

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİMDALI**

**BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Uğur ERSOY**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN**

Ankara – 2008

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİMDALİ**

**BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Uğur ERSOY**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN**

Ankara – 2008

ONAY

Uğur ERSOY tarafından hazırlanan “Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini” başlıklı bu çalışma, 07.11.2008 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

.....

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

ÖNSÖZ

“Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini” isimli yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda yapılan tezli yüksek lisans çalışmasının bir ürünüdür.

Yüksek lisans tezi olarak alınan konu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Sayın Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN’in danışmanlığında yürütülmüştür.

Yüksek lisans tezinin konusunu oluşturan şirket yönetimine kayyım tayini kurumu ilk kez, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Türk hukuk sistemine girmiştir. Kanun’un 133. maddesinde düzenlenen kayyım tayini kurumu, günümüz piyasa ekonomisinde sayıları hızla artan şirketlerin faaliyetleri çerçevesinde bazı suçların işlenmekte olması durumunda, şirket yönetimi için kayyım atanmasını düzenlemektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ve ilgili yasalar çerçevesinde şirket yönetimine kayyım tayininin koşulları ve kayyımın görevleri, yüksek lisans tez düzeni içerisinde incelenmiştir.

Henüz uygulaması çok fazla olmayan şirket yönetimine kayyım tayini kurumu ile ilgili olarak yapılmış bu ilk çalışmanın hukuk literatürüne katkı sağlayabileceği ümit edilmektedir.

Yüksek lisans tezinin hazırlanmasında görüş ve önerilerinden istifade etme şansına sahip olduğum, tez danışmanım, değerli hocam Sayın Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN’e, Sayın Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ’e ve çalışmamda emeği geçen diğer değerli hocalarıma saygılarımı ve şükranlarımı arz ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK KAYYIMLIK VE KORUMA TEDBİRLERİ

BİRİNCİ ALT BÖLÜM GENEL OLARAK KAYYIMLIK

I. KAYYIMLIĞIN TARİHİ GELİŞİMİ.....	3
A. Roma Hukukunda	3
1. Genel Olarak.....	3
2. Kayyımlığın Türleri	5
a. Cura Furiosi.....	5
b. Cura Minorum.....	5
c. Cura Prodigii.....	6
d. Özel Kayyımlık Halleri	6
e. Tüzel Kişiler İçin Kayyım Tayini.....	7
3. Kayyımın Atanma Usulü	7
4. Kayyımın Görev ve Yetkileri.....	8
5. Kayyımın Hukuki Sorumluluğu.....	9
6. Kayyımlık İlişisinin Sona Ermesi	9
B. İslam Hukukunda	10
II. KAYYIMLIĞIN TANIMI, KAYYIMIN TEMSİL YETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	11
A. Genel Olarak.....	11
B. Kayyımın Temsil Yetkisi ve Hukukî Niteliği.....	13
III. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE KAYYIMLIĞIN TÜRLERİ	15
A. Temsil Kayyımlığı.....	16
B. Yönetim Kayyımlığı	17
C. İsteğe Bağlı Kayyımlık	25
IV. KAYYIMLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLER	26
V. GÖREVLİ MAHKEME	29

İKİNCİ ALT BÖLÜM KORUMA TEDBİRLERİ

I. KAVRAM VE TERİM.....	30
II. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ	30
A. Yasa ile Düzenlenmiş Olma	32
B. Hüküm Verilmeden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlama	33
C. Geçici Olma	34
D. Araç Konumunda Bulunma	34
E. Belli Makamlar Tarafından Verilmiş Olma	35
III. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖNŞARTLARI.....	36
A. Gecikmede Tehlike Olması	36
B. Şüphenin Belli Bir Yoğunlukta Olması (Görünüşte Haklılık).....	37
C. Koruma Tedbirinin Orantılı Olması (Ölçülülük İlkesi)	38

İKİNCİ BÖLÜM ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ

I. KAVRAM VE TERİM	40
II. ŞİRKETLERİN EKONOMİK VE SOSYAL FONKSİYONLARI İLE ŞİRKETLERE KAYYIM ATANMASININ ÖNEMİ	40
III. ŞİRKET YÖNETİMİNE ATANAN KAYYIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ	43
A. Onay Makamı Olarak Atanan Kayyımın Hukuki Niteliği	44
B. Yönetim Organı Yerine Atanan Kayyımın Hukuki Niteliği.....	47
IV. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİNİN KOŞULLARI.....	47
A. Suçun Bir Şirketin Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmekte Olması...	48
B. Suçun Zincirleme veya Kesintisiz Suç Şeklinde İşlenmesi.....	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Suçun Kesintisiz (Mütemadi) Suç Biçiminde İşlenmesi....	50
a. Genel Olarak	50
b. Kesintisiz Suçun Türleri.....	55
c. Kesintisiz Suçun Sonuçları	56
(1) Kesintisiz Suçun Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları	56
(2) Kesintisiz Suçun Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Sonucu	58

3. Suçun Zincirleme (Müteselsil) Suç Biçiminde İşlenmesi ..	58
a. Kavram	58
b. Zincirleme Suçun Hukuki Niteliği	59
(1) Suç Tekliği Görüşü	60
(2) Suç Çokluğu Görüşü	60
(3) Kanaatimiz	61
c. Zincirleme Suçun Unsurları	61
(1) Birden Fazla Suçun İşlenmesi	62
(2) İşlenen Suçların Aynı Olması	64
(3) Mağdurun Aynı Olması	66
(4) Suçların Farklı Zamanlarda İşlenmesi	68
(5) Bir Suç İşleme Kararının Bulunması	70
d. Zincirleme Suçun Sonuçları	75
(1) Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi	75
(2) Cezanın Belirlenmesi	75
(3) Zamanaşımının Başlangıcı ve Hesaplanması	78
(4) Suçun İşlendiği Yer ve Zamanın Belirlenmesi	80
(5) Ağırlatıcı ve Hafifletici Sebeplerin Uygulanması	81
(6) “Ne bis in idem” İlkesinin Uygulanması	81
C. Suçun İşlenmekte Olduğu Hususunda Kuvvetli Şüphe Bulunması	85
1. Şüphe Kavramı	85
2. Şüphe Çeşitleri	86
a. Basit Şüphe	87
b. Makul Şüphe	88
c. Yeterli Şüphe	89
d. Kuvvetli Şüphe	90
D. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılması İçin Gerekli Olması	90
1. Genel Olarak	90
2. Hukukun Amacı	91
3. Ceza Muhakemesinde Amaç Sorunu	93
a. Genel Olarak	93
b. Ceza Muhakemesi ile Diğer Yargılama Kolları Arasındaki Amaç Farklılığı Meselesi	97
aa. Amacın Tespitinin Önemi	98
bb. Maddi Gerçek – Şekli Gerçek Ayrımı	99
cc. Kanaatimiz	102
V. ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM ATAMAYA YETKİLİ MERCİ	103
A. Soruşturma Aşamasında	103
B. Kovuşturma Aşamasında	104

VI. KAYYIM TAYİNİ KARARININ İÇERİĞİ	105
A. Genel Olarak.....	105
B. Şirket ve Şirket Yönetimi Kavramları.....	105
1. Şirket Kavramı	105
2. Şirket Yönetimi Kavramı	106
VII. KAYYIM ATANMASINA İLİŞKİN ESASLAR	109
A. Genel Olarak.....	109
B. Kayyımın Şahsına İlişkin Şartlar	109
C. Kayyım Atanması Usulü.....	111
D. Kayyımın Görev Süresi.....	112
VIII. KAYYIMIN ÜCRET ALMA HAKKI, GÖREV VE YETKİLERİ	112
A. Kayyımın Ücret Alma Hakkı	112
B. Kayyımın Görev ve Yetkileri.....	113
1. Kayyımın Onay Makamı Olarak Atanması Halinde Görev ve Yetkileri.....	114
2. Kayyımın Yönetim Organı Olarak Atanması Halinde Görev ve Yetkileri	114
IX. KAYYIMIN ŞAHSINA VE İŞLEMLERİNE KARŞI ŞİKAYET	115
A. Genel Olarak.....	115
B. Kayyımın İşlemlerine Karşı Şikayet.....	115
C. Kayyımın Şahsına Karşı Şikayet.....	116
D. Şikayette Görevli Mahkemenin Belirlenmesi.....	118
X. TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU İLE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA AŞAMASINDA TEMSİLİ	120
A. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu	120
B. Tüzel Kişinin Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Temsili ..	125
XI. KAYYIM ATANMASINI GEREKTİREN SUÇLARA TOPLU BİR BAKIŞ	127
A. Genel Olarak	127
B. Kayyım Atanmasını Gerektiren Suçlar	128
1. Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti (TCK m.79, 80)	128
a. Göçmen Kaçakçılığı (TCK m.79).....	128
b. İnsan Ticareti (TCK m.80)	129
2. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (TCK m.188)	130
3. Parada Sahtecilik (TCK m.197)	131
4. Fuhuş (TCK m.227)	131
5. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama (TCK m.228)	132
6. Zimmet (TCK m.247)	133

7. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama (TCK m.282)	134
8. Silahlı Örgüt ve Silahlı Örgütlere Silah Sağlama (TCK m.314, 315)	136
a. Silahlı Örgüt (TCK m.314)	136
b. Silahlı Örgütlere Silah Sağlama (TCK m.315)	136
9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (TCK m.328-331, m.333-337)	137
10. 6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 12. Maddesinde Tanımlanan Silah Kaçakçılığı	138
11. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddesinde Tanımlanan Zimmet	139
12. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Tanımlanan Hapis Czasının Gerektiren Suçlar	151
13. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. Maddeleri	151
 XII. ZORLAMA AMAÇLI ELKOYMA İLE KAYYIM ATANMASININ KARŞILAŞTIRILMASI	152
 XIII. CMK m.128 İLE CMK m.133 ARASINDAKİ İLİŞKİ	153
 XIV. KAYYIMLIĞIN VE KAYYIMIN GÖREVİNİN SONA ERMESİ	157
 SONUÇ	159
KAYNAKÇA	179
ÖZET	195
ABSTRACT	196

KISALTMALAR

Ad.Der.	: Adalet Dergisi
akt.	: Aktaran
Any.	: Anayasa
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK	: Borçlar Kanunu
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İctihatlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
krş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar
m.	: Madde

RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
StPO	: Strafprozessordnung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Günümüzde ekonominin olmazsa olmazları arasında yer alan şirketler, ilk ortaya çıktıkları tarihten itibaren ekonomik ve sosyal hayatı önemli ölçüde etkilemişlerdir. Bugün gelişmiş ülkelere bakıldığında vakit ekonominin en önemli çarklarını şirketlerin oluşturduğu görülmektedir. Şirketlerin kuruluş amaçları hiç şüphesiz kârlarını legal yollarla maksimize edebilmektir. Ancak, her zaman bu gerçekleşmemekte ve şirketler, illegal yollardan gelir elde etmeyi hedefleyebilmektedir. Bu bağlamda, “paravan şirket” olarak tabir edilen şirketler kurularak suç işlemek amacıyla faaliyette bulunmaktadır. Bu şirketlerin kuruluş amaçları sadece illegal yollardan gelir elde etmektir. Bazen de, legal yollarla gelir elde etmeyi hedefleyen şirketler bir süre sonra illegal yollara girebilmektedir. Her ne şekilde olursa olsun, hiçbir hukuk düzeninin bu şekilde suç işlenmesine göz yumması beklenemez.

Ancak, şirketlerin ekonomik ve sosyal hayatta arzettikleri önem nedeniyle şirketlere müdahale edilirken çok hassas davranılması gerekmektedir. Aksi taktirde, yarardan çok zarar elde edilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 133. maddesi ile “şirket yönetimi için kayyım tayini” kurumunu kabul etmiştir. Böylelikle, el koymanın doğurduğu sakıncaların bir nebze de olsa önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Çalışmamızın konusu da şirket yönetimine kayyım tayin edilmesi kurum oluşturmaktadır. Hukuk sistemimize yeni giren bu kurumun daha iyi tanınması amacıyla yapmış olduğumuz çalışma, giriş ve sonuç bölümleri haricinde toplam iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, kayyımlık ve koruma tedbirleri üzerinde durulmuştur. Konunun daha iyi kavranabilmesi ve çalışmanın içinde geçen kavramların netlik kazanabilmesi açısından, kayyımlık ve koruma tedbiri kavramları üzerinde çok fazla ayrıntıya girilmeden açıklamalar yapılmıştır.

İkinci bölümde ise, şirket yönetimi için kayyım tayini açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, şirketlerin ekonomik ve sosyal fonksiyonları ile şirketlere kayyım atanmasının önemi, atanan kayyımın hukuki niteliği, kayyım tayininin koşulları, kayyım atamaya yetkili merci, kayyım tayini kararının içeriği, kayyım atanmasına ilişkin esaslar, kayyımın ücret alma hakkı, görev ve yetkileri, kayyımın şahsına ve işlemlerine karşı şikayet, tüzel kişinin soruşturma ve kovuşturma aşamasında temsili ve kayyım atanmasını gerektiren suçlar üzerinde durulmuştur. Daha sonra, şirket yönetimine kayyım tayini ile kayyım tayinine benzer kurumlar arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ele alınmıştır. Son olarak, kayyımlığın ve kayyımlık görevinin sona ermesi hususları üzerinde durulmuştur.

