

Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik

Cengiz OTACI*

GİRİŞ

Hukuki uyumsuzlukların çözümünde, normun varlığı, çoğu defa tek başına yeterli olmaz. Norma yükleneyecek anlam, uyumsuzlukların çözümünde norm kadar hatta normdan daha etkilidir. Yorum; normun alanını genişletir, daraltır, diğer normlarla ilişkisini sağlayarak normu hukuk düzeni içinde belirli bir yere koyar, uygulanmasını ve kapsamını şarta bağlar. Kısacası yorum yoluyla hukuk düzeni içinde norm sürekli güncellenir. Bu anlamda yorum kuralları, normu uygulayana norma müdahale yetkisi vermektedir. Norma yorum yoluyla yapılan müdahalenin amacı, gerekliliği, sınırları, yöntemi tartışmalı olmakla birlikte, teorik olarak sonsuz sayıdaki uyumsuzluğun, soyut ve genel normlarla çözüme kavuşturulması zorunluluğu, normun yorumunu kaçınılmaz kılmaktadır. Norm varsa yorum da olacaktır. Normun yorumcusu, tarihin belirli bir döneminde yapılan ve uyumsuzluk zamanında var olan, sabitliği temsil eden norm ile sosyal hayatın akışı içinde değişikliği temsil eden somut olay arasında yer alır. Soyut ile somut arasında bağlantı kurarak, değişim ile süreklilik arasındaki istikrarı sağlamaya çalışır. Değişen

olaylar karşısında yorum yoluyla normu canlı tutar.

Her yeni dava, önceden var olan normun yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar. Hâkim, herhangi bir normu, içeriğinin açık olmaması, üst normla çelişmesi, beğenmemesi, doğru bulmaması, hukuk anlayışına, dünya görüşüne ters gelmesi gibi bir gerekçe ile uygulamaktan kaçınmaz. Norm, çoklu yorumlara müsait olsa bile, sadece doğru olan bir anlamı vardır. Yorum, bu anlamın elde edilmesi amacıyla yapılan fikri bir seyahattir. Yorum, bir disiplindir ve bazı kuralları vardır. Yorumcu, normu yorumlarken bu kurallara bağlı kalmalı, vardığı sonuca hangi yolları kullanarak nasıl ulaştığını açıklamalıdır. Yorum, norma hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi içinde bir yer açar ve bu nedenle yorumcunun kendi anlam dünyasını inşa etmesi engellenmiş olunur. Yorum, olandan olması gerekene ulaşmanın aracı değildir. Yorum yoluyla norm örselenemez, norma işkence yapılamaz, içeriği değiştirilip başkalaştırılamaz. Yorum, hüküm kurmak içindir, hükümet etmek amacıyla yorum yapılamaz¹.

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi

1 Selçuk, Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, s. 31 vd ; Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 165 ; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 3. Basi, s. 168 ;

Hâkim, aynı yasa maddesini başka başka olaylarda değişik şekillerde yorumlayabilir. Hâkimin herhangi bir yasa maddesine dair yorumu, başka bir hâkimi bağlamadığı gibi hâkimin kendisi de önceki yorumuyla bağlı değildir. Hâkim, normu yorumlayıp hüküm verdikten sonra yanlış yorum yaptığından bahisle geriye dönemez, yorumunu ve hükmünü tazvih edemez.² Aynı normun başka olaylar karşısında değişik şekillerde yorumlanması ve hâkimin önceki yorumu ile bağlı olmaması, yorumuna keyfilik niteliği kazandırmamalıdır. Hukuk, aynı şartları taşıyan kişilerin eşitliğini güvence altına alır. Yorum ise aynı şartları taşıyan, aynı hukuki statüde olanların karşılaşacakları sonucu belirleyen bir güvence olmalıdır. Yorumda istikrar, ceza yargılamasında kişiler için uzak anlamda güvence teşkil eder.

Hâkimlerin, kurallarına bağlı kalmazsınızın normu isteklerine göre yorumlamaları, olandan olması gerekene uzanmaları, arzularını, kaygılarını ya da dünya görüşlerini norma monte etmeleri, hukuk devletinin gereği olan hukuki öngörülebilirlikle bağdaşmaz. Hukuki öngörülebilirlik, muhataplarının hukukun gerektirdiğini önceden bilmeleri ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini, haklarını ve yükümlülüklerini ayarlamalarını ifade eder. Hukuken öngörülebilir olma, hukuk devletinin bi-

reylere sağladığı önemli bir güvencedir.

Normlar, uygun araçlarla ilan edildiğinden önceden bilinmediği ileri sürülemez. Bu nedenle “ceza kanunlarını bilmemek” mazeret olarak kabul edilmez (TCK md 4). Ancak kimi zaman bir normu bambaşka bir anlam alanına taşıyan yorum için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Bir uyuşmazlıkta yargı organlarının başvuracakları normları önceden bilmek mümkün ise de, uygulanacak normun/normların muhtemel anlamlarının ne olduğu yanında hangisinin en doğru anlam olarak kabul edileceğini bilmek mümkün olamayabilir. Bir normun kendisini bilme ile anlamını bilme aynı şey değildir. “Normun anlamı” şeklinde basitleştirebileceğimiz içtihat, tam da bu noktada hukuk devletinin gereği olan öngörülebilirlik kavramı ile yakından ilişkilidir. Hukukun öngörülebilir olma kavramının iki boyutu vardır. İlki bir hukuki uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa uygulanabilecek nitelikteki normun/normların varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olma, bunun yanında bu norma/normlara erişebilme. İkinci ise normun, kişilerin davranışlarını düzenlemesine olanak sağlayacak açıklıkta olması, mümkün olmadığı takdirde ise uygun danışma ve araştırma ile muhtemel anlamlarına vakıf olmadır. Normun muhtemel anlamına vakıf olabilme, yorum kurallarına sadık kalındığı takdirde ulaşılabil-

Dönmezer, Sulhi-Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 10. Bası, I/169 ; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 117 ; Erem, Faruk-Danişman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin ; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.106 ; Tosun, Öztekin, Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, İÜHFD, 1962, c XXVIII, sy 1,s. 24 ; Bkz Özbilgen, Tarık, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s. 451.

2 Bkz Gözler s. 165 ; Artuk-Gökcen-Yenidünya s 168 ; Dönmezer-Erman I/169 ; Berki, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948, s. 100; “...Yargıçlar, beğenmeseler bile yasaları uygulamak zorundadır-lar... CGK 17.04.2007 10-71/98”.

lecek anlam düzeyini ifade eder. Normun uygulama alanında olan her birey, norm kadar yorum kurallarının da açık, şeffaf, denetlenebilir olmasını isteme hakkına sahiptir.

Bir uyumsuzlığa uygulanacak muhtemel norm/normların varlığı ve bunlara erişim, hukuken öngörülebilir olma anlamında genelde sorun teşkil etmemektedir. Ancak normun ne anlama geldiği, anlamının hangi yöntemle açığa çıkartıldığı, norma içkin olduğu ileri sürülen anlamın kim tarafından ortaya konulduğu, hukuk düzeyinde kabul görüp görmediği, anlamın uygulamasının süreklilik taşıyıp taşımadığı sorunu, hukuk sistemimiz açısından güncelliğini koruyan önemli bir sorundur.

“Normun anlamı” şeklinde basitleştirdiğimiz içtihat, normun gri/karanlık alanlarında kalan olaylarda, benzer durumda olup benzer hukuki statüyü paylaşanlara ortaklaşa uygulanması gereken, en az norm kadar önemli bir uygulamadır. İctihat, normun gri/karanlık alanına hitap ettiğine göre, normun boşluğunu dolduran, normu destekleyen, güçlendiren, normun uygulama alanını genişleten/daraltan, normu hukuk düzeni içinde bir yere yerleştiren, normu fonksiyonel hale getiren fikri bir faaliyettir. Kendisi de norm kadar güçlü, etkin, zorlayıcı, yön verici ve belirleyicidir. Bu kadar geniş fonksiyona sahip içtihadın da norm gibi erişilebilir, öngörülebilir olması, belirli bir sistematiği takip ederek kural ile sonuç arasında güçlü ve mantıklı bir bağ kurabilmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Meşru ve kabul edilebilir bir açıklaması olmadıkça bir normun yorumundan vaz-

geçilmesi hukuki istikrarı, güvenliği ve öngörülebilirliği askıya alma demektir. Bundan daha vahimi ise bir hukuk sisteminde eş zamanlı olarak aynı norma ilişkin çoklu yorumların dolaşımında olması ya da meşru ve kabul edilebilir olup olmadığını sorgulamaya imkân tanımayacak şekilde hiçbir gerekçe gösterilmeden sürekli yeni yorumlar benimsenip bir öncekini terk etmedir. Bir yorumun istikrar kazanmasının altında, kolektif ve zımni bir uzlaşma yatar. Benzer durumdakilere eşit muamele edilen ortak aklın ürünü olduğu kabulü, adalet duygusunu güçlendirir. Yorumda bulunan yargısal kuruma olan güveni artırır.

Çalışmamızda; ceza yargılaması içtihatlarının, hukuk devletinin ilkelerinden olan öngörülebilirliği sağlama fonksiyonunu yerine getirip getirmediği değerlendirilecektir. Şüphesiz ki her ülkede/hukuk sisteminde normların yorumlarında farklılıklar olabilir. Ancak bu farklılıklar bir kurumun eşit birimlerinde eş zamanlı oluyor, yargılanan kişiler, yorum farklılıklarına göre farklı hukuki statülere maruz bırakılıyorsa, buna rağmen yorum aykırılıklarının giderilmesi mekanizmaları işletilmiyor, farklı hukuki statülerin meydana gelmesi engellenmiyorsa, o hukuk sisteminde ciddi sorun var demektir.

I – HUKUKİ GÜVENLİK

Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir. Bu ilke, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur ve Anayasa'nın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümündedir. Hukuk devleti ilkesi, en kısa tanımıyla; “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk ku-

rallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.” Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir³.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir⁴. Hukuk devleti ilkesine göre, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuya

yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekir. Bireyler, ancak bu şekilde hukuki güvenliklerinden emin olarak yaşamlarını sürdürebilirler⁵.

Hukuki güvenlik ilkesi bağlamında bakıldığında da “hukuk devleti; yönetilenlere hukuki güvenlik sağlayan bir yapılanma olup, bunu gerçekleştirirken de devlet görevlerinin belirli kurallar içinde yürütülmesi amaçlanmıştır. Daha açık bir anlatımla hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız yönetilenlerin değil yönetimin de uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür. Bu ilkenin bir anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu ilkelerle kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli olduğu ve toplumun bütün unsurlarıyla birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamını tesis edecektir⁶.

Hukuki güvenlik ilkesi, açıklık, istikrar ve güven üzerine kuruludur. Yüksek yargı kurumlarının da dâhil olduğu mahkemeler, devletin adli organlarıdır. Diğer devlet kurumları gibi mahkemeler de hukuki güvenlik ilkesine uymakla yükümlüdür. Modern tasavvur, hukukun, insan aklıyla yaratılmış ya da icat edilmiş olduğunu var

3 Altundış, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasa Hukuk Dergisi, 2008, sayı 10, s. 61.

4 Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013, 64/142.

5 Anayasa Mahkemesi, 03.10.2013, 28/106.

6 Danıştay I. Dairesi, 12.06.1995, 1995/1861.

sayar. Common Law istisna tutulursa bu gün için hukuk sistemlerinin çok büyük ölçüde devlet ürünü olduğu söylenebilir. Bu açıdan mahkemelerin uymakta ve uygulamakta oldukları kurallar, son tahlilde siyaset kurumunun üretimidir. Mahkemeler ise bahsedilen siyasal sistemin kurucu unsurudur, verili mevzuatı uygulayarak aslında adalet de dağıtmazlar. Önceden verilmiş, tanımlanmış, düzenlenmiş politik tercihleri uygular, adalet dağıtma yerine kanun kural dağıtırlar⁷. Bu açıdan önceden yazılmış kanunların uygulandığı hukuk sistemlerinde ön plana çıkan adalet değil eşitliktir. Mahkemelerin eşitlik yoluyla hukuki güvenliği sağlaması, benzer durumda olanlara aynı normların aynı yorumlarla uygulanması ile mümkün olur. Yerel mahkemelerin tamamının aynı yorum üzerinde birleşmesi mümkün değilse de, Yüksek mahkemelerin, farklı yorumları teke indirme gibi bir görevi vardır (2797 sayılı Yargıtay Kanunu md 15). Yüksek yargı organlarının birden fazla daireden oluşması ve her dairenin aynı normu farklı şekilde yorumlaması, hukuki güvenlik ilkesini zedelemenin mazereti olamaz. Bu durumda yorumları tekleştirecek, yanlış olanı eleyip doğru yorumun benimsenmesini sağlayacak hukuki mekanizmalar geliştirilmelidir. Aynı eylemi işleyen kişilerden birisinin diğerinden farklı bir hukuki uygulamaya maruz kalması, hukuki güvenlik ilkesinin ihlalidir.

Yüksek yargı organlarının hukuki güvenlik ilkesini sağlamak için sürekli aynı yorumu benimseme zorunda oldukları

iddia edilemez. Zaman içinde norm gibi yorum da değişebilir. Değişen yorumlara göre suçun niteliğinde lehe değişiklik olmuşsa, süreye tabi olmayan sanık yararına itiraz (CMK 308) yoluyla kararlar arasındaki hukuka aykırılığı gidermek mümkündür. Burada sorun olarak işaret ettiğimiz, aşağıda da örneklerini sunduğumuz husus, suçun, farklı daireler tarafından ya da aynı dairenin farklı heyetleri tarafından farklı şekillerde nitelendirilmesidir. Aynı hukuki durumunda olan, benzer eylemleri gerçekleştirmiş kişilerden birisi hakkında bir suçtan dava açılıp, o davaya bakan dairenin/dairenin bir heyetinin suçu A olarak nitelendirmesine karşın, diğer kişi hakkında B suçundan dava açılıp diğer dairenin/ aynı dairenin diğer heyetinin aynı eylemi B suçu olarak nitelendirmesi halinde hukuki düvenlik ilkesinin zedeleneyeceği açıktır. Hukuk sistemimiz içinde bu aykırılığın giderilmesinin yolları vardır. Ancak daireler farklı olduğunda birbirinden farklı içtihatların tekleştirilmesi daha uzun zaman almaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi, farklı yorumların mümkün olacağını kabul etmekle birlikte, sonuç olarak hukuk sisteminin, farklı yorumları tekleştiren mekanizmaları işletmesi suretiyle sorunun çözümünü ister. Aksi takdirde aynı hukuki soruna ilişkin uygulama gücü aynı olan fakat farklı sonuçlara ulaşan yorumların eşzamanlı olarak dolaşımında olması, hukuki güvenlik ilkesini zedeler.

