuda kesin bir tavır sergilemediğini -özellikle kararların gerekçe bölümünde- kimi kez «muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabilceği»⁸⁷ kimi kez ise «iptâl davasının geçerli tasarruflar için sözkonusu olabileceğini, muvazaalı işlemlerin iptâl davasına konu olamayacağını»⁸⁸ ifade ederek, bu konuda çelişkili kararlar vermiştir...

81 Bknz: 4. HD. 17.3.2008 T. 6100/3475; 17.3.2008 T. 1813/3444; 21.2.2008 T. 5775/2100 vb.

82 Bknz: 4. HD. 13.3.2008 T. 7208/3253; 9.4.2007 T. 2654/4665

83 Bknz: 4. HD. 10.12.2007 T. 2393/15778; 24.5.2007 T. 5742/7066; 13.12.2004 T. 6067/14091 vb.

84 Bknz: 4. HD. 1.11.2007 T. 13999/13413; 26.10.2007 T. 13684/13083; 9.4.2007 T. 2660/4675 vb.

85 Bknz: 4. HD. 21.6.2007 T. 6454/8425; 24.5.2007 T. 8388/6948; 7.3.2007 T. 3924/2876 vb.

86 Bknz: 4. HD.4.11.2004 T. 12951/12703

87 Bknz: HGK. 4.7.2007 T. 4-450/449; 14.4.2007 T. 4-79/77; 3.5.2000 T. 4-823/85; 11.6.1997 T. 4332/520; 9.4.1975 T. 12-1274/528

88 Bknz: HGK. 14.4.2004 T. 15-182/220; 3.5.2000 T. 4-823/851

Burada, *muvazaa nedenine* (BK. 18) dayalı 'iptâl' (ya da «iptâl ve tescil») istekleri hakkında **Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin** -kimi kez oyçokluğu kimi kez de oybirliği ile- oluşturduğu ve yıllardır hiç sapma göstermeden aynı doğrultuda devam eden içtihatlarının⁸⁹ isabetli olup olmadığına da değinmek istiyoruz. **Yüksek mahkeme** bu içtihatlarında «davacı alacaklının, herhangi bir aciz vesikası ibraz etmeden hatta alacağıнын kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında açtığı teminat/alacak davası devam ederken 'borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunduğunu' -örneğin; taşınır/taşınmaz mallarını başkalarına devrettiğini/sattığını/üzerinde ipotekler kurduğunu/kaydına uzun süreli kira sözleşmelerin iptâlini isteyebileceğini, bunda hukuki yararı bulunduğunu, çünkü borçlunun üçüncü kişilerle yaptığı bu tür muvazaalı işlemlerin 'haksız eylem' niteliğinde bulunduğunu, ancak bu tür davalarda davacının asıl amacı davalı-borçludaki alacağını tahsil etmek olduğundan, -davacı dilekçesinde 'tapu (trafik) kaydının iptâli ile tekrar davalı borçlu adına tescilini' istemiş dahi olsa- davacıyı haklı bulan mahkemenin -İİK. mad. 283 hükmünü kıyasen uygulayarak- tapu ya da trafik kaydının iptâline (ve tekrar borçlu adına tesciline) gerek kalmaksızın (dava konusu taşınmazların tesciline gerek kalmaksızın) 'dava konusu taşınmazların/taşınırların haciz ve satışını isteyebilmesi' yönünde hüküm kurulması gerekeceğini» oyçokluğu ile belirtirken, bu içtihatların «karşı oy» yazısında «İİK. 277 vd. göre iptâl davası açabilmek için 'alacağının kesinleşmesi'ne ve 'aciz vesikası' olması gereken davacı alacaklının bunları yerine getirmeden, açtığı tazminat/alacak davasında 'alacak veya tazminatın doğum tarihine yakın tarihlerde borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunarak malvarlığını kaçırdığını' ileri sürüp, bu işlemlerin iptâlini istemeyeceği, eğer buna olanak tanınırsa, İİK. 277 vd. maddelerinin uygulama alanı kalmayacağı, çünkü herkesin alacak/tazminat istemli davalarında -davanın sonuçlanmasını, alacağının kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- iptâl isteminde bulunarak amacına kolaylıkla ulaşabileceği, bu davaların hem «yasal dayanağı»nın bulunmadığı hem de bu aşamada davacının -henüz alacağı kesinleşmediği için- dava açmakta «hukuki yararı» bulunmadığı, ayrıca davacının asıl alacak ve tazminat davasını kaybetmesi halinde, davalıların (borçlu ve üçüncü kişilerin) tasarruf haklarının kısıtlanmış olmasından doğacak zararlarının kimin tarafından karşılanacağıнын bir sorun olarak ortaya çıkacağı» ileri sürülmüştür...

Kanımızca, alacaklı -alacağı kesinleşmeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- «borçlunun, üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde (BK. mad. 18) bulunarak, mallarını kaçırdığını» ileri sürerek açtığı davada haklı görülmesi halinde, mahkemece muvazaalı işlem iptâl edilip, dava konusu taşınmaz/sicile kayıtlı taşınır tekrar borçlu adına tescil edilmelidir. Burada, İİK. mad. 277'deki koşulları yerine getirerek dava açmamış olan davacıya -bu koşulların yerine getirilmesi halinde uygulanabilecek olan- İİK. mad. 283'e göre «dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde haciz ve satış isteyebilme yetkisi» verilmemelidir... Davacının amacının, «yaptığı/yapacağı icra takibi sonucunda alacağını tahsil etmek olanağına kavuşmak» olması, davacının istemi doğrultusunda BK. mad. 18'e göre karar verilmesine engel teşkil etmemelidir...⁹⁰

d) «Nam-ı müstear» ile gizlenmiş işlemler hakkında iptâl davası açılabilir.⁹¹

89 Bknz: Yuk. dipn. 76-85

90 Bu konuda; sayın M.H.SURLU'nun HGK. 3.5.2000 T. 4-823/851 sayılı kararı altındaki "muhalefet şerhi"ne bknz.

91 Bu konuda ayrıntılı ve nitelikli bir inceleme için bknz: ERDÖNMEZ, G. Nam-ı Müstear ve Tasarrufun

Sözlük anlamı «bir kişinin, sanat, edebiyat, ticaret hayatında yahut faaliyette bulunduğu herhangi bir işte, kimliğini gizlemek için seçtiği ad»⁹² olan -ve uygulamada «*mehlâs*» ya da «*takma ad*» da denilen- nam-ı müstear durumunda, borçlu çeşitli nedenlerle -özellikle, konumuz bakımından, alacaklılarından mal kaçırmak amacı ile- «kendi adını gizleyerek, yapmak istediği hukuki işlemi bir başkasına, kendi hesabına» yaptırır.⁹³

Borçlunun adını gizleyerek, borçlu hesabına ancak kendi adına hareket ederek üçüncü kişilerle işlemde bulunan bu kişiye *nam-ı müstear* denilir.

Uygulamada, borçlunun gerçekte kendi adına satın almak üzere bedelini ödediğini bir *taşınmaz* veya *aracı*, alacaklılarından kaçırarak amacı ile yakınları adına tescil ettirmiş olması halinde, tasarruf (hukukî işlem) dışarıdan üçüncü kişiler arasında yapılmış görünmesine rağmen, gerçekte bedeli borçlunun malvarlığından çıkmış fakat karşılığı, borçlunun arkasına gizlendiği kişinin malvarlığına girmiştir.⁹⁴

Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda bu kurumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, gerek **doktrinde**⁹⁵ ve gerekse -aşağıda belirteceğimiz gibi- **Yargıtay içtihatlarında**; «*nam-ı müstear iddialarının dinlenebilir*» olduğu kabul edilmektedir.

Kanımızca tüm nam-ı müstear vasıtasıyla işlem yapılan durumlarda İİK. 277 vd. göre iptâl davası açılabilir.^{96 97}

Yüksek mahkeme -eski tarihli- bir kararında «*borçlu kocanın, borcunu ödememek amacıyla kendisine ait (parasını ödeyerek/satın aldığı) aracı, trafikte karısı adına tescil ettirmesi olayının nam-ı müstear demek olduğunu, İİK. 277 vd. göre değil, BK. 18'e göre iptâlî gerekeceğini*»⁹⁸ vurgulamışken daha sonraki kararlarında;

- «*Borçlunun, hakkında yapılan icra takibini sonuçsuz bırakmak için 'parasını ödeyerek satın aldığı taşınmazı, kız kardeşi adına tescil ettirmesi' işleminin iptâl davasına konu olabileceğini*»⁹⁹

- «*Bedeli borçlu tarafından ödenip tapu kaydı eşi adına oluşturulan taşınmaz hakkında açılan iptâl davasının kabulü gerekeceğini*»¹⁰⁰

- «*Borçlu tarafından parası ödenerek satın alınan ancak borçlunun isteği üzerine karısı adına tapuya tescil edilen taşınmaz hakkında iptâl davası açılabilirliği, çünkü kocanın bu işleminin gerçekte karısı yararına yapılmış 'bağış' niteliğini taşıyacağını*»¹⁰¹

İptali Davaları (Bankalar Der. Aralık/2006, S: 59, s: 84 vd.)

92 Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, 1991, s: 266 - ŞENER, E. Hukuk Sözlüğü, 2001, s: 586 - YILMAZ, E. Hukuk Sözlüğü, 2004, s: 897

93 Bknz: 4. HD. 3.7.1973 T. 7053/7760

94 KOSTAKOĞLU, C. agm. (Ad. D. 1989/6, s: 12-Yasa D. 1989/8, s: 104 vd.)

95 KOSTAKOĞLU, C. agm. (Ad. D. 1989/6, s: 12-Yasa D. 1989/8, s: 104 vd.)-ERDÖNMEZ, G. agm. s: 86

96 Karş: MUŞUL, T. age. s:1290

97 Karş: ERDÖNMEZ, G. agm. s: 85 vd. (Bu görüşe göre; «şahısta muvazaa» yani, «tarafardan birisinin ismini, üçüncü kişilerden gizlemek amacı ile, başka bir kişinin öne sürülmesi» durumunda örneğin; borçlu (B) ve onunla birlikte hareket eden (C), alacaklılardan mal kaçırmak için (Ü) ile anlaşılır ve (C) ile (Ü) arasında bir satış akdi yapılırsa, bu satış akdi «muvazaalı olduğu» için muvazaalı tasarruflar hakkında da İİK. 277 vd. göre iptâl davası açılmayacağından- alacaklılar tarafından «muvazaa davası»na (BK. 18) konu edilebilir...)

98 Bknz: 4. HD. 3.7.1973 T. 7053/7760

99 Bknz: 14. HD. 19.10.2001 T. 5932/6946

100Bknz: 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029

101Bknz: 15. HD. 21.10.1988 T. 2561/3344; 26.4.1984 T. 775/1466

belirtmiştir.

e) Borçlandırıcı (iltizami) işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek yoktur.¹⁰² Çünkü, «borçlandırıcı işlemler sonucunda -ayrıca «tescil» ya da «teslim» gibi tasarrufi işlem yapılmadan- mal borçlunun malvarlığından çıkmamış olduğu için iptâl davası açılmasına gerek kalmadan, alacaklı o malı haczettirebilir ya da borçlunun iffâsı halinde o mal da iffâsı masasına girer.

Nitekim, **yüksek mahkeme**, borçlunun yaptığı «*satış vaadi*» hakkında iptâl davası açılmayacağını,¹⁰³ eğer «*satış vaadi tapuya şerh verilmişse, o zaman iptâl davasına konu olabileceğini*»¹⁰⁴ belirtmiştir.

f) Borçlunun haczedilmeyen (İİK. mad. 82) bir malını malvarlığından çıkar-ması, iptâl davasına konu olamaz. Çünkü, borçlunun bu işleminden alacaklıları zarar görmüş değildir. Bir malın haczinin mümkün olup olmadığına karar verme yetkisi icra mahkemesine ait olmakla beraber (İİK. mad. 82) iptâl davasında, «*iptâli istenen tasarruf konusu mal ya da hakkın haczinin mümkün olup olmadığını*», davaya bakan mahkeme karar verecektir.¹⁰⁵

Ancak **doktrinde** ileri sürülen **diğer bir görüşe göre**¹⁰⁶ «*ne lehine iptâle tâbi tasarruf yapılmış olan üçüncü kişi ve ne de borçlu 'iptâle tâbi tasarruf konusu malın haciz edilemeyeceğini ileri süremez... Çünkü, üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki icra takibinde taraf değildir. Borçlu da; tasarruf konusu mal üçüncü kişinin mülkiyetine geçmiş olduğundan ve tasarrufun iptâline karar verilmesiyle borçlunun mülkiyetine geri dönmeyeceğinden, haczedilmezlik iddiasında bulunamaz... 'Borçlu' ya da 'üçüncü kişi' bu hususu şikayet yolu ile icra mahkemesine bildiremeyeceği gibi, iptâl davasında da mahkemede ileri süremezler...*»

Yüksek mahkeme de bu konudaki içtihatlarında;

- «*'Mesken' niteliğindeki taşınmaza ilişkin borçlunun tasarrufunun iptâline karar verilmesi halinde, taşınmazın mülkiyeti borçluya dönmeyeceğinden, borçlu tarafından bu taşınmaz hakkında 'haczedilmezlik şikayeti'nde ('meskeniyet iddiası'nda) bulunulamayacağını*»^{107 108}

- «*Tasarrufun iptâli davasını kazanan alacaklının, bu ilamı icra dosyasına koyarak, üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan taşınmaza -borçlusunun borcundan dolayı- haciz koydurması üzerine, taşınmaz maliki üçüncü kişi tarafından -icra takibine taraf olmadığı, takipte 'borçlu' sıfatını taşımadığı için- 'haczedilmezlik şikayeti'nde bulunulamayacağını*»^{109 110}

102 UMAR, B. age. s: 56–KURU, B. age. C: 4, s: 3411–El Kitabı, s: 1197–BERKİN, N. age. s: 491–ANSAY, S. Ş. age. s: 325–GÜRDOĞAN, B. age. s: 222–GÜRDOĞAN, B. İptal Davaları («İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer»e sunulan bildiri) s: 157–MUŞUL, T. age. s:1286 – BÖRÜ, L. İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal Davası «İİK. m. 280» (AÜHFD. 2009, : 58, S: 3, s: 488 vd.)