Yüksek lisans tezi olan bu çalışmada, incelenen konularla ilgili Yargıtay kararlarına ve doktrindeki görüşlere geniş ölçüde yer verilerek, yabancı ülkelerdeki uygulamalardan da bahsetmek suretiyle, henüz uygulaması nadir olarak görülen kurumun tüm detayları incelenmeye ve çözüm önerileri sunulmaya gayret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK KAYYIMLIK VE KORUMA TEDBİRLERİ

BİRİNCİ ALT BÖLÜM GENEL OLARAK KAYYIMLIK

I) KAYYIMLIĞIN TARİHİ GELİŞİMİ

A) Roma Hukukunda

1) Genel Olarak

Roma hukukunda hak ehliyetine sahip olabilmenin başka bir deyişle hukuken şahıs sayılabılmenin üç koşulu bulunmaktaydı: Hür (özgür) olmak, vatandaş (yurttaş) olmak ve baba hakimiyeti altında bulunmamak (aile evladı statüsünde olmamak)¹. Bu üç koşulu sağlayanlar hukuken şahıs sayılmakta ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip olmaktaydı. Roma'da kölelerin hak ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilmekteydi². Bu sınıflandırmada hürler de kendi içinde vatandaşlar ve yabancılar diye ikiye ayrılmakta; vatandaşlar hak ehliyetine sahip oldukları halde yabancılar bir iki istisna dışında hak ehliyetine sahip değildiler³. Roma vatandaşları da kendi içinde baba hakimiyetine tabi olanlar (alieni iuris) ve baba hakimiyetine tabi olmayanlar (sui iuris) diye ikiye ayrılmaktaydı⁴. Alieni iuris olanların hak ehliyeti kısıtlı iken sui iuris olanların hak ehliyetleri tamdı⁵.

Roma'da hak ehliyetine sahip olabilecek kişileri belirttikten sonra şimdi de kısaca fiil ehliyetine (hukuki işlem ehliyeti) sahip olabilmenin koşulları

¹ Özcan Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku**, 7.Bası, Ankara 2000, s.127.

² Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.128.

³ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.128.

⁴ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.128.

⁵ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.128.

üzerinde duralım. Roma hukukunda, fiil ehliyetine sahip olabilmek için dört koşulun varlığı aranmaktaydı: Yaş (aetas), akıl hastalığı (furor), israf ve cinsiyet⁶.

İşte hak ehliyetine sahip olmakla birlikte, yaş, akıl hastalığı, israf ya da cinsiyet nedeniyle hukuki işlem ehliyeti kısıtlanmış olan kişilere Roma hukukunda vasi veya kayyım (curator)⁷ tayin edilmekteydi⁸. Buradan çıkan sonuca göre, Roma hukukunda vesayet müessesesi, herhangi bir sebeple korunmaya muhtaç ve kendi işini göremeyen sui iuris olan şahıslarda, baba hakimiyetinin yerini tutmaktaydı⁹.

Roma hukukunda kabul edilen vesayet kavramı, günümüzdeki velayet ve vesayet kurumunu karşılamaktaydı¹⁰. Roma'da vesayetten ayrı bir velayet kurumu bulunmamakta, başka bir deyişle vesayet, velayeti de içermekteydi¹¹.

Bir veya birkaç kişi menfaatine, onların mallarını idare etmek veya bu idarede kendilerine rızalarını bildirmek ve onaylarını vermek suretiyle yardım etmekle görevlendirilmiş kişilere Roma hukukunda kayyım (curator) denilmekteydi¹². Kayyım atanmasındaki amaç, kişinin malvarlığının zarara uğramasını önlemektir¹³.

⁶ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.203; Erdal Özsunar, **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Ankara 2005, s.8-16.

⁷ Kayyım için Almanca “pfleger”, İngilizce “caretaker” veya “guardian”, İspanyolca “kurator”, İtalyanca “cura”, Fransızca “curateur”, Latince “curator” terimleri kullanılmaktadır, Seldağ Güneş-Ceylan, “Roma Hukuku’nda Kayyımlık (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış”, **AÜHFD**, C.53, S.1, s.221 (Cura). Roma hukukunda kayyımı anlatmak için “Curator” terimi kullanılırken, kayyımlık müessesesini ifade etmek için “cura” terimi kullanılmaktaydı.

⁸ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.216.

⁹ M.Nezih Elpe, **Vasilik ve Kayyım Hukuku**, Ankara 1967, s.2.

¹⁰ Seldağ Güneş-Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Ankara 2004, s.25 (Velayet-Vesayet).

¹¹ Güneş-Ceylan, **Velayet-Vesayet**, s.25.

¹² Güneş-Ceylan, **Cura**, s.221.

¹³ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.222.

2) Kayyımlığın Türleri

a) Cura Furiosi

Roma hukukunda, akıl hastaları için atanan kayyımlara cura furiosi denilmekteydi¹⁴. Akıl hastaları fiil ehliyetinden yoksun olduklarından dolayı bunlara kayyım atanması zaruri görülmekteydi. XII Levha Kanunu'ndan beri, akıl hastası olan kişilerin hukuki işlemleri kayyım tarafından idare edilmekteydi¹⁵. Akıl hastalığı ile birlikte fiil ehliyeti kendiliğinden (ipso iure) ortadan kalktığından Roma hukukunda kayyım atanabilmesi için ayrı bir hacir kararı (interdictio) alınmasına gerek yoktu¹⁶.

b) Cura Minorum

Roma hukukunda, rüşt yaşı yirmi beş olarak kabul edilmişti¹⁷ ve yirmi beş yaşının altındakiler çocuk olarak kabul edilmekteydi. Ancak Roma'da yirmi beş yaşından küçük olan herkesin durumu aynı değildi; bu kimselerin ergin olup olmamalarına göre ehliyetleri bakımından bir ayırım yapılmaktaydı¹⁸. Roma'da küçük erkeklerin on dört, küçük kızların ise on iki yaşını doldurmaları ile buluğ çağına girdikleri kabul edilmekte ve buluğ çağı öncesinde küçüğe yaptığı işlemlerde onay vermek üzere bir vasi atanırken, buluğ çağı ile yirmi beş yaş arasında kalan küçükler için kayyım atanması kabul edilmişti¹⁹. Atanan bu kayyıma cura minorum denilmekteydi.

¹⁴ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.223; Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1983, s.52.

¹⁵ Umur, **a.g.e.**, s.52; Salvatore Di Marzo, çev.Ziya Umur, **Roma Hukuku**, İstanbul 1954, s.200.

¹⁶ Umur, **a.g.e.**, s.52.

¹⁷ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.204.

¹⁸ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.204.

¹⁹ Umur, **a.g.e.**, s.52; Güneş-Ceylan, **Cura**, s.224; Nadi Günel, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara 1996, s.93, dn.192; Feyzullah Uslu, **Vesayet (Prensipler, Doktrin, Kazai İçtihat)**, İzmir 1941, s.36; Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku**, 2.Bası, Ankara 1963, s.86.

c) Cura Prodigı

Roma'da, kendisine miras olarak kalan serveti israf eden, düşüncesizce tüketen ve dolayısıyla ailesinin maddi varlığını tehlikeye düşüren kimseye müsrif denilmekteydi²⁰. XII Levha Kanunu'ndan beri, mirasçılara zarar verecek biçimde mallarını harcayan müsriflerin malları magistra kararı ile hacir altına alınır ve bir kayyım vasıtasıyla yönetilirdi²¹. Müsrif kişinin mallarını yöneten bu kayyım cura prodigi denilirdi.

d) Özel Kayyımlık Halleri

Buraya kadar incelenen kayyımlık türleri, genel kayyımlığa dair hükümleri içermektedir²². Roma hukukunun sonraki dönemlerinde kayyımlığın başka türleri de kabul edilmişti ancak kayyımlığın bu türlerinde yukarıda söz edilenlerin aksine koruma, koruma altındakinin bütün malvarlığını kapsamamaktaydı²³. Özel kayyımlık halleri, genel kayyımlık için öngörülen şartları taşımayanlar için söz konusu olmaktadır. Roma hukukunda özel kayyımlık hallerini şöylece sıralayabiliriz²⁴:

aa) Curator specialis: Özel işlerin halli için atanan kayyımlar,

bb) Curator debilium personarum: Zayıf kişiler ile hasta ve ihtiyarların korunması için atanan kayyımlar,

²⁰ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.213.

²¹ Umur, **a.g.e.**, s.52.

²² H.Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara 1952, s.125.

²³ Paul Koschaker, Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları**, İzmir 1992, s.341.

²⁴ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s.341; Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.126; Umur, **a.g.e.**, s.52-53; Elpe, **a.g.e.**, s.4; İsmail Özmen, **Açıklamalı-İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara 2004, s.39; Şakir Berki, **Roma Hukuku**, Ankara 1949, s.134; Nilgün Karanlık, **"Kayyımlık Hukuku"**, Ankara 1998, s.15.

cc) Curator bonorum: Mameleke ilişkin işlerin görülmesi için atanan kayyımlar,

dd) Curator ventris: Gebe dulların menfaatlerini korumak için atanan kayyımlar,

ee) Curator absentis: Gaippler için atanan kayyımlar,

ff) Curator hereditatis iacentis: Mirasçı tarafından kazanılmamış tereke için atanan kayyımlar.

e) Tüzel Kişiler İçin Kayyım Tayini

Roma hukukunda, kayyımlık müessesesi tüzel kişiler için de kabul edilmekteydi²⁵. Daha doğru bir ifadeyle, Roma'da tüzel kişilerin temsilcileri bugünkü anlamda temsilci sıfatında olmayıp kayyım sıfatına sahiptiler²⁶. Tüzel kişileri temsil eden kayyımların görevleri Lex Collegii Municipalis ile belirlenmişti²⁷.

3) Kayyımın Atanma Usulü

Vasilerin atanmalarında uygulanan usul kayyımların atanmalarında da uygulanmaktaydı²⁸. Buna göre kayyım üç şekilde atanabilmekteydi.

Bunlardan ilki vasiyetname ile atanmaydı. Roma'da kayyımların kural olarak vasiyetname ile atanamayacakları kabul edilmekteydi²⁹. Ancak kayyım

²⁵ Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.126; Berki, **a.g.e.**, s.135.

²⁶ Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.126.

²⁷ Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.126; Berki, **a.g.e.**, s.135.

²⁸ Uslu, **a.g.e.**, s.34.

²⁹ Uslu, **a.g.e.**, s.34; Iustinianus, çev.Ziya Umur, **Institutiones**, İstanbul 1968, s.63.

vasiyetname ile atanmış ve bu atama hakim tarafından onaylanmışsa atama geçerli hale gelmekteydi³⁰.

İkinci kayyım atanma usulü, kanuni kayyımlık yoluyla atanmaydı; bu usulde, XII Levha Kanunu'na göre, müsrif ve akıl hastalarının en yakın akrabaları kayyım olarak atanmaktaydı³¹.

Üçüncü kayyım atanma usulü ise ilgilinin kanuni kayyımı yoksa veya varolmasına karşın ehliyetsizse ilgiliye hakim veya vali tarafından kayyım atanmasıydı³².

4) Kayyımın Görev ve Yetkileri

Kayyım, vasinin sahip olduğu kadar geniş bir yetki yelpazesine sahip değildi³³. Kayyım atanmasındaki amaç, kişinin malvarlığının zarara uğramasını önlemektir³⁴. Bu nedenle Roma hukukunda kayyımın görevinin sadece izin vermekten ibaret olduğu kabul edilmekteydi³⁵. Kayyımın verdiği izinle vasinin verdiği izin arasında farklılık bulunmaktaydı; vasi yapılan akitte hazır bulunmak ve izin verdiğini belli şekildeki sözle ifade etmek durumundayken yirmi beş yaşından küçük erginlere, kayyımın vereceği izin herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi, akitten önce veya sonra (icazet) verilmesi de hukuki işlemin geçerli olması için yeterliydi³⁶. Bunun yanında kayyım, müsriflerin ve akıl hastalarının yapması gereken hukuki işlemleri

³⁰ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.222; Uslu, **a.g.e.**, s.34; Iustinianus, **a.g.e.**, s.63.

³¹ Uslu, **a.g.e.**, s.34.

³² Uslu, **a.g.e.**, s.35.

³³ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.227.

³⁴ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s.217; Güneş-Ceylan, **Cura**, s.222; bkz. aksi görüşte, Uslu, **a.g.e.**, s.34 (Yazara göre, kayyım, kayyımlık altında bulunan kimsenin hem mallarını idare etmek hem de onun şahsı ile ilgilenmek zorunluluğundadır).

³⁵ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s.340; Uslu, **a.g.e.**, s.38.

³⁶ Özsunar, **a.g.e.**, s.12; Uslu, **a.g.e.**, s.38; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s.340.

onlar adına yapar ve mameleklerini yönetirdi³⁷. Kayyım, gözetimi altındaki kişi adına dava açabilir veya gözetimi altında bulunan kişiye karşı açılan davaları takip ederdi yani kayyım gözetimi altındaki kişiyi hem davalı hem de davacı olarak temsil ederdi³⁸.

Kayyım, gözetimi altında bulunan kişinin mallarını iyi bir şekilde, zarar uğratmadan yönetmekle yükümlüydü; bunun gibi kayyımın gözetim ve denetimi altında bulunan kişi de, görevi dolayısıyla kayyımın yaptığı masrafları ve uğradığı zararları tazmin etme borcu altında bulunmaktaydı³⁹.

5) Kayyımın Hukuki Sorumluluğu

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, kayyımın, gözetimi altında bulunan kişinin mallarını özenle yönetmesi gerekmektedir. Kayyımın, malların idaresinde ve borçların ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi durumunda meydana gelen zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmekteydi⁴⁰. Kayyıma karşı bu dava vekaletsiz iş görme (actio negotiorum gestorum) hükümlerine göre açılmaktaydı⁴¹.

6) Kayyımlık İlişkisinin Sona Ermesi

Kayyımlık ilişkisinin taraflarını oluşturanlardan⁴² birinin ölmesi halinde kayyımlık ilişkisi doğal olarak sona ermekteydi⁴³. Müsrif üzerindeki kayyımlık, müsrifin ölümü veya üzerindeki hacir kararının kalkmasıyla; akıl hastası

³⁷ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.227.

³⁸ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.227.

³⁹ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.228.

⁴⁰ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.228.

⁴¹ Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, İstanbul 1997, s.174.

⁴² Kayyımlık ilişkisinin taraflarını kayyım ve gözetim altında bulunan kişi oluşturmaktadır (Güneş-Ceylan, **Cura**, s.229).

⁴³ Güneş-Ceylan, **Cura**, s.229.