7 Modern toplumlarda hukuk, mahkeme ve siyaset ilişkisi için Bkz Erdoğan Mustafa, Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset, Star Gazetesi 11.07.2010 tarihli Nüsha.

Anayasa Mahkemesi, “adli tatilin sona erdiği tarihi ifade eden “Eylül’ün beşine kadar” ibaresini Danıştay dairelerinin farklı yorumladığını, kimi dairelerin adli tatilin son gününü 5 Eylül olarak kabul ederken kimi dairelerin 4 Eylül olarak kabul ettiğini, adli tatilin son gününün 4 Eylül kabul edilerek temyiz başvurusunun süre aşımı yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini” ileri süren bir bireysel başvuruyu, haklı bularak, usul kurallarının önceden öngörülemeyecek şekilde yorumlanmasındaki belirsizliklerin yarattığı engel karşısında başvurunun, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, 11.03.2015 tarih ve 2012/1071 numaralı bireysel başvuru kararında, usul kurallarının farklı yorumlanmasını, adil yargılanma hakkı içinde, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir;

“Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52). Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmala-

rın, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlanamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).

Mahkemeye etkili erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebilmektedir (AİHM, Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34). Bu nedenle, mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar (Bkz. Eşim/Türkiye, B.No:59601/09, 17/9/2013, § 21; Walchli /Fransa, B. No. 35787/03, § 29).

Bununla beraber, mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun

yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir (B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 27).

Başvurucu tarafından adli tatilin son gününün 4 Eylül kabul edilerek temyiz başvurusunun süre aşımı yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında Devletin işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Usul kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Efstathiou ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 36998/02, § 24).

Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin do-

ğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, § 83).

İDDK ve Danıştay Daireleri, farklı tarihlere verdiği kararlarında Eylül'ün beşine kadar ibaresinden ne anlaşılması gerektiği yönünde bireyler açısından adli tatilin bittiği tarihi ve bu tarihe göre başvuru sürelerini belirleme imkânı verecek şekilde öngörülebilir bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Danıştay Daireleri ve İDDK'nın Eylülün beşinin de ara verme süresi içinde değerlendirileceği, sürenin yedi gün uzaması nedeniyle 12 Eylül tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süresinde yapıldığının kabulü gerektiğine hükmettiği kararları bulunduğu gibi (Bkz., Danıştay İDDK, E.2012/193, K.2014/73, 23/1/2014), ara vermenin son gününün Eylül'ün dördü olarak belirlendiği, sürenin bitiminin çalışmaya ara verme zamanına rastladığı durumlarda sürenin, ara vermenin sona erdiği günü, yani Eylül'ün dördünü izleyen tarihten itibaren 11 Eylül çalışma saati bitimine kadar uzadığı, 12 Eylül tarihinde yapılan karar düzeltme isteminde süre aşımı bulunduğu yönünde kararları da bulunmaktadır. (Bkz., Danıştay İDDK, E.2009/276, K.2009/52, 19/2/2009)

21/1/2009 tarih ve E.2008/14-831, K.2009/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ise; adli tatilin son gününün 5 Eylül olduğu, sürenin son gününün adli tatile rastlaması halinde sürenin adli tatilin bitiminden itibaren yedi gün uzayacağı, bu durumda sürenin son gününün 12 Eylül olacağına karar verilmiştir.

Somut olayda, başvurunun aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen karar, 15/7/2008 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvuru sürenin son gününün ara vermeye rastlaması nedeniyle 12/9/2008 tarihinde temyiz dilekçesi vermiştir. Danıştay 12. Dairesi ara vermenin son gününün 4 Eylül olduğu, sürenin yedi gün uzaması nedeniyle temyiz talebinin en geç 11 Eylülde yapılması gerektiği gerekçeyle temyiz talebinin süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

Yukarıda yer verilen Danıştay ve Yargıtay HGK kararları birlikte değerlendirildiğinde, idari yargı kolunda adli tatilin sona erdiği tarihe ilişkin, başvuru davranışını ona göre düzenleyebilecekleri öngörülebilir uygulama belirsizliğini içermeyen bir yaklaşım ortaya konulduğu söylenemeyecektir.

Sonuç olarak, adli tatilin sona erdiği tarih 4 Eylül kabul edilerek, sürenin sona erdiği tarihin adli tatile rastlaması nedeniyle adli tatilin bitiminden itibaren yedi gün uzatılarak 11 Eylül tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süre aşımı gerekçeyle reddedilmesi nedeniyle başvurunun mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle adli tatilin sona erdiği tarihe ilişkin, başvurunun davranışını ona göre düzenleyebileceği usul

kurallarının önceden öngörülemez şekilde yorumlanmasındaki belirsizliklerin yarattığı engel karşısında başvurunun, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir⁸.

II – HUKUKEN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

Hukuki güvenlikten bahsedilebilmesi için öncelikle hukuk kurallarının öngörülebilir olması gerekir⁹. Hukukken öngörülebilirlik ilkesi, yalnızca normun belirliliğini değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar¹⁰. Erişilebilir, bilinebilir

8 Anayasa Mahkemesi, 26.02.2015 tarih ve 2013/3954 numaralı bireysel başvuru kararında, hukuk davalarında temyiz başvurusuna ilişkin mevzuattaki (Kanun ve yönetmelik) eksiklik ve kendi içinde uyumsuzluk olduğunu ifade ederek, temyiz başvurusunun süreden reddedilmesini öngörülebilirlik ilkesine aykırı bularak hak ihlaline karar vermiştir.

9 Altundış, s. 67.

10 Anayasa Mahkemesi, 22.07.2014, 88/101.

ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır¹¹.

Hukuken öngörülebilirlik kavramının ne anlama geldiğine dair, AİHM'nin ifade özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen sözleşmenin 10/2 maddesindeki açıklamaları yol gösterici mahiyettedir. Mahkeme, "hukukun öngördüğü" (prescribed by law/prévues par la loi) ifadesini, yazılı olan ve yazılı olmayan hukuk şeklinde geniş yorumlamaktadır. İçtihatlarla¹² oluşturulmuş bir yasaklamanın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle "hukukun öngörmediği" bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Mahkemenin görüşüne göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır; birincisi, uygulanacak olan hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır. Başka bir deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak

vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez. Çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Normun anlamının belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir. Oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir. Bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur¹³. Öngörülebilirlik kavramı, sadece yargılanan kişinin sonuçlarını öngörebileceği bir davranışı değil, aynı zamanda bu davranışın, kanunlara aykırı olması halinde, buna bağlı olabilecek formalite, koşullar, kısıtlamalar veya cezaları da kapsamaktadır¹⁴.

AİHM içtihatların geri yürütülmesine ilişkin olarak Del Rio Prada-İspanya davasında "hukuken öngörülebilirlik" kavramından hareketle önemli tespitlerde bulunmuştur. Davaya konu olay ve karar özetle şu şekildedir;

11 Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013, 64/142.

12 AİHM, "içtihat" ile bizim hukukumuzdaki normun yorumu anlamında içtihadı değil, common lawı kastetmektedir.

13 Sunday Times-Birleşik Krallık Davası, (<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=32>) ; Yıldırım-Türkiye Davası ; Akçam-Türkiye Davası ; Pravoye Delo Redaksiyon Komitesi ve Shtekel-Ukrayna Davası.

14 Mutatis Mutandis, Kafkaris/Kıbrıs Davası.

Başvuran, çeşitli suçlardan toplam 3000 yılı aşan hapis cezasına çarptırılmıştır. Audiencia Nacional isimli mahkeme, 2000 yılında, tüm cezalar için hapiste geçirilecek sürenin 30 yıl olduğuna karar vermiş, cezanın tümüyle yerine getirileceği tarihi Haziran 2017 olarak belirlemiştir. Cezaevi idaresi, iyi halli geçirilen süreleri de düşerek, Audiencia Nacional'e Temmuz 2008 tarihinde tahliye önermiştir. Mayıs 2008 tarihinde Audiencia Nacional bu teklifi reddetmiş ve cezaevi makamlarından, başvuru için, Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli ve 197/2006 sayılı kararında getirilen yeni bir emsal karara (Parot doktrini) dayalı yeni bir tarih sunmasını istemiştir. Bu yeni yaklaşıma göre, ceza ayarlamaları ve iyi hal indirimleri artık otuz yıllık azami hapis cezasına değil, verilen her bir hapis cezasına müteselsilen uygulanacaktır. Cezanın infazı sırasında, indirimlerin cezanın toplamı üzerinden yapılması suretiyle fiilen cezaevinde kalma süresi belirlenirken, sonradan değiştirilen görüş, indirimlerin toplam cezadan değil, toplamaya konu olan her bir cezadan ayrı ayrı yapılması gerektiğine ilişkindir. Başka bir deyişle Parot doktrini sonrasında 30 yıllık toplam ceza, indirim yapılmayan bir ceza haline gelmiştir. Cezaların toplamı üzerinden indirim öngören istikrarlı önceki uygulamadan, Parot doktrini ile ayrılma, başvuru açısından öngörülebilir değildir. Bu nedenle sözleşmenin 7. maddesi ihlal edilmiştir. Öngörülemezlik ile tahliye tarihi, fiilen 9 yıl ertelenmiştir. Temmuz 2008 tarihinden sonra devam eden alıkonma ne-

deniyle de sözleşmenin 5/1 maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM, aynı kararda şu tespitlere yer vermektedir. Sözleşme'nin 7. maddesini, ceza kanununun sanığın dezavantajına olacak şekilde geriye yürütülmesi yasağı ile sınırlı görmemektedir. Aynı zamanda ve daha genel anlamda, bir suçun ancak kanun ile tanımlanıp, bir cezanın ancak kanun ile öngörülebileceği prensibini içermektedir (kanunsuz suç ve ceza olmaz/nullum crimen, nulla poena sine lege). Özel olarak, mevcut suçların kapsamını daha önceden suç olarak sayılmayan eylemleri içine alacak şekilde genişletmeyi yasaklarken, aynı zamanda ceza kanununun örneğin analoji yoluyla sanığın zararına olacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanmaması gerektiği prensibini de getirmektedir. Buradan hareketle, suçların ve onlara ilişkin cezaların kanun tarafından açıkça tanımlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu şart, kişinin, ilgili hükmün lafzından, gerekirse mahkemelerin söz konusu hükme ilişkin yorumundan yararlanarak ve uygun hukuki danışmanlığı da edindikten sonra, hangi eylem ve ihmallerin onu cezai olarak sorumlu kılacağını ve bu durumda hangi cezayla karşı karşıya kalacağını bilebilmesi halinde yerine getirilmiş sayılmaktadır¹⁵.

Sözleşme'nin 7. maddesindeki "hukuk", Sözleşme'nin diğer maddelerinde de aynı anlamda kullanılmaktadır; yani içtihadın yanı sıra yazılı hukuku içine alan ve başta erişilebilirlik ve öngörülebilirlik olmak üzere niteliksel gereklilikleri de kapsayan bir kavrama işaret etmektedir. Bu

15 Del Rio Prada-İspanya Davası, 78 ve 79. paragraflar.

niteliksel gereklilikler hem bir suçun tanımı, hem de o suçun beraberinde getirdiği ceza bakımından karşılanmalıdır. Yasaların lafzının her zaman net olmayışı, kanunların genel uygulamaya dair olması prensibi gereğinin mantıksal bir sonucudur. Kurallarla düzenleme yapmanın standart tekniklerinden biri, tam kapsamlı listeler yerine genel kategorilerin kullanılmasıdır. Bu nedenledir ki, birçok kanunda kaçınılmaz olarak, şu ya da bu oranda muğlak nitelik taşıyan ve yorumu ve tatbiki açısından pratik meselelere dönüşen ifadeler yer verilmektedir. Ceza hukuku da dâhil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun, bir kanun hükmü ne kadar net kaleme alınırsa alınsın, bir yargı yorumu unsuru her durumda kaçınılmaz olarak bulunacaktır. Her zaman şüpheli noktaların giderilmesi ve değişen koşullara uyarılma gereği olacaktır. Aynı şekilde, netlik son derece makbul olmakla birlikte, aşırı bir katılığı beraberinde getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi şarttır. Mahkemelerin üzerine düşen yargılama görevi tam da geriye kalabilecek bu türden yorumsal şüpheleri gidermeyi içermektedir. Yargının hukuk yaratma işlevi aracılığıyla ceza hukukunun müterakki gelişimi, Sözleşme Devletlerindeki hukuk geleneğinin yerleşik ve gerekli bir parçasını oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 7. maddesini, neticede ortaya çıkan gelişmenin suçun özünüyle tutarlılık arz etmesi ve makul olarak öngörülebilir nitelik taşıması kaydıyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla tedrici olarak net-

leştirilmesine imkân tanımayan bir tarzda yorumlamak mümkün değildir. Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir yargısal yorumun bulunmayışı, sanığın 7. madde kapsamındaki haklarına yönelik bir ihlal tespitine dahi yol açabilir. Aksi takdirde bu maddenin konusu ve amacı –yani kimsenin keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezaya tabi tutulmaması gerektiği– yenilgiye uğratılmış olacaktır¹⁶.

