

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 12 | Sayı: 2 | Haziran 2019

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Haziran 2019

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı...O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşındadır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- 1**
- BASİT TIBBİ MÜDAHALE İLE
GİDERİLEBİLECEK ÖLÇÜDE
HAFİF YARALAMA SONUCUNDA
ÖLÜM NETİCESİNİN MEYDANA
GELMESİNE İLİŞKİN YARGITAY
KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
DOLULUK SORUNU VE
AF TARTIŞMALARI
*AN EVALUATION OF CASSATION
COURT'S DECISIONS
ON THE DEATHS WHICH OCCURS
AS A RESULT OF MINOR INJURIES
OF WHICH THE IMPACT CAN BE CURED
WITH SIMPLE MEDICAL TREATMENT*
- Ar. Gör. Şeyma Cebeci
- 41**
- ÖLÜMLÜ VE YARALANMALI
TRAFİK KAZALARINDA
YAYANIN CEZAİ SORUMLULUĞU
*CRIMINAL LIABILITY OF PEDESTRIAN
IN TRAFFIC ACCIDENTS I
INVOLVING DEATH OR INJURY*
- Elif Dönmez
- 65**
- TÜRK CEZA HUKUKUNDA
BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN
EŞE KARŞI İŞLENMESİ
*COMMITTING THE CRIME
OF BASIC SEXUAL ASSAULT AGAINST
THE SPOUSE IN TURKISH PENAL LAW*
- Eylül Erdem
Ar. Gör. Aras Türay
- 103**
- İMAR BARIŞI DÜZENLEMESİNİN
CEZA DAVALARINA ETKİSİ
*EFFECT OF ZONING PEACE
REGULATION ON CRIMINAL CASES*
- Kerem Kaptanoğlu
- 123**
- CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
İÇERİK VE DENETİM BAĞLAMINDA
DURUŞMA TUTANAKLARI
*COURT RECORDS OF CRIMINAL
PROCEDURE LAW REGARDING
TO CONTENT AND CONTROL*
- Ar. Gör. Yalım Yarkın Özbalcı

BASİT TIBBİ MÜDAHALE İLE GİDERİLEBİLECEK ÖLÇÜDE HAFİF YARALAMA SONUCUNDA ÖLÜM NETİCESİNİN MEYDANA GELMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Ar. Gör. Şeyma Cebeci**

Özet

Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralamayı düzenleyen Türk Ceza Kanunu m. 86/2 sonucunda ölüm neticesi gerçekleşmesi hali, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değildir. Bu durumda failin sorumluluğunun hangi hükümler uyarınca belirleneceği meselesinin uygulamada sorun yarattığı görülmektedir.

Çalışma kapsamında öncelikle bu tip yaralamalar sonucunda gerçekleşen ölümlerin neden neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olamayacağı ortaya konmuştur. Daha sonra konuya ilişkin Yargıtay kararları sınıflandırılarak incelenmiştir. Daha sonra ise eleştiriler derlenerek bir çözüm önerisi getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Basit Tıbbi Müdahale ile Giderilebilecek Ölçüde Hafif Yaralama, Taksirle Öldürme, Öngörülebilirlik, Kusura Dayanan Sorumluluk Anlayışı

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 31/05/2019. İlk hakem raporu tarihi: 02/07/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 05/07/2019.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, seyma.cebeci@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7459-2120.

AN EVALUATION OF CASSATION COURT'S DECISIONS ON THE DEATHS WHICH OCCURS AS A RESULT OF MINOR INJURIES OF WHICH THE IMPACT CAN BE CURED WITH SIMPLE MEDICAL TREATMENT

Abstract

The death which occurs as a result of article 86/2 of the Turkish Penal Code, which regulates minor injuries that the impact can be cured by a simple medical treatment, is not an aggravated offense. This situation arises the question of which provisions shall be applied in determining the responsibility of the perpetrator in judicial practice.

This study aims, firstly, to shown that the deaths which occurred as a result of such injuries cannot be accepted as aggravated offences. Then it reviews related case law by classifying them. Finally, it proposes a solution by synthesizing the criticisms concerning the issue.

Key Words: Aggravated Offence, Minor Injuries That the Impact Can Be Cured By a Simple Medical Treatment, Reckless Homicide, Predictability, Liability Based On Fault

I. GİRİŞ

Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin genel düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 23. maddesinde (m.) yer almaktadır. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç olan, kasten yaralama sonucu ölüm neticesi meydana gelmesine özgü kanuni düzenleme ise 87. maddenin 4. fıkrasında bulunmaktadır. Bu fıkra, kasten yaralama suçunun temel haline (m. 86/1) ve cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haline (m. 86/3) atıf yapmaktadır. Başka bir deyişle 86. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif kasten yaralama, m. 87/4'ün kapsamı dışında bırakılmıştır. Böylece, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama sonucu ölüm neticesi gerçekleşmesi hallerinin, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulmasının önünde kanuni bir engel bulunmaktadır. Bu nedenle failin sorumluluğunun hangi hükümler kapsamında değerlendirileceği meselesinin uygulamada sorun yarattığı görülmektedir.

Bu kapsamda öncelikle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki, mehaz Alman Ceza Kanunu'ndaki ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki genel düzenlemelere değinilecek; ardından kasten yaralama suçu sonucunda ölüm neticesinin gerçekleşmesi halini özel olarak düzenleyen TCK m. 87/4'ün koşullarından bahsedilecektir. TCK m. 87/4'ün m. 86/2'ye atıfta bulunulmasına değindikten sonra bu konudaki Yargıtay uygulaması üzerinde durulacaktır.

II. NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ YARALAMA

A. 765 SAYILI MÜLGA TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

765 sayılı mülga TCK sisteminde, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara¹ ilişkin 452. maddedeki düzenlemenin² objektif sorumluluk anlayışına dayandığı ifade edilmekteydi³. Kusura dayanan sorumluluk anlayışının karşıtını ifade eden bu kavram, iradi hareket ile nedensellik ilişkisi bulunan her neticeden, failin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın

- 1 765 sayılı TCK'da kastı aşan suç ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç olmak üzere bu konuya ilişkin iki terim bulunmaktaydı. Buna göre, kastı aşan suçta fiil, kastedilenden daha ağır bir suçun oluşmasına neden olmakta, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin istediği neticenin yanında başka bir netice ortaya çıkmaktaydı. 5237 sayılı TCK m. 23'te yer alan düzenleme, eski kanundaki her iki kurumu da kapsayan bir düzenlemedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.2, S. 4, Ağustos 2007, ss. 223-246, s. 223, 224.
- 2 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi: "*Katil kastıyla olmıyan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefî nefis husule gelmiş olursa fail, 448 inci maddede beyan olunan abvalde sekiz, 449 uncu maddede yazılı abvalde on ve 450 nci maddede muharrer abvalde on beş seneden aşağı olmak üzere muvakkat ağır hapse mahkûm olur. Eğer telefî nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmiyen abvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelbuz esbabın inzımanı ile vukua gelirse, 448 inci maddede beyan olunan abvalde beş seneden, 449 uncu maddede muharrer abvalde yedi seneden ve 450 nci maddede yazılı abvalde fail on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*"
- 3 Mustafa Ruhan Erdem, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 1, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss. 257-262, s. 258.; Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 107 vd.; Necati Meran, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı ve Yaralama Suçları", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 83, Temmuz 2013, ss. 44-51, s. 44.; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Basım, 6. Bası, 2016, s. 298, d. 186.; Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Bası, 2017, s. 393. Doktrinde Özbek ise 765 sayılı TCK'da da kusur sorumluluğunun esas alınması sebebiyle, neticesi bakımından ağırlaşan suçlar konusunda objektif sorumluluk esasının benimsenmediğini, mülga Kanun döneminde de failin ağırlaşan netice bakımından taksirinin bulunmasını gerektiğini ifade etmektedir. Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 225.

sorumlu tutulması gerektiğini ifade eder⁴. 452. maddede düzenlenen suçun oluşabilmesi için kasten yaralama fiilinin, 456/4. maddede düzenlenen basit müessir fiil (5237 sayılı TCK m. 86/2'nin karşılığı) olması yeterliydi. Bu durumda fail, ilk kasıtlı hareketiyle ağır neticeye yol açtığı için ortaya çıkan bu neticeden de kastıyla sorumlu tutulmaktaydı⁵. Hâlbuki 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın, basit yaralamalar bakımından uygulanması kabul edilmemiştir⁶. Bu konuya aşağıda detaylı olarak değinilecektir.

B. ALMAN CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

Alman Ceza Kanunu'nun "fiilin özel neticeleri sebebiyle daha ağır ceza" başlıklı 18. maddesi, "*Fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azında taksirinden sorumlu olması gerekir*"⁷ hükmünü haizdir. Buna göre, Alman Ceza Kanunu'nda da, failin meydana gelen istenmeyen neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirinin varlığı açıkça aranmıştır⁸. Bu düzenlemenin, aşağıda bahsedilecek 5237 sayılı TCK m. 23 ile büyük oranda benzeştiği görülmektedir. Kısaca iki maddenin farklarına değinmek gerekirse, Al.CK daha kapsayıcı bir kavram olan "özel netice"den bahsederken, aşağıda görüleceği üzere TCK, "ağır veya başka netice" ifadesini kullanmaktadır. TCK ceza sorumluluğunun sahibi olarak sadece "kişi" ifadesine yer vermişken, Al.CK "fail ve katılan" diyerek netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirakin mümkün olduğunu açıkça ifade etmektedir⁹. Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, netice

4 Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, 10. Bası, 2017, s. 281, 282.; Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, s. 393.

5 Necati Meran, **a.g.e.**, s. 44.; Objektif sorumlulukta dahi öngörülebilirlik kriteri aranması gerektiği yönünde bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 129 vd.

6 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, "Netice sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, ss. 78-119, s. 98.

7 Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch**, İstanbul: Beta Basım, 2. Bası, 2015, s. 19.

8 Nazmiye Özenbaş, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 224.

9 Koray Doğan, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2015, s. 77.

sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin bu düzenleme, Kanun'un genel hükümler kısmında yer almakta ve netice sebebiyle ağırlaşmış pek çok suç düzenlemesine özel hükümler kısmında ayrıca yer verilmektedir¹⁰.

Alman Ceza Kanunu'nda yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin bir diğer düzenleme m. 11/2'dir. Düzenleme, kast ve taksir kombinasyonundan oluşan netice sebebiyle ağırlaşmış suçların, kanunun genel sistematigi içerisinde kasıtlı suç olarak kabul edileceğini belirtmektedir¹¹. TCK'da ise netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç tipi mi yoksa taksirli suç tipi mi olduklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

1. Genel Olarak Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç "*kasten işlenen bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği ve ağır cezanın verilmesini gerektiren suçlar*" olarak tanımlanabilir¹².

5237 sayılı TCK'nın "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" başlıklı 23. maddesi "*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 etmesi gerekir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde, TCK'da yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin genel hükümlerde düzenlenen bir normdur.

5237 sayılı TCK, mülga Kanun'daki objektif sorumluluk anlayışını terk ederek 23. maddesinde, failin ortaya çıkan ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için "en azından taksirle" hareket etmesini aramıştır¹³. Böylece, hareketi ile ortaya çıkan netice arasında neden-

10 Nazmiye Özenbaş, **a.g.e.**, s. 224.

11 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 77, 78.

12 Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 227, 228.

13 Doktrinde Hafizoğulları-Özen tarafından ifade edilen, TCK m. 23'teki "en azından taksirle" ifadesi dolayısıyla kanunun bir taksir karanesi yarattığı görüşüne katılmamaktayız. Zira kanun taksir karanesi yaratmamış, başka bir deyişle daha ağır veya başka netice dolayısıyla failin her halükarda taksirinden dolayı sorumlu tutulacağını söylememiştir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için neticeye yönelik taksirinin bulunup bulunmadığı her somut olayda tespit edilmelidir. Görüş için bkz. Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **a.g.e.**, s. 281, 285.

sellik bağı bulunması, failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesine tek başına yetmemekte, netice bakımından failin taksiri de aranmaktadır¹⁴. Bu husus 23. maddenin gerekçesinde “...kusurun aranmadığı objektif sorumluluk balleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk ballerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur¹⁵.” cümleleriyle vurgulanmış, başka veya ağır neticeden sorumluluğun artık kusura dayalı sorumluluk olduğu ifade edilmiştir.

Bu çalışma ile bağlantısı olan TCK m. 87/4'te yer alan suç, 23. maddede yer verilen netice sebebiyle ağırlaşmış suçun bir örneğidir ve bu sebeple 23. madde ile birlikte değerlendirilmelidir¹⁶. Buna rağmen, pek çok Yargıtay kararında yaralama kastını aşan ölüm neticesinden faili sorumlu tutarken neticeye yönelik taksir incelemesi yapılmadığı, mülga Kanun döneminden kalan objektif sorumluluk anlayışının terk edilmediği anlaşılmaktadır¹⁷. Aşağıda bu yöndeki kararlar sınıflandırılarak incelenecektir. Fakat, m. 23 ve m. 87/4'ün koşulları bir arada incelenmeden önce, kurumun hukuki niteliği aşağıda kısaca açıklanacaktır.

2. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçun Hukuki Niteliği

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçun hukuki niteliğine ilişkin olarak Türk doktrininde ileri sürülen iki temel görüşten biri, bu suçun bağimsız suç tipi olduğudur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, netice sebebiyle ağırlaşan suçlar, kast-taksir kombinasyonundan oluşan, kastedilen ilk suçtan ve taksirle neden olunan ağırlaşan ya da başka neticeden ayrı, bağimsız bir suç tipi oluştururlar¹⁸. Bir diğer görüşe göre, netice

14 Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail, tek bir fiiliyle mağdur üzerinde birden fazla netice (kastedilen ilk suç ve ağırlaşan ya da başka netice) meydana getirmektedir. Bu durumda fikri içtima (TCK m. 44) hükmünün uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kanunda ayrıca ve açıkça gösterilmesi karşısında fikri içtima kuralı bu tip suçlarda uygulanamaz. Aynı yönde bkz. Hamide Zafer, **a.g.e.**, s. 298, d. 188.

15 Fatih Selami Mahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul: Beta Basım, 2017, s. 384.

16 Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı İzmir Şerhi**, C. 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 434.

17 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 78, 79.

18 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Bası, 2017, s. 180.

sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kasten işlenen temel suç tipine bağlı olarak düzenlenmekle ve cezası da bu temel suç üzerinden artırılmakla, temel suçun nitelikli halini oluştururlar¹⁹. Bir nitelikli halden bahsedebilmek için failin kastının bu nitelikli hali kapsamı gerektiğinden, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların, temel suçun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz²⁰.

Bu konudaki Yargıtay uygulaması ise, çalışmanın kapsamını aşmamak için ayrıca üzerinde durmadığımız gerçek ve görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suç ayırımına dayanmaktadır. Kısaca değinmek gerekirse, gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suç tipi ile meydana gelen netice arasında nicelik farkı bulunur. Başka bir deyişle burada, kastedilen temel suç yanında, başka bir suç tipi meydana gelir. Görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, temel suç ile meydana gelen netice arasında nitelik farkı bulunur²¹, yani temel suç başka bir suça değil, aynı suç tipi içinde daha ağır bir neticeye yol açar. Yargıtay'a göre, örneğin TCK m. 87/4 gibi, gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bağımsız birer suç tipi teşkil ederler. Oysa örneğin 6545 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi, cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlini düzenleyen TCK m. 103/6 gibi görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar temel suç tipinin nitelikli halidir²². Gerçek ve görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçların ayırımında kullanılan nicelik-nitelik kriterinin yeterince açık olmaması dolayısıyla bu ayırma katılmamaktayız²³. Ayrıca, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların, temel suçun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğine yukarıda değinmiştik. Zira failin bir nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için, kastının o nitelikli hali kapsamı gerekir. Oysa netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonundan oluşurlar ve nitelikli hale taksirle sebep olunması mümkün değildir.

19 Örneğin Toroslu TCK m. 87'deki düzenlemelerin tümünü "sonuçtan kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler" olarak ifade etmektedir. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 7. Bası, 2013, s. 49.

20 Aynı yönde bkz. Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 12.

21 Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, İstanbul: Beta Basım, 1992, s. 356.

22 Örneğin Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2015/3424 E., 2015/7975 K., 2.9.2015 T. sayılı kararında, 6545 sayılı Kanun ile değişmeden önceki TCK m. 103/6 uyarınca, mağdurun ruh sağlığında bozulma olması "artırım nedeni" olarak ifade edilmiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. CD, 2015/1572 E., 2015/6281 K., 11.5.2015 T.

23 Aynı yönde bkz. Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 29.

Bu konuya ilişkin bir diğer tartışma ise, netice sebebiyle ağırlaşmış suç kurumuna ihtiyaç olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre; netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin kastettiği suç ile taksirli netice arasında fikri içtima hükmünün²⁴ uygulanması mümkündür; aksini kabul eşitlik ile kusursuz suç ve ceza olmaz ilkelerine aykırı olacaktır. Örneğin, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu, öngörülen ceza ve kusurluluk derecesi bakımından kasten öldürme ile taksirle öldürme suçu arasında yer almaktadır²⁵. Bu görüşe göre, kasten yaralama sonucu taksirle ölüme sebep olan failin TCK m. 87/4 gereği, taksirle öldürme için öngörülen cezadan daha fazla bir cezaya mahkûm edilebilmesi, cezanın kusurla orantılı olmaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, farklı kusur şekilleri bakımından aynı cezaya hükmedilmesi de eşitlik ilkesini zedeleyecektir²⁶.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş ise netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, cezanın tayini bakımından failin kastettiği suç sonucu meydana gelen ağır neticenin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir²⁷. Bu görüş uyarınca, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların karma yapısı, fikri içtima ile sonuca ulaşmaya imkan vermemektedir. Ayrıca netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunda, kastedilen suç ile oluşan ağır veya başka netice arasında özel bir sebep-sonuç ilişkisi mevcuttur. Özel netice, kastedilen suç sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Oysa fikri içtimada, iki suç arasında böyle bir nedensel ilişki aranmaz²⁸. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kanunda ayrıca düzenlenmesinin bir diğer gerekçesi ise kastla gerçekleştirilen temel suça yönelik hareketin, daha ağır veya başka bir neticeyi de meydana getirme riski taşımasıdır²⁹. Meydana gelen ağır veya başka neticenin sebebi, bu ağır veya başka neticenin gerçekleşmesi riskini de taşıyan kasten işlenen ilk suçtur. Bu durum, netice sebebiyle ağırlaşmış suçu taksirli suçlardan

24 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima düzenlemesi "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" şeklindedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre fail, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarını tek bir fiille işlediğinden fikri içtima hükmü uyarınca sorumlu olmalıdır. Buna göre, fail daha ağır cezayı gerektirmesi sebebiyle sadece taksirle öldürme suçundan cezalandırılacaktır.

25 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 99.

26 Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 230.

27 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 69, 70.; Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 230.

28 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 70.

29 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 261.

da ayırmaktadır³⁰. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, kendisini meydana getiren her iki suçtan daha yüksek bir haksızlığa sahip olduğundan, bu suçların haksızlık içeriği fikri içtima kurallarıyla karşılanamayacaktır³¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, netice sebebiyle ağırlaşmış suçun kastın özel bir şekli olduğu, failin netice bakımından taksirle hareket etmesi sebebiyle taksirle öldürmeden cezalandırılması gerektiği, 23. maddenin Kanun hükümleri arasında çelişkiye yol açtığı ve bu sebeple Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu iddiasına yönelik başvuruyu reddetmiştir³².

3. 23. Maddedeki Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlara İlişkin Genel Düzenleme ile m. 87/4'te Yer Alan Düzenlemenin Koşulları

TCK m. 87/4 “*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir³³. Yukarıda da belirtildiği gibi bu maddenin koşulları, 23. maddeyle birlikte incelenecektir.

30 Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 226.

31 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 199.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Kasten Yaralama...**, s. 810.

32 Anayasa Mahkemesi, 2006/72 E., 2009/24 K., 19.2.2009 T. Çevrimiçi Erişim: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.04.2019.

33 Doktrinde, maddede yer alan düzenlemenin bağımsız bir suç mu, yoksa kasten yaralama suçu bakımından cezayı ağırlaştırıcı, taksirle yaralama suçu bakımından cezayı hafifleten bir hal mi olduğu tartışılmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, faildeki kast öldürmeye değil yaralamaya yönelik olduğundan, kasten öldürme suçunun nitelikli hali söz konusu değildir. Yine, ölüm neticesi fail tarafından istenmediği için de yaralama suçunun nitelikli halinden bahsedilemez. Bu durumda fıkradaki düzenlemenin yaralama bakımından kast, ölüm neticesi bakımından taksir arayan karma bir suç tipi yarattığı kabul edilmelidir. Çalışmamızın kapsamını aşacağından, bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 88. Konuya ilişkin bir diğer tartışma ise, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların sonuç olarak taksirli mi yoksa kasıtlı bir suç tipi mi olduğudur. Bu konuda yapılacak niteleme önemlidir; zira hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilmesi (TCK m. 50/4), hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51/1/a), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/3/a), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (TCK m. 231/6-a) gibi pek çok kurum bakımından yapılacak tespitün önemi bulunmaktadır. TCK'da bu konuya açıklık getiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Ceza Kanunu ise 11/2. maddesinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç sayılacağını açıkça düzenlemiştir. Doktrinde Zafer, ikinci neticenin, failin kastettiği neticeyi ağırlaştırdığından hareketle Türk hukuku bakımından da bu suçların kasıtlı suç olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Hamide Zafer, **a.g.e.**, s. 300.

a. Kanuni Düzenleme

Koşulları 23. maddede belirtilen netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin genel düzenleme, Kanun'un çeşitli maddelerinde somutlaştırılmıştır. İnceleme konumuzu da ilgilendiren kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri (m. 87), işkence yapılan kişinin ölmesi (m.95/4), çocuk düşürtme suçunda kadının ölmesi (m.99/3) gibi hükümler buna örnek olarak verilebilir. 23. madde her ne kadar genel hükümler kısmında yer almaktaysa da, maddenin tek başına uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise, netice sebebiyle ağırlaşmış halin cezaya nasıl yansıtacağına ilişkin genel hükümlerde bir düzenlemeye yer verilmemesidir³⁴. Başka bir deyişle bu maddenin, Kanun'da özel olarak düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü ile beraber uygulanması gerekmektedir³⁵.

b. Failin Belli Bir Suça Yönelik Kastının Olması

Failin temel suç bakımından taksirinin bulunması halinde 23. madde uygulanamayacaktır³⁶. Böylece 87. maddenin 4. fıkrasındaki hüküm dolayısıyla failin sorumluluğuna gidebilmek için, failin kastının yaralamaya yönelik olması; ancak yaralamanın sonucunda ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekir.

c. Bu Kasıtlı Hareketin Kastedilenden Başka Veya Daha Ağır Bir Neticeye Yol Açması

Kastedilenden ağır netice aynı suç içerisinde, başka netice ise korunan hukuksal değerler başka olduğundan farklı suçlar arasında söz konusu olur³⁷. Yaralama sonucunda mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe neden olunması ağır neticeye, kasten yaralama sonucunda ölüm

34 Hamide Zafer, **a.g.e.**, s. 297.

35 Hasan Tahsin Gökcan, "Ölümlü Sonuçlanan Basit Yaralama; Netice Sebebiyle ağırlaşmış Suç mu, Taksir Görünümünde Objektif Sorumluluk mu?", **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 3, S. 26, Ekim 2008, ss. 45-51, s. 47.; Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 249.; Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 229.; Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, s. 394.

36 Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 47.; Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 224.; Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, 396.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, "Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 78-119, s. 811.

37 Necati Meran, **a.g.e.**, s. 46.

neticesi gerçekleşmesi ise başka neticeye örnek olarak gösterilebilir. Bu başka ya da ağır netice, aynı mağdur üzerinde gerçekleşmelidir. Ağır ya da başka neticenin başka biri üzerinde gerçekleşmesi halinde sorun çoğunlukla sapma kurumu uyarınca çözümlenecektir.

d. Failin Hareketi İle Daha Ağır Veya Başka Netice Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kasten gerçekleştirdiği hareketi ile ağır ya da başka netice arasında nedensellik bağı bulunmalı ve bu netice faile objektif olarak isnat edilebilmelidir³⁸. Zira failin neticeden sorumlu olabilmesi için sadece nedensellik bağı yeterli değildir³⁹. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır ya da başka netice, temel suç tipinin barındırdığı özel tehlikeden kaynaklanmaktadır. Ortaya çıkan daha ağır veya başka netice bakımından failin taksirle hareket etmesi arandığından, failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için uygun sebep teorisinden faydalanılması mümkün olmayacaktır⁴⁰. Bu nedenle, uygun sebep teorisi yerine objektif isnadiyet teorisinden yararlanılmalıdır. Objektif isnadiyet teorisi uyarınca; failin nedensel davranışı hukuki açıdan hoş görülmeyen bir tehlike yaratmış, bu tehlike somut neticede ortaya çıkmış ve bu tür bir tehlike, söz konusu davranış normunun koruma alanında ise fail neticeden sorumludur⁴¹. Ağır veya başka neticenin mağdurun veya üçüncü bir kişinin davranışından kaynaklanması halinde, netice faile objektif olarak isnat edilemez. O halde bu teori, neticenin ancak failin eseri olduğu durumda failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesini sağlamaktadır⁴². Ağır netice ile failin hareketi arasında nedensel ilişki kurulamadığı ve bu neticenin faile objektif olarak isnat edilemediği durumlarda, failin sorumluluğu yalnızca temel suç tipiyle sınırlı olacaktır⁴³. O halde inceleme konumuzu ilgilendiren m. 87/4'ün uygulanabilmesi için failin kasten gerçekleştirdiği yaralama eylemi-

38 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 260.; Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, s. 397.

39 Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 233.

40 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Bası, 2016, s. 300.

41 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 205.

42 Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım - I**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 244.

43 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 260.; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 300.

le ölüm arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ancak aynı zamanda ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilebilir olmalıdır.

e. Ağır Veya Başka Netice Bakımından Failin En Azından Taksirle Hareket Etmesi

Maddede yer alan, failin meydana gelen netice bakımından “en azından taksirle” hareket etmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeden, meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için olası kastla, kastla ya da taksirle hareket etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Hâlbuki örneğin m. 87/4 bakımından, failin ölüm neticesi hakkında taksirle değil de kastla hareket ettiği durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan değil, olası kastla ya da kastla öldürmeden sorumlu olması gerekir⁴⁴. Bu sebeple maddedeki “en azından taksirle” ifadesi “taksirle” olarak anlaşılmalıdır⁴⁵.

Bilindiği gibi taksir, TCK m. 22’de düzenlenmektedir. Maddenin basit taksiri düzenleyen ikinci fıkrası, “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*” hükmünü haizdir. Bilinçli taksiri düzenleyen üçüncü fıkra ise “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*” şeklindedir. Dikkat ve özen yükümlülüğü, objektif ölçütlere göre, başka bir deyişle, ortalama bir insana göre belirlenecektir⁴⁶. Fail, ortalamanın üzerinde bir bilgiye sahipse, neticeyi önlemek için bu özel bilgisini de kullanmalıdır⁴⁷. Taksirden dolayı failin sorumluluğuna gidilebilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın yanında neticenin fail bakımından öngörülebilir olması gerekir. Gerçekten de basit taksir bakımından failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi, bilinçli

44 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 93.; Necati Meran, **a.g.e.**, s. 46.; Nazmiye Özenbaş, **a.g.e.**, s. 341.

45 Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2017, s. 406.; Ozansü’ye göre, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail ilk eylemini kasten tamamlamış ve fakat meydana gelen netice bakımından bilinçli taksirle hareket etmiş olmalıdır. Yazar, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki neticenin basit taksirle gerçekleşmeyeceğini kabul etmektedir. Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 191, 192.

46 Karl Lackner, Kristian Kühn, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 2001, §15, N. 37. Aktaran: Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 259.

47 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 259.

taksir bakımından ise öngörülebilir neticeyi öngördüğü halde istemesi gerekir⁴⁸. Netice öngörülebilir değilse gerçekleşen neticenin kaza ve tesadüf eseri olduğunu söylemek gerekir⁴⁹ ve fail öngörülemeyen bu neticeden sorumlu tutulmamalıdır.

Burada değinilmesi gereken bir nokta da, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin ağır ya da başka netice bakımından taksirle hareket etmesi gerektiğine göre, bu suçlar bakımından da taksirli sorumluluk için gereken tüm koşulların aranıp aranmayacağıdır. Öğretide, temel suç bakımından kasten hareket etmekle kural olarak objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün de ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu durumda ağır veya başka netice konusundaki taksir incelemesi, sadece neticenin fail bakımından öngörülebilir olup olmadığı incelemesiyle, yani objektif ve sübjektif öngörülebilirlikle sınırlı olacaktır⁵⁰.

TCK m. 87/4 bağlamındaki taksirin anlamı doktrinde tartışılmaktadır. Soyaslan'a göre buradaki taksirin anlamı, failin işlemeyi kastettiği fiilden daha ağır bir neticenin doğmasının tahmin edilebilir olmasıdır⁵¹. Yargıtay da öngörülebilirliğin objektif olması gerektiği kanaatinde⁵². Kanaatimizce, failin ölüm neticesine yönelik basit ya da bilinçli taksirinin bulunduğundan söz edebilmek için her şeyden önce, ölüm neticesinin fail bakımından öngörülebilir olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, failin taksiri dolayısıyla kınanabilmesi için kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak, bu neticenin gerçekleşebileceğinin fail bakımından

48 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 259.

49 Kemal Topçu, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 152, 153.; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 11. Bası, 1997, s. 263.; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 19. Bası, 2016, s. 215.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin 7. Bası, 2016, s. 373.

50 Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 259, 260.; Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 240.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 200.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Kasten Yaralama...**, s. 811.; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 298.

51 Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bası, 2016, s. 434.

52 “Ancak failin gerçekleşen ağır ve başka netice bakımından olası kastı olmamakla birlikte, bu ağır ve başka neticenin gerçekleşebileceğini öngörebildiği halde, failin bu netice bakımından sorumlu tutulabilmesi için en azından taksiri aranacaktır. Taksirle sorumluluk bakımından neticenin objektif olarak öngörülebilir olması yeterlidir.” Yargıtay 3. CD., 2010/6651 E., 2012/32108 K., 1.10.2012 T., Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. CD, 2017/323 E., 2017/14338 K., 8.11.2017 T.; Yargıtay 3. CD, 2016/764 E., 2016/16862 K., 4.10.2016 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

öngörülebilir olup olmadığı tespit edilmelidir⁵³. O halde, taksirden söz edilebilmesi için netice hem objektif hem de sübjektif olarak öngörülebilir⁵⁴ olmalıdır⁵⁵. Buna göre, öncelikle neticenin objektif olarak öngörülebilir olup olmadığı, daha sonra da failin kendi kişisel tecrübeleri, bilgi ve yeteneği kapsamında sübjektif olarak neticeyi öngörüp öngöremeyeceği tespit edilmelidir⁵⁶. Ancak neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olup olmaması, tek başına taksirin türünü belirleyen bir unsur değildir. Böyle olunca, neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olduğu tespit edildikten sonra failin taksirinin türü araştırılmalıdır⁵⁷.

4. Basit Tıbbi Müdahale ile Giderilebilecek Ölçüde Hafif Kasten Yaralama

Kasten yaralamayı düzenleyen ve toplam üç fıkradan oluşan TCK m. 86'nın ilk fıkrası, suçun temel haline ilişkindir. Çalışmamızı ilgilendiren ikinci fıkra "*Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.*" hükmünü haiz olup, cezayı azaltan nitelikli hal düzenlemesidir. Maddenin üçüncü fıkrası ise kasten yaralama suçunun cezasını artıran nitelikli hallere yer vermiştir.

Çalışmamız bakımından kritik önem arz eden hususlardan biri, bir yaralamanın ne zaman basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğunun tespit edilmesidir. Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan "Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı raporda, hangi yaralamaların basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olduğu sayılmıştır⁵⁸. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralama, herhangi bir tıbbi müdahaleye ihtiyaç olmaksızın, sağlık mensubu olmayan kimselerce dahi iyileştirilmesi mümkün olan yüzeysel yaralanmalardır⁵⁹.

53 Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 196.

54 Gökcan ise fail bakımından sadece sübjektif öngörülebilirliğin aranması gerektiğini belirtmektedir. Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 50. Aynı yönde bkz. Veli Özer Özbek, **Netice Sebebiyle...**, s. 226, d. 9.

55 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 298.

56 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 91.

57 Serkan Meraklı, **a.g.e.**, s. 197.

58 <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-11-15.pdf> Erişim Tarihi: 01.05.2019.

59 Remzi Şendil, "Yeni TCK'da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp

Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, basit yaralama neticesinde ölüm neticesinin meydana gelmesi, o yaralamanın niteliğini değiştirmeyecektir. Başka bir deyişle, basit yaralama sonucu ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde bu durum, o yaralamanın m. 86/2'deki yaralamanın kapsamı dışına çıkmasına yol açmaz. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Örneğin “*Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen raporda, kronik kalp hastalığı bulunan kişide ölümün, maruz kaldığı darp olayının efor ve stresine bağlı olarak ani kardiyak ölüm sonucu meydana gelmiş olduğu, ölümle olay arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilen, olaydaki yaralanmanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olduğu belirtilmiş ise de, basit tıbbi yaralanmadan söz edilemeyeceği, sanığın eyleminin TCK'nın 87/4. maddesinde yazılı netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunu oluşturduğu anlaşılmalıdır*⁶⁰...” Bir yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olup olmadığına ancak tıbbi uzmanlığı olan bilirkişiler tarafından karar verilebilir. Bilirkişi raporunda bir mantık hatası tespit edilirse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmadır. Fakat yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olup olmadığı, hâkim tarafından tespit edilebilecek bir husus değildir⁶¹. Üstelik kararda yaralamanın neden m. 86/2 kapsamında sayılamayacağı da gerekçelendirilmemiştir.

Çalışmamızı daha net bir biçimde ortaya koyabilmek için yaptığımız bu genel açıklamalardan sonra aşağıda, m. 87/4 ve 86/2 arasındaki ilişkiye değindikten sonra konuya ilişkin Yargıtay kararlarının incelenmesine geçeceğiz.

5. Madde 87/4 ve Madde 86/2 Arasındaki İlişki

TCK m. 87/4 incelendiğinde, maddenin sadece m. 86/1'de düzenlenen yaralama suçunun temel haline ve m. 86/3'te düzenlenen cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerine atıf yaptığı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif yaralama (m. 86/2) sonucu ölüm neticesi meydana gelmesinin, netice sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunun kap-

Yönünden İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 4, Y. 2006, (Temmuz-Ağustos 2006), ss. 1591-1609, s. 1599.

60 Yargıtay 12. CD., 2013/12684 E., 2013/15283 K., 5.6.2013 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.04.2019.

61 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 155.

samı dışında bırakıldığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK, 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Basit yaralama “daha az cezayı gerektiren haller” başlığını taşıyan 88. maddeden çıkarılmış, 86. maddeye ikinci fıkra olarak eklenmiştir. Buna uygun bir diğer değişiklik de 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun ile yapılmış, m. 87/4, 86. maddenin bir ve ikinci fıkralarına atıf yaparken bir ve üçüncü fıkralarına atıf yapar hale getirilmiştir. Kısacası, yasa koyucu değişiklikle birlikte üç fıkradan oluşan 86. maddenin, yine değişiklikle beraber ikinci fıkrasına denk düşen basit yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana gelmesi ihtimalini, bilinçli olarak m. 87/4 kapsamı dışında tutmuştur. Aksi düşünülseydi, yasa koyucu daha sonraki tarihli bir değişiklikle m. 87/4’teki “ikinci” ibaresini “üçüncü” olarak değiştirmezdi⁶². Böylece kanun koyucunun m. 87/4’teki suçun uygulanma alanını daraltma amacını benimsediği görülmektedir⁶³. Bunun sebebi, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama fiilinin ölüm neticesinden sorumlu tutulmayı gerektirecek tehlikeyi içermemesidir⁶⁴.

Ölüm bakımından failin en azından taksirle hareket etmesi gerektiği göz önünde bulundurulunca, ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmayan yaralamaların kapsam dışı tutulması, kusur prensibine dayalı ceza hukuku anlayışı lehine atılmış önemli bir adımdır⁶⁵. Ancak yine de, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama neticesinde mağdur ölebilir. Bu durum çoğunlukla iki şekilde ortaya çıkmaktadır: ölüm neticesi ya basit yaralama ile mağdurda önceden var olan bir hastalığın birleşmesiyle ya da yaralama hareketine mağdurdan kaynaklanmayan sebeplerin eklenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Ölüm hangi nedenle ortaya çıkarsa çıksın, TCK m. 87/4’ün uygulanmasının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır⁶⁶. Zira netice sebebiyle ağırlaşmış suçların koşul-

62 Serap Keskin Kızıroğlu, “Kasten Yaralama”, **Özel Ceza Hukuku**, C. 2, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 182.

63 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 86.

64 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 183.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Kasten Yaralama...**, s. 805.; Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, s. 395.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 193.

Topçu ise bu hususu, m. 87/4’ün uygulanabilmesi için yaralama suçunun belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini, m. 86/2 yaralamasının bu ağırlık seviyesine ulaşmadığını belirterek gerekçelendirmektedir. Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 141.

65 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 86.

66 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 153.; Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 48.; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2. Bası, 2011, s. 163.; Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 432.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok,

larından biri olan “kanunda düzenlenme” kriteri, basit yaralama sonucu meydana gelen ölümler bakımından karşılanmamaktadır. Aksini kabul, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır⁶⁷. Basit yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana gelmesi hallerinde m. 87/4’ün uygulanamayacağı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁶⁸. Bu durumda fail her ne kadar m. 87/4 uyarınca cezalandırılmayacaksa da ölüm neticesinin öngörülebilir olup olmadığına göre farklı ihtimaller

Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Bası, 2017, s. 250.; Samet Can Olgaç, **Kasten Yaralama Neticesinde Ölüme Neden Olma Suçu (TCK 87/4)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 16.

67 Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **a.g.e.**, s. 394.

68 “Hükümlünün 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama eylemi sonucu kronik kalp yetmezliği aktif hale gelerek ölümün gerçekleşmesi olayında, 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesinde bu fıkraya atıf bulunmadığı ve aynı kanununun 23. maddesi dikkate alınarak, 85. maddesi uyarınca somut uygulamaya yapılarak eski hükümle karşılaştırıldıktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken...” Yargıtay 1. CD, 2006/3677 E., 2006/5255 K., 28.11.2006 T.; Aynı yönde bkz. “...olaydaki yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğu belirtilmesi karşısında: TCK’nın 87/4. maddesinin ancak TCK’nın 86. maddesinin birinci fıkrasına giren hallerde uygulanabileceği bulunması...”, Yargıtay 12. CD, 2016/4495 E.; 2018/3099 K., 19.3.2018 T.; Yargıtay 12. CD, 2016/9444 E., 2018/8466 K., 20.9.2018 T.; Yargıtay 12. CD, 2015/16284 E., 2017/3228 K., 18.4.2017 T.; Yargıtay 12. CD, 2016/8219 E., 2016/13042 K., 28.11.2016 T.; YCGK, 2014/12-218 E., 2016/256 K., 10.5.2016 T.; YCGK, 2013/12-495 E., 2016/97 K., 1.3.2016 T., Yargıtay 1. CD, 2014/3097 E., 2015/3093 K., 12.5.2015 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

Ancak kimi kararlarda göze çarpan karşı oy yazıları endişe vericidir. Örneğin; “TCK’nın 86/2. maddesinde; “Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde” demektir. Halbuki somut olayda, kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisi ölümle sonuçlanmıştır. Ölüm doğrudan kasten yaralamanın sonucu olarak gerçekleşmiştir:

TCK’nın 87/4. fıkrası tam da bunun için düzenlenmiştir. Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana geldiğine göre, sanığın TCK’nın 87/4. maddesi gereğince cezalandırılması gerekir. Sanığın taksirli bir eylemi yoktur:

TCK’nın 23. maddesi, TCK’nın 87/4. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Sanık öldürme kastı ile hareket etmemiştir. Sanığın kastı yaralamadır. Sanık kastettiğinden daha ağır bir neticeye sebebiyet vermiştir. Bu da mağdura önceden mevcut olan ve sanığın bilmediği hastalığının tetiklenmesi, sanığın fiili sonucu gerçekleşmiştir. Sanık fiilinin sonucuna kailanmalı ve TCK’nın 87/4. maddesi gereğince cezalandırılmalıdır.” Yargıtay 12. CD, E. 2015/4829, 2016/4767 K., 22.3.2016 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019. Karşı oy yazısına göre m. 86/2 yaralaması sonucunda ölüm meydana gelmişse, fail her hâlikârda m. 87/4 uyarınca cezalandırılmalıdır. Oysaki bu görüş 5237 sayılı TCK’da yer almayan objektif sorumluluk ilkesini savunmaktadır. Dolayısıyla hem kusur sorumluluğu ilkesiyle, hem de suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

ortaya çıkar. Somut olayın koşullarına göre fail, kasten⁶⁹ veya taksirle⁷⁰ öldürme suçundan, bunların koşulları bulunmamakta ise⁷¹ de TCK m. 86/2'deki kasten yaralama fiilinden cezalandırılacaktır⁷². Bu durumda cezanın belirlenmesi bakımından 61. maddenin titizlikle uygulanması gerekir. Bu sonucun doğru olmadığı düşünülmeekteyse TCK m. 87/4'te, m. 86/2 neticesinde gerçekleşen ölümleri de kapsayacak şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir⁷³. Bu olasılıkların her biri aşağıda Yargıtay kararlarına konu olan olaylar üzerinden tartışılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, öngörülebilirlik incelemesinin yanında, söz konusu problem, nedensellik bağı incelemesiyle de çözüme kavuşturulabilir. Örneğin failin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif yaralamaya sebep olacak şekilde tokat attığı mağdur, olayın stresiyle kendisinde var olan kalp rahatsızlığı dolayısıyla kalp krizi geçirip ölse, mağdurun bu tokat neticesinde ölmesi alışıldık bir durum olmayacaktır⁷⁴. Burada her ne kadar ölüm, failin attığı tokat neticesinde gerçekleşmişse de, nedensellik bağının varlığı, tek başına failin neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. Objektif isnadiyet teorisi uygulanacak olursa, buradaki ölüm neticesi atipik bir gelişme olduğundan, faili ölüm

69 “*Sağımın babası olan maktülün eşi sürekli şiddet uyguladığı, olay günü de bu nedenle çıkan tartışma sırasında sağımın maktülün göğsüne tekme ile vurduğu, kalp rahatsızlığı olan maktülün kalp krizi geçirerek hayatını kaybettiği olayda; sağımın babası müteveffanın kalp hastalığını önceden bildiği anlaşılınca, maktüle yönelik kasten yaralama teşkil eden eylemin; TCK'nun 86/1 ve 86/2 maddelerinden hangisinin kapsamında kaldığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra, eylem TCK'nun 86/1 maddesi kapsamında kaldığı takdirde 87/4. maddesinin uygulanması, 86/2 maddesi kapsamında olması durumunda ise aynı kanunun 86/2 ve 22/3 maddeleri yollamasıyla, 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan mahkumiyeti gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Kanaatimizce bu olaya m. 87/4 yerine tartışılması gereken, kastla ya da olası kastla öldürmedir. Zira kalp hastası olduğunu bildiği babasının göğsüne tekme atan failin ölüm neticesi bakımından taksirinden ziyade kastı araştırılmalıdır.

70 İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2016, s. 284.

71 TCK m. 86/2 yaralaması neticesinde ölüm neticesinin gerçekleşmesi olaylarında, failin taksiri varsa taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçundan, netice bakımından taksiri de yoksa sadece ilk kasti hareketi dolayısıyla cezalandırılacağına ilişkin görüşe katılmıyoruz. Zira gerçekleşen yaralama m. 86/2 kapsamında zaten kasten yaralamadır, bu durumda failin taksirle yaralamadan cezalandırılması mümkün değildir. Görüş için bkz. Necati Meran, **a.g.e.**, s. 48.

72 Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 99.; Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 48.; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 250.; Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 432, 433.; Samet Can Olgaç, **a.g.e.**, s. 48.; Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Bası, 2018, s. 200.

73 Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 51.

74 Mağdurun hemofili hastası olması halinde benzer bir yorum için bkz. Hakan Hakeri, **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, 2010, ss. 93-100, s. 100, 101.

neticesinden sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda fail sadece m. 86/2 uyarınca cezalandırılmalıdır. Bu husus doktrinde, m. 87/4'ün, m. 86/2'ye atıfta bulunmaması sebebiyle, m. 86/2 kapsamındaki yaralamalar sonucunda ölüm neticesi meydana gelmesinin m. 86/2 yaralamasının tipik tehlikeliliği içinde bulunmadığı şeklinde de ifade edilmektedir⁷⁵. Ancak, örneğin fail, mağdurun yakın zamanda ağır bir kalp ameliyatı geçirdiğini biliyorsa, artık bu netice fail bakımından atipik olarak yorumlanamayacak, gerçekleşen bu neticeden sorumluluğu bakımından failin özel bilgisi dikkate alınacaktır.

D. BASİT TIBBİ MÜDAHALE İLE GİDERİLEBİLECEK ÖLÇÜDE HAFİF YARALAMALAR SONUCU ÖLÜM NETİCESİ MEYDANA GELMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI

1. Genel Olarak

Daha önce, hangi tür yaralamaların basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olduğuna değinilmişti. Yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralama olduğunda tereddüt yok ise tartışılması gereken, yukarıda açıklandığı gibi, m. 87/4'ün uygulanıp uygulanamayacağı değil, failin gerçekleşen ölüm neticesinden taksiri dolayısıyla sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.

Yargıtay, özellikle mağdurda var olan kronik hastalıkların akut hale geldiği örneklerde, ölüm neticesi bakımından nedensellik bağı ile taksirin varlığını kabul etmekte, failin hastalığı bilip bilmemesini sadece taksirin türünü belirlemekte esas almaktadır⁷⁶. Bu kararların yerleşik içtihat şeklini aldığını görmekteyiz. Ancak bu durum doktrinde sıklıkla dikkat çekildiği üzere, taksir karanesi yaratmakta⁷⁷, ayrıca taksire ilişkin temel kurallarla da çelişmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, taksirin her iki türü bakımından aranan temel husus, neticenin öngörülebilir olmasıdır⁷⁸. Yargıtay'ın, ölüm neticesinin öngörülemez olduğu durum-

75 Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2018, s. 359.

76 Doktrinde Gökçen ve Balcı'nın da aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, "Kasten Yaralama Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, ss. 369-411, s. 399.

77 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 219.; Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 22. Bası, 2016, s. 239.; Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 49, 50.; Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 154.

78 Kayıhan İçel, **a.g.e.**, s. 107.

larda dahi faili basit taksirle öldürmeden cezalandırması, kusur ilkesini ihlal etmektedir⁷⁹.

Hâlbuki öncelikle yapılması gereken, kasten yaralama ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı ve objektif isnadiyetin bulunup bulunmadığını tespit etmektir⁸⁰. Basit yaralama sonucunda gerçekleşen ölüm failin eseri değilse, başka bir deyişle bu netice faile objektif olarak isnat edilemiyorsa, fail ölümden sorumlu olmayacaktır. Neticenin failin eseri olduğu tespit edilirse, bir sonraki aşama olarak taksire ilişkin değerlendirme yapılmalıdır⁸¹. Bu aşamada fail bakımından ölümün öngörülebilir olup olmadığının tespit edilmesi gerekir⁸². Fail hastalığı bilmiyorsa, neticeyi öngörmesi mümkün olamayacağından⁸³ ölüm neticesi hakkında basit taksiri olduğu dahi söylenemez ve ancak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamadan sorumlu tutulabilir⁸⁴.

Aşağıda Yargıtay'ın basit yaralama sonucu ölüm neticesi gerçekleşen olaylarda verdiği kararlar, çeşitli kategorilere ayrılarak incelenecektir. Öncelikle Yargıtay'ın ölüm neticesi öngörülebilir olsa da olmasa da faili taksirle öldürmeden sorumlu tuttuğu kararları ele alınacak, ardından ölümün öngörülemez olduğu hallerde failin sadece basit yaralamadan sorumlu tutulması gerektiğine işaret eden az sayıdaki kararı incelenecektir. Son olarak yaralamanın aslında m. 86/3 kapsamında kaldığının gözden kaçırıldığını düşündüğümüz Yargıtay kararlarına değineceğiz.

2. Faili Taksirle Öldürmeden Sorumlu Tutan Yargıtay Kararları

a. Basit Yaralamanın Mağdurdan Kaynaklanan Sebeplerle Birleşmesi Sonucu Ölümün Gerçekleştiği Olaylarda Yargıtay İçtihadı

Basit yaralama neticesinde ölüm meydana gelmesine ilişkin Yargıtay

79 Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 50.; Özbek'e göre de bu uygulama, kanunilik ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan kıyas yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.

80 Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Genel Hükümler**, s. 247.

81 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 193, 194, d. 123.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Kasten Yaralama...**, s. 805.

82 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 156.

83 Serap Keskin Kızıroğlu, **a.g.e.**, s. 183.

84 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 156.; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2014**, s. 615.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2017, s. 220.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **a.g.e.**, s. 252.

kararlarının önemli bir kısmının, kasten yaralamanın mağdurdaki hastalıklarla birleşmesi sonucunda ortaya çıktığı görülmektedir. Bu kararların çoğunda göze çarpan husus, öngörülebilirlik incelemesinin yapılmamasıdır⁸⁵. Örneğin, “...*sanığın maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; yaralamanın 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda, sanık maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise, 5237 sayılı TCK’nın 86/2 ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1 maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor ise, 5237 sayılı TCK’nın 86/2 ve 22/3. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan... hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi*⁸⁶...”

Halbuki, TCK m. 86/2 neticesinde ölüm meydana gelirse, faili bu ölümden taksiri nedeniyle sorumlu tutabilmek için ölümün öngörülebilir olması ve failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak ölüme yol açması gerektiğinden bahsetmiştik. Öngörülebilirlik, yaptığı hareketin hangi sonuçlara yol açacağını failce hesap edilebilirli-

85 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 147.