üzerindeki kayyımlık, akıl hastasının iyileşmesiyle; küçük üzerindeki kayyımlık ise küçüğün yirmi beş yaşına girmesi ile kendiliğinden sona ererdi⁴⁴. Bunun gibi belli bir dönem için seçilen kayyımın görev süresinin dolması ile de kayyımlık ilişkisi kendiliğinden son bulurdu⁴⁵.

Kayyımın vatandaşlık hakkını kaybetmesi, esir olması, ölmesi, azledilmesi ve aleyhine dava açılması kayyımlık sıfatını sona erdiriyordu⁴⁶.

Roma'da sağ üç çocuğu olan; çok yaşlı veya hasta bulunan; eskiden vasisi bulunduğu bir küçüğe kayyım tayin olunan kişilerin kayyımlıktan çekilebilecekleri kabul edilmekteydi⁴⁷.

B) İslam Hukukunda

İslam hukuku⁴⁸, dini kurallara dayanan, toplumsal, hukuksal ve ekonomik sorunları din açısından inceleyip çözüm arayan bir hukuk sistemidir⁴⁹. İslam hukukunda, hukukun, ahlakın esasını din oluşturmaktaydı⁵⁰. Hukukun bütün alanlarında olduğu gibi vesayet hukuku da islami kurallara dayanıyordu.

İslam hukukunda kadı bazı durumlarda kayyım atayabilmekteydi. Özellikle, mefkud⁵¹ kimseler için yani yaşayıp yaşamadığı ve nerede olduğu bilinmeyen kimseler için bu yola başvurulduğu görülmektedir. İslam hukukuna

⁴⁴ Uslu, **a.g.e.**, s.39; Güneş-Ceylan, **a.g.e.**, s.229.

⁴⁵ Güneş-Ceylan, **a.g.e.**, s.229.

⁴⁶ Uslu, **a.g.e.**, s.38.

⁴⁷ Güneş-Ceylan, **a.g.e.**, s.229; Uslu, **a.g.e.**, s.38; Iustinianus, **a.g.e.**, s.67-71.

⁴⁸ İslam hukukuna “fıkıh” denmektedir. Fıkıhın başlıca dört kaynağı vardır: Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas, bkz. Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 9.Bası, Ankara 1999; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4.Bası, Ankara 2002, s.8 vd.

⁴⁹ Özmen, **a.g.e.**, s.40.

⁵⁰ Uslu, **a.g.e.**, s.40.

⁵¹ Ansay, **a.g.e.**, s.76.

göre kayyım, ehil, emin, mu'temed bir kimsedir ve mefkudun yakınlarından biri veya üçüncü bir kişi olabilir⁵². Kayyımın görevi, mefkudun mallarını korumak, alacaklarını tahsil ve borçlarını ifa etmektir⁵³. Özellikle rehin borçlusunun nerede olduğunun ve yaşayıp yaşamadığının bilinmediği hallerde, rehin alacaklısının başvurusu üzerine kadı, rehin konusunu sattırdığı takdirde borçtan artakalan tutarı tayin edeceği bir kayyıma muhafaza ettirirdi⁵⁴. Kayyım, mefkudun malları üzerinde tasarruf yetkisine sahipti buna karşılık mefkudun leh veya aleyhine olan bir davaya davacı veya davalı sıfatıyla katılamaz, ancak mefkudun yok olması veya bozulmasından korkulan malını satabilir ve alıcıdan bunun karşılığında bir bedel talep edebilirdi⁵⁵.

II) KAYYIMLIĞIN TANIMI, KAYYIMIN TEMSİL YETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) Genel Olarak

Kayyım (kayyum) Arapça kökenli bir sözcük olup, belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse anlamına gelmektedir⁵⁶. Hukuken ise kayyımı şöyle tanımlayabiliriz: “Kayyım, belirli bir işin görülmesi ya da malvarlığının yönetilmesi için, Medeni Kanunumuzda ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca (sulh hukuk mahkemesince), ilgisinin isteği üzerine veya re'sen atanan kişidir”⁵⁷.

⁵² Ansay, **a.g.e.**, s.74.

⁵³ Ansay, **a.g.e.**, s.74.

⁵⁴ Ansay, **a.g.e.**, s.74.

⁵⁵ Ansay, **a.g.e.**, s.74.

⁵⁶ Türkçe Sözlük, **Türk Dil Kurumu Yayınları**, Ankara 1988, C.2, s.824; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 1986, s.399.

⁵⁷ Nevzat Koç, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof.Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, **DEÜHFD**, C.7, Özel Sayı 2005, İzmir 2005, s.105.

Kayımlık kurumu genel olarak Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmiştir. Kayımlık, TMK'nın ikinci kitap (aile hukuku), üçüncü kısmı (vesayet) içinde düzenlenmiştir. TMK'nın düzenlemesine bakıldığında kayımlıkla ilgili hükümlerin dağınık bir görünüm arzettiğini söyleyebiliriz. Kayımlık ile ilgili hükümler, vesayete dair üç bölüm içinde dağıtılmış ayrıca vasiliğe ait bazı hükümlerin de kıyas yoluyla kayımlığa uygulanması kabul edilmiştir⁵⁸. Buna göre vasiliğe ilişkin hükümler, kayımlığın bünyesine aykırı düşmedikçe kayımlık hakkında da uygulanacaktır.

TMK'nın öngördüğü vesayeti önlemlerin⁵⁹ en hafifi ancak en çok uygulananı olarak karşımıza kayımlık çıkmaktadır⁶⁰. TMK'nın 403. maddesine göre kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır.

Bir gerçek veya tüzel kişiye⁶¹ kayyım atanması durumunda, kayyım atanan gerçek veya tüzel kişinin hak veya fiil ehliyeti üzerinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir⁶². Bunun nedenini, TMK'nın 404-408. maddelerinin, kayyım atanmasında uygulama alanı bulamaması olarak açıklayabiliriz. Sonuç olarak kendisine kayyım atanan kişi tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetli ise kayyım atandıktan sonra da aynı ehliyet durumu içinde bulunmaya devam edecektir.

⁵⁸ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5.Bası, Ankara 2004, s.787 (Aile).

⁵⁹ Diğer vesayeti önlemler, vasi atama ve kanuni müşavir tayinidir.

⁶⁰ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Hukukunda Kayımlık**, İstanbul 2006, s.1.

⁶¹ Tüzel kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Bilge Öztan, **Tüzel Kişiler - Ders Notları**, Ankara 1994, s.1 vd. (Tüzel Kişiler); Rona Serozan, **Tüzel Kişiler**, İstanbul 1994, s.13 vd.

⁶² Öztan, **Aile**, s.794; Gümüş, **a.g.e.**, s.290; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku**, İstanbul 2005, s.723; Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 1998, s.467; August Egger, çev.Volf Çernis, **Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet**, C.2, Ankara 1955, s.643 (II); Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul 1971, s.482 (Aile); A.Samim Gönensay, **Medeni Hukuk, C.2, Aile Hukuku, Kısım II, Nesep, Velayet, Vesayet**, İstanbul 1940, s.176; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk**, 2.Bası, İstanbul 1956, s.247.

Bir kişinin kayyımlık altına alınması, bu kişinin yerleşim yeri üzerinde de herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecek dolayısıyla kişinin yerleşim yeri kayyımlık altına alınması ile vesayet makamının bulunduğu yer olarak değişmeyecektir⁶³.

B) Kayyımın Temsil Yetkisi ve Hukuki Niteliği

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kayyım sadece bir malın yönetimi veya belli bir veya birkaç işin görülmesi için atanmaktadır. Bu haliyle kayyımlık daha çok akdi temsile yaklaşmaktadır çünkü kendisine kayyım atanan kişinin fiil ehliyeti değişmemektedir⁶⁴. Ancak kayyımın buradaki temsil yetkisi sınırsız bir temsil yetkisi olmayıp, göreceği işin veya yüklendiği yönetim faaliyetlerinin gerekleri ve vesayet makamının vereceği talimatlara göre belirlenecek, başka bir deyişle kayyım, görevi kapsamında temsil yetkisine sahip bulunacaktır⁶⁵. Kayyım, kayyımlık altındaki kişi adına üçüncü kişilerle yasal temsilci sıfatıyla hukuksal işlemlerde bulunacak, temsil ettiği kişiden bağımsız olarak yeri geldiğinde onun iradesinin aksine işlem yapabilecektir⁶⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar kişiye kayyım atanması onun fiil ehliyeti üzerinde bir etki yapmamakta ve bu nedenle akdi temsile yaklaşılsa da, vesayet makamı tarafından kayyıma talimat verilebilmesi ve kayyımın atandığı kişinin rızası hilafına işlemler yapabilmesi nedeniyle buradaki temsili kanuni temsile yakın görmektediriz.

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus, TMK m.427/I-4'e göre tüzel kişiye kayyım atanması durumunda atanan kayyımın hukuki

⁶³ Gümüş, **a.g.e.**, s.293; Egger, II, **a.g.e.**, s.644.

⁶⁴ Öztan, **Aile**, s.787; Gümüş, **a.g.e.**, s.295; Uslu, **a.g.e.**, s.506.

⁶⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.299; Hüseyin Avni Göktürk, **Türk Medeni Hukuku, 2.Kitap, Aile Hukuku**, 3.Bası, Ankara 1954, s.506; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul 1985-1986, s.355.

⁶⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.296; Egger, II, **a.g.e.**, s.648.

niteliğinin ne olduğu sorunudur. Söz konusu maddeye göre “Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa” vesayet makamı tüzel kişiye bir yönetim kayyımı atayacaktır. Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında kayyımın temsilci mi yoksa organ mı⁶⁷ sayılacağı hususu üzerinde fazla durulmadığını görmekteyiz⁶⁸. TMK m.427/I-4 uyarınca bir tüzel kişiye kayyım tayin edilmiş olması durumunda, atanan kayyım tüzel kişiliğin temsilcisi olmayıp, yerini aldığı yönetim organı yerine “organ” sıfatıyla ilgili tüzel kişiyi bağlayıcı işlemler yapar⁶⁹. Bu nedenle de burada kayyımın yasal temsilci sıfatından değil “yasal organ” sıfatından bahsetmek daha doğru olacaktır⁷⁰. Biz de TMK m.427/I-4 uyarınca atanan kayyımın, tüzel kişinin temsilcisi değil, organı olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.

Kayyımlığın temsil yetkisinin, kayyımlık altındaki kişinin sadece malvarlıksal değerlerine mi yoksa bununla beraber şahsına da özen

⁶⁷ Kanuni temsilci ile organ arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz: Kanuni temsilci, mahkeme kararıyla atandığı halde, organ, tarafların anlaşmasıyla vücut bulan statü ve iç talimatnamelerle doğar; kanuni temsilde genellikle temsil olunanın menfaati korunduğu halde, organ münasebetinde tüzel kişinin menfaati ile organın menfaati bir arada korunmaktadır; kanuni temsilci, temsil hakkını kullanırken bazı işlemler için mahkemenin iznini almak durumundayken (TMK m.462, m.463) diğer bazı işlemleri ise yapma hakkı hiç yoktur (TMK m.449), buna karşılık organ, görevlerini, kendisine verilen yetki alanı içinde bağımsız bir şekilde yerine getirir; kanuni temsilci, temsil yetkisini kullanırken sebebiyet verdiği haksız fiillerden doğrudan doğruya kendisi sorumludur ve bu sorumluluk bazen kademeli olarak Devlete kadar çıkabilmektedir yani temsil olunan işlenen haksız fiilden hiçbir zaman sorumlu olmamaktadır, buna karşılık organın işlemiş olduğu haksız fiillerden dolayı tüzel kişi doğrudan doğruya sorumlu bulunmaktadır, Bile Öztan, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara 1970, s.88-89 (Organ); ayrıca bkz. M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 7.Bası, İstanbul 2002, s.189-190; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku**, 7.Bası, İstanbul 2004, s.232.

⁶⁸ Öztan, **Organ**, s.79, Öztan organı şöyle tarif etmektedir: “Organ, kanun maddeleri, tüzel kişinin statüsü, nizamnamesi veya iç talimatnameleriyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan korporatif görevleri devamlı ve bağımsız olarak gerek üçüncü şahıslarla olan münasebetlerde, gerek tüzel kişinin iç teşkilatında, yerine getirmesi için yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa karşı belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen şahıs veya şahıs gruplarıdır” (aynı eser, s.82); benzer nitelikte bir tanım için, bkz. Dural/Ögüz, **a.g.e.**, s.231; Teoman Akunal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul 1995, s.34.

⁶⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s.297; Öztan, **Organ**, s.79.

⁷⁰ Dural/Ögüz, **a.g.e.**, s.232; Gümüş, **a.g.e.**, s.104; Öztan, **Organ**, s.79 (Öztan, kayyıma organ sıfatının verilmesinin bir gerekçesi olarak, kayyımın şirket adına üçüncü şahıslarla girişeceği muamelelerde işleyebileceği haksız fiillerden doğacak zararlardan üçüncü kişilerin mağdur olmamaları ve zararın adilane dağılımı için kayyıma organ niteliğinin verilmesi gerektiğini savunmaktadır).

gösterme yükümlülüğünü içerip içermediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre⁷¹, kayyımın, atandığı kişinin şahsına özen gösterme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Doktrindeki diğer görüşe göre⁷², kayyımın yetkisi, kayyımlık altındaki kişinin hem malvarlıksal hem de şahsına ilişkin korumayı içeren işlemler yapma yetkisini içermektedir.

Kanaatimizce, kayyımın sadece atandığı kişinin malvarlığını koruması gerektiği yolundaki düşünce kabul edilemez. Her ne kadar kayyımın ağırlıklı görevi kişinin malvarlığını idare etmek ise de kişinin şahsına ilişkin koruyucu işlemleri yapma yetkisinin de var olduğunun kabulü gerekir. Pek tabidir ki buradaki koruma, vasiinin koruma yükümlülüğü⁷³ kadar da geniş düşünülmemelidir.

III) TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE KAYYIMLIĞIN TÜRLERİ

Kayyımlık, TMK'da "temsil kayyımlığı" (TMK m.426), "yönetim kayyımlığı" (TMK m.427) ve "isteğe bağlı kayyımlık" (TMK m.428) olmak üzere üç ayrı türde düzenlenmiştir⁷⁴. TMK'da kural olarak zorunlu kayyımlık benimsenmiştir. Buna göre, TMK'da öngörülen kayyım tayini olgularından birisi gerçekleştiği takdirde görevli mahkemenin ilgiliye kayyım tayin etme mecburiyeti bulunmaktadır⁷⁵.

⁷¹ Öztan, **Aile**, s.787; Gönensay, **a.g.e.**, s.176; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.246.

⁷² Gümüş, **a.g.e.**, s.295; Uslu, **a.g.e.**, s.507; Egger, **II.**, s.647; Feyzioğlu, **Aile**, s.475; Tüzel kişiye kayyım atanması durumunda işin doğası gereği, kayyımın kişisel özen ve koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁷³ bkz. Serap Helvacı, "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", **Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999, s.863 vd.

⁷⁴ Doktrinde bir de "güven kayyımlığı" diye bir kayyımlık türü kabul edilmektedir. Burada kayyım, aynı anda birden fazla menfaati gözetip korumaktadır. TMK m.648 ve m.880 uyarınca tesis olunan kayyımlıkların güven kayyımlığının en belirgin örnekleri olduğu savunulmaktadır (bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.6-7).

⁷⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.6.

Daha sonraki açıklamalarımızın daha rahat anlaşılabilmesi açısından, TMK'da düzenlenmiş olan bu kayyımlık türlerine kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

A) Temsil Kayyımlığı

Kayyım, bir kişinin belirli bir veya birkaç işini görmek için tayin olunmuşsa burada temsil kayyımlığı söz konusudur⁷⁶. Temsil kayyımlığı TMK m.426'da düzenlenmiştir. TMK m.427'de öngörülen yönetim kayyımlığı kişiye ait malvarlığının yönetimine dayalı yani malvarlığı odaklı bir kayyımlık türü iken, TMK m.426'da düzenlenen kayyımlık türü, kişinin belirli ve ivedi işlerinde temsiline dayalı ve ilgilinin, kişisel veya malvarlıksal olarak korunmasına yönelik iş görme faaliyetine dayanan bir kayyımlık türüdür⁷⁷.

Temsil kayyımı, sadece acil bir işin yapılması için tayin edilmektedir ancak buradaki işin mutlaka ekonomik değer taşıyan bir iş olması da gerekmemektedir⁷⁸. Örneğin, bir davaya süresi içinde cevap verme⁷⁹, dolmak üzere olan zamanaşımını kesme, feshi ihbar gibi şahsi nitelik taşıyan bir işte de temsil kayyımı atanması mümkündür⁸⁰. Yani, TMK m.426'ya dayalı olarak atanan temsil kayyımlığı kural olarak geçici nitelikte ve özel bir vesayeti koruma önlemi niteliğindedir⁸¹.

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.714 vd; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.339-340; Göktürk, **a.g.e.**, s.505; Öztan, **Aile**, s.788; Gönensay, **a.g.e.**, s.212; Gümüş, **a.g.e.**, s.13; Akıntürk, **a.g.e.**, s.468; Uslu, **a.g.e.**, s.507-511; Mustafa Reşit Belgesay, **Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku**, 3.Bası, C.2, İstanbul 1949, s.362; Pierre Tuor, çev.Amil Artus, **İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, 1.Kısım**, Ankara 1956, s.301; Ali İhsan Özügür, **Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara 2002, s.578-581; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 1984, s.659.

⁷⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s.13.

⁷⁸ Öztan, **Aile**, s.788.

⁷⁹ krş. HUMK m.42, ayrıca bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.32-34.

⁸⁰ Öztan, **Aile**, s.789.

⁸¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.13; Egger, **II**, s.645.

Temsil kayyımlığı, kayyımın, yapmakla görevlendirildiği işin bitmesiyle sona erer (TMK m.477/I). Ayrıca, temsil ihtiyacının ortadan kalkmasıyla da temsil kayyımlığı sona erer⁸². Ayrıca mahkemeden bir karar almaya gerek yoktur.

B) Yönetim Kayyımlığı

TMK'nın 427. maddesinde yönetim kayyımlığı düzenlenmiştir. Yönetim kayyımlığı, sahibi bilinmeyen veya nerede olduğu belli olmayan kişiye ait terkedilmiş malların yabancı kişiler tarafından tasarruf edilmesine, yok olup gitmesine engel olmak suretiyle, malları, malların gerçek sahibini ve alacaklıları korumak için ihdas edilmiştir⁸³.

TMK m.427 hükmü, temsil kayyımlığını sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi ile düzenleyen TMK m.426'dan farklı olarak yönetim kayyımlığını, maddede beş bent halinde sayılan hallerle sınırlı tutmayarak, bir malvarlığının yönetim ihtiyacı duyduğu her durumda kayyımlık tesisini mümkün kılan genel bir hüküm (clausula generalis) olarak düzenlenmiştir⁸⁴.

427. maddenin dördüncü bendi konumuz açısından büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle üzerinde biraz etraflıca durma ihtiyacı hissetmekteyiz. Söz konusu düzenlemeye göre “Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa” tüzel kişiye yönetim kayyımı atanacaktır.

Vesayet hukuku ve özellikle kayyımlık, gerçek kişilerin malvarlıksal ve kişisel korunmasını sağlamak üzere oluşturulmuş, kamusal yanı ağır basan

⁸² Öztan, **Aile**, s.795; Egger, **II**, s.776.

⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.718 vd.; Akıntürk, **a.g.e.**, s.468; Uslu, **a.g.e.**, s.512-518; Göktürk, **a.g.e.**, s.505-506; Köprülü-Kaneti, **a.g.e.**, s.340-341; Gönensay, **a.g.e.**, s.214; Özügür, **a.g.e.**, s.581-584; Tekinay, **a.g.e.**, s.660.

⁸⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.61; Öztan, **Aile**, s.791; August Egger, çev.Volf Çernis, **Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet**, Ankara 1952, s.362 (I).

bir hukuk dalıdır⁸⁵. TMK m.427/I-4'ün kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun 393/I-4 (TMK m.427/I-4) hükmü, yasalaşması sürecinde yoğun bir muhalefetle karşılaşmış ve söz konusu düzenlemenin vesayet makamlarının işini çok fazla artıracığı ve tüzel kişilere yönelik bir müdahale oluşturacağı nedeniyle tenkit edilmiştir⁸⁶.

Söz konusu hüküm, lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere varlığını devam ettiren⁸⁷ özel hukuk tüzel kişileri⁸⁸ için uygulama alanı bulabilecektir.

Bir tüzel kişilik için TMK m.427'den farklı olarak TMK m.426 uyarınca temsil kayyımı tayin edilip edilmeyeceği de başka bir sorunu oluşturmaktadır. TMK m.426/I-1'in lafzına bakıldığı vakit, tüzel kişiler için temsil kayyımı tayini mümkün gözükmemektedir. Doktrinde bir görüş bu hükmün tüzel kişiler için

⁸⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.99; Egger, **I**, s.373.

⁸⁶ Egger, **I**, s.373; Gümüş, **a.g.e.**, s.99, 102-103.

⁸⁷ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, 2908 sayılı eski Dernekler Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca derneğin kendiliğinden dağılmış sayıldığının tespiti için açılmış olan bir davada, tüzel kişiliği sona ermiş olan derneğe eski TMK m.377/I-4 (TMK m.427/I-4) hükmü uyarınca kayyım atanması gerektiğine karar vermiştir (2.HD, 30.06.1999, E.5687, K.7576, İKİD, Y.40, 2000, s.14874-14875). Söz konusu karara katılmıyoruz. Zira sona ermiş bir derneğe tüzel kişi atanması Kanun'un açık lafzı gereği mümkün değildir.

⁸⁸ Yargıtay 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda çok enteresan bir yorum tarzı ile kamu hukuku tüzel kişileri için de kayyım tayini yoluna gidilebileceğine karar vermiştir. Yargıtay, köy boşaltıldığı için gerekli muhtar seçimi yapılmamış -yani gerekli yönetimden yoksun- bir köy tüzel kişiliği için, TMK m.427/I-4'e göre kayyım atanabileceğine karar vermiştir. Yargıtay'ın köy tüzel kişiliğinin davada tayin edilecek kayyım ile temsili yönündeki kararının gerekçesine göre, maddenin dört numaralı bendi bir kısım tüzel kişilerin sayılması yerine bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmış ve herhangi bir tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalmış olması hali ile yönetimin başka bir yoldan sağlanamaması halini yönetim kayyımı tayini için yeterli görmüştür. Şu halde, gerek madde metninde, gerekse hükümet gerekçesinde özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi ayrımı yapılmadığına, tam aksine hükümet gerekçesinde maddenin bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alındığı açıklandığına göre, bir kamu tüzel kişisi olan köy tüzel kişiliğine de yönetim kayyımı atanması mümkün olabilmelidir. O halde, tüm bu somut ve hukuki olgular karşısında ayırım yapmaksızın bütün tüzel kişilere yönetim kayyımının atanmasında kuşku bulunmadığından TMK'nın 426. maddesi çerçevesinde vesayet makamı tarafından anılan köyü davada temsil yetkisini haiz bir kişinin atanması gerektiğinin kabulü gerekir. Söz konusu kararı eleştiren Gümüş'e göre, Yargıtay'ın bu kararının yerinde olduğu kabul edildiği vakit, yapılan seçimler sonrasında meclise giren partilerin hükümeti kuramamaları halinde TMK m.427/I-4'e göre devlet tüzel kişiliği için de vesayet makamı tarafından kayyım tayin edilmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır (Gümüş, **a.g.e.**, s.100, dn.383). Kanaatimizce bu yanlış anlamının önüne geçebilmek için maddede yapılacak bir değişiklik ile söz konusu tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişileri olduğunun vurgulanması yerinde olacaktır. Aksi durumda daha bir çok kamu tüzel kişisi için bu yola başvurulabileceği şüphesizdir.

uygulanabileceğini savunsa da bu konudaki genel eğilim, bu hükmün tüzel kişiler için kıyasen dahi uygulanamayacağı yönündedir⁸⁹. GümüŖ'e göre, bir tüzel kiŖi için yönetim kayyımı atanabiliyorsa, temsil kayyımının da atanabilmesi gerekmektedir ancak bu atanma, TMK m.426/I-1'in kıyasen uygulanması yoluyla olabilecektir⁹⁰. Yazara göre, bir tüzel kiŖiliğin malvarlığının yönetimi kayyıma bırakılabiliyorsa, belirli bir ivedi iŖin görölmesi için de evveliyetle kayyım atanabilmelidir⁹¹. Ancak, tüzel kiŖinin organı, tüzel kiŖinin temsilcisi olmadığından dolayı, tüzel kiŖilik için temsil kayyımı ancak TMK m.426/I-4'e göre mümkündür⁹².

Daha önce de belirttiğimiz üzere⁹³, TMK m.427/I-4'e göre atanan kayyım, tüzel kiŖinin yasal temsilci değıl, organı niteliğindedir.

Yönetim kayyımı tesisinde yetkili ve görevli mahkemenin neresi olduğı hususunun belirlenmesi de son derece önem arz etmektedir. TMK m.430/II'ye göre, yönetim kayyımı, malvarlığının büyük bölümünün yönetildiğı veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğı yer vesayet makamı tarafından atanır. Madde metninde durum hiçbir duraksamaya neden olmayacak şekilde açık gözükmele birlikte, ticaret Ŗirketlerine ve kooperatiflere yönetim kayyımlığı tesisinin gerektiğı hallerde görevli mahkemenin neresi olacağı hususu Türk hukukunda tartışmalıdır.

Yargıtay'ın eski TMK'dan günümüze kadar vermiŖ olduğı müstakar içtihatlar incelendiğı vakit, ticaret Ŗirketlerine kayyım tayinine karar verecek görevli vesayet makamının sulh hukuk mahkemesi değıl, asliye ticaret mahkemesi olduğı görölmektedir. Yargıtay'ın bu konudaki emsal içtihadı Ŗu

⁸⁹ Söz konusu görüşler için, bkz. GümüŖ, **a.g.e.**, s.24.

⁹⁰ GümüŖ, **a.g.e.**, s.24 (Yazar görüşüne dayanak olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli bir kararında, bir vakıf ile vakıf yönetim organı arasındaki menfaat çatışması için İMK m.392/I-2 (TMK m.426/I-2) uyarınca temsil kayyımlığına izin verdiğini göstermektedir).

⁹¹ GümüŖ, **a.g.e.**, s.103.

⁹² GümüŖ, **a.g.e.**, s.103.

⁹³ bkz. I.Bölüm, I.Alt Bölüm, II, B.

şekildedir⁹⁴: “...Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere dava ticari bir şirket olan anonim şirketin organ noksanlığından kaynaklanmakta olup, şirket ortakları arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu niteliği itibarıyla dava, TTK. nun 4/1. maddesi uyarınca mutlak ticari davalardan sayılmalıdır. Bir ticari şirkete kayyum tayini hakkında MK. nun kayyum tayini ile ilgili hükümlerinin uygulanacağına dair TTK. nun 138. maddesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki, bu şekildeki bir ihtiyacın duyulması halinde TTK. nun 1 nci maddesi hükmü de dikkate alınarak Türk Medeni Kanununun konu ile ilgili hükümleri uygun düştüğü nisbette ticari şirketlere de kıyas yoluyla uygulanması gerektiğinin kabulü zorunludur. Ancak, kıyas yolu ile bu uygulamada HUMK. nun 8/III. maddesi yollaması ile MK. nun 376 ve müteakip maddelerinde ticari şirketlere kayyum tayininin sulh mahkemesince yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından bu tür davaların işin özelliği de dikkate alınarak Asliye Ticaret Mahkemelerinde incelenip sonuçlandırılması gerekir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 5.7.1984 gün ve 1984/4833-5525 sayılı kararları). Konu göreve ilişkin bulunmakla bu hususun mahkemelerce re’sen dikkate alınması icab eder. Dava konusu olayda da, İzmir’de ayrı bir Ticaret Mahkemesi bulunduğu göre, mahkemenin görev konusu re’sen dikkate alınarak görevsizlik kararı ile dosyanın Ticaret Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın Sulh Mahkemesince sonuçlandırılması doğru görülmemiştir”⁹⁵.