103 Bknz: 13. HD. 9.10.1979 T. 3558/4980

104 Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10739/1362; 5.5.2008 T. 1637/2353; 15. HD. 30.9.2002 T. 3158/4300; 20.9.1995 T. 3945/4845; 26.1.1990 T. 5153/160; 19.12.1990 T. 4739/5602

105 GÜRDOĞAN, B. age. s: 223, dipn. 617–SARISÖZEN, İ. İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/2, dipn. 3)

106 KURU, B. age. C: 4, s: 3476 vd.–KURU, B. El Kitabı, s: 1210

107 Bknz: 12. HD. 6.6.2005 T. 9692/12254; 12.2.2005 T. 1234/3437; 20.9.1995 T. 11388/11631

108 Karş: 12. HD. 26.11.1992 T. 7896/14934; 21.11.1983 T. 7982/9211

109 Bknz: 12. HD. 8.2.2005 T. 24990/2109; 20.9.1995 T. 11388/11631

110 Karş: 12. HD. 17.2.2004 T. 26637/3061

- «İptal davasına bakan mahkemenin 'dava konusu taşınmazın borçlunun meskeni olup olmadığını' araştıramayacağını, borçlunun dava konusu taşınmazı -diğer davalı- üçüncü kişiye satmakla meskeniyet iddiasından vazgeçmiş sayılacağını»¹¹¹

belirtmiştir.

g) Borçlunun kişilik haklarından olan ve aile hukukuna giren; boşanma, evlat edinme, nesebin tanınması gibi eylem ve işlemleri iptâl davasına konu olamaz.¹¹²

h) Alacaklılarına zarar vermek amacı ile borçlunun kasden yaptığı ihmali işlemler de, iptâl davasına konu olabilir. Örneğin; borçlunun kasden ödeme emrine itiraz etmemesi¹¹³ ¹¹⁴ veya alacak davasında kasden zamanaşımı def'inde bulunmamış olması da iptâl davasının konusunu teşkil edebilir. Bu durumda, alacaklılar açtıkları iptâl davasında, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kasdıyla hareket ettiğini isbat ederek, «*ödeme emrine itirazda bulunulmuş veya zamanaşımı def'inde bulunulmuş gibi, haklarının saklı kalmasını*» talep edebilirler. Bu istem üzerine, borçlunun ihmali işlemlerinin iptâline karar veren mahkeme, «*davacıların itiraz hakkını veya zamanaşımını kullanmalarına*» karar verebilir.¹¹⁵

ı) İptal davası, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kasdı ile yaptığı hukuki işlemlere yönelik olduğundan, borçlunun aleyhine açılan bir davada, karşı tarafla anlaşarak davayı kaybetmiş olması halinde, alacaklıları, alınan mahkeme kararının «hile» nedeniyle iptâlini sağlamak için İcra ve İflâs Kanununa göre bir iptal davası açamazlar.¹¹⁶ Alacaklılar ancak, karara karşı «yargılamanın iadesi» yoluna (HUMK. mad. 446) başvurabilirler.¹¹⁷

j) «Cebri icra yolu ile yapılan satışlar» hakkında da -kural olarak- iptâl davası açılmaz.¹¹⁸ Çünkü, ortada, borçlunun serbest iradesi ile yaptığı bir tasarruf yoktur. Halbuki; ancak borçlunun -mal kaçırmak amacı ile- üçüncü kişilerle yaptığı tasarruflar iptâl davasına (İİK. mad. 277 vd.) konu olabilir. Yani, «*cebri icra yolu ile yapılan satışlar, borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf*» niteliğinde değildir...

Ancak, borçlu -alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla- anlaştığı üçüncü bir kişiyle muvazaalı olarak borç ilişkisi yaratarak, aleyhine takip yapılmasını sağlayarak malvarlığına dahil malların ihale ile satılmasını gerçekleştirmişse, bu tür ihaleler hakkında iptâl davası açılabilir...

Yüksek mahkeme, bu konuya ilişkin olarak;

- «*Kural olarak 'cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında' iptâl davası açılmayacağını, ancak «alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak- borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptâl davası açılabileceğini*»¹¹⁹

- «*İcra dairesince, tapu sicilindeki on yıllık kira şerhiyle birlikte satılan ipotekli taşınmaz*

111 Bknz: 15. HD. 17.3.1997 T. 826/1399; 27.2.1995 T. 706/1077; 17.12.1987 T. 3690/4496

112 UMAR, B. age., s: 61-GÜRDOĞAN, B. age. s: 223-ANSAY, S. Ş. age. s: 326-BERKİN, N. age. s: 494

113 Bknz: FMK. 19.10.1939 T. (JdT 1940 II, 29) Naklen; BERKİN, N. age. s: 513

114 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3260

115 BERKİN, N. age. s: 514

116 Bknz: 13. HD. 24.9.1974 T. 2095/1919; 3. HD. 25.6.1956 T. 841/3633

117 KURU, B. El Kitabı, s: 1198-age. C: 4, s: 3412-ALTAY, S. age. C: 1, s: 674-PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZKAN, M. S. / ÖZEKES, M. age. s: 697

118 KURU, B. age. C: 4, s: 3412-KURU, B. El Kitabı, s: 1197 vd.

119 Bknz: 17. HD. 27.5.2010 T. 2141/4792; 18.9.2008 T. 2637/4156; 16.9.2008 T. 1246/4471; 1.5.2008 T. 188/2286

hakkında, iptâl davası açılmayacağını»¹²⁰

belirtmiştir.

k) Borçlunun taraf olmadığı (yani borçlu tarafından yapılmamış olan) işlemler, iptâl davasına konu olamaz.¹²¹ Örneğin; borçlunun karısının «*borçlunun yetiştirdiği tütümlerin kendisine ait olduğu*» konusunda Tekel Müdürlüğüne verdiği beyanname hakkında iptâl davası açılmaz.¹²²

Borçlunun vekaleten yapmış olduğu tasarruflar da, iptâl davasına konu olamaz.¹²³

Ekonomik değeri bulunmayan işlemler -örneğin; Büyükşehir Belediyesince tahsis edilen işletme hakkının devrine ilişkin işlem- hakkında iptâl davası açılmaz...¹²⁴

Tasarrufun iptâli davası açılabilmesi için, **iptâle konu olabilecek somut bir tasarruf** bulunması gerekir.¹²⁵ Belli bir tasarruf bildirilmeden, muhtemelen alacak ve borç ilişkisinin iptâli için iptâl davası açılmaz...¹²⁶

Kadastro tesbit tutanakları, borçlunun iradesi dışında, 3402 sayılı Kadastro Kanununda belirtilen usul ve şekillere göre düzenlendiğinden, kadastro tutanağı ve içeriği hakkında -borçlunun, kadastro çalışmaları sırasında, kendisine ait tapusuz taşınmazları bildirdiği kişi (eşi) adına tesbit ve tescil ettirmesi işlemi hakkında- iptâl davası açılmaz.¹²⁷

III- Açılmış olan tasarrufun iptali davası bazan konusuz kalır. Yüksek mahkeme;

- «Davanın dayanağı olan alacağın ödenmiş olması halinde davanın konusuz kalmış olacağını»¹²⁸

- «Alacaklı tarafından 'borçluya ait olduğu yargı kararıyla belirlenen' mallar üzerinde haciz/muhafaza işlemi yapılmış olması halinde, alacaklının satış isteme imkanı doğmuş olacağından, iptal davasının konusuz kalmış olacağını»¹²⁹

- «Dava konusu taşınmazın, ipotek borcu nedeniyle alacağına mahsuben -dava dışı- ipotekli alacaklıya ihale edilmiş olması halinde, davanın o taşınmaz yönünden konusuz kalmış olacağını»¹³⁰

- «Tasarrufun iptali davaları icra takibine bağlı davalar olduğundan, alacağın herhangi bir şekilde ödenmemesi veya alaktan vazgeçilmesi halinde, davanın konusuz kalmış olacağını»¹³¹

III- Bir tasarrufun İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davasına konu olabilmesi için, «davacı-alacaklının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması» gerekir mi? Doktrinde tartışmalı olan bu konuda ileri sürülen -ve çoğunlukla savunulan (egemen

120 Bknz: İİD. 5.4.1969 T. 1668/3785

121 Bknz: 17. HD. 28.9.2009 T. 5861/5737; 11.6.2009 T. 3811/4138; 7.5.2009 T. 41/2897; 9.3.2009 T. 5251/1207 vb.

122 Bknz: 15. HD. 12.9.1988 T. 328/2777

123 Bknz: 15. HD. 1.12.1986 T. 4402/4059

124 Bknz: 17. HD. 22.5.2008 T. 384/2764

125 Bknz: 17. HD. 8.4.2008 T. 4699/1760

126 Bknz: 17. HD. 27.3.2008 T. 5233/1548

127 Bknz: 17. HD. 26.1.2009 T. 6151/172; 24.1.2008 T. 4045/268; 21.1.2008 T. 5529/178

128 Bknz: 17. HD. 19.11.2009 T. 5751/7739; 4. HD. 18.6.2009 T. 5045/8146; 17. HD. 13.4.2009 T. 5924/2311

129 Bknz: 17. HD. 20.4.2009 T. 2730/2467

130 Bknz: 17. HD. 3.2.2009 T. 4447/336

131 Bknz: 17. HD. 27.1.2009 T. 74/263

olan)- **görüŖe göre**¹³² «bir tasarrufun iptâl edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağı-
nın, dava konusu yapılan bu tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Borçlunun tasarrufta
bulunurken, o tarihte (tasarruf tarihinde) mevcut olmayan bir alacaklısına zarar vermesi
mümkün değildir. Alacaklı, borçlu ile işlemde bulunurken -örneğin; ona borç verirken ya da
ona bir taşınır ya da taşınmazını satarken işlem (tasarruf) tarihindeki durumunu dikkate alır.
Borçlunun mâli durumu hakkında alacaklının gerekli araştırmayı yaparak, ona göre, borçlu
ile işlemde bulunması gerekir. Tedbirli bir kişi gibi gerekli araştırmayı yapmayan kimse bunun
sonucuna katlanır... Başka bir deyişle, alacaklı, borçlunun tasarruf (işlem) tarihindeki mal
varlığına güvenerek onunla işlem yaptığından, işlem tarihinden (borcun doğum tarihinden)
önceki tasarruflar iptâl davasına konu olamaz... Ayrıca; İİK. 277 vd. maddelerinin Millet
Meclisi Adalet encümeninde müzakeresi sırasına, 'alacaklıların, muamelede bulunduğu sırada,
borçlunun mâli durumunu bilmeleri gerekeceđi' belirtilerek, 'borçlu veya müflisin, borçlu
olmadığı bir zamandaki tasarrufunu muteber saymanın doğru olmayacağı' belirtilmiştir...»

Diğer bir görüşe göre¹³³ ise «iptâl davasının açılabilmesi için, alacaklının alacağını
iptâle tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olması önemli değildir. Başka bir ifade ile,
alacaklının alacağı, iptâli istenen tasarruftan sonra doğsa bile alacaklı, kendi alacağının
doğumundan önce yapılmış olan tasarrufun iptâlini isteyebilir...»¹³⁴

Yüksek mahkeme bu konudaki içtihatlarında **birinci görüşe** katılmıştır...¹³⁵

**6183 sayılı Kanuna göre amme (kamu) alacaklarının tahsili yönünden açılacak
iptâl davalarında** «borcun doğum tarihine bakılmaksızın, borçlunun tasarruflarının -6183
sayılı Kanununun 24-31. maddeleri çerçevesinde- iptâline karar verilebileceği» doktrinde¹³⁶
ileri sürülmüşse de, **yüksek mahkeme**¹³⁷ bu görüşe katılmamış ve «6183 sayılı Kanuna
dayanılarak açılan tasarrufun iptâli davalarında iptâl kararı verilebilmesi için, davacı idarenin
kamu alacağının dava konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerekeceğini» belirtmiştir...

IV- İptal davasının niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bu davanın «**istihkak
davası**»ndan farklı olay yönünün de açıklanması yararlı olur. Bilindiği gibi, haczedilen
malın üçüncü kişinin bulunması ve üçüncü kişinin de o mal üzerinde «istihkak iddiasında»
bulunması halinde, alacaklının -icra mahkemesinde- o kimse aleyhine «**istihkak davası**»

132 KURU, B. age. 26.1.2009 T. 6151/172; C: 4, s: 3417 vd-MUŞUL, T. age. s:1292-MUŞUL, T. Bilir-
kişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, C: 2, 2006, s: 887, 928-KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal
Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 21 vd; Yasa D. 1989/6, s: 1048 vd.)-GÜNEREN, A. Tasarruf İptal Davaları,
2008, s: 1069-KALE, S. Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri
Dolayısıyla İptal Davası (İİK. mad. 279) (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armađan, s: 193)-ŞENER, A. age. s:
1190-KARATAŞ, İ. / ERTEKİN, E. age. s: 74-ŞİMŞEK, E. age. s: 863

133 ÜSTÜNDAÇ, S. age. s: 284-BERKİN, M. İflas Hukuku, 1972, s: 499-BERKİN, N. İflas Hukuku
Rehberi, 1980, s: 110-YILDIRIM, M. K. age. s: 139, 288 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun
İptali Davaları, 3. Bası., s:828 vd.-ALTAY, S. age. C: 1, s: 675 - KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. İcra
ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 17. Baskı, 2004, s:681

134 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda
Tasarrufun İptali Davaları, 4. Bası.«s: 1562 vd.»

135 Bu konudaki içtihatlar için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e. s: 1761 vd.

136 KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davaları
(Yarg. D. 1991/1-2, s: 14; Yasa D. 1990/9, s: 1237)

137 Bknz: 17. HD. 2.2.2010 t. 9979/708; 19.1.2010, 10392/101; 6.4.2009 T. 6170/2085 vd. 9.10.2007 T.
3034/3010; 15. HD. 5.10.2004 T. 2573/4847; 2.4.2002 T. 1363/1549; 1.4.2002 T. 5792/1502; 4.10.1999
T. 2389/3628 vb. UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e. s: 2026 vd.

açması gerekir (İİK. mad. 99).¹³⁸ Davacı–alacaklı, açtığı bu davada, «*dava konusu malın üçüncü kişiye değil, borçluya ait olduğunu*» ileri sürer ve bunu kanıtlamaya çalışır.

Halbuki, «**iptâl davası**»nda, davacı–alacaklı, «davalılardan üçüncü kişinin, dava konusu malın maliki olduğunu» önceden kabul etmiş ve bunu bile bile bu davayı açmıştır. Davacı–alacaklı, iptâl davasında, «*davalılardan borçlunun, diğer davalı üçüncü kişiye, dava konusu malı devrettiğini ve üçüncü kişinin 'malik' olduğunu (ya da 'rehin hakkı sahibi' olduğunu) ancak, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin İİK. mad. 278, 280'de öngörülen varsayımlardan dolayı kendisi hakkında geçersiz olduğunu ve bu devre (tasarruf işlemine) rağmen, kendisine o mal üzerinde cebri icra hakkı, tanınmasını» -yani, o malı haczettirip sattırma ve satış parasından alacağını alma hakkı tanınmasını- ister.*

Eğer davacı–alacaklı, dava konusu malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçip geçmediği konusunda kesin bilgi sahibi olmadığı için, bu malın «borçluya ait olduğu» kanısıyla istihkak davası açar ve davalı–üçüncü kişi de, «o malın kendisine ait olduğunu (devredildiğini)» ileri sürerse, davacı–alacaklı, «borçlu ile üçüncü kişi arasındaki devir işleminin iptâlini» isteyebilir.

V- İptâl davasına konu olabilecek ve neticede iptâl edilebilecek tasarruflar, İcra ve İflâs Kanununda, üç grup halinde; 278, 279 ve 280 inci maddelerde öngörülmüştür. İİK. mad. 278, 279 ve 280'de iptâl edilebilecek (iptâle tâbi) tasarrufların neler olduğu, teker teker sayılarak (tahdidi olarak) belirtilmiş değildir. Yasanın bu maddelerinde, bazı iptâle tâbi tasarruflar sayılmış ise de, bu sayma sınırlayıcı (tahdidi) değildir. Hangi tasarrufun iptâle tâbi bulunduğunu, olayın koşullarına göre -maddedeki genel tanımlamalar çerçevesinde- hakim takdir edecektir (İİK. mad. 281/I).¹³⁹

İcra ve İflâs Kanununun 278-280. maddelerinde öngörülen «iptâl edilebilecek» (iptâle tâbi) tasarruflar ilerde «**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**»; ŞA, ŞB ve ŞC'de ayrıntılı olarak açıklanmıştır...