Suçların işlendiği ve başvuruçunun mahkûm edildiği tarihte kullanılmakta olan yöntem yerine, alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimlerinin tatbikine “Parot doktrini”yle getirilen yeni yöntemi kullanmış, böylece başvuruçuyu kanun uyarınca hak kazanmış olduğu ceza indirimlerinden yararlanma yönünde gerçek bir olasılıktan mahrum bırakmış olduğunu kaydetmektedir. Ceza indirimlerinin tatbik edilme sistemindeki bu değişiklik, bir mevzuat değişikliğinden değil, Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadından sapması sonucunda ortaya çıkmıştır. Hal böyleyken şimdi, 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine yönelik, suçların işlenmesinden ve başvuruçunun mahkûm edilmesinden çok sonra –ve hatta cezaların birleştirilmesine ve azami bir hapis süresi belirlenmesine ilişkin 30 Kasım 2000 tarihli karardan dahi sonra– benimsemiş olan bu yeni yorumun başvuruçunun açısından makul olarak öngörülebilir olup olmadığının, yani bu yorumun içtihat gelişimi açısından anlaşılması mümkün bir çizgiyi yansıttığı sayılıp sayılmayacağıının saptanması gerekmektedir. Bunun

16 Del Rio Prada-İspanya Davası, 91 ila 93. paragraflar.

tespiti için Mahkeme'nin, başvuruçunun mahkûm edildiği sırada ve ayrıca, cezaları birleştirme ve azami bir hapis süresi belirleme kararı kendisine bildirildiği tarihte –gerekirse, uygun hukuki danışmanlığı da aldıktan sonra–, kendisine verilen cezanın, 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun 100. maddesinde öngörülen, alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimlerinden ötürü hiçbir indirim yapılmaksızın, fiili olarak otuz yıl süreli hapse dönüşebileceğini öngörmüş olup olamayacağını incelemesi gerekmektedir. Bunu yaparken, ilgili tarihte geçerli olan hukuku ve özellikle de Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli kararıyla getirilen “Parot doktrini”nden önceki yargısal ve idari pratiği göz önünde bulundurması gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, bahsi geçen kararda atıfta bulunulan tek ilgili emsal kararın, Yüksek Mahkeme'nin aksi yöndeki yaklaşımı, yani otuz yıllık azami hapis süresinin kanunen öngörülmüş tüm ceza indirimlerinin uygulanacağı “yeni, müstakil bir ceza” oluşturduğu şeklindeki yaklaşımı benimsemiş olduğu 8 Mart 1994 tarihli bir karar olduğunu görmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, İspanyol hukuku uyarınca tek bir kararın emsal oluşturulmaması kesin bir kural olamaz. Dahası, 28 Şubat 2006 tarihli kararda karşıt görüş bildiren hakimlerin işaret etmiş olduğu üzere, 18 Temmuz 1996 tarihinde Yüksek Mahkeme'nin genel kurul olarak kabul ettiği bir anlaşma, sırasıyla yeni ve eski Ceza Kanunları uyarınca çekilecek cezalar kıyaslanırken 1973 tarihli Ceza Kanunu kapsamında tanınan ceza indirimlerinin dikkate alınması gerekeceği kararlaştırılmış bulunmaktaydı. 1995 tarihli Ceza

Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, İspanyol mahkemelerinin, alıkonma süresince yapılan işlerden dolayı ceza indirimi sisteminin hüküm üzerindeki etkilerini dikkate alarak, hangi Ceza Kanunu'nun daha esnek olduğunu belirlemek amacıyla her bir olayda bu kriteri kullanması gerekmektedir. 113. Bizzat Hükümet, Yüksek Mahkeme bu konuda ilk kararını ancak 1994 yılında vermiş olmasına karşın, “Parot doktrini” öncesinde cezaevi ve yargı makamları pratiğinin, alıkonma süresince yapılan işlerden dolayı hak kazanılan ceza indirimlerinin otuz yıllık azami hapis süresine uygulanması yönünde olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin 2006 yılına dek, yani ilgili kanunun ilga edilmesinin üzerinden on yıl geçene dek içtihadından sapmamış olmasına da önem atfetmektedir. Yani Yüksek Mahkeme fiilen, artık yürürlükte bulunmayan bir kanunun, 1995 tarihli Ceza Kanunu ile ilga edilmiş bulunan 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun hükümleri hakkında yeni bir yorum getirmiştir. Bunun yanı sıra, yukarıda dile getirildiği üzere, 1995 tarihli Ceza Kanunu'nun geçici hükümleri, 1973 tarihli Ceza Kanunu kapsamında mahkûm edilmiş kişilere –başvurucu gibi– yönelik olarak adı geçen Kanun tarafından getirilmiş olan alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimleri sisteminin etkilerinin, tam da daha katı nitelikteki ceza kanununun geriye yürütülmesini yasaklayan kurallara uyulması amacıyla muhafaza edilmesi niyeti taşımaktaydı. Oysa ki, Yüksek Mahkeme'nin halihazırda tanınmış olan her türlü ceza indirimini etkisiz kılan yeni yorumu, pratikte başvuruçunun ve ben-

zer durumda olan diğer kişilerin indirim sisteminin sağladığı faydalardan mahrum bırakılmasına yol açmaktaydı. Dahası, Mahkeme'nin, Hükümet tarafından ileri sürülen ve Yüksek Mahkeme'nin yorumunun öngörülebilir olduğu, zira 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun lafzına daha uygun olduğunu dile getiren savı kabul etmesi de mümkün değildir. Mahkeme, kendisinin görevinin söz konusu Kanun'un hükümlerinin iç hukukta nasıl yorumlanması gerektiğini belirlemek değil, daha ziyade bu yeni yorumun başvuru tarafından ilgili tarihte geçerli olan "hukuk" kapsamında makul ölçüde öngörülebilir olup olmadığını incelemek olduğunu yinelemektedir. Bahsi geçen "hukuk" –Sözleşme'de kullanıldığı haliyle, yazılı olmayan hukuku ve içtihatı da kapsar şekilde gerçek, maddi anlamda "hukuk"– cezaevi ve yargı makamları tarafından, "Parot doktrini" yeni bir yol açana dek yıllar boyunca tutarlı bir şekilde uygulanmış bulunmaktaydı. Yukarıda atıfta bulunulan S.W. ve C.R./Birleşik Krallık davasında konu edilen yargısal yorumların aksine, somut davadaki içtihat değişikliği içtihat gelişimi açısından anlaşılması mümkün bir çizgiyi izleyen bir ceza hukuku yorumu oluşturmamaktaydı. Son olarak, Mahkeme, Yüksek Mahkeme tarafından dayanak olarak gösterilen ceza politikası mülahazalarının böylesi bir içtihat değişikliğini haklı kılmaya yetmediği görüşündedir¹⁷.

Mahkeme yukarıdaki hususlar ışığında, başvuru tarafından mahkûm edildiği sırada ve cezaları birleştirme ve azami bir hapis sü-

resi belirleme kararı kendisine bildirildiği tarihte, içtihat gelişimi açısından Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli kararına paralel nitelikte anlaşılması mümkün bir çizgiye dair hiçbir emare bulunmadığı kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla başvuru, Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadından sapacağını ve bunun sonucu olarak Audiencia Nacional'in başvurucuya tanınmış olan ceza indirimlerini çekilecek otuz yıllık azami hapis süresiyle ilgili olarak değil, başvuru alması olduğu her bir cezaya ilişkin olarak müteselsilen uygulayacağını düşünmek için hiçbir sebebi bulunmamaktaydı. Mahkeme'nin yukarıda kaydetmiş olduğu üzere bu içtihat değişikliği, verilen cezanın kapsamını başvuru zararına olacak şekilde değiştiren bir etki yaratmıştır. Bu nedendir ki, Sözleşme'nin 7. maddesine yönelik bir ihlal söz konusudur¹⁸.

AİHM'nin, Del Rio Prada-İspanya Davası'ndaki açıklamalarından, kısaca, yazılı kanunlar olsa bile içtihatın da hukukun bir parçası olduğu, öngörülebilirlik ilkesine dâhil edildiği, öngörülemeyen içtihat değişikliklerinin geriye yürütülemeyeceği ve sanıkların, ceza ya da ceza niteliğinde hukuki durumları ağırlaştıramayacağı sonucuna vardığı ifade edilebilir.

Normun, sosyal yaşamın hızla değişmesi karşısında yıpranmadan uzun yıllar varlığını devam ettirebilmesi için esnek, yoruma açık ve kimi zaman anlamı uygulamaya bırakılan kelimeleri tercih etmesi normaldir.

17 Del Rio Prada-İspanya Davası, 111 ila 115. paragraf.

18 Del Rio Prada-İspanya Davası, 117 ve 118. paragraf.

İçtihatlar, normların anlamını belirleyerek, birbirleri ile ilişkilerini ve uygulama alanlarını göstererek hukuken öngörülebilirlik kavramını hizmet eder. Normlar aynı iken eş zamanlı olarak içtihatların, dolayısıyla uygulamanın farklı olması, öngörülebilirlik ilkesini zedeler. Hakkında ceza yargılaması bulunan bir kişi, uygun danışma ve araştırma sonucunda dahi kendisine bir normun hangi yorumla uygulanacağını bilemiyorsa, hukuk sisteminin öngörülebilir olduğundan bahsedilemez.

III - ÖRNEK İÇTİHATLAR

Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından aşağıda, bazı yargı kararları örneklendirilecektir. Bu kararlardan bir kısmı aynı dairenin zaman içinde değiştiği görüşlere, bir kısmı aynı dairenin farklı heyetlerinin eş zamanlı uygulamalarına, bir kısmı ise farklı dairelerin aynı eylemle ilgili farklı kararlarına ilişkindir.

Kararların seçiminde; güncellik, yaygın uygulama, istikrar ve eş zamanlılık göz önüne alınmıştır. Örnek kararların birer/ikişer tane seçilmiş olması, binlerce içtihat arasından cımbızlama yoluyla örnek alındığı şeklinde değerlendirilmemelidir. Aynı hukuki sorunun farklı yorumlanması ve farklı yorumların eşzamanlı olarak dolaşımda olması, ceza hukukumuzun en önemli sorunlarından ve bu sorun, burada örnekleyemeyeceğimiz kadar yaygındır.

1) Kalabalık Ortamda Ateş Ederek Öldürme

Düğün, nişan, spor müsabakaları çıkışı, toplantı-gösteri yeri gibi çok sayıda insanın bulunduğu kalabalık bir ortamda, tabanca, ateş etmek maksadıyla çıkartılır-

ken ya da ateş edilirken meydana gelen öldürme/yaralama eylemi, Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından olası kastla işlenmiş suç olarak kabul edilmektedir. Buna karşın 9. ve 12. Ceza Daireleri eylemi, bilinçli taksir şeklinde yorumlamaktadır.

Sanığın, düğün ortamında yere paralel gelecek şekilde silahı kurarken düğün yerinde bulunanların isabet alacağını öngördüğü halde, buna kayıtsız kalarak tetiğe dokunduğu olayda, sanığın olası kast ile yaşı küçük maktul Ayşegül'ün olası kast ile ölümüne sebebiyet vermek suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde bilinçli taksirle insan öldürme suçundan hüküm kurulması **1. CD'nin 26.12.2013 tarih ve 930/8205 sayılı kararı.**

Sanığın, kalabalık düğün töreni sırasında, hedef gözetmeksizin, çevrede bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen tabancayla iki-üç el yere paralel olacak şekilde ateş ettiği sırada, kendisine yaklaşık 20 metre mesafede, sandalye üzerinde oturan ve aralarında hiçbir husumet bulunmayan maktulü baş bölgesinden tek isabetle vurup öldürmesi eyleminde, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerektiği halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde bilinçli taksirle insan öldürme suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 21.03.2013 tarih ve 6114/2375 sayılı kararı.**

Sanığın, olay gecesi düğün yerinde insanların bulunduğu ortamda genel güvenliği tehlikeye sokacak şekilde havaya doğru 3 el ateş ettikten sonra av tüfeğini gerekli emniyet tedbirlerini almaksızın yere paralel ve namlunun ucu topluluğa doğrult-

muş şekilde taşıdığı sırada, tetiğe basınç uygulayarak ateşlemesi üzerine tüfekten çıkan saçmaların topluluk içinde bulunan Duran'a isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; sanığın tüfeğin tetiğine basılması halinde eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine rağmen, sonucu kabullenmek suretiyle eylemini sürdürmesinin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu düşünülmeden yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olmak suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 18.04.2012 tarih ve 7245/3008 sayılı kararı.**

Sanığın babasına ait av tüfeği ile düğünde havaya 2 el ateş ettiği, tüfeği tekrar doldurup kapatırken tüfeğin ateş alması sonucu düğün yerinde oynayan mağdurların yaralanmasına neden olduğu olayda bilinçli taksirin koşulları oluştuğunun gözetilmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **9. CD'nin 16.12.2010 tarih ve 1860/12839 sayılı kararı.**

Sanığın bulundurma ruhsatlı kendisine ait tabanca ile düğünde köy halkının halay çektiği sırada düğün ortasına gelerek havaya 8 el ateş ettiği, silahı indirirken yeniden ateş alması sonucu önünde oynayan Salih Atıcı'nın ölümüyle adı geçen ölüden çıkan mermi çekirdeğinin onun önünde davul çalan Şaban Dilek'in de ölümüne neden olması şeklindeki olayda eylemin bilinçli taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağı, tam kusurlu sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi hükmü nazara alınarak ceza tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde iki kez olası kasıtlı adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, **12. CD'nin 05.04.2012 tarih ve 13374/9278 sayılı kararı.**