86 Yargıtay Yargıtay 1. CD., 2010/1293 E., 2010/3013 K., 27/04/2010 T.; Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. CD., 2009/10088 E., 2010/1112 K., 24.02.2010 T. Her iki karar için bkz. Seydi Kaymaz, Ali Emrah Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 92, d. 60.; “*Suç tarihinde öğretmen olan sanığın, öğrencisi olan maktule birkaç tokat vurması sonrası epilepsi nöbeti geçirdiği ve birkaç gün sonra da maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle kendisinde mevcut epilepsi hastalığının aktif hale geçmesi sonucu uzun süren nöbete bağlı solunum yetmezliğinden öldüğü, Adli Tıp Kurumu raporuyla da ölüm ile müessir fiil arasında illiyet bağının bulunduğu bildirilmesi karşısında ...sanığın maktulde mevcut epilepsi rabatsızlığını bilip bilmediği bususu araştırılıp sonucuna göre, yaralamanın 86/1 maddesi kapsamında kalması durumunda sanığın 5237 Sayılı Yasanın 87/4. maddesi uyarınca kastı aşan yaralama suçundan, yaralamanın 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda ise epilepsi rabatsızlığının önceden bilinmemesi durumunda 5237 Sayılı TCK.nun 22 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85/1. taksirle adam öldürme epilepsi rabatsızlığını önceden bilmesi durumunda ise 5237 Sayılı TCK.nun 22/3 ve 86/2. maddeleri delaletiyle bilinçli taksirle öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi...*”, Yargıtay 1. CD., 2007/8089 E., 2007/9834 K., 27.12.2007 T., Çevrimiçi Erişim: www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.; Aynı yönde: Yargıtay 1. CD, 2007/2128 E., 2007/3816 K., 17.5.2007 T. Karar için bkz. Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 433, d. 744.; Yargıtay 1. CD, 2007/2484 E., 2007/4236 K., 29.5.2007 T., Yargıtay 1. CD., 2007/2034 E., 2007/1109 K., 8.3.2007 T., Yargıtay 1. CD, 2012/5974 E., 2014/1540 K., 12.3.2014 T., Yargıtay 1. CD, 2013/1898 E., 2013/4664 K., 26.6.2013 T., Yargıtay 1. CD, 2010/1293 E., 2010/3013 K., 27.4.2010 T.; Yargıtay 1. CD, 2009/8505 E., 2009/6506 K., 2.11.2009 T., Yargıtay 1. CD, 2008/1-210 E., 2009/62 K., 17.3.2009 T., Yargıtay 1. CD, 2007/9444 E., 2008/2549 K., 2.4.2008 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.; Yargıtay 1. CD, 2007/4671 E., 2007/2833 K., 17.4.2007 T.; Yargıtay 1. CD, 2007/5796 E., 2007/3947 K., 22.5.2007 T.; Yargıtay 1. CD, 2007/8014 E., 2007/2877 K., 17.4.2007 T.; Yargıtay 1. CD., 2007/3562 E., 2007/2563 K., 10.4.2007 T.; Yargıtay 1. CD, 2007/4558 E., 2007/388 K., 13.2.2007 T., Yargıtay 1. CD, 2007/1390 E., 2007/2146 K., 30.3.2007 T., Kararlar için bkz. Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **2006- 2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2008, s. 120-122.

ğidir⁸⁷. Eylemin ölüme yol açabileceği öngörülebilir değilse, örneğin fail mağdurun kronik hastalıklarından haberdar değilse⁸⁸, gerçekleşen ölüm neticesinden sorumlu tutulması da mümkün olmayacaktır. Zira, hayatın olağan akışında, yakından tanımadığımız bir kimsenin hastalıklarını öngörebilmemiz mümkün değildir⁸⁹. Bu durumda neticenin kaza ve tesadüf eseri olduğunu söylemek gerekir⁹⁰ ve fail sadece basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamadan sorumlu tutulmalıdır⁹¹. Dahası, yukarıda da değindiğimiz gibi, failin mağdurdaki kronik kalp hastalığını bilmemesinin, failin manevi unsurunun araştırılması aşamasından çok daha önce, neticenin faile objektif olarak isnat edilememesine sebep olacağı da söylenebilir. Başka bir deyişle, failin fiiliyle gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı bulunsa da meydana gelen bu atipik netice faile objektif olarak isnat edilemez ve bu neticeden sorumlu tutulamaz⁹². Oysa incelenen Yargıtay kararlarından görülen odur ki; fail, her halükarda taksirle öldürmeden sorumlu tutulmakta, mağdurdaki hastalığı bilip bilmediğine ilişkin bilgi ancak taksirin türünün belirlenmesinde kullanılmaktadır. Bu durum, 5237 sayılı TCK'da benimsenmeyen objektif sorumluluğa yol açmaktadır⁹³. Fail, mağdurdaki hastalığı biliyorsa bilinçli taksirle öldürmeden⁹⁴, bilmiyorsa basit taksirle öldür-

87 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **a.g.e.**, s. 247 vd.

88 Failin kalp hastası olduğunu bilmediği iş arkadaşını basit tıbbi müdahaleyle yaralaması üzerine, mağdurun olayın stresiyle kalp krizi geçirip hayatını kaybetmesine ilişkin bir olayda, fail mağdurdaki hastalığı bilmese de ölüm neticesinin öngörülebilir olduğunu söyleyen karşı oy yazısı oldukça dikkat çekicidir. Karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 12. CD, 2015/2252 E., 2015/11034 K., 17.6.2015 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

89 Aynı yönde bkz. “Öleni karşı komşusunun evinde kiracı olarak oturması sebebiyle tanıdığı ve onunla samimiyeti bulunmadığı anlaşılan sanık tarafından, öledeki kalp damar rahatsızlığının bilinmesini beklemek hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi...” Yargıtay 12. CD, 2014/18994 E., 2015/7255 K., 04.05.2015 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

90 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 152, 153.; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **a.g.e.**, s. 263.; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 215.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Genel Hükümler**, s. 373.

91 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **a.g.e.**, s. 163, 164.; Nur Centel, “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 190.; Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 143.

92 Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.

93 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 152.

94 “Sanık Ahmet’in, boşanma davası açan ve bu nedenle babasının evine taşınan eşi ile görüşmek üzere kayınpederinin evine gittiği ve eşinin ailesi, görüşmeye müsaade etmediği için çıkan kavga sırasında, ittirmesi sonucu kayınpederi olan maktûlin düştüğü ve olayın efor ve stresi ile kendisinde önceden mevcut olan kronik kalp-damar hastalığının akut hale geçmesi sonucu öldüğü olayda;

Sanığın maktûldeki kalp rahatsızlığını önceden bildiği anlaşılmalı, eylemi bilinçli taksirle

meden⁹⁵ cezalandırılmaktadır. Fail ile mağdurun ilk kez karşılaştığı örneklerde dahi Yargıtay, mağdurdaki hastalığın failce bilinip bilinmediği bakımından bir araştırma yapmamakta, doğrudan, basit taksirle öldürmeden hüküm kurulması gerektiği yönünde karar vermektedir⁹⁶. Bu noktada belirtmek isteriz ki, failin ölüme sebebiyet veren halleri bildiği her somut olayda, ölüm neticesinin gerçekleşeceği öngörülebilir olmayabilir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi Yargıtay, mağdurun hastalığının failce bilindiği çoğu örnekte bilinçli taksirle öldürmeden hüküm kurulmasını istemektedir. Bu yaklaşım kusura dayalı sorumluluk ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁹⁷.

Yargıtay'ın kimi kararlarında, faili her halükarda taksirle öldürmeden sorumlu tutmadan önce m. 23'e atıf yaptığı görülmektedir. Örneğin *"Tartışma ortamında sanığın iteklemesi sonucu yere düşen maktulün kendisinde mevcut beyin damar hastalığının olayın efor ve stresiyle birlikte aktif hale geçmesinden gelişen patolojik beyin kanaması sonucu öldüğü olayda, sanığın ... (maktuldeki hastalığı) bilmesi halinde TCK 22, 23, ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksirle adam öldürme, aksi halde TCK m. 86/2. maddesi aracılığı ile 85. maddeleri kapsamın-*

adam öldürme suçunu oluşturduğu halde, 5237 sayılı TCK'nun 22/3, 23 ve 86/2. maddeleri delaleti ile 85. maddesi uyarınca hüküm kurulması gerektiği düşünülmemek üzere yazılı şekilde karar verilmesi..." Yargıtay 1. CD, 2007/1030 E., 2008/2511 K., 1.4.2008 T., Aynı yönde: YCGK, 2013/12-371 E., 2016/39 K., 26.1.2016 T., Yargıtay 1. CD, 2006/6519 E., 2007/8520 K., 19.11.2007 T., Yargıtay 1. CD, 2006/685 E., 2006/1921 K., 10.5.2006 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

- 95 *"Sanığın maktülde mevcut olan kalp rahatsızlığını önceden bilmediği ve bu nedenle sorumluluğunun taksire dayalı olması nedeniyle sanığın 5237 sayılı TCK'nun 22/2 delaletiyle 85 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi..."* Yargıtay 1. CD, 2005/3123 E. 2006/5339 K. 30.11.2006 T., Çevrimiçi Erişim: www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.; Aynı yönde bkz. *"...sanığın öleni basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde darp ettiğinin kabul edilmesi gerektiği, buna göre sanığın ölene mevcut olan kalp rahatsızlığını önceden bilmediği de dikkate alınarak, 5237 Sayılı TCK'nun 22/2 ve 86/2. maddeleri aracılığıyla 85/1. maddesi uyarınca taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması..."*; Yargıtay 1. CD, 2016/2258 E., 2017/4849 K., 6.12.2017 T.; Yargıtay 12. CD, E. 2015/4829, 2016/4767 K., 22.3.2016 T., Yargıtay 1. CD, 2012/6081 E., 2014/1596 K., 17.3.2014 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.
- 96 *"Sanık ve maktul arasında besap yüzünden tartışma çıktığı, tartışma sırasında karşılıklı etkili eylemde buldukları, maktulün maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle sanık tarafından daba önceden bilinmeyen kendinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü anlaşılacakla, 5237 Sayılı TCK'nun 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi..."* Yargıtay 1. CD, 2005/1457 E., 2006/2115 K., 24.5.2006 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.
- 97 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 151.

da sanığın bukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği...⁹⁸. Oysa daha önce de değinildiği üzere, 23. madde ancak özel hükümler kısmında netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiş suçlar ile birlikte uygulanabilir, maddenin tek başına uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır⁹⁹. TCK m. 87/4'ün m. 86/2'ye atfı yapılmaması karşısında, m. 86/2 neticesinde gerçekleşen ölümler, netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre ele alınamazlar. Bu sebeple anılan kararlarda Yargıtay'ın 23. maddeye atfı yapılmaması da hatalıdır¹⁰⁰. Yargıtay, netice bakımından failin taksirle hareket ettiğini düşünüyorsa, bu durumda atıfta bulunulması gereken m. 23 değil; taksiri düzenleyen m. 22'dir¹⁰¹. Yargıtay'ın benzer durumlarda m. 23'e atfı yapmayan kararları da mevcuttur¹⁰². Hangi kritere göre bu maddeye atfı yapıldığı ya da yapılmadığı anlaşılabilir.

Failin mağdurdaki hastalığı bilerek hareket ettiği durumlarda, çeşitli ihtimaller karşımıza çıkacaktır. Örneğin fail, mağdurdaki hastalığı biliyorsa, hastalığın durumuna bağlı olarak gerçekleşme olasılığı yüksek olan ölüm neticesini göze almışsa, olası kastla öldürmeden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz¹⁰³. Hastalığı bildiği, ancak ölüm neticesini öngöremediği durumlarda basit taksirle, neticeyi öngördüğü ancak

98 Yargıtay 1. CD, 2007/2709 E., 2007/4048 K., 23.5.2007 T. Karar için bkz. Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2008, s. 541. Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. CD., 2006/894 E., 2006/2130 K., 25.5.2006 T., Çevrimiçi Erişim: www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019; Yargıtay 1. CD, 2005/1457 E., 2006/2115 K., 24.5.2006 T.; Yargıtay 1. CD, 2007/693 E., 2007/2059 K., 28.3.2007 T.; Yargıtay 1. CD, 2015/5759 E., 2016/351 K., 2.2.2016 T., Yargıtay 1. CD, 2008/4428 E., 2012/2222 K., 27.3.2012 T., Yargıtay 1. CD, 2010/608 E., 2010/3103 K., 28.4.2010 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

99 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Özel Hükümler**, s. 221.

100 Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 49.; Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **a.g.e.**, s. 249.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **a.g.e.**, s. 252.; **Kemal Topçu, a.g.e.**, s. 145.

101 Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.; Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 146.

102 "*Emlakçı olan sanığın, olay tarihinde karşılaştığı maktûlden ev satışına aracılık nedeni ile komisyon alacağını istediği maktûlün, küfür etmesi nedeni ile sanığın, maktûle tabta kasa ile vurarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaraladığı, kronik kalp hastası olan maktûlün, hastalığının olayın stres ve eforuyla akut hale geçmesi sonucu hayatını kaybettiği olayda; sanığın, maktûlün kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması, sonuçta bilmiyor ise TCK'nun 86/2 ve 22/2. maddeleri delaletiyle 85/1 maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor ise TCK'nun 86/2 ve 22/3 maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine...*" Yargıtay 1. CD, 2009/3177 E., 2013/911 K., 12.2.2013 T., Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. CD, 2010/4927 E., 2011/5650 K., 3.10.2011 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

103 Aynı yönde bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **a.g.e.**, s. 252.

istemediği ya da uzak bir ihtimal olduğunu düşünerek ölüm neticesinin gerçekleşmeyeceğini düşündüğü durumlarda ise bilinçli taksirle öldürmeden sorumlu olmalıdır. Ayrıca, fail her ne kadar mağdurdaki hastalıkları bilmiyorsa da, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmıyorsa bilebileceği söylenebiliyorsa ve gerçekleştirilen fiil nedeniyle bu hastalıklara sahip bir kimsenin ölebileceği de öngörülebilirse, faili ölüm neticesinden taksiri dolayısıyla sorumlu tutmak gerekir¹⁰⁴. Bu ifadelerimizden, konuya ilişkin verilen her Yargıtay kararını hatalı bulmadığımız anlaşılacaktır¹⁰⁵. Örneğin, fail ile ölenin uzaktan akraba olduğu, failin ölenin kalp hastası olduğunu, bununla ilgili olarak sürekli doktora gittiğini bildiği ve öleni m. 86/2 kapsamında yaraladığı olayda, ölüm neticesinin fail bakımından öngörülebilir olduğunu söylemek mümkündür.

104 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **a.g.e.**, s. 164.; Nur Centel, **a.g.e.**, s. 190.; Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 163.

Ancak, mağdurun sırf 50 yaşında olması sebebiyle, failin, basit yaralama sonucunda mağdurun ölebileceğini öngörmesi gerektiğine ilişkin aşağıdaki Yargıtay kararına katılmamaktayız. Zira kişinin 50 yaşında olması muhakkak kronik hastalığı olacağı anlamına gelmemektedir. “...*sanık ile ölenin karşılıklı olarak birbirlerine bakaret ettikleri, sanığın da yüz bölgesine yumrukla vurmak suretiyle öleni basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olarak yaraladığı, yaklaşık 10 dakika sonra fenalaşarak hastaneye kaldırılan ölenin hastanede yapılan tıbbi müdahaleye cevap vermeyerek kendisinde mevcut kronik kalp-damar hastalığının olayın meydana getirdiği efor ve stresin etkisiyle aktif hâle geçmesine bağlı olarak solunum-dolaşım durmasından vefat ettiği olayda; sanığın yumrukla vurma eylemine bağlı olarak ölenin meydana gelen yaralanmanın TCK'nun 86. maddesinin birinci fıkrası veya birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında olmayıp TCK'nun 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalan bir yaralanma olması sebebiyle sanığın eyleminin TCK'nun 87/4. maddesi kapsamındaki kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturmadığı kabul edilmelidir.*

Suçun TCK'nun 87. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında kalmadığı sonucuna ulaşılmakla, TCK'nun 86. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki kasten yaralama suçunun mu yoksa TCK'nun 85. maddesi kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunun mu oluşacağı; ... öldürme fiilinin taksirle de işlenebilen bir suç olması, sanığın olay tarihinde tartıştığı ölene yumrukla vurması şeklindeki hareketinin iradi bir hareket olması, ölüm neticesini istediğine dair bir tespit yapılamaması ve hareketi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması hususları ile birlikte lise mezunu ve olay tarihi itibarıyla 28 yaşında olan sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözettiği ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 50 yaşındaki bir kişinin yüzüne yumrukla vurulması neticesinde ölüm sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi sebebiyle eyleminin TCK'nun 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” YCGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.9.2018 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

105 Yargıtay'ın katıldığımız bir diğer kararı: “*Sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp batası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir fiilinin etkisiyle, kendinde mevcut kronik lap damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın, ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp hastalığı olan maktulenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK.nun 22/3 maddesi delaletliyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması yerinde...*”

Bu sebeple 1. Ceza Dairesi'nin faili taksirle öldürmeden sorumlu tutan kararına katılmaktayız¹⁰⁶.

Doktrinde Özbek ve Donay'a göre, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama sonucunda mağdurun ölmesi halinde, fail koşulları bulunsa dahi taksirle öldürme suçundan cezalandırılmaz. Aksini kabul, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yasa koyucu m. 86/2 yaralaması sonucunda ölüm neticesinin gerçekleşmesi ihtimaline yasal sonuç bağlamadığı için fail ancak m. 87/2 uyarınca cezalandırılacaktır¹⁰⁷. Kanaatimizce, basit yaralama kastı bulunan failin, koşulları varsa, neden taksirle öldürmeden sorumlu tutulacağına teorik alt yapısı, fiil konusunda benimsenen görüşe göre fikri içtima ya da tüketen-tüketilen norm ilişkisiyle açıklanabilir. Fiil, hareket olarak kabul edilirse, fail tek bir hareketiyle birden fazla farklı suça (basit yaralama ve taksirle öldürme) sebep olduğundan, TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca cezası daha ağır olan suçtan, yani sadece taksirle öldürmeden cezalandırılır¹⁰⁸. Fiilin; hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağından oluştuğu görüşü benimsenirse, fail basit yaralama ve taksirle öldürme şeklinde iki neticeye yol açmıştır. İki netice bulunduğu için tek bir fiil değil, iki fiil bulunmakta, bu da fikri içtima hükmünün uygulanmasına engel olmaktadır. Bu durumda, yaralama ile ölüm arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunduğundan, yani taksirle öldürme suçu, kasten yaralama suçunu adeta tüketeceği için faili sadece taksirle öldürmeden cezalandırmak gerektiği kanaatindeyiz. Hangi görüş benimsenirse benimsensin, kıyasa yol açmadan ve kanunilik ilkesi ihlal edilmeden, koşulları varsa, failin taksirle öldürmeden cezalandırılabilmesini düşünmekteyiz.

b. Basit Yaralamanın Mağdur Dışı Sebeplerle Birleşmesi Sonucunda Ölümün Gerçekleştiği Olaylarda Yargıtay İçtihadı

Basit yaralama sonucunda ölüm neticesi, her zaman mağdurdaki hastalığın yaralama eylemiyle birleşmesi sonucunda ortaya çıkmaz. Yar-

106 Yargıtay 1. CD, 2007/2314 E., 2007/2897 K., 17.4.2007 T. Karar için bkz. Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **a.g.e.**, s. 120.

107 Veli Özer Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 434.; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta Basım, 2007, s. 137.

108 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 193.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Kasten Yaralama...**, s. 804.; Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 143.

gıtay kararlarına da yansıdığı gibi, kimi zaman basit yaralamaya yönelik fiil, sonradan eklenen sebeplerle birleşerek ölüme yol açabilir. Örneğin, 1. Ceza Dairesi'nin 2007/5491 E., 20017/8422 K. ve 15.11.2007 T. kararına konu olay şöyledir: “*Sanığın yumrukla vurarak maktulü yere düşürmesi sonucu maktulün asfalt zemine kafasını çarparak, otopsi raporunda belirtilen şekilde künt kafatası ve kaide kemiği ile kardeterli beyin zarı kanamasından öldüğü anlaşılmakla*¹⁰⁹...” Olayda 1. Ceza Dairesi'nin TCK m. 23 ve m. 86/2 uyarınca taksirle öldürmeden hüküm kurduğu görülmektedir. Oysa yukarıda failin basit yaralama hareketinin, mağdurda mevcut hastalıkla birleşmesi sonucu ölümün neticesinin gerçekleştiği örneklerde de değinildiği gibi, burada da yapılması gereken öncelikle neticenin öngörülebilir olup olmadığının tespit edilmesidir¹¹⁰. Yargıtay bu incelemeyi yapmaksızın faili doğrudan, taksirle öldürmeden sorumlu tutmuştur. 12. Ceza Dairesi'nin, asfalt zeminde mağdura kafa atan sanığın, (mağdurun yüzüne aldığı darbenin m. 86/2 kapsamında kaldığı tespit edilmiştir.) mağdurun düşüp kafasını sert zemine çarparak ölmesi olayında, bu neticenin öngörülebilir olduğu ve failin basit taksirle öldürmeden cezalandırılması gerektiğine ilişkin kararına ise biz de katılmaktayız¹¹¹.

Son olarak değinmek istediğimiz bir diğer nokta ise, basit yaralama eyleminin meşru savunma kapsamında gerçekleşmesi halinde ölüm neticesinin meydana gelmesidir. Kanaatimizce bu konuda ikili bir ayrım

109 Karar için bkz. Sedat Bakıcı, **a.g.e.**, s. 515.; Aynı yönde: “*Sanık, balasının kızına incelenen dosyaya göre mesaj gönderen kişinin maktul olduğunu iddia ettiği, olay günü sokakta yakalandığı maktulü darp etmeye başladığı, sanığın elinden kurtulan ve kaçmaya başlayan maktulün dengesini kaybederek yere düştüğü ve kafasını asfalt yola çarptığı, olay tarihinden 10 gün sonra bastanede tedavi edildiği sırada ise künt kafa travmasına bağlı beyin kanaması, beyin doku barabiyeti ve gelişen komplikasyonlar sonucu öldüğü anlaşılan olayda; tüm tıbbi belgeler ve otopsi tutanağındaki bulgular dikkate alınmak suretiyle, sadece yumruk ve tekme darbeleri sonucunda oluşan yaralanmaların niteliği ile bu yaralanmalarla ölüm arasında illiyet olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili ibtisas kurulundan rapor aldırılması, sanığın yumruk ve tekme darbeleriyle meydana gelen yaralanmanın TCK'nun 86/1. maddesi kapsamında kalması ve illiyetin varlığı halinde aynı Kanununun 87/4. maddesinin 1.cümlesi gereğince kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan; TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda ise aynı Kanununun 22/2 ve 86/2. maddelerinin yollamasıyla 85/1.maddesi gereğince taksirle ölüme neden olma suçundan mabkumiyeti gerektiği gözetilmelidir.” Yargıtay 1. CD, 2016/540 E., 2016/2525 K., 12.5.2016 T., Öngörülebilirlik değerlendirmesi yapmayan bir diğer karar için bkz. Yargıtay 1. CD, 2011/7593 E., 2012/1755 K., 13.3.2012 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.*

110 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 159.

111 Yargıtay 12. CD, 2014/10168 E., 2015/6316 K., 13.4.2015 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

yapılmalıdır. Ölüm öngörülebilir değilse, fail sadece basit yaralama eylemini gerçekleştirmiştir, ancak eylemi hukuka uygun olduğundan m. 86/2 ile cezalandırılması mümkün olmayacaktır¹¹². Ölüm öngörülebilir ise bu durumda failin m. 27/1 gereği sınırı taksirle aştığından bahsedilebilecektir.

3. Faili Basit Tıbbi Müdahale İle Giderilebilir Ölçüde Hafif Yaralamadan Sorumlu Tutan Yargıtay Kararları

Yukarıda, TCK m. 86/2 yaralaması sonucunda ölüm neticesi gerçekleşmesi hallerinde, Yargıtay'ın genel olarak öngörülebilirlik incelemesi yapmadığından bahsetmiştik. Ancak, 12. Ceza Dairesi'nin verdiği kimi kararlarında ölüm neticesi bakımından öngörülebilirlik incelemesi yaptığı tespit edilmiş, netice öngörülebilir değilse failin sadece basit yaralamadan sorumlu tutulması gerektiğini belirten kararlarına rastlanmıştır.

“Basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilir nitelikte yaralanma sonucunda mağdurun ölmesi halinde, 5237 Sayılı TCK'nun 23 ve 87/4. maddelerinin uygulanması imkânı bulunmadığından, failin sorumluluğunun genel hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Meydana gelen sonuç, (ölüm) öngörülebilir ise ve fail bu sonucu öngörmeksizin hareket etmişse, 5237 Sayılı TCK'nun 22/2. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçunu düzenleyen 85. maddesi uyarınca, öngörülebilir sonuç fail tarafından da öngörülmüş ancak istenmemiş ise fail bilinçli taksirle öldürme suçundan Kanununun 85 ve 22/3. maddeleri uyarınca, fail öngördüğü sonucu kabullenerek fiilini icra etmiş ise bu kez de, olası kastla öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır. ... Ölüm sonucunun meydana gelmesinin öngörülmesi mümkün değilse failin taksirle öldürmeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Netice-nin öngörülebilir olmaması halinde, faili meydana gelen ağır sonuç-tan sorumlu tutmak, yeniden objektif sorumluluğun kabulü anlamına gelecektir ki, böyle bir kabul kusur sorumluluğunu benimseyen ceza kanununun sistematiğine de aykırıdır¹¹³.” Bu karar, teorik ve pratik

112 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 167.; Aykut Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013, s. 117

113 Yargıtay 12. CD, 2012/15869 E., 2012/5011 K., 23.02.2012 T., Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD, 2014/18994 E., 2015/7255 K., 04.05.2015 T. Bu kararda her ne kadar fail m. 86/2 kapsamında bir yaralama dahi gerçekleştirmemişse de Yargıtay'ın gerekçesi öngörülebilirliğe ilişkin olduğundan bu bölümle alakalıdır.: Yargıtay 12. CD, 2012/4070 E., 2014/13874 K., 5.6 2014 T., Yargıtay 12.

açından yukarıda söylediklerimizle paraleldir. Olayda, ölüm neticesi öngörülebilir olmadığından fail taksirle öldürmeden değil basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif yaralamadan sorumlu tutulmuştur. Bununla birlikte, Yargıtay'ın öngörülebilirlik incelemesi yaptığı buna benzer kararlarının, yerleşik içtihat halini aldığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Failin ölüm neticesi bakımından taksiri yoksa sadece m. 86/2 uyarınca cezalandırılması gerektiğini belirtmiştik. Ancak m. 86/2'de düzenlenen suç, şikâyete tabi olduğuna ve mağdur da pek çok karara konu olayda, olay yerinde öldüğüne göre şikâyet hakkını kullanamayacaktır. 765 sayılı mülga TCK'da, (5237 sayılı TCK m. 86/2'nin karşılığı olan) 256. maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin bir olayda Yargıtay şu yönde karar vermiştir: “*Sanıkların eylemlerinin 765 sayılı yasanın 456/4. maddesindeki suçu oluşturduğu, bu suçun şikâyete tabi suçlardan olduğu ve maktulün olay yerinde ölmesi nedeniyle şikâyet hakkını kullanmadığı tüm dosya kapsamından anlaşılmalı, şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle, ölenin sağlığında kullanmadığı şikâyet hakkını ölümden sonra müdabil kullanmayacağından... CMK'nın 223/8. maddesi gereğince düşürülmesine*¹¹⁴.” Kanaatimizce failin ölüm neticesinden taksir derecesinde kusuru bulunmadığı ve bu sebeple m. 86/2 uyarınca cezalandırılması gerektiği ancak yargılama aşamasında tespit edilebilecektir. CMK m. 158/7 uyarınca “*Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça*

CD, 2013/16224 E., 2014/13000 K., 27.5.2014 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.05.2019.; “*Arkadaş olan sanık ile maktulün, ... aralarında başlayan tartışmanın kavga-gaya dönüşmesi üzerine, araya giren tanıklarca olayın yatırıldığı, maktulün ayrılarak evine gittiği, o gece uyuyup ertesi gün yatağında ölü olarak bulunduğu olayda, Adli Tıp 1. İltisat Kurulunca, ölümün bir gün önce meydana gelen olayın efor ve stresine bağlı olarak, maktulde mevcut kalp ve damar hastalığının aktif hale geçmesiyle gelişen solunum ve dolaşım durmasından kaynaklandığı, ölüm ile olay arasında illiyet bağı bulunduğu, olaydaki yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğu belirtilmiş ise de... sanığın meydana gelen ölüm sonucundan sorumlu tutmak için yeterli olmadığı... sanığın 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi de gözetilmek suretiyle 86/2. maddesiyle cezalandırılması gerekirken...*” Yargıtay 12. CD, 2011/17504 E., 2012/1213 K., 26.1.2012 T. Karar için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **a.g.e.**, s. 624.

114 Yargıtay 1.CD. 2006/115 E., 2006/3032 K., 07.07.2006 T. Karar için bkz. Mustafa Albayrak, Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 77, Y. 2008, ss. 281-306, s. 286, 287, d. 6.

şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.” Mağdur hayatını kaybettiği için şikayetçi olması ya da şikayetinden açıkça vazgeçmesi mümkün olamayacaktır. Bu durumda sorun, suçtan zarar görenler (örneğin mağdurun yakınları) aracılığıyla çözümlenmelidir. Kanaatimizce suçtan zarar görenler, hukukta birliğin sağlanması adına, özel hukuk anlamındaki “zarar” kavramı temel alınarak belirlenmelidir. Buna göre, kural olarak tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi yalnızca doğrudan zarara uğrayan kişi ya da kişilerdir. O halde, yansıma zarar dolayısıyla genel olarak bir tazminat yükümünden söz edilemez. Ancak, yansıma zararın tazmine konu olması, fiilin bir mutlak hak ihlali sebebiyet vermesi, mutlak hak ihlali bulunmamakta ise de özel bir davranış normunu ihlal etmesine bağlıdır¹¹⁵.

Borçlar Kanunu m. 53'te ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar, ölüm halinde uğranılan zarar kapsamında sayılmış ve m. 55'te destekten yoksun kalma tazminatının nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Yasada destekten yoksun kalma tazminatı bakımından açık bir tazminat talebi tanıdığı içi, destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zarar, yasadaki açıkça öngörülmüş biçimde talep hakkı tanıyan yansıma zararı oluşturmaktadır¹¹⁶. Bu durumda en azından mağdurun desteğinden yoksun kalanlar, suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir. Bu durumda suçtan zarar görenler, CMK m. 237/1 uyarınca davaya katılabilirler. Yargılama sırasında failin sadece basit tıbbi müdahale ile giderilebilir yaralama suçu işlediği anlaşılabilirse bile, suçtan zarar görenlerin davaya katılmakla, failin gerçekleştirdiği eylemden şikâyetçi oldukları anlaşılmalıdır. Böylece şikâyet şartının yerine getirildiği kabul edilerek düşme kararı yerine, failin m. 86/2 uyarınca cezalandırılmasına karar verilmelidir. Mahkeme aksi görüşle davanın düşmesine karar verir ise katılanlar düşme kararına karşı CMK m. 272/2 uyarınca istinaf yoluna başvurabilecektir.

115 Pınar Çağlayan Aksoy, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 171, 172.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 18. Bası, 2015, s. 596.; Pınar Koçyiğit, **Sorumluluk Hukuku**, Ed. Başak Baysal, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 267, 268.

116 Çağlar Özel, **Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Y. 2001, s. 93.

4. Yaralamanın m. 86/3 Kapsamında Olduğunu Gözden Kaçıran Yargıtay Kararları

Basit yaralamanın m. 86/3'te yer alan nitelikli haller¹¹⁷ kapsamında gerçekleştirilmesi halinde, hem 3. fıkrada hem 2. fıkrada yer alan iki nitelikli hal de birlikte uygulanabilecek ve kovuşturma re'sen yapılacaktır¹¹⁸.

Doktrinde Topçu, basit yaralamanın örneğin silahla işlenmesi halinde, fail hakkında m. 87/4 hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Topçu'ya göre, m. 87/4'ün, m. 86/2'ye değil de m. 86/1'e atıf yapmasının sebebi, bu suçun oluşabilmesi için yaralama eyleminin belli bir ağırlığa ulaşmasını aramasıdır. Yine, m. 87/4'ün, m. 86/3'e atıfta bulunmasının sebebi ise gerek failin gerek mağdurun sıfatı gerekse de suçun işlenişinde kullanılan vasıtalar dolayısıyla failin cezasını artırmaktır¹¹⁹. Kanaatimizce, yaralama basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte de olsa, bu yaralama bakımından m. 86/3'te bulunan nitelikli hallerin uygulanamayacağı savunulamaz. Bu durumda yaralamanın m. 86/2 değil, m. 86/3 kapsamında olduğunu söylemek gerekir. Böylece m. 87/4'teki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama, m. 86/3'e atıf yapıldığından, diğer koşullar da varsa fail m. 87/4 uyarınca cezalandırılabilir.

Örneğin: *“Sanığın, kalp rahatsızlığı olduğunu bildiği komşusu ...'ı gürlütlü sebebiyle çıkan tartışmada başına isabet edecek şekilde taş atarak yaraladığı, ...'ın kendisinde mevcut kalp damar hastalığının olayın efor ve stresi ile aktif hale geçmesi sonucunda solunum ve dolaşımının durması sonucu olay yerinde öldüğü, başındaki yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğu olayda; Sanığın kasten yaralama eyleminin TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında kaldığında kuşku bulunmadığından TCK'nun 87/4. maddesi uyarınca*

117 TCK m. 86/(3):” *Kasten yaralama suçunun;*

a) *Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,*

b) *Beden veya rub bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*

c) *Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,*

d) *Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

e) *Silahla,*

İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

118 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **a.g.e.**, s. 258.

119 Kemal Topçu, **a.g.e.**, s. 168.

*uygulama yapılmasında kanunen imkan bulunmamaktadır*¹²⁰.” Kanaatimizce, olaydaki yaralama her ne kadar basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif yaralama ise de, yaralamada kullanılan taş TCK m. 6/f/4 uyarınca “saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli” olduğundan silahtır. Bu durumda artık yaralamanın nitelemesi m. 86/2, değil m. 86/3 üzerinden yapılmalıdır. Böylece, ölüm neticesi öngörülebilir ise failin m. 87/4 ile cezalandırılması mümkün hale gelecektir. Yine, kalp hastası olan mağdurun kardeşi¹²¹ veya eşi¹²² tarafından dövülmesi ve buna bağlı olarak kalp krizi geçirip ölmesiyle ilgili olaylarda, yaralama kardeşe veya eşe karşı işlendiğinden tartışmanın m. 86/2 değil, m. 86/3 zemininde yürütülmesi gerekirdi.

120 YCGK, 2013/495 E., 2016/97 K., 1.3.2016 T.; Aynı yönde bkz. “*Maktulün olay gecesi aralarında çıkan tartışma sırasında bükümlüye bakaret ettiği, bükümlünün de maktulün başına birkaç kez çekiç ile vurduğu, kendinde mevcut kronik kalp hastalığının karıştığı olayın efor ve stresi ile akut hale geçmesine bağlı dolaşım, solunum durmasından maktulün öldüğü, maktuldeki bu rahatsızlığı bükümlünün bilmediğinin mabkemece kabulü karşısında, maktulde oluşan yaralar hakkında 5237 Sayılı Kanun’un 86. maddesi kapsamında rapor aldırılması, yaralamanın 86/2. madde kapsamında kalması durumunda, 5237 Sayılı TCK.nun 86/2 ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan; yaralamanın 86/2. madde kapsamı dışında kalması durumunda ise kasten yaralama sonucunda ölüme neden olmak suçundan, 5237 Sayılı Kanun’un 87/4. maddesi esas alınarak, kurulacak büküm ile kesinleşen bükümün karşılaştırılması, sonucuna göre lere olan yasa ile büküm kurulması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi...*” Yargıtay 1. CD, 2013/4487 E., 2013/7179 K., 2.12.2013 T.; “*Sanığın, maktulün kafasına kürek (ile) vurmaya sonucu maktuldeki kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda; Maktuldeki yaralanma ile ilgili olarak 5237 Sayılı TCK.nun 86/1-2 maddesi kapsamında rapor aldırılması, yaralanmanın 86/2 madde kapsamında kalması halinde 5237 Sayılı TCK.nun 23/1 maddesi yolmasıyla 22/2 ve 85/1 maddeleri kapsamında taksir sonucu adam öldürme suçunun oluşacağı, yaralanmanın 86/1 maddesi kapsamında kalması halinde ise, 5237 Sayılı TCK.nun 87/4 maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle öldürme suçunun oluşacağı...*” Yargıtay 1. CD, 2009/3947 E., 2011/7937 K., 15.12.2011 T. Her iki kararda ise çekiç ve küreği TCK m. 6/f/4 kapsamında silah kabul etmek gerektiğinden, tartışmayı m. 86/2 değil, 86/3 üzerinden yürütmek gerekirdi. Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.

121 “*Olayda sanık, kalp hastası olduğunu bildiği kardeşi maktul ile dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak, kavgaya tutuşmuş, bu kavganın yaratacağı efor ve stresin maktulün kalp krizi geçirmesine, hatta ölümüne neden olabileceğini öngörmüş, ancak neticeyi yani maktulün ölümünü arzulamamıştır; kasti da, kasten yaralamaya dair olup meydana gelen ağır sonuç olan “ölümüne” yönelik değildir. O halde sanığın meydana gelen ağır netice olan ölümden bilinçli taksirle sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamakta...*” YCGK, 2013/12-371 E., 2016/39 K., 26.1.2016 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com., Erişim Tarihi: 06.05.2019. Burada yaralamayı gerçekleştiren, mağdurun kardeşi olduğundan TCK m. 86/3 söz konusudur. Mağdurun kalp hastası olduğu kardeşi tarafından bilindiğine göre, koşulları varsa taksirle öldürmeden değil TCK m. 87/4 ile sorumlu tutulması gerekirdi.

122 Yargıtay 1. CD, 2007/8890 E., 2009/2562 K., 5.5.2009 T., Çevrimiçi Erişim: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.05.2019.; Yargıtay 1. CD, 2007/5796 E., 2007/3947 K., 22.5.2007 T. Karar için bkz. Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **a.g.e.**, s. 120.

III. SONUÇ

Netice sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin genel düzenleme TCK m. 23'te yer almaktadır. Bu maddenin tek başına uygulanma kabiliyeti bulunmayıp muhakkak netice sebebiyle ağırlaşacağı özel olarak kanunda düzenlenmiş suçlarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç olan TCK m. 87/4, kasten yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana gelmesini düzenler. Ancak bu düzenleme sadece m. 86/1 ve m. 86/3 kapsamındaki yaralamalar sonucunda ölüm neticesinin oluşması hallerinde uygulanabilmektedir. Madde, TCK m. 86/2'de yer alan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralamaya atıfta bulunmadığından, m. 86/2 yaralaması sonucu ölüm meydana gelirse, failin cezai sorumluluğu m. 23 ve m. 87/4 kapsamında değil, genel hükümlere göre tespit edilecektir. Bu durumda, failin ölüm neticesi bakımından taksiri varsa taksirle öldürmeden (TCK m. 85) cezalandırılması gerekir. Teorik alt yapısı fikri içtima veya tüketen-tüketilen norm ilişkisi ile açıklanabilecek bu durumda fail, aslında kasten basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralama ve taksirle öldürme suçlarını işlemekte, fakat sonuç olarak sadece taksirle öldürme suçundan cezalandırılmaktadır.

Ne var ki uygulamada ölüm neticesi öngörülebilir değilse bile failin taksirle öldürmeden sorumlu tutulduğu görülmektedir. Kasten yaralama ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının varlığını yeterli sayan bu yerleşik içtihat, 5237 sayılı TCK'nın objektif sorumluluğu dışlayan anlayışıyla büyük bir tezat oluşturmaktadır. Özellikle 12. Ceza Dairesi'nin verdiği kimi kararlarında, ölüm neticesi bakımından öngörülebilirlik incelemesi yaptığı tespit edilmiş, netice öngörülebilir değilse failin sadece basit yaralamadan sorumlu tutulması gerektiğini belirten kararlarına rastlanmıştır. Ancak ne yazık ki bu kararlar yerleşik içtihat haline gelmemiştir.

Uygulamada yaratılan “taksir karinesi”nin önüne geçebilmek için öğretide Doğan tarafından, failin netice bakımından “en azından taksirle hareket etmesi” kıstası yerine, 23. maddede değişiklik yapılarak “neticenin öngörülebilirliği” kriterinin getirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹²³. Kanaatimizce çalışma konumuzu ilgilendiren sorunun çözümü bakı-

123 Koray Doğan, **a.g.e.**, s. 323.

mından böyle bir kanun değişikliğine ihtiyaç yoktur. Zira 23. maddenin mevcut halinde geçen “en azından taksirle” ibaresi, zaten neticenin öngörülebilir olması gerektiğini de göstermektedir. Başka bir deyişle netice sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin bir değerlendirmede, mevcut haliyle TCK m. 23 gereği öngörülebilirlik incelemesi yapılması gerekmektedir. Böyle olunca, değişiklik yapılsa bile Yargıtay’ın öngörülebilirlik incelemesi yapmaya başlayacağını düşünecek bir neden bulamamaktayız.

Olması gereken, Yargıtay’ın objektif sorumluluğa yol açan “taksir karinesi” uygulamasına son vererek, değerlendirmesini TCK m. 23’teki esaslara uygun hale getirmesidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2018
- Aksoy, Pınar Çağlayan: **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016
- Albayrak, Mustafa: “Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Türkiye **Barolar Birliği Dergisi**, S. 77, Y. 2008, ss. 281-306
- Artuç, Mustafa; Akkaya, Çetin; Gedikli, Cemil: **2006- 2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2008
- Artuk, Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Emin; Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Bası, 2017
- Bakıcı, Sedat: **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2008
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem: **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. 1, İstanbul: Beta Basım, 2. Bası, 2011
- Centel, Nur: “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2017
- Doğan, Koray: **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2015
- Donay, Süheyl: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta Basım, 2007
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 11. Bası, 1997
- Erdem, Mustafa Ruhan: “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss. 257-262
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 18. Bası, 2015
- Ersan, Aykut: **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013
- Gökcan, Hasan Tahsin: “Ölümlerle Sonuçlanan Basit Yaralama; Netice sebebiyle ağırlaşmış Suç mu?, Taksir Görünümünde Objektif Sorumluluk mu?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 3, S. 26, Ekim 2008, ss. 45-51

- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat: “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, ss. 369-411
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, 10. Bası, 2017
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 19. Bası, 2016 (Ceza Hukuku)
- Hakeri, Hakan: **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, 2010, ss. 93-100
- Heinrich, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım - I**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014
- İçel, Kayıhan: **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967
- Kaymaz, Seydi; Bozbayındır, Ali Emrah: “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, ss. 78-119
- Kaymaz, Seydi; Gökcan, Hasan Tahsin: **Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006
- Keskin Kızıroğlu, Serap: “Kasten Yaralama”, **Özel Ceza Hukuku**, C. 2, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017
- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan: “Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 801-814 (Kasten Yaralama)
- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Bası, 2017 (Özel Hükümler)
- Koçyiğit, Pınar: **Sorumluluk Hukuku**, Ed.: Başak Baysal, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul: Beta Basım, 2017
- Meraklı, Serkan: **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017
- Meran, Necati: “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı ve Yaralama Suçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 83, Temmuz 2013, ss. 44-51
- Olgaç, Samet Can: **Kasten Yaralama Neticesinde Ölümüne Neden Olma Suçu (TCK 87/4)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016
- Ozansü, Mehmet Cemil: **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007

- Özbek, Veli Özer: “Netice sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, Ağustos 2007, ss. 223-246 (Netice Sebebiyle...))
- Özbek, Veli Özer: **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı İzmir Şerhi**, C. 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008 (İzmir Şerhi)
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin 7. Bası, 2016 (Genel Hükümler)
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2017 (Özel Hükümler)
- Özel, Çağlar: **Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Y. 2001
- Özen, Muharrem: **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998
- Özen, Mustafa: **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Bası, 2018
- Özenbaş, Nazmiye: **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2016
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Bası, 2016
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bası, 2016
- Şendil, Remzi: “Yeni TCK’da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 4, Y. 2006, (Temmuz-Ağustos 2006), ss. 1591-1609
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Bası, 2017
- Topçu, Kemal: **Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013
- Toroslu, Nevzat; Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 22. Bası, 2016
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Aruç, Mustafa: **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2014
- Yenisey, Feridun; Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch**, İstanbul: Beta Basım, 2. Bası, 2015

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Basım, 6.
Bası, 2016

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-11-15.pdf>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

www.kazanci.com

www.lexpera.com

Karar Dizini

Anayasa Mahkemesi, 2006/72 E., 2009/24 K., 19.2.2009 T.

YCGK, 2013/495 E., 2016/97 K., 1.3.2016 T.

YCGK, 2015/12-1254 E., 2018/354 K., 18.9.2018 T.

YCGK, 2014/12-218 E., 2016/256 K., 10.5.2016 T.

YCGK, 2013/12-371 E., 2016/39 K., 26.1.2016 T.

Yargıtay 1. CD, 2006/3677 E., 2006/5255 K., 28.11.2006 T.

Yargıtay 1. CD, 2014/3097 E., 2015/3093 K., 12.5.2015 T.

Yargıtay 1. CD, 2010/1293 E., 2010/3013 K., 27/04/2010 T.

Yargıtay 1. CD, 2009/10088 E., 2010/1112 K., 24.02.2010 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/8089 E., 2007/9834 K., 27.12.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/2128 E., 2007/3816 K., 17.5.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/2484 E., 2007/4236 K., 29.5.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/2034 E., 2007/1109 K., 8.3.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2012/5974 E., 2014/1540 K., 12.3.2014 T.

Yargıtay 1. CD, 2013/1898 E., 2013/4664 K., 26.6.2013 T.

Yargıtay 1. CD, 2010/1293 E., 2010/3013 K., 27.4.2010 T.

Yargıtay 1. CD, 2009/8505 E., 2009/6506 K., 2.11.2009 T.

Yargıtay 1. CD, 2008/1-210 E., 2009/62 K., 17.3.2009 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/9444 E., 2008/2549 K., 2.4.2008 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/4671 E., 2007/2833 K., 17.4.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/5796 E., 2007/3947 K., 22.5.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/8014 E., 2007/2877 K., 17.4.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/3562 E., 2007/2563 K., 10.4.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/4558 E., 2007/388 K., 13.2.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/1390 E., 2007/2146 K., 30.3.2007 T.

Yargıtay 1. CD, 2007/1030 E., 2008/2511 K., 1.4.2008 T.,
Yargıtay 1. CD, 2006/6519 E., 2007/8520 K., 19.11.2007 T.
Yargıtay 1. CD, 2006/685 E., 2006/1921 K., 10.5.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2005/3123 E. 2006/5339 K. 30.11.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2016/2258 E., 2017/4849 K., 6.12.2017 T.
Yargıtay 1. CD, 2012/6081 E., 2014/1596 K., 17.3.2014 T.
Yargıtay 1. CD, 2005/1457 E., 2006/2115 K., 24.5.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2007/2709 E., 2007/4048 K., 23.5.2007 T.
Yargıtay 1. CD, 2006/894 E., 2006/2130 K., 25.5.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2005/1457 E., 2006/2115 K., 24.5.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2007/693 E., 2007/2059 K., 28.3.2007 T.
Yargıtay 1. CD, 2015/5759 E., 2016/351 K., 2.2.2016 T.
Yargıtay 1. CD, 2008/4428 E., 2012/2222 K., 27.3.2012 T.
Yargıtay 1. CD, 2010/608 E., 2010/3103 K., 28.4.2010 T.
Yargıtay 1. CD, 2009/3177 E., 2013/911 K., 12.2.2013 T.
Yargıtay 1. CD, 2010/4927 E., 2011/5650 K., 3.10.2011 T.
Yargıtay 1. CD, 2016/540 E., 2016/2525 K., 12.5.2016 T.
Yargıtay 1. CD, 2011/7593 E., 2012/1755 K., 13.3.2012 T.
Yargıtay 1.CD. 2006/115 E., 2006/3032 K., 07.07.2006 T.
Yargıtay 1. CD, 2013/4487 E., 2013/7179 K., 2.12.2013 T.
Yargıtay 1. CD, 2009/3947 E., 2011/7937 K., 15.12.2011 T.
Yargıtay 1. CD, 2007/8890 E., 2009/2562 K., 5.5.2009 T.
Yargıtay 1. CD, 2007/5796 E., 2007/3947 K., 22.5.2007 T.
Yargıtay 3. CD, 2010/6651 E., 2012/32108 K., 1.10.2012 T.
Yargıtay 3. CD, 2017/323 E., 2017/14338 K., 8.11.2017 T.
Yargıtay 3. CD, 2016/764 E., 2016/16862 K., 4.10.2016 T.
Yargıtay 12. CD, 2012/15869 E., 2012/5011 K., 23.02.2012 T.
Yargıtay 12. CD, 2012/4070 E., 2014/13874 K., 5.6 2014 T.
Yargıtay 12. CD, 2013/16224 E., 2014/13000 K., 27.5.2014 T.
Yargıtay 12. CD, 2011/17504 E., 2012/1213 K., 26.1.2012 T.
Yargıtay 12. CD, 2014/10168 E., 2015/6316 K., 13.4.2015 T.
Yargıtay 12. CD, 2013/12684 E., 2013/15283 K., 5.6.2013 T.
Yargıtay 12. CD, 2016/4495 E.; 2018/3099 K., 19.3.2018 T.

Yargıtay 12. CD, 2016/9444 E., 2018/8466 K., 20.9.2018 T.
Yargıtay 12. CD, 2015/2252 E., 2015/11034 K., 17.6.2015 T.
Yargıtay 12. CD, 2014/18994 E., 2015/7255 K., 04.05.2015 T.
Yargıtay 12. CD, 2015/16284 E., 2017/3228 K., 18.4.2017 T.
Yargıtay 12. CD, 2016/8219 E., 2016/13042 K., 28.11.2016 T.
Yargıtay 12. CD, E. 2015/4829, 2016/4767 K., 22.3.2016 T.

ÖLÜMLÜ VE YARALANMALI TRAFİK KAZALARINDA YAYANIN CEZAI SORUMLULUĞU*

Elif Dönmez**

Özet

Her yıl Türkiye’de gerçekleşen trafik kazalarının yaklaşık %10’unda yayalar kusurlu bulunmaktadır. Buna rağmen yakın bir zamana kadar yerleşik Yargıtay içtihadı, araç içindeki sürücü ve yolcuların yaralanması veya ölümü halinde yayaya taksirle öldürme veya yaralama suçlarından sorumluluk yüklememeye yöneliktir. Son yıllarda Yargıtay bu içtihadından uzaklaşmış ve yayanın da sorumlu tutulabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bu çalışmanın amacı, yayaya cezai sorumluluk yüklenen ve yüklenmeyen uygulamaları kısaca inceleyerek hukuki ve sosyal bağlamda adaleti sağlama noktasındaki yeterliliklerini tartışmalı olarak ele almaktır.

Anahtar Kelimeler: Trafik Kazası, Yayanın Cezai Sorumluluğu, Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Nedensellik, Öngörülebilirlik.

CRIMINAL LIABILITY OF PEDESTRIAN IN TRAFFIC ACCIDENTS INVOLVING DEATH OR INJURY

Abstract

Each year pedestrians are found guilty in %10 of traffic accidents in Turkey. Nevertheless, until recently, the case-law of the Supreme Court has been designed not to engage the responsibility of the pedestrian on the offense of killing or wounding in case of injury and death of the drivers and passengers in the vehicle. In recent years, the Supreme Court has left this case-law and given decisions that the pedestrian

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 13/04/2019. İlk hakem raporu tarihi: 13/05/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 10/06/2019.

** Avukat, İstanbul Barosu, edonmez95@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2421-6434.

could be held responsible. The aim of this study is to examine the sufficiency of judiciary practices in terms of providing justice in a legal and social context by briefly reviewing the cases which held the pedestrian responsible and which didn't.

Keywords: Traffic Accident, Criminal Liability of Pedestrian, Negligent Homicide, Negligent Wounding, Causability, Predictability.

GİRİŞ

Türk hukukunda trafik kazalarından kaynaklanan sorumluluk 13.10.1983 tarihinde kabul edilen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile belirlenmiştir. Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesi, trafik kazasını şöyle tanımlamıştır:

“Trafik kazası: Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karsiştiği ölüm, yaralanma ve zararlar sonuçlanmış olan olaydır.”

Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanlığı'nın yayınladığı istatistikler uyarınca 2018 yılında ülkemizde toplam 428.074 trafik kazası gerçekleşmiş olup bunların 186.422'sinde ölüm veya yaralanma meydana gelmiştir. Ölümlü veya yaralanmalı kazaların 18.103'ünde yayaların kusurlu olduğu tespit edilmiştir¹. Bu istatistik, ölümlü veya yaralanmalı kazaların yaklaşık %10'una yayaların sebep olduğunu ortaya koymaktadır. Buna rağmen Karayolları Trafik Kanunu'nun “Yayaların uyacakları kurallar” başlıklı 68. maddesi haricinde yayalara kusur izafe eden bir maddesi bulunmamakta olup, bahsi geçen 68. madde yayaların uyması gereken kuralları tespit ettikten sonra son fıkrasında sorumluluğu “*Bu madde hükümlerine uymayan yayalar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar.*” şeklinde tespit etmiş ve bu mevzuat uyarınca yayalar bakımından kurallara uymamanın tek müeyyidesi para cezası² olarak belirlenmiştir.

Para cezalarına ilişkin istatistiklere bakıldığında ise, 2018 yılında top-

1 <http://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/04-Istatistik/Aylik/2018.pdf> (25.05.2019).

2 Anayasa Mahkemesi'nin E. 1996/48, K. 1996/41, T. 23.10.1996 kararı uyarınca “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalar*” idari yaptırımlar kapsamına girdiği için ilgili mevzuatta öngörölmüş olan yaptırım idari para cezası niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı: 33, c. I, s. 181 vd.

lam 14.524.688 para cezası kesildiği, ancak bunların yalnızca 4.699'unun yayalara ilişkin olduğu anlaşılmakta ve bu sayı toplam para cezalarının yaklaşık %0,03'üne tekabül etmektedir. Bu sonuçlar, ölümlü veya yaralanmalı trafik kazalarının %10'una yayaların sebep olduğunu, ancak yayaların toplam para cezaları içindeki payının sadece %0,03 olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca ceza hukuku uygulamasında yayaları trafik kazasına sebebiyet verdikleri gerekçesiyle öldürme veya yaralama suçlarından sorumlu tutan karar yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla, aslında, yayaların kendi kusuru ile trafik kazasına sebep olmaları ancak motorlu araç sürücüsünün sorumluluğuna ilişkin olarak açılan davada sürücünün kusurunu azaltmakta veya ortadan kaldırmakta, yayaya araç sürücüsüne ve yolculara vermiş olduğu zarardan dolayı nadiren müeyyide uygulanmaktadır.

Para cezalarına ilişkin uygulama bakımından pek çok olayda şüphelilerin tespitinde olay yeri kameralarından alınan görüntülerin etkili olduğu ve bu görüntülerden motorlu taşıtın plakasının kolaylıkla edinilerek sürücüsüne ulaşılabilmesine karşın yayanın tespitinin zor olduğunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Buna rağmen yukarıdaki verilerin tümü bir arada değerlendirildiğinde, genel olarak ölümlü ve yaralanmalı trafik kazalarında yayalara oldukça kısıtlı bir sorumluluk atfedildiği ve sürücünün tüm sorumluluğu üstlendiği bir uygulamanın yaygın olduğu da gerçektir. Yargıtay, özellikle son dönemde ölümlü ve yaralanmalı trafik kazalarında sürücünün veya yolcuların gördükleri zarar bakımından kazaya kusurlu davranışıyla sebep olan yayaya cezai sorumluluk izafe etmeye başlamıştır.

I. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU UYARINCA YAYANIN CEZAI SORUMLULUĞU

Karayolları Trafik Kanunu'nun 68. maddesi şu şekildedir;

“Yayaların uyacakları kurallar:

Madde 68 – Yayaların uyacakları kurallar aşağıda belirtilmiştir:

a) Yayalar, aşağıda sayılan haller dışında, taşıt yolu bitişiğinde ve yakınında yaya yolu, banket veya alan varsa burada yürümek zorundadır.

1. Yönetmelikte belirtilen tedbirler alınmak şartı ile diğer yayalar için ciddi rabatsızlık verecek boyutta eşyaları iten veya taşıyan kişiler ile, taşıt yolunun en sağ şeridinden fazla kısmını işgal etmemek, gece ve gündüz görüşün az olduğu hallerde de imkan oranında tek sıra halinde yürümek şartı ile bir yetkili veya görevli yönetiminde düzenli şekilde yürüyen yaya kafileleri taşıt yolu üzerinde yürüyebilirler.

2. Yayaların yürütmesine ayrılmış kısımların kullanılmasının mümkün olmaması veya bulunmaması hallerinde yayalar, bisiklet trafiğine engel olmamak şartı ile bisiklet yolunda bisiklet yolu yoksa taşıt yolu üzerinde, imkan oranında taşıt yolu kenarına yakın olmak şartı ile yürüyebilirler.

3. Her iki tarafında, yaya yolu ve banket bulunmayan veya kullanılır durumda olmayan iki yönlü trafiğin kullanıldığı karayollarında yaya kafileleri dışındaki yayalar, taşıt yolunun sol kenarını izlemek zorundadır.

b) Taşıt yolunun karşı tarafına geçmek isteyen yayaların taşıt yolunu, yaya ve okul geçidi ile kavşak giriş ve çıkışları dışında herhangi bir yerden geçmeleri yasaktır.

Yayalar, bu yerlerden geçerken;

1. Yaya ve okul geçitlerinin bulunduğu yerlerde, geçitte yayalar için ışıklı işaret varsa bu işaretlere uymak,

2. Geçitte yayalar için ışıklı işaret yoksa ve geçit sadece taşıt trafiği ışıklı işareti veya yetkili kişi tarafından yönetiliyorsa geçecekleri doğrultu açıldıktan sonra taşıt yoluna girmek,

3. **(Mülga:18/10/2018-7148/23 md.)**

Zorundadırlar.

Ancak, yüz metre kadar mesafede yaya geçidi veya kavşak bulunmayan yerlerde yayalar, taşıt trafiği için bir engel teşkil etmemek şartı ile ve yolu kontrol ederek kendi güvenliklerini sağladıktan sonra en kısa doğrultuda ve en kısa zamanda taşıt yolunu geçebilirler.

c) Yaya yollarında, geçitlerde veya zorunlu hallerde taşıt yolu üzerinde bulunan yayaların, trafiği engelleyecek veya tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmaları veya buraları saygısızca kullanmaları yasaktır.

(Değişik: 21/5/1997-4262/4 md.) Bu madde hükümlerine uymayan yayalar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar.”

Görüldüğü gibi madde ile kırmızı ışıkta geçmeme, karşıdan karşıya geçerken yaya geçidini kullanma ve genel olarak trafiği engelleyecek veya tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmama gibi çok temel hususlar hüküm altına alınmış olup, bu kuralların yaya tarafından ihlal edilmesinin kurallara uyan bir sürücünün dahi kolaylıkla kaza yapmasına yol açabileceği açık şekilde öngörülebilirdir³.

Bu noktada taksirli suçun oluşumuna değinmek yerinde olacaktır. Öğretide ve uygulamada taksirli suçun oluşumu için en yaygın olarak benimsenen teori öngörebilme teorisi⁴. Bu teoriye göre taksirli suçun unsurları; fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin iradi olmaması, zararlı neticenin öngörülebilmesinin olanaklı olması, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığı olup bu unsurlardan asıl önemli olan öngörebilme olanağının bulunmasıdır⁵. Zira teoriye taraftar olanlara göre neticeyi öngörebilme olanağının bulunması taksiri kaza ve rastlantıdan ayıran unsurdur⁶. Öğretiye paralel şekilde Yargı-

3 “Yaya olan sanığın yola kontrolsüz bir şekilde aniden çıkması halinde, normal güzergabında seyreden bir sürücünün kendisine çarpıp yaralanmasına veya ölmesine neden olabileceğini veya kendisine çarpmamak için ani manevra yaparak kaza yapabileceğini ve neticede ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmesi gerekmektedir.” Üzülmöz İlhan, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Ankara, 2013, s. 104.

4 İçel Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2014, s. 403.

5 Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Ankara, 2012, s. 297 vd. Bu unsurlar genel olarak doktrinde kabul görmekle beraber, farklı yazarlar tarafından farklı şekilde adlandırılmakta veya kategorize edilebilmektedir. Örneğin Mahmutoğlu/Karadeniz, söz konusu unsurları “objektif özen yükümlülüğünün ihlali, hareketin iradi olması, neticenin öngörülebilir olması, neticenin istenmemiş olması ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı” olarak sıralamıştır. Mahmutoğlu Fatih Selami/Karadeniz Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Serbi*, s. 327 vd.

6 Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c. II/1, İstanbul, 1959, s. 247; Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2014, s. 361; Koca Mahmut/Üzülmöz İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 187. Faruk Erem ise bazı yazarlara göre suçun faile atfedilebilmesi için netice öngörülmesi dahi hareketin kasten yapılmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir: “Bazı müelliflere göre aşırı neticelerin faile tabmili için bu neticenin kabili tahmin olması lazımdır. Diğer bir kısım müelliflere göre suçu teşkil eden fiilin kasten işlenmiş olması kafidir, netice tahmin edilebilecek maiyette olmasa bile fail, fiilinin neticelerinden sorumlu tutulmalıdır. Çünkü burada taksirli yani neticeleri tahmin etmemekten mütevellit taksirle karşık bir kast babis mevzuu değildir. Çünkü suçu teşkil eden fiil, tedbirsizlik, dikkatsizlik, emirlere, nizamalara riayetsizlik gibi kusurlu bir hareketten değil, kasıtlı bir hareketten ileri gelmektedir. Esasen taksirde kast mevcut değildir, halbuki kastı aşan suçlarda başlangıçta kast daima mevcuttur.” Erem Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, c. I, Ankara, 1960, s. 354-355.

tay da yerleşik içtihadında taksirli bir suçun oluşumunu fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması (diğer bir anlatımla bu hususta yasada bir açıklık bulunması), hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin öngörülebilir olması şartlarına bağlamıştır⁷.

Öldürme ve yaralama suçları, Türk Ceza Kanunu'nun 85. ve 89. maddelerinde taksirle işlenmelerine ilişkin sorumluluk hali de düzenlenmiş olduğundan taksirle işlenebilme şartını karşılamaktadır. Yayanın iradi olarak yola çıkma hareketini gerçekleştirme bakımından hareketin iradiliği gerçekleşmekle beraber; bir kişiye yönelik öldürme kastının tespiti için failin suçta kullandığı aracın mahiyeti, olayın akışı gibi şartlar arandığından⁸ ve yayanın yalnızca yola çıkmak eylemi, müşterek hayat tecrübelerine göre öldürme ve yaralama kastı için yetersiz olacağından neticenin iradi olmadığı da kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili üzerinde yoğun olarak durulması gereken iki nokta, hareketle netice arasındaki nedensellik bağı ve neticenin öngörülebilirliğidir.

Nedensellik bağı bakımından hukukumuzda güncel olarak kullanılan teoriler, şart ve objektif isnadiyet teorileridir. Bunlardan şart teorisi, nedenselliği "conditio sine qua non" yani "olmasaydı olmazdı" formülü uyarınca kurgulamaktadır. Şart teorisi bu anlamda nedenselliği ispatlamaz, aksine varsayar⁹. Bu formül yayanın karıştığı bir ölümlü/yaralanmalı trafik kazasına şu şekilde uyarlanabilir: Otobanda trafik kurallarına uygun şekilde seyreden bir aracın, fren mesafesi bırakmaksızın aniden yola çıkan bir yayaya çarpmamak adına direksiyonu diğer tarafa kırarak bariyerlere çarptığı ve bu kazada şoförün yaralandığı bir örnekte, yaya-

7 Yargıtay CGK., E. 2004/2-97, K. 2004/115, T. 11.05.2004, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=28309> (25.05.2019); E. 2013/706, K. 2014/406, T. 30.09.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-706-k-2014-406-t-30-09-2014> (25.05.2019); Yargıtay CGK., E. 2017/447, K. 2018/344, T. 10.07.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-447-k-2018-344-t-10-7-2018> (25.05.2019).

8 Meran Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2008, s. 44.

9 Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, a.g.e., s. 157 vd: "Bu çerçevede objektif isnadiyet teorisinin esası şudur: Ceza hukuku için asıl sorun sadece sebep ve etki arasındaki ilişki değil, daha ziyade sosyal zararlı neticenin faile onun bir eseri olarak yüklenilip yüklenemeyeceğidir. Teori, doğa bilimine ilişkin nedensellik bükümünü normatif bir isnadiyet bükümü ile tamamlar. Bu nedenle burada aslında bir nedensellik teorisi değil, bir değerlendirme öğretisi söz konusudur. Bu anlamda önce nedensellik bağı saptanmalı, daha sonra neticenin faile yüklenilip yüklenemeyeceği değerlendirilmelidir"

nın yola çıkması hareketinin gerçekleşmemesi halinde şoförün yaralanması neticesi de doğmaz. Bu bakımdan şart teorisi uyarınca nedensellik bağı kurulur ve yaya, şoförün ölümü veya yaralanması sonucundan sorumlu tutulur.

Şart teorisinin yarattığı geniş sorumluluğu sınırlandırmayı amaçlayan objektif isnadiyet teorisi ise, temel sorumluluğu şart teorisi uyarınca belirledikten sonra neticenin öngörülebilir olması ve failin hükmedebileceği alanın içinde kalmasını, yani neticenin tesadüf eseri gerçekleşmemesini nedensellik bağının mevcut olduğunun kabulü için gerekli görür¹⁰. Yine yukarıdaki örnek üzerinden anlatılacak olursa müşterek hayat tecrübeleri uyarınca fail yayanın yola çıkış anında yayaya doğru hızla gelen bir aracın ya yayaya çarparak zarar vereceği ya da sürücünün yayaya çarpmamak için hızlı bir şekilde aracı yayadan uzağa savurarak sürücü ve araçtakilerin zarar göreceğini öngörmemiş olması imkânsızdır. Bu bakımdan neticenin bir “tesadüf” olduğunun kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla objektif isnadiyet teorisi uyarınca da, yayanın hareketi ile sürücünün ölümü veya yaralanması neticesi arasında uygun illiyet ve öngörülebilirlik bulunmakta ve böylelikle taksirli suçun oluşumu için tüm unsurlar tamamlanmış olmaktadır¹¹.

Açıklanan tüm bu sebeplerle, Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili maddesi hukuki sorumluluğu düzenlenmiş olsa bile en azından bu maddede sayılmış olan kurallara uymamanın cezai ehliyeti bulunan herhangi bir yaya bakımından objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceği ve yayanın, meydana gelen trafik kazası sonucu sürücünün ölmesi veya yaralanması durumundan taksirli olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulabilir.

Buna karşın giriş bölümünde de bahsedildiği üzere ceza hukuku uygulamasında, yukarıdaki maddede anılan kırmızı ışıkta geçme gibi kurallara aykırı davranmış olan yayaları dahi taksirli olarak sorumlu tutan karar sayısı yok denilecek kadar azdır.

10 Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 129; Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, a.g.e., s. 164 vd., Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yeni dünyaya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2013, s. 250 vd.

11 İçel Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967, s. 147. Ayrıca objektif isnadiyet teorisine ilişkin tartışmalar için Richard Honig'in ilgili makalesine bakılabilir: Honig Richard, *İllyet Nazariyesine Dair*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl: 2, c. I, s. 178 vd.

Oysaki, Türk Ceza Kanunu'nun olası kastı düzenleyen 21/2. maddesinin gerekçesinde olası kasta ilişkin sorumluluğun izahı, kırmızı ışıkta geçen bir sürücü örneğiyle yapılmıştır: “*Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpıp ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir.*”

Buna karşılık doktrinde, failin eylemini gerçekleştirirken diğer bazı neticelerin kaçınılmazlığını düşünmesi ve bunların gerçekleşmesini kabullenerek hareket etmiş olması, yani bu neticenin gerçekleşeceğini tasavvur etmiş olmasına rağmen bu durumun onu eylemde bulunmaktan alıkoymamasını dolaylı değil doğrudan kast olarak kabul eden yazarlar da vardır¹². Benzer şekilde, “*Kanaatimizce otobüs sürücüsü; trafik lambasının kendisine kırmızı yandığı halde, önünden geçen yayalara aldırış etmeden durmayıp otobüsü sürmeye devam etmişse, bunun adı kasten insan öldürmedir; burada muhtemelden, yani olasılıktan bahsedilemez. Ancak otobüs sürücüsü; trafik lambasının kendisine kırmızı yandığı halde, önünden yayanın geçmediğini görüp otobüse sürmeye devam etmiş de, o sırada aniden bir yaya çıkıp koşarak yoldan karşıya geçmeye çalışırken çarpmışsa, bunun adı bilinçli taksirdir. Esasında bilinçli taksir, taksirin yoğunlaşmış ve nerede ise kasta yaklaşan halidir, fakat burada neticeye yönelik isteme yoktur. Neticeye yönelik isteme iradesi var da bu irade muğlak, yani net olmasa da belirlenebilmekte ise, burada kast derecesinde sübjektif sorumluluğun varlığı kabul edilmelidir*”¹³.

Aslında yukarıda yer verilen doktriner görüşler ile kanunun ilgili madde gerekçesi arasında tezatlık bulunmaktadır; zira gerekçede sunu-

12 Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2014, s. 352. Elbette bu görüşün aksini savunan yazarlar da mevcuttur; örneğin Koca/Üzülmez failin tehlikenin varlığını bilmesi, tehlikenin gerçekleşebileceğini ciddiye alması ve tehlikenin gerçekleşmesini kabullenmesi koşullarını olası kastın unsurları olarak saymıştır. Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 165.

13 <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2258842-olasi-kast-ve-bilincli-taksir> (25.05.2019).

lan örnekte de şoför hem kırmızı ışıkta geçmiş, hem de yaya geçidinde yayaların olduğunu görmesine rağmen durmamıştır ve bu durum doktrinde dolaylı değil doğrudan kast olarak değerlendirilmektedir.

Esasen, kanun gerekçesinde anılan örneğin öznesinin sürücü değil yaya olması da mümkündür. Şöyle ki; araçlara yeşil ve yayalara kırmızı ışık yanan bir kavşakta karşıya geçmeye karar veren bir yaya, özellikle de kendisine yakın durumdaki araçların fren mesafesini hesaba katmaksızın hızlı bir şekilde yola çıkarsa en az iki olası durumu göze almış demektir: Öncelikle, araçlar doğrudan yayaya çarpabilirler. Çarpma ile yalnızca yayanın değil, aracın içindekilerin de zarar görmesi de olasıdır. Bu durumda uygulamada, yola çıkan yayanın asli kusurlu olması genellikle aracın sürücüsünün cezai sorumluluğunun kaldırılması veya azaltılması bakımından dikkate alınmaktadır. Zira bu durumda yaya da zarar gördüğünden, somut olay bakımından yayanın sorumluluğunu TCK'nın 22/6. maddesindeki "*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*" şeklindeki ifade kapsamında değerlendirmek mümkündür.

İkinci olasılık, aracın yayaya çarpmamak adına ani bir hareket yapması ve bu hareketiyle doğrudan araç ile aracın içindeki sürücü ve yolcuların zarar görmesidir. Bu durum Yargıtay kararları ile tartışılmış olup, konuyla ilgili içtihatlardan bazıları aşağıda yer almaktadır.

Konu toplumsal boyutuyla ele alınacak olursa, Karayolları Trafik Kanunu'nun araç işletenin (uygulamada genellikle işleten, sürücü ile aynı kişidir) aracın işletilmesi esnasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olması halinde kusursuz olarak sorumlu olduğunu düzenleyen 85. ve 86. maddeleri üzerinde durulması gerekir. Zira kanun koyucu, motorlu araç kullanımının doğrudan önemli tehlike yaratan bir hal olduğu kabulüyle hareket etmiş ve bu nedenle bu konuyu özel bir kanunla düzenleme yoluna gitmiştir¹⁴. Gerçekten, 2018 yılında gerçekleşen 186.422 ölümlü veya yaralanmalı trafik kazasına ait (bazı kazalarda birden çok tarafa kusur izafe edilerek yapılan) 216.126 kusur atfının 195.152'si araç ve sürücü kusurlarına ilişkindir. Hukuk normunun en

14 Oğuzman Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. II, İstanbul, 2014, s. 196-197.

temel amaçlarından birinin caydırıcılık olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sürücünün kusursuzluğunu ispat etmedikçe kazanın özel hukuk boyutundan sorumlu tutulması anlaşılabilir. Ancak ceza hukuku bakımından somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmaksızın doğrudan sürücünün sorumluluğunun araştırılması ve yayaya kusur izafe edilmemesi, sosyal adaleti sağlama noktasında sorun yaratacaktır.

II. TRAFİK KAZALARINDA YAYAYA CEZAI SORUMLULUK AT-FEDİLEMeyeceğine İLİŞKİN UYGULAMA

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 20.09.2011 tarihinde vermiş olduğu 2011/4878 Esas ve 2011/1530 Karar¹⁵ sayılı kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Yayanın karşıdan karşıya geçerken kendisine motorlu bir vasıtanın çarpacağı ve bu vasıtada bulunanların yaralanacağını öngörebilmesinin kabulü toplumda yaygın olan ortak düşünceye aykırıdır. Yayaların motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu nedenle daba fazla basiretli davranmaları gerektiğini bildikleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez. İntihar etmek için kendisini hızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olup sürücünün yaralanabileceğini de önceden görebileceği söylenemez. Bu nedenle taksirin ‘neticenin öngörülebilmesi’ unsuru bu gibi olaylarda gerçekleşmemiştir. Ayrıca kanunlarda yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlulukları yönüne gidilmemiştir.”¹⁶ Benzer ifadeler, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 13.12.1993 tarihli ve 221-317 sayılı kararında da yer almıştır.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 01.07.1993 tarihinde verdiği 6992-8452 sayılı kararda¹⁷ ise; yayaların uymaları gereken kurallar belirtildikten sonra, *“bu belirlemeler yayanın can emniyetini sağlamaya matuf olup,*

15 Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2011/4878, K. 2011/1530, T. 20.09.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-cd-e-2011-4878-k-2011-1530-t-20-09-2011> (25.05.2019).

16 İlgili olayda Yargıtay’ın öngörebilme unsurunun gerçekleşmediği yönündeki kanaatine karşı çıkan Hakeri: *“Burada bir arabanın önüne bir insanın kendisini atması sonucu kaza meydana gelmesi öngörülebilir bir neticedir. Somut olayda intihar teşebbüsünde bulunan kişinin bunu öngörmüş olup olmamasının bu bakımdan bir önemi bulunmamaktadır.”* Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; Ankara, 2013, s. 232.

17 Parlar Ali/Demirel Güleç, *Taksirle Ölüme Yaralanmaya ve Tehlikeye Neden Olma Suçları*, Ankara, 2002, s. 250-251.

riayetsizlik halinde kendisinin tehlikeye maruz kalacağını öngörebileceği, ancak araç sürücülerinin kendisine çarpma sonucu yaralanacaklarını öngörmesinin sözkonusu olamayacağı sonucuna varılmıştır.” “Olayımızda her iki şabsın yaralanmasına sanık A.T.’nin motosikletle yayaya çarpmasının neden olduğu, yaya H.S.’nin davranışının, yola giriş ve geçiş konunu itibariyle diğer sanığın kusur oranına etkili olacağı, kendisine kusur izafesine ve cezai sorumluluğa mubatap olmasına yol açamayacağı kabul edilmektedir.” denilmiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 26.10.1999 tarihli ve 11268-13565 sayılı kararında¹⁸ da benzer tespitler yapılmıştır.

Yargıtay’ın daha güncel tarihli bir kararına¹⁹ konu olan diğer bir olayda, gece vakti bölünmüş yolda karşıdan karşıya geçen yayalara çarpmamak için manevra yapan şoför direksiyon hakimiyetini kaybederek yolun karşı tarafına geçmiş ve aksi istikametten gelen tırla çarpışarak hayatını kaybetmiştir. Sanık yayaların taksirle öldürme suçundan yargılandığı olayda Yüksek Mahkeme eksik soruşturma gerekçesiyle hükmü bozmuş, ancak bir üye beraat kararı verilmesi gerektiğini savunarak ilgili hükme muhalif kalmıştır.

Söz konusu kararın karşı oy şerhinde; “...Kısaca karayolu ulaşımıyla ilgili hem kasten hem de taksirle işlenen suçlarda yayanın sanık olması kabul edilmemiştir. Bu bilinçli bir düzenlemedir. Yayalardan yürüyüş hızlarını azlatmaları gerekir diye pozitif bir hukuk kuralı veya ortak bir hayat tecrübesi yoktur. Öyle olmuş olsaydı yeşil ışıkta hızlıca geçmeyen yaya içinde kusur kabul edip, onu da sanık yapmamız gerekirdi.” “Yaşam alanları insanlar için vardır; teknolojik gelişmeler, çağın bir çok sorunları, insanların ruh yapılarını bozmuştur. Onun için yayalar dalgın, düşünceli ve unutkan olmaları nedeniyle her zaman trafik ihlallerini yapma ihtimalleri daha fazladır. Bundan dolayı korunmaları gerekir. İşin bu yönü de düşünülerek yayaların trafik kazalarında sanık olarak yargılanmamaları gerekir. Yayaların katıldıkları trafik kazalarında kusuru olan yayanın sanık olması, işin içinden çıkılmaz bir uygulama olarak karşımıza çıkacaktır. Her gün örneklerini gördüğümüz, okul çıkışında çocukların, köy yolu kenarında yürüyen yayaların

18 Parlar Ali/Demirel Güleç, a.g.e., s. 248-249.

19 Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/11132, K. 2014/4759, T. 26.02.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2013-11132-k-2014-4759-t-26-2-2014> (22.05.2019).

kazaya sebebiyet vermeleri halinde binlercesinin sanık olması sonucunu doğurur ki bunun da pratikte uygulaması düşünüldüğünde karmaşık bir sorunlar yumağı oluşturacağı anlaşılacaktır. Trafik kazasına sebep olan sürücü ve yaya eşit kusurlu olduğu bir olayda meydana gelen ölümün aracın çarpması sonucu mu ya da yayanın çarpması sonucu mu meydana geldiğini düşünüldüğünde aracın çarptığının kabulü gerekeceği ve neticeyi oluşturanın yaya olmadığı açıktır. Görüldüğü gibi elverişlilik olma bakımından da yayanın hareketi, sonucu meydana getirmeye elverişli değildir.” “Yayanın sanık olarak kabul edilmeyeceğini söylerken, yayanın hiç sorumlu olmadığını düşünmüyoruz. Kusuru oranında maddi ve manevi tazminattan sorumludur.” “Yayanın karşıdan karşıya geçerken kendisine motorlu bir vasitanın çarpacağı ve bu vasıtada bulunanların yaralanacağını öngörebilmesinin kabulü toplumda yaygın olan ortak düşünceye aykırıdır. Yayaların motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu nedenle daha fazla basiretli davranmaları gerektiğini bildikleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez. İntihar etmek için kendisini bızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olup sürücünün yaralanabileceğini de önceden görebileceği söylenebilir. Bu nedenle taksirin “neticenin öngörülebilmesi” unsuru bu gibi olaylarda gerçekleşmemiştir.” ifadeleri yer almıştır.

TCK'nın 22/2. maddesi; taksirli sorumluluğu “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” olarak tanımlamıştır. İlgili madde; “*dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır.*” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Bu sebeple taksirin bu unsuru, “davranış kurallarına uymama” olarak da nitelendirilmekte olup, 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 olacaktır²⁰.

20 Apaydın Cengiz, *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, İstanbul, 2009, s. 188.

Gerekçede de altı çizildiği üzere, hukuk düzenimizin taksirli sorumluluk halleri düzenlemiş olmasının amacı toplum halinde güvenli yaşanabilmesi adına herkesin üstüne düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasıdır.

Yukarıda tartışılmış olan taksirli sorumluluk hükümlerine ilaveten, taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları herkes tarafından işlenebilen suçlardan olup, yayaların bu suçların faili olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır²¹. Dolayısıyla Yargıtay'ın *“kanunlarda yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlulukları yönüne gidilmemiştir”* ifadesi hukuka uygun değildir. Yayaların da herkes gibi diğer insanlara verdikleri zarardan dolayı cezai sorumlulukları bulunmaktadır.

Burada şu hususa değinilmelidir ki, yayaların karıştığı trafik kazalarında yayaların faili olamayacağı tek suç, TCK'nın 179/2. maddesinde düzenlenen “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma” suçudur. İlgili madde hükmünde “ulaşım araçlarının kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi”den bahsedildiği için suç yalnızca aracı kullanan kişinin faili olabileceği türden bir özgü suç olup, yayaların trafik kurallarına aykırı hareketleriyle ilgili olarak bu suçtan sorumluluklarına gidilemez²². Bununla beraber, yayaların bu suçun taksirli halinin²³ veya TCK'da düzenlenen taksirle öldürme veya yaralama gibi herhangi bir suçun faili olmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 16.05.2001 tarihinde verdiği 11830-9102 sayılı kararda²⁴ şu ifadeler yer almıştır:

“Yolda yürümekte olan sanık yayaya, sürücü Kadir Kıraç'ın yönetimindeki motosikletle çarpması sonucunda meydana gelen olayda adı geçen sürücünün öldüğü kabul edilmesine göre; yaya olan sanık Meh-

21 Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*; İstanbul, 2015, s. 26, 155; Artuç Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*; Ankara, 2008, s. 236, 451; Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*; İstanbul, 2011, s. 100, 188; Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2013, s. 33, 75.

22 Polat Halil, *Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İctimai*, Ankara, 2010, s. 140.

23 Düzgün Nuri/Elmacı Şerafettin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*; Ankara, 2007.

24 Parlar Ali/Demirel Güleç, a.g.e., s. 234.

met'in ölenin neden olduğu olayın mağduru olmasına ve meydana gelen olayda sanık sıfatı ile sorumluluğunu gerektirir illiyetinin de 2918 sayılı yasa ile TCK.'nun 455. maddesindeki düzenlemeler dahi dikkate alındığında mevcut olmamasına ve yerleşik yargısal uygulamaların da bu doğrultuda bulunmasına göre, duruşmaya devamla yazılı şekilde sanık yayanın mahkumiyetine karar verilmesi (...) hukuka aykırı olup (...)” denilmiş ve yerleşik Yargıtay içtihadının bu yönde olmasına dayanılarak sanık yayanın mahkum edilemeyeceğine hükmedilmiştir.

III. TRAFİK KAZALARINDA YAYAYA CEZAI SORUMLULUK AT-FEDİLEBİLECEĞİNE İLİŞKİN UYGULAMA

Yargıtay tarafından yayaların ölümlü ve yaralanmalı trafik kazalarında taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarının fail olabileceği yönünde verilen ilk karar, 18.02.2014 tarihinde verilmiş²⁵ ve bu kararın gerekçesi, bu yöndeki diğer kararlar için emsal teşkil etmiş ve yıllar içinde yeni kararlarda kullanılarak geliştirilmiştir. İlgili karar, yukarıda bahsedilmiş olan Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 20.09.2011 tarihli, 2011/4878 Esas ve 2011/1530 Karar sayılı kararının bozulmasından sonra ortaya konulmuş olup 12. Ceza Dairesi kararında iki üyenin eklediği muhalefet şerhi esasen 18.02.2014 tarihli ve sonraki Yargıtay kararlarına temel oluşturmaktadır. Söz konusu şerhteki şu ifadeler, aslında bu makaleye konu olan tartışmanın bir özeti niteliğindedir:

“...Fail yaya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle, geçmemesi gereken bir yerden geçmiştir. Failin bu davranışı hem ortak tecrübe kurallarına hem de pozitif hukuk kurallarına aykırıdır. Zira fail yoldan karşıdan karşıya geçerken, Trafik Kanununun 68. ve yönetmeliğin 138. maddelerine açıkça aykırı davranmıştır. Fail hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. Yola başkası tarafından itilmiş veya yola çıkmak için zorlanmış değildir. Akan bir trafiğe yayanın kendisini atması halinde, bu hareketin trafikte tehlike veya zararlı bir sonuca yol açacağı, makul orta zekâdaki her insan tarafından kabul edilebilecek bir durumdur. Şüphesiz ki doğan sonuç fail tarafından istenmiş değildir, zaten istenmiş olsaydı, taksirden dolayı değil kasten sorumluluğu söz konusu olacaktı. Yayanın hareketi ile doğan sonuç

25 Yargıtay CGK., E. 2013/10, K. 2014/80, T. 18.02.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-10-k-2014-80-t-18-2-2014> (25.05.2019).

arasında da illiyet bağı bulunmakta, dolayısıyla failin taksirli suçtan cezalandırılması için yasanın aradığı tüm koşullar gerçekleşmiştir.”

“Ancak burada, taksirli davranışta bulunanın bu davranışı nedeniyle yalnızca kendisinin zarar görmesi hali ile somut olaydaki durum karıştırılmamalıdır. Yerleşik uygulamada, yayalar hakkında davanın açılmaması, fiilin sonucunda yayaların kendilerinin zarar görmesinden kaynaklanmaktadır; yoksa yasada yayaların bu suçun faili olmayacağında veya yayanın davranışlarının taksiri oluşturmayacağından değildir. Zira mevcut yasamızda, taksirli suçlarda faillik açısından hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Elbette kişi intihar etmek için yola atlar ve sonuç gerçekleşirse, meydana gelen sonuçtan yalnızca kendisi zarar gördüğünden bu eylemden dolayı cezalandırılmayacaktır. Peki, bu eylemden yaya değil de, başkaları zarar görürse yine de yayanın cezalandırılmayacağını söyleyebilecek miyiz? Kaldı ki, taksirli suçlardan cezalandırılabilmek için mutlaka sürücü olmaya da gerek bulunmamaktadır. Aracını yol kenarına usulsüz bırakıp da giden kişi bu eyleminden zararlı bir sonuç doğduğunda cezalandırılmamakta mıdır? Sürüyü yoldan geçiren çoban, bu eylemi nedeniyle bir zarara yol açmışsa cezalandırılmamakta mıdır?”

“Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesi ile ‘Trafik’ kavramının yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleriyle açıklandığı, sanığın kusurunun tespitinde bu kanunun belirleyici olduğu ve ceza kanunlarının sadece araç-alet kullananları değil ‘kusuru’ cezalandırdığı da dikkate alındığında sanığın eyleminin karşılıksız kalması da yasa koyucunun amacına ve toplumsal adalete aykırı düşecektir.”

Bu ifadeler, aslında konunun yukarıda detaylı olarak tartışılmış olan bütün boyutlarına cevap niteliğindedir. Öncelikle taksir tartışması yapılmış, yayanın yola çıkması eyleminin dikkat ve özen yükümlülüğüne objektif olarak aykırı olduğu tespit edilerek yayanın suçtan sorumlu tutulabileceği; eyleminin sonuçlarını öngörebilecek olmasına rağmen istememesi nedeniyle de taksirli halden sorumlu olacağı ifade edilmiş, akabinde yayanın cezalandırılmamasına ilişkin uygulamanın aslında çoğunlukla zarar görenin yaya olması halinden kaynaklandığı, ancak bu durumun yayanın zarar görmediği, eylemiyle yalnızca araç içinde-

kilere zarar verdiği hallerde yayanın cezalandırılmasını engellememesi gerektiği de belirtilmiş olup bu kısım yerleşik içtihatların alışkanlık haline getirilmemesini desteklemesi ve Yüksek Mahkeme'yi kendi koyduğu kurallar üzerinde düşünmeye sevk etmesi bakımından oldukça değerlidir. Şerhin devamında faile ilişkin açıklama yapılmış, öldürme ve yaralama suçlarının basit hallerinin özgü suç olmaması dolayısıyla yayanın cezalandırılmasını engelleyen bir durum olmaması üzerinde durulmuştur.

Şerhin son kısmında, yayanın kusuru dikkate alınarak eyleminin karşılıksız kalmasının yasa koyucunun amacı ve toplumsal adalete aykırı düşeceği dile getirilmiştir. Gerçekten; bazı durumlarda yayanın kurala uymayarak meydana getirdiği tehlike, taşıtlarinkinden çok da farklı olmamaktadır. Yukarıda²⁶ da anılmış olan Yargıtay kararlarına konu olaylarda, yayanın araç yoluna girmesi veya yanlış yerden karşıya geçmesi, hem kendisine çarpmamak adına manevra yapan araçların içindeki kişileri, hem de bu araçların ani manevralarıyla çarpışmak durumunda kaldığı diğer yayalar ve araçları tehlike altına sokmaktadır. İlgili kararlara konu olan olaylar arasında yayanın alkol almış olmak gibi kendi iradesiyle ayırt etme yeteneğini kaybettiği durumlar da bulunmaktadır²⁷. Yukarıda tartışılmış olan tüm hukuki boyutları dikkate alındığında yayanın eyleminin cezalandırılmamasının gerçekten de kanun koyucunun taksirli sorumluluk hükümlerini getirmekteki amacına ters düşeceği ve toplumsal adalet duygusunu tatmin etmeyeceği açıktır.

Nitekim muhalefet şerhleriyle aynı doğrultuda yargıya varan Yargıtay Ceza Genel Kurulu bozma kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“...Suç tarihinde sanığın seyir halinde olan araçların geçişini beklemeden sol taraf orta refüj aralığından yola inip sol şerite geçmek suretiyle motosiklet sürücüsü A. Ö.'n kendisine çarpmasına ve meydana gelen kaza sonucu ölümüne neden olduğu olayda, yolun karşı tarafına geçmeden önce seyir halinde olan araçları dikkate alma ve geçiş için emniyetli ortamın oluşmasını taşıt yolunun dışında bekleme yükümlülüğü olduğu halde, bu yükümlülüğe uymayarak ve böylece kendisi

26 Bkz. dipnot 19.

27 Bkz. dipnot 28: İlgili olayda yayanın 238, sürücünün ise 69 promil alkollü olduğu tespit edilmiştir.

için öngörölmüş trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle yola çıkan sanık, bu davranışı ile bir kazaya sebep olacağını, bir aracın kendisine çarpabileceği gibi, çarpmamak için direksiyonu kırmak suretiyle seyir düzenini bozup başka bir yaya veya araca da çarpabileceğini, böylece kendisi dışındaki kişilerin yaralanma veya ölüm sonucunun meydana gelme ihtimalini düşünüp bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekirken sözkonusu yükümlülüğe uymamış, böylelikle trafiğin tüm unsurlarının sorumlulukları ile ilgili düzenlemeler öngören ve hem yayaların hem sürücülerin can güvenliklerini koruma amacı güden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle ortak hayat tecrübesine göre öngörülebilir ölüm neticesini öngörmeden hareket etmiştir.”

“Sanığın yola inme hareketinin iradi olması ve fakat meydana gelen ölüm neticesinin iradi olmaması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, olayın oluş şekline göre öngörülebilir olmasına rağmen sanık tarafından ölüm neticesinin öngörülememiş olması ve Türk Ceza Kanununda öldürme suçunun taksirle de işlenebileceğinin hüküm altına alınmış bulunmasına göre, somut olayda, 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesi uyarınca taksirin şartları ve 85. maddesi uyarınca taksirle ölüme neden olma suçunun unsurları gerçekleşmiş olduğundan yaya olan asli kusurlu sanığın hukuki sorumluluğunun yanında cezai sorumluluğunun da mevcut olduğu kabul edilmelidir.”

Yargıtay CGK'nun 09.02.2016 tarihinde verdiği 2014/12-67 Esas ve 2016/45 Karar no'lu karar, “69 promil alkollü mağdur sürücünün yönetimindeki otomobil ile gece vakti, orta refüj ile bölünmüş, tek yönlü, meskun mahal yolda seyrederek olay mahalline geldiğinde, seyir yönüne göre sağ tarafından kaplamaya, yola girip, yaya geçidini kullanarak, yolun karşısına geçmekte olan, 238 promil alkollü sanık yayaya çarpmamak için direksiyonu kırdığında başka bir araca çarpması sonucu mağdur sürücünün basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı” bir olaya ilişkindir²⁸.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, CGK incelemesinden önce Yar-

28 Yargıtay CGK., E. 2014/12-67, K. 2016/45, T. 09.02.2016, <http://kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2014-12-67.htm> (25.05.2019).

gıtay 12. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu kararda²⁹, “*Yayalarla ilgili (...) belirtilen kurallara uymayanlar hakkında ise idari para cezasına hükümlenacaktır. Kanun koyucu tarafından da yayanın kendi can güvenliğini sağlaması için bir takım kurallar konulmuş, trafik kazaları ile ilgili 81. madde vd. maddelerinde sadece sürücülerden bahsedilmiş, yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlulukları yönüne gidilmemiştir. Ayrıca ister kasdi, isterse taksirli olsun, bir fiilin cezalandırılabilmesi için uygunluk, elverişlilik, yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Bir yayanın motorlu taşıt vasitasına çarpmasında bu koşulların gerçekleştiği öne sürülemez. Örneğin bir yayanın otobüse çarpması halinde meydana gelen kazada otobüs içindekilerin ölmesinde veya yaralanmasında, aranan bu yeterlilik, elverişlilik ve uygunluk koşulları yoktur. Bu sebeple trafik kazasına karışan yayanın TCK'nın 85. veya 89. maddeleri gereğince cezalandırılması, Ceza Hukukunun vurgulanan bu temel kriterlerine aykırıdır. (...) Yayaların kusurlu olması tazmini sorumluluğu gerektirir. Meydana gelen kazadan dolayı cezai sorumluluğun var olduğu kabul edilemez.*” ifadeleri yer almıştır.

Kanaatimizce, 12. Ceza Dairesi hükmüne ilişkin temel problem, dairenin somut olayda fiilin cezalandırılabilmesi için aranan uygunluk, elverişlilik ve yeterlilik koşullarının bulunmadığı yargısına varmasıdır. Oysaki yayanın gece vakti araçların geçtiği bir yola alkollü olarak çıkması, trafik güvenliği açısından göz ardı edilemeyecek ve makul bir insanın öngörebileceği bir tehlike ortaya koymaktadır. Ayrıca bu olaya benzer şekilde yayanın eylemiyle araç içindekilere zarar verdiği (bir kısmına bu makalede de yer verilmiş olan) pek çok olay mevcuttur. Sadece bu olaylar dikkate alındığında bile yayaların benzer eylemlerinin öldürme ve yaralama suçlarından cezalandırılmak için uygunluk, elverişlilik ve yeterlilik şartlarını taşıdığını kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda yayanın cezalandırılmayacağı ön kabulüyle hükme varmak hukuka uygun olmayacaktır.

CGK ise kararında şu tespitlerde bulunmuştur: “*Olayımızda sanık özen yükümlülüğüne riayet etmemiştir. Zira, alkollü bir şekilde yola çıkan bir yaya, yoldan geçmekte olan bir araç sürücüsünün güvenli*

29 Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 27861-12220, T. 02.05.2013, <http://kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2014-12-67.htm> (25.05.2019).

sürüş yeteneğini etkileyebileceği konusunda dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.” “Yaya olan sanığın hareketi ile şikayetçinin yaralanması arasında illiyet bağı vardır. Sanığın alkollü bir şekilde yola çıkma şeklinde gelişen davranışı ile zararlı netice arasında sebep-sonuç ilişkisi kurulmaktadır. Sanığın bu fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti.” “Olayımızda neticenin öngörülebilir olması unsuru açısından da problem yoktur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yayanın motorlu araca çarpması ve sürücüsüne zarar vermesi değil, yayanın kusurlu hareketi ile aracını kullanmakta olan şikayetçinin sürüş yeteneğini olumsuz olarak etkilenmesi ve bunun sonucunda da araç sürücüsünün ister yaya olan sanığa çarpması, isterse yaya çarpmadan direksiyon hakimiyetini kaybetmek suretiyle devrilmesi ve bir başka şeye çarpması ile olsun, bir şekilde zarar görmesidir. Daire kararında geçen ‘yayaların motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu sebeple daha fazla basiretli davranmaları gerektiğini bilmeleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez’ şeklindeki ifade ‘dikkat ve özen yükümlülüğü’ ve ‘öngörme’ kavramları ile çelişmektedir.” “Kendileri için öngörülen trafik kazalarına uymamak suretiyle kusurlu hareket eden yayalar çoğunlukla bizatibi suçtan zarar görmüş oldukları için, örneğin kusurlu olan yayanın hareketi sonucunda kendi ölümü gerçekleştiği ya da ağır şekilde yaralandığı için yayaların sanık olarak yargılandığı uygulamaların sayıca az olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, kusurlu hareket eden ve davranışı sonucunda başkalarının zararına neden olan yayanın taksirle öldürme ya da taksirle yaralama suçlarının faili olamayacağı anlamına gelmemektedir. Sürücü ya da yayanın, kurallara aykırı hareket ettiğinde bir trafik kazasının meydana gelebileceğini tahmin etme imkanının bulunduğu hallerde öngörülebilirlik şartının gerçekleştiği ve buna bağlı olarak kişinin taksirli hareketinden dolayı sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir.” “Taksirli suçlarda öngörülebilir sonucun tüm detaylarının öngörülmesi ya da öngörülebilir olması da şart değildir, yayanın trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle aniden yola çıkması halinde bir aracın ona çarpabileceği ya da çarpmamak için direksiyonu kırması sebebiyle trafik düzeninin bozulabileceği, böylelikle de başkalarının hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak yaralanma ya da ölüm olayının gerçekleşebileceği herkes için öngörülebilir bir durumdur.” “Yayaların trafik kurallarına uymamaları sebebiyle idari para cezası ile cezalandırıl-

malarının hüküm altına alınmış olması, TCK'nun 85 ve 89. maddeleri ile cezalandırılmalarına engel teşkil etmemektedir. Trafik kurallarına uymama sebebiyle idari para cezası ile cezalandırılabilir olma durumu araç sürücüleri için de söz konusu olduğundan bu hususun cezai sorumluluk ile karıştırılmaması gerekir.”

Son olarak 15.11.2016 tarihinde Yargıtay CGK'nca verilen kararda da benzer ifadeler yer almaktadır³⁰.

IV. SONUÇ

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, yayaların ölümlü ve yaralanmalı trafik kazalarında göz ardı edilemeyecek bir kusur yüzdesi bulunmasına rağmen, cezai sorumluluklarının varlığı yakın bir zamana kadar kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu içtihadını sürdürmesinin başlıca gerekçeleri ve bu gerekçelerin tartışmalı noktaları şu şekildedir:

- a) Yargıtay, kanunen yayaların sürücülere verdikleri zararlardan ötürü cezalandırılabilmelerini mümkün kılacak bir düzenleme bulunmadığı gerekçesini kararlarında sıklıkla kullanmıştır. Bu iddia hukuk mantığına uygun değildir. Zira yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere öldürme ve yaralama suçlarının basit halleri özgü suçlar arasında sayılmamıştır. Eğer bir suç özgü suç vasfını haiz değilse bu durum zaten bu suçun herkes tarafından işlenebileceği anlamını taşımaktadır; dolayısıyla bu suçun belli gruplar tarafından işlenmesinin mümkün olduğunun tekrar belirtilmesi beklenmez.
- b) Yargıtay'ın sıklıkla dayandığı diğer bir gerekçe, yayaların sürücünün zarar görmesini öngörebilmelerinin mümkün olmadığı şeklindedir. Aslen, öngörebilme unsurunun bulunmadığına ilişkin iddianın trafiğin yoğun olmadığı ve dolayısıyla bu tip kazaların sık yaşanmadığı yıllara ait içtihatlar bakımından kabul edilebilmesi mümkündür. Ancak bu kazaların yaşandığı ve basına yansıdığı yakın dönemde makul ve mantıklı bir insanın trafik kurallarına uymaması halinde kendisine ve kendisine zarar vermemeye

30 Yargıtay CGK., E. 2014/13, K. 2016/424, T. 15.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2014-13-k-2016-424-t-15-11-2016> (25.05.2019).

çalışan sürücüyü zarar verebileceğini öngörmemesi için bir sebep yoktur.

- c) Bir başka gerekçe de yayanın kusurlu eyleminin cezalandırılabilmesi için aranan uygunluk, elverişlilik, yeterlilik koşullarının sağlanmadığı şeklindedir. Oysaki tartışılan kararların pek çoğunda yayanın eylemi sadece sürücüyü değil trafikteki üçüncü kişileri de tehlikeye sokmuştur. Bu büyüklükte tehlike yaratan bir eylemin cezalandırılma için uygun veya neticeyi ortaya çıkarmaya elverişli ya da yeterli olmadığını söylemek yerinde olmayacaktır.

Toplumun temel taşı olan hukuk normları, tabiatı itibarıyla tıpkı dil ve kültür gibi toplumla birlikte değişen çağa ayak uydurmaya ve gelişmeye mecburdur. Yargıtay'ın sadece yerleşik uygulamanın bu yönde olduğu savına dayanarak ve kendi içtihadından başka gerekçe göstermeksizin sürekli aynı doğrultuda karar vermesi, hem hukuk normunun gelişimini engellemekte, hem de dogma haline gelen içtihadın adeta kanun statüsünde değerlendirilmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla 2014 yılındaki yeni içtihat, hem öngörülebilirlik ve illiyet gibi meseleler üzerinde detaylı ve isabetli gerekçeler ortaya koyması bakımından hem de yapmış olduğu köklü değişiklik nedeniyle değerlidir.

Dönmezer/Erman, kanunun taksirli suçları düzenlemesinin mantığını şöyle ifade eder: “*İşte cemiyet, ya her ferde yabut muayyen meslek ve sanatları icra eden kimselere müşterek olan bu tecrübelerle istinaden ferdi daha dikkatli davranmağa davet etmekte, adeta ona daha dikkatli davranması konusunda kanuni bir ibtarda bulunmakta, bu sebebledir ki, taksirli suçları cezalandırmaktadır. Demek oluyor ki taksirli suç, ferdi daha basiretli, başkasının haklarını daha fazla koruyucu bir şekilde hareket etmeğe sevk eden bir takım kaidelerin ihlalinden doğar.*”³¹ Taksirli eylemleri cezalandıran kurallar konulmasının amacı toplumsal düzenin devamı için kişiyi özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun davranmaya zorlamaktır. Bu kurallar, korunan hukuki değer insan yaşamı veya vücut bütünlüğü olduğu hallerde daha da önem kazanmaktadır. Bu sebeple özen ve dikkat yükümlülüğüne ciddi neticeler yaratacak şekilde aykırı davranan failin cezalandırılması esas olmalıdır.

31 Dönmezer/Erman, a.g.e, s. 255.

Hukuk normunun genel (herkese uygulanan) ve nesnel (gayri şahsi) nitelikleri ve ceza hukukunun temelini oluşturan kanunilik ilkesi sebebiyle, yayalara da cezai sorumluluk atfeden yeni uygulama kanunun sözüyle ve lafzıyla uygulanması için daha elverişlidir.

KAYNAKÇA

Kitap, Dergi ve Makaleler

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı: 33, c. I.
- APAYDIN Cengiz, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul, 2009.
- ARTUÇ Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008.
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.
- CENDEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2014.
- CENDEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 2011.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II/1, İstanbul, 1959.
- DÜZGÜN Nuri/ELMACI Şerafettin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara, 2007.
- EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, c. I, Ankara, 1960.
- HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2013.
- HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.
- HONIG Richard, İlliyet Nazariyesine Dair, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl: 2, c. I, 1936.
- İÇEL Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014.
- İÇEL Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2015.
- KUNTER Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, 2017.
- MERAN Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. II, İstanbul, 2014.
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Ankara, 2012.

PARLAR Ali/DEMİREL Güleç, Taksirle Ölüme Yaralanmaya ve Tehlikeye Neden Olma Suçları, Ankara, 2002.

POLAT Halil, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İctimai, Ankara, 2010.

TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara, 2014.

ÜZÜLMEZ İlhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara, 2013.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2011/4878, K. 2011/1530, T. 20.09.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-cd-e-2011-4878-k-2011-1530-t-20-09-2011> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2004/2-97, K. 2004/115, T. 11.05.2004, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=28309> (25.05.2019).