VI- Buraya kadar «*İcra ve İflâs Kanununa göre açılacak olan iptâl davalarına konu olabilecek tasarruflar*» hakkında yaptığımız açıklamalar, kural olarak, 6183 sayılı Kanun -mad. 24-31- uyarınca açılacak olan iptal davaları bakımından da aynen geçerlidir.

Başka bir deyişle, **6183 sayılı Kanun uyarınca açılacak iptâl davaları ile İİK. mad. 277 vd. göre açılacak iptâl davaları** aynı «*hukuki nitelikte*»dir.¹⁴⁰ Bu davalar sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece «*iptâl ve tescil*» kararı değil, «*dava konusu taşınır/taşınmaz üzerinde davacı alacaklıya haciz ve satış isteme yetkisinin tanınması...*» yönünde hüküm kurulur.

Bu kanunda da, iptâl konusu olabilecek tasarruflar İcra ve İflâs Yasasına paralel şekilde üç grup halinde - **a)** «*İvazsız tasarruflar*» (mad. 27, 28) (İİK. mad. 278), **b)** «*Aciz halinde iken (ödeme güçsüzlüğü içinde iken yapılan tasarruflar)*» (mad. 29) (İİK. mad. 279), **c)** «*Kamu alacağını ödememek amacı ile yapılan tasarruflar*» (mad. 30) (İİK. mad. 280) şeklinde- düzenlenmiştir.¹⁴¹

138 Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bası, 1994, s: 1003 vd.–UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C: 6, 2006, s: 8795 vd.

139 Bknz: 17. HD. 14.12.2009 T. 6423/8377 vb.–15. HD. 16.2.2005 T. 5141/808; 21.10.2004 T. 3131/5291; HGK. 25.11.1987 T. 15-381/873

140 KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası (Yarg. D. 1991/1-2, s: 19)

141 GERÇEK, A. Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2010, s:169 vd.–ASKAN, F. 6183 sayılı

Yüksek mahkeme, «6183 sayılı Kanuna göre açılacak iptâl davalarının konusu»na ilişkin olarak;

- «Borçlunun, diğer davalı üçüncü kişinin açtığı tapu iptali ve tescil davasını kabul ederek, dava konusu taşınmazı davalı üçüncü kişi adına tescil edilmesini sağlayan tasarrufun iptali davasına konu olabileceğini»¹⁴²

- «Borçlu tarafından yapılmamış olan tasarruflar hakkında iptal davası açılmayacağını»¹⁴³

- «Devredilen şirket hisseleri hakkında «tasarrufun iptali davası» açılabilceğini»¹⁴⁴

- «6183 sayılı Kanununun 24 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için 'kamu veya kurum alacağı'nın iptal konusu tasarruftan önce doğmuş bulunması' ve 'kurum/kamu alacağını tahsili için yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması gerekeceğini»¹⁴⁵

- «Kamu alacağı'nın tahsili için, 6183 s. Kanuna göre muvazaalı işlemlerin iptâlini sağlamak için dava açılabilceğini»¹⁴⁶

- «İptâl davasına konu olabilecek tasarrufların 6183 s. Kanunda üç gurup halinde' düzenlenmiş olduğunu»¹⁴⁷

- «Cebri icra yoluyla, icra dairesince yapılan ihalelerin iptâli için -6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağı'ndan dolayı- iptâl davası açılmayacağını»¹⁴⁸

- «Gerek uygulamada gerek doktrinde kira akitlerinin tasarrufun iptâli davasına konu edilebileceği kabul edildiğinden, 6183 sayılı Kanun uyarınca da kamu alacağı'ni engeller nitelikteki borçlu tarafından yapılmış olan kira sözleşmesinin iptâli için de iptâl davası açılabilceğini»¹⁴⁹ belirtmiştir.

AATUHK. Uyarınca Kamu İcra Hukukunda Tasarruf İptal Davaları, 2007, s:63 vd.-GÜNEREN, A. age., s:740 vd.

142 Bknz: 17. HD. 1.3.2010 T. 218/1741

143 Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6735/7776

144 Bknz: 17. HD. 17.11.2009 T. 3071/7592

145 Bknz: 17. HD. 9.6.2009 T. 2875/4093

146 Bknz: 17. HD. 4.11.2008 T. 4007/5090

147 Bknz: 17. HD. 21.1.2008 T. 5529/178

148 Bknz: 15. HD. 5.11.2003 T. 4290/5246; 24.1.1991 T. 5427/157; 25.6.1990 T. 1367/309

149 Bknz: 15. HD. 18.5.1998 T. 1988/2084

Tecavüz Suçları İle İlgili Kadın* bir yıldız Milletvekilleri Tarafından Hazırlanan “Hadım Etme” Yasa Tasarısı Üzerine

Av. Ali ALTAY**

“Bütün buyruklar arasında Yasayı inceleme ödevi ile karşılaştırılabilecek bir buyruk yoktur; öyle ki, bu ödev tek başına tüm diğer ödevlerle eşit öneme sahiptir.”

İbn MEYMON***

TASARI: “AKP’li kadın milletvekilleri Aşkın Asan, Alev Dedegil, Fatma Şahin ve Fatoş Gürkan’ın tecavüzcülere ‘hadım’ getiren yasa teklifi TBMM Başkanlığı’nda, Dedegil, Cihan Ajans’a verdiği demeçte teklifin ‘hadım’ içermediğini vurguluyor: “Hadım demek olayı çok magazinelleştiriyor. Biz bunun hukuki ve sosyal bir boyutta kalmasını tercih ediyoruz. Ayrıca küçük bir çocuğa tecavüz eden bir kişinin hadım dahi ediliyor olması tartışılmalı mı? Ama bu bir hadım değil tedavidir.” / Dedegil, “ihtiyati suçlarda ve mükerrer hallerde testosteron seviyesinin normale döndürülmesine dair tedavi önerdiklerini” kaydediyor. Aşkın Asan ise Polonya, ABD, Rusya, İngiltere, Almanya ve Çek Cumhuriyeti’nin de aralarında bulunduğu pek çok ülkede bu tedavi yönteminin uygulandığını söylemiş. “Bu da bir tedavi yöntemi. Özellikle pedofili vakalarında kullanılıyor” diyen Asan, hapis cezasının çözüm olmadığını, başka tedbirlere ihtiyaç olduğunu kaydetmiş. (...)”¹

* “... İslamlaşan Türk erkeğinin bilinci çok uzun bir sıçrama yapmak zorunda kalıyordu. Bir yanda baskın bilinç eylemliliği olarak anacı yönelim, diğer yanda varoluşun tek koşulu olarak kendisine sunulan babacıl yönelim arasındaki gerilim bir çırpıda giderilecek kadar az değildi. Bilinç gelişiminin, bireyin şahsında iliklerine sinecek kadar kanlı-canlı yaşanmaması, sorunun “yeni”yle özdeşimle değil, salt bir dış uyum ve montaj çabasıyla çözülmeye çalışılması, ortaya kararsız ve güvensiz bir denge çıkartır. Yeni ve eski bilinç dizgeleri arasındaki uçuruma düşmek için, eskiyi anımsatacak ve cezbesine kapılmaktan korkulan her şeye karşı, aşırı bir savunmaya gidilmesi tehlikesi doğar. Türk erkeğinin bastıracağı, kendisinden uzak tutacağı cazibe merkezi ise “kadın”ın şahsında Umay’dı, Ot İney’di. / Sorun yalnızca erkeğin kadını “öteki” niteliğiyle tanımlama ve baskılamasında değildi. “Öteki”nin, bu imlemeyi kabul etmek dışında bir seçeneği bulamamış

1. Niye Yetmemiş? 1969 yılında, dönemin Cumhurbaşkanı Cevdet SUNAY, dünyada ve Türkiye'deki '68 rüzgârını izleyip "Bugünkü (1968-1969) okullar birer anarşi yuvası haline geldi. Bu okullardan yetişen gençlere memleket idaresi teslim edilemez. On yıl sonra bunların hepsi işbaşına geçecekler. Onlara nasıl güvenebiliriz? Hem biz laik okullara karşı İmam-Hatip Okullarını 'bir alternatif' olarak düşünüyoruz. Devletin kilit mevkilerine yerleştireceğimiz kişileri bu okullarda yetiştireceğiz."² yönünde sözler söylemiş, '80 darbesinin ressamı elinde Kur'an ile yurdu dörtbaştan, karış karış gezmiş, 1984 yılına gelindiğinde Devlet Planlama Teşkilatı "işyerlerinde çalışma barışının sağlanabilmesi için, işçilerin din eğitiminden geçirilmeleri gerektiğini"³ rapor etmiş, ancak tüm bu alınan ve diğer bildik "önlemlere" rağmen 2011 yılında tecavüz suçlarının önü alınamamış ve failerin hadım edilmesi ya da testosteron seviyelerinin normale döndürülmesi bağlamında sözde tedavi içerikli yasa tasarısı saatine gelinebilmiştir. Demek ki, din enjeksiyonu sorunu çözmeye yetmemektedir ve enjeksiyonda etken maddeyi az kullanmışız, etken maddeyi biraz daha artırılmalı yollu yaklaşımlarla sorun çözülmemektedir.

2. A-normal Enjeksiyon (Arzunun Örgütlenmesi), Ulemaya Sordunuz Mu? Günlük basın yayın organlarında, boy boy haber ve röportajlarla besleyip özendirdiğiniz, akşamları "kimin eli kimin cebinde" olduğu bilinmeyen dizilerinizle sanki tüm bunlar hayatın içinde ve olağan işlermiş gibi normalleştirdiğiniz bir cinsellik politikanız(!) olacak, bu alanı alabildiğine kışkırtacak ve sömüreceksiniz, sonrada kışkırtmışlara dönüp "testislerini aldır, özgürleş" diyeceksiniz. Oturmasına kalkmasına, jestine mimiğine övgüler düzdüğünüz para babası "4 adet eşim var, aynı konakta kavgasız gürlütüsüz, bir arada yaşıyoruz" diyecek, bu adamın testisleri ile ilgili sorununuz olmayacak, kışkırttığınız "sokaktaki adam" cinsel bir suça karışınca da, onu hadım etmek için yasa önerisi vereceksiniz. Aykırıları/rakipleri/muhafızları, en mahrem görüntülerini kayda alıp bunu kamusal alanda yaymak suretiyle onları yok etmek gibi bir yöntemi seçecek ve bu yöntemi olağan hale getireceksiniz, tecavüz/taciz suçlarının artmasındaki sorumluluğunuzu "hadım" yasa tekliflerinizle unutturacaksınız. Böylesi azgın bir tüketim ortamında, böylesi azgın bir yokluk ve yoksulluk ortamında, "iktidarınızı" her fırsatta yeniden sınavacak ve kendinize göre "bir üst düzeyde yeniden üretecek" sizin, yurttaşın hayalinde bile yer alamayacak paralarla oynayacak⁴, istediğiniz her şeyi yaparak esriyecek ve daimi surette insanlara, bu ihtişam

olmasında da yatıyordu. Gücü elinde tutan kesimin, sınıfın, cinsiyetin kendisini tanımlarken, aynı zamanda kendi dışında kalan doğal ve toplumsal öğeleri de tanımlama hakkını elinde tutması, kaçınılmaz olarak, tanımlananın, tanımlayanın tanımlaması içinde "esir" olması durumunu getirir. Böylece, varoluşunu baskın öğenin dizgeleştirilmesi içinde aramaya zorlanan "öteki", kendi tanımlamasını, tanımlayanın tanımlamasına uydurur. (...)" M. Bilgin SAYDAM, Deli Dumrul'un Bilinci "Türk-İslam Ruhü" Üzerine Bir Kültür Psikolojisi Denemesi, s.171; Metis Yay., 1997/İstanbul.

** Ankara Barosu.

*** Alain SUPLOT, Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, s.63; Dost Yay., 2008/Ankara [Çev.: Bige Açımız ÜNAL].

1 Selami İNCE, 'Hadım' etme veya hırsızın elini kesme Başlıklı Yazısı; Birgün Gazetesi, Pazar Eki, 13 Şubat 2011, s.12.

2 [Cengiz ÖZAKINCI, İblisin Kıtbesi, Otopsi Yay., İstanbul/2005, s.17-18]'den Aktaran: Haluk YURTSEVER, Yeni Bir Sol Atılım İçin, s.158; Kalkedon Yay., 2008/İstanbul.

3 Milliyet, 21.02.1984.

4 "... Nihayetinde paranın icadı, kendi geçimlerine yetecek kadar değer üretmek için gereken araçlardan

bu görkem karşısında “yetersizlik” enjekte edeceksiniz, sonra da insanların testislerine göz dikeceksiniz... Ardı arkası kesilmeyen bu bombardımanınız karşısında sorun “hırsızın neden hırsızlık yaptığı değil de diğerlerinin neden hırsızlık yapmadığı mıdır?” yoksa. Oysa yasa teklifiniz eksiklidir. Ulemaya sordunuz mu? Ve ulemanız “Tacizde kadın da erkek kadar suçludur. Dekolte kıyafet tacizi tetikler”⁵ demek suretiyle teklifinize katkıda bulunmuştur; “taciz, tecavüz suçunun hafifletici sebebi” de bu suretle teklifte yer almalıdır! Bize göre bu haliyle yasalaşması muhtemel teklifiniz halen eksiklidir ve “sorun”u kökten çözmeye yetenekli değildir. Kadınları yalnızca gözleri görünecek şekilde cara sokmazsanız, onları iş hayatından, sokaklardan alıp tamamen eve kapatmazsınız “taciz tecavüz” suçunu önlemeniz mümkün değildir. Maazallah ortalıklarda saç teline kıışkıran, testesteron fazlası olan bir yığın erkek var. Öyle ya, teklifin kendisi dahi kıışkırtıcıdır⁶ ve bu teklif, tarihin garip bir ironisi midir, kadınlar tarafından verilmiştir. Ancak görünen odur ki, “tam egemenlik duygusu”, arkaik dönemlere ait bastırılmış fantazmaları toplumsal yaşama enjekte edecek kerte kendinden geçmiştir: “... İstisnai olaylar birbirini izlediğinde, bir düzen çöktüğünde ve eski hafızanın bastırılmış kalıntıları birden yüzeye çıkıp toplumsal muhayyilenin bütün fantazmalarına vücut verdiğinde, çarpıklıklar patlayabilir ve sayıklamalı bir söylemle birleşerek bütün kamu alanını işgal edebilir. (...) / Bu zihinsel bataklığın içinde ilkelerde, fikirlerde, vebayı andıran kurumlarda yeni yanmalar olacak ve bundan çıkacak olan iltihaplanma, temas yoluyla az veya çok ani olarak yayılacaktır, ama kesinlikle yayılacaktır. (...)”⁷. Tasarının, Mısır’da sünnet edilen kız çocukları ile nasıl

yoksun olan, bu yüzden de ücretli olarak çalışmaktan başka seçeneği bulunmayanları da beraberinde getiren fazlaca eşitsiz edinimlere yol açtı. Ama Locke bu sonuca direndi. Dünyanın doğal kaynaklarının özelleştirilmesinden türeyen zenginliğin üretkenliği ve ücretleri çok fazla artırdığına ısrar ediyordu, öyle ki Devon’daki bir ücretli işçi “Amerika’nın vahşi ormanlarında”ki bir kraldan daha iyi yaşamaktaydı (J.Locke, Two Treatises of Government -1698, ed. P. Laslett, Cambridge:Cambridge University Press, 1967; Second Treatise, 35-6. kısımlar). Ticari ilişkilere dayalı bir toplumda herkes daha iyi durumda olduğu için adaletsizlik söz konusu olamazdı. Çalışmayı reddeden veya hırsızlık yapan veya şiddet kullanan her bir kimse, vahşi bir hayvan gibi davranıyordu ve gerekirse ölümle bile cezalandırılmayı hak ediyordu (Locke, age, 37, 43.kısımlar). (...).” Bill JORDAN, Seks Para ve İktidar/Kolektif Yaşamın Dönüşümü, s.123; İmge Yay., 2008/Ankara, [Çev.: Arman BESLER].