2) Olası Kastla Öldürme/Yaralama ve İçtima

Türk Ceza Kanunu, hedefte hata/sapmaya ilişkin bir hüküm sevk etmemiş, sorunun içtima kurumu içinde çözülmesini arzu etmiştir. Kanun'un 43/3 maddesi, 1. Ceza Dairesi tarafından 2005 ila 2013 yılları arasında, gerçek içtima şeklinde yorumlanmış, binlerce olay bu yoruma göre çözüme kavuşturulmuştur. Kabul edilen bu yoruma göre, fail, öldürme kastı ile (A)'ya ateş ederken (A)'yı vursa ya da (A)'yı vuramasa bile aynı zamanda (B)'yi de vurmuşsa; (A)'ya karşı eylemi öldürme/öldürmeye teşebbüs, aynı zamanda (B)'ye karşı eylemi olası kastla öldürme/yaralamadır. Gerçek içtima kuralı gereğince her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. 1. Ceza Dairesi 2013 yılının ikinci yarısından sonra görüş değiştirmiş, bahsedilen örneğimize göre fail, bir el ateş ederek eylemi gerçekleştirmişse, eylem, gerçek içtima değil, fikri içtima şeklinde yorumlanarak fiil teklifi nedeni ile sadece en ağır ceza gerektiren suçtan bir defa ceza verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ceza Genel Kurulu da, 1. Ceza Dairesinin son görüşünün isabetli olduğuna karar vermiştir. 2013 yılına kadar binlerce dava dosyası eylemin iki ayrı suç olacağı şeklindeki görüşle yorumlanmış, bir kısım kararlar infaz edilmiş bir kısmı ise halen infaz edilmektedir. İşin garip tarafı, 1. CD ve CGK, anılan kararlarında, eylemin fikri içtima sayılabilmesi için tek atış olması gerektiğini ifade etmiş, "fiil teklifi" kavramının, ancak tek atışla mümkün olabileceğini savunmuş, şu açıklamalara yer verilmiştir; "...doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa

dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin tek olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu halde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması hareketin hukukun tekliğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukukun tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki “tek bir fiili” oluşturmaktadır. Halbuki CGK, 06.07.2010 tarih ve 8-51/162 sayılı kararında aynı konuya ilişkin olarak”...“Tek fiil” veya “bir fiil”den ne anlaşılması gerektiğine gelince, doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tekliği ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun yasal tanımında yer alan hukuksal anlamdaki “tek

bir fiili” oluşturmaktadır” açıklamalarına yer vermişti. “Tek atış”la, “birden fazla atış” arasında ayırım yapmanın hukuki bir izahı mümkün değil iken, Daire ve CGK, önceki kararlarının aksine bir yorum yaparak, yeni kararlarında “tek atış”a bağlı olarak içtima sorununa yeni bir uygulama getirmiş, “birden fazla atış” ihtimalinde ne olacağını açıklamıştır.

Katılan Fatma’ya öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren kızı mağdur Nilüfer’i olası kastla yaraladığı somut olayda, katılan Fatma’yı öldürme amacıyla ona doğru bir kez “ateş etme” eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle, tek olan eylem sonunda hem mağdur Nilüfer’e karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de mağdur Fatma’ya karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığından, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, sanığın hem katılan Fatma’yı kasten öldürme suçuna teşebbüsten, hem de mağdur Nilüfer’i olası kastla yaralamadan mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmü ve bu hükmün onanmasına dair Özel Daire kararı isabetsizdir. **CGK’nın 03.12.2013 tarih ve 1-1569/575 sayılı kararı.**

Sanığın, mağdur Ömer’in evine gidip kapıyı çaldığı, bu esnada av tüfeğini de doğrultarak kapının açılmasını beklediği, Ömer’in kapıyı açması ve sanığı elindeki tüfeği kendisine yöneltmiş bir vaziyette görmesi ile birlikte kapıyı kapattığı sıra-

da, sanığın Ömer'i hedef alarak bir el ateş ettiği, açılan ateş sonucu, ahşap kapıyı delen saçma tanelerinin, o sırada kapının arkasında bulunan ve asıl hedef konumunda bulunmayan Ömer'in kardeşi mağdur Mukaddes'in sağ bacak diz üstü bölgesine isabet ederek, damar hasarı ile hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, Ömer'in ise herhangi bir isabet almadığı somut olayda; sanığın mağdur Ömer'e karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı Kanununun 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan "farklı nev'iden fikri" içtimanın şartlarının oluştuğu anlaşıldığı halde, sanığa diğerine göre daha ağır olan "mağdur Ömer'i öldürmeye teşebbüsten" ceza verilmesi; mağdur Mukaddes'e karşı olan eyleminden ise "ayrıca karar verilmesine yer olmadığına" ilişkin hüküm kurulması yerine, yazılı biçimde suçların içtimasında yanılığa düşülerek, "mağdur Ömer'i öldürmeye teşebbüsten" kurulan mahkumiyet hükmünün yanında, ayrıca "mağdur Mukaddes'i olası kastla yaralama" suçundan da hüküm kurulması, **1. CD'nin 29.04.2014 tarih ve 4663/2722 sayılı kararı.**

Sanığın hedefi konumundaki katılan Ahmet'e av tüfeği ile ateş ederken, onun çevresinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş ederek, katılanın yaklaşık 3-4 metre arkasında bulunan mağdureyi batın, göğüs ve kol bölgelerinden, yaşamsal tehlike geçirmeyecek nitelikte yaraladığı olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile oluşan neticeye göre olası kastla yaralama suçun-

dan cezalandırılması gerektiği halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 02.04.2014 tarih ve 5061/2118 sayılı kararı.**

Sanığın aynı işyerinde çalıştığı mağdur Hakkı ile aralarında iş meselesi yüzünden tartıştıkları, mağdurun sanığa tokat attığı, olay nedeniyle işyeri sahibinin sanığı işten çıkardığı, olay günü sanığın mağdurun kendisine vurması ve işten çıkarılmasına neden olduğu gerekçesiyle, mağdur Hakkı'ya silahla ateş ettiği ancak Hakkı'nın yanında bulunan kardeşi Hasan'ın sağ kolundan yaralandığı olayda; sanığın, mağdur Hakkı'dan başka çevrede bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş ederek, mağdurun yanındaki Hasan'ın kolundan isabetle yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerektiği halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten silahla yaralama suçundan hüküm kurulması **1. CD'nin 30.01.2013 tarih ve 3462/717 sayılı kararı.**

Alt katta oturan sanığın, olay günü alkollü şekilde üst kattaki babasının evine geldiği, babasının, neden işten ayrıldığını sorması ile başlayan tartışmada, babasının sanığa tokat attığı, sanığın da babasına vurduğu, kardeşinin de yardımı ile babasının, sanığı evden dışarı çıkardığı, evinden aldığı tüfekle babasının evinin kapısını zorlamaya, tekmelemeye başladığı, namlunun ucunu kapıya yarım metre mesafede tutarak, kapının arkasında, açılmasını diye kapıya dayanan babasını vurma kastıyla iki el ateş ettiği, kapının arkasında bulunan annesi

olan mağdurun vurulduğu, karaciğerinden ve böbreğinden yaralanan mağdurun hayatı tehlike geçirdiği uzuv tatili kapsamında böbreğinin alındığı olayda; Babasına ateş ederken annesini yaralayan sanık hakkında, 765 sayılı TCK'nın 448, 52, 51/1, 59 madde uygulanması yönündeki bozma kararı dikkate alındığında, 5237 sayılı Yasa'nın 30. maddesinde hedefte yanılma halinin kabul edilmediği, bu nedenle 5237 sayılı Yasa açısından eyleminin, babasına karşı kasten öldürmeye teşebbüs annesine karşı da olası kasıtlı yaralama suçlarını oluşturduğu, 765 sayılı TCK'nın sanık lehine olduğu düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi 1. CD'nin 16.11.2007 tarih ve 4163/8480 sayılı kararı.

Uyarlamaya tabi kesinleşmiş kararda, sanık Ahmet'in, bacanağı olan mağdur Bülent'e tabancayla ateş edip yaraladığı, bu sırada olayı ayırmak için aralarına giren maktul Selçuk'a da kurşun isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; sanığın maktule karşı eylemi 5237 sayılı TCK.nun 81/1, 21/2, 62. Maddelerine, mağdur Bülent'e karşı eylemi ise aynı yasanın 81, 35, 29, 62. Maddelerine uyar nitelikte olduğundan, lehe yasa değerlendirmesinin buna göre yapılarak hüküm tesisi gerekirken, 5237 sayılı TCK.nun 81, 29, 62. Maddeleriyle hüküm kurulması, **1. CD'nin 24.11.2009 tarih ve 8343/7188 sayılı kararı.**

3) Müvekkili Adına Parayı Tahsil Edip, Müvekkiline Vermeyen Avukat

Müvekkili adına tahsil yetkisine sahip olduğu bir parayı, borçludan alarak müvekkiline vermeyen avukat hakkında suçun görevde yetkiyi kötüye kullanma, zimmet

ya da güveni kötüye kullanma suçlarından hangisini oluşturacağı daireler arasında farklı içtihatlarla konu olmuştur. Suçların cezaları ve cezaların sonuçları birbirinden oldukça farklıdır.

Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 01/03/2011 tarih ve 2010/72 E, 2011/42 K sayılı kararındaki “.. sanık tarafından söz konusu icra dosyasında tahsil etmiş olduğu meblağın 4.000 TL' si haricindeki kısmının alacaklı olan müştekiye intikal ettirilmeyerek uhdesinde tutulduğu ve bu şekilde sanığın TCK'nun 257/1 maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu işlediği...” şeklindeki gerekçe ile görevi kötüye kullanmak suçundan verilen mahkumiyet kararı, **4. CD., 14/01/2013, 18102/48 sayılı kararı ile onanmıştır.**

Suç tarihinde TSE Kurumu Hukuk Müşavirliği kadrosunda avukat olarak görev yapan sanığın, kurum adına yürüttüğü icra takiplerinde, 2000 ve 2001 yıllarında çeşitli dosyalardan tahsil ettiği paraları kurum veznesine ödememesi biçiminde iddia ve kabul olunan eyleminde; sanığın şahsına karşı duyulan güven ilişkisinden kaynaklanmayıp doğrudan görevin gereği olarak ve ahzu kabz yetkisine dayanılarak zilyetliğine devredilen (tevdi olunan) kuruma ait parayı mal edinmesi suretiyle eylemi gerçekleştirdiğinin anlaşılması ve 132 sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanununun 13.maddesinde “Türk Standartları Enstitüsü'nün malları Devlet malı sayılır. Bu mallar aleyhine cürüm işleyenlere bu cürümlerden dolayı Devlet memurları hakkında tatbik edilen ceza hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiş olması karşısında zimmet suçunun oluştuğu göze-

tilmeden “söz konusu açığın iş yoğunluğu, gereken dikkati göstermemesi, muhasebe işlemlerinin iyi işlememesi nedeniyle meydana geldiği zimmet kastının bulunmadığı” biçimindeki kabul ile çelişen ve yasal olmayan yetersiz gerekçeye dayanılarak hizmet sebebiyle emniyeti kötüye kullanma suçundan 765 sayılı Yasanın 510.maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi, **4. CD'nin 05.06.2007 tarih ve 2869/5348 sayılı kararı.**

Antalya Barosu'na bağlı olarak avukatlık yapan sanığın müşteki F. Ç'ın vekilliğini üstlenerek H.Ü'den olan alacağını tahsil amacıyla Antalya 4. İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlattığı, takip devam ederken alacağı haricen tahsil ettiği, bu durumu müştekiye bildirmediği gibi bilgisi ve talimatı olmadan 02/01/2009 tarihinde alacaktan feragat edip çek aslını geri aldığı, tahsil ettiği 7.454,42 TL parayı müştekiye ödemeyerek mal edindiği şeklinde gerçekleştiği kabul edilen olayda eylemin zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yanılı hukuki değerlendirmeler ile yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, **5. CD'nin 14/01/2014 tarih ve 12948/377 sayılı kararı.**

Avukat olan sanık S.Ç.'ın, katılan Selim'in Altındağ 4. Noterliğince düzenlenen ...2004 tarihli ve ...804 yevmiye sayılı vekaletname ile vekilliğini üstlendiği, senet borçlularından haricen tahsilat yaptığı halde müvekkili katılana bilgi vermeyerek uhdesinde tuttuğu, katılanın daha sonra bu durumu öğrendiği ve sanıktan haricen tahsil edilen paraları geri ödemesini istediği,

sanığın haricen tahsil ettiği paralara karşılık olarak katılana 15.07.2008 tarihli ve 75.000 Türk lirası bedelli senet vermesine rağmen bu senedi de ödemediği ve sanık hakkında Ankara 16. İcra Müdürlüğü'nün 2008/10107 sayılı dosyası üzerinden takip başlatıldığı olayda; sanığın, vekil sıfatıyla tahsil ettiği paraları katılana geri ödemeyerek üzerine atılı bulunan güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir. **15. CD'nin 09.04.2013 tarih ve 23144/6466 sayılı kararı.**

İzmir barosuna kayıtlı avukat olan sanığın müşteki vekili sıfatıyla M.... Tavukçuluk şirketi aleyhine alacak miktarını iflas masasına kaydetmek üzere İstanbul 5. Ticaret Mahkemesi'nde açtığı davada 19/04/2004 tarihli dilekçesi ile müşteki vekilliğinden istifa ettiğini bildirdiği halde İstanbul 1.İflas Müdürlüğü'nün 2002/6 sayılı dosyasında kayıtlı bulunan müşteki alacağını tahsil etmek üzere Av. H.K.'ı yetkilendirip 14/07/2005 tarihinde tahsil edilen 1.232,78 TL parayı müştekiye vermeyerek uhdesinde tuttuğu iddiası ile açılan davada; sanığın yüklenen suçu işlediği katılanın beyanı, sanığın tevil yollu ikrarı ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mahkumiyeti yerine¹⁹ yerinde bulunmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi, **15 CD'nin 29.05.2013 tarih ve 25120/10034 sayılı kararı.**

4) Hastayı Görmeden Muayene edip İlaç Yazan Hekim

Hastasını görmeden, sağlık karnesi üzerinden ya da başkasının getirdiği karneye ilaç yazan hekim hakkında, eylemin

19 Güveni kötüye kullanma suçundan. C Otacı.

görevde yetkiyi kötüye kullanma ya da sahte evrak düzenleme suçlarından hangisi olacağına dair 11. Ceza Dairesi²⁰ ve 4. Ceza Daireleri arasında görüş farklılığı bulunmaktaydı. 4. Ceza Dairesi eylemi ilkin görevde yetkiyi kötüye kullanma şeklinde vasıflandırmış, daha sonra 11. Ceza Dairesinin görüşünü benimseyerek evrakta sahtecilik suçunun oluşacağına karar vermişti. Konu Ceza Genel Kuruluna gitmiş, Genel Kurul ise eylemin, bazı şartlara bağlı olarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacağına karar vermiştir.