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 27861-12220, T. 02.05.2013, <http://kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2014-12-67.htm> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2013/10, K. 2014/80, T. 18.02.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-10-k-2014-80-t-18-2-2014> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2013/706, K. 2014/406, T. 30.09.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-706-k-2014-406-t-30-09-2014> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2014/12-67, K. 2014/45, T. 09.02.2016, <http://kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2014-12-67.htm> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2014/13, K. 2016/424, T. 15.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2014-13-k-2016-424-t-15-11-2016> (25.05.2019).

Yargıtay CGK., E. 2017/447, K. 2018/344, T. 10.07.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-447-k-2018-344-t-10-7-2018> (25.05.2019).

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/11132, K. 2014/4759, T. 26.02.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2013-11132-k-2014-4759-t-26-2-2014> (25.05.2019).

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/04-Istatistik/Aylik/2018.pdf> (25.05.2019).

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2258842-olasi-kast-ve-bilincli-taksir> (25.05.2019).

TÜRK CEZA HUKUKUNDA BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN EŞE KARŞI İŞLENMESİ*

Eylül Erdem**

Ar. Gör. Aras Türay***

Özet

Eşe karşı gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışların suç olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalı bir konudur. Doktrindeki bir görüşe göre, evlilik birliği eşlere birbirlerinin cinsel duygularını tatmin yükümlülüğü yüklediği için eşe karşı gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışların suç teşkil etmesi mümkün değildir. Bir diğer görüşe göre ise kişinin rızası hilafına gerçekleşen her türlü cinsel davranış, cinsel dokunulmazlığın ihlaline sebebiyet verdiği için suç olarak telakki edilmelidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin ikinci fıkrasında eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı fiili şikâyete tabi bir suç olarak açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ancak, ilgili maddenin düzenleme şeklinden suçun basit halinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususu anlaşılmamaktadır. Çalışmamızda, TCK m. 102/f. 1'de düzenlenen "basit cinsel saldırı" suçunun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Suçlar, Cinsel Saldırı, Cinsel Dokunulmazlık, Eşe Karşı Cinsel Saldırı, Kadına Yönelik Şiddet, Aile İçi Şiddet, İstanbul Sözleşmesi

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 03/06/2019. İlk hakem raporu tarihi: 11/06/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 25/06/2019.

** Avukat, Ankara Barosu, eyluleerdem@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2616-6853.

*** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, aras.turay@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8104-6101.

COMMITTING THE CRIME OF BASIC SEXUAL ASSAULT AGAINST THE SPOUSE IN TURKISH PENAL LAW

Abstract

It is a controversial issue whether non-consent sexual behavior against spouses can be considered as a crime. According to a part of the doctrine, it is not possible for the non-consensual sexual acts against the spouse to be a crime because the marriage unity imposes obligations on the partners to satisfy each other's sexual feelings. According to another opinion, any non-consensual sexual acts against the person should be considered as a crime because it causes a violation of sexual inviolability. The qualified form of sexual assault against the spouse which regulated under 102/2nd article of Turkish Penal Code (Law no. 5237) was clearly regulated as an offence that prosecuted on complaint. However, it is not understood from the way in which the relevant article is regulated whether the basic form of the offense can be committed against the spouse. In our study, whether the crime of basic sexual assault which regulated under the article102/1st can be committed against the spouse will be discussed.

Keywords: Sexual Offences, Sexual Assault, Sexual Inviolability, Sexual Offence Against the Spouse, Violence Against Women, Domestic Violence, Istanbul Convention

Giriş

Cinsel suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹ ("TCK") "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabının "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmının "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Bu çerçevede Kanunun 102. maddesinde yetişkinlere yönelik kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen ve bedensel temas içeren cinsel davranışlar "*cinsel saldırı*"; 103. maddesinde çocuklara yönelik gerçekleştirilen ve bedensel temas içeren cinsel davranışlar "*çocukların cinsel istismarı*"; 104. maddesinde 15-18 yaş arasındaki çocuklara yönelik kişinin rızası hilafına olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki boyutundaki davranışlar "*reşit olmayanla cinsel ilişki*"; 105. maddesinde ise kişilerin rızası hilafına gerçekleştirilen fakat bedensel temas

1 RG, 12.10.2004/25611.

içermeyen cinsel davranışlar “*cinsel taciz*” suçu kapsamında ceza yaptırımına tabi tutulmuştur.

Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden kısa sayılabilecek bir süre sonra 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un² 58 – 61. maddeleriyle cinsel suçlar önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda cinsel saldırı suçu da değiştirilerek bu suç bakımından öngörülen ceza yaptırımını ağırlaştırılmış, suçun daha az ve daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri yeniden düzenlenmiştir³. Ancak önceki düzenleme çerçevesinde suçun basit halinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususunun özellikle kanunun lafzı bağlamında tartışmalara yol açması ve bu hususta doktrinde bir görüş birliği de bulunmamasına rağmen, 6545 sayılı Kanun'da bu konuyu açıklığa kavuşturacak bir değişiklik öngörülmemiştir.

Çalışmamızda eşlerin TCK'nin 102. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “basit cinsel saldırı” suçunun mağduru olup olamayacağı hususu incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle cinsel saldırı suçu hakkında -*çalışmanın boyutu elverdiği ölçüde*- kısaca bilgi verildikten sonra doktrindeki çeşitli görüşler ve mevcut Yargıtay uygulaması çerçevesinde değerlendirme yapılarak konu hakkındaki görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçu

A- Kanuni düzenleme

Cinsel suçlar 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu⁴ döneminde, Kanunun “*Cürümler*” başlıklı ikinci kitabının, “*Adab-ı Umumiye ve Niza-*

2 RG, 28.06.2014/29044.

3 Yapılan değişiklikle, TCK'nin ilk halinde terk edilmiş olan “sarkıntılık” kavramı tekrar düzenleme kapsamına alınmıştır. Suçun daha fazla cezayı gerektiren “mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmuş olması” hali ise nitelikli haller kapsamından çıkartılmıştır. Diğer taraftan suçun arasında vesayet ilişkisi bulunan kişiye karşı ve insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halleri yeni ağırlaştırıcı nedenler olarak kanuna eklenmiştir. İlaveten cinsel saldırı fiili nedeniyle gerçekleşen yaralama suçu bakımından öngörülen ceza sorumluluğu bağlamında “mağdurun direncini kırarak ölçüde cebir kullanma” kriteri kaldırılmıştır. 6545 sayılı kanunla cinsel saldırı suçunda yapılan değişiklikler hakkında bkz. **Taner, Fahri Gökçen;** “6545 Sayılı Kanun Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, TBB Dergisi, Yıl: 2017, Kadın ve Hukuk (Özel Sayı), s. 65 vd.

4 RG, 13.3.1926/320.

mı Aile Aleyhine Cürümler” başlıklı 8. babında düzenlenmekteydi⁵. 5237 sayılı TCK’de ise, bu suçlarla korunan hukuki değerin bireylerin cinsel özgürlüğü olmasından hareketle cinsel suçlar isabetli olarak kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir⁶. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde bu suçun genel ahlak ve aile nizamı aleyhine suçlar arasında düzenlenmiş olması, cinsel dokunulmazlığın bir ahlak ve aile değeri olarak algılanıyor oluşunun bir sonucu olarak değerlendirilmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu anlayış terk edilerek cinsel dokunulmazlık sadece bireye atfedilen bir değer olarak ele alınmaya başlanmıştır⁷.

Cinsel saldırı suçu TCK’nin 102. maddesinde⁸ yer almaktadır. Mad-

5 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun yürürlükte olduğu tarihte, cinsel suçlara ilişkin ilgili düzenlemenin sistematik açıdan eleştirisiyle ilgili bkz. **Ünver, Yener**; “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 294 – 296.

6 Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağduru erkekler de olabilecektir, ancak bu suçların mağduru çoğunlukla kadınlardır. Bu sebeple cinsel dokunulmazlığa karşı suçların “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” arasında yer alması, esasen devletin de kadına yönelik yaklaşımını gözler önüne sermekteydi. Söz konusu suçların, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenerek bireyin cinsel dokunulmazlığının ön plana çıkartılması, aslında insan hakları hukukunun ve özellikle kadın haklarının pozitif yönde gelişimiyle paraleldir (**Yalçın Sancar, Türkan**; Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 93, 94; **Korkusuz, Gülşah**; “Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102)”, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan, 2. Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 826). Cinselliğin bir genel ahlak sorunundan ziyade özgürlük sorunu olduğu anlayışının gelişmesiyle suçun genel adaba karşı işlendiğinden ziyade bireyin cinsel özgürlüğüne karşı işlendiği anlayışı da gelişmiştir (bkz. **Taner, Fahri Gökçen**; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 49). Elbette söz konusu eylemlerin kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması, kadın hakları bakımından sembolik olsa da olumlu bir gelişmedir. Fakat haksız tahrik indirimlerinde erkek faillerle kadın failer arasındaki uygulamada farkların bulunması (Bu konuyla ilgili bkz. **Aksakal, Hülya**; “Yargıtay Kararlarında Toplumsal Cinsel Eşitsizliği: ‘Erkekler Lehine İşleyen Haksız Tahrik Kurumu’”, Suç ve Ceza, Yıl: 2018, Sayı: 1, s. 33 – 42) veya gerek 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da gerekse 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da şiddete uğrayan kadın yerine ailenin korunmasının ön plana çıkartılması (Bkz. **Centel, Nur**; “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 3, 4) gibi birçok sorunlu hususun halen çözümsüz olması aslında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yaşanan olumlu gelişmeyi gölgede bırakacak niteliktedir.

7 **Centel, Nur**; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, Tbb Dergisi, Ankara 2012, s. 271; **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 67.

8 **Madde 102- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 m.)**

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde,

denin birinci fıkrasında basit cinsel saldırı, ikinci fıkrasında nitelikli cinsel saldırı, üçüncü fıkrasında genel ağırlaştırıcı nedenler, dördüncü fıkrasında özel bir içtima hükmü, beşinci fıkrasında ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali düzenlenmektedir.

B- Korunan Hukuksal Değer

Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki değer ne olduğu doktrin-
de tartışmalıdır. Bazı yazarlar suçla korunan değer cinsel özgürlük⁹,
bazı yazarlar ise cinsel dokunulmazlık olduğunu savunmuştur¹⁰. Kimi

soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

- 9 **Taner;** Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 67; **Yalçın Sancar;** s. 98; **Centel;** “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, s. 6; **Ünver, Yener;** “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 296; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 368; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2018, s. 324; **Keskin Kızıroğlu, Serap;** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Ord. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, s. 1000; **Memiş Kartal, Pınar;** Cinsel Saldırı, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 470; **Toroslu, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 59; **Yıldız, Ali Kemal;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 211; **Yokuş Sevük, Handan;** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 57, s. 246; **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa;** Yorumu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt: 3, 2. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2014, s. 3287; **Kafes, Veli;** “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu”, II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013 İstanbul Türkiye (Edit. Ünver, Yener), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 62.
- 10 **Soyaslan, Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 227; **Dursun, Selman;** “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, Seçkin Yayıncılık, s. 58; **Korkusuz;** s. 823; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 211. Belirtmek gerekir ki Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır eserlerinde sarkıntılık bakımından gerçekleştirdikleri incelemede korunan hukuksal değeri cinsel dokunulmazlık olarak nitelendirmiştir. Buna karşın eserin farklı yazarlı önceki baskılarında da benzer şekilde cinsel saldırı suçuyla korunan değer cinsel dokunulmazlık olduğu belirtil-

yazarlar ise suçla hem cinsel özgürlüğün hem de cinsel dokunulmazlığın korunduğunu ileri sürmüşlerdir¹¹.

Cinsel özgürlük “hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır¹². Cinsel özgürlük, cinsel dokunulmazlığı da kapsayan geniş bir kavramdır. Buna göre cinsel özgürlüğün negatif ve pozitif olmak üzere iki boyutu vardır. Cinsel özgürlük negatif yönüyle, kişiyi hukuka aykırı cinsel müdahalelerden korurken (cinsel dokunulmazlık), pozitif boyutu itibarıyla kişinin cinsel seçimlerini özgürce yapabilmesi ve ifade edebilmesi anlamına gelmektedir¹³.

Kanaatimizce TCK m. 102 ila 105 aralığında düzenlenen suçlarla cinsel özgürlüğün negatif boyutu olarak nitelendirilen cinsel dokunulmazlık korunmaktadır. Zira ilgili maddelerde bireylerin cinsel seçimlerini özgürce yaşaması ve ifade edebilmeleri hilafına gerçekleştirilen fillere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK m. 102'nin de aralarında bulunduğu ilgili maddelerde yalnızca bireylerin istemedikleri cinsel müdahalelere karşı korunması hususu düzenlenmektedir. Cinsel özgürlük, cinsel dokunulmazlığı da kapsadığı için bu suçlarla elbette cinsel özgürlük de korunmaktadır. Buna karşın ilgili hükümlerle cinsel özgürlüğün pozitif boyutu ele alınmamaktadır. Zira söz konusu hükümlerin konusu bireylerin serbestçe cinsel davranışlarda bulunması değil, rızası olmayan cinsel müdahalelerden korunmasıdır. Bu nedenle ilgili suç tipleriyle cinsel özgürlüğün yalnızca negatif boyutu, yani cinsel dokunulmazlığın korunduğunu düşünmekteyiz¹⁴.

miştir. Bkz. **Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, Caner**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 207.

11 **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 320, 321.

12 **Yalçın Sancar**; s 100. Benzer doğrultuda **Ünver, Yener**; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 1031; **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 66.

13 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 65, 66; **Yalçın Sancar**; s. 100.

14 Bu noktada suçların cinsel özgürlüğe karşı suçlar yerine cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesine yönelik eleştirilere de katılmadığımızı belirtmek gerekir. Doktrinde bazı yazarlar suçların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer almasının, bu suçlarla kişinin bedeninin, yani fiziki varlığının korunduğu algısına yol açabilecek olması sebebiyle eleştirmektedirler (Bkz. **Yalçın Sancar**; s. 101; **Centel**; “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, s. 7; **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 66; **Toroslu**; s. 60; **Memiş Kartal**; s. 470). Halbuki cinsel dokunulmazlıkla kişi yalnızca vücut bütünlüğü yönüyle değil, asıl olarak rızası olmayan cinsel müdahalelere karşı korunmaktadır. Elbette cinsel dokunulmazlık kavramının yorumlanmasında TCK m. 102'nin gerekçesine bağlı kalınmaması gerektiği de vurgulanmalıdır.

C- Tipikliğın Objektif Unsurları

1) Fail

Basit cinsel saldırı suçunda faillik bakımından bir özellik aranmamıştır, dolayısıyla herhangi bir kişi bu suçun faili olabilecektir. Failin kadın veya erkek olması mümkündür¹⁵. Aynı zamanda kişinin iktidarsız veya aoseksüel olması da cinsel saldırı suçunun faili olabilmesine engel teşkil etmez.

Failin mağdur ile üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık olması suçun daha fazla cezayı gerektirir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK m.102/3-c).

2) Mağdur

Bu suçun mağduru on sekiz yaşını bitirmiş herkes olabilir. Mağdurun medeni durumunun, cinsiyetinin, cinsel yöneliminin veya cinsiyet kimliğinin suçun oluşumu bakımından önemi yoktur¹⁶. Suç farklı cinsiyetten kişilere işlenebileceği gibi aynı cinsiyetten kişilere karşı da işlenebilir. Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kişi olması suçun daha fazla cezayı gerektirir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK m. 102/3-a).

Mağdurun yaşının on sekizden küçük olması halinde cinsel saldırı değil TCK m. 103'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu olu-

Zira TCK m. 102'nin gerekçesinde "Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir" şeklindeki hatalı açıklama (Gerekçeyle ilgili eleştiriler için ayrıca bkz. **Ünver**; "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar", s. 298), cinsel dokunulmazlıkla vücut bütünlüğünü bağdaştırmaktadır. Nitekim TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçunda bedeni bir temas bulunmamakta, buna karşın bu suç cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle cinsel dokunulmazlık vücut bütünlüğünden ziyade, kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen her türlü cinsel müdahaleye karşı korunmasını sağlamaktadır. Cinsel dokunulmazlık kavramıyla ilgili bir diğer eleştiri ise suçun özgü bir suç olarak düzenlenmemesi sebebiyle heteroseksüel ilişkiler gibi homoseksüel ilişki bakımından da bir korumanın öngörüldüğü ve bu yüzden suçların cinsel özgürlüğün korunduğunun kabulünün daha isabetli olacağı yönündedir. (Bkz. **Memiş Kartal**; s. 471). Belirtmek gerekir ki cinsel dokunulmazlık kaynağı önem teşkil etmeksizin kişinin bütün cinsel müdahalelere karşı korunmasını sağladığı için cinsel müdahalenin homoseksüel veya heteroseksüel olması korunan değer için cinsel dokunulmazlık değil, cinsel özgürlük olduğunu sonuçlamayacaktır.

15 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 93; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**; s. 218; **Tecan/Erdem/Önok**; s. 368; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**; s. 320; **Koca/Üzülmez**; s. 324; **Yaşar/Gökcan/Artuç**; s. 3287; **Kafes**; s. 63.

16 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 83, 84; **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 370.

şacaktır. Belirtmek gerekir ki bu suç ölümlere ve hayvanlara karşı işlenemez. Fiilin ölü bir kimseye karşı işlenmesi (nekrofil) TCK m. 130/f. 2'de düzenlenen ölü'nün hatırasına hakaret suçunu oluşturur¹⁷. Fiilin hayvanlara karşı işlenmesi (zoofili) Hayvan Koruma Kanunu'nun 14/j ve 28/k maddeleri çerçevesinde idari para cezası yaptırımına tabidir. Hayvanın sahipli olması halinde ise failin mala zarar verme suçu kapsamında ceza sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁸.

3) Fiil

Cinsel saldırı suçuna vücut veren fiil, bir kimsenin cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal etmesidir. Bedensel temas içermeyen davranışlar bu suç kapsamında değil şartları olduğu takdirde cinsel taciz suçu kapsamında telakki edilmelidir. Basit cinsel saldırı fiilinin temelini oluşturan cinsel davranış, mağdurun bedensel temas yoluyla cinsel dokunulmazlığını ihlal eden her türlü eylemdir¹⁹. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda suçun oluşumu için failin mutlaka cinsel bir motivasyon veya amaç taşıması gerekmemektedir. Dolayısıyla cinsel davranışın belirlenmesinde objektif ölçütlerle hareket edilmelidir²⁰. Buna karşı doktrinde cinsel davranışın belirlenmesine yönelik failin cinsel arzularını tatmin amacını esas alan subjektif yaklaşımlar da savunulmaktadır²¹. Kanaatimizce cinsel arzuları tatmin amacı bulunmasa dahi eylem, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik bir müdahale teşkil ediyorsa, cinsel davranış olarak nitelendirilmelidir. Örneğin mağduru küçük düşürmek veya canını yakmak amacıyla vücuduna bir cisim veya organ sokulması gibi eylemlerde, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik hukuka aykırı bir müdahale söz konusu olduğu için cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Benzer şekilde cinsel arzuları tatmin etmek amacı olmasa dahi mağduru aşağılamak amacıyla cinsel organının okşanması veya kavranmasıyla da cinsel saldırı suçu-

17 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 83; **Toroslu**; s. 59; **Koca/Üzülmez**; s. 325.

18 **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**; s. 321.

19 Benzer doğrultuda **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 106.

20 Benzer doğrultuda **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 107; **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 403; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**; s. 338, 339.

21 **Toroslu**; s. 61; **Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, U-S A Yayıncılık, Ankara 2015, s. 159, 160; **Koca/Üzülmez**; s. 328; **Memiş Kartal**; s. 472; **Yokuş Sevik**; "Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", s. 252; **Yaşar/Gökcan/Artuç**; s. 3299.

nun oluştuğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte failin cinsel arzularını tatmin amacıyla eylemini gerçekleştirmesi, cinsel davranışın ispatında dikkate alınacaktır²².

Cinsel davranışın tespitinde davranışın objektif niteliğinin yanı sıra aynı zamanda fail ile mağdur arasındaki ilişkinin de dikkate alınması gerekecektir. Örneğin bir babanın çocuğunu öpmesi kural olarak çocuğuna sevgisini göstermeye yöneliktir. Bununla birlikte eylemin cinsel bir davranış olarak değerlendirilmesi de somut olayın koşulları çerçevesinde mümkündür. Öpme, okşama gibi davranışlar objektif olarak cinsel olsa dahi, böyle bir davranışın fail ile mağdur arasında cinsel olarak nitelendirilmesini engelleyecek bir ilişki olup olmadığına da bakılmalıdır²³. Benzer şekilde bir kişinin poposunun ellenmesi de objektif olarak cinsel bir davranıştır. Fail cinsel arzularını tatminden ziyade, mağduru herkesin içinde aşağılamak amacıyla eylemini gerçekleştirse de suçun cinsel saldırı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte voleybol maçlarında sayı alındıktan sonra gerçekleştirilen sevinç ritüelinde sporcuların birbirlerinin poposuna dokunması kişiler arasındaki ilişki çerçevesinde cinsel davranış olarak nitelendirilemeyecektir²⁴.

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle cinsel davranışların sarkıntılık düzeyinde kalması, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Ancak fiilin sarkıntılık düzeyinde kalmış olmasından ne anlaşılması gerektiği kanunda açıklanmış değildir. Doktrinde sarkıntılık kavramından ani ve kesinti gösteren davranışların anlaşılması gerektiği vurgulanmakta olup²⁵ Yargıtay da aynı görüşü benimsemektedir²⁶. Nitelikli cinsel saldırı suçuna vücut veren fiil, vücut dokunul-

22 **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 379, 380.

23 Kişiler arası ilişki kriteri ile ilgili bkz. **Taner**; s. 111 – 113.

24 Söz konusu örnek için farklı görüşle aynı sonuç için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 381. Yazarlar söz konusu örnekteki eylemi failin cinsel arzularını tatmin amacı olmadığı için cinsel davranış olarak nitelendirmemişlerdir.

25 **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 384; **Taner**; “6545 Sayılı Kanun Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilir?”, s. 74.

26 “...Dosya kapsamına uygun kabule göre, olay günü dolmuşta katılanın bulunduğu koltuğun arkasında oturan sanığın, araç hareket halindeyken arka taraftan eliyle mağdurenin beline ve kalçasına dokunduğu, mağdurenin rahatsız olması üzerine koltukta biraz ileriye gittiği, sanığın yine elini kalça ile bacak kısmında gezdirmeye başlayınca koltukta biraz daha ileri gidip arkaya baktığında sanığın elini çektiğinin anlaşılması karşısında, mevcut haliyle sanığın eyleminin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı anlaşılmaktadır...” Yarg. 14. CD., E. 2018/6906, K. 2018/7515, Tarih: 13/12/2018 (www.kazanci.com.tr).

mazlığının vücuda organ ya da sair cisim sokulması suretiyle ihlal edilmesidir.

Belirtmek gerekir ki TCK m. 102 hükmünün gerekçesinde basit cinsel saldırı suçunda failin gerçekleştirdiği cinsel davranışların cinsel duyguları tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi gerekliliği aranırken (özel kast), madde gerekçesinde vücuda organ ya da sair cisim sokma fiilinin cinsel amaçla gerçekleştirilmese dahi nitelikli cinsel saldırı suçuna vücut vereceği vurgulanmıştır. Yargıtay'ın da bu doğrultuda karar verdiği görülmektedir²⁷. Söz konusu ayırım haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten de vücuda sair bir cisim ya da organ sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı için aranmayan cinsel amaç unsurunun, basit cinsel saldırı bakımından aranması çelişkilidir²⁸. Zira her iki hükümde de suça vücut veren fiil, cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir.

D- Tipikliğin Sübjektif Unsurları (Manevi Unsur)

Suçun manevi unsuru konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Söz konusu görüş farklılığının temelinde cinsel davranış kavramına ilişkin objektif ve sübjektif yaklaşımlar etkisini göstermektedir. Cinsel davranışı sübjektif temelde ele alarak failin cinsel arzuları tatmin amacı ile hareket etmesi gerektiğini savunan yazarlar, suçun oluşması için özel kastın gerekli olduğunu savunmaktadır²⁹. Bir grup yazar ise suçun basit halinin (TCK m. 102/f. 1) özel kasta, nitelikli halinin ise genel kasta

27 "...Sanıkların, mağduru tehdit ve cebirle zorlayıp su şişesinin üzerine oturmasını söylemelerinin ardından anüsünden içeri girmeyecek şekilde şişe üzerine oturan mağduru video kaydına aldıkları, olayda sanıkların imkanları olduğu halde şişeyi mağdurun anüsüne sokmadıkları, bu haliyle eylemlerinin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturmayacağı ve cinsel amaç içermeyen eylemde basit cinsel saldırı suçunun da kanuni unsurları itibarıyla oluşmayıp fiilin müştekiyi küçük düşürmek amacıyla yapılması sebebiyle hakaret suçunu oluşturacağı gözetilip ilk derece mahkemesince suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi", Yarg. 14. CD., E. 2018/2197, K. 2018/4971, Tarih: 05/07/2018, (www.lexpera.com.tr).

28 Aynı doğrultuda **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 403; **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 104.

29 **Yokuş Sevük**; "Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", s. 252. Belirtmek gerekir ki Yokuş Sevük daha yeni tarihli bir eserinde "Failin kastı suç tipindeki unsurları kapsadığından, failin objektif olarak cinsel nitelikteki hareketi mağdurun cinsel özgürlüğüne yönelik olarak gerçekleştirdiği hallerde kastın varlığı kabul edilecektir" demiştir. Bkz. **Yokuş Sevük, Handan**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 92.

tabi olduğunu savunmuştur³⁰. Buna karşın bizim de katıldığımız görüş, cinsel saldırı suçunun genel kastla işlenebileceği yönündedir³¹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere cinsel davranış objektif temellere dayanmaktadır. Dolayısıyla failin cinsel davranışlarla mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi için mutlaka cinsel arzularını tatmin etme amacıyla hareket etmesi gerekmektedir³². Fail şaka yapmak, küçük düşürmek veya herhangi başka amaçla eylemini gerçekleştirmesi halinde de cinsel bir davranış bulunmaktadır. Burada önemli olan failin, mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinin bilincinde olmasıdır³³ ve ayrıca cinsel arzularını tatmin amacını gütmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra suç tipinde de özel kastla hareket edilmesi gerektiği yönünde de bir ibare bulunmamaktadır.

II. Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi

Eş tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu aile içi şiddet kapsamında değerlendirilmelidir. Gerçekten de şiddet, fiziksel, cinsel, sözel ve psikolojik birçok unsur içerebilir. Cinsel şiddet temelinde, cinselliğin bir tehdit, sindirme ve kontrol etme aracı olarak kullanılmasıdır³⁴. Yapılan bir araştırmaya göre cinsel saldırı suçlarında failin yabancı (mağdurun tanımadığı) bir kişi olma oranı %31'dir. Yine eylemin tamamlanma olasılığı fail ve mağdurun tanıdık olmaları halinde %70 iken, failin yabancı bir kişi olması halinde %30 olarak belirlenmiştir³⁵. Buna karşın eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemleri, aile içi şiddet olgusu kapsamında fiziksel ve psikolojik şiddete nazaran daha az dikkate alınmaktadır³⁶.

30 **Ünver**; "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar", s. 295, 296; **Keskin Kızıroğlu**; s. 1001, 1003; **Koca/Üzülmez**; s. 332; **Memiş Kartal**; s. 476, 477. Belirtmek gerekir ki yazarlar, bu durumun nitelikli cinsel saldırı suçu ile kasten yaralama arasındaki ayrımı belirsizleştirdiğini de ifade etmiştir.

31 Aynı doğrultuda **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 184; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**; s. 338; **Korkusuz**; s. 832; **Yıldız**; s. 214; **Çalışkan, Suat**; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 9; **Kafes**; s. 69.

32 Benzer doğrultuda **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 185.

33 Benzer doğrultuda **Yokuş Sevük**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 92.

34 **Akın, Merve**; "Aile İçi Şiddet", Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 27, 28.

35 **Ole Ingemann-Hansen vd.**; "Characteristics Of Victims And Assaults Of Sexual Violence – Improving Inquiries And Prevention", Journal of Forensic And Legal Medicine, Volume 16, Issue 4, May 2009, s. 184'ten aktaran **Korkusuz**; s. 816.

36 **Korkusuz**; s. 816.

Söz konusu tablo hukuksal incelemeler bakımından da geçerlidir. Gerek TCK m. 102/f. 2'de düzenlenen eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun şikâyete tabi tutulması gerekse TCK m. 102/f. 1'de düzenlenen basit cinsel saldırının eşe karşı işlenemeyeceği yönündeki doktrinel görüş ve pratik uygulama, aslında eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçlarının ciddiyetini ve ihlal ediciliğini göz ardı etmektedir.

A- Eş kavramı

Doktrinde hâkim olan görüşe göre eş kavramından anlaşılması gereken resmî nikâhlı eşlerdir. Nişanlı, dini nikâhla evli veyahut her ne ad adı altında olursa olsun birliktelik yaşayanların eş olarak kabul edilmesi gerekir³⁷. Zira eş kavramı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ("TMK") geçen teknik bir kavramdır. TMK m. 134 vd. hükümlerinde eş sıfatının kazanılması belirli şartlara ve işlemlere bağlanmıştır. Bahsi geçen hükümlerdeki şartlara uymayan veya işlemleri gerçekleştirme-yen kişilerin de eş sıfatını haiz olabileceğinin kabulü TCK m. 2/f. 3'te yasaklanan kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum teşkil edecektir.

B- 765 Sayılı Kanun Dönemindeki Durum

Cinsel saldırı 765 sayılı mülga TCK döneminde Kanunun 416. maddesinde "cebren ırza geçme" adı altında düzenlenmekteydi. Anılan düzenlemeye göre; *onbeş yaşını bitiren bir kimsenin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi filinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kişinin yedi yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılacağı* hüküm altına alınmıştı (765 sayılı TCK m. 416/f. 1). Yine bu suretle cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar ise "ırz ve namusa tasaddi" suçu kapsamında beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılıyordu (765 sayılı TCK m. 416/f. 2). Diğer taraftan Kanunun 434. maddesinde ırza geçme/ırza tasaddi fiillerini

37 **Gündel, Ahmet**; 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 15; **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 92; **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 392. Aksi yönde **Koca/Üzülmöz**; s. 326. Yazarlara göre dini nikahla veya nikahsız olarak birlikte yaşayan kişilerin de eş olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

gerçekleştiren failin mağdurla evlenmesi halinde fail hakkında kamu davası açılmamışsa davanın açılmasının, hüküm verilmiş ise cezanın infazının erteleneceği düzenlenmişti (765 sayılı TCK m. 416/f. 1-3).

1- Eşin Mağdur Olamayacağı Yönündeki Görüş

Evlilik birliği içerisinde gerçekleşen cinsel davranışlar bakımından eşin ırza geçme/ırza tasaddi suçlarının mağduru olup olmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmuyordu. Konu hakkında doktrin ve yargı kararlarındaki hâkim görüşü; evliliğin -özellikle kadına- cinsel ilişkiye rıza gösterme mükellefiyeti yüklediği, bu nedenle nikâhlı eşlerin bu suçun mağduru olamayacağı yönündeydi³⁸. Bu görüş taraftarları, evlilik bağına cinsel ilişkiye meşruiyet kazandıran bir sözleşme olarak değerlendirmekte olup evlilik akdinin kurulmasıyla eşlerin birbirlerinin cinsel dokunulmazlığı üzerinde tasarruf hakkına sahip olduklarını ileri sürmekteydiler. Ancak bütün haklarda söz konusu olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı, bu çerçevede ancak hukuki ve tıbbi sınırların ötesine geçen zorlama hareketlerin cezai yaptırıma layık olduğu da savunulmaktaydı³⁹. Yargıtay da yerleşik uygulamasında, normal olarak nitelendirdiği vajinal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin eşin rızası hilafına da olsa bu suçu oluşturmayacağı, nitekim 765 sayılı TCK TCK m. 434'de düzenlenen hükmün de bu doğrultuda olduğu, tıbbi ve hukuki sınırları aşan zorlamanın ise ırza geçme değil, “*aile fertlerine kötü muamele suçu (765 sayılı TCK m. 478)*”nu oluşturacağı görüşündeydi⁴⁰.

2- Eşin Mağdur Olabileceği Yönündeki Görüş

Bir kısım yazarlar ise 765 sayılı TCK döneminde evlilik kurumunu eşlerin rızası hilafına gerçekleştirilecek cinsel eylemler bakımından hu-

38 765 sayılı TCK döneminde Türk hukukunda kocanın failliğine ilişkin karşılaştırmalı ve detaylı bir değerlendirme için bkz. **Kırbıyık, Şerife**; Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla Öğreti ve Uygulamada ırza Geçme Cürmü ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001, s. 49 – 54.

39 **Dönmezer, Sulhi**; Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 61.

40 Yarg. 4. CD., E. 1994/2788, K. 1994/6217, Tarih: 07/07/1994 (www.kazanci.com). Benzer yönde görüş için bkz. **Önder, Ayhan**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 445. Yazar, kadının ağır bir hastalık geçirmesi veya anormal şekilde cinsi ilişkiyi cehren gerçekleştirmesi hallerinde kocanın fiilinin Kanununun 478. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

kuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin olanaksız olduğu⁴¹; zira hukukta hiçbir normun aile içi şiddet kullanmaya müsaade edemeyeceği, her ne kadar evlilik akdi eşlere birbirlerinin cinsel duyguları tatmin yükümlülüğü yüklese de bu durumun her hal ve koşulda cinsel ilişkiye rıza gösterme gibi bir zorunluluk olarak algılanamayacağı, 765 sayılı TCK m. 434'de düzenlenen pişmanlık hükmünün aile içi ırza geçme fiilleri için öngörülmüş bir norm olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla bu normun eşin bu suçun mağduru olamayacağı görüşüne dayanak teşkil etmeyeceği, eşlerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri müessir fiiller bakımından cezalandırılması yoluna gidilirken özü itibariyle müessir fiilin unsurlarını da barından ve esasen müessir fiilden daha ağır sonuçları olan ırza geçme suçundan cezalandırılmamasının yerinde olmadığı, nitekim kanuni düzenlemeden de eşin bu suçun mağduru olamayacağına ilişkin bir sonuç çıkarılamayacağı⁴², öyle ki kanun lafzındaki “kimseye karşı” ifadesinin bu suçun mağdurunun herkes olabileceğine işaret ettiği şeklindeki gerekçelerle eşin bu suçun mağduru olabileceğini savunmaktaydılar.

Yargıtay'ın görüşü aksi yönde de olsa, Prof. Dr. Sami Selçuk ilgili kararlar bakımından yazdığı muhalefet şerhlerinde “...*Maddi ya da manevi zor kullanmaksızın ve fakat gönülsüz olarak gerçekleştirilen ters (anal) cinsel ilişkinin aile fertlerine kötü muamele suçuna (765 sayılı TCK m.478); maddi ya da manevi zorla işlenen olağan (vajinal) cinsel ilişkinin zorla ırza geçme (765 sayılı TCK m.416/f. 1) ya da en azından şartlı tehdit-emredici cebir suçuna (765 sayılı TCK m.188/f. 2) uyacağı; maddi ya da manevi zorla işlenen olağan (vajinal) cinsel ilişkinin, hastalık vb. gibi olağan dışı durumlarda; anal cinsel ilişkinin*

41 **Dülger, İbrahim**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlardan ırza Geçme Suçu, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998, s. 149; **Ünver**; “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum”, s. 323; **Nuhoğlu, Ayşe**; Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 616; **Aydın, Devrim**; Türk Ceza Kanununda Kadın Bedeni ve Cinsellik, in: http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/turk_ceza_kanununda_kadin_bedeni.pdf [ET:10.01.2019], s. 3; **Kırbıyık**; s. 57; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 823.

42 **Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner**; “Evlilik İçinde ırza Geçme”, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 67; **Ünver, Yener**; “Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 63.

her zaman kesinkes zorla ırza geçme suçunu oluşturacağı...” görüşünü savunmuştur⁴³.

C- 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum

1- Eşin Mağdur Olamayacağı Yönündeki Görüş

5237 sayılı TCK’de nitelikli cinsel saldırı fiilinin eşe karşı işlenebileceği açıkça düzenleme altına alınmış, ancak suçun takibi şikâyet şartına bağlanmıştır⁴⁴. Öte yandan kanun lafzında basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenebileceğinin açıkça belirtilmemiş olması bu suçun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususunda yeni bir tartışma başlatmıştır. Bir kısım yazarlar, basit cinsel saldırı fiilinin eşe karşı işlenebileceği hususunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu gerekçesiyle bu suçun eşe karşı işlenemeyeceğini öne sürmektedirler⁴⁵. Bazı yazarlar ise eşin mağdur olabileceğini savunmakla birlikte mevcut düzenleme kapsamında eylemin suç teşkil etmediğini belirtmiştir⁴⁶. Hükmün gerekçesinde de cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eş karşı işlenebileceği belirtilmiştir, buna karşın basit haline ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Öte yandan doktrinde 765 sayılı TCK dönemindeki görüşlere paralel olarak; cinsel ilişkinin evliliğin doğal sonuçlarından olup üremeye

43 Yarg. 4. CD., E. 1994/2788, K. 1994/6217, Tarih: 07/07/1994 (www.kazanci.com.tr).

44 Nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenebileceği hususu madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır:

“...Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur...”

45 **Tezcan/Erdem/Önok**; s. 369; **Yokuş Sevik**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 81; **Akkaya, Çetin**; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 14; **Gündüz, Remzi**; Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2017, s. 38, 39; **Malkoç, İsmail**; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2013, s. 1576; **Yaşar/Gökcan/Artuç**; s. 3288; **Gerçekler, Hasan**; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt – 1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1029; **Salman, Eda**; Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 31.

46 **Yokuş Sevik**; “Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, s. 260. Benzer doğrultuda **Dülger, Murat Volkan**; “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 558.

kaynak olduğu, aile mahremiyetine ceza normları ile karışmanın doğru olmadığı, evliliğin eşlere birbirlerinin cinsel duygularını tatmin yükümlülüğü getirdiği, bu nedenle evlilik içi zorlamanın meşru olup suç sayılamayacağı, öyle ki evlilik akdinin cinsel ilişkiye verilen rızanın açık göstergesi olduğu evlilik içinde gerçekleşen bu tip fiiller bakımından şikayet hakkının da kolay kolay kullanılmayacağı, bu nedenle hükmün pratik bir faydasının da bulunmadığı⁴⁷ şeklindeki çeşitli gerekçelerle eşin nitelikli cinsel saldırı suçunun faili sayılması da eleştirilmektedir.

Doktrindeki bir başka görüş ise basit cinsel saldırı fiillerinin ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir haksızlık olarak görülmediğinden suç olarak düzenlenmediğini, nitelikli cinsel saldırı fiilinin ise ancak hukuki ve tıbbi boyutları aşması halinde suç sayılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁸.

Hatta cinsel saldırının Yaratıcı'nın erkeğe bahşettiği bir ayrıcalık(!) olduğu, hükmün kanun koyucunun "erkeklerden intikam almak için" kadınlara verdiği yeni bir "silah" olduğu dahi ileri sürülmüştür⁴⁹.

Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında⁵⁰ "...eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK m.102/f. 2'nin ikinci cümlesinde şikâyete tabi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK m.102/f. 1'de düzenlenen suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu..." şeklindeki gerekçeyle sanık hakkında basit cinsel saldırı suçu bakımından verilen mahkûmiyet kararının bozulmasına hükmetmiştir. "Sanığın eşini kendine çekip öpmekten ibaret eyleminin kanunda suç olarak gösterilmediği" şeklindeki Yargıtay kararı değerlendiril-

47 **Hafizoğulları/Özen;** s. 162, 163. Yazarlar ayrıca, kadının erkeğe cinsel organ ithal etmesinin mümkün olmamasının yanında sair cisim ithal etmesinin de duyulmuş şey olmadığı, bu nedenle düzenlemenin pratikte sadece kocayı cezalandırmaya matuf olduğu, bu durumun da ayrımcılık yasağına aykırı olduğu kanaatindedirler.

48 **Koca/Üzülmez;** s. 327. Belirtmek gerekir ki Koca ve Üzülmez, tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde (normal yollarla) zorla gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı eylemlerinin de suç teşkil etmediği görüşündedir.

49 **Kocaoğlu, S. Sinan;** Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 123.

50 Yarg. 14. CD., E. 2012/4276, K. 2014/1689, Tarih: 13/02/2014 (www.lexpera.com.tr).

diğinde, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin görüşünü; TCK'nin 102. maddesinin ikinci fıkrasında nitelikli saldırı fiilinin açıkça şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlendiği, birinci fıkra kapsamında düzenlenen basit cinsel saldırı fiili bakımından ise ayrıca böyle bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesine dayandırdığı anlaşılmaktadır.

2- Eşin Mağdur Olabileceği Yönündeki Görüş

Failin eşinin de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği doktrinde savunulmaktadır⁵¹. Bu görüşün iki temel dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, TCK m. 102/f. 2 hükmüne göre eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenebileceği, buna karşın TCK m. 102/f. 1'de eşe karşı cinsel saldırı suçunun işlenebileceğinin özel olarak düzenlenmediği argümanına bir cevap niteliğindedir. Buna göre TCK m. 102/f. 2 hükmünde eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenebileceğinin düzenlenmesinin sebebinin, söz konusu hükme ilişkin fiillerin re'sen kovuşturulmasına karşı, eşe karşı işlenmesi halinin şikâyete bağlanması olduğudur. Dolayısıyla kovuşturulması zaten şikâyete bağlı olan TCK m. 102/f. 1 hükmünde, bu nevi bir düzenleme yapılması gerekmemektedir⁵². Bu doğrultuda Yargıtay'ın "eşe karşı işlenen basit cinsel saldırının suç olarak düzenlenmediği" şeklindeki kabulü doktrinde bir kısım yazarlar tarafından eleştirilmiş; birinci fıkradaki hüküm bağlamında eş bakımından ayrı bir düzenleme yapılmamış olmasının bu suçun zaten herkes bakımından şikâyete tabi bir suç olmasından kaynaklandığı, Yargıtay'ın mevcut uygulamasının "suçta ve cezada kanunilik" ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır⁵³. Yine TCK m. 102/f.

51 **Taner;** Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 89 vd.; **Ünver, Yener;** "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirilise Olarak İncelenmesi", II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku" 16/17-05-2013 İstanbul Türkiye (Edit. Ünver, Yener), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 30 vd.; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe;** s. 320; **Selman;** s. 65; **Gündel;** s. 15; **Taneri, Gökhan;** Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 25; **Kantarci, Nurullah;** "Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, Seçkin Yayıncılık, s. 158; **Şimşek, Alahattin;** "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, Seçkin Yayıncılık, s. 340; **Deniz, Hüseyin;** Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, T.C. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 38.

52 **Taner;** Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 91; **Dursun;** s. 66.

53 **Şen, Ersan;** "Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu", in: <https://www.hukukihaber.net/evlilik-birliğinde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html> [ET: 25.01.2019].

2'de nitelikli cinsel saldırı suçunun şikâyete tabi olduğunun düzenlenmesinin Yargıtay'ın 765 sayılı Kanun dönemindeki hatalı içtihadına son vermek amacını taşıdığı, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlenme biçimleri ve doğaları gereği, söz konusu suçlardan dolayı eşin mağdur olamayacağı yönünde bir çıkarım yapılamayacağı da belirtilmiştir⁵⁴.

Eşin basit cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği yönündeki görüşün ikinci dayanağı ise korunan hukuksal değerle ilişkilidir. Gerçekten de suçla korunan değer 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi genel adap ve aile düzeni olmaktan çıkartılarak bireysel bir değer olan cinsel özgürlük/dokunulmazlık olması gerek nitelikli gerekse basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenebileceğine işaret etmektedir. Evlilik ilişkisi, bireylere eşinin cinsel özgürlüğü/dokunulmazlığı üzerinde tasarruf yetkisi vermediğine göre, eşlerin birbirlerine karşı gerçekleştirdiği rıza dışı eylemlerle de cinsel saldırı suçu oluşabilecektir⁵⁵.

3- Görüşümüz

Yukarıda değinilen tartışmalar çerçevesinde öncelikle belirtmek gerekir ki biz eşlerin gerek basit cinsel saldırı gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği kanaatindeyiz. Doktrinde konuyla ilgili farklı görüşler olduğu gözetilerek aşağıda TCK m. 102'nin yorumlanmasından kaynaklı ulaşılan sonuçlar ve görüşümüzün sair dayanakları açıklanacaktır.

a- TCK m. 102 Hükümünün Yorumlanması

Hukuksal yorum, bir metnin anlamının ortaya çıkartılmasına yönelik fikri bir faaliyet⁵⁶, yorumcunun aracılığıyla anlamın açık ve tam olarak ortaya çıkartıldığı eylem⁵⁷ olarak tanımlanmaktadır. Yorum faaliyetinin amacı da hukuk kuralının anlamını ve kapsamını belirlemektir⁵⁸. Ger-

54 **Ünver**; "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", s. 297, 298.

55 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 89, 90. 765 sayılı Kanun döneminde de benzer doğrultuda görüş ileri sürülmüştür. Bkz. **Artuk/Yenidünya**; s. 64.

56 **Baytaz, Batuhan**; Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 14, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 169.

57 **Oder, Bertil Emrah**; Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 5.

58 **Serozan, Rona**; Hukukta Yöntem, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 101; **Baytaz**; s. 175.

çekten de hukuksal bir görüşün anlaşılabilmesi ve sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi için, görüşün sahibinin izlediği yöntemin de ele alınması gerekmektedir⁵⁹. Bu kapsamda TCK m. 102/f. 1'e ilişkin yorumumuzu, yorum metotlarına göre ayrı başlıklar altında incelemenin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

aa- Lafzi (Sözel) Yorum

Yorumun ilk ve en temel aşaması lafzi yorumdur⁶⁰. Lafzi yorumda temel olarak kanun koyucunun hangi kelimeleri kullandığı, kullanılan kelimelerin cümle yapısında nasıl bir role sahip olduğu, ayrıca noktalama işaretlerinin nasıl kullanıldığı önem taşımaktadır⁶¹.

TCK m. 102/f. 1 hükmünde düzenlenen basit cinsel saldırı suçu “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde kaleme alınmıştır. İlgili fıkranın ikinci cümlesinde ise cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli düzenlenmiştir.

TCK m. 102/f. 1 hükmünün ilk cümlesindeki kavramlar yorumlandığı takdirde, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığı ihlal edilen “kişi”den bahsedildiği görülmektedir. Kişi ibaresiyle, suçla korunan değerlerin bireylere özgü olan cinsel dokunulmazlık olduğu ve 18 yaşından küçük kişilerin TCK m. 103'de düzenlenen cinsel istismar suçundan dolayı mağdur olabileceği dikkate alındığında, mağdurun 18 yaşından büyük herhangi bir gerçek kişi olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Söz konusu kişinin, failin eşi olamayacağı yönünde ayrı bir ibare de bulunmamaktadır. Dolayısıyla birinci fıkradaki suçun eşe karşı işlenebileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Doktrinde nitelikli cinsel saldırı suçunun düzenlendiği ikinci fıkrada “Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır” şeklindeki cümle nedeniyle, ikinci fıkradaki nitelikli cinsel saldırının eşe karşı işlenebileceği, birinci fıkrada ise benzer bir düzenleme yer almadığı için basit cinsel saldırının

59 Serozan; s. 1, 2.

60 Oder; s. 33; Aral, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 185.

61 Baytaz; s. 213; Oder; s. 34; Aral; 185.

eşe karşı işlenemeyeceği savunulmuştur. Halbuki ikinci fıkradaki ibareyle suçun eşe karşı işlenebileceği değil, suçun eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının şikâyete bağlı olacağı düzenlenmektedir. Birinci fıkrada düzenlenen basit cinsel saldırı suçu, zaten şikâyete tabi olduğu için eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete bağlı olacağına ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur⁶².

bb- Amaçsal (Teleolojik) Yorum

Amaca göre yorumda ortaya konulmak istenen husus, norma ilişkin kanun koyucunun sübjektif niyetinden bağımsız, normun kendi varlığından kaynaklanan amacın (*ratio legis*) tespit edilerek, ilgili normun bu doğrultuda anlamlandırılmasıdır⁶³. Belirtmek gerekir ki normun kanun koyucudan ayrı, kendi amacının tespiti objektif (nesnel) amaca göre yorum, kanun koyucunun iradesinin dikkate alınmasıyla sübjektif (öznel) amaca göre yorum olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Bununla birlikte kanun hükmünün anlamlandırılmasında sübjektif yaklaşımın etkili olabileceği, ancak esas olanın hükmün objektif amacı olarak *ratio legis*'inin tespiti olduğu da belirtilmiştir⁶⁵.

Sübjektif amaca göre yorum çerçevesinde, hükmün gerekçesi yol gösterici olabilecektir⁶⁶. Öncelikle belirtmek gerekir ki gerekçedeki eşlerin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü ve bunun tıbbi ve hukuki sınırlarına ilişkin ifadeler oldukça sorunludur. Zira evlilik, kişilere cinsel davranışlarda bulunma yükümlülüğü getirmemektedir. Evli veya belli bir cinsel yakınlığı bulunan kişilerin birbirlerinden cinsel ilişki veya sair cinsel davranışlarda bulunmayı talep etmeleri olağandır. Buna karşın bir kimsenin diğerinin rızası hilafına cinsel davranışlarda bulunması

62 Aynı doğrultuda **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 91; **Ünver**; "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", s. 31; **Dursun**; s. 66.

63 **Baytaç**; s. 257.

64 **Oder**; s. 104.

65 **Aral**; s. 189.

66 TCK m. 102'nin gerekçesindeki ilgili kısım "*Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların iblâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır*" şeklinde kaleme alınmıştır.

gibi bir hakkı olduğu görüşü⁶⁷ günümüzde terk edilmesi gereken ve kişilerin cinsel dokunulmazlığı ile bağdaşmayan bir yaklaşımdır. Ayrıca TCK m. 102/f. 1 hükmünde eşin, suçun mağduru olup olamayacağı ile ilgili ayrı ve açık bir tespite yer verilmiş de değildir. Dolayısıyla hükmün gerekçesi birçok açıdan sorunlu olduğu gibi subjektif amaca göre bir yorum yapılabilmesine de elverişli değildir.

Objektif amaca göre yorum çerçevesinde, TCK m. 102 hükmünün kanun koyucunun subjektif iradesinden bağımsız şekilde anlamı ve amacı dikkate alınmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere TCK m. 102 hükmüyle korunmak istenen hukuksal değer kişinin cinsel dokunulmazlığıdır. Gerçekten de Kanundaki düzenlemede bireysel özgürlüğü esas alan yaklaşım⁶⁸ çerçevesinde eşlerin de gerek basit gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır⁶⁹. Evlilik akdinin kurulmasıyla kişinin eşine karşı cinsel dokunulmazlığından sürekli ve geri dönülmez biçimde feragat ettiği gibi bir sonuca ulaşılamayacaktır⁷⁰. Dolayısıyla evlilik ilişkisinde veya kişilerin birbirleriyle olan diğer ilişkilerinde cinsel dokunulmazlıkları korunmaya devam edecektir. Bu bakımdan evli çiftler arasında basit cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı ileri sürülmesi, hükmün *ratio legis*⁷¹ ile bağdaşmayacaktır.

67 Evliliğin cinsel ilişkide bulunma hakkını tanıdığı yönünde bkz. **Kanbur, Mehmet Nihat**; “Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, Seçkin Yayıncılık, s. 39; **Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadık**; Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3. Cilt, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 3910.

68 Nitekim TCK m. 102 ila 105 aralığında yer alan suçların “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümde düzenlenmesi dahi suçla bireysel bir değer korunduğunu göstermektedir. Kanun rastgele değil, belirli bir sistem içerisinde hazırlanmaktadır ve ilgili normun Kanundaki yerinin de bu kapsamda dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu durum sistematik yorum bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **Baytaz**; s. 236.