Söz konusu kararların temel hareket noktasını, eski TMK m.377/I-4’ün sadece bir cemiyet (dernek) veya tesise (vakfa) kayyum tayinini öngören lafzı

⁹⁴ 11.HD, 10.06.1988, E.1988/65, K.1988/3848, YKD, C.XIV, S.19, Ekim 1988, s.1390-1391. Ayrıca aynı nitelikte, 11.HD, 14.02.2000, E.2000/157, K.2000/1082; 11.HD, 21.03.1996, E.1996/1825, K.1996/1919; 11.HD, 01.05.1987, E.1987/1028, K.1987/2636, YKD, C.XIII, S.8, Ağustos 1987, s.1193-1195.

⁹⁵ Söz konusu içtihatlar doğrultusunda yönetim kayyımı tayininde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde, bkz. Yadigar İzmirli, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001, s.131 (Organ); Ali Soyer, “Kayyımlik Müessesesi ile Anonim Ortaklıklarda Kayyum Atanması ve Yönetimi”, **Ad.Der.**, Y.93, S.11, Nisan 2002, s.288.

oluşturmaktadır⁹⁶. Ancak TMK m.427/I-4'te açıkça tüzel kişilere kayyım tayin edilebileceğinin belirtilmiş olması karşısında, Yargıtay'ın söz konusu kararlarındaki "Bir ticari şirkete kayyım tayini hakkında MK. nun kayyum tayini ile ilgili hükümlerinin uygulanacağına dair TTK. nun 138. maddesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır" şeklindeki gerekçenin geçerliliği kalmamıştır⁹⁷. Zira TMK, "cemiyet veya tesis" terimi yerine açıkça "tüzel kişi" terimini kullanmıştır. Ticaret şirketleri de tüzel kişi olduğuna göre ve gerek TTK'da gerekse TMK'da şirketlere kayyım atamakla görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu da belirtilmediğine göre, söz konusu kararların günümüzde geçerliliği kalmamıştır. Ancak Yargıtay, yeni TMK yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönemde verdiği bir kararında da, TMK m.427/I-4 hükmünün türü ve niteliği ne olursa olsun, bütün tüzel kişileri kapsadığını kural olarak kabul etmekle birlikte, somut olaydaki kayyım tayininin, anonim şirketlere ilişkin hükümler ışığında olguların değerlendirilmesine dayalı olarak yapılmasının, ticaret şirketlere kayyım atanmasına ilişkin davaları TTK m.4/I-1 kapsamında mutlak ticari dava kıldığından hareketle, anonim ortaklıklara kayyım tayininde görevli mahkemeyi yine asliye ticaret mahkemesi olarak kabul etmektedir⁹⁸.

Yargıtay'ın görüşünü kabul ettiğimiz vakit karşımıza ikinci bir sorun daha çıkmaktadır: Vesayet makamı asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edildiği vakit, denetim makamı hangi mahkeme olacaktır? Bu konuya ilgili bu zamana değin gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında herhangi bir görüşe rastlayamadık. TMK'ya göre vesayet makamı sulh hukuk, denetim makamı ise üst konumda bulunan asliye hukuktur. Yani, kanun koyucu, genel itiraz prensibi çerçevesinde, itirazın bir üst mahkeme tarafından ele alınıp değerlendirilmesini istemiştir. Ancak vesayet makamı asliye ticaret

⁹⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.105 (Söz konusu bendin kaynak İMK'dan yanlış çevrilmiş olduğu yolundaki görüş için, bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.102, dn.390).

⁹⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s.105.

⁹⁸ 11.HD, 26.06.2003, E.5621, K.6912; 11.HD, 24.03.2003, E.2002/13363, K.2003/2691; 11.HD, 24.01.2004, E.2004/15284, K.2005/166.

mahkemesi olarak kabul edildiği vakit, asliye ticaret mahkemesinin de bir üst mahkemesi olmadığından denetim makamının belirlenmesinde bir çıkmazla karşı karşıya kalınmaktadır. Burada, ceza yargılamasında olduğu gibi, sıra itibarıyla bir sonraki mahkemenin denetim makamı olduğu kabul edilebilir; şayet o mahkeme tek ise bu durumda en yakın yerdeki asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu söylenebilir. Ancak bu yorum amacını aşar şekilde çok geniştir. Ayrıca Anayasa'nın 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme karşısında da yukarıdaki çözüm tarzı kabul edilemez. Bu nedenle, şirketlere kayyım atanması konusunda görevli mahkemenin (vesayet makamı) sulh hukuk mahkemesi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Her ne kadar ticaret şirketlerinin yapıları itibarıyla karmaşık görünüm arz etmeleri ticaret mahkemelerinin görevli kılınmaları sonucunu haklı kılsa bile⁹⁹ mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu mümkün gözükmemektedir; bunun için yasal bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir¹⁰⁰.

TMK m.427/I-4'e göre kayyım tayin edilebilmesi için, tüzel kişiliğin gerekli organlardan yoksun kalmış olması gerekmektedir. Burada bahsedilen "gerekli organ" ile kastedilmek istenen acaba nedir? Gerekli organ kavramı, ilgili tüzel kişinin malvarlığının yönetimi için varlığı zorunlu olan organ veya organlar olarak tanımlanabilir¹⁰¹. Tam bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, "zorunlu organ" ile "gerekli organ" kavramının birbirine karıştırılmamasıdır zira bu iki kavram farklı anlamlara sahiptir. Zorunlu organlar, kanun koyucunun, tüzel kişilik tanıyacağı kişi veya mal

⁹⁹ İzmirli, Yargıtay'ın kararlarına katılmakla birlikte, anonim şirketlere (ticaret şirketlerine) kayyım tayininin, bir siyasi partiye veya bir sendikaya veya bir vakfa kayyım tayininden daha karmaşık bir mesele olmadığından bahisle sulh hukuk mahkemesi hakimi tarafından da halledilebileceğini savunmaktadır, bkz. İzmirli, **Organ**, s.131.

¹⁰⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s.105.

¹⁰¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.108.

topluluklarında bulunmasını şart koştugu -olmazsa olmaz- organlardır¹⁰². Buna karşılık gerekli organ, kanuna veya tüzel kişiliğin tüzüğü, vakıf senedi veya ana sözleşmesine göre malvarlığının yönetimi ve bu çerçevede temsil için görevlendirilmiş olan organdır¹⁰³. Bu bağlamda, örneğin anonim ortaklıkta genel kurul ve denetçileri, yönetim için gerekli bir organ değildir ve bu nedenle, bir tüzel kişiliğin genel kurul veya denetçilerinden yoksunluğu TMK m.427/I-4'e göre kayyım tayinini gerektirmez¹⁰⁴. Pek tabidir ki, genel kurulun toplanamaması nedeniyle, yönetim organının oluşumu engellenmekte ise, genel kurul için kayyım tayini zorunlu bir hal alacaktır¹⁰⁵.

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında gerekse öğretide savunulan görüşe göre¹⁰⁶, bir tüzel kişinin gerekli organlarının yokluğu kısa bir süre içerisinde giderilebilecek nitelikteyse TMK m.427/I-4 hükmü uyarınca kayyımlik tesisi mümkün olmayacaktır¹⁰⁷. Sonuç olarak, TMK m.426/I-4'e göre tüzel kişiye kayyım tayinine, tüzel kişinin gerekli organının yokluğu yanında, organın var olmasına karşın herhangi bir nedene dayalı olarak gerekli yönetimi sağlayamadığı durumlarda da başvurulabilecektir¹⁰⁸.

Tüzel kişiye kayyım tayin edilebilmesi için gerekli bir diğer şart, tüzel kişinin gerekli organlarındaki yoksunluğa bağlı olarak ortaya çıkan yönetim yetersizliğinin veya yokluğunun başka bir yoldan giderilememesidir¹⁰⁹. Eğer tüzel kişilik, gerekli yönetimin sağlanmasını kendisi başarabiliyorsa veya bu

¹⁰² Akünal, **a.g.e.**, s.34; Öztan, **Organ**, s.96; Oğuzman/Seliçi/Oktay, **a.g.e.**, s.191; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.235.

¹⁰³ Gümüş, **a.g.e.**, s.108.

¹⁰⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.108.

¹⁰⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.108.

¹⁰⁶ İzmirli, **Organ**, s.133; Gümüş, **a.g.e.**, s.109; Öztan, **Organ**, s.27.

¹⁰⁷ Gerekli organlardan yoksunluk şartının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususundaki örnekler için, bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.109; Egger, **I**, s.374; Öztan, **Organ**, s.26; Öztan'ın görüşünün eleştirisi için, bkz. İzmirli, **Organ**, s.133.

¹⁰⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s.109; aksi görüşte, Öztan, **Organ**, s.26.

¹⁰⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s.110.

husus vesayet makamı tarafından sağlanabiliyorsa kayyım tayinine gerek kalmayacaktır¹¹⁰.

TTK m.435'e göre, anonim ortaklığın kanunen zorunlu organlarından birinin yokluğu, anonim ortaklığın feshinin mahkemeden istenebilmesi sonucunu doğurmaktadır¹¹¹. Mahkeme, fesih kararından önce, ortaklığa, durumun düzeltilmesi için uygun bir süre verir; bu süreye rağmen yönetim kurulu oluşturulamazsa mahkemece ortaklığın feshine karar verilir¹¹². Bu durumda, yani bir anonim ortaklığın yönetim organından yoksun olması, hem TMK m.427/I-4 bağlamında ortaklığa kayyım tesisini gerektiren bir neden olarak karşımıza çıkarken aynı zamanda TTK m.435'e göre anonim ortaklığın feshini gerektiren bir neden olarak da gözükmektedir. Türk hukuk uygulamasında, TTK m.435 çerçevesinde, anonim ortaklığa söz konusu eksikliği düzeltilmesi için uygun bir süre veren mahkeme, bu süre zarfında mevcut olmayan yönetim organına ilişkin boşluğu doldurmak üzere kayyım tayini yoluna gitmektedir¹¹³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, fesih davası açıldıktan sonra kayyımlık tesisinin ancak TMK m.427/I-4'te öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda mümkün olabileceğidir yoksa TTK m.435/II uyarınca fesih davası sırasında mahkemenin önlem alma yetkisi mevcut ise de bu yetki kayyımlık tesisini kapsamaz¹¹⁴. Uygulamada Yargıtay, bir anonim ortaklıkta yönetim organının yokluğu nedeniyle kayyımlık tesisi talebini aynı zamanda TTK m.435/II bağlamında fesih talebi olarak kabul etmektedir¹¹⁵.

¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.110-112.

¹¹¹ Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12.Bası, İstanbul 2001, s.474.

¹¹² İmregün, **a.g.e.**, s.474; Gümüş, **a.g.e.**, s.113.

¹¹³ Gümüş, **a.g.e.**, s.114.

¹¹⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.114, örneğin, gerçek pay sahiplerinin sayısının beşin altına düştüğü hallerde, TMK m.427/I-4'e göre kayyım tayin edilemez çünkü genel kurul, yönetim organı (gerekli organ) değildir.

¹¹⁵ 11.HD, 22.03.2004, E.2004/1500, K.2004/2826; bu kararın eleştirisi için, bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s.114.

TTK m.435 ile TMK m.427/I-4 arasındaki farka gelince; TTK m.435'e göre feshin istenebilmesi, anonim ortaklığın yönetimini yüklenmemiş diğer yasal zorunlu organların yokluğu halinde de (denetçiler, genel kurul vs.) mümkün iken, TMK m.427/I-4'e göre kayyım tayini sadece yönetim organı için söz konusu olmaktadır¹¹⁶. Buna göre, yönetim kurulu dışındaki diğer organların yokluğu halinde TMK hükümlerine göre kayyım tayini yoluna gidilemeyecektir.

TMK hükümlerine göre, tüzel kişiliğe atanan kayyımın görevi, tüzel kişiliğin, yönetim organına yeniden kavuşmasıyla veya kayyımın görevden alınmasıyla sona erecektir¹¹⁷. Zira TMK m.427/I-4'e göre atanan kayyım yönetim kayyımı olduğundan, kayyımlığın sona ermesi bakımından TMK m.477/II hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yönetim kayyımının görevi, sulh mahkemesinin kararı ile sona erecektir; sulh mahkemesi kayyım tayinini ilan etmişse, sona erdiğini de ilan etmek zorundadır¹¹⁸.

C) İsteğe Bağlı Kayyımlık

İsteğe bağlı kayyım, adından da anlaşılacağı üzere, kişiye isteği üzerine tayin edilir (TMK m.428) bunun için, isteğe bağlı kısıtlama için aranan şartların bulunması gerekmektedir (TMK m.408)¹¹⁹. Mahkeme kişinin isteği üzerine, kendisine kayyım tayini için aranan objektif şartlar mevcut ise kayyım tayinine karar verir¹²⁰. Burada da kayyım tayini, kişinin fiil ehliyeti üzerinde bir değişiklik yapmamaktadır. İsteğe bağlı kayyımlıkta, hem temsil

¹¹⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.115.

¹¹⁷ 11.HD, 24.09.1993, E.4026, K.5836; Öztan, **Aile**, s.795; Egger, **II**, s.777; Soyer, **a.g.e.**, s.294.

¹¹⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s.125; Öztan, **Aile**, s.796.