Doktor olarak ilk görev yerlerinde çalışmaya başlayan sanıkların, aralarında maddi bir ilişki bulunduğu her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispatlanamayan eczane sahiplerinin gönderdiği ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, büyük bölümü konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin, sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenen katkı payının doğması, bu şekilde eczane sahiplerine menfaat sağlanması ve kamu zararına da neden olunması hususları gözetildiğinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. **CGK'nın 04.02.2014 tarih ve 11-1347/30 sayılı kararı.**

Hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 16. Maddesinin "hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptı-

ğı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fennî kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez", Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesine göre ise "Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlamaz" şeklindeki düzenlemelere rağmen doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı H.B isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi, **4. CD'nin 01.11.2010 tarih ve 20682/18036 sayılı kararı.**

Sağlık ocağında hekim olan sanığın, hastayı görmeden görüp muayene etmiş gibi reçete düzenleme eyleminin, iddianamede sağlık karnesi sahibi S.K'nın reçetede ilaçları eczaneden teslim almadığının ileri sürülmesi nedeniyle 765 sayılı TCY'nın 339/1, 5237 sayılı TCY'nın 204/2. maddelerine uyan kamu görevlisinin (memurunun) resmi belgede sahteciliği suçunu oluşturabileceği ve kanıtların reçete bedelini Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne (SGK'na) fatura eden eczacı N.B hakkında açılan kamu davasına bakan Bakırköy 7.

20 11. Ceza Dairesi, 4. Ceza Dairesinden farklı olarak suçun bazı şartlarla sahtecilik olacağını yorumluyordu.

Ağır Ceza Mahkemesince birlikte tartışılıp değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, **4. CD'nin 07.10.2009 tarih ve 10261/15788 sayılı kararı.**

Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığının 29.12.2007 tarih ve 2007/648 esas sayılı iddianamesi ile hekim olan sanıklar hakkında; hastaları görmeden ve muayene etmeden kendilerine başkaları tarafından getirilen sağlık karnelerine reçete düzenleyip ilaçlar yazarak imzalayıp kaşeleyerek çeşitli eczanelerce kullanılmasına sebebiyet verdikleri" iddiasıyla açılan davada eylemlerinin kanıtlanması halinde 765 sayılı TCK.nun 340 maddesi aracılığıyla 339/1,-1.cümle ve 80, ya da daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun aynı suça uyan 204/2,43.maddelerinde tanımlanan resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceği, davaya bakma görevinin ise st derececi Ağır Ceza Mahkemesine ait olacağı gözetilmeden görevsizlik kararı yerine duruşmaya devamlı hüküm kurulması, **4.CD'nin 11.04.2011 tarih ve 3757/4751 sayılı kararı.**

5) Töre Saiki İle ldrme

Töre saiki ile öldürme suçuna dair kararların seyri, daha ilđintir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile ilk defa suç olarak tanımlanmış eylem hakkında 2005 ila 2008 yılları arasında suçu görmezden gelmiştir. 2008 ila 2011 yılları arasındaki kararlarda suç tipinin unsurları ile 2011 ila 2014 yılları arasında belirlenen unsurlar birbirinden farklıdır.

2008 ila 2011 yılları arasındaki uygulamaya göre özetle ; "töre eşittir namus, na-

musu temizlemek, kurtarmak adına işlenen her türlü öldürme eylemi ise töre saikiyle öldürme suçudur, bu suçta haksız tahrik olmaz" şeklinde bir anlayış benimsenmiştir. 2011 den sonraki kararlar ise törenin tek başına namus anlamına gelmediği, "belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren, kötü bir tre"yi ifade ettiği kabul edilmiştir. Suçun oluşabilmesi için failin, öldürme eylemini gerçekleştirirse toplum tarafından saygınlık ile dlendirileceği, gerekleştirmedeği takdirde ise kınanacağı düşüncesi ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemesi gerekir. Töre saikiyle öldürmeden bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın ölümlle cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesi şarttır. Toplumdan kastedilenin ise tüm ülke olabileceği gibi köy, mahalle, geniş aile gibi küçük bir topluluk da olabilir.

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın kardeşi olan öldürülen Tülay'ın daha önce evli olduğu kocası Mehmet'i aldattığı yönünden çıkan yoğun dedikodular karşısında sanık ve ailesinin oturdukları köyü terk ederek başka yere göç ettikleri, olay tarihinden yaklaşık 1 ay önce de öldürülenin baba evinden ayrılarak Kozan ilçesinde yaşamaya başladığı, burada da başka erkeklerle ilişkide bulunduğuna dair dedi-

koduların duyulması üzerine sanığın olay günü öldürülenin yanına giderek kendisini eve götürmek istediği ancak öldürülenin bu isteği kabul etmediği, teklifinin kardeşi tarafından reddedilmesi üzerine sanığın, onu Adli Tıp raporunda belirtildiği şekilde bıçakla öldürdüğü olayda;

Sanığın öldürülenin yaşam tarzının ve hakkında çıkarılan dedikoduların namusunu ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle ve töre saikiyle eylemini gerçekleşmesi karşısında, TCK.nun 82/1-d, k maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

Öldürülen Tülay'ın olay tarihinde reşit olup yaşam tarzının sanığa yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi sanığın olaydan hemen sonra müdafii huzuruyla kolluk görevlilerine verdiği savunmasında, maktulenin kendisine yönelik haksız tahrik uygulamasını gerektirir herhangi bir söz ve davranışından bahsetmediği halde, hakkında tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayini **1. CD'nin 03.03.2009 tarih ve 6048/1039 sayılı kararı.**

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, olay günü annesi Yeter ile maktülü parkta birlikte gördüğü, öpüşüklerini düşünerek annesine tokat vurduğu, maktülü de konuşma bahanesiyle arabasına bindirip ıssız bir yere götürerek bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda;

a) Sanığın annesinin, kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğluna karşı bir sorumluluğunun olmayıp sadece TMK'nun 185/2. maddesine göre, eşine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla maktülün, sanığın annesiyle

rızası dahilinde arkadaşlık etmesinin, sanığa yönelik haksız bir eylem oluşturmadığı, sanığın eylemi, maktul Abdullah'ın, annesi Yeter ile görüşüp arkadaşlık etmesi nedeniyle, ailenin namus ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle ve töre/namus saikiyle gerçekleştirdiği anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK'nun 82/1-k, maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 81. maddesi ile hüküm kurulması,

b) Sanığın annesi Yeter ile maktul Abdullah'ın yaşam tarzlarının sanığa yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanık hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, **1. CD'nin 08.06.2009 tarih ve 248/ 3287 sayılı kararı.**

Sanık ile mağdurenin 09/08/2005 tarihinde sanığın Almanya'ya gitmesini sağlamak için evlendikleri, fakat aralarında fiili birleşme olmadığı, anlaşamadıklarından 15/09/2006 tarihinde boşandıkları ve boşanma kararının olay tarihinden bir gün önce 18/09/2006 tarihinde kesinleştiği, bu süreçte mağdurenin başka birisiyle nişanlandığı, olay günü sanığın, mağdurenin evinin bulunduğu yere gittiği, mağdurenin dışarı çıktığını görünce yanına yaklaşarak kendisini zorla araca bindirmek istediği, mağdurenin binmemek için direndiği, gerek bu duruma gerekse daha önce başka birisiyle nişanlanması olayı nedeniyle, sanığın bıçağını çekerek mağdureyi karın, gö-

ğüs, kol ve bacak bölgelerinden dört tanesi ayrı ayrı yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde toplam dokuz bıçak darbesiyle yaraladığı, çevrede bulunanların olaya müdahale etmesi üzerine kaçarak eylemine son verdiği olayda;

Sanığın boşandığı eşinin bir başkasıyla nişanlanmasının aile şerefini ve namusunu azalttığı düşüncesiyle eylemini gerçekleştirdiğinden, 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k maddesi kapsamında Töre Saikiye Öldürmeye Teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılıya düşülerek kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, **1. CD'nin 09.06.2009 tarih ve 8741/3345 sayılı kararı**

Maktüller Cemile ve Mehmet'in nikahsız olarak birlikte yaşadıkları, 4 tane müşterek çocuklarının bulunduğu, sanık Ramazan'ın Cemile'nin kardeşi, sanıklar Ramazan, Metin ve maktül Mehmet'in de amca çocukları oldukları, olaydan önce Cemile'nin fuhuş yapan kadınların evine girip çıktığı, onun da fuhuş yaptığı yönünde dedikoduların duyulması üzerine sanıkların maktülleri uyardıkları, sonrasında maktüleyi köydeki evine götürdükleri, bir süre köyde kalan maktülenin düzenli hayat yaşayacağı yönünde ailesine söz vermesi üzerine, tekrar Mehmet'in evine dönmesine izin verdikleri, bundan sonra da Cemile'nin fuhuş yaptığı yönündeki dedikoduların sürmesi nedeniyle olay günü, maktüllerin evine gece saat 02.00 sıralarında gelen Ramazan ve Metin'in maktüllerle sohbet ettikleri sırada, dedikodulardan bahsederek ikaz ettikleri, Cemile ve Mehmet'in de karşı çıkarak “siz

karışamazsınız” dedikleri, bunun üzerine Ramazan'ın üzerinde taşıdığı tabancayı çıkartarak Mehmet'e birden fazla ateş ettiği, bu sırada Metin'in de Ramazan'ın elindeki tabancayı alarak birden fazla sayıda Cemile'ye ateş ederek maktülleri yaraladıkları, sanıkların olay yerinden birlikte kaçtıkları, Cemile'nin olay yerinde, Mehmet'in ise tedavi gördüğü hastanede vefat ettiği olayda;

Her ne kadar sanıklar hakkında “töre saikiyle öldürme” suçundan hüküm kurulmuş ise de;

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü'nde “töre” kelimesinin; “bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, adet, bir topluluktaki ahlaki davranış biçimleri, adap” olarak tanımlandığı, ayrıca “saik” kelimesinin, “sebeplere, güdü, kasta öngelen ve onu hazırlayan düşünce”, “öldürmenin töre saikiyle gerçekleştirilmesinin” ise “öldürmeye yönelik kastın, töre anlayışının etkisi altında şekillenmesi” anlamlarına geldiği, genelde iyi davranış biçimlerini ifade etmek için kullanılan “töre” kavramının zaman zaman “kötü” davranış biçimlerini ifade etmek için de kullanılabilirdiği, bu anlamda, Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinin konusunu oluşturan “töre”nin, “belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren”, “kötü bir töre”yi ifade ettiği, bir davranışın töreden kaynaklandığını söyleyebilmek için, bu davranışın “bir toplulukta genel olarak benimsenmiş, yerleşmiş yaşam biçimle-

rinden veya değer yargılarından kaynaklanmasının” gerekli olduğu, yasal düzenlemede geçen “saik” kelimesinin, öldürme fiilinin fail tarafından “başka her türlü etkiden uzak olarak sırf toplumda benimsenmiş olan genel bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranılmış olmasını cezalandırmayı görev addedip onun etkisiyle” işlenmesini, başka bir deyişle, “öldürme kastının, kötü törenin etkisiyle oluşması lüzumunu” ifade ettiği, bu durumdaki failin “öldürme eylemini” gerçekleştirirse toplum tarafından “saygınlık” ile ödüllendirileceğini, gerçekleştirmediği takdirde ise “kınanacağını düşünmesi ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemesi gerektiği, dolayısıyla “töre saikiyle öldürme” den bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun “toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın «ölümle» cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin” şart olduğu, burada “toplumdan” kastedilenin “tüm ülke” olabileceği gibi “köy, mahalle, geniş aile gibi” küçük bir topluluk da olabileceği, “töre saikiyle öldürme” suçunun oluşması açısından bunlar arasında fark bulunmadığı, «töre» kavramıyla sık sık karıştırılan “namus” kavramının ise “bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük” olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer an-

cak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin “töre saikiyle öldürme” olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi” biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan”, sırf bu nedenle “töre saikiyle öldürme” olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, “töre cinayeti ile namus cinayetinin” aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, «töre saikiyle öldürme” suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği,

Bu açıklamalar ışığında, somut olayda;

Sanıklar Ramazan ve Metin’in, Cemile hakkında çıkan dedikodular nedeniyle, Cemile ve Mehmet’i ikaz etmelerine rağmen Cemile’nin kendilerinin dayattığı yaşam biçimine uymadığı için «toplumda bu şekilde davrananların öldürülmesi gerektiği yönünde herhangi bir beklenti bulunmadığı halde», sırf kendi sübjektif değerlendirmelerine dayalı olarak maktulleri öldürmelerinin, töre saikiyle öldürme biçiminde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı gibi, başkasıyla resmi nikahlı evli olan Mehmet’le 15 sene önce gayri resmi olarak birlikte yaşamaya başlayan ve reşit

olan Cemile'ye kendi tercih ettikleri yaşam biçimini dayatma hakkı bulunmayan sanıkların bu yöndeki davranışlarına karşı, Mehmet ve Cemile'den «siz karışamazsınız» şeklinde gelen tepkinin de sanıklar açısından “haksız tahriki oluşturmayacağı” cihetle,