69 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 90; **Dursun**; s. 65; **Kantarci**; s. 158; **Şimşek**; s. 339.

70 **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 89; **Ünver**; “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirilerek Olarak İncelenmesi”, s. 31; **Şimşek**; s. 339.

71 *Ratio legis*, korunan hukuksal değerlerle sınırlı bir şekilde düşünülmemelidir. Her ne kadar TCK m. 102’nin *ratio legis*’i bireylerin cinsel dokunulmazlığını korumayı kapsamaktaysa da *ratio legis*, korunan hukuksal değerden daha geniş bir kavramdır. Zira hükmün hukuksal değer korunmasından başka amaçları da olabilir (**Baytaz**; s. 258). Gerçekten TCK m. 102 vd. hükümlerinde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, bireylerin cinsel dokunulmazlığının korunması kadar, cinsiyete dayalı şiddetle mücadeleyi, cinsel şiddetin sona erdirilmesi amaçlarını da taşımaktadır. Dolayısıyla evli çiftler arasında basit cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı ileri sürülmesi, hem bireysel olarak cinsel dokunulmazlığın korunmaması hem de cinsiyete dayalı şiddetle mücadele edilmemesi bakımından hükmün *ratio legis*’i ile bağdaşmamaktadır.

b- Türk Ceza Kanunu'nun Diğer Hükümleriyle Basit Cinsel Saldırı Suçunun İlişkisi

Eşe karşı basit cinsel saldırı fiilinin suç oluşturmayacağıının savunulması, TCK m. 102/f. 1 ve kanundaki diğer hükümler arasında tutarsızlığa yol açmaktadır. Bu noktada özellikle basit cinsel saldırı ile TCK m. 86/f. 3-a hükmünde düzenlenen kasten yaralama suçunun eşe karşı işlenmesi hali arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

Cinsel saldırı suçunun işlenmesinde cebir ve tehdide araç olarak başvurulabilmektedir. TCK m. 102/f. 4'te düzenlenen ve "*Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" şeklinde kaleme alınan hükümden de anlaşılacağı gibi cebir ile cinsel saldırı suçu arasında bileşik suç (TCK m. 42) ilişkisi vardır. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunu işleyen faile, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmaması hâlinde ayrıca cebir veya tehdit suçlarından dolayı ceza verilmez⁷².

Buna karşın TCK m. 86/f. 3-a hükmünde düzenlenen eşe karşı gerçekleştirilen kasten yaralama suçu şikâyete tabi değildir. Eşe karşı gerçekleştirilen basit cinsel saldırı eyleminin suç teşkil etmediği ileri sürüldüğü takdirde, kasten yaralama suçu ve basit cinsel saldırı arasında mantıklı/tutarlı olmayan bir sonuca ulaşılabilecektir. Buna göre eşine karşı sadece cebir uygulayan kişi TCK m. 86/f. 3-a hükmünden dolayı sorumlu olacakken, eşine basit cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla cebir uygulayan kişi, cebrin etkisiyle gerçekleştirdiği eyleminden dolayı sorumlu olmayacaktır. Halbuki eşine basit cinsel saldırı suçu nedeniyle cebir uygulayan kişinin eylemi, hem kasten yaralama suçuyla korunan vücut bütünlüğünü hem de cinsel dokunulmazlığı ihlal etmektedir. Aslında ihlal edicilik karakteri daha ağır bu eylemin suç teşkil etmediğini söylemek, yalnızca vücut bütünlüğü ihlalinin suç oluştururken hem vücut bütünlüğünün hem de cinsel dokunulmazlığın ihlalinin suç oluşturmadığı gibi ceza hukuku mantığıyla bağdaşmayan tutarsız ve çelişkili bir sonuca yol açmaktadır.

Belirtmek gerekir ki eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eyleminin

72 Tezcan/Erdem/Önok; s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe; s. 342.

suç oluşturduğu kabul edildiğinde dahi pratik açıdan bir başka sorun gündeme gelecektir. Zira kasten yaralama suçunun eşe karşı işlenmesi re'sen soruşturulur ve kovuşturulurken, gerek basit gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabidir. Uygulamada cinsel saldırı suçundan dolayı şikayetçi olan eş, daha sonra ailesinden veya sair bir kaynaktan kaynaklı baskıyla şikayetini geri aldığı takdirde, aslında eşine karşı kasten yaralama suçunu işleyen failin cezasız kalma olasılığı söz konusu olabilecektir. Benzer bir şekilde konuyla ilgili bir diğer sorun ise kasten yaralamadan dolayı ihbarda bulunan eşin ailesinden veya sair bir kaynaktan kaynaklı baskıyla, beyanını değiştirerek aslında eylemin (basit veya nitelikli) cinsel saldırı eylemini oluşturduğunu ve eşinden şikayetçi olmadığını ileri sürmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen suçlar arasındaki farklılığın ispatı oldukça güç olduğu için bu nevi bir durumda da fail cezasız kalabilecektir.

Yargıtay'ın uygulaması da söz konusu sakıncaları giderecek yönde değildir. Yargıtay konuyla ilgili verdiği güncel bir kararında *“fail tarafından cinsel saldırı suçu işlenirken uygulanacak cebir ve şiddetin mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçüde olması halinde, bu eylemin cinsel saldırı suçunun cebir unsuru sayılacağı, bu ölçünün ötesinde uygulanacak cebirin ise, müstakilen kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve failin cinsel saldırı suçu ile birlikte kasten yaralama suçundan da cezalandırılması yoluna gidileceği; kaldı ki 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile TCK'nin 102/4. maddesinde yapılan değişiklik ile 'Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.' şeklindeki düzenlemede kastedilenin, TCK'nin 86/2. maddesi dışında kalan kasten yaralama suçları olduğu, mevcut açıklamalar ışığında somut olayda samimiyet mağdur olan eşine karşı uyguladığı cebir ve şiddetin TCK'nin 86/1 ve 86/3-a maddeleri kapsamında kalmakla, cinsel saldırı suçunun unsuru olan 'direncin kırılması' ölçütünün ötesine geçmekle müstakilen cezalandırılması gereken 'Kasten Yaralama' suçunu teşkil ettiği”⁷³ şeklinde hüküm kurmuştur. İlgili karardan TCK m. 102/f. 4 gereği TCK m. 86/f. 2'nin, yani basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyenin ötesinde yaralamalar bakımından ayrıca kasten yaralama su-*

73 Yarg. 3. CD., E. 2018/7999, K. 2018/19313, Tarih: 11/12/2018 (www.lexpera.com.tr).

çunun oluşacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay uygulamasına göre cebrin, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyenin ötesinde olmaması halinde ayrıca kasten yaralama suçu oluşmayacaktır. Karara konu olan olayda ise failin gerçek içtima yapılarak ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasında, TCK m. 86/f. 3-a'dan ziyade basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyenin ötesinde bir yaralamanın varlığı, yani fiilin TCK m. 86/f. 1 kapsamında olması dikkate alınmıştır. Dolayısıyla Yargıtay uygulamasına göre cinsel saldırı suçuna ilişkin soruşturma yapılamasa dahi, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyenin ötesine geçmeyen cebir, ayrı bir kasten yaralama suçu çerçevesinde mütalaa edilmediği için, aslında TCK m. 86/f. 2 ve TCK m. 86/f. 3-a hükümlerine uyan eylemin⁷⁴ de cezasız kalma ihtimali doğacaktır.

Kanaatimizce bu durumda cinsel saldırı suçundan dolayı şikâyet geri çekilmiş olsa dahi, söz konusu olayda cebir varsa, soruşturma veya kovuşturmayaya re'sen kovuşturulabilir olan kasten yaralamadan (TCK m. 108'in göndermesiyle TCK m. 86/f. 3-a hükmünden) devam edilmesi gerekmektedir. Zira şikâyette bulunulmadığı veya şikâyet sonradan geri çekildiği takdirde TCK m. 102'den ötürü soruşturma dahi yapılamayacaktır. Bunun anlamı ise somut olayda TCK m. 102'de düzenlenen suçun işlenip işlenmediğinin araştırılmayacağıdır. Buna karşın re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olan TCK m. 86/f. 3-a hükmünden dolayı ceza muhakemesi süreci devam ettirilebilmelidir. Yaralama eyleminin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyede olması da buna engel olmamalıdır. Bu sayede cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinin şikâyete tabi tutulmasından kaynaklı pratik sorunların bir kısmının da önüne yeterli olmamakla birlikte geçilebilecektir.

c- Evlilik Birliği ve Eşlerin Birbirlerine Karşı Yükümlülükleri

Her ne kadar evlilik birliğinin eşlere birbirlerinin cinsel duygularını tatmin etme yükümlülüğü yüklediği kabul edilse de 4721 sayılı Türk

74 Yargıtay eşe karşı gerçekleştirilen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek seviyenin ötesine geçmeyen yaralamalarda her iki hükmü bir arada uygulamaktadır. "Sanık hakkında katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanması eyleminden dolayı 5237 sayılı TCK'nin 86/2 maddesi ile belirlenen 8 ay hapis cezası üzerinden TCK'nin 86/3-e maddesi gereğince (1/2) oranında artırım yapılırken hesap hatası sonucu 12 ay yerine 1 yıl hapis cezasının bulunması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi" (Yarg. 3. CD., E. 2015/21638 K. 2016/1276 Tarih: 20/01/2016, (www.lexpera.com.tr).

Medeni Kanunu kapsamında eşler bakımından açıkça öngörülmüş böyle bir yükümlülük yer almamaktadır⁷⁵. Bu husus doktrinde eşlerin kanuni yükümlülüklerinden olan “evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama” yükümlülüğü çerçevesinde mütalaa edilmekte olup⁷⁶ bu yükümlülüğün ihlali ise olsa olsa boşanma sebebi teşkil edebilecektir⁷⁷. Bir başka deyişle, “eşlerin birbirlerinin cinsel duygularını tatmin yükümlülüğünün” mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışları hiçbir suretle hukuka uygun kılmayacağı kanaatindeyiz.

Benzer şekilde evlilik kurumunun cinsel davranışların tamamına her zaman cevaz verildiği bir kurum olarak anlaşılması ve bu kapsamda da taraflar arasındaki evlilik akdini gerçekleştirebilecek her münferit cinsel davranış bakımından rızanın varlığına dayanak alınması yerinde değildir⁷⁸. 08.03.2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun⁷⁹ da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Anılan kanun kapsamında şiddet, “*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*” olarak tanımlanmış (6284 sayılı Kanun K. m. 2/f. 1-d) ve şiddet mağduru kişilerin bu kanun kapsamında belirlenen koruma tedbirlerine başvurulmasını talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Cinsel içerikli ve aşağılayıcı söz ve davranışlarda bulunma, kişiyi cinsel ilişkiye, fuhuşa, kürtaja zorlama gibi çeşitli şekillerde tezahür edebilen cinsel şiddet, cinselliğin bir tehdit ve sindirme aracı olarak kullanılması olarak tanımlanmaktadır⁸⁰.

75 TMK m. 185’de eşlerin yükümlülükleri düzenlenmiş olup bunlar birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak, çocukların bakımına eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmaktır.

76 **Akıntürk Turgut/Ateş, Derya;** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 112.

77 **Kantarci;** s. 158; **Şimşek;** s. 338, 339.

78 Aksi doğrultuda **Kocaoğlu;** s. 123. Yazara göre “özellikle ülkemizde evlilik sözleşmesinin kurulması ile eşler haklı olarak, birbirlerine cinsellik tekelini verdiklerini ve artık birbirlerinin vücutlarına istedikleri anlarda ve yerlerde dokunabileceklerini bir tür ‘mefruz rıza’ içinde algılamaktadırlar”.

79 RG, 20.03.2012/28239.

80 **Bölükbaşı, Özge;** 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 52 – 53.

Bu durumda bir eşin diğer eşe cinsel şiddette bulunması eylemine karşı Kanun'da öngörülen tedbirlere hükmedilebilecektir. Halbuki “eşlerin birbirlerinin cinsel duygularını tatmin yükümlülüğü” nedeniyle eşe karşı gerçekleştirilen eylemler, bir hakkın icrası olarak hukuka uygun sayılıyorsa, bu durum bütün hukuk düzeni bakımından eylemi hukuka uygun hale getirecek ve 6284 sayılı Kanun'daki tedbirlere de hükmedilemeyecekti. Gerçekten de cinsel saldırı, kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal sonucu doğurması yanı sıra, cebir kullanılmasını da gerektiren bir suçtur ve bu nedenle eylemin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi halinde eş lehine tanınmış bir hak olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁸¹. Dolayısıyla “eşlerin birbirlerinin cinsel duygularını tatmin yükümlülüğü”nün varlığı kabul edilse dahi söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bir eşin diğerine karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirebileceği şeklinde bir kabule yol açamaz.

Bu doğrultuda hemen belirtelim ki kanaatimizce evlilik akdinin cinsel davranışları meşru kıldığı görüşü de mefhum-u muhalifi sakıncalı bir yorumdur. Zira rıza dahilinde gerçekleşen cinsel davranışlar -ister eşler arasında isterse evli olmayan kimseler arasında gerçekleşsin- zaten meşrudur. Cinsel davranışı gayrimeşru kılan evlilik bağının olmayışı değil, rızanın bulunmayışıdır. Bir kimsenin rızası bulunmadığı bir eylem evlilik akdinin varlığı gerekçe gösterilerek katlanmasının beklenmesinin kabulü ise mümkün değildir.

Eşlerin birbirine karşılıklı saygı ve sevgi ile yaklaştıkları bir evlilik birliğinde, eşlerden birinin cinsel davranışa herhangi bir nedenle rıza göstermemesi durumunda, bu duruma diğer eş tarafından anlayış gösterileceği aşikardır. Cinsel yakınlaşmadan kaçınma konusunun çözülemez bir hal alması ve süreklilik arz etmesi durumunda, bu durum eşler arasındaki ilişkinin dinamiği, eşlerin birbirinden ve evlilik birliğinden olan beklentilerine göre boşanma nedeni de sayılabilir. Böyle bir durumda gönül alma, barışma veyahut sevgi gösterisi olarak sarılmak, öpmek şeklinde tezahür eden fiillerin diğer eşin rızası olmadığı öne sürülerek cezai yaptırıma tabi tutulmasının fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle vicdan yaralayıcı olduğu, bu durumun özellikle boşanma davası süreçlerinde kötüye kullanılabileceği düşünülebilir. Fakat bu hal-

81 **Can, Cihat;** Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 520.

de de hukuka uygunluk sebebi olan rızanın maddi koşullarında yanılığın gündeme gelecektir⁸². Belirtmek gerekir ki bir hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin duyulan endişe nedeniyle o hakkın hiç kullanılmaması sonucunu doğuracak bir uygulamanın benimsenmesi isabetli değildir. Zira bu nevi bir kabul, eşler arasında saygı ve sevginin tükendiği, bu nedenle aile içi şiddetin de sıklıkla yaşandığı durumlarda eşlerin maruz kaldığı cinsel şiddetin cezasız bırakılmasına sebebiyet verecektir.

d- Uluslararası Hukuktan Kaynaklı Yükümlülükler

TCK m. 102/f. 1 hükmünde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenemeyeceği yönündeki görüş ve Yargıtay uygulaması, aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet⁸³ olgularıyla ilgili uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerimizle de bağdaşmamaktadır. Kadına yönelik şiddetle ilgili Uluslararası enstrümanlar incelendiği takdirde, cinsel şiddetin eşten kaynaklanması halinde, cinsel saldırı gibi cinsel şiddet teşkil eden eylemler bakımından herhangi bir istisna bulunmadığı görülecektir.

Kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet temelli olarak kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem olarak tanımlanabilecektir. Nitekim 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Şiddetin Önlenmesine

82 Bu nevi bir durumda varsayılan rızanın gündeme geleceği de belirtilmiştir. Taner'e göre uyumakta olan eşe veya daha önceden cinsel davranışlara rıza göstermiş veya göstermesi kuvvetle muhtemel kişiye yönelik cinsel davranışlarda bulunulması halinde varsayılan rıza suçun oluşumuna engel olacaktır. Bkz. **Taner**; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 179. Kanaatimizce söz konusu durumlarda varsayılan rızanın gündeme gelmesi çoğunlukla mümkün değildir. Zira varsayılan rıza ilk olarak ilgilinin gerçek rızası çerçevesinde hareket edilmesinin olanaklı olmadığı durumlarda gündeme gelebilecektir (**Kangal, Zeynel**; "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Yıl: 2011, Sayı: 4, s. 223). Bu nedenle ilgilinin rızasının maddi koşullarında bir yanılığın olduğu durumlarda TCK m. 30/f. 3 hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir.

83 Aslında eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunda yalnızca kadının değil, erkeğin de mağdur olması mümkündür. Bu nedenle eşler arasında cinsel saldırı suçunun temelindeki şiddet olgusu, teknik olarak aile içi şiddet kapsamında yer almaktadır. Kadına yönelik şiddet toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklı olarak kadınlara uygulanan şiddet biçimidir. Buna karşın aile içi şiddette, şiddet yalnızca kadına değil, bütün aile bireylerine yönelik olarak ortaya çıkabilecektir. Bkz. **Demir, Fatma Betül**; "Kadına Yönelik Şiddet", Çocuk Hakları Çalışmaları -I- (Edit. **Elçin, Evgen Gülçün/Genç Arıdemir, Arzu**), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 117, 118. Ancak aile içi şiddet ile kadına yönelik şiddet konularına ilişkin uluslararası enstrümanlar çoğunluklar ortak niteliktedir. Bizim de konumuzla ilgili olarak inceleyeceğimiz uluslararası metinler, temel olarak kadına yönelik şiddet olgusuyla ilişkilidir. Bununla birlikte aile içi şiddete ilişkin hükümler de argümanlarımız bakımından yol gösterici olacaktır.

Dair Kanun m. 2/f. 1- ç bendine göre kadına yönelik şiddet “*kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış*”tır. Kanunda aile içi şiddet yerine ev içi şiddet tanımlanmıştır. 6284 sayılı Kanun m. 2/f. 1-b bendine göre ev içi şiddet “*şiddeti mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*”tir.

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nde⁸⁴ (*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, “CEDAW”), kadına yönelik şiddet olgusu özel olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın Sözleşme’nin denetim ve izleme mekanizması olan CEDAW Komitesi, Sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin genel tavsiyeler oluşturabilmektedir. CEDAW Komitesi ilk olarak 1992 yılında gerçekleştirdiği 11. Oturumunda 19 nolu Genel Tavsiyesi ile kadına yönelik şiddet konusunu gündeme almıştır. Komite, toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti, kadınların, erkeklerle eşit olarak hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi olarak ele almış ve böylece kadına yönelik şiddeti CEDAW kapsamında kabul etmiştir. CEDAW Komitesi 19 nolu Genel Tavsiyesi’nde⁸⁵, Özel Tavsiyeler başlığı altında “Taraf Devletlerin, aile içi şiddet ve istismar, tecavüz, cinsel saldırı ve diğer cinsiyete dayalı şiddete karşı yasaların tüm kadınlara yeterli korumayı sunmasını ve kadınların bütünlüğü ve itibarına saygı duymasını sağlanması gerekmektedir” diyerek cinsel saldırı eylemlerine yönelik devletlerin koruma sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Kadına yönelik şiddetle ilgili bir diğer belge olan, CEDAW Komitesi tarafından 14 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilen 35 nolu Genel Tavsiyesi’nin⁸⁶ en çarpıcı noktalarından

84 CEDAW, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 19/12/1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 01/04/1980 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme 03/09/1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 11/06/1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun, 25/06/1985 tarih ve 18792 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun onaya ilişkin 24/07/1985 tarih ve 85/9722 sayılı Kararı ise, 14/10/1985 tarih ve 18898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. CEDAW m. 27 uyarınca Sözleşme Türkiye bakımından 19/01/1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

85 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, A/47/3, 1992.

86 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/35, 2017.

biri, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ön plana çıkartılmasıdır⁸⁷. 35 nolu Genel Tavsiye’de tecavüz de dahil olmak üzere cinsel saldırıların kadınların kişisel güvenliklerine ve fiziksel, cinsel veya psikolojik bütünlüklerine karşı bir suç olarak değerlendirilmesini sağlayacak yeni düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Kavramların tanımlanmasında en önemli uluslararası Sözleşmelerden biri de Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’dir⁸⁸ (*Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence*, “İstanbul Sözleşmesi”)⁸⁹. İstanbul Sözleşmesi m. 3/a hükmünde kadına yönelik şiddet “kadınlara karşı bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık anlaşılacak ve bu terim ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı hükmün b bendinde ise aile içi şiddet “*eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri*” olarak ifade edilmiştir.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere şiddetin fiziksel, cin-

87 **Moroğlu, Nazan;** “Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye no. 35”, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019, s. 114.

88 İstanbul Sözleşmesi 11 Mayıs 2011’de imzaya açılmış, 10 Devletin Sözleşmeyi onaylamasının ardından 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 21 Nisan 2019 tarihi itibarıyla Sözleşmeyi toplam 34 Devlet onaylamıştır. Sözleşmeye üye devletlerle ilgili bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=19Hk9y6b (son erişim 21/04/2019). Türkiye, Sözleşmeyi imzaya açıldığı gün olan 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 24/11/2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun, 29/11/2011 tarih ve 28127 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun onaya ilişkin 10/02/2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Kararı ise, 08/04/2012 tarih ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme m. 75 gereği, Sözleşme on devletin onayının ardından sonraki üç aylık sürenin sonunu ayın ilk günü olan 1 Ağustos 2014’te yürürlüğe girmiştir.

89 İstanbul Sözleşmesi’nin oluşturulması süreciyle ve Sözleşmenin işlevleriyle ilgili bkz. **Acar, Feride;** “CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi”, Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet (Edit. **Kaya, Funda/Özdemir, Nadire/Uygur, Gülriz**), Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 66 vd.

sel, psikolojik ve ekonomik boyutları olabilecektir⁹⁰. Cinsel şiddetin bir boyutu da TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçudur. İstanbul Sözleşmesi'nde de "Tecavüz Dahil Cinsel Şiddet" başlıklı 36. maddede TCK m. 102'de düzenlenen eylemleri karşılayacak şekilde cinsel şiddetin taraf devletlerce cezalandırılması gereken boyutları düzenlenmiştir. İlgili maddenin a bendinde "*herhangi bir organıyla veya bir cisimle bir başka kişiyle, rızası olmadan vajinal, anal veya oral olarak cinsel nitelikli eylemlerde bulunma*" ve b bendinde "*kişiyle rızası olmaksızın diğer cinsel nitelikli eylemlerde bulunma*" davranışlarının kasıtlı biçimde gerçekleştirilmesinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirlenmiştir. Görüleceği üzere İstanbul Sözleşmesi m. 36/a hükmü, TCK m. 102/f. 2'deki, b bendi ise TCK m. 102/f. 1'deki eylemlerle örtüşmektedir. İstanbul Sözleşmesi m. 36'da eylemleri uygulayan kişinin, mağdurun eş olması haline ilişkin bir istisnaya da yer verilmemiştir. Dolayısıyla eşler tarafından gerçekleştirilen basit cinsel saldırı kapsamındaki eylemlerin de İstanbul Sözleşmesi gereği cezalandırılması gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bize göre TCK m. 102/f. 1 düzenlemesi, eşlerin basit cinsel saldırı suçunun faili olmayacağı yönünde bir içeriğe sahip değildir. Buna karşı hükmün, eşlerin bu suçun faili olmayacağı şekilde yorumlanması ve uygulanması gerek CEDAW gerekse İstanbul Sözleşmesi'nden kaynaklı yükümlülüklerimizle uyuşmamaktadır⁹¹. Gerçekten de ilgili uluslararası hukuk enstrümanları incelendiği

90 Nitekim 6284 sayılı Kanun m. 2/f. 1-d bendinde şiddet "*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*" olarak tanımlanmıştır.

91 Bu noktada konumuzla ilgili olmamakla birlikte TCK m. 102/f. 2'de, eşler arasındaki nitelikli cinsel saldırı eylemlerinin şikâyete tabi olması da uluslararası yükümlülüklerimiz bakımından sorunludur. İstanbul Sözleşmesi m. 55'te, TCK m. 102/f. 2'deki eylemleri de kapsayan Sözleşmenin 36. maddesinde geçen davranışların ex officio (re'sen) soruşturulup kovuşturulması gerektiği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 55. maddesinde bu husus "suçun mağdur tarafından bildirilmesi veya şikâyete bulunmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikâyetini veya ifadesini geri alsa bile işlemlerin devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır" şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu'nun 280. Paragrafında bu hususa "1. Fıkra, Taraflara belirli bir yükümlülük getirmektedir: Buna göre, bir dizi kategori kapsamında eylemlerle ilgili araştırmalar, bir mağdur tarafından bildirim veya şikâyete 'tümüyle bağlı olmayacak', halen devam etmekte olan yargılamalarda mağdur beyanını veya şikâyetini geri çekmiş olsa bile yürüyecektir... Bu Sözleşme kapsamında eylemlerin çoğunun aile üyeleri, yakın partnerler ve mağdurun yakın çevresinden kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, bunun sonucunda ortaya çıkan utanç, korku ve çaresizlik duyguları, suç bildirim sayısının, dolayısıyla da mahkumiyetlerin sayıca az olmasına yol açmaktadır. Bu durumda kolluk kuvveti birimleri, en azından ciddi be-

takdirde, basit cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin de eşler tarafından gerçekleştirilebileceği ve taraf devletlerin, bu şekilde ortaya çıkan cinsel şiddeti de cezalandırmaları gerektiği yönünde pozitif yükümlülük altında olduğu açıktır. TCK m. 102/f. 1'in uluslararası yükümlülüklerimizin de göz önünde tutularak yorumlanması ve uygulanması gerekliliği çerçevesinde, eşler arasında gerçekleşen basit cinsel saldırı eylemlerinin TCK m. 102/f. 1 hükmü kapsamında suç teşkil ettiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Sonuç

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde aksine kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen doktrinindeki hâkim görüş ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda eşler gerek basit cinsel saldırı (ırza tasaddi) gerekse nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) suçunun mağduru olarak kabul edilmiyordu. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde eşin cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği açıkça düzenleme altına alınmış olduğu halde kanun lafzının yorumlanmasındaki farklı anlayışlar nedeniyle eşlerin basit cinsel saldırı suçunun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalı kalmıştır.

Yargıtay eşe karşı basit cinsel saldırı fiilinin kanunda suç olarak düzenlenmediği görüşünü benimsemiş olup uygulamada eşler basit cinsel saldırı suçunun mağduru olarak kabul edilmemektedir. Böylece eşlerin, cinsiyete dayalı şiddet bağlamında cinsel dokunulmazlığının gerektiği halde korunmaması gibi sakıncalı bir uygulamaya yol açılmıştır.

densel hasar veya ölümle sonuçlanan eylemlerde, mağdur beyanını veya şikayetini geri çekmiş olsa bile hukuk sürecinin devam etmesini sağlamak için temel delilleri, tanık beyanlarını, tıbbi raporları vb. toplayarak ileri için etki sağlayacak biçimde olayı araştırmalıdır” şeklinde yer verilmiştir. İstanbul Sözleşmesi m. 55'e ilişkin Açıklayıcı Raporun ilgili kısımlarının Türkçe tercümesi için bkz. **İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi**; Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019, s. 93, 94. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de cinsel şiddetin de dahil olduğu kadına yönelik şiddetle ilgili devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğu ve şiddet olgusuna aile içindeki özel bir mesele olarak yaklaşılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki maddelerin ihlali niteliğinde olabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bkz. *Opuz v. Türkiye*, 09/06/2009, Başvuru no. 33401/02, para. 69; *Bevacqua ve S. v. Bulgaristan*, 09/06/2008, Başvuru no. 71127/01, para. 63. Kadına yönelik şiddetle ilgili devletlerin pozitif yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Arslan Öncü, Gülay**; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları”, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 46 vd.

TCK m. 102/f. 1 hükmü hem lafzi hem de amaçsal olarak yorumlandığında eşlerin basit cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Öncelikle kanun koyucunun iradesi lafzi olarak yorumlandığında, birinci fıkrada düzenlenen “basit cinsel saldırı” suçunun mağdurunun herkes olabileceği, zira eylemin eşe karşı işlenemeyeceği yönünde bir ibarenin bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca basit cinsel saldırının herkes bakımından şikayete bağlı bir suç olarak düzenlediği, bu sebeple eşe karşı işlenmesi bakımından ayrıca şikayete tabi olacağına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı; öte yandan kanun koyucunun ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli saldırı suçunun eş dışındaki kişilere işlenmesi durumunda suçun re’sen kovuşturulması yönünde irade gösterdiği, eşe karşı işlenmesi halini ise aile hukukuna dair dinamikler nedeniyle şikayete tabi tutmak amacıyla ikinci cümleyi ihdas ettiği anlaşılmaktadır. Yine kanun koyucunun iradesi amaçsal olarak yorumlandığında da eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı fiillerini ceza yaptırımına tabi tutmaya layık görmüşken basit cinsel saldırı fiillerini suç kapsamı dışında bırakması kabul edilemez. Zira her iki fiille de korunan hukuki değer aynı olup basit cinsel saldırı fiillerinin her koşulda nitelikli cinsel saldırı fiillerinden daha az vahim sonuçlara yol açılacağı da düşünülemez. Öyle ki olayın gerçekleşme şekli, gerçekleştiği yer ve zaman, mağdur ve fail arasındaki ilişkinin dinamikleri vb. değişkenlere bağlı olarak basit cinsel saldırı fiillerinin gerek fiziksel gerekse psikolojik olarak nitelikli cinsel saldırı fiilinden daha hafif sonuçlara yol açacağı düşünülmesi isabetli değildir. Basit cinsel saldırıyla da mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Açıklanan sebeplerle, Yargıtay’ın sakıncalı sonuçlara gebe olduğunu düşündüğümüz mevcut uygulamasından dönmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Feride;** “CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi”, Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet (Edit. **Kaya, Funda/Özdemir, Nadire/Uygur, Gülriz**), Savaş Yayınevi, Ankara 2014
- Akın, Merve;** “Aile İçi Şiddet”, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 27 – 41
- Akıntürk Turgut/Ateş, Derya;** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017
- Akkaya, Çetin;** Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2017
- Aksakal, Hülya;** “Yargıtay Kararlarında Toplumsal Cinsel Eşitsizliği: ‘Erkekler Lehine İşleyen Haksız Tahrik Kurumu’”, Suç ve Ceza, Yıl: 2018, Sayı: 1, s. 25 – 45
- Aral, Vecdi;** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Arslan Öncü, Gülay;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 39 – 63
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2004 (Ceza Hukuku Özel Hükümler 2004)
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014 (Ceza Hukuku Özel Hükümler 2014)
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner;** “Evlilik İçinde Irza Geçme”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 57 – 70
- Aydın, Devrim;** Türk Ceza Kanununda Kadın Bedeni ve Cinsellik, in: http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/turk_ceza_kanununda_kadin_bedeni.pdf [ET:10.01.2019]
- Baytaz, Batuhan;** Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 14, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

- Bölükbaşı, Özge;** 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2015
- Can, Cihat;** Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002
- Centel, Nur;** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Ankara 2012
- Centel, Nur;** “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 1 – 12 (“Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”)
- Çalışkan, Suat;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- Demir, Fatma Betül;** “Kadına Yönelik Şiddet”, Çocuk Hakları Çalışmaları -I- (Edit. **Elçin, Evgen Gülçün/Genç Arıdemir, Arzu**), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 117 – 138
- Dönmezer, Sulhi;** Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983
- Dursun, Selman;** “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, Seçkin Yayıncılık, s. 57 – 73
- Dülger, İbrahim;** Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlardan Irza Geçme Suçu, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998
- Dülger, Murat Volkan;** “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 543 – 575
- Gerçekler, Hasan;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt – 1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017
- Gündel, Ahmet;** 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009
- Gündüz, Remzi;** Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2017

- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U-S A Yayıncılık, Ankara 2015
- İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi;** Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019
- Kafes, Veli;** “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu”, II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013 İstanbul Türkiye (Edit. Ünver, Yener), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 61 – 82
- Kanbur, Mehmet Nihat;** “Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, Seçkin Yayıncılık, s. 33 – 68
- Kangal, Zeynel;** “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Yıl: 2011, Sayı: 4, s. 223 – 251
- Keskin Kızıroğlu, Serap;** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Ord. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, s. 995 – 1004
- Kırbyık, Şerife;** Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla Öğreti ve Uygulamada Irza Gçeme Cürmü ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- Kocaoğlu, S. Sinan;** Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016
- Korkusuz, Gülşah;** “Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102)”, Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncı’ya Armağan, 2. Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 815 – 854
- Malkoç, İsmail;** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2013
- Memiş Kartal, Pınar;** Cinsel Saldırı, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017
- Moroğlu, Nazan;** “Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye no. 35”, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019 s. 114 – 118
- Nuhoglu, Ayşe;** Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 609 – 640
- Oder, Bertil Emrah;** Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010

- Önder, Ayhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018
- Salman, Eda;** Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009
- Serozan, Rona;** Hukukta Yöntem, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015
- Yokuş Sevük, Handan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 (Ceza Hukuku Özel Hükümler)
- Yokuş Sevük, Handan;** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 57 (“Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”)
- Soyaslan, Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016
- Şen, Ersan,** “Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu”, in: <https://www.hukukihaber.net/evlilik-birliginde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html> [ET: 25.01.2018].
- Şimşek, Alahattin;** “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, Seçkin Yayıncılık, s. 309 – 359
- Taner, Fahri Gökçen;** “6545 Sayılı Kanun Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, TBB Dergisi, Yıl: 2017, Kadın ve Hukuk (Özel Sayı), s. 65 – 92 (“6545 Sayılı Kanun Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”)
- Taner, Fahri Gökçen;** Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara 2017 (Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar)
- Taneri, Gökhan;** Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2014
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018
- Toroslu, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018
- Ünver, Yener;** “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 294 – 342 (“Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”)
- Ünver, Yener;** “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 293 –

350 (“Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”)

Ünver, Yener; “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013 İstanbul Türkiye (Edit. Ünver, Yener), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 23 – 58 (“Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”)

Ünver, Yener; “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 11 – 72 (“Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”)

Ünver, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013 (Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer)

Yalçın Sancar, Türkan; Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt: 3, 2. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2014

Yıldız, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007

İMAR BARIŞI DÜZENLEMESİNİN CEZA DAVALARINA ETKİSİ*

Kerem Kaptanoğlu**

Özet

3194 sayılı İmar Kanunu'na 7143 sayılı kanunla getirilen geçici madde 16 ile ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılmış yapılar kanunda belirtilen koşulları sağlayarak ve yapı kayıt belgesi başvurusu yapılarak bu yapılar kayıt altına alınabilmektedir. Kanun maddesiyle getirilen ve kamuoyunda *imar barışı* olarak anılan düzenleme, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılmış yapılar üzerinde idare hukukunun tüm yaptırımları ortadan kalkmaktadır. Ancak düzenlemede imar barışının ceza hukukuna etkisine değinilmemiştir. Çalışmamızda imar barışı düzenlemesinin ceza hukuku bağlamında değerlendirilmesi ile ceza davalarına etkisine değinilecektir. Bu noktada imar barışı düzenlemesinin TCK m.184'te düzenlenen 'imar kirliliğine neden olma suçu' bakımından ele alınması bu düzenlemenin TCK m.184 için bir lehe kanun düzenlemesi mi olduğu imar kirliliğine neden olma suçunun etkin pişmanlık hükmü olan TCK m.184/5 kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İmar Barışı, Yapı Kayıt Belgesi, İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Etkin Pişmanlık, Lehe Kanun, İmar Planı, Yapı Ruhsatı

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 29/04/2019. İlk hakem raporu tarihi: 10/06/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 18/06/2019.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğrencisi, keremkaptanoğlu@hotmail.com.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0170-7756.

EFFECT OF ZONING PEACE REGULATION ON CRIMINAL CASES

Abstract

Pursuant to provisional article 16, which was brought to the Zoning Law No. 3194 by the Law No. 7143, buildings that are constructed without planning permission or contrary to planning permission shall be recorded if conditions specified in law are met and an application for the building registration certificate is conducted. Through this regulation, also known as “zoning peace” in public opinion, all sanctions of administrative law on buildings without planning permission or contrary to planning permission is annihilated. However, relevant provision does not regulate the impact of zoning peace on criminal law. In this study, zoning peace in context of criminal law and its impact on criminal cases have been elaborately discussed. Herein, relevant regulation of zoning peace has been examined in context of the crime of causing pollution of zoning which is classified under Article 184 of Turkish Criminal Code. It has been deliberated whether this regulation is a provision in favor of the suspect under Article 184 of TCC, or it constitutes effective remorse clause for the crime of causing pollution of zoning which is provided under Article 184(5) of TCC.

Keywords: Zoning Peace, Building Registration Certificate, Crime of Causing Pollution of Zoning, Effective Remorse, Law in Favor, Zoning Plan, Building Permit

GİRİŞ

3194 sayılı İmar Kanunu'na, 7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun¹ ile getirilen geçici madde 16 ile ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde *yapı kayıt belgesi* verileceği hükmü getirilmiştir.

1 Resmi Gazete Tarih: 18/05/2018 Sayı: 30425

Kamuoyunda, imar barışı olarak adlandırılan bu düzenleme kişinin kendi arazisine, hazine arazisine veya belediye arazisine yaptığı ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıları kapsamaktadır.²

- 2 Geçici Madde 16- (Ek: 11/5/2018-7143/16 md.) *Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer bususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir. Yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre belirlenen emlak vergi değeri ile yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranında alınacak kayıt bedeli başvuru sahibi tarafından genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilmek üzere merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılacak üzere kaydedilen gelirler karşılığı Bakanlık bütçesine ödenek eklemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenek, dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılarak kullanılır. Kayıt bedeline ilişkin oranı iki katına kadar artırmaya, yarısına kadar azaltmaya, yapının niteliğine ve bölgelere göre kademeli olmaya, ayrıca başvuru ve ödeme süresini bir yıla kadar uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir. Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilir. Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun ve 2960 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilir. Yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilir. Bu durumda, ikinci fıkrada belirtilen bedelin iki katı ödenir. Beşinci fıkraya uyarınca kat mülkiyetine geçilmiş olması 6306 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu durumda elde edilen gelirler bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin beşinci fıkrası hükümü uygulanmaz. Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazlar rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılır. Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar bu madde hükümlerinden yararlandırılmaz. Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanır. Yapının depreme dayanıklılığı bususu maliklin sorumluluğundadır. Bu madde hükümleri, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sabil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlar ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda uygulanmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken belirlenir.*

Getirilen düzenleme ile yapı kayıt belgesi verilen yapılarla ilgili İmar Kanunu uyarınca daha önce yapı hakkında alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilmektedir.³ Görüldüğü üzere idare hukukunun sonuçları getirilen düzenleme ile ortadan kalkmıştır.

Ancak kanun koyucu, konunun ceza hukuku alanına dokunmamış, bu alan için ayrıca bir düzenleme getirmemiştir. Bu da imar barışı düzenlemesinin TCK m.184'te düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçuna etkisinin olup olmadığı hususunu tartışmalı hale getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, imar barışı düzenlemesinin, TCK m.184 ile ilgili ceza davalarına etkisi gündeme gelmektedir. Tartışma iki konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki İmar Kanunu'na getirilen geçici kanun maddesinin imar kirliliğine neden olma suçu bakımından lehe kanun olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. İkinci olarak ise imar barışı düzenlemesi kapsamında ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılara verilen yapı kayıt belgesinin imar kirliliğine neden olma suçunun etkin pişmanlık hükmü olan TCK m.184/5'te belirtilen koşulları sağlayacak nitelikte bir belge olup olmamasıdır.

İmar barışı düzenlemesinin ceza davalarına olan etkisinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bilindiği üzere TCK m.184 uyarınca *yapı ruhsatıyesini alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*⁴ TCK'daki terminoloji yapı yerine binayı kullanmaktadır. Bina, İmar Kanunu'nda kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar olarak tanımlanmıştır. Yapı ise karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler olarak daha geniş bir tanıma sahiptir.⁵ İmar barışı düzenlemesinde yapı ifadesi kullanılmıştır. Ancak yapı tanımı binaları da kapsa-

3 İmar Kanunu Geçici Madde 16/4 - *Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun ve 2960 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilir.*

4 Türk Ceza Kanunu Madde 184/1 - *Yapı ruhsatıyesini alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

5 3197 Sayılı İmar Kanunu Madde 5 Yayınlandığı Resmi Gazete Tarih: 9/5/1985 Sayı: 18749

diğından TCK m.184'te belirtilen ruhsatsız ve ruhsata aykırı binalar da imar barışı düzenlemesinin kapsamında olan yapılardır.

İmar barışı düzenlemesinin ceza davalarına olan etkisinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Çünkü yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı bir yapı yapma TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. TCK'ya göre yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi bir ile beş yıl arasında hapis cezasıyla cezalandırılarak TCK m.184'ün faili olacaktır. Belirtilen suç ruhsat alınmadan veya ruhsata aykırı olarak binanın yapılması veya inşaat faaliyetlerine başlanması suretiyle tamamlandığı için ise imar barışı düzenlemesinden yararlanabilmek için TCK m.184 suçunu önceden işlenmesi gerekmektedir. Bu da birçok hukuki sorunu beraberinde getirmektedir. Başta ifade ettiğimiz üzere öncelikle bakılması gereken imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 bakımından bir lehe kanun olup olmadığıdır. Bunun tespitini yapmadan önce kısaca imar kirliliğine neden olma suçuna TCK m.184'e değinilecektir.

I. İMAR KİRLİLİĞİNE NEDEN OLMA SUÇU TCK m.184

Nüfusun artması ile kentleşmenin yaygınlaşması imar ve çevre sorunlarını beraberinde getirmiştir. Bu noktada düzensiz ve kontrolsüz imar faaliyetlerinin önüne geçmek, insanların daha düzenli ve sağlıklı bir çevrede yaşamasını sağlamak amacıyla TCK'da imar kirliliğine neden olma suçunu düzenleme ihtiyacı haiz olmuştur.

TCK'da çevre suçları başlığı altında düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçunda korunan hukuki yarar kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıdır.⁶

TCK m.184/1'de suç olarak tanımlanan fiil, yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmaktır. Bu sebeple suçun konusu binadır.⁷ Yukarıda da değindiğimiz üzere madde metninde terminolojik olarak bina ifadesini kullanmıştır. Bina, yapıya göre daha dar anlamı bir kullanım alanına sahiptir. Bu sebeple tüm

6 HAŞILOĞLU Sedat Sami, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve Bu Suçun Onarıcı Adalet Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi*, Doktora Tezi, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2012, s.114

7 HAŞILOĞLU, s.116,
GİYİK Abdülbaki, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*, TBB Dergisi, Sayı 134, 2018, s.76

kaçak yapılar TCK m.184'ün konusu olmayacak yalnızca bina vasfına haiz yapılar bu suçun konusunu teşkil edecektir.

TCK m.184/1 sadece yapı ruhsatıyeti alınmadan veya ruhsata aykırı olarak binayı inşa eden veya yapanı değil inşaatın sahibi yaptıranı da fail olarak sorumlu tutmuştur.⁸ Kanun sadece kaçak bina yapmak fiilini suç olarak saymıştır. Kaçak binayı kullanmak suç olarak öngörülmemiştir. Kaçak binayı yaptıran başka birine devretmişse veya kaçak binada kiracı oturuyorsa fail, binayı devir alan ya da kiracı değil, sadece binayı yapan veya yaptırandır.⁹

Çevreye karşı suçlarda tek bir kişiden ziyade tüm toplumun mağdur olduğu kabul edilmektedir. İmar kirliliğine neden olma suçlarında da sağlıklı, düzenli ve estetik bir çevrede yaşama hakkına sahip toplumdaki tüm bireyler mağdur konumundadır.¹⁰

İmar kirliliğine neden olma suçu madde itibariyle kasten işlenebilen suçlardandır. Faile bu suçtan dolayı ceza verilebilmesi için, failin kasten hareket etmiş olması gerekmektedir. Kanunda suçun taksirle işlenebileceği düzenlenmediğinden suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.¹¹

Suçun bir unsuru da fiilin hukuka aykırılığıdır. Hukuka aykırılık, tipe uygun fiilin hukuk düzenince cevaz verilmeme durumudur. Bu fiilin hukuka uygun sayılmaması, yalnızca ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmasını ifade eder.¹² Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir hüküm izin veriyor ise o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç oluşturmadığı sonucuna varılır. Ceza normunun yasakladığı davranışa izin veren hüküm, ceza kanunda olabileceği gibi başka bir hukuk dalını ilgilendiren kanunda da yer alabilir. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırılığını önleyen kurala hukuka uygunluk sebebi denir. Hukuka uygunluk sebepleri

8 MERAN Necati, *5237 Sayılı TCK'da İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmardan Sorumlu Kişilerin Görevi Kötüye Kullanmaları Mübür Bozma Mubafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, 2013, s.2

9 MERAN, s.2

10 YILDIZ Ali Kemal "*İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)*" Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (C.II), GÜHFD Sayı 2, Yıl 2004, s. 294

11 HAŞILOĞLU,s.126

12 ARTUK M.Emin GÖKCEN Ahmet *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017, s.403

hukuk düzeninin bütünü bakımından sonuç doğurmaktadır.¹³ Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten, eylem hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak, bu unsuru ortadan kaldırmazlar; aksine eylemin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde doğmasını sağlarlar.¹⁴ Bu nedenle bir suç işlendiği vakit ortada olmayan bir hukuka uygun sebebi suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıksa bile işlenen fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

İmar hukukunda bir yapının hukuka uygun olması, o yapının “yapı ruhsatı”nın bulunması veya bu ruhsatıya uygun yapılması, ayrıca “yapı kullanma izni”nin bulunması demektedir. İmar kirliliğine neden olma suçlarında hukuka aykırılık, imar konusunun düzenlenmiş olduğu imar mevzuatına aykırı hareket edilmesidir.¹⁵

İmar kirliliğine neden olma suçunda suç ruhsatsız binanın inşaat faaliyetlerine başlanmasıyla tamamlanmaktadır. Bu sebeple imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 için bir hukuka uygunluk sebebi olarak yorumlanması kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü imar barışı düzenlemesiyle hali hazırda imar mevzuatına aykırı yapılmış yapıların kayıt altına alınması düzenlenmiştir. Mevzuata aykırı yapılmış binaların, suç tamamlandıktan sonra imar barışı düzenlemesinden faydalanması mümkün olduğundan imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 açısından bir hukuka uygunluk sebebi getirdiği söylenemez.

II. İMAR BARIŞI DÜZENLEMESİNİN, TCK m.184 BAKIMINDAN LEHE KANUN OLARAK UYGULANABİLİRLİĞİ

Ceza hukukunda, ceza kurallarının zaman bakımından uygulanması açısından belirli ilkeler mevcuttur. Bu ilkelere göre her fiil işlendiği tarihte yürürlükte olan kanuna göre cezalandırılır.¹⁶ Ceza hukukunun, kişi hak ve hürriyetleri açısından güvence oluşturması amacıyla kabul edilen bu kurala göre hiç kimse bir fiili işledikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç olarak tanımlanan fiile göre kanun geriye yürütülerek cezalandırılmaz. Yeni kanunda suç olarak düzenlenen fiiller ancak

13 ARTUK GÖKCEN, s.404

14 İÇEL Kayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Eylül 2017 s.316

15 HAŞILOĞLU, s.128

16 ARTUK GÖKCEN, s.129

yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller bakımından geçerlidir.¹⁷ Buna ceza hukukunda geçmişe yürüme yasağı (lex praevia) denmektedir. Bu ilke anayasal olarak da korunmuştur.¹⁸

Türk Ceza Kanunu'nun 7.maddesi uyarınca '*(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*' denilmek suretiyle ceza kurallarının zaman bakımından uygulanması hakkında geçmişe yürüme (lex praevia) yasağına istisna olarak önemli bir kural getirilmiştir. Bu hükme göre failin lehine olan kanunlar geçmişe etkili olarak yürütülür.¹⁹ Yürürlüğe giren yeni kanunun, suçu suç olmaktan çıkarmış veya suçun unsurlarında, yaptırımlarında, o suçun işlenmesi halinde oluşacak mahkûmiyetin kanuni neticelerinde failin lehine olacak şekilde değişiklikler yapmış ise işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç oluşturmasına rağmen; fail ceza almayacaktır.²⁰

Lehe kanununun geçmişe etkili olarak uygulanmasının esası şu nedenlere dayanmaktadır: Yeni çıkan kanunun eski kanuna göre, toplum çıkarlarına daha uygun ve eksiksiz olduğu var sayılarak yeni kanunun uygulanması hem fail hem de toplum açısından daha yararlıdır.²¹ Diğer neden ise kanun koyucunun iradesinin artık o cezanın uygulaması bakımından geçerli olmadığından kaynaklanmaktadır.²²

O halde lehe kanununun geçmişe yürütülmesindeki amaç, failin ve kamu yararının daha yüksek olması ile kanun koyucunun artık o cezanın uygulanmamasındaki iradesidir. Bu sebeple sayılan koşulların

17 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ağustos 2018, s.135

18 AY Madde 38 – *Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*

19 İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Eylül 2017, s.150

20 ÖZGENÇ, s.136

21 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 11.Baskı*, Ankara, Nisan 2016, s.134

22 DEMİRBAŞ, s.135,

ARTUK GÖKCEN, s.136-137

varlığı halinde lehe kanundan ve onun geriye yürütülmesinden bahsedilebilecektir.