5 Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Orhan ÇEKER’in Ulusal Basına yansıyan beyanatu. [superonline.com, erişim tarihi: 17.02.2011].

6 “... Tecavüzün yasal işlemindeki ideoloji eril ve dişil davranış hakkındaki genel ideolojilere uygun düşünüyor. Kadınların bir cinselliği olduğu kabul ediliyor, fakat bu, kadınların vücutlarını kendilerine rağmen istila eden bir cinsellik. Bu cinsel mesajın yalnızca sorumlulukla karşılandığı, yani potansiyel olarak sürekliliğe sahip heteroseksüel durumlarda yerine ulaşmasını sağlayarak kendilerini korumak kadınların görevi. Mütecavizin savunusunun genellikle kadının cinsel ‘ahlakı’ nı kuşkuya düşürmeye çalışılarak yapılmasının nedeni budur. Kadının, cinselliğini ‘sorusuzca’ kullandığı kanıtlanabilirse erkeğin etkin saldırısını davet etmiş olmasından kuşkulandırılabilir. Cinselliğini, yasanın korumasıyla garanti altına alınan heteroseksüel ilişkinin güvenliğinde ifade edenler sadece kadınlardır. / Günümüz idealinin cinsel olarak olgunlaşmamış vücutu bu ideolojilere çok uygundur. Çünkü cinsel bir bedene sahiptir –dinç, ateşli, sağlam ve sağlıklı bedeniyle cinsellik ‘sızıdır’ - fakat bu, cinselliği üzerinde yetişkin ve güçlü bir denetime sahip kadının vücutu değildir. İmge, cinselliği hala bir erkeğin etkin cinselliğine yanıt olan son derece cinselleştirilmiş bir dişiye aittir. (...)” Rosalind COWARD, Kadınlık Arzuları, s.41, 42; Ayrıntı Yay., 1989/İstanbul [Çev.:Nükhet SİRMAN].

7 Daryush SHAYEGAN, Yaralı Bilinç Geleneksel Toplumlarda Kültürel Şizofreni, s.120, 121; Metis Yay., 1991/İstanbul [Çev.: Haldun BAYRI].

bir bağı vardır?⁸ Ya da “kesinlikle yayılacak olan” aslında “arzu” nun totaliter bir biçimde örgütlenmesi midir? “... Arzunun toplumsal örüntülenmesi, bir yasaklar kümesi olarak en açık halini alır. (...) Oidipal kriz ve süperegoya dair psikanalitik teoriler, toplumun duygular üzerindeki etkisini temelde yasakların içselleştirilmesi kapsamında yorumlar. Yine de doğru kişiyi sevmeye ve evlenme, filanca türde bir erkekliği ve kadınlığı arzulanabilir bulma yönündeki buyruklar olmaksızın yasaklar anlamsız olacaktır. *Arzunun toplumsal örüntüsü, ortak bir yasaklama ve tabrik etme sistemidir.* (...)”⁹.

3. Baskıcı Ceza Hukuku ve Tecavüz Suçunda Kullanılan Suç Aletinin Müsaderesi:

Tecavüz suçunu, tedavi edilmesi gereken bir hastalık olarak gören yaklaşım, teklif sahibi Kadın Milletvekillerine ait bir yaklaşım değildir. Ancak teklif sahiplerinin ileri sürdükleri gibi de, tecavüz suçunun yaptırımı mütecavizin hormonlarından ya da organlarından yoksun bırakılması olarak şekillenen bir yaygınlıkta değildir. Bu türden yaptırımlar, bataklığı ihmal eden ve fakat sivrisineği yok etmeye çalışan “etkisiz” yaptırım türleridir. Organ yok etmek, hormon düzeyini [ölçütlerini kimin belirlediği belli olmayan] “normal düzey” e çekmek, vb yaptırımlar, “baskıcı ceza hukuku” olarak bilinen yaklaşımların ürünüdür: “... Baskıcı ceza hukuku, mutlakiyetçi düzenlerdeki ceza hukukudur. Bu tip düzenlerde, ceza hukuku, hükümdarın despotizminin aşırı iktidarının bir aracı olarak işlev görüyordu. Bu tür ceza hukuku, modern zamanlarda da, daha az mutlakiyetçi olmayan totaliter tipteki düzenlerde ortaya çıkmaktadır. (...) / Baskıcı ceza hukukunun suçlunun kişiliği ile ilgili anlayışı da daha az katı değildi. Bu hukuk, suçluyu, başkalarının varlıklarına (maddi, manevi) saldıran bir vahşi olarak değerlendiriyor ve onun acımasızca cezalandırılmasını, çoğu zaman da ortadan kaldırılmasını öngörüyordu. / Cezai sonuçlar konusunda korkutma ve acı verme esas alındığından, cezalar da, gere öze gerekse infaz yönünden, fiilin ağırlığı ile herhangi bir orandan söz edilmesini imkânsız kılacak derecede sert ve zalimce idi. Ölüm ve müebbet hapis cezasından cismani cezalara (uzuv kesme, kırbaçlama, işkence, damgalama gibi) kadar her türlü cezaya yer veriliyordu.(...)”¹⁰.

3.1. “Ezzamanın tagayyürü ile abkâmın tagayyürü inkâr olunamaz”¹¹ (Mecelle):

Günlük yaşamı önce bataklığa dönüştürüp, sonra da sivrisinekleri yok etmek gibi bir çözüm önermek “kasıtlı cehalet”, ilkelleri¹² bile aşkın bir tutumla öne çıkan şımarık bir

8 “... Somut dünyanın yeniden yazılımları olan İslam gerçeği, son tahlilde insan çiftinin varlığını yadsıyan bir kozmos stratejisidir. (...) kısırlaştırma işleminde de insan çifti yadsınır. Onun en önemli belirtileri, aynı zamanda erkeklik ve kadınlık olgularını hazırlayan en kuvvetli bağlardır: Üreme ve arzulanma kapasitesi. (...)” Fetna Ayt SABBAAH, İslamın Bilinçaltında Kadın, s.130; Ayrıntı Yay.; “... Denilebilir ki, Müslüman toplumlarda toplumsal cinsiyet kodlarının baskısı altında olan yalnızca kadınlar değildir; erkekler de bu duygusal kopuş nedeniyle duygusal gelişme kapasitelerini geliştirememekte, karşı cinsle sağlıklı, çok boyutlu bir sevgi ilişkisini kurmakta zorlanmaktadır. (...)” Aynur İLYASOĞLU, Örtülü Kimlik, s.82; Metis Yay., 2000/İstanbul.

9 R.W. CONNELL, Toplumsal Cinsiyet ve İktidar, s.157; Ayrıntı Yay., 1998/İstanbul [Çev.: Cem SOYDEMİR].

10 Nevzat TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s.1, 2; V Yay., 1987/Ankara.

11 Zamanın geçmesiyle bazı şeylerin değişeceği hiçbir şekilde gözden kaçmamalıdır.

12 “... Trobriandlılar arasında bir araştırma yapılacak olunursa, verilen bütün bilgilerin, (...) yerlilerin, dışevlilik kurallarına karşı gelme fikrinden müthiş ürktükleri ve kandaşla cinsel ilişkide bulunma halinde, deride yaraların çıkacağına, hastalık hatta ölüm gibi olayların başa geleceğine inandıkları görülür. İşte, ilkelerin yasasında ülkü budur; ahlaksal konularda, başkalarının davranışlarını yargılamak ya da genel davranış ve tavırlar konusunda görüş bildirirken, ülkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak kolay hatta güzeldir. (...) cezalandırma olayında, ‘küme tepkisi’ ve doğaüstü güçler’, asıl belirleyici etmenler olarak ortaya çıkmadı.

ikiyüzlülük değilse, bu, en yalın haliyle, insanlığın üzerine oturduğu birikimi unutmaktır: **“insanlar, hayvanlar arasındaki cinsel ilişki biçimlerini tamamen aşarak insanlığa geçmişlerdir.”**¹³ Ya da “suçluyu kazıyın altından insan çıkar...”. Bu aşamada unutmak, beynin en güzel özelliği sayılmamalıdır. Suçu değil ve fakat suçluyu ortadan kaldırmak [ya da suçta kullanılan aleti! testesteron düzeyini düşürmek suretiyle “müsadere etmek”] yöntemi çağdaşımız olan bir uygulama değildir. İlkın bu tarihten dörtbin yıl önce¹⁴ ve en son olarak da Hitler Almanyasında ortaya çıkmış, uygulanmış bir yöntemdir:

3.2. “... Almanyada Hitler faşizminin iktidara gelmesiyle ‘cinsel suçların’ hadım edilmesine başlandı. Aslında hem ‘hadım etme’ hem de ‘kısırlaştırma’ yasalastı. Hitler rejimi sadece sağlıklı, herhangi bir hastalığı ya da engeli olmayan saf Alman ırkına yaşama hakkı tanıdığı için mecburi kürtaj da yasaya girdi. Böylelikle faşist rejim istediğine mecburi hadımlık, istediğine kısırlaştırma, istediğine de kürtaj uygulayabiliyordu. (...) Toplama kamplarında her şeyden önce eşcinseller ve herhangi bir cinsel suçtan cezalandırılanlar-ki faşizmde eşcinsellik de bazen suç, bazen de tedavi edilebilir bir hastalıktı- hadım edildi. (...)”¹⁵,

3.3. “... Gerçekten de, Nasyonal Sosyalistlerin politik toplumsallaştırma politikasıyla, sağlık politikaları birbirlerini sürekli potansiyelize edebilen bir bütünlük oluşturmuştur. Ayrıca, Nazilerin sağlık politikası da sözcüğün en geniş kapsamıyla tam bir başarı-çalışma ve randıman artışını denetleme hekimliğine indirgenmiştir. Nazi sağlık kurumlarının (ve Tabib Odalarının) savlarına göre, Cermen ırkı sağlıklı, sarışın, mavi gözlü, yarı vahşi (Nietzsche) ve hayvansı bir başarı ve randıman gücü olan insanlardan oluşmaktadır... Bunun için; bu ırktan gelen bir insanın ya böyle nitelikleri olur ya da likide edilir... Bunun orta yolu yoktur.(...) / resmi psikoloji ve psikiyatrinin tanımladığı ‘normal’

(...) Eğer ilişki, aşırılığa gidilmeden, uygun davranışlarla sınırlanmış olarak gizlice yürütülürse ve hiç kimse de ortalığı karıştırmazsa; ‘kamuooyu’ dedikodu yapmakta ama herhangi bir cezanın verilmesini gerektirecek tepkiyi göstermemektedir. Ama skandal patlak verirse, herkes suçlu çifte karşı olmakta, onlarla ilişkilerini kesmekte, bunun ve hakaretlerin sonucu olarak da taraflardan ya biri, ya öteki, canına kıymak durumunda kalabilmektedir. (...)” Bronislaw MALINOWSKI, Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek, s.90, 91, 92; Epsilon Yay., 2003/İstanbul.

13 Friedrich ENGELS, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s.44; Sol Yay., 1998/Ankara [Çev.:Kenan SOMER]

14 “Esnunna Kanunları: 26) Eğer bir adam bir adamın kızına başlık (parası) verirse ve bir başkası anasına babasına sormadan onu zorlayıp, bikrini giderirse, bir can davasıdır, ölecektir. / 27) Eğer bir adam, bir adamın kızını anasına babasına sormaksızın ve anasına babasına sözleşme özeti ve sözleşme yapmaksızın alırsa (kız) adamın evinde bir yıl otursa dahi onun karısı değildir. / 28) Eğer mukavele özeti(ni) ve mukavele(yi) babasına ve anasına yaptıysa ve onu aldıysa zevcedir. (Başka) bir adamın koynunda yakalanırsa ölecektir, yaşamayacaktır. (...) / Hammurabi Kanunları: 130) Eğer bir adam, bir başka adamın erkek tanımayan ve babasının evinde oturan karısını zor kullanıp, koynunda yatırır ve onu yakalarlarsa, o adam öldürülecektir; Kadın serbesttir. / 131) Eğer bir adamın karısını, kocası yanlış olarak itham ederse ve bir başka erkekle yatarken yakalanmazsa (kadın) tanrı yemini edecek ve evine dönecektir. / 142) Eğer bir kadın, kocasından nefret edip sen beni karılığa alamazsın derse, onun kayıtları, bölgesinden incelenecek. Eğer o kadın (evine ve kendine) dikkatli ise (evini ve iffetini koruyorsa) ve kabahatı yoksa ve kocası (evinden) çıkmaya düşkünse (evini ihmal edip, sokağa çıkmağa düşkünse), onu çok küçültüyorsa, o kadının kabahatı yoktur, çeyizini alıp babasının evine gidecektir. / 143) Eğer (kadın kendini ve evini) gözetmezse ve sokağa düşkünse evini dağıtıyor, kocasını küçük düşürüyorsa o kadını suya atacaktıdır.” Prof. Dr. Mebrure TOSUN-Doç. Dr. Kadriye YALVAÇ, Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, s.81, 82, 198, 199; TTK Yay., 1989/Ankara.

15 İNCE, y.a.g.g.

insanın denetimi (ve çok kez de şaşırtıcı bir tutkuyla ve gönüllü olarak) gene psikolog ve psikiyatrlar üstlenmişlerdir... Doğal kitle, etekten doruğa, 'normalleştirme' eğitiminden geçirilmeye başlanmış, beden ölçüleri, beslenme, ev eşyaları, giysiler, konuşma, yüz ifadesi, mimikler, güzel sanatlar, yazın, cinsel yaşam, moda, insanlar arası ilişkiler, vb. hep resmi ideolojinin ve psikolojinin 'normal' tanımına göre yeniden belirlenmiştir. Ayrıca, depolitize edilmiş insan, kendini güçsüz hissettikçe korkmuş ve korktukça ağır bir oto-kontrol başlamıştır. Bu koşullarda, bireyin 'normalleşmesi' çok kez yönetimin öngördüğü düzeyin bile altına inmiş, amaçlanan otoriteryan kişilik¹⁶, çok ilkel bir 'gönüllü kulluk' boyutlarına ulaşmıştır. (...)”¹⁷,

3.4. Demokrasinin Beşiği Öyle Mi? İnsanın bedenine, insanın geleceğine tam bir tahakküm kurmak isteğinin bizatihi kendisi ne kadar sağlıklıdır, hele de bunu egemenliğin cezalandırma yetkisine dayalı olarak yapmak ne kadar sağlıklıdır, tartışılmalıdır¹⁸: "... İsvaçli bir doktor, beynin bir kısmının çıkarıldığı 'lobotomi' ameliyatıyla 'komünistlikten' vazgeçildiğini iddia etti. İsvaç'in SVT televizyonundaki haberde, bir doktorun bu şekilde 'bir komünisti vazgeçirdiği' bildirildi. Haberde, 'homoseksüelliğin' de lobotomiyle ortadan kalktığı belirtildi. (ap)"¹⁹. Lobotomiyle aykırı görülen tüm tutum ve davranışlar, "düzeltilebiliyor" da, size bu düzeltme yetkisini kim veriyor? "testosteron seviyesinin normale döndürülmesine dair tedavi (...) Özellikle pedofili vakalarında kullanılıyor" muş, testesteron seviyesinin "normali" ne, bu seviyeye döndürme yetkisini size kim veriyor?