Sanık Ramazan hakkında tahriksiz kasten kardeşini öldürme ve tahriksiz kasten öldürme ile sanık Metin hakkında maktül- lere karşı ayrı ayrı tahriksiz kasten öldürme yerine, suçların nitelendirilmesinde yanıl- gıya düşülerek yazılı şekilde “töre saikiyle öldürme” suçlarından hüküm kurulması, **1. CD'nin 22/01/2014 tarih ve 2789/184 sayılı kararı**

Sanığın Soney'in ağabeyi olduğu, Soney'in Zekeriya ile evlenmek istediğini ailesine açıkladığı, ailelerin bir araya gelerek çocuklarının evlenme isteklerini konuştukları, Soney'in ailesinin dinlerin farklı olduğunu dile getirerek kendi dini ritüelleri doğrultusunda düğün mera- simi yapılması gerekliliğini öne sürdüğü, ailelerin anlaşamaması üzerine Soney ve Zekeriya'nın kaçarak gizlice resmi nikah yapmak suretiyle evlendikleri, kısa bir süre sonra evlerine döndükleri, sanığın olayları konuşmak için Soney ve Zekeriya ile bu- luşmak istemesi üzerine olay günü akşam yemeğinde buluştukları, yemek sonrası Zekeriya'nın kullanımında olan arabada, Soney'in ön yolcu koltuğunda, sanığın arka koltukta oturarak konuşmaya devam ettikleri, bu sırada sanığın tabanca ile So- ney ve Zekeriya'yı başlarından vurarak öl- dürdüğü olayda,

Her ne kadar sanık hakkında “töre sai- kiyle öldürme” suçundan hüküm kurulmuş ise de;

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü'nde “töre” kelimesinin; “bir toplulukta be- nimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve gele- neklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutu- lan yolların bütünü, adet, bir topluluktaki ahlaki davranış biçimleri, adap” olarak tanımlandığı, ayrıca «saik» kelimesinin, «sebeup, güdü, kasta öngelen ve onu hazır- layan düşünce», «öldürmenin töre saikiyle gerçekleştirilmesinin” ise “öldürmeye yö- nelik kastın, töre anlayışının etkisi altında şekillenmesi” anlamlarına geldiği, genelde iyi davranış biçimlerini ifade etmek için kullanılan “töre” kavramının zaman za- man “kötü” davranış biçimlerini ifade et- mek için de kullanılabilirdiği, bu anlamda, Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinin konusunu oluşturan “töre”nin, “belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren”, “kötü bir töre”yi ifade ettiği, bir davranışın töre- den kaynaklandığını söyleyebilmek için, bu davranışın «bir toplulukta genel olarak benimsenmiş, yerleşmiş yaşam biçimle- rinden veya değer yargularından kaynak- lanmasının” gerekli olduğu, yasal düzen- lemede geçen “saik” kelimesinin, öldürme fiilinin fail tarafından “başka her türlü etkiden uzak olarak sırf toplumda benim- senmiş olan genel bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranılmış olmasını ceza- landırmayı görev addedip onun etkisiyle” işlenmesini, başka bir deyişle, “öldürme kastının, kötü törenin etkisiyle oluşması lüzumunu” ifade ettiği, bu durumdaki fa- ilin “öldürme eylemini” gerçekleştirirse toplum tarafından “saygınlık” ile ödül- lenileceğini, gerçekleştirmediği takdirde ise “kınanacağını” düşünmesi ve bu eyle-

mi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemleri gerektiği, dolayısıyla “töre saikiyle öldürme”den bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun “toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın «ölümle» cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin” şart olduğu, burada “toplumdan” kastedilenin “tüm ülke” olabileceği gibi “köy, mahalle, geniş aile gibi” küçük bir topluluk da olabileceği, “töre saikiyle öldürme” suçunun oluşması açısından bunlar arasında fark bulunmadığı, «töre» kavramıyla sık sık karıştırılan “namus” kavramının ise “bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük” olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin subjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınanmaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin “töre saikiyle öldürme” olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi” biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulma-

dan”, sırf bu nedenle “töre saikiyle öldürme” olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, “töre cinayeti ile namus cinayetinin” aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, «töre saikiyle öldürme” suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği,

Bu açıklamalar ışığında, somut olayda;

Sanığın, kız kardeşi Soney ile Zekeriya'nın kaçmalarına ve kendi istediği biçimde evlenme töreni yapmalarına kızarak; onların öldürülmesi yönünde toplumsal bir beklenti veya baskı bulunmasına rağmen, sırf kendi subjektif değer yargılarıyla karar vermek suretiyle onları öldürdüğü olayda, töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının oluşmadığı halde, sanık hakkında haksız tahrik bulunmaksızın Zekeriya'yı kasten öldürme suçundan TCK.nun 81, Soney'i kasten öldürme suçundan ise 82/1-d maddeleri gereğince hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanılıya düşülerek, her iki mak-tule karşı eylemi nedeniyle yazılı şekilde “töre saikiyle öldürme suçundan TCK.nun 82/1-k ve 82/1-d-k madde/fıkra ve bentleri uyarınca hüküm kurulmuş olması, **1. CD'nin 07.10.2013 tarih ve 2120/5542 sayılı kararı.**

6) Çökme Kırığı Oluşturma Eyleminin Yaralama/Öldürmeye Teşebbüs Suçlarını Oluşturması

Öldürmeye teşebbüs, temelde sanığın kastı ile ilgilidir. Kastın belirlenmesinde ise en objektif ölçüt, failin dış dünyaya yansıyan hareketi, aldığı neticedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, genel olarak kafada

çökme kırığı oluşturan eylemlerde, kullanılan alet, öldürmeyi gerektirir husumet, engel neden gibi yardımcı kriterleri de kullanarak çökme kırığının 12 cm² ve daha büyük olduğu durumlarda eylemi öldürmeye teşebbüs olarak kabul etmektedir. Yaralama suçlarına bakan 3. Ceza Dairesi ise bazı kararlarında bu tür eylemleri yaralama olarak vasıflandırmaktadır.

Sanıkların taş ve sopalarla gerçekleştirdikleri eylem sonucunda mağdurun hayati tehlikeye maruz kalacak, organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olacak ve kafadaki çökme kırığı nedeniyle hayat fonksiyonlarına etkisi ağır (4) derece olacak şekilde yaralanması karşısında sanıkların eylemlerinde TCK'nin 87. maddesi kapsamında birden fazla nitelikli halin bulunması sebebiyle sanıklar hakkında temel cezanın tespitinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekirken alt sınırdan cezaya hükmedilerek eksik ceza tayini, (NOT: İdil Asliye Ceza Mahkemesinin 23.12.2011 tarih ve 2009/278 esas 2011/360 karar sayılı gerekçesinde Cizre Devlet Hastanesince verilen sağlık raporunda olay anı itibarıyla hayati tehlikesi bulunmasına rağmen rapor tarihi itibarıyla hayati tehlikesinin bulunmadığı, sağ temporal bölgede yaklaşık 3x4 cm ebatlarında kramiektomi defekti mevcut olduğunun tespit olunduğu) **3. CD'nin 27.01.2014 tarih ve 14612/2680 sayılı kararı.**

Mağdur ile tanıklar Ruzona ve Hüseyin'in aşamalarda tutarlı anlatımlarına ve mağdurun başında tanımlanan 7 adet kesi ve 3x3 cm'lik alanda çökme kırığı yaralanmasının niteliklerine göre; yaralanmanın TCK'nin 6/1.f maddesinde belirtilen elverişlilik' ölçütüne uygun

'kesici-delici-bereleyici' özelliği bulunan muşta ile gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında, TCK'nin 86/1, 3.e, 87/1.d-son maddeleri uyarınca sanığa hükmedilecek cezanın alt haddinin 5 yıldan az olamayacağına gözetilmemesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **3. CD'nin 03.06.2013 tarih ve 23659/22923 sayılı kararı**

Sanığın mağdur'un başına demir çubukla vurup, sol parietalde çökme kırığına, 4x3 cm kraniektomiye, beyin lezyonuna hayati tehlike geçirmesine ve iyileşme olanağı bulunmayan hastalığa tutulmasına neden olduğu olayda, teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nun 35. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, üst sınıra yakın ceza verilmesi yerine, 12 yıl hapis cezasına hükmolunarak eksik ceza tayini, **1. CD'nin 12.06.2013 tarih ve 1891/4377 sayılı kararı.**

Mağdura ait Adli Tıp İhtisas 3.Kurulu raporuna göre, mağdurdaki çökme kırığının 2x1,5 cm boyutunda olup uzuv zaafı-uzuv tatili niteliğinde olmadığı, öldürmeyi gerektirecek husumet bulunmadığı, eylemi kendiliğinden sona erdirmesi ve dosya içeriğindeki delilleri birlikte değerlendirerek suç vasfını yaralama olarak belirleyen mahkemenin kararında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamenin bu yöne ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. **1. CD'nin 07.10.2009 tarih ve 5822/5710 sayılı kararı.**

Sanık Kemal'in mağdur İsmail'i darp etmesi sonucu, mağdurun "baş sağ parietal bölgede açık çökme kırığı ve kraniektomiye" neden olacak şekilde yaraladığı

olayda; darbenin hayati bölgeye doğrudan yöneltilecek yapılması dikkate alındığında, sanık Kemal'in öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde hata edilmesi **1. CD'nin 24.02.2009 tarih ve 9541/873 sayılı kararı.**

7) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Zamanaşımının Başlangıcı

CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilince, aynı maddenin sekizinci fıkrasına göre denetim süresi içinde zamanaşımı duracaktır. Kanun, denetim süresi içinde zamanaşımının duracağını düzenlemekle birlikte zamanaşımın durma ve başlama koşullarını/sürelerini açıklamamıştır. Dairelerin ise bu zamanaşımın ne zamana kadar duracağı ve ne zaman başlayacağına ilişkin birbirinden farklı kararları vardır.

5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 8. fıkrasında, hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresi içinde dava zamanaşımının duracağı ve maddenin 11. fıkrasında, denetim süresi içinde kasten yeni suç işlenmesi halinde mahkemece hükümün açıklanacağı düzenlenmiş olup, duran zamanaşımının, denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen hükümlülük kararının kesinleşmesi koşuluyla suçun işlendiği tarihte yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilerek ... **2. CD'nin 17.03.2014 tarih ve 9854/7042 sayılı kararı.**

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 20.11.2008 tarihi ile denetim süresi içinde işlenen ikinci suç tarihi olan, 18.9.2009 tarihi arasında

zamanaşımı süresinin CMK'nın 231/8. maddesine göre durduğu ve bu süre dikkate alındığında zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmakla... **3. CD'nin 21.05.2012 tarih ve 8214/20637 sayılı kararı.**

17.06.2003 suç tarihinden mahkumiyet hükmü olarak hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı 19.02.2009 tarihine kadar 5 yıl 8 ay 2 günlük sürenin geçtiği, itiraz edilmeyerek kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı üzerine zamanaşımının durduğu, temyize konu hükme ilişkin şartları oluşturan yeniden yargılama nedeniyle 04.01.2011 tarihinde düzenlenen tensiple durma süresinin sona erdiği ve yeniden başlayan zamanaşımı süresinin 7 yıl 6 aylık düşme süresine ulaştığı anlaşılarak ... **3. CD'nin 20.05.2013 tarih ve 7074/20606 sayılı kararı.**

30/07/2008 tarihinde sanık hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın itiraz üzerine 15/10/2008 tarihinde kesinleştiği, Kayseri Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'nün 29/12/2008 tarihli yazısı ile "sanığın belirlenen yükümlülüğe uyması gönderilen davete uymadığını" bildirmesi üzerine, mahkemece 08/01/2009 tarihinde davanın tekrar ele alınarak sanık hakkında 26/02/2010 tarihli ek karar ile 30/07/2008 tarihinde verilmiş olan hükmün açıklanmasına karar verildiği anlaşılmakla, 15/10/2008 tarihinde durmuş olan zamanaşımının 08.01.2009 tarihinde yeniden işlemeye başladığı belirlenerek yapılan incelemede **3. CD'nin 15.03.2012 tarih ve 9168/19464 sayılı kararı.**

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 14.06.2006 tarihinden, deneme süresinde işlenen

suçtan dolayı verilen cezanın kesinleştiği 13.03.2009 tarihine kadar zamanaşımı süresinin durduğu ve inceleme tarihi itibariyle zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılarak **4. CD 05.06.2012 tarih ve 8021/13441 sayılı kararı.**

Dava zamanaşımının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 15.09.2006 tarihi itibariyle durduğu, sanığın denetim süresi içerisinde işlediği kasıtlı suç nedeniyle yeniden işlemeye başlayarak suç tarihinden hüküm tarihine kadar gerçekleştiği anlaşılmış... **8. CD'nin 31.10.2012 tarih ve 20879/32191 sayılı kararı.**

5271 sayılı Yasanın 231/8-c maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen kararın kesinleştiği 10.06.2010 ile hükmün açıklandığı 11.06.2012 tarihleri arasında zamanaşımının işlemeyeceği cihetle; suç tarihinden temyiz inceleme tarihine kadar sanık lehine olan 765 sayılı TCK'nun 102/4, 104/2. maddelerinde düzenlenen zamanaşımı süresinin dolmadığı **11. CD'nin 20.03.2014 tarih ve 21673/5267 sayılı kararı.**

Sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 26.01.2011 tarihli kararın kesinleşme tarihi olan 03.03.2011 tarihinden itibaren, Dairemizin 2011/13322 Esas -2012/10996 Karar sayılı bozma kararı üzerine Torbalı Asliye Ceza Mahkemesi'nce tensip zaptı ile yargılamanın yeniden başladığı, 27.08.2012 tarihine kadar CMK'nın 231/8. maddesi gereğince dava zamanaşımının durduğu ... **12. CD'nin 02.04.2014 tarih ve 23092/8075 sayılı kararı.**

Sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 14.10.2009 tarihli kararın kesinleşme tarihi olan 21.12.2009 tarihinden itibaren denetim süresi içinde verilen mahkumiyet kararına konu ikinci suçun işlendiği 05.11.2010 tarihine kadar CMK'nın 231/8. maddesi gereğince dava zamanaşımının durduğu ... **12. CD'nin 25.03.2014 tarih ve 1577/7323 sayılı kararı.**

Zamanaşımı süresinin 5271 sayılı CMK'nın 231/8 maddesi uyarınca denetim süresi içerisinde durduğu, hükmün açıklanması ile durma sebebinin kalktığı ve zamanaşımı süresinin kaldığı yerden işlemeye devam ettiği, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında lehe olan 765 sayılı TCK'nın 102/4, 104/2 maddesinde öngörülen olağanüstü zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı anlaşılmakla tebliğnamede dava zamanaşımının gerçekleştiğinden bahisle düşme kararı verilmesini öneren görüşe iştirak edilmemiştir. **12. CD'nin 23.01.2013 tarih ve 32868/1988 sayılı kararı.**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği 05.10.2006 ile deneme süresi içinde işlenen ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği 20.05.2010 tarihleri arasında dava zamanaşımının durduğu gözetilerek; suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 141/1, 31/2. maddelerine uyan suçun gerektirdiği cezanın türü ve üst sınırına göre; aynı Yasanın 66/1-e, 66/2, 67/4. maddelerinde öngörülen (durma süresi hariç) 6 yıllık uzatılmış dava zamanaşımı süresinin, suç tarihi olan 12.06.2003 ile inceleme tarihi arasında geçmiş bulunması, **13. CD'nin 12.02.2013 tarih ve 25224/2562 sayılı kararı.**

Sanığa isnat olunan suçun kanun maddesinde öngörülen cezasının üst sınırına nazaran 765 sayılı TCK.nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde belirlenen 7 yıl 6 aylık asli ve ilave zamanaşımına tâbi olduğu, suç tarihi olan 10.05.2004'den itibaren işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresinin, CMK.nun 231/8. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın verildiği 29.07.2008 tarihinde durduğu, ancak hükmün açıklanmasıyla birlikte yeniden işlemeye başladığı ve inceleme gününe kadar bu sürenin gerçekleştiği.. **14. CD'nin 27.04.2012 tarih ve 3458/4868 sayılı kararı.**

Sanık hakkında Şanlıurfa 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.12.2009 tarih ve 2008/58 esas, 2009/189 sayılı kararıyla kamuya verdiği zararın bir defeda tamamen giderilmesi koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, bu kararın 09.03.2010 tarihi itibarıyla kesinleştiği ve denetim süresinin başladığı, sanığa yapılan tebligata rağmen 24.10.2010 tarihine kadar yükümlülüğü yerine getirmediği, 5271 sayılı CMK'nın 231/8-son maddesi uyarınca kesilen zamanaşımının dosyanın yeniden ele alındığı 18.02.2011 tarihi itibarıyla yeniden işlemeye başladığı anlaşılabilir olup; **15. CD'nin 22.01.2013 tarih ve 15270/951 sayılı kararı.**

8) Evlilik Dışı Doğan Bebeği Öldürme

Aşağıda yer alan dört karara konu olayların ortak özelliği, anne sanığın, gayri meşru ilişki sonucu olan bebeğini öldürmesidir. Şüphesiz ki öldürme şekilleri bire bir aynı değildir. Ancak ortak noktaları olan olaylarda dört ayrı sonuca ulaşılmıştır.

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanıklar Recep ve Elif'in nişanlı iken ilişkiye girmeleri nedeniyle Elif'in hamile kaldığı, evlendikten 3 ay sonra doğum vaktinin geldiği, ancak bu durumun çevrelerinde hoş karşılanmayacağını düşünen sanıklar Recep, Elif ve Elif'in annesi sanık Fatma'nın, bir şekilde bebekten kurtulmak istedikleri, bu nedenle olay günü doğum için hastaneye giderken hiçbir bebe kıyafeti götürmedikleri gibi doğum sonrası sağlık görevlilerinin uyarısına rağmen sanık Elif'in bebeği beslemediği, bebek ve annesinin sağlıklı olmaları nedeniyle aynı gün hastaneden taburcu edildikleri, önce bindikleri ticari takside bebeği terk ettikleri, ancak taksi şoförünün uyarısı üzerine sanık Recep'in bebeği aldığı, Elif ve Fatma'nın ise bebekle ilgilenmeden eve çıktıkları, Recep'in şehir dışında ıssız bir yerdeki kullanılmayan tuğla fabrikasına giderek, bebeği ağız ve yüzü battaniye ile sarılı bir şekilde bahçe duvarı kenarına bırakıp üzerine tuğla parçaları koyarak diğer sanıkların yanına döndüğü, sanıkların çevrelerine Elif'in doğum yaptığını söyleyerek gizledikleri, 30.10.2006 tarihinde doğan bebeğin 28.11.2006 tarihinde hayvan otlatan tanık İsmail tarafından ölü olarak bulunduğu, Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporuna göre bebeğin "destekten yoksun olarak soğuk ortama terk edilmesine bağlı beslenememe ve ısı kaybı sonucu öldüğü" olayda;

Sanıkların eylem ve irade birliği içinde alt soylarından olan yeni doğmuş bebeği öldürme suçunu işledikleri anlaşılabilir, TCK.nun 82/1-d-e, maddeleri yerine, sanık Recep'in TCK.nun 83/3,21/2,62; sanıklar Elif ve Fatma'nın TCK'nun 97/2, 86/3-a,

87/4,21/2,62. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları suretiyle eksik ceza tayini, **1. CD'nin 11/05/2010 tarih ve 7098/3459 sayılı kararı.**

Suç tarihinde bekar olan sanığın, babası belli olmayacak şekilde çocuk edindiği, yaşadığı sosyal çevre itibariyle hakkında yaşam tarzı ile ilgili çıkarılabilecek dedikoduların kendisinin ve ailesinin namusunu ve şerefini eksiltilebileceği inancıyla, töre saikiyle eylemini gerçekleşmesi karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK.nun 82/1-d, e. maddesi yanında 82/1-k maddesinin de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi yasaya aykırı ise de; bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasında 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin (d), (e) bendinin yanına aynı kanun maddesinin (k) bendinin de eklenmesine, **1. CD., 09.12.2010, 4759/7914 (Not : Olayda, sanık yeni doğan bebeğin boğazını sıkarak öldürüp gömmüştür.)**

Oluşa, dosya içeriğine ve gösterilen gerekçeye göre; gayri meşru ilişki sonucu başkasından hamile kalan sanığın, olay gecesini evinde doğurduğu bebeğini emzirip beze sardıktan sonra ailesinin bu durumu öğrenmemesi maksadıyla evinin yakınındaki boş bir arsaya bıraktığı, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 27.01.2010 tarih ve 328 karar sayılı raporunda otopside belirtilen bulguların ölümden önce mi veya sonra mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ve ileri derecede çürüme nedeniyle ölüm sebebinin tespit edilemediğinin belirtildiği olayda, sanığın eyleminin ihmal suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden,

5237 sayılı TCK.nun 82/1-d,e,k maddesi kapsamında yeni doğmuş bebeği töre saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği yönüyle bozma isteyen tebliğnamedeki düşünce benimsenmemiştir. **1. CD'nin 07/05/2012 tarih ve 4322/3639 sayılı kararı.**

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, gayri resmi olarak başkası ile evliyken eşinden ayrılarak anne ve babası ile birlikte yaşamaya başladığı, başka bir şahısla evlilik dışı girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, hamileliğini anne ve babasından sakladığı, olay günü sabah saatlerinde doğum sancısı başlayınca banyayoya tek başına giderek ayaktayken burada doğum yaptığı, yeni doğan bebeği bir çarşafa sararak salondaki çamaşır makinasının arkasına bıraktığı, kanamasının devam etmesi üzerine annesine rahatsızlandığını söyleyerek kendisini hastaneye götürmesini istediği, hastaneye gidince yeni doğum yaptığının anlaşıldığı, olayın polise bildirilmesi üzerine sanığın, bebeği ikamet ettiği evde çamaşır makinasının arkasına bıraktığını söylediği, yapılan aramada yeni doğan bebeğin sanığın söylediği yerde çarşafa sarılı şekilde ölü olarak bulunduğu, İstanbul Adli Tıp Morg İhtisas Dairesi ve Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporlarına göre canlı doğduğu anlaşılan bebeğin ölüm nedeninin kesin olarak belirlenemediği olayda; sanığın öldürme kastının kesin olarak saptanamadığı, koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek yeni doğan bebeği çarşafa sarmak suretiyle çamaşır makinesinin arkasına bırakarak terk etmesi sonucu ölümün meydana geldiği, eyleminin TCK.nun 97/2. maddesi yollamasıyla 87/4. maddesine uyan suç

oluşturduğu anlaşıldığı halde, TCK.nun 87/4, 62 ve 53 maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi, **1. CD'nin 16.05.2012 tarih ve 3334/4002 sayılı kararı.**

9) Sanık Müdafiiine Son Sözün Sorulması

Sanığın hazır olmadığı karar duruşmasında, sanığı temsil eden müdafiiine son sözün sorulması gerekip gerekmediğine ilişkin Ceza Genel Kurulunda birbirine zıt iki karar verilmiştir.

CMK'nda "son söz" hakkının sanık müdafiiine verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. CMK'nun 216. maddesinin birinci fıkrasında delillerin tartışılmasında 1412 sayılı Kanundan farklı biçimde sanıktan bağımsız olarak ayrıca sanık müdafiiine de söz hakkı verilmesini kabul eden kanun koyucu son söz hakkına ilişkin üçüncü fıkrada benzer bir düzenleme yapmamıştır. Ayrıca CMK'nun 226/4. maddesinde ek savunma hakkına ilişkin olarak müdafiiin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağını kabul eden kanun koyucu, son söz hakkına ilişkin benzer düzenleme yapabilecekken, böyle bir hükme yer vermemek suretiyle, son söz hakkının sanığa ait bir hak olduğunu göstermiştir. Ek savunmaya ilişkin hükmün kıyas yolu ile son söz için de uygulanabileceği düşünülebilir ise de; son söz hakkının niteliği gereği bu mümkün değildir. **CGK., 08.10.2013, 3-1391/407 , CGK., 22.01.2013, 3-1469/19.**

5271 sayılı CYY'nin 226/4. maddesinde ek savunma hakkının verilmesi konusunda, müdafiiin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanmasına ilişkin getirilen kuralın, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da CYY'nin 216/3. maddesi uyarınca sanığın oturumda hazır bulunmaması halinde hükümden önce son sözün, hazır bulunan müdafii verilmesi zorunludur. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu zorunluluğa uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup, bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz.

Bu itibarla, sanığın hazır bulunmadığı son oturumda C.Savcısının beyanının tespitinden sonra hazır bulunan sanık müdafiiine son sözün verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup, yerel mahkeme direnme hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin, belirtilen usul yanlıgısı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir. **CGK'nın 17.02.2009 tarih ve 1/172-26.**

10) Savunma Almadan Beraat Kararı Verilmesi

Sanık hakkında toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerekirse, sorgusu yapılmadan davanın bitirilebileceğine dair CMK'nın 193/2 maddesinin açıklığına, Ceza Genel Kurulunun kararına rağmen daireler, kanunu mülga CMUK 223/son daki düzenleme gibi yorumlamaya devam etmektedir. Burada daha ilginç olan, dairelerin kararlarında CGK'nun aşağıda yer alana kararlarını değil, CMUK 223/son maddesi nedeniyle yazılmış eski kararları referans almalarıdır.

5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın, "Sanığın duruşmada hazır bulunmaması" başlığını taşıyan 193. maddesine, 01.06.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkrasının konuluş amacı gerekçesinde, "Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir. Böylece sanığın lehine bir düzenleme getirilmiş ve gereksiz yere davanın uzaması önlenmek istenmiştir" şeklinde açıklanmış olup, maddenin değişikliği gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verileceği hallerde, davanın gereksiz yere uzamaması için sorgusu yapılmadan da davanın bitirilmesi olanaklı hale gelmiştir. 1412 sayılı CYUY'un 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra benzerlik arzietmekte ise de, anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY'nun 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkûmiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir.

... Sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verildiği nazara alındığında, sorgusu yapılmadan duruşmanın bitirilmesi de 5271 sayılı CYY'nin 193/2. maddesine uygun olup, bir isabetsizlik bulunmamaktadır. **CGK'nın 20.10.2009 tarih ve 11-89/243 sayılı kararı.**

Toplanan kanıtlara göre unsurları itibarıyla oluşmadığı ilk bakışta ve açıkça anlaşılan suçtan ötürü beraat kararı verilebilmesi için sanığın sorgusunun yapılmasına ihtiyaç bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi gerekmektedir. **CGK'nın 27.11.2007 tarih ve 7/248-251 sayılı kararı.**

Fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanığın sorgusu yapıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği gözetilmeden, 5271 sayılı CYY'nin 193/son maddesine yanlış anlam verilerek anılan Yasanın 191 ve 147.maddeleri gereğince sanığın sorgusu yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, **2. CD'nin 17.02.2014 tarih ve 15832/3957 sayılı kararı.**

Derhal beraat kararı verilmesi gereken hal dışında, delillerin takdir ve tartışılması zorunlu olduğundan, sanığın sorgusu yapıp savunması alınmadan hüküm kurulması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 191/3 ve 147. maddelerine aykırı davranılması, **6. CD'nin 07.05.2014 tarih ve 15885/9474 sayılı kararı.**

Fiilin ilk bakışta suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanıkların savunmaları saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin uyum gösteren kararlarının da bu yönde olduğu gözetilmeden, CMK'nun 147.maddeleri uyarınca sanıklar S.Ş ve E.M'nun sorgusu yapılmadan delil takdirine girilmek suretiyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, **7. CD'nin 04.06.2014 tarih ve 9093/11092 sayılı kararı.**

CMK'nun 193/2. maddesi uyarınca fiilin suç oluşturmaması veya suçun yasal unsurlarının gerçekleşmemesi nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, sanığın ifadesinin sonuca etkili olduğu, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanığın sorgusu yapıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği gözetilmeksizin, usulüne uygun biçimde savunması alınmadan ve delil değerlendirilmesi de yapılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **8. CD'nin 20.03.2014 tarih ve 16768/7127 sayılı kararı.**

Ceza Yargılama Yasasında mahkemeye gelmemiş sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen 5271 sayılı CMK'nın 193/2. maddesinin "ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağı ve derhal beraat kararı verilebilecek" hâllerle sınırlı olarak uygulanabileceği, bu hâller dışında mutlaka sanığın sorgusunun yapılmasının gerektiği gözetilmeyip, sanığın savunması yönteminde saptanmadan hüküm kurulması, **13. CD'nin 07.05.2014 tarih ve 3236/17018 sayılı kararı.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29/12/1986 gün 477/634, 21/09/1992 gün 225/236 ve 12/06/2001 gün 177/119 sayılı kararları ile uyum gösteren daire kararlarında açıklandığı üzere, fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanık E.O'nun sorgusu yapıp, savunmasının saptanmasından sonra sanık Hacer'in savunması ile birlikte değerlendirilmesi, sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeden 5271 sayılı

CMK'nın 193. maddesine yanlış anlam verilerek sanık Emin'in sorgusu yapılmadan eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **15. CD'nin 29.04.2014 tarih ve 8352/8271 sayılı kararı.**

11) Birlikte Tehdit Suçu

TCK'nun 106/2-c maddesine göre, aynı maddenin birinci fıkrasına göre tehdit sayılan eylemi, birden fazla kişinin birlikte işlemesi, suçun nitelikli hali sayılmıştır. Yargıtay 4. Ceza dairesi, daha önceki kararlarında, birlikte tehdit suçunu işleyen sanıkların, olay olaydan önce birlikte tehdit etme hususunda irade birliğine varmalarını suçun oluşumu için şart koşmazken yeni kararlarında bu koşulu aramaktadır.

Sanıkların, şikayetçiyi "jandarmaya gidersen seni öldürürüz, evini yakarız" biçimindeki sözlerle birlikte tehdit ettiklerinin iddia olunması karşısında, eylemleri TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen "birden fazla kişi tarafından birlikte" tehdit suçunu oluşturabileceğinden ... **4. CD'nin 22.05.2014, 36182/18057.**

Sanıkların, müştekinin evine gelerek ölümle tehdit ettiklerinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi tarafından birlikte tehdit suçunu oluşturabileceği, **4. CD'nin 13.05.2014 tarih ve 37826/16376 sayılı kararı.**

Sanıkların, Viranşehir Tapu Sicil ve Kadastro Müdürlüğü'ne gayrimenkulleri üzerinde işlem yaptırmak için gittiklerinde taleplerinin kabul edilmemesi üzerine ani şekilde gelişen olayda müştekileri "bu iş burada kalmayacak, size göstereceğiz, sizlere gereken yapılacak" şeklindeki sözler-

le tehdit ettiklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların, olaydan önce ne şekilde birlikte tehdit etme irade işbirliği içinde buldukları açıklanmadan, TCK'nın 106/1. maddesinin son cümlesi yerine aynı kanununun 106/2-c maddesi uyarınca hüküm kurulması, **4. CD'nin 28/04/2014 tarih ve 95/13925 sayılı kararı.**

Aralarında husumet bulunan tarafların, olay günü apartmanda karşılaşmaları üzerine aniden çıkan kavga sırasında sanığın, temyize gelmeyen diğer sanıkla birlikte katılanları tehdit etmesi şeklinde gerçekleşen eylemde, sanığın olaydan önce ne şekilde birden fazla kişi ile birlikte tehdit etme iradesinin bulunduğu açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle TCK'nın 106/2-c maddesi dolayısıyla somut olayda iki ağırlaştırıcı neden bulunduğu kabul edilip alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması, **4. CD'nin 03.07.2014 tarih ve 1283/23858**

11) Basit Hesaplama Hatalarının Aleyhe Bozmaya Konu Olup Olamayacağı

Basit hesaplama hatası olarak bahsettiğimiz durum, ceza yargılamasında hüküm kurulurken dört işlem olarak adlandırılan toplama, çıkartma, çarpma ve bölme işlemlerindeki matematiksel hata yapılarak cezanın eksik ya da fazla belirlenmesidir.

Ceza Genel Kurulu, 07.10.2008 tarih ve 1-198/211 sayılı kararı ile 14.12.2010 tarih ve 4-210/259 sayılı kararında dört işlem hatasını aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirmiştir.

Ceza Genel Kurulu, 11.02.2014 tarih ve 12-70/57 sayılı kararında, dört işlem hatasının maddi hata olarak kabul edilme-

sine, aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine, sanık aleyhine temyiz bulunmayan hallerde dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle hüküm hâkimin ifadesi doğrultusunda düzeltilmesi gerektiğine karar vermiştir.

5237 sayılı TCY.nın 62. maddesi ile cezada indirim yapılırken, hesap hatası sonucu eksik ceza tayin edilmesinin, hükmün sanık lehine temyiz edildiği de nazara alındığında, sanık lehine ceza süresi yönünden kazanılmış hak oluşturup, oluşturmayacağıнын belirlenmesine ilişkindir.

...Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCY. nin 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY.nın 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemece verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY.nın 326/son ve 5271 sayılı CYY. nin 307/4. maddesine aykırıdır. **CGK., 07.10.2008, 1-198/211.**

...Dosya, belirtilen konuyla sınırlı olarak incelendiğinde; yerel mahkeme hükmündeki ilgili kısmın; "...takdire 3 ay hapis ve 5 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanığın sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak hükmedilen hapis

cezasının bir günü Türk Ceza Kanununun 52/2. maddesi uyarınca 20 TL hesabıyla aynı Yasanın 50/1-a maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilerek sanığın 500 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına...” şeklinde olduğu görülmektedir.

Buna göre; hükümlerle ilgili olarak, yasa yararına bozma yasa yoluna konu edilip edilemeyeceği tartışılan tek hukuka aykırılık, “3 ay hapis cezasının”, günlüğü “20 YTL’den” adli para cezasına çevrilmesi işlemi sırasında, sonuç adli para cezasının “90x20=1800” YTL yerine “500” YTL olarak tespit ve tayin edilmesinden ibarettir.

... Somut olayda; sonuç cezanın “1800 YTL” yerine “500 YTL” olarak belirlenmesinin hesap hatası olmayıp, uygulama hatası olması nedeniyle Özel Daire kararında belirtilenin aksine “aleyhe bozma yasağına” konu olacağına kuşku bulunmamakta ise de, ... **CGK., 14.12.2010, 4-210/259.**

... uyuşmazlık; aleyhe temyiz bulunmayan bir durumda, 5237 sayılı TCK’nun 89/1. maddesi uyarınca takdir edilen 120 tam gün sayısının aynı kanunun 52/2. maddesi gereğince bir gün karşılığı olarak takdir edilen 20 TL miktar ile çarpılması sırasında “2400 Lira” yerine maddi hata sonucu “2.240 Lira” olarak eksik ceza tayin edilmesine ilişkin hukuka aykırılık nedeniyle; hükmün sonuç adli para cezasının “2400 Lira” olarak belirlenmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmesinin mümkün olup olmadığının tespitine ilişkindir.

... cezaların belirlenmesi sırasında iradi olmaksızın ve güdülen amacın dışında

yapılan basit toplama, çıkarma, çarpma ve bölme şeklinde belirtilebilecek dört işlem hataları, dosyamızda olduğu gibi çarpan ile çarpılanın belli olduğu durumlarda, çarpımda yapılan hesap hataları herkes tarafından objektif bir biçimde farkedilebilecek nitelikte maddi hatalar olarak kabul edilerek, aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemeli, sanık aleyhine temyiz bulunmayan hallerde dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle hüküm hakim’in ifadesi doğrultusunda düzeltilmelidir.

Görüldüğü üzere, suç için ceza tertip edilirken dikkatsizlik sonucu iradi olmaksızın yapılan basit matematik hatalarının aleyhe değiştirmeme zorunluluğu ya da aleyhe düzeltme yasağının kapsamında olmadığı ilke olarak benimsenerek, sanık aleyhine temyiz olmadığı durumlarda dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle söz konusu aykırılıklar giderilebilecektir. ... **CGK., 11.02.2014 tarih ve 12-70/57.**

SONUÇ YERİNE

İçtihatların birbirinden farklı olması, görüş ve düşünce farklılığının hukuk sistemine yansımaları ve doğal karşılanması gereken bir sonuçtur. Görüş ve düşünce farklılıklarının, içtihatların oluşumuna zemin hazırlaması, varılacak sonucu daha isabetli kılacağı kesindir. Ne var ki her farklı görüş ve düşüncenin içtihat olması, hukuki güvenliği ve hukuken öngörülebilirliği zedelemektedir. Tek düze ve hiç değişmeyen bir içtihat geleneğinin olması, değişen dünyada arzu edilen bir durum olamaz. Bu durum hukukta bir kısır döngüye yol açacak, alternatif fikirlerin ortaya çıkmasını engelleyecektir. O halde çözüm, yargılanan kişilerin içtihat farklılığı nede-

niyle ortaya çıkacak aleyhe sonuçlardan korunmasını sağlayacak mekanizmalar geliştirmek ve bunların etkin şekilde kullanılımıdır.

Bahsedilen mekanizmaların ilki içtihatları birleştirme yoludur. İctihatları birleştirme kararı (İBK), 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesi ile Yargıtay hukuk ve ceza genel kurullarına verilmiş bir görevdir. Yasal düzenlemelerine bakıldığında İBK'nın varlık nedeni, genel olarak daireler arasında ya da aynı daire kararları arasında aynı hukuki konuya ilişkin yorum farklılıklarının ortadan kaldırılarak uygulama birliğinin sağlanmasıdır²¹.

Yargıtay Kanunu'nun 15/2 maddesine göre; daireler arasında içtihat uyuşmazlıklarının bulunması, dairelerden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi ya da benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunması, içtihatları birleştirme nedenidir. İctihatları Birleştirme yönteminin etkili şekilde kullanıldığını

söylemek mümkün değildir²². Ceza hukuku alanında en son çıkan İBK, 1992 tarihli'dir. Var olan İBK'larının çoğu, dayandıkları kanunlar yürürlükten kalktığı için güncelliğini yitirmiştir.

İkincisi yöntem ise, sanık lehine olduğunda hiçbir süreye tabi olmayan CMK'nın 308. maddesinde düzenlenen itiraz yasa yoludur. Dairenin değişen yorumları, suçun niteliğinde lehe değişiklik meydana getirmişse, sanık yararına itiraz yasa yoluna başvurulur, kararlar arasındaki hukuka aykırılığı gidermek mümkündür. Yukarıda da değinme fırsatı bulduğumuz gibi, farklı görüşlerin farklı daireler içinde olması durumunda itiraz yoluna başvurmamanın, sanığa sağlayacağı hiçbir fayda yok gibidir. Örneğin, kalabalık ortamda silahla ateş etme örneğinde olduğu gibi sanığın aleyhine yorum yapan daireye, lehe yorum yapan daire kararı sunularak itiraz edilse dahi, muhtemelen her daire kendi görüşünün daha doğru olduğu kanısı ile itirazı kabul etmeyecektir.

- 21 İlk bakışta makul bir amaç için kabul edildiği görülen İBK, bünyesinde birçok hukuki sorun barındırmaktadır. Hukukumuzda, içtihatları birleştirme gibi bağlayıcı bir yorum şeklinin hiç olmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bkz, Otacı Cengiz, İctihatları Birleştirme Kararları Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2013.
- 22 İctihatlar arasında, İBK'na gidilmesini gerektirecek pek çok neden varken, Yargıtay, sanki bu kanun maddesi hiç yokmuş gibi davranmaktadır. Örneğin "dairelerden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi" İBK nedenidir. Ancak birçok daire yerleşmiş görüşlerinden kendiliğinden dönebilmektedir. Bu durum, yerel mahkemeler ve yargılananlar nezdinde kurumsal saygınlığı azaltmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, TCK'nın 184. maddesinde düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçunda, 2005 ila 2014 yılları arasında TCK'nın 184/5. maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağı görüşündeydi. Ceza Genel Kurulunun 25.02.2014 tarih ve 4-691/91 sayılı kararı ile bu görüşünden vazgeçmiştir. Yaklaşık 9 yıl boyunca devam eden aynı uygulamanın terk edilmesi "yerleşmiş içtihadattan dönme"dir ve bunun İBK'ya gerek olmaksızın CGK kararı ile yapılması, Yargıtay Kanunu'nun 15/2 maddesine aykırıdır. Güncelliği kalmamış ama yasa gereği bağlayıcılığı devam eden (!) İBK'larının kaldırılması için dahi bir çalışma yapılmaması, bu kurumun bahsettiğimiz sorunu çözmeye adanmış olduğunu göstermektedir.

Kaynakça

- **Altundiş, Mehmet**; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasa Hukuk Dergisi, 2008, sayı 10.
- **Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 3. Bası.
- **Berki, Ali Himmet**, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948.
- **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2005.
- **Dönmezer Sulhi-Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 10. Bası.
- **Erdoğan Mustafa**, Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset, Star Gazetesi 11.07.2010 tarihli Nüsha.
- **Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin** ; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- **Gözler, Kemal**, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.
- **Otacı Cengiz**, İçtihatları Birleştirme Kararları Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2013.
- **Özbilgen, Tarık**, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976.
- **Selçuk, Sami**, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007.
- **Tosun, Öztekin**, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, İÜHFD, 1962, c XXVIII, sy 1.