Bir ceza kuralının diğerine göre failin daha lehinde olup olmadığı konusu, sadece kuralların ilişkin bulunduğu cezaların tür veya miktarı dikkate alınarak çözümlenecek bir mesele değildir. Hangi kanunun daha lehe olduğuna; söz konusu kanunlardan her birinin leh ve aleyhte olan hükümlerinin karşılaştırılarak somut uyuşmazlığa uygulanması suretiyle ulaşılır.²³ Bir kuralın failin lehine olup olmadığının tespit edilebilmesi için çeşitli ihtimaller mevcuttur. Bunlardan ilki yeni kuralın daha önce suç teşkil eden fiili, suç olmaktan çıkardığı haldir. Bu durumda failin lehine olan yeni kanun uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer hal ise yeni getirilen kanun ile eski kanunun taşıdığı cezaların nitelik ve nicelikleri arasında fark bulunmasıdır.²⁴

İmar Kanunu geçici madde 16 ile getirilen imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 açısından bir lehe kanun olup olmadığının tespiti için iki hükmün karşılaştırılmasının yapılması ve kanun koyucunun imar barışı düzenlemesini yaparken ki amacının gerçekten de TCK m.184'ün sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

İmar barışı, İmar Kanunu'na getirilen geçici bir madde ile düzenlenmiştir. Bu sebeple süreklilik arz eden bir uygulama değil geçici niteliktedir. Kanunun geçici nitelikte olmasının lehe kanun olarak uygulanmasında olumsuz bir etkisi olmamasına rağmen hükmün amacına yönelik değerlendirme yapılmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki amacını kanun maddesinin gerekçesinde belirtmiştir. Buna göre imar barışı düzenlemesiyle: Afet risklerine hazırlık kapsamında, ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlayarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacıyla;

- 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapıların, yapı sahiplerinin müracaatları üzerine ve beyanına göre hazırlanacak yapı kayıt sistemine işlenmesi,

23 AYGÜN EŞİTLİ Ezgi, *Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*, TBB Dergisi, Sayı 104, 2013, s.238

24 DÖNMEZER Sulhi ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I 14.Bası*, İstanbul, 2016, s.214

- Bu yapılara su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesi, yargı ve belediyelerdeki iş yükünün azaltılabilmesi için alınmış yıkım kararlarından ve tahsil edilmeyen para cezalarından vazgeçilmesi,
- Maliklerin yarısının muvafakatinin bulunması halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi,
- Yapı kayıt belgesinden elde edilecek gelirlerin, genel bütçeye gelir olarak kaydedilmesi. Bu gelirlerin şehirlerin yeniden inşa ve imarında kullanılması, amaçlanmıştır.²⁵

Kanun gerekçesinde de görüldüğü üzere imar barışı düzenlemesiyle ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılmış yapıların kayıt altına alınması ve yapı kayıt belgesinden edinilen kayıt bedellerinin kentsel dönüşüm çalışmalarında kullanılması temel amaçtır.²⁶

Bir yapının yapılabilmesi için yetkili idarece verilen yapı ruhsatının bulunması gerekmektedir.²⁷ Yapı ruhsatı, mevcut imar planlarına ve kanunun gerektirdiği koşullara uygun olarak talep eden kişiye verilir. Buna aykırı olarak ruhsat alınmadan yapılan yapılar kaçak yapı olarak nitelendirilir.²⁸

Yapı maliklerinin yapı kayıt belgesi alması, mevcut imar mevzuatına aykırı olarak yapılmış yapıların bir nevi geçici süreyle ruhsatlı yapılar gibi işlem görmesini sağlamaktadır. Bu sonuç yapı kayıt belgesi almış olan yapıların daha önceden imar mevzuatına aykırı olarak yapılmış kaçak yapılar olması durumunu değiştirmemektedir. Binanın ruhsat alınmadan veya ruhsata aykırı olarak yapılmasıyla suç olduğundan TCK.184 suçu tamamlanmıştır. Binanın yapı kayıt belgesi alması binanın sadece ruhsatlı yapı statüsüne geçmesine neden olmaktadır. Önceden işlenen suç üzerinde bir sonuç doğurmayacaktır. Bu bakımdan TCK m.184 suçu uygulama alanı bulacak imar barışı düzenlemesinin ceza davalarına lehe kanun olarak olumlu bir etkisi oluşmayacaktır. Çünkü kanun metninden ve madde gerekçesinden de anlaşılacağı

25 T.C Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Tarih: 30/04/2018 Sayı: 31853594-1556-167

26 ÖZKAYA ÖZLÜER Ilgın, *İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Bakış*, T.C İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt.9, Sayı 2, 2018, s.338

27 AYANOĞLU Taner, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Nisan 2014, s.69

28 ERGEN Cafer BÖKE Veli, *Kaçak Yapı*, Ankara, Şubat 2005, s.79

üzere kanun koyucunun imar barışı düzenlemesini yaparken ki amacı TCK m.184 suçunun sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik değil, imar mevzuatına aykırı yapılmış yapıların kayıt altına alınmasıdır.

Bu durum birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bir yapının imar barışı düzenlemesinden yararlanabilmesi için TCK m.184 suçuna da konu olması gerektiğine değinmiştik. Bu varsayımın dayanağı şudur: TCK'nın m.184/1. maddesinde suç olarak tanımlanan fiil, yapı ruhsatı-yesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmaktır. Buna göre suçun konusu, binadır.²⁹ Ayrıca bizim de katıldığımız görüşte Yargıtay, suçun oluşması için binanın tamamlanmasını değil inşaat faaliyetlerine başlanmasını yeterli bulmaktadır.³⁰ Hal böyle iken imar barışı düzenlemesinden yararlanabilmek için TCK m.184 suçunun önceden oluşması gerekmektedir. TCK m.184 suçu ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapma fiilinin icra edilmesiyle tamamlanır. İmar barışı düzenlenmesinden yararlanabilmek için de halihazır da yapılmış bir binanın varlığı şarttır. Ve bu binanın kanunda öngörülen 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış olması şartı aranmıştır. Böylece, imar barışı düzenlemesinde yararlanmak isteyen kişinin daha önceden işlenmiş olan TCK m.184 suçunun faili olması gerekmektedir.

İmar barışı düzenlemesinde büyük bir eksiklik olarak bu konunun ele alınmadığı görülmektedir.

III. YAPI KAYIT BELGESİNİN ETKİN PİŞMANLIĞA (TCK m.184/5) ETKİSİ

Etkin pişmanlık, kişinin işlediği fiilin meydana getirdiği olumsuzlukları ve hukuka aykırılığı gidermesi halinde cezalandırılmaması veya ceza indirimi yapılmasını sağlayan bir ceza hukuku kurumudur.

Kanun koyucu, bazı suçlar açısından, suç tamamlandıktan sonra, henüz soruşturma başlamadan, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden

29 HAŞILOĞLU, s.116

30 4.CD 04.05.2011 tarihli E:2009/8715 K:2011/6187, <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/4-ceza-dairesi-e-2009-8715-k-2011-6187-t-04-05-2011>, (Erişim Tarihi 20.02.2019)

4.CD 01.06.2010 tarihli E:2008/14032 K:2010/10737, <https://0-www-lexpera-com-tr.opac.bilgi.edu.tr/ictihat/yargitay/4-ceza-dairesi-e-2008-14032-k-2010-10737-t-01-06-2010>, (Erişim Tarihi 20.02.2019)

önce ve hatta cezanın infazı sürecinde etkin pişmanlık gösterilerek işlenen haksızlığın neticelerinin mümkün olduğunca izale edilmesi veya azaltılması halinde; duruma göre faile ceza verilmez veya cezasında indirime gidilebilir.³¹

Etkin pişmanlık TCK'da bütün suçlara uygulanabilecek genel bir hüküm olarak değil, özel suç tipleri bağlamında istisnai bir kurum olarak düzenlenmiştir.³² Etkin pişmanlık kurumu ancak suçun tamamlanmasından sonra gündeme gelebilir. Bu sebeple suçun tamamlanmış olması bu kuruma başvurmada esaslı unsurdur.³³

Yukarıda da değindiğimiz üzere TCK m.184 suçunun oluşması için failin ruhsatsız binalarda inşaat faaliyetlerine başlaması yeterlidir. Ruhsata aykırı olan binalarda ise kanaatimizce inşaat faaliyetlerine başlamış olmak suçun oluşmasında yeterli değildir. Binanın bu faaliyet sonucu alınan ruhsata aykırı olarak tamamlanmasıyla suç neticelendirilir. Ancak inşaat faaliyetlerinin belirli bir noktadan sonra mevcut ruhsata aykırı olduğu ve yahut bu aykırılığın kaçınılmaz olduğu durumlarda da suç oluşmuş olacaktır.

İmar kirliliğine neden olma suçu açısından da kanun koyucu özel bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. '*Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı **imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde**, fail hakkında kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*'³⁴ denmektedir.

Kanun hükmünde ifade edilen imar planına ve ruhsata uygun hale getirme işlemi failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için birlikte yerine getirmesi gereken iki koşuldur. Bu unsurlardan birinin olmayışı failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanmasının önüne geçecektir. Bu sebepten ruhsatsız veya ruhsata aykırı binanın imar planına ve ruhsata uygun hale getirilmesinden ne anlaşılması gereklidir sorusuna cevap bulmak gereklidir.

İmar barışı düzenlemesinden yararlanmak isteyen ruhsatsız veya

31 ÖZGENÇ s.675

32 BABA Yasemin, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul, Aralık 2013, s.33

33 BABA, s.41

34 Türk Ceza Kanunu Madde 184/5

ruhsata aykırı yapılar bakanlıkça yapı kayıt belgesi verilerek kayıt altına alınmaktadır.³⁵ Yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğinin TCK m.184/5'deki etkin pişmanlık hükmü şartlarını karşılayıp karşılamadığının tespit edilmesi konumuz bakımından oldukça önemlidir.

Yapı kayıt belgesinin hukuki statüsünü tespit edebilmek için konuya idare hukuku bağlamında yaklaşmak gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle idare tarafından verilen yapı kayıt belgesi, bir idari işlemidir tespitini yapabiliriz.³⁶

İdarenin bir işlemi olan yapı kayıt belgesi, belli bir nesneyi(binayı,yapıyı), hukuki bir statüye soktuğu için birel şart işlemidir.³⁷ Diğer bir ifadeyle yapı kayıt belgesi, hukuka aykırı yapıyı geçici olarak imar mevzuatına uygun hale getiren bir birel şart işlemidir.

İdarenin bir işlemi olarak ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılara verilen yapı kayıt belgesi, mevcut yapıyı imar planına ve ruhsata uygun hale getirmekte midir sorusuna cevap aramak gerekmektedir. Çünkü TCK m.184/5'te belirtilen etkin pişmanlık hükmünde failin bu hükümden yararlanabilmesi için binanın fail tarafından **imar planına ve ruhsata** uygun hale getirmesi şartı aranmıştır.

Bir binanın imar kirliliğine neden olma suçuna konu olabilmesi için ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılması gereklidir. Ruhsatsız bir bina mevcut ise failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için ruhsatsız binaya ruhsat alması gereklidir. Eğer bina daha önce alınan bir ruhsata aykırı olarak yapılmışsa binanın alınan ruhsata uygun hale getirilmesi sağlanmalıdır. Peki idare tarafından verilen yapı kayıt belgesi bu tür binalar için ruhsat niteliğinde bir belge midir?

TCK'da ifade edilen *ruhsat* kelimesinden *yapı ruhsatiyesi*ni anlamamız gerekmektedir. TCK hükmünde de *yapı ruhsatiyesi* ifadesi kullanılmıştır. Yapı ruhsatiyesi, İmar Kanunu madde 21 ve devam hükümlerin-

35 İmar Kanunu Geçici Madde 16/1 (Ek: 11/5/2018-7143/16 md.) - *Afet risklerine bazarlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir.*

36 ÇAKIR Hüseyin Melih, *Yapı Kayıt Belgesi*, T.C İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5, Sayı 2, Ağustos 2018, s.43

37 KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II 4. Baskı*, Ankara, Ocak 2019, s.35

de düzenlenmiştir. Ancak bu kanunda sayılan usul ve esaslara uygun olarak alınan yapı ruhsatları geçerli olmalı ve TCK anlamında ruhsat kabul edilmelidir.

Yapı ruhsatı, idarece verilmektedir. Ruhsat, idarenin imar planları (genel düzenleyici işlem) uyarınca belirli bir kişiye özel vermiş olduğu bir birel idari işlemdir.³⁸ Yapı ruhsatının bir birel işlem olması müktesep hak teşkil etmesi bakımından önemlidir. Bu sebeple düzenleyici işlemin iptali söz konusu olduğunda bu işleme dayanak yapılan birel işlemlerin de iptal edilmiş olduğu sonucunu doğurmayacaktır.³⁹

Yapı kayıt belgesinin bir birel idari işlem olduğunu ifade etmiştik. Bu bakımdan ruhsata benzer bir niteliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü yapı ruhsatının hükmü sadece yapı yapımına yönelik değil yapının yapılmasından sonra da devam eder.⁴⁰ Yapı kayıt belgesi ise inşaat aşamasında ruhsatsız olan veyahut ruhsata aykırı olarak yapılmış yapıların mevcut durumlarını imar barışı düzenlemesiyle kayıt altına alarak tescillemektedir. TCK 184/5'teki ruhsat ifadesini bu noktada yapı kayıt belgesini de içine alacak bir kapsamda failin lehine olacak şekilde yorumlamak düzenlemenin amacına da uygun düşmektedir. Çünkü imar barışı düzenlemesinde ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılara uygulanan idari yaptırımlar yapı kayıt belgesinin alınmasıyla ortadan kalkmaktadır. Düzenlemenin bu noktada ceza hukuku yaptırımlarını kapsamaması uygulamada bir tezatlık oluşturacak bina ve sahibi hakkında idare hukuku yaptırımları ortadan kalkmış olsa bile failin almış olduğu yapı kayıt belgesi TCK m.184/5 uyarınca ruhsat kapsamında değerlendirilmediği için etkin pişmanlık hükmünden yararlanamaması ve bunun bir sonucu olarak cezai yaptırımın devam etmesi neticesine sebep olacaktır.

TCK m.184/5 etkin pişmanlık hükmünün bir diğer unsuru ise binanın **imar planına** uygun hale getirilmesidir.

İmar Kanunu madde 8/1-b imar planlarını, *Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planları*ndan meydana geldiğini söylemektedir.⁴¹

38 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref TAN Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Ankara, 2006, s.409, AYANOĞLU, s.172

39 KALABALIK Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, 2015,s.519

40 AYANOĞLU Taner, s.166

41 <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3194.pdf> (Erişim Tarihi 02.03.2019)

Nazım İmar Planları, İmar Kanunu madde 5/2'de varsa bölge planlarının mekâna ilişkin genel ilkelerine ve varsa çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, plan hükümleri ve raporuyla beraber bütün olan planlardır.

Uygulama İmar Planları, İmar Kanunu madde 5/3'de tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren planlardır.

İmar planları idarenin genel düzenleyici işlemlerindedir.⁴² İmar planlarının kişiler üzerinde hukuki etki doğurabilmesi için usulüne uygun olarak onaylanması ve yürürlüğe girmesi gereklidir. Buna uyulmadan yapılan planlar kişiler üzerinde bir sonuç doğurmayacaktır. İmar planları, ilgili oldukları alanlara göre farklı yönetim düzeylerinde farklı organ, kişi ya da kuruluşlarca onaylanmaktadır.⁴³ Bunlar, belediye ve mücavir alanlar içinde, dışında ve diğer alanlarda olmak üzere üçlü bir ayrıma konu olarak ayrı onay ve yürürlüğe girme usulüne tabidirler.⁴⁴ İmar Kanunu madde 8/1-b hükmü uyarınca bir imar planının hukuksal sonuç doğurabilmesi için belediye meclislerince onaylanarak yürürlüğe girmesi ve bu planın kesinleşebilmesi için de belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay sürece askıya çıkarılması gerekmektedir.⁴⁵ Ancak bu şekilde imar mevzuatına uygun olarak yetkili makamlarca çıkartılmış onaylanmış ve kesinleşmiş planlar TCK m.184/5'te belirtilen imar planlarına işaret edecektir.

İmar planlarının idarenin yapmış olduğu genel düzenleyici işlemler olması, maddi ve hukuki koşullardaki değişiklikler sonucu her zaman

42 KALABALIK s.44 YILDIRIM, *İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları*, s.23

43 KALABALIK s. 211

44 KALABALIK s.211

45 KALABALIK s.216

değiştirilebilir ya da kaldırılabilir olmasına ve imar planlarının doğru-
dan, kişiler üzerinde bir müktesep hak veya korunması gereken birey-
sel hukuki bir durum yaratmaması sonucunu ortaya koymaktadır.⁴⁶

Özetlemek gerekirse kişinin yaptırmış olduğu ruhsatsız veya ruhsata aykırı binanın imar barışı düzenlemesinden faydalanması durumunda TCK m.184 suçu bakımından tek bir seçenek söz konusu olmaktadır. Kişi, imar barışı düzenlemesinden yararlanarak ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılmış binasını yapı kayıt belgesi alarak kayıt altına aldırma-
ktadır. Bu belge niteliği itibarıyla ruhsat kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca yapı kayıt belgesi bina mevcut imar planına da uygun olmalıdır. Aksi halde TCK m.184/5'teki koşullar sağlanmamış olacaktır. Son olarak ise yapı kayıt belgesinin alınması fail tarafından failin hareketleri sonu-
cu gerçekleşmelidir. Çünkü failin suça sebep veren eylemleri sonucu netice meydana gelmiştir. Etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için de yine fail eylemleriyle neticenin ortadan kalkması için uğraşmalıdır. TCK m.184/5'te, binanın imar planı ve ruhsata uygun hale getirilmesinden değil; binayı yapan/yaptıran kişinin binayı imar planı ve ruhsata uygun hale getirmesinden bahsedilmiştir. Bu nedenle, binayı yapan/yaptıran kişi dışındaki bir kişinin, örneğin failin kardeşinin binayı ruhsata uygun hale getirmesi durumunda TCK m.184/5 hükmü uygulanmamalıdır.⁴⁷ Bu koşulların varlığı halinde TCK m.184'e konu olmuş bir bina ve suçu iş-
leyen fail açısından TCK m.184/5'teki etkin pişmanlık hükmü uygulama alanı bularak fail hakkındaki ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır.

SONUÇ

3194 sayılı İmar Kanunu'na 7143 sayılı kanunla getirilen geçici mad-
de 16 ile ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılmış yapılar kanunda belirtilen koşulları sağlamak koşuluyla yapı kayıt belgesi başvurusu ya-
pılarak kayıt altına alınabilmesi amaçlanmıştır. Getirilen düzenlemeyle idari hukukunun tüm yaptırımları ortadan kalkmaktadır. Ancak düzen-
lemenin ceza hukukuna etkisine değinilmemiştir.

Kamuoyunda imar barışı olarak anılan düzenleme ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılmış yapılar üzerinde uygulama alanı bulmak-

46 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref TAN Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Ankara, 1998, s.366

47 GİYİK, s.104

tadır. Diğer bir yandan TCK m.184'üncü maddesinde düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu bakımından da '*yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*' hükmü mevcuttur. Böylece bir yapının imar barışı düzenlemesinden faydalanabilmesi için TCK m.184 suçunun konusunu oluşturması gerekmektedir. Bu sebeple de imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 suçu bağlamında ceza davalarına etkisinin üzerinde durulmalıdır.

Bu noktada ilk olarak imar barışı düzenlemesinin TCK m.184 bakımından bir lehe kanun olup olmamasının değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Hem kanun metninden hem de madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun imar barışı düzenlemesini yaparken ki amacı TCK m.184 suçunun sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik değildir. Bu nedenle bu düzenleme TCK m.184 suçu bakımından lehe kanun olarak yorumlanamayacaktır. Bunun önemi ruhsatsız veya ruhsata aykırı olan yapı bakımından imar barışı düzenlemesinden yararlanılacak olsa bile TCK m.7 uyarınca lehe kanun hükümlerinden yararlanamayacak, kişi hakkında güvenlik tedbirleri ve infaz hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İkinci olarak imar barışı düzenlemesinin TCK m.184/5'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünde belirtilen şartları karşılayıp karşılayamayacağı tartışılmasıdır. TCK m.184/5'te failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için ruhsatsız veya ruhsata aykırı binasını, ruhsata ve imar planına uygun hale getirmesi gereklidir. Bu noktada imar barışı düzenlemesinden yararlanan yapıya verilen yapı kayıt belgesinin hukuکی niteliğinin tespiti gereklidir. Yapı kayıt belgesi idarenin bir birel şart işlemidir. Bu bakımından ruhsata benzetilebilir. Kanaatimizce yapı kayıt belgesi almış yapılar ruhsata uygun hale getirilmiş yapılar statüsünde görülmelidir. Etkin pişmanlık hükmünde belirtilen ikinci şart yapının imar planına uygun olmasıdır. İmar planları idarenin yapmış olduğu genel düzenleyici işlem niteliğindeki idari işlemlerdir. Bu sebeple bir yapının etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için mevcut imar planlarına aykırı olmaması gerekmektedir.

Kanaatimizce imar barışı düzenlemesi sonucu alınan yapı kayıt belgesi yapıyı ruhsata uygun hale getirmektedir. Çünkü idare kanundaki

düzenleme uyarınca yapının beyan edilen koşullarıyla yapı kayıt belgesini düzenleyerek yapının ruhsatlı bir yapı gibi işlem görmesini sağlamaktadır. Ancak failin, TCK m.184/5'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için mevcut yapıyı ruhsata uygun hale getirmesi yeterli görülmemiş aynı zamanda bu yapının mevcut imar planına da uygun olması gerekli kılınmıştır. Bu sebeple yapı kayıt belgesi alınan yapının mevcut imar planına uygun olduğu takdirde etkin pişmanlık hükmünden yararlanması söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle, mevcut imar planına aykırılık teşkil edilen yapılar, yapı kayıt belgesi alınarak imar barışı düzenlemesinden faydalansa bile TCK m.184/5'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünden yararlanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK M.Emin GÖKCEN Ahmet *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017
- AYANOĞLU Taner, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Nisan 2014
- AYGÜN EŞİTLİ Ezgi, *Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*, TBB Dergisi, Sayı 104, 2013
- BABA Yasemin, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul, Aralık 2013
- ÇAKIR Hüseyin Melih, *Yapı Kayıt Belgesi*, T.C İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5, Sayı 2, Ağustos 2018
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 11.Baskı*, Ankara, Nisan 2016
- DÖNMEZER Sulhi ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I 14.Bası*, İstanbul, 2016
- ERGEN Cafer BÖKE Veli, *Kaçak Yapı*, Ankara, Şubat 2005
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref TAN Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Ankara, 1998
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref TAN Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Ankara, 2006
- HAŞILOĞLU Sedat Sami, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve Bu Suçun Onarıcı Adalet Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi*, Doktora Tezi, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2012
- İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Ocak 2016
- KALABALIK Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, 2015
- KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II 4. Baskı*, Ankara, Ocak 2019
- MERAN Necati, *5237 Sayılı TCK'da İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmardan Sorumlu Kişilerin Görevi Kötüye Kullanmaları Mübür Bozma Mubafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, 2013
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ağustos 2018
- ÖZKAYA ÖZLÜER İlgin, *İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Bakış*, T.C İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt.9, Sayı 2, 2018
- YILDIZ Ali Kemal “*İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (TCK m. 184)*” Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (C.II), GÜHFD Sayı 2, Yıl 2004

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA İÇERİK VE DENETİM BAĞLAMINDA DURUŞMA TUTANAKLARI*

Ar. Gör. Yalım Yarkın Özbalcı**

Özet

Ceza muhakemesi işlemleri, sonradan denetlenebilmeleri amacıyla yazılı bir hale getirilirler. Duruşma tutanakları da bu amaçla düzenlenir. Türkiye’de ise bu tutanakların yeterince düzgün kaydedilmemesi eleştirilmektedir. Bu sorun tanığın sorgulanamaması ve adil yargılanma hakkının kullanılamamasını ortaya çıkarmaktadır.

Çalışma kapsamında, farklı ülkelerin duruşma tutanaklarına ilişkin düzenlemeleri incelenmiştir. Daha sonra Türkiye’deki geçmiş ve mevcut düzenlemeler aktarılmıştır. Sorunlar ve eleştiriler derlenerek, görüşlerimiz ve çözüm önerilerimiz paylaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Duruşma, Tutanak, Tanık Sorgulama, Elektronik Kayıt, Ceza Muhakemesi

COURT RECORDS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW REGARDING TO CONTENT AND CONTROL

Abstract

Criminal procedure proceedings have been written in order to get examine. Regarding to this aim, court trial must be recorded as well. But in Turkey, lack of these records have been criticized. This problem causes the uneffective cross-examination of witnesses and it also restrains the right to have a fair trial.

In this article, norms about trial records of other countries are analysed. Then past and present norms in Turkey has been examined. Af-

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 20/05/2019. İlk hakem raporu tarihi: 30/05/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03/07/2019.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, yarkin.ozbalci@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9773-6644.

ter that, problems and comments about this issue have been compiled and our views and solutions about this subject have been shared.

Keywords: Trial, Record, Witness Examination, Electronical Records, Criminal Procedure

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, hukukun diğer dalları gibi zamanla gelişmiş ve evrimleşmiş bir hukuk dalıdır. Bununla birlikte ceza muhakemesi yalnızca bir usul hukukuna da indirgenemez. Zira takip edilen bu kurallar, insan haklarına doğrudan müdahale eder ve kimi anlarda bu hakları ihlal eder. Muhakeme sonucunda verilen hükümler kişilerin özgürlüklerinden alıkonulup konulmayacağı gibi doğrudan bir etki yaratmakla kalmaz, bir masumun cezaevinde olduğunu bilmek toplumun devletle olan ilişkisini sorgulaması sonucunu doğurur, hatta ve hatta genel olarak uluslararası toplumun bir devletin haydut devlet mi yoksa hukuk devleti mi olduğu konusunda kanaatlerinin temelini oluşturur. Bu nedendir ki, hükme doğru giden sürecin her adımı gerek ulusal, gerek uluslararası normlarla açıkça düzenlenir.

Duruşma ise ceza muhakemesinin en dikkat çekici alanlarından biridir. Bu aşamada soruşturmada iddia makamının dosya üzerindeki idaresi, bu delilleri takdir edecek bağımsız ve tarafsız hakime devredilir. Duruşmanın sözlü olması bu muhakeme evresine yön veren ilkelerden biridir. Gerçekten de hakimin otoritesinin karşısında yazılı beyanlara sığınılması mümkün merteye daraltılır. Duruşmaya egemen kılınan sözlülük ilkesi, söylenenlerin samimi beyanlar olmasını temin etmek, bir diğer ifade ile mahkemeye karşı önceden hazırlanmış ifadelerle gelmesini önlemek amacıyla hizmet eder. Bu amaç yargılamanın selameti bakımından önemlidir ve temini bakımından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, tam da bu nedenle tanık, dinleninceye değin duruşmaya alınmayacak, duruşmada yazılı bir beyanı okuyamayacak, böylece dinlenilmesinden önce yaşananlardan etkilenmemesi sağlanacaktır.

Bütün bu sözlü sürecin hükme olan etkisi muhakkak olduğu içindir ki, hükmü inceleyecek merciler, duruşmada söylenenleri de denetimlerine esas alırlar. Bu anlamda bir cümlenin nasıl kurulduğu, bir kelimenin sarf edilip edilmediği varılacak kanaatte büyük bir önem taşır. İşte

bu denetimin sağlanması bakımından söylenenler de tutanağa bağlanır. Bu tutanaklar sözlü yargılamanın bir gölgesidir ve kanunlarda dikkatle düzenlenir.

Belirtmek gerekir ki, bu son derece hayati öneme rağmen, tutanakların ele alınması için gereken dikkat karşılığını uygulamamızda bulamamakta, duruşma tutanaklarının kelimesi kelimesine tutulmaması herkesin bildiği, ancak akademinin bu konuda detaylı bir çalışma yapmadığı bir sorun olarak kalmaktadır. İşte biz çalışmamızda, her ceza yargılamasının vazgeçilmezi olan duruşma tutanaklarının düzenlenmesini ülkemizin içinde ve dışında uygulanan normları ortaya koyarak değerlendirmeye çalışacak, özellikle sanığın duyuramadığı, duyursa da yazılı hale getiremediği sesin hukuktaki karşılığını anlamaya gayret edeceğiz.

1. KAVRAM

Ceza muhakemesinde kanun koyucu bazı işlemlerin yapıldığını belgelemek amacıyla bir tutanak düzenlenmesini şart koşabilir.¹ Bu tutanaklar yazılılık ilkesinin hakim olduğu soruşturma evresi ile sınırlı değildir, aşağıda değineceğimiz üzere sözlülük ilkesinin hakim olduğu kovuşturma evresinde de kendilerine yer bulurlar. Dolayısıyla ceza muhakemesinin önemli bir parçasını teşkil ederler.

Bu sözlü ifadelerin yazılı hale getirilmesinde çeşitli tekniklerden yararlanılabilir. Bu anlamda faydalanılan tekniklerden biri ise stenografidir. Kısaltmalar yahut semboller ile yazmak ve daha sonra bunları temize çekmek için kullanılan bu tekniğin tarihi ise oldukça eskidir, miltattan önce 63 yılında Roma'da yaşamış Tiro isimli bir kişinin bilinen ilk stenograf olduğu kabul edilmektedir². Cicero'nun kölesi ve arkadaşı olan Tiro, onun idari işlerini halletmekle birlikte, asıl önemini geliştirdiği bir stenografi tekniğinden alır. Plutark'a göre Yunanlılar tarafından icat edilen stenografinin popüler olmasında da Cicero ve Tiro'nun etkisi vardır.³

1 Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 117.

2 Sham D. Sohn, "Court Reporting: Can It Keep Up with Technology or Will It Be Replaced by Voice Recognition or Electronic Recording?", Southern Illinois University, Bitirme Tezi, 2004, s. 2
Çevrimiçi Erişim: http://opensiuc.lib.siu.edu/uhp_theses Erişim Tarihi: 22.04.2019

3 Zach Bankston, "Administrative Slavery in the Ancient Roman Republic: The Value of Marcus

Belirtmek gerekir ki, bu tutanakların önemi sadece ceza muhakemesi ile sınırlı değildir. Bu tutanaklar örneğin tarihçiler bakımından da önemli bir delil olarak kabul edilirler.⁴ Yine tarihi çalışmalar sayesinde ortaya çıkarılmıştır ki, Roma döneminde dahi, temyiz yargıcının bilgilerine ihtiyaç duyabileceği gözetilerek sözlü duruşmalardaki ifadeler yazıya geçirilerek saklanmıştır.⁵

Osmanlı dönemindeki şeri mahkemelerde de davalara ilişkin siciller tutulduğunu söylemek mümkündür. Olayları dinleyen kadı, bunları halk dilinden resmi bir dile çevirerek özetler ve sicillere kaydederd.⁶ Yine bu yargılamalarda tutanakların altına imza atılması uygulaması olmakla birlikte, kimi tutanaklarda farklı kişiler için atılan imzaların aynı elden çıkmış gibi görünmesi, tutanakların yargılama sırasında mı yoksa daha sonra ilgililer hazır bulunmadan katip tarafından mı düzenlendiği konusunda şüphe yaratmaktadır.⁷

Bu aşamada 1878 tarihli Talimat-ı Senniye'den de bahsetmek gerekir. Bu talimatın düzenlemelerinden biri de, yapılan işlemlere ilişkin kayıtların geçirileceği zabıt ceridelerinin tutulmasıdır. Nitekim hakim hazırlayacağı ilam müsveddelerinde zabıtlarda yer alan bazı ifadelerde değişiklik yapabilse de, davanın seyri üzerinde etki doğuracak düzeltmeleri gerçekleştiremeyecektir.⁸

Günümüzde de duruşma tutanakları önemini sürdürmektedir. Belirtmek gerekir ki, duruşma aşaması kovuşturma evresinin zirvesini oluşturur.⁹ Bu aşama, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından

Tullius Tiro in Ciceronian Rhetoric”, **Rhetoric Review**, Cilt 31, Sayı 3, 2012, s. 210 Çevrimiçi Erişim: <https://doi.org/10.1080/07350198.2012.683991> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

4 Bu konuda bir çalışma için bkz. Attila Novak; Katalin Guban; Monika Varga; Adrienne Dömötör, “Creation Of An Annotated Corpus Of Old And Middle Hungarian Court Records And Private Correspondence”, *Lang Resources & Evaluation*, 52 Çevrimiçi Erişim: <https://doi.org/10.1007/S10579-017-9393-8> Erişim Tarihi: 22.04.2019

5 Adhémar Esmein, **A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France**, Çev. John Simpson, 4. Bası, New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd., 2000, s. 28 Çevrimiçi Erişim: <https://books.google.com.tr>

6 Dror Ze'evi, “The Use of Ottoman Shari'a Court Records as a Source for Middle Eastern Social History: A Reappraisal”, **Islamic Law And Society**, Cilt 5, Sayı 1, Leiden, 1998, s. 51 Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

7 **A.g.e.**

8 Ahmed Akgündüz, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri Ve Şer'îye Sicilleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 14, 2009, s. 37.

9 Naim Karakaya, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, Avukatlar İçin El Kitabı IV**, s. 39. Çevrimiçi Erişim: <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

oldukça önemlidir.¹⁰ Duruşmaya hakim olan ilke ise sözlülük olmakla birlikte bu aşamada yapılan tüm işlemlerin tutanağa geçirilmesi bir gerekliliktir.¹¹ Nitekim, duruşmada şekil şartlarına uyulup uyulmadığı ancak duruşma tutanağı ile ispatlanabilir.¹² Bir diğer deyişle tutanağa yazılanlar gerçekleşmiş, yazılmayanlar ise gerçekleşmemiş kabul edilmektedir.¹³

Yargıtay'a göre de duruşma evrakları ceza yargılaması işlemlerinin belgelendirilebilmesi ve bu işlemlere belge delili değeri tanınabilmesi amacıyla düzenlenir ve yargılamanın, kanunun aradığı şekilde oluşturulan heyet tarafından ve yine kanunun belirlediği ölçüler içerisinde yapıp yapılmadığını yalnızca tutanak ispatlar.¹⁴ Bu halde duruşmanın seyrini tutanak haricinde bir başka yola başvurarak ortaya koymak mümkün görülmemektedir.¹⁵

Böylece, kural olarak hakim deliller arasında değerlendirme yaparken vicdanı ile hareket etmekte serbest iken, duruşma tutanağı bunun bir istisnasını da oluşturur.¹⁶ O halde bu tutanakların içeriği, hatta içindeki kelimeler bile bir kişinin özgür mü kalacağı, yoksa cezaevine mi gireceğini belirler. Zira duruşma aşamasında kullanılan bir kelime dahi maddi gerçeğe ulaşılması konusunda anahtar rol üstlenebilir.¹⁷ Örneğin, bir tanığın "failin saçları siyahtı" demesi, tutanağa "saçları sarıydı" olarak geçer ise, bu durumda kanunen tanık faili sarı saçlı olarak tespit etmiş kabul edilir ve masum olmasına rağmen sanık sandalyesinde yer alan sarı saçlı biri, bu farklılık nedeniyle ceza alabilir.

Duruşma tutanaklarının istisnai durumu sadece onlara özgülenen delilin niteliğinden de gelmez, yine kanun ile tutanağın bu gücü,

10 Veli Özer Özbek; Koray Doğan; Pınar Bacaksız; İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 570.

11 **A.g.e.**, s.570-571

12 Güneş Okuyucu Ergün, **Ceza Muhakemesi İşlemleri**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 30-31.

13 Mustafa Artuç; Mehmet Tevfik Elmas, **Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 301-302.

14 Yargıtay Ceza Genel Kurulu ("YCGK") E. 2017/1-259 K. 2018/383 T. 27.9.2018 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

15 Cumhur Şahin; Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s. 173.

16 Yener; Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 64, 640-641.

17 Veli Özer Özbek, vd., **A.g.e.**, s. 594.

önemli bir sınırlama ile de korunur. Şöyle ki, sahteliği ispatlanıncaya kadar tutanağın aksine bir delil ortaya konulamaz.¹⁸ O halde tutanağı sahte bir biçimde tanzim eden zabıt katibi kendisi hakkında bu suçlama ile açılan davada mahkum edilinceye değin, duruşmanın düzeninin tutanaktakinden farklı olarak yapıldığını ispat etmek de olanaksız olacaktır.¹⁹ Nitekim Yargıtay'a göre de duruşma tutanakları sahteliği ya da gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği yine aynı değerdeki bir delil ile ispatlanana kadar resmî belge niteliği taşımayı sürdürür.²⁰ O halde yukarıdaki örnekteki sarışın kişinin, tanığın beyanının yanlış geçirildiğini ispatlamasına ve özgürlüğüne kavuşabilmesine dair yegane imkan, zabıt katibinin sahtecilik yaptığını ispat etmekten ibarettir. Böylelikle duruşma tutanaklarının kişilerin yaşamında doğurduğu etki yadsınamaz bir hal alır.

Günümüzde bu tutanakların dikkatli tutulmasının bir diğer sonucu ise kişilerin değil, toplumun menfaatini koruması bakımından önem kazanır. Nitekim yargılamanın şeffaflığının sağlanması bakımından da duruşma tutanakları önemlidir. Örneğin, Avustralya'nın New South Wales eyaletinde herkesin erişebileceği evraklar arasında halka açık duruşmaların tutanakları, ifadeler, mahkeme tarafından verilen ara kararlar ve hükümler de yer alır.²¹ Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin mahkeme dosyalarına erişimine ilişkin düzenlemenin 7. maddesi mahkeme aksini emretmedikçe taraf olmayanlara da duruşmada gerçekleşen beyanlara ve yapılan işlemlere erişime yetkisi tanımaktadır.²² Benzer bir biçimde

18 Güneş Okuyucu Ergün, **A.g.e.**, s. 30-31.

19 Nur Centel; Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s. 775.

20 YCGK E. 2017/1-259 K. 2018/383 T. 27.9.2018 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

21 Vanessa Yeo, "Access to Court Records: The Secret to Open Justice", **Singapore Journal of Legal Studies**, 2011, s. 516-517.

22 Düzenlemenin İngilizce aslı şu şekildedir: "7. *Access will normally be granted to non-parties in respect of pleadings and judgments in proceedings that have been concluded, except in so far as an order has been made that they or portions of them be kept confidential; documents that record what was said or done in open court; material that was admitted into evidence; and information that would have been heard or seen by any person present in open court, unless the Judge or registrar dealing with the application considers that the material or portions of it should be kept confidential. Access to other material will not be allowed unless a registrar or Judge is satisfied that exceptional circumstances exist.*" Supreme Court of New South Wales Practice Note No. SC Gen 2 Supreme Court – Access to Court Files Çevrimiçi Erişim: http://www.practicenotes.justice.nsw.gov.au/practice_notes/nswsc_pc.nsf/a15f50afb1aa22a-9ca2570ed_000a2b08/5f2bddd07a106a9fca2572ed000cec95?OpenDocument Erişim Tarihi: 25.04.2019

Amerikan Yüksek Mahkemesi de sözlü beyanları içerir tutanakları gün içinde ücretsiz biçimde halka açmakta, böylelikle duruşmayı birinci elden giderek yahut başkalarından duyarak öğrenmek yerine bir alternatif yol yaratmaktadır.²³

Bu aşamada bir ilginç uygulamaya da değinmek isteriz. Duruşma kesitlerinin kaydedilerek montajlandığı ve daha sonra Youtube'a yüklendiği bir örnek de yine Amerika Birleşik Devletleri'nde mevcuttur. Rhode Island eyaletinin başkenti Providence'taki İdare Mahkemesi tarafından yapılan duruşmalara ilişkin bu videolar "*Caught In Providence*" isimli bir Youtube kanalında²⁴ yayınlanarak geniş kitlelere ulaşmaktadır. Videolara yansıdığı kadarıyla Yargıç Frank Caprio'nun huzuruna çıkan kişilere karşı anlayışlı tavrı ve çocuklarla kurduğu samimi ilişkisinin bunda önemli bir rolü olduğu kanaatindeyiz. Bu Youtube kanalına ilgi öyle büyüktür ki, çalışmamızı yaptığımız tarihte, 02.10.2015 yılında kurulan kanalın abone sayısı 379 bini, kanalın toplam görüntülenme sayısı ise 87 milyon 835 bini aşmıştı.²⁵ Facebook'ta ise kanalın toplam takipçi sayısı yine çalışmamızın yapıldığı tarihte 1 milyon 300 bin kişiyi aşmıştı.²⁶ Böyle bir faaliyetin yargılamanın şeffaflığı ve toplumun adalet mekanizmalarını denetlemesi üzerinde yarattığı etki sanıyoruz, son derece önemlidir.

Bununla birlikte dijitalleşme tutanaklara atfedilen önemi de arka plana atmamıştır. Ülkemizde olduğu gibi, kimi ülkeler tutanakları elektronik ortamda düzenlemekte, dosyanın böylece sanal bir kopyasını yaratmaktadırlar. Hatta bazı ülkeler sadece derdest olan davaların değil, geçmişte yapılan muhakemelerin işlemlerini içerir tutanakların da elektronik ortama aktarılması yönünde adımlar atılmaktadır. Bununla birlikte, örneğin Kaliforniya eyalet mahkemelerinde fiziki dosyaların elektronik ortama aktarımı sırasında yok edilemeyecek ve saklanması

23 Stephen J. Schultze, "The Price of Ignorance: The Constitutional Cost of Fees for Access to Electronic Public Court Records", **The Georgetown Law Journal**, Sayı 106, 2018. s. 1212 Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 24.04.2019.

24 "Caught In Providence", Youtube Kanalı için Çevrimiçi Erişim: <https://www.youtube.com/channel/UC59KhIPOR0Jj653dC4laEJw> Erişim Tarihi: 20.04.2019

25 Caught In Providence Youtube kanallarına ait ilgili istatistiklere erişim için, Çevrimiçi Erişim: <https://www.youtube.com/channel/UC59KhIPOR0Jj653dC4laEJw/about> Erişim tarihi:27.04.2019.

26 "Caught In Providence" hesabının Facebook sayfasına erişim için bkz. <https://www.facebook.com/caughtinprovidence/> Erişim Tarihi: 27.04.2019

gerekecek fiziki evraklardan biri de sözlü tartışmaları içeren tutanaklardır.²⁷

Böylelikle ortaya çıkmaktadır ki, duruşma tutanakları kavramı, iki bin yılı aşkın zamandır; gerek onlara atfedilen önem, gerek kendilerine sağlanan koruma, gerek bireylere ve toplumlara yarattıkları etki, gerekse de gelecekte yaşayacak insanlara düzenlendikleri günü anlatmaları bakımından dikkat çekicidir.

İşte biz, çalışmamızda bu kavramı ele alırken, bu tutanakları içerikleri ve düzenlendikleri aşamada denetlenmeleri özelinde, önce karşılaştırmalı hukukta, ardından ülkemiz uygulamasında incelemeye gayret edeceğiz.

2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUŞMA TUTANAKLARI

Dünyadaki uygulamalar incelendiğinde, ceza muhakemesinde duruşmaların tutanağa bağlanması uygulamasının oldukça yaygın olduğunu söylemek mümkündür. Biz çalışmamızı sınırlı tutabilmek adına, bu başlık altında Hollanda, Norveç, İsviçre, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Botswana ve Uganda'daki ülkesel uygulamaların yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendi iç tüzüğünde duruşma zabıtlarının durumunu inceleyeceğiz. Böylelikle ülkemiz uygulamasını karşılaştırmak, eksik yanları ortaya koyabilmek imkanı ortaya çıkacaktır. Duruşma tutanaklarına ilişkin olarak her ülkenin düzenlemelerini tek tek yazmak da mümkün olmakla birlikte, bunun yerine bu düzenlemelerin odak noktalarını belirleyerek, bir plan belirlemenin daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda, duruşma tutanaklarına ilişkin olarak öncelikle tutanakların içermesi gereken beyanları, ardından da bu tutanakların denetimini ortaya koymak şeklinde bir yolu izlemeyi uygun gördük.

2.1. Duruşma Tutanaklarının İçermesi Gereken Bilgiler

Dünya Adalet Projesi (World Justice Project, "WJP") tarafından her yıl düzenli olarak yayınlanan Hukukun Üstünlüğü Endeksi'nin 2018/2019

²⁷ Brian E. Hamilton, "Chapter 167: Taking Court Records Management from the Stone Age to the Digital Age", *McGeorge L. Rev.*, Sayı 42, 2011, s. 597. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 23.04.2019.

verilerine göre²⁸, 126 ülke arasından genel sıralamada beşinci, ceza adaleti sıralamasında ise sekizinci olan Hollanda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("HCMK") 25, 29, 172 ve 326. Maddeleri duruşma tutanaklarına ilişkin düzenlemeler getirmektedir²⁹.

HCMK'nın 25. maddesine göre mahkeme katibi duruşmada esas itibariyle yaşananları kayıt altına alacak, tarafların talebi üzerine veya re'sen gerekli görülen beyanlar mümkün olduğu ölçüde kelimesi kelimesine zapta aktarılacaktır. Ancak bu aktarımın makul sınırları aşmaması gerekmektedir.

HCMK m. 29/3'e göre, sanık veya şüphelinin savunması, hele ki bir itiraf da içeriyorsa, mümkün olduğu ölçüde kelimesi kelimesine kaydedilmelidir. HCMK m. 172/2'ye göre beyanın doğru anlaşılması amacıyla yahut tarafların talebi halinde sorulan sorunun tutanağa geçirilmesini istemek mümkündür. Sanık, uzman, tanık veya savunma avukatının herhangi bir beyanı kelimesi kelimesine zapta geçirme talepleri m. 172/3 uyarınca dikkate alınır. Bölge adliye mahkemeleri de tutanaklara ilişkin aynı ilkeye HCMK m. 326/2 uyarınca tabi olacaklardır.

WJP'nin 2018/2019 verilerine göre Hukukun Üstünlüğü Endeksi'nin 2018/2019 verilerine göre genel sıralamada ikinci, ceza adaleti sıralamasında üçüncü olan Norveç, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("NCMK")18 ila 30. maddeleri duruşma tutanaklarını oldukça geniş bir biçimde düzenlemektedir³⁰. Örneğin NCMK'nın 19. maddesi kelimesi kelimesine zapta geçecek beyanlar arasında, davanın esasına ilişkin etki doğuracak bütün beyanları saymış, itiraza uğrayan ve derhal düzeltilmeyen muhakeme işlemlerine ilişkin itirazların zapta talep halinde aktarılacağını belirtmiştir.

NCMK'nın 22. maddesine göre bir beyanın gerçeğe aykırı olduğu ve cezai sorumluluk doğurabileceği düşünülürse bu beyanın tamamı, mümkün olduğunca söyleyenin ifadeleri ile zapta aktarılacaktır. Aynı

28 Dünya Adalet Projesi, Çevrimiçi Erişim: <http://data.worldjusticeproject.org/#table> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

29 Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu *Wetboek van Strafvordering*, İngilizce çevirisi, Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

30 Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu, Norveç Adalet ve Polis Bakanlığı'nın İngilizce çevirisi Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

şekilde NCMK'nın 20. maddesine göre, itiraf yahut davanın esasına etkili görülen diğer beyanlar da söyleyenin ifadeleri ile duruşma zaptına geçirilir.

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun³¹("İCMK") 76 ila 80. maddesi tutanakları düzenlemektedir. Genel düzenlemeyi içeren 76. Maddeye göre, tutanaklar beyanları ve verilen kararları içermelidir. İCMK m. 78 ise tutanakların içeriği konusunda önemli düzenlemeler ihtiva eder. Duruşmada söylenen beyanlar söylendikleri esnada kayıt altına alınır. Yabancı lisanlardaki beyanlar eğer önemli ise, söylendikleri dilde tutanağa geçirilir. Bunun dışında önemli sorular ve cevaplar kelimesi kelimesine tutanağa aktarılmalıdır. Eğer beyanda bulunan talep ederse, ifadelerini tutanağa dikte ettirebilecektir.

WJP hukukun üstünlüğü genel sıralamasında 6., ceza adaleti sıralamasında 7. olan Almanya ise Alman Ceza Muhakemesi Kanunu³² ("ACMK") m. 273/2'ye göre ise hakim gerekli gördüğünde bir özet yazmak yerine, ifade verenin bütün beyanlarının kayıt altına alınmasına karar verebilir. Bu halde bu kayıtlar da dava dosyası ile birlikte saklanır. Aynı maddenin müteakip 3. fıkrasına göre ise, bir beyanın söyleniş tarzı önemli ise, bu halde re'sen yahut talep halinde bütün ifadenin kayıt altına alınmasına karar verebilir.

Amerika Birleşik Devletleri ("ABD") uygulamasında duruşma tutanakları konusunda da çeşitli düzenlemeler vardır. Örneğin Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kurallar³³ m. 26/2.f'ye göre açık bir yargılamada gerçekleşen tanık ifadesinden anlaşılması gereken, tanığın okuyup imzaladığı yazılı ifadesi olabileceği gibi, kelimesi kelimesine onun ağzından yazılmış bir tutanak yahut yapılan bir kaydın tapelenmesi de olabilir. Madde 4.2/B'ye göre yargıç ek bir ifade almak isterse bu ek ifadeleri beyanda bulunanın ağzından çıktığı biçimde, kelimesi kelime kaydettirmek amacıyla yazdırabilecektir.

31 5 Ekim 2007 tarihli İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu, İngilizce çevirisi, Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

32 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Federal Resmi Gazete Tarihi: 07.04.1987 İngilizce Çevirisi için Çevrimiçi Erişim: <http://www.legislationline.org> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

33 *United States of America Federal Rules of Criminal Procedure*, ABD Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kurallar Yürürlük Tarihi: 21.03.1946, Son Tadil Tarihi: 01.12.2014, İngilizce aslı için Çevrimiçi Erişim: <http://www.legislationline.com> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ("AİHM") yapılan duruşmalara ilişkin tutanak tutulması da bir zorunluluktur. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü'nün³⁴ 17 Haziran ve 8 Temmuz 2002 tarihlerinde Mahkeme tarafından değiştirilen şekliyle 70. maddesi de çeşitli düzenlemeleri ihtiva etmektedir. AİHM İç Tüzüğü m. 70/1-c'ye göre Dairelerde yapılan duruşmalarda verilen ifadelerin, soruların ve yanıtların tam metni tutanağa geçirilmelidir. Yine duruşma sırasında alınan kararların m.70/1-d'ye göre tutanak metninin içine eklenmesi gerekir. Nitekim m. 71/1'e göre bu hükümler Büyük Daire'de görülecek yargılamalarda da uygulanmalıdır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, bu beyanlar Mahkeme'nin resmi dillerinden birinde yapılmamışsa, bu halde tercümeleri de Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından yapılmalıdır.

WJP hukukun üstünlüğü genel sıralamasında³⁵ 44. olan Botswana ve aynı sıralamada 113. olan Uganda'da ise tutulan tutanaklarda aynı sıralamada 109. olan ülkemiz uygulamasına benzer bir biçimde sorulara yer verilmemekte, tarafların beyanları bütünüyle geçirilmemektedir. Soruların tutanağa geçirilmemesi, verilen cevabı anlamsız kılmakta, temyiz incelemesinde bu cevabın hangi bağlamda verildiği anlaşılama maktadır.³⁶

Duruşma tutanaklarının düzenlenmesinde çeşitli teknolojik imkanlardan yararlanmak da ülkelerin kanunlarında düzenledikleri konulardan bir tanesidir. Bu teknolojik imkanlar, steno gibi binyıllardır kullanılan teknikler olabildiği gibi, günümüzde gelişen ses ve görüntü kaydı şeklinde de olabilir. Örneğin, İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu 76. maddeye göre işlemin idarecileri gerekli görürler ise işlemin ses/görüntü yardımı ile kayıt altına alınmasını talep edebilir ancak bu halde hazır bulunanlara önceden bu durumu bildirmelidir. İCMK m. 78/7'ye göre stenografi yahut el yazısı gibi bir vasıta ile duruşmada yaşananlar kayıt altına alınmışsa, bunlar derhal tutanağa çevrilecek ancak notların asılları yargılamanın sonuna değin muhafaza edilecektir.

34 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü, 01.06.2015, Strazburg. İnsan Hakları daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe tercüme için Çevrimiçi Erişim: http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/ictuzuk.pdf Erişim Tarihi:19.04.2019.

35 Dünya Adalet Projesi, Çevrimiçi Erişim: <http://data.worldjusticeproject.org/#table> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

36 Catherine S. Namakula, "Court Record And Fair Trial In Botswana And Uganda", **African Human Rights Law Journal**, Sayı 16, 2016, s.176-177. Çevrimiçi Erişim: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2016/v16n1a8> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

Çağın getirilerinden biri de, ses kayıt ve tanıma sistemleridir. Örneğin, Amerika'da sesi kaydedip metne çeviren bu teknolojinin stenografların yerini alıp almayacağı konusunda tartışmalar vardır.³⁷ Bununla birlikte Amerika'da muhakeme işlemlerinde ses kayıtları kullanılsa da duruşmalarda mutlaka stenograf bulundurulur. Bu durumun nedenini ise Amerikalı bir yargıç New York Times'a verdiği bir röportajda ses kayıt sistemlerinin yeterli olmasına rağmen, stenografların mırıldanan bir tanığı uyarmak gibi faydaları olduğunu, onlar tarafından tutulan tutanakların kaybolması gibi ihtimallere karşı ise bütün mahkeme salonlarında gün boyu ses ve görüntü kaydı yapıldığını belirterek açıklamaktadır.³⁸

Buna zıt bir biçimde Botswana ve Uganda'da düzgünce kayıt altına alınmayan, hatta ekipman yetersizliği nedeniyle el yazısı ile yazılan notlar dosya üzerinden yapılan temyiz incelemelerinin kaderini değiştirmektedir.³⁹

2.2. Duruşma Tutanaklarının Düzenlenme Aşamalarındaki Denetimi

Duruşmada yaşananları kayıt altına alan tutanaklar, çoğu zaman muhakeme işlemlerinin usulüne uygun yapıp yapılmadığını anlamak konusundaki tek imkandır. Bu nedenle, bu tutanakların denetimi yadsınmaz bir önemi haizdir.