4. Devletin Görevi: Tecavüz failini hadım etmek ya da onun testesteron seviyesini "normale" düşürmek suretiyle onu tedavi etmek yetkisini Anayasa vermiyor, çağdaş ceza hukuku uygulamaları da vermiyor. Anayasanın "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri, (...) insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." deniliyor. Tecavüz suçunun faili nihayetle, toplumsal ve ekonomik koşulların "yetersiz" hale getirdiği, planlama yapmaktan vazgeçen Devletin günü kurtarmaya mahkûm ettiği, geleceğe "güvensiz" bir insan değil midir? "... erkek cinsel şiddeti artık önemli oranda ataerkil tahakkümün devamından çok güvensizlik ve yetersizlikten kaynaklanıyor. (...)”²⁰. Suçu ve suçluyu ortaya çıkaran koşulları yok etmek temel bir amaç ve izlek olmalıyken; bu amacın ve izleğin uygulanması aşamasında faili özgürlüğünden yoksun bırakmak, bu süre içerisinde onun sosyalleşmesini sağlamak suretiyle topluma yeniden kazanmak bir yöntem iken, bundan kaçınmak çağdaş bir devletin kaçıışı olabilir mi? Kaldı ki, özgürlüğünden yoksun bırakılan failin,

16 "Otoriteryan kişilik, belki herkeste vardı ancak bunun ortaya çıkması ve (öz benlik ve ulusal yapı açısından) yıkıcı oluşumlara yol açması, etnik saldırganlığa, yabancı düşmanlığa, faşizme ve soykırım girişimlerine dönüşmesi; özgürlüklere müdahale ve azınlık haklarını ortadan kaldıran biçimlerde kitlesel ve bireysel olarak edimleştirilmesi, toplumsal, siyasal ve ekonomik 'yapıya' bağlıydı. (...)” SANFORD-MILGRAM-ŞERİF-ASCH- [Derleyen ve Giriş: Veynel BATMAZ], Otoriteryan Kişilik, s.17; Salyangoz Yay., 2006/İstanbul.

17 Serol TEBER, Politik-Psikoloji Notları, s.120, 123; ara Yay., 1990/İstanbul.

18 "Psikiyatrik bozukluk enerjinin konumundan sapma halinde ortaya çıkar, tedavi ise organizmayı psiko-enerjinin verimli kullanımına yeniden döndürmekle sağlanır, bunun yolu da kişiye enerji kaybettiği alanları göstermekten geçer." Tahir M. CEYLAN, Cumhuriyet Bilim Teknoloji, s.8; S.:1248, 18 Şubat 2011.

19 Radikal Gazetesi, 8 Nisan 1998.

20 Anthony GIDDENS, Mahremiyetin Dönüşümü Modern Toplumlarda Cinsellik, Aşk ve Erotizm, s.116; Ayrıntı Yay., 2010/İstanbul [Çev.:İdris ŞAHİN].

diğer “devredilmesi dahi mümkün olmayan hak”larını²¹ da, cezaevinin kapısının önünde bıraktığı mı kabul edilmektedir? Bu kabul, en genel anlamda ceza hukukunun amacına, Anayasaya, altına imza konulan uluslararası²² sözleşmelere ve Medeni Kanuna aykırıdır.

5. Ceza Hukukunun Amacı: “... Ceza hukukunu, sadece toplumun varlığını ve değerlerini güvence altına alan, kamu düzenini koruyan ve bu korumayı sağlamak için kuvvet kullanılmasını öngören bir hukuk dalı olarak görmek, doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Ceza hukuku, aynı zamanda toplumu eğiterek ve yönlendirerek gelişmesine hizmet eden bir hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırlarıyla toplum huzuru ve kamu düzeninin korunması amacı arasındaki sınırın evrensel ilkelere, ulusal özelliklere göre çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. / Çağımızda ceza hukukunun amacı, insan onurunu, temel hak ve özgürlükleri korumak, suçluyu sosyalleştirip tekrar topluma kazandırmak, aynı zamanda bireyi ve toplumu suç karşı korumak olmalıdır. (...)”²³. Yazı konusu yasa teklifinin kısaca açıklanan amaca uygun bir teklif olmadığı açıktır.

5.1. Önce Ceza Yasası Değiştirilip Sonra Anayasa Buna Mı Uydurulacak? Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmiş, “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlıklı 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. / Tibbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. / Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” denilmiş olmakla, her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde; tecavüz failinin hadım edilmesi ya da testosteron düzeyinin “normale” döndürülmesi, salt Devletin cezalandırma yetkisi içinde asla karşılık bulamayacaktır. Öyle ki, yurttaşın vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı bile, kendisine rağmen kısıtlı bir tasarruf hakkıdır. Yurttaşın kısıtlı düzeyde tasarruf hakkı bulunan vücudu üzerinde, bu hakkı kısıtlayan Devletin her türlü tasarruf hakkı vardır demek mümkün değildir. Ters yönde bir yaklaşım, yurttaşın vücut bütünlüğünü “mülkiyet” olarak görmek ve bu mülkiyetin malikinin de Devlet olduğunu söylemek demektir ki; savunulmamış değildir ve fakat bu savunmanın argümanı yoktur. Şayet Devleti, Tanrının yeryüzündeki cezalandırma yetkisini kullanan ve bunu eyleyen olarak görürseniz, bu görü’nün argümanı

21 “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. / Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” (AY md.12)

22 “... cezanın amacı artık günümüzde eza, cefa vermek olmadığı çok yıllar önce ortaya konulmuş bir şeydir. Üstelik İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki, ‘İnsan hakları hapisane kapısında bitmez, orada da devam eder. Eğer onurlu bir infaz sisteminiz yoksa, bu durumda özel hayatın gizliliği başta olmak üzere, 8.madde ve benzeri maddelerin ihlali olur.’ (...)” Durmuş TEZCAN, Türk Ceza Kanununun Reformu Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, C.:1, s.158; [Panel, 21-23 Mayıs 2004 Ankara], Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004/Ankara.

23 Eraslan ÖZKAYA, Türk Ceza Kanununun Reformu Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, C.:1, s.23; [Panel, 21-23 Mayıs 2004 Ankara], Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004/Ankara.

çoktur ancak bu argüman bu dünyaya ait değildir. Elle tutulur Anayasamızın, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması” başlıklı 14. maddesinde “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” denilmektedir. Zaten işlediği suçun infazı özgürlüğünden uzun süre mahrum edilmek olan tecavüz failinin, bu cezanın yanında aynı fiile ikinci bir ceza olarak ortaya çıkacak olan hadım edilme ya da hormonlarının Onun “rızası” olmadan, tıbbi bir müdahaleye maruz bırakılması, Anayasayla tanınan temel hakkın [vücut bütünlüğüne dokunulmama hakkı] Anayasada belirtilenden daha geniş bir biçimde sınırlandırılması olacaktır. Bu haliyle, tecavüz failinin hadım edilmesi ya da kibarlık olsun diye hormonal düzeylerine müdahale edilmesi gibi bir yaptırım, dayanağını Anayasada bulamayacaktır. Böylesi bir yaptırımı çocuk istismarını göstererek meşrulaştırma uğraşının bizatihi kendisi çocuk istismarı olarak ortaya çıkacaktır: Kamuoyunu, kısas’a ikna etmek için çocukları kullanmak!

5.2. Soru şudur: Testesteron fazlalığı tecavüz suçunu tetikliyor ise, [önkabalı buysa], testesteron fazlası olan bir failin testesteron düzeyini normal seviyeye çekmek suretiyle, diğer testesteron fazlası olanların tecavüz eylemlerini mi önlemiş olacaksınız? Yoksa, daha suç işlenmeden testesteron fazlası olanlar avı’na mı çıkacaksınız? Başka bir deyişle, yasa tasarısı üzerinden önerdiğiniz yöntem ile suça karşı, gerçekten “önleyici” bir yaptırım mı öngörmektesiniz? Öngörünüze göre, tecavüz eyleminin adayları, diğer tecavüz faillerinin hormonal seviyelerinin “normal”e düşürüldüğünü görüp, tecavüz suçunu işlemekten vaz mı geçecekler? Oysa, yasa tasarınızda hormon fazlalığı bir hastalıktır, tedavi edilmesi gerekir. Önce suç işlenecek sonra tedavi mi edeceksiniz? Bu nasıl bir öngörmek, nasıl bir ceza yasası tasarısıdır?

5.3. Testesteronun Ekolojisi: Anayasanın 56. maddesinin 1.fıkrasında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” denilmektedir. Dünyada genleri ile oynanmış ürünlerin satımı/dağıtımı/tüketimi yasaklanırken, Ülkemizde bu ürünlerin tüketimi “teşvik” edilmektedir. Yasa tasarınızdaki temel amaç ve fikre çok da uzak olmayan yetkili bir ağız, “genleriyle oynanmış mısırı tüketen domuzların homoseksüel eğilimler gösterdiğini”²⁴ haber vermektedir. Genleriyle oynanmış mısırı tüketen erkeklerin testesteron düzeyi normalin üzerine çıkıyor olmasın? Yoksa tecavüz faili, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip” değil midir? Sahi, sizin Medeni Kanununun 23. maddesinden haberiniz var mı? Türk Medeni Kanununun “Kişiliğin Korunması” başlıklı, 23. maddesinde “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. / Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. / Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” denilmekte ve yurttaşın yazılı rızası olmadığı sürece organ nakli, vb yönde bir uygulamaya tabi tutulamayacağı belirtilmektedir. Yasa tasarısında, işlenen suç (tecavüz), “yazılı rıza”ya kaim midir ki, Devlete failin vücut bütünlüğü üzerinde müdahale hakkını bahşetmektesiniz?

5.4. Hadım Etme, Testesteron Seviyesini Normale Düşürme Tedavisi ve Üstün

24 Burhan ÖZFATURA, 17 Şubat 2011 tarihli Ulusal Basın.

Amaç: Yasa tasarısında hadım etmeyi ya da testesteron seviyesini normale düşürmeyi bir yaptırım, bir tedavi olarak önermekle, murat ettiğiniz “üstün yarar / üstün amaç” nedir? Fail vücut bütünlüğüne dokunulmasına rıza göstermiyorsa, salt Devletin cezalandırma yetkisinden hareketle, faili sözü edilen bir biçimde “tedavi” etmekle sağlanan nedir? Örneğin; mağdur, failin bu şekilde tedavi edildiğini görmek suretiyle, yaşadığı travmayı daha kolay mı atlatacak ve travmadan geriye bir iz kalmamış mı olacaktır? Yasa tasarısındaki üstün amaç nedir? “... Kural olarak bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurabilecek olan her müdahale hukuka aykırıdır. Bu müdahaleye kişinin rıza göstermesi dahi çoğu kez hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz (Öztan, 116; Zevkliler, 418; Ayiter, Organtransplantation, 175 vd ve Şahsiyet, 139 vd). Bu husus, MK. M. 23/II’de [eski MK, b.n.], ‘kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyyeye mugayir surette takyit dahi edemez’ şeklinde ifadesini bulmuştur. Ayrıca, MK. M. 24/II’de de, ‘şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan’ her tecavüzün hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır²⁵. / Görüldüğü gibi, ister kişinin kendi rızasıyla isterse rıza olmaksızın üçüncü kişilerden gelen bir davranış olsun, şahsiyet haklarını ihlal eden müdahaleler hukuka aykırıdır. / Kural bu olmakla birlikte, vücuda yapılan tıbbi müdahaleler özellikle nakil muameleleri, üstün bir amaç söz konusu olduğunda hukuka uygundur (Zevkliler, 421 ve Tedavi Amaçlı, 22; Akünal, 20; Ataay, Milliyet, 2.3.1968). Nitekim, MK. M. 24/II’nin mefhumu muhalifinden de bu sonuç çıkmaktadır. Buradaki üstün amaç, kişinin kendi sağlığını ve hayatını kurtarma olabileceği gibi, başka kişilerin hayat ve sağlıklarının kurtarılması olabilir (Zevkliler, 421 ve Tedavi Amaçlı, 22; Akünal, 20). / Doktrinde (Schreiber, Primum, 8; Zevkliler, 421 ve Tedavi Amaçlı, 22; Akünal, 20; Gürzumar, 371), ancak üstün amaç uğruna yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmekle birlikte, bu üstün amacın ne olduğu açıklanmamıştır. Bize göre üstün amaç, vericiden biyolojik madde alınmasını haklı gösterecek olan amaçtır. Diğer bir deyişle, biyolojik madde alındığı zaman vericinin uğrayacağı zararlar, elde edilecek menfaat mukayese edildiğinde, elde edilecek menfaat vericinin zararını ikinci plana itiyor ve bu zarara katlanmayı haklı gösteriyorsa üstün amacın mevcudiyetinden söz edilebilir. / (...) Şu halde, yaşayan bir kimseden biyolojik madde alınabilmesinin temel şartı, hayatı insan kökenli biyolojik madde nakline bağlı olan bir kimsenin bulunması ve nakil yapıldığında bu kişinin tekrar eski sağlığına döndürülebilecek olmasıdır. / Üstün amacın mevcudiyetinden söz edebilmek için mutlaka, alıcının menfaatinin vericinin menfaatinden daha üstün olması gerekir. Her iki menfaat tartıldığında bu menfaatlerden biri diğerine ağır basmıyorsa ya da vericinin menfaati alıcıya göre daha çok korunmaya layıkta, rızaya rağmen, vericiden biyolojik madde alınamaz (Tress, 27; Schreiber, Primum, 8). / Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre (Ayiter, Organtransplantation, 180 ve Şahsiyet, 142), vücut bütünlüğüne yönelik olan müdahaleler eğer bu bütünlükte (bir böbreğin ya da gözün çıkarılması gibi) devamlı bir eksilme meydana getiriyorsa, rıza batıldır. (...)²⁶.

25 Yeni M.K. Md. 24/II: Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

26 Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, s.163, 164, 165; Yetkin Yay., 1996/Ankara.

Aktarılandan olarak; yasa tasarısında öngörülen yaptırım bağlamında, testesteron fazlalığı bir "hastalık" olarak mütalaa ediliyor ve bu fazlalığın giderilmesi, failin tedavisi uğruna, failin vücut bütünlüğüne yine de müdahale edilebilecek midir? Fail, suçu işlemiş olmakla, bu suçun yaptırımına ilişkin tedaviye tecavüz tarihi itibarıyla "rıza" göstermiş mi sayılacaktır? Failin tedavisi, faile rağmen mi gerçekleştirilecektir? Failin tedavisi "üstün amaç" mıdır? Faile uygulanan bu tedavi üzerinden mağdur da tedavi edilmiş mi sayılacaktır? Bu tedaviden üstün yarar sağlayan kimdir, suçun fail adayları mı?

6. Son Söz Yerine: Bilinmez midir, tasarının Freud'un "iğdiş edilme" korkusu, kompleksi ile ilişkisi? Bu olgu en çok hangi cinsiyette yerleşiktir? ...