¹¹⁹ Öztan, **Aile**, s.793; Akıntürk, **a.g.e.**, s.469; Uslu, **a.g.e.**, s.518-522; Gümüş, **a.g.e.**, s.135 vd.; Egger, **I**, s.378 vd.; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.341-342; Gönensay, **a.g.e.**, s.216; Özuğur, **a.g.e.**, s.584-587; Tekinay, **a.g.e.**, s.660.

¹²⁰ Öztan, **Aile**, s.793.

hem de yönetim kayyımlığı söz konusudur¹²¹. Kendisine istek üzerine kayyım tayin edilmesini isteyen kişi, bunun kaldırılmasını da her zaman isteyebilir¹²².

IV) KAYYIMLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLER

Daha önce de belirttiğimiz üzere kayyımlık ile ilgili hükümler vesayete dair üç bölüm içine serpiştirildiğinden¹²³ dağınık bir görünüm arz etmektedir¹²⁴. Kanun koyucu, vasiliğe ilişkin hükümleri ayrıntılı olarak düzenlerken, kayyımlık kurumunu, TMK m.403/III hükmü çerçevesinde geniş ölçüde atfa dayalı olarak, dolaylı bir şekilde düzenlemiştir¹²⁵. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının temelinde, kayyımlığın, sürekli ve geniş kapsamlı vesayeti önlem olan vesayetin yanında sınırlı, geçici ve en hafif vesayeti korumayı sağlayıcı niteliği ön planda olmuştur¹²⁶. Ancak kayyımlığın bu şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması, vesayet ve yasal danışmanlık kurumuna nazaran ikincil bir önemde olduğunu da göstermez¹²⁷.

Söz konusu maddeye göre “Bu Kanun’un vasi hakkındaki hükümleri, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır” (TMK m.403/III)¹²⁸. Maddede ifade edilen “aksi belirtilmiş olmadıkça”dan kastın ne olduğunun iyi belirlenmesi gerekmektedir. Zira, kanun koyucu, kayyımlığa, vasiliğe ilişkin hükümlerin hepsinin değil, sadece aksi belirtilmiş olmayanlarının uygulanmasını kabul etmiştir.

¹²¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.136; Egger, **I**, s.379; Öztan, **Aile**, s.793.

¹²² Öztan, **Aile**, s.793.

¹²³ TMK’nın vesayet kısmında bulunan ve doğrudan kayyımlığı düzenleyen hükümler şunlardır: TMK m.426-428, m.458-460, m.477-478; Göktürk, **a.g.e.**, s.504; Tuor, **a.g.e.**, s.300

¹²⁴ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.246.

¹²⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.7.

¹²⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.7.

¹²⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s.8.

¹²⁸ 2.HD, 07.06.1983, E.1983/3966, K.1983/5187, YKD, C.X, S.1, Ocak 1984, s.44.

Kanun koyucunun, kayyımlığı, vesayet gibi ayrıntılı hükümlerle düzenlemek yerine, kayyımlığa, vesayete ilişkin kuralları uygulanabilir kılması bir çok yönüyle eleştiriye açıktır¹²⁹. Her şeyden önce, gerek Kanun'da yer alan kayyımlık çeşitleri gerekse her kayyımlık çeşidinin içinde düzenlenen tedbirlerin kapsamı çok geniştir. Buna karşın, kayyımlığa tahsis edilen hükümler, bu genişlikten çok uzaktır. Bu durum aslında kanun koyucunun kolaya kaçıp, kayyımlık ile ilgili meselelerde hukuk boşluğu oluşmasını engellemek amacıyla en ağır vesayeti önlem olan vesayete ilişkin hükümlerin kayyımlığa da uygulanmasını kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun bununla yetinmeyip bir de yasal danışmanlığı, kayyımlık kurumuna ilişkin hükümlere yamaması kanunlaştırma tekniğindeki uygunsuzluğu daha da belirgin kılmaktadır¹³⁰. Bu nedenle doktrinde bir görüş¹³¹, gerek İMK gerekse TMK'nın vesayeti önlemleri düzenlerken esas aldığı vesayet odaklı hukuksal yapının yapılacak kanun değişikliğiyle bir an önce tam tersine çevrilmesini önermektedir.

Her ne kadar kanun koyucu böyle bir atıf yapmak suretiyle konuyu çözümleyeceğini zannetmişse de durum hiç de o kadar basit gözükmemektedir. Tam bu noktada, TMK m.403/III'ün niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir. TMK m.403/III hükmü, "doğrudan doğruya uygulama atfı"¹³² mıdır, yoksa, vasiliğe ilişkin kuralların kayyımlığa kıyasen uygulanmasını öngören bir "kıyasen uygulama atfı" mıdır?¹³³ Burada vereceğimiz karar sonuçları itibariyle çok önemli olacaktır. Zira, bir kanun hükmünün, başka bir kanun hükmüne doğrudan atıf yapması halinde (doğrudan doğruya uygulama atfı) hakim, atıf yapılan hükümleri doğrudan

¹²⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s.8.

¹³⁰ Egger, **I**, s.337-338.

¹³¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.8.

¹³² Vasiye ilişkin kanundaki hükümlerin aynen kayyım hakkında uygulanacağı yani doğrudan doğruya uygulama atfı olduğu konusunda, bkz. Gömensay, **a.g.e.**, s.176.

¹³³ Gümüş, **a.g.e.**, s.8-9.

doğruya uygulamak dışında bir görevi bulunmamaktadır¹³⁴. Buna karşılık bir kanun hükmünün kıyasen uygulanacağı öngörülerek yapılan kıyas yollamasında (kıyasen uygulama atfı) ise atıf yapılan hükmün ne ölçüde uygulanacağına hakim sahip olduğu takdir yetkisi bağlamında karar verecektir¹³⁵. Kanaatimizce, vesayeti önlemlerden en ağırı ve süreklisi olan ayrıca kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran vesayete ilişkin hükümlerin, vesayeti önlemlerin en alt sırasında yer alan, kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurmayan ve geçici nitelikteki kayyımlığa ilişkin hükümlere doğrudan (bire bir) uygulanması hem kanun koyucunun amacıyla hem de hakkaniyetle bağdaşmayacak sonuçlar doğuracaktır¹³⁶. Bu nedenle, TMK m.403/III'teki “kayyım hakkında da uygulanır” cümlesinin “kıyasen uygulama atfı” olarak okunması gerekmektedir. Böylece hakkaniyete daha uygun bir sonuca varılmış olunacaktır.

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, TMK m.403/III'te bahsedilen kayyımlığa ilişkin aksi belirtilen hükümlerden neyin anlaşılması gerektiğidir. Başka bir deyişle kıyasen uygulamanın kapsamı ne olacaktır? Vesayete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, her bir kayyımlık türü için ayrı ayrı ele alınmalı ve söz konusu kayyımlık türüyle ulaşılmak istenilen amaç da göz önüne alınarak uygulanacak hükümlerin ayrı ayrı belirlenmesi yoluna gidilmelidir¹³⁷. Bu bağlamda örneğin, temsil kayyımlığı için vesayete ilişkin bir hükmün uygulanması mümkün görünürken, yönetim kayyımlığı için mümkün görünmeyebilir. Yani somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

¹³⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.9.

¹³⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.9.

¹³⁶ Aynı görüşte, Gümüş, **a.g.e.**, s.9; Egger, **I**, s.76-77.

¹³⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s.10.

V) GÖREVLİ MAHKEME

TMK’da, kayyımlıkla ilgili davalarda görevli mahkemenin sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak 2003 yılında kabul edilen 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun¹³⁸ ile, aile mahkemelerinin kurulması kabul edilmiştir. Kanun’un 1. maddesinde, aile mahkemelerinin, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmekle görevli olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanun’un 4. maddesinde ise, aile mahkemelerinin görevleri sayılmış, buna göre aile mahkemeleri, TMK’nın ikinci kitabına göre aile hukukundan doğan dava ve işleri görmekle yetkili kılınmıştır. TMK’nın ikinci kitabında, nişanlanma, evlenme, boşanma gibi doğrudan aile hukukunu ilgilendiren hükümler yer almasına karşın, inceleme konumuzu oluşturan ve aile hukukuyla bağlantısının kurulmasının zor olduğu kayyımlık kurumu da yer almaktadır.

Bu yanlışlığı fark eden kanun koyucu, 14.04.2004 tarihinde 5133 sayılı Kanun’un¹³⁹ 2. maddesiyle, 4787 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine, “Türk Medeni Kanununun” ibaresinden sonra gelmek üzere “Üçüncü Kısım hariç olmak üzere” ibaresini eklemiş ve böylece 4787 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önceki dönemde olduğu gibi, görevli vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesi haline gelmiştir.

Ayrıca, 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesinin ikinci fıkrasında, vesayet makamı olarak aile mahkemesinin kabul edildiği, denetim makamı (TMK m.397) olarak da varsa bir sonraki numaralı aile mahkemesinin görevli olduğu yolundaki hüküm de 5133 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹³⁸ 18.01.2003 Tarih ve 24997 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹³⁹ 20.04.2004 Tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

İKİNCİ ALT BÖLÜM KORUMA TEDBİRLERİ

I) KAVRAM VE TERİM

Ceza muhakemesinin yapılmasını kolaylaştıran, yapılan muhakeme sonucunda verilen kararın kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, soruşturma ve/veya kovuşturma aşamasında, karar verme yetkisine sahip makamlar tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, geçici ve orantılı olarak başvurulmuş, bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki kanuni çarelere, koruma tedbiri denilmektedir¹⁴⁰.

Türk doktrininde¹⁴¹, koruma tedbiri konusunda bir terim birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bu tedbirler için, ihtiyati tedbir¹⁴², geçici

¹⁴⁰ Claus Roxin, **Strafverfahrensrecht**, 25., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1998, §29, Rn.3; Franz Riklin, **Strafprozessrecht**, §35, Rn.1, http://www.unifr.ch/strr/downloads/Strafprozessrecht/Skriptum_Strafprozessrecht_2005.pdf (20.12.2006); Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006, s.251 (Ceza); Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Bası, Ankara 2006, s.483 (Ceza Muhakemesi); Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bası, İstanbul 2006, s.754; Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul 1992, s.1 (Tutuklama); Nur Centel, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, **Hukuk Araştırmaları (Marmara Üniversitesi)**, C.8, S.1-3, 1994, s.70 (Koruma); Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.Bası, İstanbul 2005, s.244; Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat**, C.1, İstanbul 1988, s.538 (Ceza Muhakemesi); Erol Cihan, Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 1997, s.201; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C.1, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul 1984, s.818 (Muhakeme); Ahmet Gökcen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Ankara 1994, s.17 (Elkoyma); Tahir Taner, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul 1945, s.125 (Usul); Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, 2.Bası, Ankara 1968, s.379 (Usul); Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.2, Ankara 2001, s.1737-1738 (Himaye).

¹⁴¹ Alman doktrininde de terim konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır, bkz. Gökcen, **Elkoyma**, s.14, dn.33; Centel, **Tutuklama**, s.1; Alman hukukunda son zamanlarda koruma tedbiri yerine, temel haklara müdahale terimi tercih edilmektedir. Zira, ceza muhakemesinde bazı tedbirlerde artık zorlama söz konusu değildir, örneğin, uzaktan haberleşmenin denetlenmesi, postada elkoyma, gizli görevli kullanma, optik ve akustik gözetleme gibi tedbirler, bireyde bir zorlama etkisi uyandırmadığı halde temel haklarına müdahale niteliği taşımaktadır. Bu gibi durumlarda kişi söz konusu tedbirin hakkında uygulandığını çok sonra öğrenmektedir (bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.483, dn.2; Centel, **Tutuklama**, s.1; Gökcen, **Elkoyma**, s.14, dn.33).

¹⁴² Taner, **Usul**, 125.

hukuki himaye tedbirleri¹⁴³, usul tedbirleri¹⁴⁴, ceza yargılaması önlemleri¹⁴⁵ terimlerini kullanmaktadırlar. Ancak doktrinde çoğunlukla, koruma tedbiri¹⁴⁶ terimi kullanılmaktadır. Çalışmamızda, hem kurumun niteliğini daha iyi anlattığı hem de Türk hukukunda yerleşmiş bir terim olduğu için koruma tedbirini kullanacağız.

Daha önce de belirttiğimiz üzere koruma tedbirleri, muhakemenin yapılabilmesi açısından şüphelinin ya da sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını güvencelemeye yönelik olabileceği gibi, ileride verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak başka bir deyişle hükmün kağıt üstünde kalmasını önlemek amacıyla başvurulanan tedbirlerdir¹⁴⁷. Koruma tedbirleri, geçen zamanın, muhakeme üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmeyi amaçlamaktadır¹⁴⁸.

CMK'da koruma tedbirleri birinci kitap, dördüncü kısım içinde (CMK m.90-144) düzenlenmiştir. Dördüncü kısım ise kendi içinde yedi bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, yakalama ve gözaltı, ikinci bölümde tutuklama, üçüncü bölümde adli kontrol, dördüncü bölümde arama ve elkoyma, beşinci bölümde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, altıncı bölümde gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme, yedinci bölümde ise koruma tedbirleri nedeniyle tazminat düzenlenmiştir. İnceleme konumuzu oluşturan, şirket yönetimi için kayyım tayini ise, arama ve elkoyma başlıklı dördüncü bölüm içinde yerini almıştır.

¹⁴³ Yılmaz, **Himaye**, s.1737.

¹⁴⁴ Erem, **Usul**, s.379.

¹⁴⁵ Yurtcan, **Ceza Muhakemesi**, s.538.

¹⁴⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.754; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.201; Tosun, **Muhakeme**, s.821; Centel, **Tutuklama**, s.1; Gökcen, **Elkoyma**, s.14; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.244.

¹⁴⁷ Centel, **Tutuklama**, s.1.

¹⁴⁸ Tosun, **Muhakeme**, s.818.