Belirtmek gerekir ki bu denetim kural olarak üçe ayrılır. İlki tutanağın, muhakeme işlemini idare eden kişiler (mahkeme, hakim) ve onu düzenleyen katipler tarafından denetimidir. Bu denetim, tutanağın derhal yazıya geçirilmesi ve imzalanması ile sağlanır. Bir ikinci denetim, tutanağın işleme katılan taraflar ve beyanda bulunan sair kişiler tarafından denetlenmesi üzerinde yoğunlaşır ve onların itirazları ve düzeltmelerini dikkate alır. Nihayetinde üçüncü denetim ise, bu tutanaklardan hareket ederek temyiz incelemesi yapacak mercilerin denetimleridir.

Bununla birlikte biz bu başlık altında ağırlıklı olarak muhakemeyi

37 Sham D. SOHN, **A.g.e.**, s. 24-29.

38 Peter A. Cahill, "During Trials, Recordings Are a Safety Net", **New York Times**, 07.04.2014, Çevrimiçi Erişim: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/04/07/are-court-stenographers-necessary/during-trials-recordings-are-a-safety-net> Erişim Tarihi: 21.04.2019.

39 Catherine S. Namakula, **A.g.e.**, s.176-177.

idare edenlerin denetimi ve tarafların denetimi üzerinde yoğunlaşacağız. İstisnai olarak ABD uygulamasına ise, tutanakta yer almayan hususların temyiz aşamasına tanıtılmasındaki kuralları nedeniyle kısaca yer vereceğiz.

Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 25. maddesine göre, duruşmanın sonlanması ardından mümkün olduğunca çabuk bir biçimde tutanağın imzalanması gerekmektedir. HCMK'ya göre, katip duruşmaya katılmamış ise, bu durum da tutanağın sonuna mutlaka eklenir. Bu durumda HCMK m. 171/2 uyarınca yedek katip yemin ederek onun yerini alacaktır. Kanunun 174. maddesine göre, tutanaklar beyanda bulunanlar tarafından okunur ve imzalanır, imzadan imtina yahut imzalanmamasına ilişkin sebepler var ise bunlar da tutanağa aktarılır. HCMK m. 175 ise oldukça ayrıntılı bir düzenlemedir. Örneğin bu düzenlemenin ilk fıkrasına göre tutanıklarda boşluklara yer verilemez. Değişiklikler, çıkarılmalar ve düzenlemeler maddenin ikinci fıkrasına göre beyanda bulunan taraf, duruşmayı idare eden kişi ve katip tarafından mutlaka imzalanır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre tutanağın tamamı ayrıca hakim ve katip tarafından da imzalanır. Ancak bu kanunun sanıyoruz en önemli düzenlemesi 175/3 ile getirilmiştir. Hükme göre bu düzenlemelere aykırı olarak tutanağa giren şeyler, yok hükmünde kabul edilmelidirler.

Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre ise, duruşma tutanaklarının doğru tutulup tutulmadığı da yargılamanın süjeleri tarafından denetlenebilmektedir. NCMK m. 26'ya göre talep halinde duruşma tutanaklarının yüksek sesle okunması olanak dahilindedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası bu okuma esnasında düzeltme talep edilebileceğini belirtmektedir. Eğer bir düzenleme yapılırsa, bu haricen belirtilerek yazılacak, eğer düzeltme talebi reddedilirse bu halde talebin reddedildiği tutanağa kaydedilecektir. Yine kanunun 20. maddesine göre de tutulan tutanakların sesli bir biçimde okunmasını güvence altına almaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tutanaklar 26. Maddeye göre hakimler, katipler ve gözlemciler tarafından imzalanır.

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu m. 76'ya göre, tutanaklar katip, işlemi idare eden kişiler (İCMK'nın 61. maddesine göre savcı, hakim veya heyet başkanı bu kişilerdir) ve varsa tercümanlar tarafından im-

zalanmalıdır. İCMK m. 78/7'ye göre stenografi yahut el yazısı gibi bir vasıtayla duruşmada yaşananlar kayıt altına alınmışsa, bunlar derhal tutanağa çevrilecek ancak notların asılları yargılamanın sonuna değin muhafaza edilecektir.

Zabıtların taraflar tarafından denetimi ise, İCMK'nın 78. maddesine göre öncelikli olarak ifadenin tamamlanmasından sonra sesli okuma yahut kişiye okuması için tutanağın verilmesi yoluyla sağlanır. İlgilisi içeriğinden haberdar olduktan sonra beyanını içerir tutanağı imzalamalıdır. Bu prosedürden imtina edilmesi halinde, varsa gerekçeleri ile birlikte neden neden okunması yahut imzalanmasından imtina edildiği de tutanağa eklenir. 79. maddeye göre, tutanakta düzeltmeler yapılabilmesi de mümkündür. Hakim gerekli gördüğü bariz düzeltmeleri taraflara haber vererek değiştirebileceği gibi, bu mahkemeden talep de edilebilir. Bu değişiklikler katip ve mahkeme tarafından onaylanmalıdır. Ancak eğer değişiklik işin esasına bir etki doğuruyorsa, değiştirilmeden önceki hali anlaşılabilir biçimde tutanakta bulunacaktır.

Almanya Ceza Muhakemesi Kanunu m. 271'e göre tutanak mahkeme başkanı (o yoksa en kıdemli üye) ve zabıt katibi tarafından imzalanır. Madde 273/3'ün düzenlemesine göre ise, kelimesi kelimesine zapta geçirilmesine karar verilmiş beyanlar yüksek sesli okunmak yoluyla tarafların denetimine açılmaktadır. Yine aynı fıkra hükmü uyarınca ifadenin kabulü yahut itirazlara ilişkin beyanlar da tutanağa eklenmelidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 274. maddesi ile muhakeme işleminin ancak bu tutanaklar ile ispat edilebileceğini ve tutanağa karşı yalnızca sahtecilik iddiasının ileri sürülebilmesini düzenlemektedir.

ABD Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kurallar m. 26/2.c'ye göre ise, taraflar gizli yahut konu ile alakasız bir bilginin tanık ifadesinden çıkarılmasını isterlerse mahkeme kamera görüntülerini inceleyerek gereksiz gördüğü yerleri çıkartır, bununla birlikte savunma bu çıkarmaya itiraz edebilir; bu halde ilgili kaydın çıkarılan yerler dahil tamamı mühürlenerek saklanır.

Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Federal Temyiz Kuralları'nın 10. maddesine göre a) temyiz aşamasında duruşma kaydına eklenmesi gereken belgeler arasında yapılan işlemleri gösterir tutanaklar da yer almaktadır, b) bir katibin tuttuğu tutanakta var olan bir karar dosyada yoksa ve bu karar yazılı ise tutanak dosyaya eklenir, c) temyiz aşama-

sında sözlü beyanları içerir tutanakların kaybolması halinde ise, temyiz eden bu tutanakları elinden geldiğince hazırlar ve davalı tarafa iletir. Karşı taraf gerekli gördüğü düzeltmeleri yapar, e) eğer ilk derece mahkemesinde tutulan tutanıklara itirazlar var ise, bunlarda değişiklik talep edilebilir, bu halde bu tutanakların kayıtları da temyiz dosyasına eklenir.⁴⁰ Anılan maddenin e) bendinde zikredilen itiraz imkanından faydalanarak yeni bir delilin sunulması ise çoğu bölge yüksek mahkemesi tarafından kabul edilmemektedir.⁴¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yapılan duruşmalarda da tutanakların denetimine ilişkin düzenlemeler vardır. AİHM İç Tüzüğü'nün 70. maddesinin, 3. fıkrasına göre, tutulan tutanakların birer kopyası Yazı İşleri Müdürlüğü gözetiminde ve yine Müdürlük tarafından belirlenecek süre sınırı aşılmamak kaydıyla kontroller ve düzeltmeler yapabilmeleri için taraflara sunulur, ancak bu tutanaklar üzerinde söylenenlerin anlamını yahut konuyla olan ilgisini değiştirecek değişiklikler yapılamaz.

3. TÜRK HUKUKUNDA DURUŞMA TUTANAKLARI

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de duruşma tutanakları ceza muhakemesi kanunlarının düzenlediği konulardan biridir. Osmanlı döneminde duruşma tutanaklarına ilişkin kimi bilgilere yukarıda yer vermiştik. Bu başlık altında ise öncelikle 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ("CMUK") hükümlerinden, ardından da ikinci bir başlık altında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan ("CMK") bahsedeceğiz. Bu ikinci başlık altında yürürlükteki mevzuatın tasarısı ve kanunlaşma aşaması, hükümleri ve bu hükümlerin ortaya çıkardığı sorunlar ile değerlendirmelerimizi paylaşmaya gayret edeceğiz.

3.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Dönemi

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda⁴² duruşma

40 United States of America Federal Rules of Appellate Procedure, ABD Temyiz Usulüne İlişkin Federal Kurallar, Çevrimiçi Erişim: <http://www.ca7.uscourts.gov/rules-procedures/rules/rules.htm#frap10> Erişim Tarihi: 21.04.2019

41 George C. Harris; Xiang Li, "Supplementing the Record in the Federal Courts of Appeals: What If the Evidence You Need Is Not in the Record", **The Journal of Appellate Practice And Process**, Cilt 14, Sayı 2, 2013, s. 320. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 21.04.2019

42 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 20.04.1929 Resmi Gazete Sayısı: 1172 Çevrimiçi Erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.1412.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019.

tutanakları 264 ila 267. maddeler ile düzenlenmekteydi. Mülga kanunun 264. maddesine göre, duruşmalarda tutanak tutulması zorunludur ve bu tutanak hakim veya zabıt katibi tarafından imzalanır.⁴³ Daha sonra 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı yasanın 56. maddesi ile getirilen bir değişiklik ile maddenin aslındaki zabıtname kelimesi tutanak ile değiştirilmiş⁴⁴, maddeye duruşmanın teknik araçlarla kayıt imkanı da getirilmiş, bu halde kayıtlara dayanılarak düzenlenen tutanakların da hakim ve katip tarafından imzalanması emredilmiştir.

Mülga CMUK m. 265'e ise göre duruşma tutanağının içeriğinde; 1 – Duruşmanın icra kılındığı yer ve tarihi, 2 – Hakimlerin, Cumhuriyet Müddeiumumisinin, zabıt katibinin ve varsa tercümanın adı, 3 – İddianamede tavsif edildiği gibi suçun ne olduğu, 4 – Maznunların, müdafilerin, davacıların adları, 5 – Muhakemenin açık mı yoksa gizli mi olduğu yer alır.

Müteakip 266. madde ise, bu hususların dışında tutanakta nelerin yer alması gerektiği konusunda düzenlemeler içermektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, tutanakta kısaca duruşmada yaşanan olaylar ve sonuçları, muhakeme usulüne uyulup uyulmadığı açıkça belirtilmelidir. İkinci fıkraya göre, duruşmada okunan belgeler ve ne oldukları, ortaya konan iddialar ve verilen kararlar da tutanakta yer almalıdır. Üçüncü fıkraya göre sulh mahkemelerinde gerçekleşen duruşmalara ilişkin bir istisna hükmü öngörülmüştür. Bu mahkemelerde gerçekleşecek duruşmalarda sorgular ve şahitlerin beyanları da kısaca tutanağa geçirilecektir.

Dördüncü fıkraya göre ise, eğer bir beyanın kelimesi kelimesine geçirilmesi gerekirse, hakim beyanın böylece geçirilmesini, ardından da okunmasını emreder ve beyana ilişkin onay ve itirazları da tutanağa geçirir.

43 Maddenin ilk hali şu şekildedir: “Duruşma için zabıtname tutulur ve reis ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Reisin mâni bulunursa zabıtname azanın en kıdemlisi tarafından imzalanır.” Çevrimiçi Erişim: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1172.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019.

44 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarihi: 04.06.1985 Resmi Gazete Sayısı: 18774 ile maddede yapılan değişiklikten sonraki hali şu şekildedir. “Duruşma için tutanak tutulur ve mahkeme başkanı ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Mahkemece gerekli bulunduğu duruşma safabati, mahkemenin uygun ve lüzumlu göreceği teknik araçlarla tespit olunabilir. Bu tespiti dayanılarak sonradan düzenlenecek duruşma tutanaklarının, duruşma safabatına uygun olduğu, mahkeme başkanı ve tutanağı düzenleyen zabıt katibi tarafından tasdik edilir. Mahkeme başkanının özürü bulunursa tutanak üyelerin en kıdemlisi tarafından imzalanır.” Çevrimiçi Erişim: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18774.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019

Son olarak CMUK m. 267 ile, duruşma tutanağının ispat gücü belirlenmiş, duruşmada yaşananların ancak bu tutanak ile ispatlanabileceği, tutanağa ilişkin ise sadece sahtecilik iddiasının ileri sürülebileceği tespit edilmiştir.

Görüldüğü üzere CMUK dönemindeki düzenlemeler hem tutanağın içeriğine hem de denetlenmesine ilişkin çeşitli kurallar içermektedir. Örneğin, muhakeme işlemlerinin yeri, zamanı, işleme iştirak edenlerin isimlerinin bulunması, muhakemenin merasimlerine uyulup uyulmadığını denetlemeye de yarar.⁴⁵

1412 Sayılı CMUK döneminde madde 266/3 gereğince asliye ve ağır ceza mahkemelerinde sanık, tanık ve bilirkişilerin sözlü beyanlarının duruşma zaptına geçirilmesi şart koşulmamış, bu beyanların sadece savcıların duruşmalara katılmadığı sulh ceza mahkemelerinde kısaca tutanağa eklenmesi zorunlu tutulmuştu.⁴⁶ Bu farklılığın nedeni ise sulh mahkemelerindeki duruşmaya katılmayan savcıların etkili bir temyiz talebinde bulunabilmelerinin sağlanması olarak açıklanmaktadır.⁴⁷

Ancak kimi hallerde bir beyanın zapta kelimesi kelimesine aktarılması da mümkündür. Beyanların yazılıp yazılmayacağı, yazılacaksa kısmen mi, yoksa tamamen mi yazılacağını takdir etme yetkisi ise başkana aittir.⁴⁸

Tutanağın denetimi açısından ise asıl fonksiyonu mahkeme başkanı ve zabıt katibi üstlenmektedir. Kural olarak onların imzası tutanağın doğruluğunu tasdik eder. Ancak istisnai olarak yukarıda değinildiği gibi bir beyan kelimesi kelimesine zapta aktarılmış ise, bu halde bu denetim sesli okuma yoluyla tarafların da katılımına imkan sağlar ve nihayetinde onların içeriğe ilişkin gerek onayları, gerekse de itirazları tutanağa eklenerek, kendine yer bulur.

Son olarak CMUK m. 264 ile getirilen değişiklikten de söz etmek gerekir. Kanun koyucu yukarıda değindiğimiz gibi duruşmanın teknik imkanlarla kaydedilmesine bu değişiklik ile imkan tanımıştır. Bu halde

45 Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1981, s. 397.

46 Nurullah Kunter, **A.g.e.**, s. 396-397.

47 Nur Centel vd., **A.g.e.**, s. 774.

48 Nurullah Kunter, **A.g.e.**, s. 396.

duruşmanın tamamı kaydedilecek, ardından tutanağa aktarılacak, hakim ve zabıt katibinin imzası ile tutanak denetlenecektir.

Mülga kanunun düzenlemeleri incelendiğinde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na olan benzerliğinin yadsınamaz ölçüde olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu⁴⁹ m. 271'e göre de, CMUK m.264'e benzer biçimde tutanak mahkeme başkanı (o yoksa en kıdemli üye) ve zabıt katibi tarafından imzalanır.

Mülga CMUK'ta özellikle tutanakta yer alacak beyanlara ilişkin hüküm de yukarıda değindiğimiz üzere Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile paralellik göstermektedir. Tekrar etmek gerekir ise, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 273/2'ye göre ise hakim gerekli gördüğünde bir özet yazmak yerine, ifade verenin bütün beyanlarının kayıt altına alınmasına karar verebilir. Bu halde bu kayıtlar da dava dosyası ile birlikte saklanır. Aynı maddenin müteakip 3. fıkrasına göre ise, bir beyanın söyleniş tarzı önemli ise, bu halde re'sen yahut talep halinde bütün ifadenin kayıt altına alınmasına karar verebilir. Madde 273/3'ün düzenlemesine göre ise, kelimesi kelimesine zapta geçirilmesine karar verilmiş beyanlar yüksek sesli okunmak yoluyla tarafların denetimine açılmaktadır. Yine aynı fıkra hükmü uyarınca ifadenin kabulü yahut itirazlara ilişkin beyanlar da tutanağa eklenmelidir.

Bununla birlikte Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile CMUK arasındaki önemli bir farklılık mülga CMUK'taki 263. Maddenin 3. fıkrası ile ihdas edilmiştir. Hükme göre tutanağa beyanların geçirilmesi yukarıda değindiğimiz üzere yalnızca Sulh Ceza Mahkemeleri bakımından zorunlu tutulmuşken, Almanya'daki düzenlemelerde böyle bir istisnadan bahsedilmemiş, hakimler bütün beyanların en azından özetini tutanağa geçirmek ile görevlendirilmiştir.

Yine tutanağın ispat gücüne ilişkin hükümler de birbirinin aynısıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 274. maddesi ile CMUK m. 267'de olduğu gibi muhakeme işleminin ancak bu tutanaklar ile ispat edilebileceğini ve tutanağa karşı yalnızca sahtecilik iddiasının ileri sürülebilmesini düzenlemektedir.

49 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Federal Resmi Gazete Tarihi: 07.04.1987 İngilizce Çevirisi için Çevrimiçi Erişim: <http://www.legislationline.org> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

3.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Dönemi

3.2.1. Tasarı ve Kanunlaşma Süreci

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁵⁰, Avrupa Birliği'ne üyelik tartışmaları ışığında hazırlanan bir kanundur. Hatta ve hatta Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ("TBMM") yapılan görüşmeler sürerken o dönemki Avrupa Parlamentosu Başkanı Josep Borrell Fontelles de TBMM'de bir konuşma yapmıştır.⁵¹ Nitekim, muhalefet partileri de o dönem konunun Avrupa Birliği ile ilişkilerden kaynaklı bir acele ile takvime alındığı kanaatindedir. Örneğin, CHP grubu adına söz alan Mehmet Nuri Saygun kanunun 139. maddesine ilişkin itirazlarını dillendirirken bu konuya da kısaca şöyle değinmektedir. "...Yasanın bünyesinde, hâlâ, birçok olumsuzluk var; ama, bu Avrupa Birliğine yetiştirme süreci içinde, bu kadar sıklaştırılan bir tabloda, içindeki bu hatalarıyla birlikte, tasarıda, kendi sunduğumuz katkılarla, elimizden geldiğince düzeltmeler yapmaya çalıştık. Sonuç itibarıyla, geneli açısından tasarıya bir karşı çıkmamız söz konusu değil..."⁵²

Böylesine bir acelenin olduğu tabloda her maddenin Genel Kurul'da tek tek tartışılması ise gerçekleşmemiştir. Nitekim duruşma tutanaklarına ilişkin olan ve aşağıda değineceğimiz hükümler oylanırken, bunlara ilişkin milletvekilleri tarafından söz alınmamıştır.⁵³

Kanun tasarısı incelendiğinde ise⁵⁴ duruşmaya ilişkin olan hükümlerin 1412 sayılı kanuna benzer olduğunu belirtmekte fayda vardır. Tasa-

50 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25673 Çevrimiçi Erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019.

51 Dönemin Avrupa Parlamentosu Başkanı Josep Borrell Fontelles tarafından yapılan konuşma için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 3. Yasama yılı, 03.12.2004 tarihli 26. Birleşim, Ankara, s. 135-139 Çevrimiçi Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

52 Mehmet Nuri Saygun'un konuşmasının tam metni için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 3. Yasama yılı, 03.12.2004 tarihli 27. Birleşim, Ankara, s. 282-285 Çevrimiçi Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066027.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

53 Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 3. Yasama yılı, 03.12.2004 tarihli 27. Birleşim, Ankara, s. 333-334 Çevrimiçi Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066027.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

54 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, Sayı 698, Ankara, 2003, s. 238.

riya göre duruşma tutanaklarına ilişkin hükümler 4 ana başlıkta toplanıyordu. 228. Madde tutanağa ilişkin esasları “*Duruşma için tutanak tutulur. Tutanak, mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Mahkemece gerekli görüldüğünde, bu hususta teknik araçlardan da yararlanılabilir. Bu suretle sonradan düzenlenecek duruşma tutanaklarının, duruşma aşamalarına uygun olduğu, mahkeme başkanı veya hâkim ile tutanağı düzenleyen zabıt kâtibi tarafından onanır.*” şeklinde belirtirken 229. Maddeye göre, duruşma tutanağına yazılması gerekenler; duruşmanın yapıldığı yer ve tarih, hâkimlerin, cumhuriyet savcısının, zabıt kâtibinin ve varsa tercümanın adları, iddianamede nitelendirildiği gibi suçun ne olduğu, katılanların, sanıkların ve avukatlarının adları, duruşmanın açık mı, yoksa kapalı mı yapıldığıdır.

Bununla birlikte tasarının 230. maddesi tutanağa yazılacak diğer hususlar başlığını taşır. Maddeye göre, “*Tutanakta, duruşmanın seyrini ve sonuçlarını ana çizgileriyle yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu gösteren unsurlara yer verilir. Tutanakta ayrıca okunan veya [tasarının] 219 uncu madde[si] gereğince okunmasından vazgeçilmiş bulunan yazılar belirtilir ve duruşma süresince öne sürülen istemler, verilen kararlar ve hüküm fıkrası yer alır.*”

Belirtmek gerekir ki, maddenin ikinci fıkrası beyanların özetlenerek tutanağa aktarılacağını belirtmekte iken, üçüncü fıkrasına göre “*duruşmada bir olayın, bir ifadenin veya bir açıklamanın kelime kelime saptanması önem kazanırsa, mahkeme başkanı veya hâkim, re’sen veya istem üzerine duruşmanın tam olarak tutanağa geçirilmesine ve yazılanın okunmasına karar verir. İstem reddi hâlinde gerekçesi tutanakta belirtilir.*”

Nitekim tasarının 231. maddesine göre, duruşmada yasal şekil ve usullere uyulup uyulmadığı ancak duruşma tutanağı ile ispatlanabilir ve bu tutanağa karşı ancak sahtecilik iddiası ileri sürülebilir. Bu maddenin gerekçesi ise kanunkoyucunun duruşma tutanaklarına ilişkin fikirlerini ortaya koyması bakımından önemlidir:

“Tasarının bu düzenlemesi olumlu ve olumsuz iki karine getirmektedir. Tutanağa yazılmış olan her şekli kuralın uygulanmış ve buna karşılık tutanakta yer almayan noktaların gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmiştir.”

Maddeden açıkça anlaşılacağı gibi, tutanağın bu ispat gücü sadece Tasarının 229 uncu maddesi ile 230 uncu maddenin birinci fıkrasındaki, “duruşmanın seyrini ve sonuçlarını ana çizgileriyle yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu” göstermesi bakımından geçerlidir. Buna karşılık, tutanakta yazılan diğer hususlar bakımından geçerli değildir. İspat gücü sadece “duruşma tutanağı” için kabul edilmiştir. Sulh ceza hâkimi veya Cumburiyet savcısı tarafından soruşturma evresinde hazırlanan tutanakların böyle bir ispat gücü yoktur. Bu nedenle, “yasal şekil ve usuller” dışında kalan ve tutanakta yer alan açıklamalar bakımından genel kurallar uygulanır ve vicdanî delil sistemine göre, sabetlik iddiasına gerek olmadan o husus ispat edilebilir. Tasarı ile duruşma tutanakları, yukarıda açıklanan gerekçelerle, sabetliği sabit oluncaya kadar geçerli bir yazılı belge olarak kabul edilmiştir. Kabul edilen bu yasal karinenin çürütülmesi için, duruşma tutanağının sabte olduğunun ispat edilmesi şart koşulmuştur. Ancak şunu da hatırlatmak gerekir ki, karinenin sağlam sayılması, onu yasal delil hâline getirmeyecektir. Hâkimler, makul sınırlar içinde kalmak koşulu ile delillerle bağlı tutulamazlar.

Alman hukukunda hâkim veya zabıt kâtibi tarafından “tutanağın hatalı olduğu açıklanırsa” yasal merasim bakımından da sabetlik iddiasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.”⁵⁵

Bununla birlikte yasalaşan metin aşağıda değineceğimiz üzere tasarıdan da mülga kanundan da oldukça farklıdır.⁵⁶ Bu farklılık özellikle beyanların geçirilmesine hakkındaki tasarının 230. maddesine ilişkindir. Bu değişikliğe ilişkin olarak tasarı metninde ve komisyon raporunda yer alan açıklamaya göre yapılan “*yalnızca daha sade ve ayrıntılı bir*

55 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, Sayı 698, Ankara, 2003, s. 97.

56 Belirtmek gerekir ki Yargıtay Genel Kurulu'nun bir kararında Genel Kurul Üyesi Doç. Dr. İ. Şahbaz, yazdığı karşı oy yazısından anlaşıldığı üzere mülga CMUK hükümleri ile CMK hükümlerinin benzediği kanaatindedir. “...5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 219. maddesi ile 1412 sayılı Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 264. maddesi neredeyse aynıdır, aynı benzerlik 5271 sayılı Yasanın 222. maddesi ile 1412 sayılı Yasanın 267. maddesi arasında da bulunmaktadır...” YCGK E. 2012/7-1554 K. 2013/256 T. 21.5.2013 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

düzenleme”dir.⁵⁷ Bununla birlikte aşağıda değineceğimiz üzere mevcut düzenleme üzerinde yapılan değişikliklerin sadeleştirme ve ayrıntılandırma ile açıklanması kanaatimizce pek mümkün değildir.

3.2.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Duruşmaya İlişkin Hükümleri

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun⁵⁸ “*Kovuşturma Evresi*” başlıklı üçüncü kitabının, “*Kamu Davasının Yürütülmesi*” başlıklı birinci kısmının beşinci bölümü “*Duruşma Tutanaqları*” başlığını taşır ve dört maddeden ibarettir. Kanunun bu bölüm altında yer alan duruşma tutanaklarına ilişkin hükümleri 219 ila 222. madde tarafından düzenlenmektedir.

Bu düzenlemelerden ilki olan 219. madde, yukarıda değindiğimiz mülga CMUK’un (21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı yasanın 56. maddesi ile değişik) 264. maddesinin bir tekrarı niteliğindedir. Maddeye göre duruşma için bir tutanak tutulur, tutanak başkan ve katip tarafından imzalanır, teknik işlemler ile yapılan bir kayıt var ise bunlar daha sonradan tutanağa aktarılır ve yine başkan ve katip tarafından imzalanır. Maddenin ikinci fıkrası ise, başkanın mazeretli olması halinde tutanağın en kıdemli üye tarafından imzalanmasını emretmektedir.

CMK m. 220 ise duruşma tutanağının başlığını düzenlemekte olup, a) Duruşmanın yapıldığı mahkemenin adı, b) Oturum tarihleri, c) Hâkimin, Cumhuriyet savcısının ve zabıt kâtibinin adı ve soyadı tutanağın başlığında belirtilmelidir.

Kanaatimizce 1412 sayılı CMUK’tan esas itibariyle farklılaşmayı sağlayan ise detaylı açıklamaları aşağıda yapacağımız CMK’nın 221. maddesidir. “*Duruşma Tutanağının İçeriği*” başlığını taşıyan maddeye göre, duruşma tutanağında yer alması gereken hususlar, a) Oturumlara katılan sanığın, müdafinin, katılanın, vekilinin, kanunî temsilcisinin, bilir-

57 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, Sayı 698, Ankara, 2003, s. 180.

58 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25673 Çevrimiçi Erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019.

kişinin, tercümanın, teknik danışmanın adı ve soyadı, b) Duruşmanın seyrini ve sonuçlarını yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu gösteren unsurlar, c) Sanık açıklamaları, d) Tanık ifadeleri, e) Bilirkişi ve teknik danışman açıklamaları, f) Okunan veya okunmasından vazgeçilen belge ve yazılar, g) İstemler, reddi halinde gerekçesi, h) Verilen kararlar, i) Hüküm'den ibarettir.

Kanunumuzda bu bölüm altındaki son hüküm 222. madde ile düzenlenmekte olup duruşma tutanağının ispat gücünü düzenler. Belirtmek gerekir ise, bu hüküm de mülga CMUK'un 267. maddesinin ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 274'ün bir tekrarı niteliğindedir. Maddeye göre duruşmanın nasıl yapıldığı, kanundaki belirtilen usul ve esaslara uyulup uyulmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir ve bu tutanağa karşı yalnızca sahtecilik iddiasında bulunulabilir.

3.2.3. Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler

Belirtmek gerekir ki, anılan hükümler genel olarak hem tutanağın içeriği, hem de tutanağın denetimi bakımından yukarıda değindiğimiz ülkelerden farklılaşmaktadır. Biz çalışmamızın genel planına sadık kalmak adına yukarıda diğer ülkelerin ve AİHM'in mevzuatlarını incelerken takip ettiğimiz planı bu başlık altında da takip etmeyi uygun gördük.

3.2.3.1. Duruşma Tutanaklarının İçeriği Bakımından Değerlendirmeler

Duruşma tutanaklarının içeriği bakımından yapacağımız değerlendirmenin iki önemli sorun altında şekillendiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki duruşma tutanağının içeriğine kimlerin beyanlarının gireceği meselesi üzerinde yoğunlaşırken, değerlendirmemizin ikinci kısmı bu beyanların ne ölçüde tutanağa aktarılacağı ve uygulamanın bu konudaki yaklaşımından hareket etmektedir.

3.2.3.1.1. Bir Teorik Problem Olarak Duruşma Tutanağında Kimlerin Beyanlarının Yer Alacağı Meselesi

Kanun metninden anlaşıldığı üzere CMK m. 221/1 hükümlerine göre c) Sanık açıklamaları, d) Tanık ifadeleri, e) Bilirkişi ve teknik danışman

açıklamaları tutanakta yer alacaktır ancak yargılama faaliyetlerinde beyanda bulunan kişiler sadece bunlar değildir. Bu halde, kanun hükmünün beyanlarının tutanağa geçirilmesi bakımından açıkça zikretmediği kişiler arasında mağdur, katılan ve vekili, sanık müdafii ve cumhuriyet savcısı da bulunmaktadır. Halbuki bu kişiler kanunun, duruşmanın çeşitli aşamalarda söz almasına izin verdiği kimselerdir. Nitekim delillerin tartışılmasını düzenleyen 216. madde bu kişilere söz hakkı verilmesini açıkça emretmektedir.

Bu eksik düzenlemenin kıyas yoluyla doldurulması da düşünülebilir, nitekim ceza muhakemesi kural olarak kıyasa imkan tanır. Açıklamak gerekir ise, ceza muhakemesi hukuku kapsamında kıyas, yasada öngörülen durumlara ilişkin olan düzenlemelerin, öngörülmeyle de uygulanabilmesi için benzetme yapılması demektir.⁵⁹ Yorumdan farklı olarak, kıyas yapılırken hukuki düzenlemenin mevcut olmadığı bir halin vardır ve mevcut sistemden yararlanılarak o boşluk doldurulmaya çalışılır.⁶⁰ Ancak bu kıyasın uygulanamayacağı haller de mevcuttur ve bunlar sınırlayıcı yahut istisnai hükümlerin söz konusu olmasıdır. Yani istisnai ve sınırlayıcı düzenlemeler ancak öngörüldükleri kişiler ve durumlar için uygulanır.⁶¹

Bu bilgiler ışığında, tutanağın içeriğine ilişkin olarak kanunlaşan düzenlemenin *numerus clausus* biçiminde hazırlanmış olması, katı ve ayrıntılı bir biçimde zikredilmiş olması karşısında ortaya çıkan sonuç şudur. Müdafii, vekil, savcı gibi kişilere söz verilmesi kanunun emri olsa da, beyanlarının duruşma tutanaklarına aktarılması kıyasa elverişli olmayan bir hükümle ihdas edilmiş olduğundan söz konusu olamayacaktır. Bu varılan sonuç, kanaatimizce hiç makul olmamakla birlikte, kanun koyucunun düzenlemedeki acelesinin acı bir neticesidir.

Bu aşamada mağdurun ayrık bir durumu olduğundan ise söz etmek gerekir. Nitekim kanunumuzun 236. maddesinde mağdurun olayın tanığı olması halinde, yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlere uyulacağı belirtildiğinden, tıpkı tanık beyanları gibi, tanık olarak dinlenen mağdurun beyanlarının da duruşma tutanaklarına aktarılması gerektiği

59 Nur Centel, vd., **A.g.e.**, s. 51-52.

60 Ahmet Gökçen, vd., **A.g.e.**, s. 60.

61 Nur Centel, vd., **A.g.e.**, s. 51-52.

açığıdır. Ancak olaya ilişkin bir tanıklığı bulunmayan mağdura ilişkin bu hükmün uygulanması imkanı söz konusu olamayacaktır.

Bu halde çeşitli çözümler ileri sürülebilir. Bu çözümlerden biri ise CMK m. 221/1-b'den yararlanmak olabilir. Ki gerçekten, kanunun 221. maddesinin tutanağa geçirilecek açıklamalara ilişkin yarattığı bu boşluğu, yine aynı maddedeki bir düzenleme ile gidermek düşünülebilir. Nitekim kanunkoyucu kimi açıklamaların tutanağa aktarılacağını şart koşmuş ve bunların arasında mağdur, katılan ve vekili, sanık müdafii ve cumhuriyet savcısını zikretmemiş ise de, bunlara söz verilmesi CMK m. 216 ile emredilmiş olduğundan, bu sözün verilip vermediğini tespit etmek CMK m. 221/1-b kapsamında tutanakta yer verilmesi gereken hususlar arasındadır. İlgili bendi hatırlamak gerekir ise, düzenleme şu şekildedir, *“b) Duruşmanın seyrini ve sonuçlarını yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu gösteren unsurlar”*. Ancak bu çözüm de kusursuz değildir, nitekim norma uymak bakımından ilgili kişiye söz verildiğinin tutanağa geçirilmesi yeterli olabilir, kişilerin açıklamalarına özet halinde dahi yer verilmesi ise malesef bir gereklilik değildir.

Ülkemiz uygulamasında ise, kanunda zikredilmeyen bu kişilerin beyanlarının tutanağa aktarılması sevindiricidir. Böylelikle bu teorik sorunun pratikte bir yansıması bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu düzenlemenin yeterince düşünülmeden kaleme alınmaması ile ortaya çıkan bu sorun yasa değişikliği yapılarak düzeltilmelidir.

Değirmek isteriz ki, bu acelenin bir tezahürü de sanıyoruz, CMK m. 221/1-a ile *“teknik danışman”*ın adının soyadının tutanağa geçirileceğinin belirtilmesi, aynı maddenin e bendi ile de beyanları geçirilecek kişiler arasında *“teknik danışman”*ın sayılmış olmasıdır. Teknik danışman kanunun terminolojisinde olmayan bir kişidir. Oysa kanunun çeşitli maddelerinde⁶² uzmanlardan bahsedilmektedir. Kanunumuzun başka hiçbir yerinde zikredilmeyen teknik danışmanın, aslında uzmanlar olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte tasarı değiştirilirken terminoloji birliğinin sağlanması için gerekli kontrollerin yapılmamış olması da hükmün yeterince incelenmeden yasalaştırıldığına bir diğer kanıtıdır.

62 Uzmandan bahsedilen bazı maddeler için bkz. CMK m. 67, 68, 178

3.2.3.1.2. Bir Pratik Problem Olarak Tutanağa Eklenecek Beyanların Kapsamı Meselesi

Düzenlemenin sadece teorik sorunlar ortaya çıkarmakla sınırlı kalmadığı alanlar da mevcuttur. Bunlardan bir tanesi de tutanağın içeriğine eklenecek beyanların kapsamıdır. Şöyle ki, tutanağın içeriği başlıklı 221. madde düzenlemesinde sanık, tanık, uzman ve bilirkişilerin beyanlarına yer verileceğinden bahsedilmiş ise de, bu beyanların özetlenerek mi yoksa bütünü itibariyle yani söyleyenin ağzından çıktığı gibi kelimesi kelimesine mi tutanağa aktarılacağına ilişkin bir belirleme yapılmış değildir. Yine sorulan soruların tutanakta yer alacağına ilişkin bir açıklama da bulunmamaktadır.

Bu aşamada 1412 sayılı mülga CMUK ile karşılaştırıldığında iki önemli farklılığın olduğu söylenebilir. Bu farklılıklardan ilki sevindiricidir. Anımsamak gerekir ise, mülga CMUK'taki 263. maddenin 3. fıkrası ile ihdas edilen hükme göre tutanağa beyanların geçirilmesi yukarıda değindiğimiz üzere yalnızca Sulh Ceza Mahkemeleri bakımından zorunlu tutulmuştu. Mevcut düzenlemede ise bu anlayış terk edilmiş, bütün mahkemelerde gerçekleşecek tanık, sanık ve bilirkişi/uzman açıklamalarının duruşma tutanağına geçirilmesi şart koşulmuştur.

Bununla birlikte bir ikinci farklılıktan daha söz etmek gerekir, ki bu da kanun hükmünde beyanların kelimesi kelimesine mi zapta geçirileceği yoksa, bir özet halinde mi aktarılacağı konusunda bir açıklık bulunmamasıdır. Hatırlamak gerekirse, mülga kanunda beyanların kural olarak özet halinde tutanağa geçirileceği, önemli görülürler ise kelimesi kelimesine tutanağa aktarılacakları belirtilmişti. Mevcut düzenlemede ise bu bakımdan bir boşluk vardır. Oysa bu konuda açıklığın sağlanması son derece önemlidir, zira duruşma aşamasında kullanılan bir kelime dahi maddi gerçeğe ulaşılması konusunda anahtar rol üstlenebilir.⁶³

3.2.3.1.2.1. Gereğe İle Boşluğun Doldurulmaya Çalışılması

Yürürlükteki kanunumuzda bu konudaki boşluğu anlamlandırabilmek için, kanun koyucunun idaresini anlamak bakımından gerekçeye başvurmak faydasızdır. Zira maddenin gerekçesi (komisyon tarafından

63 Veli Özer Özbek, vd., **A.g.e.**, s. 594.

“sadeleştirmek ve ayrıntılandırmak”tan ibaret olduğu belirtilen) değişiklikten önceki haline göre yazılmış olup, şu anki hükümden ziyade mülga CMUK düzenlemesine yakındır. O düzenlemede ise yukarıda değindiğimiz üzere bu boşluk yoktur.

Bu aşamada kanun koyucunun bu hususu hakimin takdirine terk ettiği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu yaklaşım da doğru kabul edilemez. Zira yukarıda karşılaştırmalı hukuk başlığı altında değindiğimiz diğer normlarda, bu hususun son derece detaylı bir biçimde düzenlenmiş olduğu ortadadır.

Hatırlamak gerekir ise, Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 25. ve 29. maddeleri beyanların kelimesi kelimesine duruşma tutanaklarına aktarılmasına olanak sağlamaktadır. Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 19. maddesi de davanın sonucuna etki doğuracak bütün beyanların kelimesi kelimesine tutanağa aktarılmasını düzenlemektedir. Nitekim NCMK’nın 20. maddesine göre de itiraflar yahut önemli tanıklıklar söyleyenin ağzından çıktığı biçimde tutanağa aktarılmalıdır. Yine NCMK’nın 22. maddesi, söylenen beyanın cezai bir sorumluluk doğuracağı düşünülmesi halinde, beyanın olduğu gibi tutanağa aktarılmasına imkan sağlar. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu da, 78. maddesi ile beyanda bulunanın beyanını isterse dikte ettirebilmesine imkan tanırken, davaya etki edecek beyanların yabancı dilde olması halinde, söylenedikleri dilde kelimesi kelimesine tutanağa aktarılmasını emretmektedir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 273. maddesine göre de hakim önemli gördüğü beyanların kayıt altına alınmasına karar verebilir, bu halde kayıtlar davanın sonuna kadar saklanır. Yine aynı maddeye göre beyanın söyleniş tarzı önemli ise, re’sen veya talep halinde de bütün ifadenin kaydının tutulmasına hakim tarafından karar verilebilir. Amerika Birleşik Devletleri’nin Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kuralları da 26. madde ile tanığın ifadesi teriminden, onun ağzından yazılmış bir tutanağı yahut tanıklığı esnasında yapılan bir kaydın tape-lenmesini anlamaktadır.

Bu aşamada yukarıda değindiğimiz üzere Dünya Adalet Projesi’nin Hukukun Üstünlüğü sıralamasında başları çeken bu ülkelerin kazuistik olarak düzenledikleri bir konuyu, kanun koyucunun detaylı bir biçimde açıklamaması problemler yaratmaya gebedir.

3.2.3.1.2.2. Zabıt Katiplerine İlişkin Hükümlerden Yararlanarak Yapılabilecek Değerlendirme

Bu boşluğun sadece CMK'da olduğu, ancak başka mevzuatlarda açıklanmış olduğu da pekala düşünülebilir. Ki gerçekten, bu meseleyi aydınlatılabilmek adına bakılabilecek bir diğer düzenleme daha vardır. Zabıt katiplerinin duruşma zaptına ilişkin görevleri her ne kadar CMK ile belirlenmiş ise de Bölge Adliye Ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik⁶⁴ de zabıt katiplerine ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmektedir. Ceza muhakemelerinde yapılan ilk derece yargılamalarına ilişkin olarak zabıt katibinin görevini düzenleyen Yönetmelik m.105/3-e hükmüne göre duruşma tutanağını yazmak görevi zabıt katibine verilmiştir. Bununla birlikte müteakip bir bentte, m.105/3-ğ hükmüne göre zabıt katibi genel olarak *“karar ve tutanakları hakimın bildirdiği şekilde dikkat ve itina ile yazarak imzalamak”* ile görevlidir.

Bu aşamada yönetmelik hükmünde yer alan *“hakimin bildirdiği şekil”* ile kast edilenin beyanların özetlenmesi olup olmadığı meselesi de tartışmaya açıktır. Zira aynı yönetmelik hukuk mahkemelerinde ilk derece yargılamalarına ilişkin olarak zabıt katibinin görevlerini m.169/4-a ile düzenlerken farklı bir ifade kullanmıştır. İlgili bende göre hukuk mahkemelerindeki zabıt katibinin görevi *“Duruşma ve keşiflere katılmak, başkan veya hâkim tarafından yazdırılanlar ile doğrudan yazılmasına izin verilen beyanları tutanağa yazmak”* şeklindedir. Hüküm, duruşma tutanağının hakim tarafından yazdırılmasını yahut hakim tarafından izin verilirse beyanların doğrudan tutanağa geçirilmesini açıkça belirtmektedir. Bu halde düzenleyici işlemde hukuk muhakemesinde katibe verilen görev ile ceza muhakemesinde katibe verilen görevin hükmün lafzı itibariyle farklılıklar içerdiği anlaşılmaktadır.

Böylece bu kişilerin iş tanımının belirlenemiyor olması da, ceza muhakemesinin yürümesi bakımından elimizdeki sorunu çözmeye imkan tanımamaktadır. Halbuki zabıt katibine kanun koyucu büyük bir önem atfetmektedir.⁶⁵ Tutanağı düzenleyen zabıt katibinin de CMK m. 22 ve

64 Bölge Adliye Ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 06.08.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29437

65 Ahmet Gökçen; Murat Balcı; Mehmet Emin Aşahin; Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 249.

devamı hükümleri çerçevesinde tarafsız olması gerekir⁶⁶, zira kanun 32. madde ile tarafsızlığını güvenceye alabilmek adına zabıt katibinin reddine yahut çekinmesine de olanak tanımıştır.⁶⁷ Zabıt katiplerinin reddi halinde kararı hakim verecek, katibin hakim ile birlikte reddedilmesi halinde, reddi inceleyecek merci reddedilen hakime göre belirlenecektir.⁶⁸ Özellikle ifade sahiplerinin imzası tutanakların geçerliliği için aranmadığından, tutanağın ve zabıt katibinin bu aşamada son derece etkili olduğu söylenmelidir.⁶⁹

Kanaatimizce, zabıt katibinin görevi, hakimın söylediklerini dikte etmekten ibaret ise bu hükmün bir anlamı yoktur. Zira bu halde zabıt katibi kendisine söylenenleri yazacak, beyanları zaten hakim tarafından denetlenecektir. Nitekim, katibin hakimden ayrı olarak, bir diğer deyişle hakimi reddetmeden reddedilmesi imkanı mevcuttur. O halde bu hükmün anlamı, katibin beyanları hakimden bağımsız olarak tutuyor olması halinde vücuda gelir. Ki gerçekten, eğer zabıt katibi beyanları duruşmada yaşananlardan farklı yazıyor ise, tarafsız bir hakimi değil de, beyanları yanlış bir biçimde tutanağa aktaran taraflı bir katibi reddetmek söz konusu olabilir.

O halde kanun koyucunun hiçbir hükmü mantığa aykırı biçimde, gereksiz yere düzenlemeyeceğinden hareket ederek, kanaatimizce katibin sadece yargılamaya iştirak edenlerden değil, yargılamayı idare edenlerden de tarafsız ve bağımsız olması gerekir.

Zabıt katiplerinin hakimlerden de bağımsız olmasına ilişkin görüşümüzün bir diğer dayanağı da hakimın tarafsızlığını yitirdiği bir halin duruşmada ortaya çıkması ihtimalidir. Hakimın duruşmada söylediği bir cümle ile ihsas-ı reyde bulunduğu bir ihtimalde, bu beyanı zabıt katibi kendiliğinden tutanağa geçirmelidir. Bir diğer deyişle, hakim duruşmada yaşananlar konusunda kanuni delil olan duruşma tutanağını, kendi aleyhine doldurmayacaktır. Böyle olunca CMK m. 24 vd. kapsamında hakimın reddine neden olabilecek bir davranış, beyan duruşmada gerçekleşirse denetlenemeyeceği gibi, ispatlanamayacaktır da. O halde hükmün mantığı gereği, katibin tutanağı hakimın talimatı ile değil, duyduğunu yazarak doldurması bir zorunluluktur.

66 Veli Özer Özbek, vd., **A.g.e.**, s. 519.

67 Nur Centel, vd., **A.g.e.**, s. 747.

68 Mustafa Artuç, vd., **A.g.e.**, s. 599.

69 Feridun Yenisey, vd., **A.g.e.**, s. 240, 709-710.

3.2.3.1.2.3. Uygulamada Karşılaşılan Problemler

Belirtmek gerekir ki uygulamada, kökleri 1412 Sayılı CMUK dönemi uygulamasına dayanan bir alışkanlığın devamı olarak⁷⁰ duruşma tutanakları mahkeme başkanı tarafından zabıt kâtibine kaydedilmektedir.⁷¹ Sürmekte olan uygulamaya ilişkin bir görüşe göre tutanağı, zabıt katibinin re'sen düzenlemesi gerekse de, uygulamada hakimin duruşmayı yönetmesine ilişkin kuralların bir sonucu olarak bu tutanağa nelerin ekleneceğini hakimin belirleyeceği kabul edildiğinden, tutanağın düzenlenmesi işlemi hakimin yönettiği değerlendirilmektedir.⁷²

Oysa, sürmekte olan, beyan özetlemek şeklindeki alışkanlığının sorunsuz olduğu da söylenemez, nitekim hakimler ve savcılar duruşma tutanaklarını hata yapmaksızın, ilgilinin anlatımı ile tutanağa geçirmekte sorunlar yaşamaktadır.⁷³ Uygulamada duruşma tutanaklarının gerçeğe aykırı tutuldukları, örneğin duruşmanın başlangıcında bu tutanağa iddianame ve eklerinin okunup, anlatıldığına ilişkin gerçeğe ve hukuka aykırı ibarelerin konulduğu belirtilmektedir.⁷⁴

Karşılaşılan problemlerden bir tanesi, müdafiler beyanda bulunmadan onların ağızından beyanların tutanağa geçirilmesidir.⁷⁵ Sadece müdafiler değil, diğer ilgililere ait beyanlar da hakim tarafından özetlenerek, kısaltılarak ve hatta yorumlanarak tutanaklara aktarılmakta, bazı konular rutin işlem addedilerek tutanaklara, taraflara haber dahi verilmeden eklenmektedir.⁷⁶

Duruşma sırasında beyanların hakim tarafından tutanağa dikte edilmesi meselesi şöyle bir kısır döngü de yaratmaktadır. Hakimlerin tutanağı yeterince iyi tutmadığını düşünen savunma makamı, beyanlarını

70 Nurullah Kunter, **A.g.e.**, s. 397.

71 Rifat Çulha, Fahrettin Demirağ, Ayşe Nuhoğlu, Salih Oktar, Durmuş Tezcan, Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, Editör: Ayşe Nuhoğlu, 4. Bası, Ankara: Bilge Yayınevi, 2019, s. 227.

72 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 56.

73 Sami Acar; Hülya Gürsoy, "Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/4, s. 131. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398007> Erişim Tarihi: 22.04.2019

74 Rifat Çulha, vd., **A.g.e.**, s. 227.

75 Murat Volkan Dülger, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/4, s. 53-54. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398001> Erişim Tarihi: 22.04.2019

76 Yener Ünver, vd., **A.g.e.**, s. 641-642.

yazılı olarak sunmakta, ve hatta hakimler benzer noktaların zaten yazılı beyanlarla dile getirildiği düşüncesiyle sözlü beyanların özetlenmesini istemektedir.⁷⁷

Gelinen noktada duruşma tutanaklarının yargılama makamları tarafından müdafii aleyhine, içeriği eksik ve yanlış bir biçimde tutuldukları, istedikleri biçimde yazdırdıkları tutanaklar ile müdafiler aleyhine gerek disiplin, gerekse de ceza soruşturmalarının açılmasını sağlamaya çalıştıkları da değerlendirilmektedir.⁷⁸ Nitekim Yargıtay önüne giden bir dosyada da şüpheli bir avukatın bu iddiada bulunduğunu tespit edebilmek mümkündür.

“...İncelenen dosyada, şüpheli avukatın, sanık A.Y. müdafii olarak katıldığı B. ... Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/370 esas sayılı dosyasının 16.11.2006 tarihli duruşmasında, mahkeme heyetine parmak sallayarak yüksek sesle “bu işleri mahkemeden daha iyi bildiği, beyanlarının zapta doğru olarak yazılmadığı, tutanağın doğru olmadığını” bildirdiği belirtilerek hakkında yasal gereğinin yapılması için anılan mahkemece 5271 sayılı C.Y.Y.’nin 205. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulduğu görülmektedir.”⁷⁹

Sanıyoruz sadece bu eleştiriler bile sorunu ortaya koymaya yetmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamadaki sorunlar bunlarla sınırlı değildir.

Nitekim, duruşma tutanaklarının düzgünü tutulmaması sorunun önemli bir sonucu da soru sorma hakkı üzerinde doğmaktadır. Günümüzde tanığın dinlenmesi esnasında mahkeme başkanı genel anlatımı dinledikten sonra, bunları özetleyerek zapta geçirmekte, ardından önce kendisi daha sonra ise tarafların soruları var ise, soruya yer vermeksizin, sadece soru üzerine cevap verildiğini belirterek zapta eklemektedir.⁸⁰

Yine hatırlamak gerekir ise, karşılaştırmalı hukuk bahsi altında değindiğimiz mevzuatlarda, tutanaklarda soruların yer alması açıkça dü-

77 Cumhur Şahin, vd., **A.g.e.**, s. 174.

78 Serhat Sinan Kocaoğlu, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafii”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 68, 2010/2, s.138. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/397687> Erişim Tarihi: 22.04.2019.