"Ben deliyi söyledirler niderler,
Döleği korlar da sarpa giderler,
Malı olmadığını deli ederler,
İsterim bildiğim kalem bilmesin."
Ömer Ağa²⁷

27 "... Ömer Ağa, 85 yaşlarında bir ihtiyardır; elli yıldır bu dağda şehirden uzak yalnız yaşamakta, yaz, kış bu çiftliğinden ayrılmamaktadır. Ömer Ağa'nın ayrıca yaylası yoktur; varı yoğu bu çiftliktir.(...)" Ali Rıza YALMAN (YALGIN), Cenupta Türkmen Oymakları, C.II, s.12; Kültür Bakanlığı Yay., 1993/Ankara..

KAYNAKÇA

M. Bilgin SAYDAM, Deli Dumrul’un Bilinci “Türk-İslam Ruhu” Üzerine Bir Kültür Psikolojisi Denemesi, Metis Yay., 1997/İstanbul.

Alain SUPLOT, Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, Dost Yay., 2008/Ankara.

Cengiz ÖZAKINCI, İblisin Kiblesi, Otopsi Yay., İstanbul/2005

Haluk YURTSEVER, Yeni Bir Sol Atılım İçin, Kalkedon Yay., 2008/İstanbul.

Rosalind COWARD, Kadınlık Arzuları, Ayrıntı Yay., 1989/İstanbul.

Daryush SHAYEGAN, Yaralı Bilinç Geleneksel Toplumlarda Kültürel Şizofreni, Metis Yay., 1991/İstanbul.

Fetna Ayt SABBAAH, İslamın Bilinçaltında Kadın, Ayrıntı Yay.

Aynur İLYASOĞLU, Örtülü Kimlik, Metis Yay., 2000/İstanbul.

R.W. CONNELL, Toplumsal Cinsiyet ve İktidar, Ayrıntı Yay., 1998/İstanbul.

Nevzat TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yay., 1987/Ankara.

Bronislaw MALINOWSKI, Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek, Epsilon Yay., 2003/İstanbul.

Friedrich ENGELS, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Sol Yay., 1998/Ankara.

Prof. Dr. Mevrure TOSUN-Doç. Dr. Kadriye YALVAÇ, Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, TTK Yay., 1989/Ankara.

Bill JORDAN, Seks Para ve İktidar/Kolektif Yaşamın Dönüşümü, İmge Yay., 2008/Ankara.

SANFORD-MILGRAM-ŞERİF-ASCH- [Derleyen ve Giriş: Veysel BATMAZ], Otoriteriyen Kişilik, Salyangoz Yay., 2006/İstanbul.

Serol TEBER, Politik-Psikoloji Notları, Ara Yay., 1990/İstanbul.

Anthony GIDDENS, Mahremiyetin Dönüşümü Modern Toplumlarda Cinsellik, Aşk ve Erotizm, Ayrıntı Yay., 2010/İstanbul.

Durmuş TEZCAN, Türk Ceza Kanununun Reformu Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, [Panel, 21-23 Mayıs 2004 Ankara], Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004/Ankara.

Eraslan ÖZKAYA, Türk Ceza Kanununun Reformu Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, [Panel, 21-23 Mayıs 2004 Ankara], Türkiye Barolar Birliği Yay., 2004/Ankara.

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yay., 1996/Ankara.

Ali Rıza YALMAN (YALGIN), Cenupta Türkmen Oymakları, Kültür Bakanlığı Yay., 1993/Ankara.

Mecelle.

Cumhuriyet Gazetesi Bilim Teknoloji Eki, (Tahir M. CEYLAN, 18 Şubat 2011).

Birgün Gazetesi, (Selami İNCE, Pazar Eki, 13 Şubat 2011).

17 Şubat 2011 tarihli Ulusal Basın (Burhan ÖZFATURA).

Milliyet (21.02.1984).

Radikal Gazetesi (8 Nisan 1998).

superonline.com

'ŞİDDET' ÜZERİNE!

Remzi KOÇÖZ *

'Sevgi yerine korku ile büyüyen yürekler yüzyılların getirisi şiddeti daha da büyütürken egemen kıldılar. Korkuyu bastırmak için saldırmak -sorunları çözmek yerine daha da artırsa da- istem dışı davranış olarak adlandırılır. İster tepki diyelim, ister içgüdüsel dürtü! Duygular yerine şiddeti doğuran korku bastırılınca sevgi yeşerecektir. Sevgi çoğaldıkça da şiddet -yok olmasa da- azalacaktır.'

GİRİŞ

Toplum yaşamımızın gündemini meşgul eden ve de toplumun genelini rahatsız eden bir olgu, bir gerçek; şiddet. İnsanlığın varoluşundan bu yana insan kaynaklı bir olgu. Normal yoldan sorunlarını çözemeyen insanlar, toplumlar, devletler şiddet yoluna başvurarak sonuca ulaşmışlar. Bu olgu savaşları ve terörü içinde barındırmış, beslemiştir.

Şiddet günlük yaşantımızda farklı şekillerde karşımıza çıkmak suretiyle bizlerle iç içelik kazanmıştır. Hak ihlaline karşı hak alma şeklinde başlayarak kendisinde hak ihlaline dönüşse de; insanların, çevrenin, toplumların hoş görmesiyle kendine meşruluk sağlama yolunu tutmuştur. Aşağıdaki tekerleme bu durumu bütün çıplaklığı ile ortaya koyarken, yaşananların algılanması açısından da pek abartılı sayılmaz: "Hakkı'nın Hakkı'da hakkı varmış, Hakkı Hakkı'dan hakkını istemiş, Hakkı Hakkı'ya hakkını vermeyince, Hakkı Hakkı'nın hakkından gelmiş." Ne var bunda? Hakkı en doğal olanı yapmış değil mi?

Toplumlar ilkel çağlarda kabile, klan, boy şeklinde örgütlenmişler. Sonrasında feodal yapıya ulaşmışlar. O zamanlar güçlünün güçsüze karşı uyguladığı 'şiddet' göze görünmez, olağan sayılmış. Devlet örgütlenmesi olsa da her şey güçlüden yanaymış. Modern devlete doğru geline süreçte aileler/sülaleler, ülkelerin egemenlikleri üzerinde yüzyıllarca söz sahibi olmuş, toplumlar hanedanlıklar tarafından yönetilmişlerdir.

* Emniyet Genel Müdürlüğü, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Polis Başmüfettişi, 1.Sınıf Emniyet Müdürü, rkocoz@yahoo.com

Ortaçağda ortaya çıkan “Magna Carta/Büyük Sözleşme-1215”, Vatandaşların hak ve özgürlüklerini belirlemekten çok, toplum güçleri arasında bir denge kuran Hanedanın/kralın sonsuz olan yetkilerini din adamları ve halk adına sınırlamıştır. “Magna Carta” ile Ada Avrupa’sın da başlayan siyasal, hukuksal ve sosyal değişimler; parlamentonun üstünlüğü, insan hakları, hukuk devleti, ulus devlet, ulusal egemenlik anlayışı gibi kavramlarla bu süreç, Yakınçağda, Kara Avrupa’sı ve Yenidünyayı etkilemiş ve sonrasında Aydınlanma çağı ile bu kavramlara yeni ilkeler kazandırılıp, geliştirilerek yaygınlaştırılmıştır.

İnsan ve Yurttaş Hakları, “Amerikan Bağımsızlık Bildirisi- 1776”, “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi-1789” ve “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi-1948” ile yazılı metinler şeklinde günümüze kadar büyük bir ivme kazanır. İnsan Hakları Bildirisi kabul edildikten sonra insan haklarını geliştirme koruma ve uygulama konusunda yeni anlaşmalar, bildiriler yayımlanmış, özellikle dil, din, ırk, cinsiyet ayrımı gibi konularda kanunlarla yaptırımlar getirilmiş ve getirilmeye de devam edilmektedir.

Geçmişten günümüze tüm toplumlar, olumsuz yönlerini törpüleyerek hak ihlallerini en aza indirmek için uğraş vermeye devam etmektedirler. bu uğraş Batıdan-Doğuya doğru gittikçe azalma gösterirken, Doğu da gidişat Batı’ya göre daha yavaş ve ağır işlemektedir.

Bu döngü içerisinde, Kanunlar ve uygulamalar sonrasında, aileler/sülaleler yerine halkın genelinin tercih ettiği siyasi partiler, onlar adına ülkeyi yönetmeye talip olmuş, demokrasiyi ve cumhuriyeti hayata geçirmişler. Bu yönetimlerde de iktidara gelenler güçlülerin yanında, güçlerine güç katarak kanunlar çıkarınca, Devlet olgusu ‘şemsiye’ gibi bir görünüm arz etmiş. Şemsiyenin içerisinde kalanlar ıslanmaz, kenarında kalanlar ise yağmurdan kısmen nasiplerini alırken, şemsiyenin altına giremeyenler ise tamamen ıslanmışlardır.

Yukarıda özetlemeye çalıştığım husus, toplumların gelişimi sürecinde “şiddet” olgusunun “otorite” ile farklı boyutlarda da olsa paralellik göstermesidir. Günümüz dünyasında ise, siyasi otoritelerin/hükümetlerin bireysel/toplumsal hak arama taleplerine karşı tahammülsüzlükleri, ekonomik gelir dengesizlikleri, geciken adalet ve yargılama, TV dizileri, filmler, spor karşılaşmaları şiddeti tırmandıran faktörlerden bazılarıdır. Gazete ve TV haberlerinde de şiddet olağan görüntülerdir. Günümüz Türkiye’sinde ilköğretim okulları düzeyinde dahi şiddetin varlığı sonucu kavgalar, yaralamalar ölüme dönüşmüştür. Mahalle kavgaları, aile içi kavgalarda da şiddet öne çıkar. Çocuklara örnek olacak büyükler kendi davranışlarını denetleyemediklerinden çocuklara yasak koymaları adeta tetikleyici bir hal olur. Böyle olunca da çocuklar arasında oynanan oyunlar birilerine-bir şeylere zarar vermeye dönüşür. Çocuklar görmüş oldukları şiddeti uygularken onu, olağan bir şey veya bir oyun zannetmektedir.

Çocuklarımız için sokak ve çevre adeta olumsuzluklar potansiyeli haline gelmişken, tabii ki bu olumsuzluk okullara kadar sirayet etmekte gecikmez. “Çocuklar arasında bu tür ilişkiler yaşanır, barışlılar, şakadır, geçer, münferit olaylar, büyütmeylem, abartmayalım!” şeklinde duyarsız kalınarak, ötelenerek, görmezden gelinerek, gelecekte olabilecek olumsuzluklara açık kapı bırakılır. Münferit olarak addedilen bir olay sonucu, bir hiç uğruna kaybedilen taze canlar toplumumuzun duyarsızlıklar hanesinde yerini alırken, piyangoğunun yarın kime vuracağı belli olmaz. sadece ateş düştüğü yeri yakar ve her şeyde olduğu gibi bu yaşananlarda unutulup gider. Ancak! Unutmayalım ki, o olayı yaşayan ve ruhsal travma geçiren küçük beyinler, gelecekte bu toplumu yöneteceklerdir.

Aslında, şiddet kullanılarak sorunlar çözümlenmeyip, yeni açmazlara doğru yol alınır

ve şiddet, şiddeti doğurarak, yeni yeni şiddetler tetiklenir. Bir taraftan da şiddetin asıl nedenlerini; sosyal, kültürel, ekonomik boyutlarını görmezden gelemeyiz. Toplum olarak freni boşalmış bir araba gibi bayır aşağı gidiyoruz. Bir yere mi çarpacağız, birini mi ezeceğiz, taklamı atacağız? Kimse ne olacağını kestiremiyor. Cinnet toplumuna doğru yol alıyoruz.

Devlet, kurumlar, eğitimciler, aileler ve kısacası toplumun tüm katmanları el ele vererek ulusal seferberlik ilan etmeliyiz. Eğitim ve bakış açısı değişmedikçe, toplumsal uzlaşma ve hoşgörü sağlanmadıkça, yasaklarla ve yasal düzenlemelerle pek bir yere varamayız. Yasaklamaların/düzenlemelerin caydırıcılık açısından olumlu katkısı olsa da, olumsuz tepki vererek rağbet oluşturma konusu da yadsınamaz.

Şiddet olgusu ile direkt bağlantılı olmasa da sigara konusunda yaşanan süreci buna örnek olarak verebiliriz. Gelinek noktada, umuma açık yerlerde, kapalı alanlarda sigara içilmeme konusunda epey mesafe katetmiş durumdayız. Ardından “Dumansız Hava Sahası” kampanyası da rağbet görmüş diyebiliriz. Ancak, tüm bu olumlu gelişmelere rağmen hedef kitle üzerinde pek etkili olamıyoruz gibi.. Yetişen nesli -gençliği, çocukları- sigara gibi kötü alışkanlıklardan koruma açısından yeterli olamıyoruz. Eskiden kenar köşede öğretmenlerden, büyüklerden çekinilerek kaçamak içilen sigara (Tabii ki kaçamak içilmesinin de tasvip edilen bir davranış olmadığını vurgulamakta yarar var) artık okul önlerinde serbestçe içiliyor. Çocuk yaşta okul önlerinde sigarayla başlayan serüven ise ergenlik çağındaki genç ciğerlerde onulmaz tahribatlarla sağlıksız bir gelecek, sağlıksız bir toplumun sinyallerini veriyor.

ŞİDDETİN TANIMI VE KAPSAMI:

“Şiddet; güç, zorlama ve baskı yoluyla bedensel yada ruhsal zarara neden olan söz, yaklaşım, tutum ve hareketlerin tümüdür. Şiddetin fiziksel, cinsel, duygusal, sözel, ekonomik ve politik olmak üzere birçok çeşidinden söz etmek mümkündür.” (1)

“Şiddet içgüdüsel olarak varolan ve çevre etkenlerden kaynaklanan bir davranış olarak görülür. Şiddete yol açan temel etkenler anne, baba, çocuk, aile ilişkisi, nesillerdir sürdürülen şiddet içeren davranışlardır. Sosyal, kültürel ve ekonomik faktörler şiddet oluşumunda rol oynarlar. Her geçen gün şiddetin günlük yaşamımızda daha çok yer aldığı görülmektedir. Şiddetin bu denli yoğun olarak günlük yaşamda yer alması da şiddetin kanıksanmasına yol açmaktadır. Şiddet ayrıca bir problem çözme aracı olarak kullanıldığından, bu kanıksama şiddetin birçok boyutta kullanılmasına ve çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmasına neden olmaktadır.” (2)

ŞİDDET KONUSUNDA YAPILAN ÇALIŞMA VE DEĞERLENDİRMELERDEN KESİTLER:

Şiddetin basit tanımı ve kapsamını aktardıktan sonra Milliyet gazetesinin, geçtiğimiz yıllarda “Okulda Şiddete Son” sloganıyla başlattığı forumda söz alan uzman ve akademisyenlerin ortaya koymuş olduğu çözüm önerileri ile bu konuda Milli Eğitim Bakanlığında eğitim sendikalarına, emniyet yetkililerinden köşe yazarlarına kadar değişik platformlarda yapılan tartışmalara ve açıklamalara ve çözüm önerilerine göz atalım.

AKADEMİSYENLER VE UZMANLAR GÖZÜYLE YAPILAN DEĞERLENDİRMELER:

Prof. Dr. Nur Vergin (Siyaset sosyologu);

“Şiddet toplumda zaten var. Bugün de var, yarın da olacak. Şiddete yönelik, şiddet içerikli programların yer almasının aslında olumlu bir tarafının olduğu da belirtiliyor. Şiddette medyanın doğrudan ve tek başına bir etkisi yok. Sosyoekonomik, sosyokültürel faktörlerin etkisi altında tabii ki medyanın önemli bir yeri var. Anneler babalar çocuklarıyla arkadaşlık etsinler. ‘Kurtlar Vadisi’ sosyolojik bir Türkiye gerçekliğini yansıtmıştır. Maalesef finali nedeniyle olamadı. Televoleler suça teşvik ediyor, bu tarz programlar genel ahlak erozyonuna da kapıyı aralıyor. İnsanlara şunu öğretiyor: ‘Böyle yapmazsan kurtuluş yok’ Mutlaka illegal bir şeyler yapmamız lazım. Türkiye’de mafya kültürü hâkimdir.”