Bu nedenle, şirket yönetimi için kayyım tayini kurumunun koruma tedbiri olduğu konusunda bir şüpheimiz bulunmamaktadır. Son bölümde bu husus üzerinde daha ayrıntılı duracağımızdan şimdi genel olarak koruma tedbirlerinin özellikleri üzerinde durmak istiyoruz.

II) KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden bazılarına müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinde bulunması gereken bazı özellikler vardır. Bunları şöyle açıklayabiliriz:

A) Yasa ile Düzenlenmiş Olma

Koruma tedbirlerinin insan hak ve hürriyetlerine önemli sınırlamalar getirmesi, konunun sadece ulusal hukuklarda değil aynı zamanda uluslararası hukukta da düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Burada hedeflenen, temel hak ve hürriyetlerin garanti altına alınmasıdır¹⁴⁹. Böylelikle özelde kişinin temel hak ve hürriyetleri koruma altına alınırken, genelde ise hukuk devleti kavramı garanti altına alınmaktadır.

Anayasamızın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi, konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi, haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesi, yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23. maddesi, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesi ve basın hürriyetini düzenleyen 28. maddesi koruma tedbirleri ile ilgili güvence teşkil eden maddeleri oluşturmaktadır.

¹⁴⁹ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.484; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.202; Gökçen, **Elkoyma**, s.16; Özbek, **Ceza**, s.251.

Uluslararası platformda ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 8. maddelerini, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 9., 10., 12., 17. ve 19. maddelerini bunlara örnek olarak gösterebiliriz.

İç hukukumuzda, Anayasa'dan başka, gerek CMK, gerekse TCK gibi kanunlarda koruma tedbirlerine ilişkin temel ilkeler düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buradan çıkan sonuca göre, yasa ile düzenlenmiş bulunmayan bir alanda koruma tedbirine başvurulması mümkün değildir¹⁵⁰. Bu nedenle bütün koruma tedbirlerinin esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemler ile bu alanlarda düzenleme yapılması mümkün değildir.

B) Hüküm Verilmeden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlama

Ceza muhakemesinin yapılmasını kolaylaştıran koruma tedbirleri, mahiyetleri gereği, uygulandıkları kişiler bakımından bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadırlar¹⁵¹. Koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmesinin de temelinde bu sebep yatmaktadır çünkü daha suçlu olup olmadığını bilmediğimiz bir kişinin koruma tedbiri nedeniyle temel hak ve özgürlüğü kısıtlanmaktadır¹⁵². Bu bağlamda kişinin bazen özgürlüğü (yakalama, tutuklama), bazen konut dokunulmazlığı (arama), bazen mülkiyet hakkı (elkoyma, şirket yönetimine kayyım tayini), bazen vücut dokunulmazlığı (beden muayenesi) bazen de özel hayatı (telefonların dinlenmesi) müdahaleye uğramaktadır¹⁵³.

¹⁵⁰ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara 1999, s.21 (Arama).

¹⁵¹ Tosun, **Muhakeme**, s.822; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486; Gökçen, **Elkoyma**, s.19; Özbek, **Arama**, s.20-21; Özbek, **Ceza**, s.251.

¹⁵² Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486.

¹⁵³ Tosun, **Muhakeme**, s.822; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486; Gökçen, **Elkoyma**, s.19.

Devletin bu haklara müdahale etmesinin temelinde, faillerin kendi suçlarının ispatlanması konusunda devletle işbirliği yapmalarının mümkün olmaması¹⁵⁴ ve devletin de bu tedbirlere müracaat etmez ise ceza muhakemesinin yapılamaz duruma gelmesi yatmaktadır¹⁵⁵.

C) Geçici Olma

Koruma tedbirlerinin geçici olması ile kastedilen, sadece zamanla sınırlama manasındadır¹⁵⁶. Örneğin, gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmek için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez; bunun gibi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok altı aydır. Bu gibi durumlarda kanun koyucu, koruma tedbirinin süresini açıkça kanunla düzenlemiştir. Buna karşılık bazı durumlarda kanun koyucu böyle bir süre öngörmemiştir. Bu durumda ne yapılacaktır? Eğer, söz konusu koruma tedbirinin uygulanması ile artık beklenen faydanın gerçekleştiği¹⁵⁷ veya gerçekleşmeyeceği veya başka bir koruma tedbirinin daha faydalı olacağı kanaatine varılmış ise o koruma tedbirine son verilmesi gerekmektedir. Bu husus, koruma tedbirlerinin geçici olması ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

D) Araç Konumunda Bulunma

Burada karşımıza koruma tedbirinin amacının ne olduğu sorusu çıkmaktadır. Genellikle kabul edildiği üzere, koruma tedbirleri amaç değil

¹⁵⁴ “Nemo tenetur se ipsum accusare” (Hiç kimse kendi aleyhine bir muhakemeyi başlatmak veya muhakemenin yürütülmesine aktif olarak katılmak zorunda değildir).

¹⁵⁵ Gökçen, **Elkoyma**, s.19.

¹⁵⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.756; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.245; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486.

¹⁵⁷ Özbek, **Arama**, s.21.

araçtır¹⁵⁸. Yani, koruma tedbirleri, kendi başına bir anlam ifade etmemekle birlikte, muhakeme süresince eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilirliğini sağlamak için kullanılan bir araçtır¹⁵⁹. Başka bir deyişle, koruma tedbirleri, mahkemenin doğru karar vermesinin ve sonuçta vereceği hükmün kağıt üstünde kalmamasının aracı konumundadırlar; asla başlı başına bir amaç durumunda değildirler¹⁶⁰. Örneğin, yakalama, gözaltına almanın; gözaltına alma tutuklamanın bir aracıdır¹⁶¹.

Koruma tedbirleri, yaptırım (ceza) sayılmadığından, yaptırımlarda uygulanan “ne bis in idem” kuralı burada uygulanmaz yani bu tedbirlere aynı muhakeme içinde birden fazla başvurulabilir, birinin yerine öteki geçebilir veya başka bir tedbirin yardımcısı olabilir¹⁶². Örneğin, bir kimse yakalandıktan sonra gözaltına alınmış daha sonra tutuklanmış, tutuklu kaldığı süre içinde evi aranmış, bazı eşyalarına el konulmuş daha sonra adli kontrol altına alınmış olabilir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere aynı muhakeme içinde altı farklı koruma tedbiri uygulanmış bulunmaktadır.

E) Belli Makamlar Tarafından Verilmiş Olma

Koruma tedbirlerine kural olarak hakim karar verir. Ancak kanun koyucu bazı durumların varlığı halinde (gecikmesinde sakınca bulunan haller) Cumhuriyet savcısının koruma tedbirine karar verebileceğini kabul etmiştir (CMK m.91). Çok istisnai bazı durumlarda ise kolluk (CMK m.119) hatta vatandaşlar bile (CMK m.90) yetkili olabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, “gecikmesinde sakınca bulunan haller” tabirinin iyi anlamlandırılmasıdır. Bu düzenlemenin, adaletin sağlanması için bir araç

¹⁵⁸ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.486; Yurtcan, **Ceza Muhakemesi**, s.542; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.245; Özbek, **Arama**, s.21; Özbek, **Ceza**, s.251.

¹⁵⁹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.756; Centel, **Tutuklama**, s.8.

¹⁶⁰ Cihan/Yenisay, **a.g.e.**, s.202; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486.

¹⁶¹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.756; Yurtcan, **Ceza Muhakemesi**, s.542.

¹⁶² Tosun, **Muhakeme**, s.823.

olduğu ve her durumda başvurulabilecek bir -can simidi- olmadığı akıllardan çıkarılmamalıdır. Aksi durumda temel hak ve özgürlükler büyük bir korumadan mahrum kalır.

III) KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖNŞARTLARI

Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerini böylece sıraladıktan sonra şimdi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bulunması gerekli önşartlara da kısaca değinmek istiyoruz. Kanunlar genelde bu önşartları koruma tedbirinin çeşidine göre farklı şartlar öngörerek ararlar ancak bunların açıkça öngörülmediği koruma tedbirlerine de rastlanabilmektedir¹⁶³. Böyle bir durumun varlığı, bu tedbirlere aşağıda açıklayacağımız önşartlar olmadan başvurulabileceği anlamına gelmez tam tersine bunlar koruma tedbirlerinin hukuki temelinde yer aldıklarından açıkça gösterilmese bile varlığı aranması gereken şartlardır¹⁶⁴.

A) Gecikmede Tehlike Olması

Tehlike, büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durumdur¹⁶⁵ yani bir zarar olasılığıdır¹⁶⁶. Muhakeme hukukunda tehlike ise, onun

¹⁶³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.757.

¹⁶⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.757.

¹⁶⁵ Türkçe Sözlük, **C.II**, s.1439.

¹⁶⁶ Tosun, **Muhakeme**, s.826; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.246; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, gecikmede tehlike bulunması koşulunun, “gecikmede sakınca bulunması” şeklinde ifade edilmesini yanlış bulmaktadır. Ayrıca yazarlar, Anayasa’nın birçok maddesinde bahsedilen “gecikmede sakınca bulunma” tabirini de tehlikeye nazaran daha geniş kapsamlı olduğu için eleştirmektedirler (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.757, dn.10). Alman ceza muhakemesi hukukunda da “gecikmede tehlike bulunması” tabirinin kullanıldığını görmekteyiz, bkz. Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 3.Bası, İstanbul 1990, s.XXXI. Kanaatimizce “sakınca” terimi, kapsam itibariyle tehlikeden daha geniştir. Yani somut olayda bir tehlike olmamasına karşın sakınca olabilir. Bu durum da, zaten nazik başvurulması gereken bir kurum olan koruma tedbirinin uygulama alanını son derece genişletecek niteliktedir. Bu nedenle, CMK’da ve diğer mevzuatta yer alan “gecikmesinde sakınca bulunan” teriminin, “gecikmesinde tehlike olan” şeklinde değiştirilmesi ve okunması gerekmektedir. Bu söylenenler doğrultusunda çalışmamızda, sakınca yerine, tehlike terimini kullanmayı tercih ettik.

yapılamaması olasılığı veya yapılsa bile gerçeği yansıtmaması olasılığıdır¹⁶⁷. Eğer bu olasılıklardan birisi varsa gecikmede tehlike olduğu açıktır, aksi durumda koruma tedbirine başvurunun hiçbir anlamı yoktur¹⁶⁸.

Gecikmede tehlike bulunması önşartı kanunlarda çok defa açıkça belirtilir. Örneğin, CMK'nın 100. maddesine göre, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa veya şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmaları durumu, tutuklama koruma tedbiri için gecikmede tehlike olduğunu gösteren ölçütlerdir¹⁶⁹. Bunun gibi örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Gecikmede tehlike olması şartı sanıldığı kadar geniş değildir; bunun için hem tehlikenin yakın olması gerekmekte hem de uygulanacak koruma tedbiri bakımından özel bir değerlendirme yapılarak gecikme ve tehlikenin ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir¹⁷⁰.

Eğer gecikmede tehlike olmadan başvuru bir yasal tedbir söz konusu ise, bu koruma tedbiri değil, başka bir tedbirdir¹⁷¹.

B) Şüphenin Belli Bir Yoğunlukta Olması (Görünüşte Haklılık)

Şüphenin belli bir yoğunlukta olması (görünüşte haklılık) hakkın gerçekten mevcut olduğu hususunda kuvvetli bir ihtimalin mevcut

¹⁶⁷ Tosun, **Muhakeme**, s.826; Gökçen, gecikmede tehlike bulunması koşulunun her koruma tedbirinde bulunacağını söylemenin doğru olmadığını ifade etmektedir (Gökçen, **Elkoyma**, s.17).

¹⁶⁸ Tosun, **Muhakeme**, s.826; Özbek, **Arama**, s.21; Özbek, **Ceza**, s.251-252.

¹⁶⁹ Centel, **Tutuklama**, s.9; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.246; Mehmet Reşat Koparan, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", **TBBD**, S.65, Temmuz/Ağustos 2006, s.158 vd.

¹⁷⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.758; Centel, **Tutuklama**, s.9.

¹⁷¹ Tosun, **Muhakeme**, s.827.

bulunmasıdır¹⁷². Burada, bir hakkın tehlikede olduğunu gösteren olaylar mevcut olmalıdır ancak bunların mevcudiyetinde yüzde yüz kesinlik aranmaz, ihtimalin mevcut olması yeterlidir¹⁷³. Kanun koyucu, bazı koruma tedbirleri için kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramışken, bazı koruma tedbirleri için makul şüphenin varlığını yeterli görmüştür. Bunların ayrımını ikinci bölümde yapacağımız için şimdilik bu kadar söylemekle yetiniyoruz.

C) Koruma Tedbirinin Orantılı Olması (Ölçülülük İlkesi)

Orantılılık (ölçülülük) ilkesi, araçla amaç arasında bir denge bulunmasını¹⁷⁴ başka bir deyişle, failin hukuken korunan menfaatlerine yapılan müdahale ile, bu müdahale sonucu beklenen yarar arasında bir ölçünün bulunmasını ifade etmektedir¹⁷⁵.

Ölçülülük ilkesi Anayasamızda 2001 yılından öncesine kadar yer almamaktaydı. Ancak 2001 değişikliği ile¹⁷⁶, Anayasamızın 13. maddesinde ifadesini bulan, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmek suretiyle bu husus açıklığa kavuşmuştur.

CMK'da, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasağı getirilmesi (CMK m.100/IV) ve adli kontrolün (CMK m.109) kabul edilmiş olması nedeniyle ölçülülük ilkesine CMUK'tan farklı olarak (CMUK m.104) yer verilmemiştir¹⁷⁷.

¹⁷² Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.203; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.758-759; Yurtcan, **Ceza Muhakemesi**, s.541; Tosun, **Muhakeme**, s.824; Centel, **Tutuklama**, s.9; Özbek, **Ceza**, s.251.

¹⁷³ Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.203; Centel, **Tutuklama**, s.9; Özbek, **Arama**, s.21.

¹⁷⁴ Centel, **Tutuklama**, s.10.