79 Y4CD E. 2008/15464 K. 2008/18029 T. 8.10.2008 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

80 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 50.

zenlenmişti. Örneğin, Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesine göre sorulan soruları talep üzerine, yahut cevabı anlaşılır kılmak adına duruşma tutanağına eklenmesi yer almaktadır. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78. maddesi de önemli soru ve cevapların söylendikleri şekilde tutanağına geçirilmesini düzenlemektedir. AİHM İç Tüzüğü'ne göre de, dairelerde yapılan duruşmaların, soruların ve cevapların tam metni tutanağına geçirilmelidir.

Ülkemizde ise böyle bir açıklığın olmaması ve sorulara yer verilmemesi tutanak tutulması uygulaması bu düzenlemelerden kopukluğu göstermektedir.

Oysa katıldığımız bir eleştiriye göre, hakimin tutanağı yazdırırken sorulara yer vermeden 'soruldu' ibaresini kullanarak cevapları özetlemesi şaşırıcı ve seri soru sorulmasını engellemektedir.⁸¹ Bunun nedeni ise, sanıyoruz beyanı dinleyip özetleyerek tutanağı aktarmanın zaman alması, ardından diğer sorunun sorulması şeklindeki uygulamadır. Oysa seri ve şaşırıcı soru sorabilmek önemlidir, zira soru sormak yalnızca olayın nasıl gerçekleştiğini anlamaya değil, beyanda bulunan kişilerin açıklamalarının güvenilir olup olmadığını anlamaya da hizmet eder.⁸²

Sorulara yer verilmemesinin bir diğer sonucu daha vardır. Tutanaqlarda soruya yer verilmemesi, sorunun cevapla harmanlanarak tutanağına eklenmesi bir yöntem olarak kullanıldığından, bu durum özetleme esnasında soru ve cevaptan farklı bir anlamın tutanağına eklenmesi sonucunu doğurabilmektedir.⁸³ Bu durumun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira duruşma sırasında tutanak tutulmasında zorlanması nedeniyle soru sorma hakkının sınırlandırılması bir mutlak bozma sebebi oluşturmaktadır.⁸⁴

Ülkemizdeki problemlere benzer bir biçimde Botswana ve Uganda'da duruşmalarda kayıt tutulmaması adil yargılanma hakkı üzerinde yarattığı olumsuz etki nedeniyle eleştirilmektedir. Halbuki orada da temyiz, genellikle dosya üzerinden yapılmakta, böylece düzgünce kayıt altına alınmayan, hatta ekipman yetersizliği nedeniyle el yazısı ile ya-

81 Fahri Gökçen Taner, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme Ve Silahların Eşitliği**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 372.

82 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 48-49.

83 **A.g.e.**, s. 57.

84 Ahmet Gökçen, vd., **A.g.e.**, s. 568.

zılan notlar bu incelemelerin kaderini değiştirmektedir. Burada tutulan tutanaklarda da ölkemiz uygulamasına benzer bir biçimde sorulara yer verilmemekte, tarafların beyanları bütünüyle geçirilmemektedir. Soruların tutanağa geçirilmemesi, verilen cevabı anlamsız kılmakta, temyiz incelemesinde bu cevabın hangi bağlamda verildiği anlaşılamamaktadır.⁸⁵

Düzgün tutulmayan tutanaklara ilişkin sorun sadece temyiz aşamasında yarattığı problemlerle de sınırlandırılmaz. Kanun kimi hallerde bu tutanakların duruşmada okunmasını düzenlemektedir. Örneğin, kanunun 200. maddesine göre bir tanığın yahut suç ortağının, sanığın varlığı nedeniyle gerçeği söyleyemeyeceğine ilişkin bir endişe oluşursa, sanık dışarı çıkarılmakta, beyan böylece alınmakta, ardından beyanları içerir tutanaklar sanığa okunmaktadır. Sanığın tutanağın düzgün tutulmaması halinde, yalancı bir tanığın beyanının tamamını öğrenemeyecek ve dolayısıyla kendini aklayamayacak olması, adaletin tecellisi bakımından ciddi bir sorun yaratır.

Yine bu tutanaklar kimi hallerde hakimler bakımından da önemlidir. Uzayan yargılamalarda, hakimlerin birkaç sene evvel dinlenmiş bir tanığın beyanını hatırlamak için duruşma tutanaklarına bakarak, bu tutanakların içeriğine göre değerlendirme yaptıkları söylenebilir.⁸⁶ Yine heyet değişikliği halinde de, yargılamanın önceki safhalarına katılmayan hakim, yaşananlara ilişkin bu tutanağa dayanmak zorundadır.

Bu nedenlerle biz duruşma tutanaklarının kelimesi kelimesine tutulmasını son derece önemli görüyoruz. Ancak bu konuda doktrinde bir birlik olmadığını da söylemek gerekir. Bir görüşe göre, ceza muhakemesine doğrudan doğruyalık ilkesinin hakim olması nedeniyle, duruşmada sözlü beyanların tutanağa geçirilmesinin aslında bir önemi yoktur.⁸⁷ Hatta ve hatta beyanların tutanağa geçirilmesi hakimlerin dosyadan edindikleri kanaatle hüküm kurmalarına neden olması nedeniyle aslında doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkesini zedeler, dolayısıyla bu hükmün varlığı dosyadan edinilen kanaatle hüküm kurulmasına hukuکی bir dayanak sağlamaktadır.⁸⁸ Biz bu görüşlere yukarıdaki açıklamalarımız ışığında maalesef katılmıyoruz.

85 Catherine S. Namakula, **A.g.e.**, s.176-177.

86 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 56.

87 Cumhuriyet Şahin, vd., **A.g.e.**, s. 174.

88 Nur Centel, vd., **A.g.e.**, s. 774-775.

3.2.3.1.2.4. Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara Karşı Çözüm Önerilerimiz

Ülkemizde tutanağa eklenecek beyanların kapsamı konusunda yaşanan bu sorunların aşılması konusunda çeşitli öneriler de dillendirilmektedir. Her ne kadar duruşma tutanakları kanuni bir delil olsalar da, uygulamada yaşanan bu sorunlar sonucunda, avukatlar, duruşmada hazır bulunan meslektaşlarının tanıklığından yararlanmak gibi çözüm önerileri üretmeye çalışmaktadırlar.⁸⁹ Yine bir an için tarafların duruşmanın içeriğini kamera veya ses kayıt cihazı ile kaydetmesi düşünülebilir ise de, CMK m. 183 kapsamında tarafların ses ve görüntü alması yasaklanmıştır. Bu yasağa riayet edilmemesi ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") 286. maddesi kapsamında suç oluşturur.⁹⁰ Dolayısıyla bu yöntemin de uygulanması mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, tutanak tutmanın doğru sağlanması, buna ilişkin etkili mevcut sorunları giderici bir sistemi kurma yükümlülüğü soru soran taraflara değil, devlete düşmektedir.⁹¹ Nitekim tutanakların düzgün tutulmamasının savunma hakkını kısıtlayıcı bir sonuç doğurması iyice vahimdir. Zira, *"oldukça geniş bir kavram olan savunma hakkı, şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar, bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek toplumda yaşayan herhangi bir ferdi, dolayısıyla da toplumu ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti ilgilendirmektedir. Çünkü ceza yargılamasında savunma, yargılamanın sonucunda verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan, hükümün doğru olmasını sağlar."*⁹²

Bu problemlerin aşılması bakımından katıldığımız öneri ise, aslında yargılamayı idare eden mahkemenin teknolojiden yararlanmasıdır. Bu teknoloji stenografi olduğu gibi, ses-görüntü kaydı da olabilir. Tanık-

89 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 57.

90 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611 Kanununun 286. Maddesi şu şekildedir: *"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

91 Bahri Öztürk; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem; Özge Sırma Gezer; Yasemin F Saygılar Kınt; Esra Alan Akcan; Özdem Özaydın; Efser Erden Tütüncü, **Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku-Ders Kitabı**, Editör: Bahri Öztürk, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 632.

92 YCGK E. 2017/1-259 K. 2018/383 T. 27.9.2018 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

lar sorgularının yetersiz olduğu şekilde görüşü göre de, bu kurumun işlevli bir hale gelmemesine ilişkin eleştirinin temelinde tutanakların stenograf marifetiyle tutulmaması yer almaktadır.⁹³ Gerçekten de, tanık sorgulamalarında tutanak uygulamasından vazgeçilerek ses-görüntü yahut stenografi yoluyla kayıt alınması tanık dinleme sürecinin denetlenmesi bakımından mümkün ve zorunludur.⁹⁴ Ceza muhakemesi sistemimizde işlemlerin stenografi yahut video kaydı yoluyla kayıt altına alınmasına bir engel görülmemekte ise de, bunların derhal yazılı tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.⁹⁵

Bu kapsamda öncelikle stenografiden yararlanma önerisine değinmek isteriz. *“Söylenen sözleri söylendiği kadar çabuk yazmaya elverişli, kısa ve yalnız işaretlerden oluşan yazı yöntemi”* olan stenografi⁹⁶ diğer ülkelerde duruşmalarda oldukça yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin ABD’de stenografların duruşmada yer alması uygulaması öyle yaygındır ki, bu mesleğe mensup kişiler kendi aralarında örgütlenmekte ve hatta fuarlar düzenlenmektedirler.⁹⁷

Bununla birlikte ülkemizde stenografinin yaygın olarak kullanıldığı yer, duruşmalar değil, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’dir. Dünyada da stenografinin en yaygın kullanılan alanlardan birinin yasama organları olduğu düşünüldüğünde, ülkemizde de bu teknolojinin mecliste kullanılmasına şaşkırmamak gerekir. Mesela, ünlü yazar Charles Dickens’ın da İngiltere’de parlamentoda stenograflık yaptığı bilinmektedir.⁹⁸

Belirtmek gerekir ki TBMM’de steno kullanımı ile ilgili olarak bir düzenleyici işlem de mevcuttur. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Stenografi Kursu Ve Stenograflık Yönetmeliği⁹⁹, bu mesleğe mensup kişilerin görev, yetki ve sorumluluklarını, mesleki eğitimlerini,

93 Güneş Gürseler; *“Müdafî Tayini”nde Nereden Nereye...”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 72, Ankara, 2007, s. 340.

94 Fahri Gökçen Taner, **A.g.e.**, s. 372, aynı yönde Naim KARAKAYA, **A.g.e.**, s. 59.

95 Feridun Yenisey, vd., **A.g.e.**, s. 115-117.

96 Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. Çevrimiçi Erişim: <http://www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi:25.04.2019

97 Ulusal Mahkeme Raportörleri Birliği (National Court Reporters Association) isimli bu derneğin 2019 yılında Colorado’da düzenledikleri fuara ilişkin bkz. Çevrimiçi Erişim: <https://www.ncra.org/home/events/2019-ncra-convention-expo> Erişim Tarihi: 21.04.2019

98 Sham D. SOHN, **A.g.e.**, s. 2.

99 Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Stenografi Kursu Ve Stenograflık Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 25.04.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28274

kurs programını ve sınavlarını, hatta yurtdışına gönderilerek kendilerini geliştirmelerini tesis etmeye çalışan çeşitli hükümleri ihtiva eder. Dolayısıyla ülkemizde stenografiden yararlanma imkanının hiç olmadığından, bu alanda uzman insanların yetişmediğinden söz etmek mümkün değildir. O halde ceza yargılamalarında da bu teknikten yararlanmak adına gerekli altyapının sağlanması aslında muhtemeldir.

Bu aşamada akla gelen bir diğer yöntem ise, ses ve görüntü ile duruşmaların kaydedilmesi şeklindedir. O halde değinilmesi gereken hususlardan biri de sanıyoruz Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰ (“*SEGBİS Yönetmeliği*”) olsa gerektir. Bilgisayarların ve kayıt sistemlerinin bu kadar yaygınlaştığı günümüzde, ülkemizin çağa uymak adına attığı adımlardan biri olan SEGBİS sistemi, yönetmeliğin 1. maddesine göre ceza muhakemesinde kullanılabilir bir teknolojidir. Sistem yönetmelik hükümlerine göre, ses ve görüntünün eş zamanlı olarak elektronik ortama iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı bir bilişim sistemidir.

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (“*SEGBİS*”) aracılığı ile yapılan kayıtlar, yönetmeliğin 6. maddesine göre, talep eden makam tarafından saklanır ve 7. maddesine göre muhakeme işlemini idare eden merci tarafından yazılı bir tutanağa çevrilir. Bu işlem esnasında gerekli görülürse, teknik araçlardan yararlanabilmek imkanı da mevcuttur. Yönetmeliğin 8. maddesi kural olarak ses ve görüntülerin değil, yazılı tutanakların taraflarla paylaşılmasını öngörse de, talep halinde muhakeme işlemini yapan makamın gözetiminde bu ses ve görüntülerin ilgili tarafa izletilmesi de mümkündür. Bununla birlikte kanun yolu aşamasında bu kayıtların ilgili mercilere iletilmesi yönetmeliğin 22. maddesi tarafından emredilmektedir.

Ülkemiz uygulamasında SEGBİS ağırlıklı olarak, duruşmada hazır edilemeyen kimselerin beyanını almak için kullanılmaktadır. Nitekim, 13. Maddeye göre hazır bulunmayanlar, 14. Maddeye göre ceza infaz kurumunda bulunanlar, 15. maddesine göre yargılama çevresi dışında bulunanlar ve 17. Maddeye göre yakalanmalarına rağmen süresi içinde yetkili merci huzuruna çıkarılmayanlar bakımından bu uygulamanın dayanağı vardır.

100 Ceza Muhakemesinde Ses Ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 20.09.2011, Resmî Gazete Sayısı: 28060.

Bununla birlikte SEGBİS'in sadece hazır bulunmayanlara özgü olarak kullanılacağını söylemek mümkün de değildir, zira yönetmeliğin 12. maddesi huzurda dinlenen kişiler bakımından da sistemin uygulanmasına olanak tanımaktadır.

Hatta ve hatta aynı yönetmeliğin 9. maddesi, bu sistemin mevcut olması halinde (kişi huzurda olsun yahut olmasın) soruşturma ve kovuşturmada yapılan her türlü işlemin SEGBİS ile kayda alınmasını emredici bir norm olarak düzenlemiştir.¹⁰¹ Yine yönetmeliğin 19. maddesine göre, böyle bir kayıt alınacağı zaman ilgililere önceden haber verilmesi gerekir.

Yönetmelik hükümleri böylelikle bir bütün olarak değerlendirildiğinde, SEGBİS sisteminin bulunduğu mahkemelerde, Yönetmelik'in 19. maddesine göre ilgililere önceden haber verilmesi, ardından 9. maddesine göre duruşmanın kayda alınması bir zorunluluktur. Bu hükümlere aykırı bir biçimde beyanların dinlenerek özetlenmesi ve zapta geçirilmesi ise hukuka aykırılık oluşturmakta, adil yargılanma hakkını zedelemektedir.

Bu halde, mevcut düzenlemeler bakımından SEGBİS sisteminden yararlanarak, gerek huzurda, gerekte huzur bulunmayan kişilerin beyanlarının alınması sanıyoruz, hem yönetmelik hükümlerine uygun olacak, hem de uygulamamızda tutanağın içeriğine beyanların özetlenerek mi ekleneceği, soruların yazılıp yazılmayacağı gibi sorunların çözümünde de önemli bir rol üstlenecektir.

Ancak bu yöntemlerin haricinde sanıyoruz, esas yapılması gereken, yasamızda gerekli değişiklikleri yaparak, yukarıda örneklediğimiz Norveç, Hollanda, İsviçre gibi ülkelerin standartlarına uygun biçimde kazuistik düzenlemeler ile duruşma tutanaklarına ilişkin bu boşluğu gidermek olsa gerektir.

3.2.3.2. Duruşma Tutanağının Düzenlendiği Aşamada Denetlenmesi Bakımından Değerlendirmeler

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu tutanakların düzenlenmesi aşamasında kural olarak görevi zabıt katibi ve hakime vermiştir. Bu-

101 Veli Özer Özbek, vd., **A.g.e.**, s. 594.

nunla birlikte aşağıda değineceğimiz bir istisna haricinde beyanda bulunanların, tutanağın içeriğine ilişkin itirazlarını özel olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

3.2.3.2.1. Tutanakların Hakim ve Katip Tarafından Denetlenmesi

3.2.3.2.1.1. Normların Değerlendirilmesi

Bu açıklamalarımızı detaylandırmak gerekir ise, duruşma tutanağında imzası bulunması gereken kişiler zabıt katipleri ve hakimlerden ibarettir. Kanun bu konuda son derece açık bir düzenleme içerir. Tekrar etmek gerekir ise, CMK m. 219 yukarıda değindiğimiz mülga CMUK'un 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı yasanın 56. maddesi ile değişik 264. maddesinin bir tekrarı niteliğindedir. Maddeye göre duruşma için bir tutanak tutulur, tutanak başkan ve katip tarafından imzalanır, teknik işlemler ile yapılan bir kayıt var ise bunlar daha sonradan tutanağa aktarılır ve yine başkan ve katip tarafından imzalanır. Maddenin ikinci fıkrası ise, başkanın mazeretli olması halinde tutanağın en kıdemli üye tarafından imzalanmasını emretmektedir.

Bu düzenleme karşılaştırmalı hukuk bahsi altında değindiğimiz diğer düzenlemeler ile paralellik göstermektedir. Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 25. maddesine göre tutanak duruşmanın hemen ardından mümkün olduğunca çabuk bir biçimde hazırlanarak imzalanır. Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 26. maddesine göre tutanaklar, hakim, katip ve mahkeme gözlemcileri tarafından imza edilmelidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271. maddesine göre de tutanaklar hakim ve katip tarafından imzalanmalıdır.

Tutanakların imzalanmasına ilişkin düzenlemeler, bu evraklarda yapılacak değişiklikleri önlemek ve onlara güven duyulmasını sağlamak amacıyla taşır, aksi halde bu delilin güvenilirliği zaafiyete uğrayacaktır.¹⁰² Mahkeme başkanının mazereti bulunuyorsa tutanağı imzalamak görevi en kıdemli üyesindedir.¹⁰³ Duruşma sırasında zabıt katibinin değişmesi halinde ise zabıt katipleri kendi yazdıkları kısmı imzalamalıdır.¹⁰⁴ Duruşma tutanağı kısa kararı içeriyorsa, bu tutanağın kararı içeren her

102 Bahri Öztürk, vd., **A.g.e.**, s. 636-637.

103 Mustafa Artuç, vd., **A.g.e.**, s. 300.

104 YCGK 2011/390-E, 2012/52-K, 21.02.2012. Aktaran: Veli Özer Özbek, vd., **A.g.e.**, s. 594.

sayfasının hükme katılan bütün hakimler tarafından imzalanması gerekmektedir.¹⁰⁵ Nitekim bu husus CMK m. 232/4 hükmü¹⁰⁶ ile ihdas edilmiştir.

3.2.3.2.1.2. İmza Eksikliklerine İlişkin Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın önceki dönem uygulamasında imza eksikliğini mutlak hukuka aykırılık olarak kabul ettiği söylenebilir.

“CGK önceki kararlarından birinde, yerinde olarak, ‘Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi; ceza yargılaması işlemleri, onlara belge kanıtı değerinin tanınması amacıyla duruşmada tutanaklara yansıtılmakta ve yetkililerce imzalanarak resmi belge niteliğine kavuşturulmaktadır. Yasanın buyurucu hükmü uyarınca duruşma safhalarını gösteren tutanakların her sayfasının hâkim ve zabıt kâtabi tarafından imzalanması bu nedenle zorunludur. Bu şekli düzenlemenin amacı, tutanakların değiştirilmesini önlemek ve onlara güven duyulmasını sağlamaktır. İmza noksanı bulunan duruşma tutanağı, muhtevasına güvenilirliği yönünden duraksamaya yol açar ve resmi belge niteliği zafiyete uğrar. Böyle bir belgeye dayanılarak hüküm tesis olunamaz.

Belirtilen eksiklik; esaslı işlemlerin yapıp kayda geçirildiği tutanaklarda, kopukluk meydana getirecek ve hükme dayanak oluşturan belgeler bütünlüğünü bozacak niteliktedir. Anılan usulî eksikliğin diğer sanıklar için de geçerli olan tutanak bütünlüğünü zedeleyeceği tartışma dışıdır’ demıştır (CGK, E.2006/8-208, K.2006/206, 10.10.2006).

CGK bir başka kararında da, ‘ceza yargılaması işlemleri, onlara belge kanıtı değerinin tanınması amacıyla duruşmada tutanaklara yansıtılmakta ve yetkililerce imzalanarak resmi belge niteliğine kavuşturulmaktadır. Yasanın buyurucu hükmü uyarınca duruşma safhalarını gösteren tutanakların her sayfasının hâkim ve zabıt kâtabi tarafından imzalanması bu nedenle zorunludur. Bu şekli düzenlemenin amacı, tutanakların değiştirilmesini önlemek ve onlara güven duyulmasını sağlamaktır. İmza noksanı bulunan duruşma tutanağı, içeriği-

105 Mustafa Artuç, vd., **A.g.e.**, s. 599.

106 CMK m. 234/4 şu şekildedir: “Karar ve hükümler bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanır.”

*ne duyulması gereken güven yönünden duraksamaya yol açar ve resmi belge niteliği zafiyete uğrar. Böyle bir belgeye dayanılarak hüküm tesis olunamayacağı gibi, bu nitelikteki bir usuli aykırılığı taşıyan hükmün esası da Özel Dairece incelenemez' denilmiştir (CGK, E.2010/8-174, K.2010/176, 28.09.2010; benzeri gerekçeler için bkz. CGK, E.2009/8-258, K.2010/33, 23.02.2010).*¹⁰⁷

Bununla birlikte Yargıtay'ın görüş değiştirdiğini de söylemek gerekir. Nitekim eskiden mutlak bozma nedeni kabul ettiği tutanaktaki imza eksiklerine ilişkin olarak geliştirdiği yeni dönem uygulamasında, güvenilirlik konusunda bir sıkıntı yaratmadığı yani sahteliği iddia edilmediği müddetçe bu noksanlığın mutlak bozma nedeni olmadığı, imza eksikliğinin mahallinde giderilebileceği yönünde kararlar verildiği belirtilmelidir.¹⁰⁸

"5271 sayılı CMK'nun 222. maddesi uyarınca tutanakta sabtecilik yapıldığına veya tutanakların gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğine ya da 1412 sayılı Kanununun 308. maddesinde belirtilen mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmediğine ilişkin bir iddianın bulunmaması karşısında, anılan kanun maddesi uyarınca mutlak hukuka aykırılık oluşturmayan ve mahallinde giderilebilecek eksiklik niteliğinde bulunan bu husus, hükmün esasına etkili bulunmaması nedeniyle bozma nedeni yapılmamalıdır.

*Mahallinde giderilebilecek nitelikteki bu eksikliğin, duruşma tutanağının içeriğinin güvenilirliği yönünde bir tereddüte yol açmadığının anlaşılması karşısında, Özel Dairece hükmün esasına girilerek temyiz incelemesi yapılması gerekirken, yalnızca hakim imzası eksikliğine dayalı olarak hükmün bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir."*¹⁰⁹

Bu imzaların ise, kağıt üzerine atılan ıslak imza olması gerekmez. CMK m. 38/A elektronik imzaya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, istisnalar saklı olmak üzere, belgeler ve kararlar elektronik imza ile imzalanabilir. Beşinci fıkraya göre ise

107 Genel Kurul Üyesi Doç Dr. İ. Şahbaz'ın karşı oy yazısı YCGK E. 2012/7-1554 K. 2013/256 T. 21.5.2013 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

108 YCGK 21.05.2013, 7-1554/256, YCGK 05.06.2012, 9-167/225 Y1CD 16.01.2013, 4909/189 Kararlar ve değerlendirme için bkz. Mustafa Artuç, vd., **A.g.e.**, s. 301.

109 YCGK E. 2012/7-1554 K. 2013/256 T. 21.5.2013 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

ıslak imza ile elektronik imza arasında bir çelişki doğması durumunda, elektronik imza esas alınır.

Yargıtay tarafından yapılan denetimlerden biri de tutanağın duruşmadan önce yahut sonra düzenlenmesi meselesidir. Belirtmek gerekir ki, tutanak duruşmada düzenlenmelidir. Önceden hazırlanan matbu bir tutanağın duruşma tutanağı olarak kabulü mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere, *“Duruşmanın devamı niteliğinde olan 18.9.2002 günlü keşif tutanağının zabıt katibi tarafından imzalanmaması ve beyanı hükme dayanak yapılan bilirkişinin kimlik ve yeminini kapsayan kısmın önceden matbu şekilde hazırlanması suretiyle 1412 sayılı CMUK'un 72, 264 ve 266/1.maddelerine (5271 sayılı CMK'nun 64/6, 219 ve 221/b. maddeleri) aykırı davranılması, ”¹¹⁰ bozma nedeni olacaktır.*

Yine Yargıtay kararlarında bir duruşma tutanağına sonradan eklemeler yapılması da örneğin, *“Bilgisayar çıktısı ile düzenlenmiş olan son celseye ilişkin duruşma tutanağına, sanık müdafinin duruşmaya geldiğinin ve esasa ilişkin son savunmasının sonradan eklenmesi suretiyle, 1412 sayılı CMUK'nun 266. (5271 sayılı CMK'nun 221.) maddesine aykırı davranılması”* halinde olduğu gibi bir bozma nedeni olarak kabul edilmektedir.¹¹¹

3.2.3.2.2. Tutanakların Düzenlendikleri Aşamada Taraflar Tarafından Denetlenebilmesi

Kanunumuzda tutanakların içeriğine ilişkin tarafların denetiminin açıkça düzenlenmediğini ise belirtmek isteriz. Nitekim CMK'ya göre taraflar mülga CMUK düzenlemesinden farklı olarak, tutanağına ilişkin itirazlarını en azından bu düzenleme kapsamında ileri sürememektedir.

Oysa yukarıda değindiğimiz diğer ülke düzenlemelerinde ve AİHM nezdinde bu konu da açıkça düzenleniyordu. Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 19. maddesine göre beyanların içeriğine bir itiraz olması halinde, bu itirazlar da tutanağına aktarılmalıdır. Kanunun 20 ve 26. mad-

110 Y10CD E. 2004/17540 K. 2005/18917 T. 13.12.2005 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com>
Erişim Tarihi: 20.04.2019.

111 Y10CD E. 2004/25610 K. 2005/19484 T. 21.12.2005 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com>
Erişim Tarihi: 20.04.2019.

delerine göre ise tutanaklar sesli biçimde okunur. Yine 26. maddeye göre, okuma sırasında düzeltme talep edilebilir, reddi halinde ise bu husus tutanağa eklenir. Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesine göre de tutanaklar beyanda bulunanlar tarafından okunur ve imzalanır. Kanunun müteakip 175. maddesine göre ise, tutanağın içinde (sonradan doldurulması ihtimaline karşı) boşluk bırakılamaz, değişiklikler ve çıkarılmalar hem beyanda bulunan taraf hem de hakim ve katip tarafından imzalanır. Buna aykırı düzenlenen tutanaklar ise yok hükmündedir.

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu da, tutanakların sesli biçimde okunmasını, okunduktan sonra imzalanmasını, itirazların varlığı halinde itirazların tutanağa eklenmesini 78. maddesi ile düzenlemiş, 79. madde ile ise bu tutanaklarda düzeltme yapmaya imkan tanımıştır. Ancak değişikliğin davanın esasına etki doğuracağı düşünülürse, değiştirilmeden önceki halinin de tutanakta tutulması gerekir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu da kelimesi kelimesine zapta geçirilmiş beyanların yüksek sesle okunmasına, itirazların varlığı halinde ise bu itirazların da tutanağa geçirilmesine 273. madde ile imkan tanımaktadır. ABD'de tutanak içeriklerine itirazlar mümkün kılınmış, çıkarılan kısımların mühürlenerek dosya ile birlikte saklanmasına Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kurallar'ın 26. maddesi ile yer verilmiştir. AİHM İç Tüzüğü'nün 70. Maddesine göre de tutanaklar hazırlandıktan sonra Yazı İşleri Müdürlüğü'nün denetiminde tarafların kontrolüne sunulur.

Bizim kanunumuzun bu konuda düzenleme getirmemiş olması ise sorunludur. Bununla birlikte doktrinimizde tutanağa tarafların itiraz edebilmesinin sağlanması görüşü savunulmaktadır.¹¹² Nitekim biz de bu görüşteyiz, zira CMK m. 221/g'ye göre istemler ve reddi halinde bunların gerekçesi de tutanağa eklenir. Dolayısıyla tutanağa ilişkin bir istem de, bu bent kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte uygulamamızda kimi hallerde avukatların talebine rağmen sorularını tutanağa geçirtememeleri, bu taleplerinin reddine de tutanakta yer verilmemesi gibi çeşitli sorunlar da gündeme gelmektedir.¹¹³

Tarafların tutanağa ilişkin itirazlarını sunabilmelerine ilişkin yegane açık düzenleme ise, sanık sorgusudur. CMK m. 2/h'ye göre sorgu, sanı-

112 Yener Ünver, vd., **A.g.e.**, s. 642.

113 Naim Karakaya, **A.g.e.**, s. 57.

ğın mahkeme aşamasında kovuşturma konusu suç ile ilgilenmesi anlamına da gelir. CMK m. 147/4'e göre ise sorgu işlemleri için düzenlenen tutanak sanık ve müdafii tarafından okunmalı ve imzalanmalıdır. Madenin müteakip 5. fıkrasına göre ise imzadan çekinme halinde bunun nedenleri de tutanağa geçirilmelidir.

Kanaatimizce bu istisnai düzenleme yetersiz kalmaktadır. Nitekim katılan tarafının da sorguya ilişkin bir itirazı olabilir, yahut beyanına başvurulmuş diğer kişilerin açıklamalarının doğru bir biçimde yansıtılmamış olması nedeniyle tutanağa dair bir itiraz gerektirebilir. Kanunun düzenlemesi bu hallere ilişkin bir açıklamayı maalesef içermemektedir.

3.2.3.2.3. Genel Olarak Tutanağın Denetimine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirmesi

Duruşma tutanaklarına itirazların düzenledikleri aşamada sunulabilmesi, özellikle kanunumuzun tutanağa atfettiği delil değeri bakımından son derece önem taşır. Ceza muhakemesinde kural olarak hakim deliller arasında değerlendirme yaparken vicdanı ile hareket etmekte serbest iken, bunun istisnalarından birini duruşma tutanağı oluşturur.¹¹⁴ Duruşmada şekil şartlarına uyulup uyulmadığı ancak duruşma tutanağı ile ispatlanabilir.¹¹⁵ Duruşmanın seyrini tutanak haricinde bir başka yola başvurarak ortaya koymak mümkün görülmemektedir.¹¹⁶ Duruşma tutanakları bir kanuni delil niteliğini haizdir, öyle ki sahteliği ispatlanıncaya kadar tutanağın aksine bir delil de ortaya konulamaz.¹¹⁷ Bir diğer deyişle tutanağa yazılanlar gerçekleşmiş, yazılmayanlar ise gerçekleşmemiş kabul edilmektedir.¹¹⁸ O halde tutanağı sahte bir biçimde tanzim eden zabıt katibi kendisi hakkında bu suçlama ile açılan davada mahkum edilinceye değin, duruşmanın düzeninin tutanaktakinden farklı olarak yapıldığını ispat etmek de olanaksız olacaktır.¹¹⁹

Tutanakların sahteliği ispatlanıncaya değin, inkar edilmesi de bir önem arz etmeyecektir.¹²⁰ Bununla birlikte tutanağın sahteciliğine iliş-

114 Yener Ünver; Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 64, 640-641.

115 Güneş Okuyucu Ergün, **A.g.e.**, s. 30-31.

116 Cumhuriyet Şahin, vd., **A.g.e.**, s. 173.

117 Güneş Okuyucu Ergün, **A.g.e.**, s. 30-31.

118 Mustafa Artuç, vd., **A.g.e.**, s. 301-302.

119 Nur Centel, vd., **A.g.e.**, s. 775.

120 Yener Ünver, vd., **A.g.e.**, s. 643.

kin açılacak bir kamu davasında, delil serbestisi ilkesi uygulanacak, taraflar vakıyı her türlü delil ile ispat etmeye çalışabileceklerdir.¹²¹

Bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, tutanağın düzenlenmesi aşamasında tarafların onayı ve itirazlarına da yer verilmesi müthiş bir önem taşır. Zira itirazını dinletemeyen, beyana aktaramayan bir kişi, duruşmada yaşanan vakıyı, bir başka ceza davası açıp, o dava ile bu durum kesin olarak tespit edilene kadar ileri süremeyeceğine göre, bu tutanakta yapılan bir hatanın telafisi son derece güç ve hatta imkansız hale dönüşebilir. Bu halde yapılacak bir değişiklik ile, tarafların da tutanaklara ilişkin itirazlarına imkan sağlanmasının son derece yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Duruşma tutanaklarının denetlenmesi bahsinde değineceğimiz son mesele ise, yapılan ses ve görüntü kayıtlarının denetlenmesi meselesidir. Ses ve görüntü kayıtlarından yararlanılması durumunda, CMK m. 219/1'in 2. cümlesine ve SEGBİS Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre yapılacak kayıtların yazılı bir hale getirilmesi gerekir. Aksi ise bir bozma sebebi olarak olarak görülmektedir.

“Yerel mahkemece bozmadan sonra yapılan yargılamada; 09.01.2015 tarihli oturumda, Cumhuriyet savcısının bozma ilamına uyulup uyulmaması hususundaki ve esas hakkındaki mütalaasından sonra duruşmanın SEGBİS ortamında kayıt altına alınmasına karar verilerek, sanıklar Mustafa oğlu ..., ..., ... ve müdafilerinin, sanıklar ... ve ... müdafilerinin savunmaları ile katılanlar ..., ... ve ... vekillerinin beyanlarının CMK'nun 219. maddesi uyarınca sesli ve görüntülü olarak kayda alındığı belirtilmesine rağmen, ses ve görüntü kayıtlarının dönüştürülmesine ilişkin bir tutanağın ya da ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu CD veya başka bir materyalin dosya içerisinde bulunmadığı... 09.01.2015 tarihli oturuma ilişkin ses ve görüntü kayıtlarının CMK'nun 219. maddesine uygun şekilde tutanağa dönüştürülmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetsizliğinden ve mahallinde öncelikle 09.01.2015 tarihli oturuma ilişkin ses ve görüntü kayıtlarının SEGBİS kayıtlarından araştırılarak temin edilmeye çalışılması, kayıtların bulunması halinde CMK'nun 219. maddesine uygun şekilde tutanağa dönüştürülmesi, ses ve görüntü kayıtlarının buluna-

121 Nur Centel, **A.g.e.**, s. 775.

*maması halinde ise 09.01.2015 tarihli oturumda yapılan işlemlerin yenilenmesi lüzumundan sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.*¹²²

SEGBİS sistemi aracılığı ile kaydedilen duruşmaların tarafların denetimine sunulması mümkündür. Nitekim, SEGBİS Yönetmeliği'nin 8. maddesine göre, ses ve görüntü kayıtları taraflara verilmez ancak bunların yazılı tutanağa dönüştürülen kopyaları taraflarla paylaşılır. Madenin ikinci fıkrasına göre ise, talep halinde bu kayıtlar soruşturma ve kovuşturma makamının gözetiminde ilgisine izletilecektir.

Böylelikle bu sistemin kullanılması yukarıda detaylıca değindiğimiz üzere hem yönetmeliğin emredici bir normu, hem tutanağın içeriğine ilişkin sorunların bir çözümü olmakla kalmaz, bu içeriklerin taraflar tarafından da denetlenebilmesine de imkan sağlar.

SONUÇ

Karşılaştırmalı hukuk bahsi altında ortaya koyduğumuz üzere, duruşma tutanaklarının içeriği meselesi, kanunların hassasiyetle yaklaştığı, detaylı düzenlemeler getirdiği bir konudur. Ülkemizde ise, Avrupa Birliği ile olan müzakereler kapsamında aceleyle çıkarılmış olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda böyle bir açıklığa rastlanamamaktadır. Bu konuda tespit ettiğimiz ilk problem, tutanağa eklenecek açıklamalar arasında tanıklığı olmayan mağdur ile katılanın, vekil ve müdafinin hatta savcının beyanlarının tutanağa ekleneceğine dair bir hükmün olmayışıdır. Kanaatimizce bu boşluk kıyasla da doldurulamaz zira, ceza muhakemesinde sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas mümkün değildir. Kanunun tutanağa eklenecek beyanları açıkça, *numerus clausus* olarak sayılı ve detaylı bir biçimde zikretmesi karşısında elimizde kıyasa elverişli olmayan bir hüküm bulunmaktadır. Ancak uygulamada, kanunun saymadığı bu kişilerin beyanlarının da tutanağa eklenmesi sorunu teorik bir meseleye indirgemektedir.

Karşılaştığımız bir diğer sorun ise tutanağa eklenecek beyanların kapsamına daırdır. Karşılaştırmalı hukukta bu hususun son derece kazistik düzenlenmesi çalışmamızda ortaya koymuştur. Oysa CMK de-

122 YCGK E. 2017/1-355 K. 2017/357 T. 4.7.2017 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019.

ğerlendirildiğinde kanun beyanların özetle mi, yoksa kelimesi kelimesine mi tutanağa aktarılacağını düzenlemeyerek bir boşluk yaratmıştır. Bu boşluğun pratik sonuçları olduğu, beyanların eksik ve hatalı olarak özetlendiği anlaşılmaktadır. Oysa bir kelime dahi maddi gerçeğe ulaşılması adına önem taşır. Bu halde bu boşluğun savunma hakkı üzerinde ürkütücü bir etkisi vardır.

Yine CMK incelendiğinde soruların tutanağa eklenip eklenmeyeceğine dair herhangi bir açıklama da yoktur. Ülkemiz uygulamasında sorulara yer verilmeyerek “soruldu” şeklinde bir ibare ile soru ve cevabın harmanlandığı ve beyanda bulunanmış gibi bir özetle tutanağa aktarıldığı tespit edilmiştir. Bu işlemin yapılması süreci durdurduğu ve belli bir zaman aldığı içindir ki, hızlı sorular sorarak beyanda bulunanın samimiyetini ve güvenilirliğini sınaama imkanı kalmamaktadır. Soruların metinde yer bulamaması ise, bazen cevabın hangi bağlamda verildiğinin anlaşılmasını zorlaştırmakta, bunlara ilişkin denetimi zorlaştırmaktadır.

Yine çalışmamızda değindiğimiz bir diğer mesele bu tutanakların içeriğini denetlemek meselesidir. Bu tutanakların içeriğini denetlemek görevi ise, sadece mahkeme ve katibine ait değildir. Karşılaştırmalı hukuk bahsinde değindiğimiz düzenlemeler ile ortaya çıkmıştır ki, bunları tarafların da denetleyebilmesi, lüzumu halinde itirazlarını sunabilmeleri gerekir. Bu konuda mülga CMUK’tan bir geriye gidiş söz konusudur, zira mülga kanun tarafların kelimesi kelimesine aktarılan beyanlara ilişkin itirazlarını tutanağa geçirmelerini açıkça düzenlemişti. Biz bu itirazların bir istem olduğu, ve duruşma aşamasındaki bütün istemlerin ve reddi halinde buna ilişkin kararların da tutanakta yer alması gerektiğinden hareketle bu itirazların tutanağa aktarılmasına hukuki bir imkan olduğu görüşündeyiz. Bununla birlikte uygulamada kimi zaman bunun yapılamadığı da tespit edilmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında, iki ayrı önerimiz gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, bir kanun değişikliği ile ülkemiz mevzuatını adalet mekanizması ve hukuk güvenliği gelişmiş ülkelere yaklaştırmaktır. Bu önerimiz hukuk güvenliği bakımından daha kuvvetli, ancak bir yasama faaliyeti gerektiriyor olması bakımından daha zahmetlidir.

Bir ikinci ve daha pratik önerimiz ise, bu sorunu aslında yargının çözmesi gerektiğinden hareket etmektedir. Tutanakların düzenlenme-

sindeki sorunların aşılması tarafların değil, devletin görevi olduğundan, teknolojik imkanlardan yararlanılması mahkemelerde de uygulanarak bu sorun aşılabilir. Mevzuatımız da sonrasında tutanağa çevrilmeleri kaydıyla, bu imkanların kullanılmasına cevaz vermektedir.

Bu imkanlardan ilki steno kullanımındır ve milattan önceden beridir kullanılan bu teknik sayesinde duruşmalarda yaşananları söylendikleri hızda kaydetmeye elverişli olacaktır. Nitekim diğer ülkelerde duruşmalarda bu teknik yaygın olarak kullanılmaktadır. Ülkemizde de TBMM bünyesinde stenograflar kullanılmakta, kurslar açılarak bu konuda insan yetiştirilmektedir. Dolayısıyla stenografi tekniğinden yararlanmak son derece mümkündür.

İkinci imkan ise, duruşmaların ses ve görüntü ile kayda alınmasıdır. SEGBİS sistemi, sadece video konferansa değil, huzurda bulunanların beyanlarını verirken, seslerini ve görüntülerini kaydetmeye elverişlidir. Nitekim yönetmelik de, sistem mevcut olduğunda kullanılmasını zorunlu tutmaktadır. Bu sistem sayesinde, işleri yetiştirmek adına bir beyanın özetlenmesi ve anlamını yitirmesi gibi sorunlar gündemimizden kalkabilir. Yine tutanağın denetimi de, mahkeme huzurunda videoların izletilmesine olanak sağlayan yönetmelik hükmü gözetildiğinde sağlanacaktır.

Bu problemlerin aşılması halinde ise adil yargılanma hakkının her gün biraz daha zedeleneyeceği ortadadır. Zira duruşmalarda yaşananlar ancak tutanakla ispatlanabilir. Bunun yegane istisnası ise, tutanağa karşı ancak bir kesinleşmiş bir sahtecilik iddiasının bulunması halinde mümkün olmaktadır. Böyle olunca savunmanın yazılmamış bir soruyu, eksik geçirilmiş bir beyanı ortaya koyması imkansız hale gelmekte, yargılamada ne yaşanırsa yaşansın, maddi gerçeğe aykırı bir biçimde mesele yaşananların kaydedilip kaydedilmediği ile sınırlı kabul edilmektedir. Bu halde saatlerce savunma yaparak iddia makamının bütün delillerini çürüten bir sanığın, düzgün tutulmayan bir tutanak nedeniyle kanun nazarında yegane savunması “beraatimi isterim”e indirgenebilmektedir. Uygulamada bu sorunları aşmak için avukatların, en azından kanıtlayabilmek amacıyla yazılı beyan vermeye başlamaları da sözlülük ilkesinin duruşmalarda uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Oysa bu ilke olmaz ise, hakim söyleyenin samimiyetine ilişkin mesleki

tecrübesinden faydalanamaz, vicdani bir kanaat edinemez. Kaldı ki, hakimin günün sonunda pratik kaygılarla işi yetiştirmek adına acelesi gözetildiğinde, bu yazılı beyanları ne derece okuyacağı da şüphelidir.

Böyle olunca sanıyoruz tek çözüm yolu, bu problemin ivedilikle çözülmesinden ibarettir. Aksi halde savunma yara almayı sürdürecektir. Oysa Yargıtay'ın da yerinde bir şekilde ifade ettiği gibi, savunma hakkı hükmün doğru olmasını sağlar ve sadece sanık sandalyesinde oturan ferdi değil, bir gün o sandalyede oturabilecek toplumun bütün bireylerini, böylece toplumu ve devleti ilgilendirir.

KAYNAKÇA

- 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarihi: 04.06.1985 Resmi Gazete Sayısı: 18774
- 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 20.04.1929 Resmi Gazete Sayısı: 1172 Çevrimiçi Erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.1412.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019
- 5 Ekim 2007 tarihli İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu, İngilizce çevirisi, Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004, Resmi Gazete Sayısı :25611
- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25673 Çevrimiçi Erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> Erişim Tarihi: 21.04.2019
- Acar, Sami; Hülya Gürsoy, “Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/4. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398007> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Akgündüz, Ahmed, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer’iye Mahkemeleri Ve Şer’iye Sicilleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 14, 2009.
- Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Federal Resmi Gazete Tarihi: 07.04.1987 İngilizce Çevirisi için Çevrimiçi Erişim: <http://www.legislationline.org> Erişim Tarihi: 20.04.2019
- Artuç, Mustafa; Mehmet Tevfik Elmas, **Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü, 01.06.2015, Strazburg. İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe tercümesi Çevrimiçi Erişim: http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeler/ictuzuk.pdf Erişim Tarihi:19.04.2019
- Bankston, Zach, “Administrative Slavery in the Ancient Roman Republic: The Value of Marcus Tullius Tiro in Ciceronian Rhetoric”, **Rhetoric Review**, Cilt 31, Sayı 3, 2012. Çevrimiçi Erişim: <https://doi.org/10.1080/07350198.2012.683991> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Bölge Adliye Ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 06.08.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29437
- Cahill, Peter A., “During Trials, Recordings Are a Safety Net”, **New York Times**, 07.04.2014, Çevrimiçi Erişim: <https://www.nytimes.com/room>

fordebate/2014/04/07/are-court-stenographers-necessary/during-trials-recordings-are-a-safety-net Erişim Tarihi: 21.04.2019.

“Caught In Providence”, Facebook sayfası Çevrimiçi Erişim: <https://www.facebook.com/caughtinprovidence/> Erişim Tarihi: 27.04.2019

“Caught In Providence”, Youtube Kanalı Çevrimiçi Erişim: <https://www.youtube.com/channel/UC59KhIPOR0Jj653dC4laEJw> Erişim Tarihi: 20.04.2019

Centel, Nur; Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, Sayı 698, Ankara, 2003.

Ceza Muhakemesinde Ses Ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 20.09.2011, Resmî Gazete Sayısı: 28060.

Çulha, Rifat, Fahrettin Demirağ, Ayşe Nuhoğlu, Salih Oktar, Durmuş Tezcan, Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, Editör: Ayşe Nuhoğlu, 4. Bası, Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.

Dülger, Murat Volkan, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/4. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398001> Erişim Tarihi: 22.04.2019

Dünya Adalet Projesi, Çevrimiçi Erişim: <http://data.worldjusticeproject.org/#-table> Erişim Tarihi: 22.04.2019

Ergün, Güneş Okuyucu, **Ceza Muhakemesi İşlemleri**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Esmein, Adhémar, **A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France**, Çev. John Simpson, 4. Bası, New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd., 2000, Çevrimiçi Erişim: <https://books.google.com.tr>

Gökçen, Ahmet; Murat Balcı; Mehmet Emin Alşahin; Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Gürseler, Güneş; “*Müdafî Tayini*”nde Nereden Nereye...”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, Ankara, 2007.

Hamilton, Brian E., “Chapter 167: Taking Court Records Management from the Stone Age to the Digital Age”, **McGeorge L. Rev.**, Sayı 42, 2011. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 23.04.2019.

- Harris, George C.; Xiang Li, "Supplementing the Record in the Federal Courts of Appeals: What If the Evidence You Need Is Not in the Record", **The Journal of Appellate Practice And Process**, Cilt 14, Sayı 2, 2013. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 21.04.2019.
- Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu Wetboek van Strafvordering, İngilizce çevirisi, Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Karakaya, Naim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, Avukatlar İçin El Kitabı IV**. Çevrimiçi Erişim: <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabı4.pdf> Erişim Tarihi: 22.04.2019.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 68, 2010/2. Çevrimiçi Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/397687> Erişim Tarihi: 22.04.2019.
- Kunter, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1981.
- Namakula, Catherine S., "Court Record And Fair Trial In Botswana And Uganda", **African Human Rights Law Journal**, Sayı 16, 2016. Çevrimiçi Erişim: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2016/v16n1a8> Erişim Tarihi: 22.04.2019.
- Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu, Norveç Adalet ve Polis Bakanlığının İngilizce çevirisi Çevrimiçi Erişim: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Novak, Attila; Katalin Gugan; Monika Varga; Adrienne Dömötör, "Creation Of An Annotated Corpus Of Old And Middle Hungarian Court Records And Private Correspondence", Lang Resources & Evaluation, 52 Çevrimiçi Erişim: <https://doi.org/10.1007/S10579-017-9393-8> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Özbek, Veli Özer; Koray Doğan; Pınar Bacaksız; İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Öztürk, Bahri; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem; Özge Sırma Gezer; Yasemin F. Saygılar Kırıt; Esra Alan Akcan; Özdem Özyaydın; Efser Erden Tütüncü, **Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku-Ders Kitabı**, Editör: Bahri Öztürk, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Schultze, Stephen J., "The Price of Ignorance: The Constitutional Cost of Fees for Access to Electronic Public Court Records", **The Georgetown Law Journal**, Sayı 106, 2018. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 24.04.2019.
- Sohn, Sham D., "Court Reporting: Can It Keep Up with Technology or Will It

- Be Replaced by Voice Recognition or Electronic Recording?”, Southern Illinois University, Bitirme Tezi, 2004. Çevrimiçi Erişim: http://opensiuc.lib.siu.edu/uhp_theses Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Supreme Court of New South Wales Practice Note No. SC Gen 2 Supreme Court – Access to Court Files Çevrimiçi Erişim: http://www.practice-notes.justice.nsw.gov.au/practice_notes/nswsc_pc.nsf/a15f50afb1aa-22a9ca2570ed000a2b08/5f2bddd07a106a9fca2572ed_000cec95?OpenDocument Erişim Tarihi: 25.04.2019
- Şahin, Cumhur; Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Taner, Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme Ve Silahların Eşitliği**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. Çevrimiçi Erişim: <http://www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi:25.04.2019
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Stenografi Kursu Ve Stenograflik Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 25.04.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28274
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 3. Yasama yılı, 03.12.2004 tarihli 26. Birleşim, Ankara, Çevrimiçi Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2019
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 3. Yasama yılı, 03.12.2004 tarihli 27. Birleşim, Ankara, Çevrimiçi Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066027.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2019
- Ulusal Mahkeme Raportörleri Birliği (National Court Reporters Association) Çevrimiçi Erişim: <https://www.ncra.org/>
- United States of America Federal Rules of Appellate Procedure, ABD Temyiz Usulüne İlişkin Federal Kurallar, Çevrimiçi Erişim: <http://www.ca7.uscourts.gov/rules-procedures/rules/rules.htm#frap10> Erişim Tarihi: 21.04.2019
- United States of America Federal Rules of Criminal Procedure, ABD Ceza Muhakemesine İlişkin Federal Kurallar Yürürlük Tarihi: 21.03.1946, Son Tadil Tarihi: 01.12.2014, İngilizce aslı için Çevrimiçi Erişim: <http://www.legislationline.com> Erişim Tarihi: 22.04.2019
- Ünver, Yener; Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Yenisey, Feridun; Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

Yeo, Vanessa, "Access to Court Records: The Secret to Open Justice", **Singapore Journal of Legal Studies**, 2011.

Ze'evi, Dror, "The Use of Ottoman Shari'a Court Records as a Source for Middle Eastern Social History: A Reappraisal", **Islamic Law And Society**, Cilt 5, Sayı 1, Leiden, 1998. Çevrimiçi Erişim: <http://www.heinonline.org> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ E. 2004/17540 K. 2005/18917 T. 13.12.2005 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ E. 2004/25610 K. 2005/19484 T. 21.12.2005 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ E. 2008/15464 K. 2008/18029 T. 8.10.2008 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2017/1-355 K. 2017/357 T. 4.7.2017 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2012/7-1554 K. 2013/256 T. 21.5.2013 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019

YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2017/1-259 K. 2018/383 T. 27.9.2018 Çevrimiçi Erişim: <http://www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 20.04.2019