Prof. Dr. Nilüfer Narlı (Bahçeşehir Üniversitesi-Sosyolog);

“Türkiye’deki şiddet kültürüne bakarsak, şiddetin enstrümantal olduğunu kanıksamış durumdayız. İletişim becerilerini kullanarak sorunları çözmek yerine bir tane vururum, bağırırım... Okulların imkânlarının yeterince kullanılmadığı görüşündeyim. Ailelerin de olaya çok farklı bakmasını sağlamamız gerekiyor. Çocuk ailede şiddet uygulayan modelleri görüyor. Öte yandan bunları Çünkü sadece polisiye tedbirlerle çözülemez. Türkiye’de yasaları kullanmıyoruz ve kanunların yaptırımını da zayıf.”

Prof. Dr. Ünsal Oskay (Beykent Üniversitesi-İletişim Bilimci);

“Her şey ucuz maliyetli, hızlı, çabuk eskijen bir hal aldı. Orta sınıfın rolü bugün değişmiş durumda. 1950’lerden önce orta sınıf gerçekten mutedil bir sınıftı. Komşusuna, bakkalına ‘akıllı ol, terbiyeli ol, nezaketli ol’ diyen bir yaklaşım vardı. Orta sınıf Amerika’dan başlayarak bize doğru geliyor. Petrolden, kaçakçılıktan o kesim orta sınıfı her eve iki araba sağlayarak, orta sınıfı toplumun esas gayze uğrayan kalabalık kesimine karşı kendisine kadar eleştirel gelmeden bir paravan olarak kullanıyordu. İnsanlar ilişkileri içinde paylaşarak yaşamı düzeltmek yerine başka türlü bir şey oldu, bencil bir zekâ ile yaşanan hayat. Ama bir şey yapmadan da durmak abes bir şey.”

Tarık Sekmenli (Rehberlik Öğretmeni);

“Şiddetin birtakım nedenleri var; öğrenme problemi olan çocuklar, motivasyonun düşük, kitap okuma alışkanlığının zayıf olması, akademik başarı ve ilgisinin az olması, ebeveynlerinin tutarsız disiplini, anne babanın saldırganlığı, sıcak bir atmosferin olmaması, aile içi şiddet... Rehberlik servisi olarak konuşmanın dışında farklı seçenekler koyuyoruz. Empatik olmasını öneriyoruz. Bu konuda kitaplar tavsiye ediyoruz.”

Prof. Dr. Betül Aydın (Marmara Üniversitesi-Psikolog);

“Şiddeti makro ve mikro düzeyde anlatmak lazım. Bir bitki gibi düşünmek mümkün. Onu besleyen pek çok faktör var. Şiddet sabittir ama duygular da sabittir. İnsanların birbirine uyum sağlama, taklit etme veya birlikte olma gibi doğasında olan bir gelenek var. Bu gerçek hayattaki modellerle uyuyorsa ailede kabadayılık varsa, bu kalıcı bir davranış haline geliyor. Çözüme yönelik söyleyebileceğimiz şu; sanal âlemden gerçek âleme adım atmamız. Tek başına okullar sorumlu değil. Bu Milli Eğitim Bakanlığı’na da aşan bir konu. 2.5 ay tatil bu çocuklar. Yaz aylarında beceri eğitimleri verilebilir. Topyekûn bir seferberliğin yararlı olacağını söylüyorum. Televizyonlara çok iş düştüğünü düşünüyorum.”

ÇÖZÜM ÖNERİLERİ:

- Medya ve genelinde Televizyonlara çok iş düşüyor.
- Çözüme aileden başlanmalı. Ailelere rehberlik eğitimi verilmeli.
- Anne baba tutumları tutarlı olmalı. Aileler çocuklarını kontrol etmeli.
- Şiddeti sadece polis ya da medya ile çözmek mümkün değil. Katılımcılık şart.
- İnternet kafeler, güvenlik görevlilerinin, Milli Eğitim’in, psikologların ve bilgisayar öğretmenlerinin de bulunduğu bir programla kontrol edilmeli.
- Okuldaki denetimler sıklaştırılmalı.
- Muhtaç öğrencilere sivil toplum, okullar ve tüm toplum sahip çıkmalı.
- Rehber öğretmenlerin bu iş için gerekli alanlardan gelmeleri sağlanmalı.
- İlköğretimden itibaren iletişim becerilerini geliştirecek derslere ağırlık verilmeli.
- Okul içi sosyal etkinliklere, spor, sanat faaliyetlerine ağırlık verilmeli.
- Okullarda, öğrencilerin kararlara katılacağı organlar oluşturulmalı (okul öğrenci birliği, öğrenci meclisi vb.)
- Çocuğun okul içinde kendisini ifade edebileceği ortam oluşturulmalı.
- Yaz aylarında öğretmenlerle öğrencilerin birlikte çalışacağı sosyal sorumluluk projeleri uygulanabilir. (3)

YABANCI UZMAN GÖZÜYLE YAPILAN DEĞERLENDİRMELER;

Hem bir eğitmen, hem de bir Amerikalı olan Uğur Dershaneleri Washington Direktörü Paul Brunson, Türkiye’de son günlerde okullarda artan şiddet olaylarının Amerika’daki okullarda 1980’li yıllarda başlayıp artan şiddet eylemleriyle benzerlik gösterdiğine dikkat çekerek; “Başkan Ronald Reagan döneminde savunma giderlerine ayrılan gelirin çok fazla olması, işsizliğin artmasına ve bu paydan eğitime gitmesi gereken gelirin de yine savunmaya harcanmasına yol açtı. Zaten aynı dönemde okulda baş gösteren şiddet olaylarıyla paralel olarak okullarda uyuşturucu problemleri de artmıştı. Ancak o zaman Amerika reaksiyon göstermekte gecikmişti. Şimdi Türkiye, okullarda birden artan şiddet olaylarına karşı hassasiyet gösterip zamanında gereken önlemleri almalı ki, Amerika’nın düştüğü duruma düşmesin” dedi. (4)

MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞI ÇALIŞMALARI VE YAPILAN DEĞERLENDİRMELER;

Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Genel Müdürlüğü ile UNICEF işbirliği ile düzenlenen (2006) ‘I. Şiddet ve Okul: Okul ve Çevresinde Çocuğa Yönelik Şiddet ve Alınabilecek Tedbirler Sempozyumu’na katılan kamu kurumu temsilcileri, akademisyenler, sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri, öğrenciler ve ebeveynler “şiddeti ortadan kaldırmak için bütün kesimlere iş düşüyor!” çerçevesinde görüş birliğine varmışlar.

Millî Eğitim Bakanlığı’nın; güvenli okullar oluşturulması amacıyla politikalar belirlemesi, standart ölçütler koyması, başta okul müdürleri ve öğretmenler olmak üzere bütün okul çalışanlarına şiddet ve önlenmesine yönelik çatışma çözme, arabuluculuk, olumlu disiplin yöntemleri gibi konularda eğitimler verilmesini sağlaması, etkili ebeveynlik eğitim programlarını yaygınlaştırması, çocukların sorunlarını iletebilecekleri ve çözüm üretilebilecek mekanizmaları hayata geçirmesi gerekmektedir. Kaliteli eğitimi hedefleyen çocuk dostu okul ölçütlerini geliştirerek bütün okullara yaygınlaştırması, öğrencilerin

etkili iletişim, karar verme, problem çözme, çatışma yönetimi gibi temel hayat becerilerini geliştirmesi için gerçekleştirilen yeni eğitim programlarının etkin uygulanmasını sağlaması, okullarda sanat, spor gibi ders dışı faaliyetlerin geliştirilmesi için altyapıyı sağlaması çok önemlidir. (5)

“Şiddetin Önlenmesi İçin Çocuk Hakları Konusunda Bilinç Oluşturulması Projesi” kapsamında; ilköğretim okullarında görevli yönetici, öğretmen ve velileri -Çocuk, Çocuğa Karşı Şiddet ve Tüm Yönleriyle Hukuksal Boyutu çerçevesinde- bilgilendirerek veliler aracılığı ile öğrencilere ulaşmak, böylece okullarda şiddetin önlenmesi konusunda bilinç kazandırmak amacıyla 21.02.2007 tarihinde MEB İlköğretim Genel Müdürlüğü ve Ankara Barosu arasında imzalanan protokol ile oluşturulmuştur. 2006-2007 eğitim-öğretim yılında Ankara/Mamak ilçesindeki 40 ilköğretim okulunda, 2007-2008 eğitim-öğretim yılında ise Ankara/Altındağ ilçesindeki 40 ilköğretim okulunda proje uygulamaları gerçekleştirilmiştir. (6)

EĞİTİM SENDİKALARINCA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER;

Türk Eğitim-Sen'in okullarda artış gösteren şiddet olaylarına yönelik, Türkiye genelinde 7. ve 8. sınıftan 1136 öğrenci arasında yaptırdığı anket, okullardaki şiddet ve tacizin ulaştığı boyutu gözler önüne serer. Öğrencilerin televizyonda ilk tercihi mafya dizileri, İkinci sırada gerilim ve korku filmleri yer alıyor. Bilgisayar oyunlarında da tercih değişiyor, en çok savaş ve dövüş içerikli oyunlar oynanıyor. Anketin en çarpıcı sonucu olarak, Öğrenciler arasındaki sözlü, fiziksel ve cinsel taciz oranı yüzde 92 ile son derece endişe verici boyutlara ulaşırken, “erkekli kızlı çeteleşme eğiliminin artarak tehlikenin ilköğretim okullarına kadar indiği” tespiti ise daha ürkütücüdür. (7)

Eğitim-Sen, basın toplantısı ile şiddet sorununu şöyle değerlendirir: “Şiddet, sosyo-ekonomik nedenlerin ortaya çıkardığı bir olgu olmasına karşın, sorunun çoğu zaman bir “güvenlik sorunu”na indirgenmiş olması, okullarda şiddet olaylarının azaltılmasının önündeki en büyük engeldir. Milli Eğitim Bakanlığı'nın sorunu “güvenlik sorunu” olarak algılaması, Türkiye ve eğitim sistemimiz açısından büyük bir talihsizliktir” değerlendirmesiyle, şiddeti oluşturan etkenleri ve çözüm önerilerini şu şekilde ortaya koyar: “Türkiye’de okullar büyük, sınıflar kalabalık, bahçeler yetersiz, laboratuvarlar, spor salonları ve kütüphaneler yok denecek düzeydedir. Bu koşullar altında öğrencilerin kendini gerçekleştirebileceği olanaklar azdır. Altyapı ve fiziki koşulların karşılanmasına yönelik tedbirlerin alınması şiddete yol açan stres kaynaklarını azaltabilir. Bunun yanı sıra “okullarda sivil polis görevlendirmek” gibi sorunu daha da arttıracak uygulamalar yerine, yeterli sayıda rehberlik ve sosyal hizmet uzmanlarının istihdam edilmesi sorunun daha bilimsel ve sağlıklı çözülebilmesini sağlayacaktır.” (8)

EMNİYET TEŞKİLATINCA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER;

Emniyet yetkililerince, çocukların işledikleri suçlara yönelik çarpıcı rakamlar verilirken; devletin dışında, aileler ve toplumun her kesiminin şiddetle mücadele etmesi gerektiğinin altı çizilir. İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün 2003-2006 yıllarını kapsayan çocuk ve öğrenci suçluluğu konusunda ki yaptığı araştırma sonucu, ortaya çıkan tablo düşündürücü bulunmuştur. O dönem İstanbul Emniyet Müdürlüğü Asayişten Sorumlu Emniyet Müdür Yardımcısı Tayfur Erdal Ceren, yaptıkları çalışmaları ve olayları şöyle anlatır:

“İstanbul genelinde, Trafik, alacak–verecek ve aile içi tartışmalar gibi basit nedenlerden insanlar suç işleyebiliyor. Toplumdaki şiddet biraz yükselmiş durumda. Çocuk suçlarında, esas profesyonel suç işleyenler, aileleriyle beraber yaşayanlar. Suç işleyenler, masum çocukları suça teşvik ediyor. Bu durumda çocuğu şiddete aile sevk ediyor. Bu çocuklar, hırsızlık yapıyor, PKK’nın nevrüz ve diğer gösterilerinde ateş yakma, molotof atma gibi konularda görev alıyor. Yönetmelik gereği, ‘Okullardaki risk grubuna giren öğrencilerin iyileştirilmesi ve tedbir alınması için sosyal hizmetler, okul idareleri, rehber öğretmenler, ailelerle ortak çalışmalar yapılması konusunda’ ailelerin çalışmalarına ilgisiz kaldığını” açıklar.(9)

EMNİYET BİRİMLERİNCE ALINAN ÖNLEMLER;

Emniyet Teşkilatı, şiddetin önlenmesi, çocukların değişik nedenlerle suça itilmelerini veya mağdur duruma düşmelerini önlemek, vade suç ve suçlularla mücadelede daha etkin olmak amacıyla yasalar nezdinde değişik önlemler almakta olup, yapılan çalışma ve alınan önlemlerin bir kısmı aşağıda aktarılmıştır:

- 2001 yılında, Çocuk Şube Müdürlüğü adıyla ayrı birim oluşturmuştur.
- Ailede suç işleyen kişi varsa çocuğu aileden almak için Koruma kararı çıkartılıyor.
- Aileye teslim edilemeyen suç işleyen çocuklar için de İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne teslim edilmesine kadar barınmaları için çocuk bakım üniteleri kuruluyor.
- Okullarda gerek risk gruplarına yönelik, gerekse narkotik konularında seminerler veriliyor.
- Kurumlarda kalan çocuklar arasında, suç işleyenlerin masum çocukları suça teşvik etmemesine yönelik valilik/sosyal hizmetlerle birlikte çalışma yürütülüyor. (10)

Şiddet konusunda İstanbul kadar olmasa da Ankara ve İzmir başta olmak üzere büyük illerimiz kendi ölçeklerinde benzer değerlendirmeleri verecektir. Geçmiş yıllarda il emniyet müdürlükleri bünyesinde ‘şiddete karşı’ kampanyalar, ‘Gençliği kötü alışkanlıklardan koruma’ faaliyetleri gibi çalışmalar düzenlenmiştir. Elazığ Emniyet Müdürü iken Feyzullah Arslan’ın (1999) yılında gerçekleştirmiş olduğu “Bıçağı Bırak, Kalem Al Kampanyası” ise başarılı olunan ilk örneklerden biri olarak karşımıza çıkar. (11)

Okul Polisi Projesi;

İçişleri Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı arasında 20.09.2007 tarihinde imzalanan “Okullarda Güvenli Ortamın Sağlanmasına Yönelik Koruyucu Ve Önleyici Tedbirlerin alınmasına İlişkin İşbirliği Protokolü”ne istinaden, Ankara başta olmak üzere tüm iller düzeyinde Emniyet Müdürlüğü ile Milli Eğitim Müdürlükleri arasında “Okul Polisi Projesi” protokolü düzenlenmiştir. Bu projenin yurt çapında yaygınlaştırılması sonucu okul önlerinde ve çevresinde meydana gelen şiddet olayları büyük oranda azalmaya yüz tutmuştur.

KÖŞE YAZARLARINCA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER;

Abbas GÜÇLÜ, “Okullarda şiddet neden artıyor?” adlı makalesinde, okula gidilen gün ve saat sayısının gidilmeyenden çok daha az olduğundan çocuğun aile ve okul yerine sokak vade başından hiç kalkmadıkları şiddet içerikli diziler ile internetten etkilendiklerine vurgu yaptıktan sonra şiddete sebebiyet veren maddeler halinde bir durum tespiti sonrası çözümleri sıralıyor.

"Nasıl çözülür?

-Her şeyden önce devleti yönetenlerin, sorunu küçümsemekten kaçınmaları gerekiyor.

-Bilgisayarlara filtre ve sanal oyunlara denetim daha ciddi anlamda düşünülmelidir.

-Televizyonlarda yayımlanan şiddet içerikli film ve diziler, çocukların ayakta olmadığı saatlere kaydırılmalıdır.

-Öğrenciler kadar, okul çağında olup da okul dışında kalan çocuk ve gençlerle de ilgilenilmesi gerekiyor. Onları hayata hazırlayan, meslek kazandıran, spora, sanata ve diğer kültürel etkinliklere yönelten gençlik merkezleri bir an önce açılmalı ve yaygınlaştırılmalıdır.

-Polis ve adliye, gençlik sorunlarının gideceği son merci olmalıdır. " (12)

Oral ÇALIŞLAR, "Okullar açılırken şiddete dikkat" adlı makalesinde, bir grup insanın yaşananlardan yola çıkarak, okullarda şiddete karşı bazı adımlar atmak amacıyla, 'Vurma! Konuş' başlıklı bir inisiyatif oluşturup, gazetecilere destek vermeleri için yapmış oldukları Sevgi ÖZKAN imzalı çağrıya yer vermiş:

"Konumuz: Toplumumuzun ve çağın iletişim dili haline gelen şiddet olgusu. Biz, toplumun iletişim dilini, şiddet önleyici biçimde etkileme amacıyla bir araya gelen bir sosyal bilinç gurubuyuz..

Arzumuz: Vurma! Konuş sloganının, şiddet önleyici olarak bireysel ve toplumsal iletişimde etkinleştirilmesi. Özellikle yeni nesillerin pedagojisinde etkili bir yer kazanmasını sağlamak. Toplumumuzda, genel olarak 'sevmek' kavramının, 'dövmek' ve 'hırpalamak' kavramlarıyla çakıştığını ve genel olarak insan eğitiminin hayvan eğitimiyle modellendiğini, konuşmaya pek yer verilmediğini görmekteyiz.

Özetle: Çağın getirdiği daha başka etkenlerin yanında, toplumumuzun geçmiş yaşam deneylerinde ve bugün, şiddet yatkinliğinin açık izlerine rastlanmaktadır. Bu duruma çağın etkili gücü olarak görsel ve yazılı iletişim kanalları da yeterince katkı yapınca ortaya hepimizi etkileyen bir sonuç çıkmaktadır. Beklentimiz çok sayıda köşe yazarının okulların açıldığı gün (18 Eylül) 'Vurma! Konuş' önerisini eşzamanlı bir etki sağlayacak biçimde topluma iletmesi..." (13)

Şeklinde devam eden 'Vurma! Konuş' önerisi ve bu girişimin desteklenmesini bekleyen çağrının diğer sivil toplum kuruluşlarını da duyarlı hale getirerek bir bütünlük oluşturması halinde bu canavara karşı başarı daha da hız kazanabilir.

SONUÇ

Geçmişte uygarlıkların izini taşıyan şehirler Vandalizm, Moğol istilası, Haçlı seferleri ile yerle bir edilirken; günümüzde ise şehirler kent kültürüne yabancılaşan varoşlarıyla burada yaşayan gençlerin, çocukların adeta istilasına uğramıştır. Kırmalar, dökmeler, yakmalar, yağmalar, hırsızlık, gasp, soygun, kapkaçlar ve polisi taşlamaya kadar varan bir gelişme bize; çarpık kentleşmeyi işaret etmektedir. Tabii ki bu tespitleri yaparken sosyo-ekonomik ve kültürel sorunları da göz ardı edemeyiz.

Şiddet dün vardı, bugün var, yarında var olacak. Avrupa kıtasında da var, Amerika kıtasında da! Sosyal-Ekonomik dengesizlikleri olan toplumlarda ise boyutları daha yüksek.. Ülkemiz açısından toplumsal bir seferberliğin kıyasındayız. Çok farklı çözüm önerileri uzmanlar, otoriteler tarafından sunulmaktadır. Toplantılar, sempozyumlar, konferanslar yapılmakta toplumsal mutabakat aranmaktadır.

Bu bağlamda en büyük görev devlete ve onun organlarına düşüyor. Öğrencilerin

bilimsel, sosyal, kültürel, sportif etkinliklerle zamanlarını değerlendirebilecekleri alanlar çoğaltılarak her okul bünyesinde kulüpler oluşmalı.. Bunları destekleyecek bilim, kültür, sanat ve spor merkezleri çoğaltılarak tüm gençlik olumlu yönde gelişme kaydetmek üzere kanalize edilmeli.. Geleceğin sanatçıları, sporcuları, bilim adamları, yöneticileri için fırsat eşitliği yaratılmalıdır.

Cumhuriyetin ilk yıllarından başlanarak bu boşluğu doldurmak amacıyla Halkevleri, tüm kurumlara kurmaları zorunlu kılınan spor kulüpleri (en az üç dalda sportif etkinlik), Halk eğitim merkezleri, kültür merkezleri, kütüphaneler kurulmuştur.

Bu kurumların etkinlikleri zamanla cazibesini yitirerek yetersiz hale gelmiş, arayış içerisinde olan gençliği kucaklayamaz. Bunların yerine kafeler, barlar, diskolar gibi eğlence merkezleri gençler için alternatif yerler olur. (Eğlenmek en doğal bir ihtiyaç, yukarıda sayılan eğlence yerleri de tabii ki olacaktır. Benim sorguladığım şey ise yaşamın merkezi haline dönüştürülmesi..) Böylece kültür şokuna uğrayan dejenere bir gençlik ortaya çıkar. Bunun mimarları ekonomik açıdan gelişen-zenginleşen sektör haline dönüşen dershaneler, gençliğe yatırımı dershanelerde gören aileler ile bunlara seyirci kalan, vizyon yaratamayan özelinde milli eğitim, genelinde sistemdir.

Toplumsal duyarlılık yerine bireysellik, bencillik ön plana çıkmış, herkes kendi çapında çocuklarını kurtarmanın yolunu tutmuştur. Yetkili kurumlar sorunları önemsemek yerine görmezden gelerek yada öteleyerek daha sarmal hale gelmesini adeta seyretmektedirler. Nereye kadar? Kurumlar çökünce, sistem çökünce herkes bunun altında kalacaktır.

Şiddet konusunda; polisiye tedbirler, yasaklamalar, yazılı kurullarla gün kurtarılabilir. Gelecek için kalıcı olamaz. Toplumlar kendi geçmişini sorguladığında nerelerde, nasıl hatalar yaptık? Sevgiyi, dostluğu, dayanışmayı, paylaşmayı, saygıyı nasıl yok ettik? Bunları yeniden nasıl yeşertebiliriz, Hedef ne olmalı, Vizyon ne olmalı?

Amaçsız, hedefsiz, ürkek, başıboş, kendine güveni olmayan bir gençlik izleniminden sıyrılarak; daha dinamik, daha kararlı, daha duyarlı bir gençlik ve bir gelecek yaratarak içinde bulunduğumuz kaostan kurtulabiliriz.

Bu konuda en büyük görev devlete ve onun organlarına düşerken; okullara, öğretmenlere ve son olarak da ailelere büyük sorumluluklar yüklemektedir. Sonuçta; yukarıda ele aldığımız, örneklediğimiz ve önerdiğimiz hususlar, tüm toplum katmanlarının sorumluluk alarak, Okul-Aile-Çevre üçgeninin pekiştirilmeli ile hedefine ulaşacaktır.

Kaynakça:

- (1) ALPTEKİN, Serap, (www.dokudanişmanlik.com/tvsiddetvetoplum.htm)
- (2) POLAT Oğuz, (www.kriminoloji.com 2002)
- (3) AVCI Ümran ve DEVREZ Burcum, "Şiddetle Topyekûn Mücadele Şart", 26.03.2006, Milliyet Gazetesi
- (4) AVCI Ümran ve DEVREZ Burcum, FIRAT Gülay, "Şiddete yönelmede sorumlu aileler", 27.03.2006, Milliyet Gazetesi
- (5) "Okullarda Şiddet Nasıl Engellenir?", (<http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index>)
- (6) <http://iogm.meb.gov.tr/index.php>
- (7) "Öğrencinin Tercihi 'Korku Ve Şiddet!..', 24. 03. 2006 (<http://www.byegm.gov.tr/yayinlarimiz/anoluyahaberler>)
- (8) DİNÇER Alaaddin "Okullarda Şiddet Olayları Eksik Olmadı", 25.01.2008, (<http://www.egitimsen.org.tr/>)
- (9) Milliyet Gazetesi, 27.03.2006,
- (10) Milliyet Gazetesi, 27.03.2006,
- (11) ARSLAN Feyzullah, "Gül, Güldür, Düşündür", 2002, s.37-38
- (12) GÜÇLÜ, Abbas, "Okullarda şiddet neden artıyor?", 26. 03. 2006, Milliyet, s.22
- (13) ÇALIŞLAR, Oral, "Okullar açılırken şiddete dikkat", 10. 09. 2006, Cumhuriyet, s. 4

SANATÇI BORÇLANMASI PRİMLERİ

Mehmet ÇIRIKA *

1994 yılının Aralık ayında kabul edilen 4056 sayılı Yasa ile “Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünür ve yazarlar” için 15 yılı (5400 günü) aşmamak üzere, sigortasız geçen çalışma sürelerini (SSK) Sosyal Sigortalar Kurumu’na borçlanma olanağı getirilmiştir.

4056 sayılı yasa 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren 1 yıl süreyle yürürlükte kalacaktır.

Sanatçıların borçlanma belgeleri işverenliklerce, işverenlerin bulunamaması halinde ise; sendika, dernek, vakıf ve benzeri ilgili meslek kuruluşlarıncaya düzenlenecek ve borçlanma primleri borçlanan sanatçılar tarafından ödenecektir.

4056 sayılı yasa gereğince yapılacak borçlanmalarda, borçlanma primleri, ödeme tarihinde geçerli olan günlük asgari prim tutarı üzerinden borçlanan sanatçılar tarafından ödenecektir.

4056 sayılı Yasaya göre yapılacak olan sanatçı borçlanmalarında, **malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları** için borçlanma primi ödenmesi öngörülmüş olup, bu sigorta kolları için ödenmesi **gereken prim oranı ise toplam %20**’dir.

Ancak (SGK) Sosyal Güvenlik Kurumu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2010 tarihinden sonra, 5510 sayılı Yasanın 41. maddesinde düzenlenen genel borçlanma hükümlerini dayanak göstererek, 4056 sayılı Yasaya göre yapılan sanatçı borçlanması primlerini de %32 oranı üzerinden tahsil etmeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak da sanatçılarca ödenen borçlanma prim oranını üçte birden fazla artırmıştır.

Geçmişte (SSK) Sosyal Sigortalar Kurumu’nca yapılan uygulamalar nedeniyle, SSK aleyhine dava açmak zorunda kalan ve davalarını kazandıkları halde, yıllarca süren dava sürecinde borçlanma primlerinin çok fahiş miktarlarda yükselmiş olması nedeniyle, primlerini ödeyemeyen ve emekli olamayan ünlü ünsüz bir çok müzik sanatçısı mevcuttur.

Buna ek olarak ödenmesi gereken borçlanma prim tutarının üstelik de yasaya aykırı bir şekilde üçte birden fazla artırılması, zaten önemli bir çoğunluğu asgari yaşam standardının altında yaşamaya çalışan sanatçıları daha da zor duruma düşürmüştü ve borçlanma primleri tamamıyla ödenemez hale gelmiştir.

* Müzik-Sen Genel Başkanı

SGK' nın dayanak gösterdiği 5510 sayılı Yasanın 41. maddesinde, 4056 sayılı Yasaya göre yapılacak sanatçı borçlanmalarıyla ilgili bir hükme yer verilmediği göz önünde tutulduğunda, söz konusu sanatçı borçlanmalarında %32 oranında prim tahsil edilmesinin, anılan 41. maddenin hem sözel anlamına hem de amaçsal yorumuna aykırı düştüğü açıkça görülmektedir.

Kaldı ki, 4056 sayılı Yasa sanatçı borçlanmalarını düzenleyen özel bir yasa olup, özel yasa hükmü mevcutken, 4056 sayılı yasaya göre yapılan borçlanmalarda, borçlanmalarla ilgili genel yasa hükmünün uygulanması hukukun temel ilkelerine aykırı düşmektedir.

Bu şekilde, SGK'ca gerek 4056 sayılı Yasa hükümlerine gerekse 5510 sayılı Yasa'nın 41. maddesine aykırı davranılarak, sanatçılardan geçmişte kalan borçlanma süreleri için **analık, hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı gibi kısa vadeli sigorta kolları primi**, bir başka deyişle **artık verilmesi mümkün olmayan sağlık hizmeti karşılığında %12 oranında sağlık sigortası primi tahsil edilmektedir.**

Nitekim, SGK Sigorta Tescil ve Hizmet Dairesi Başkanlığının sanatçılara gönderilen konuyla ilgili yazılarında da 4056 sayılı Yasaya göre yapılan sanatçı borçlanmalarında, maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin ödenmesi gerektiği belirtilmiş olup, bu sigorta kolları için ödenmesi gereken prim oranı toplamı %20'dir. **Buna karşın, SGK kendi yazılarına da aykırı olarak, sanatçılardan %20 yerine %32 oranında borçlanma primi tahsil edilmektedir.**

Sanatçılara borçlanma hakkı veren 4056 sayılı yasa ile getirilmiş olan özel düzenlemenin ötesinde, aynı haksız ve hukuk dışı durumun, 5510 sayılı Yasanın 41. maddesine göre, SGK' na yapılan **tüm hizmet borçlanmaları için geçerli olduğunu ve Kuruma borçlanma yapan tüm sigortalılardan da nimet-külfet dengesine aykırı olarak, artık yararlanılması mümkün olmayan kısa vadeli sigorta kolları için fazladan %12 oranında prim tahsil edildiğini** düşünüyoruz.

Ancak genel borçlanmalar konusundaki haksızlığın giderilebilmesi için, ya söz konusu 41. madde hükümlerinin iptali amacıyla yargı yoluna gidilmesi yada madde hükmünün değiştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız hukuki gerçekler doğrultusunda, SGK' nın bir an önce yanlıştan dönmesini ve 4056 sayılı yasaya göre yapılan borçlanmalarda yasaya aykırı uygulamasına son vererek sanatçıların bu konudaki mağduriyetlerini bir ölçüde de olsa hafifletmesini diliyoruz.

DAYANAK:

a) 506 sayılı Sosyal Sigortalar yasasına 8.12.1994 kabul tarihli ve 4056 sayılı yasayla eklenen geçici 80 inci madde,

b) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık sigortası Kanunu'nun 41 inci maddesi.