¹⁷⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.759-760; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.487; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.246; Özbek, **Arama**, s.21; Özbek, **Ceza**, s.251; Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara 1997, s.118.

¹⁷⁶ 03.10.2001 Tarih ve 4709 Sayılı Kanun (m.2).

¹⁷⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.760.

Bazen bu ölçünün kanun koyucu tarafından konulduğu durumlar da söz konusu olabilmektedir¹⁷⁸: Örneğin, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 21. maddesine göre, on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez. Kanun koyucu burada, on beş yaşını doldurmamış çocukların belli sınırı aşmayan suçlarda tutuklanmasını, ölçülülük ilkesine aykırı gördüğü için bu durumda tutuklama kararı verilemeyeceğini açıkça belirtme yoluna gitmiştir.

¹⁷⁸ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.487.

İKİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM TAYİNİ

I) KAVRAM VE TERİM

Kayyım kavramına, CMK'da sadece iki maddede rastlamaktayız. Bunlardan ilki, asıl inceleme konumuzu oluşturan “şirket yönetimine kayyım tayini”dir (CMK m.133). İkincisi ise, CMK m.248'de düzenlenen, kaçak sanığın mallarının idaresi için mahkeme kararıyla kayyım atanmasıdır. Bu iki madde arasında esas itibariyle farklılıklar olmakla birlikte, her iki maddede de kayyımın asli görevinin, ekonomik nitelik arzettiği sonucuna varabiliriz.

Kanun koyucu bu iki maddede kayyımdan bahsetmekle birlikte tanımlar maddesi (CMK m.2) de dahil olmak üzere hiçbir yerde kayyımı tarif etmemiştir. Birinci bölümde de ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz şekilde, kayyımlık esas itibariyle özel hukukta düzenlenmiş bir kurumdur. Kanun koyucunun CMK'da neden kayyım terimine yer verdiği gelince: Önceki bölümde bahsettiğimiz üzere kayyım özel hukuka ilişkin belirli işleri görmek veya malvarlığını idare etmek için atanmaktadır. Burada da aslında aynı şey söz konusudur. Kayyım, atandığı şirkette belirli işleri görmektedir. Kaçak sanığın mallarının idaresinde ise kayyımın malvarlığını idare etme olgusu daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle söz konusu maddelerde kayyım teriminin kullanılmış olmasını doğru bulmaktayız.

II) ŞİRKETLERİN EKONOMİK VE SOSYAL FONKSİYONLARI İLE ŞİRKETLERE KAYYIM ATANMASININ ÖNEMİ

Günümüzde şirketler, ekonominin olmazsa olmaz unsurları arasında yerini almışlardır. Şirketler, ilk ortaya çıktıkları tarihten beri ekonomik ve

sosyal hayatı önemli ölçüde etkilemişler, büyük ekonomik başarılar yanında aynı derecede büyük skandal ve yıkıntılara da yol açmışlardır¹⁷⁹. Söz konusu şirketlerden, ekonomik ve sosyal fonksiyonları itibariyle en önemlisi hiç şüphesiz ki anonim şirketlerdir. Anonim şirketler, yapıları itibariyle büyük sermaye odakları haline gelmişlerdir. Bazı şirketlerde, onlarca, yüzlerce hatta binlerce çalışan bulunabilmektedir. Bunların bakmakla yükümlü olduğu kişileri de düşününce şirketlerin sosyal fonksiyonlarının da ne derece büyük olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Şirket yönetimine kayyım atanması kurumuna benzer bir düzenlemeye İcra ve İflas Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişiklikle yer verilmiştir¹⁸⁰. İflasın ertelenmesi olarak adlandırılan bu düzenlemeyle, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflas kararı vermeden önce belli şartların gerçekleşmiş olması halinde geçici olarak iflasın ertelenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir¹⁸¹. İflasın ertelenmesi ile öncelikle sermaye şirketinin faaliyetine devamının sağlanması amaçlanmıştır. Günümüzün küreselleşen ekonomik ilişkileri içinde bir şirketin iflas etmesi, şirketin işletmesinin büyüklüğü göz önüne alındığı vakit, bazen yalnız o şirketin değil, onunla iş yapan tedarikçilerin ve bayilerin de iflası sonucunu doğurabilmektedir¹⁸². Bu nedenle mali durumu bozularak borca batık hale gelmiş olan bir sermaye şirketinin iflastan kurtarılıp yeniden ekonomiye kazandırılması sadece o şirketin değil,

¹⁷⁹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 10.Bası, İstanbul 2005, s.239 (Ortaklıklar).

¹⁸⁰ İİK m.179a:

“İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır.

Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir.

İflasın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir.

Mahkeme erteleme kararının hüküm fıkrasını 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilan eder ve gerekli bildirimleri yapar.”

¹⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Atalay, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir 2006, s.51 vd.

¹⁸² Atalay, **a.g.e.**, s.53.

o şirketle çalışan diğer şirketlerin ve dolayısıyla ekonomik piyasaların da yararınadır.

Durum böyle olunca, şirketlerin ekonomik ve sosyal hayatta arz ettikleri önem bir kat daha artmaktadır. Şirketler bakımından normal olanı, hukuk sınırları içinde kalmak koşuluyla legal yollardan kârlarını maksimize edebilmektir. Ancak durum her zaman böyle olmamakta ve şirketler, gerçek amaçlarından uzaklaşmak suretiyle illegal yollardan gelir elde etmeyi hedefleyebilmektedirler. Bu bağlamda, bir sürü şirket “paravan şirket” diye tabir edebileceğimiz şekilde kurulmakta başka bir deyişle şirket kisvesi altında suç işlemek amacıyla faaliyet göstermektedirler. Pek tabidir ki, hukuk düzeninde böyle bir duruma izin verilmesi düşünülemez. Hiçbir hukuk düzeni, bu şekilde suç işlenmekte olmasına da göz yumamaz.

Ancak, biraz önce de bahsettiğimiz üzere şirketlerin ekonomik ve sosyal fonksiyonları itibariyle arz ettikleri önem nedeniyle, bunlara müdahale edilmesi konusunda çok hassas davranılması gerekmektedir. Türkiye’de geçmiş yıllarda yaşadığımız olaylar bunun en iyi örneklerini oluşturmaktadır. Gerekli araştırmalar yapılmadan başlatılan soruşturmalar neticesinde bir çok saygın iş adamı yakalanmış, uzun süren sorgulara tabi tutulmuştur¹⁸³. Bu görüntü özellikle sermaye piyasalarında faaliyet gösteren şirketlerin değerini bir anda taban yaptırmış; bu işlemlerden önce değeri 8-9 milyar dolar olan şirketlerin değeri 3-4 milyar dolara düşmüştür¹⁸⁴. Burada meydana gelen milyarlarca dolarlık fark, kamu zararı olarak karşımıza çıkmaktadır; daha da önemlisi bu uygulamalar Türk ekonomisinin ve sermaye birikiminin olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurmuştur¹⁸⁵.

¹⁸³ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564.

¹⁸⁴ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564; Ahmet Gökçen, **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, 30 Nisan – 1 Mayıs 2005, s.351.

¹⁸⁵ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564; Adem Sözüer, M.Kenan Tekdağ, “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?”, **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.56.

Elbetteki bir şirket faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olabilir. Ancak burada şirkete müdahalede bulunurken çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bu bağlamda ticari ceza hukukunun esaslarına uygun hareket edilmeli ve ölçülülük ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır, böylelikle kamunun da zarar görmesi önlenmiş olacaktır¹⁸⁶.

Türkiye’de yaşanan “elkoyma” olayları şunu göstermiştir ki, şirketin bütün malvarlığına elkonulması çoğu durumda beklenen yararı gerçekleştirmemekte bilakis şirkette çalışanların ve kamunun daha da büyük bir zarara uğramasına yol açabilmektedir¹⁸⁷. Bu açıdan bütün bu olumsuzlukların önüne geçebilmek açısından kayyım atanması belki de en doğru ve sağlıklı usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, yeni CMK’da bir ilk olarak, şirket yönetimine kayyım tayini usulünü kabul etmiştir.

III) ŞİRKET YÖNETİMİNE ATANAN KAYYIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Şirket yönetimine atanan kayyımın hukuki niteliğinin belirlenmesi bir çok açıdan önem taşımaktadır. Özellikle kayyımın hukuki sorumluluğunun ve görevlerinin sınırının çizilmesi, kayyımın hukuki niteliğinin ortaya konulması ile netlik kazanacaktır.

Şirket yönetimine atanan kayyımın hukuki niteliğinin tespiti bakımından doğru bir sonuca varabilmek için kayyımın onay makamı olarak mı yoksa yönetim organı olarak mı atandığı konusunda ikili bir ayırım yapmamız gerekmektedir.

¹⁸⁶ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564.

¹⁸⁷ Sözüer/Tekdağ, **a.g.e.**, s.56; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564.

A) Onay Makamı Olarak Atanan Kayyımın Hukuki Niteliği

Kayyımın onay makamı olarak atanması durumunda, şirketin yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliği kayyımın onayına bağlı olacaktır. Burada karar ve işlemlerde bulunma yetkisi şirketin yönetim organına ait kalmaya devam etmektedir. Kayyım sadece bu karar ve işlemlerin geçerli olması için onay makamı olarak faaliyet göstermektedir. Kayyımın alınan karar ve yapılan işlemlerde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Durum böyle olmakla birlikte, onay makamı olarak atanan kayyımın teknik anlamda kayyım olup olmadığı hususu üzerinde de kısaca durmak istiyoruz. Daha önce de değindiğimiz üzere kayyım, belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilmektedir. Bu bağlamda kayyımın temsil ve yönetim özelliği ön plana çıkmaktadır. Buna göre, onay makamı olarak atanan kayyımın temsil ve yönetim özelliği olmadığından, teknik anlamda kayyım olduğundan söz edilemez. Onay makamı olarak atanan kayyımın hukuki durumu daha çok yasal danışmanlığın bir alt dalı olan oy danışmanına¹⁸⁸ (TMK m.429) benzemektedir.

Yasal danışmanlık kurumu her ne kadar kayyımlık kurumu ile beraber düzenlenmişse de, yasal danışmanlık kendine has varlığı olan, kayyımlık ve vesayetten ayrı bir kurumdur; bu nedenledir ki gerek vesayete, gerek kayyımlığa ilişkin hükümlerden sadece yasal danışmanlığın amaç ve maksadına uygun düşecek olanlarının bu kuruma uygulanması gerekmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Türk Medeni Kanunu'nun vesayete ilişkin hükümleri incelendiği vakit kayyımlık kavramının biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanıldığı görülür. Dar anlamda kayyımlık, temsil kayyımlığı, yönetim kayyımlığı ve istek üzerine kayyımlıktan ibarettir. Buna karşılık geniş anlamda kayyımlık, dar anlamda kayyımlık ile birlikte dar anlamda kayyımlıktan kolayca ayırt edilebilir sui generis bir kurum olan yasal danışmanlığı da kapsar. TMK m.403/III'de geçen kayyımlık ifadesi hem dar anlamda kayyımlığı hem de yasal danışmanlığı birlikte kapsayacak şekilde geniş olarak okunmalı ve vesayete ilişkin hükümler TMK m.403/III atfıyla kıyasen yasal danışmanlığa da uygulanmalıdır (Gümüş, s.1-2); Bilge Öztan, "Kanuni Müşavirlik ve Federal Mahkeme'nin Bu Konuya İlişkin Görüşü", **Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, C.I**, Ankara 1977, s.298 (Kanuni Müşavir).

¹⁸⁹ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.299.

Tam bu noktada yasal danışmanlık ile kayyımlik kurumu arasındaki farkları¹⁹⁰ ortaya koymamız gerekmektedir. Kayyım tayininde kişi fiil ehliyetini aynen muhafaza eder, halbuki yasal danışman sadece reşit bir kişiye tayin olunur¹⁹¹. Kendisine kayyım tayin edilen kişinin fiil ehliyetinde bir değişiklik olmaz. Buna karşılık kayyımlığın aksine, kendisine yasal danışman atanan kimsenin fiil ehliyeti mutlaka sınırlandırılmıştır¹⁹². Bunun gibi TMK'da hükme bağlanan oy danışmanlığı ile temsil kayyımının; yönetim danışmanı ile yönetim kayyımının da görevleri farklıdır. Oy danışmanının oyunun hangi işlemlerin yapılmasında aranacağı sınırlı olarak sayılmıştır; halbuki temsil kayyımlığı belli bir işlemin yapılmasıyla kendiliğinden sona erer¹⁹³. Yönetim danışmanı, kişinin mallarını gerektiği gibi idare edememesi nedeniyle kendisinin veya yakınlarının fakirleşmesinin söz konusu olduğu hallerde tayin edilmesine karşılık yönetim kayyımı, bir malvarlığını idare edecek kimsenin yokluğu nedeniyle kişinin malvarlığının korunmasına ihtiyaç duyulması halinde söz konusu olur¹⁹⁴.

Onay makamı olarak atanan kayyımın hukuki niteliğinin teknik anlamda oy danışmanı olduğunu belirledikten sonra oy danışmanlığı hakkında da kısa açıklamalarda bulunmak istiyoruz. TMK'ya göre kendisine oy danışmanı atanan kişi, TMK m.429'da sayılan işlemleri kendisi bizzat yapar, ancak yapılan işlemin geçerli olması oy danışmanının iznine bağlıdır, başka bir deyişle kanun koyucu, yapılan işlemin geçerliliği için kişinin iradesinin yanında, oy danışmanının da iznini aramaktadır¹⁹⁵. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da oy danışmanının rızasını ne zaman açıklamak zorunda olduğudur, başka bir deyişle oy danışmanı rızasını

¹⁹⁰ Vesayet kurumu ile yasal danışmanlık kurumu arasındaki farklar için, bkz. Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.300-301.

¹⁹¹ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.302.

¹⁹² Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.302.

¹⁹³ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.302.

¹⁹⁴ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.302.

¹⁹⁵ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.310.

hukuki işlem yapılmadan önce vermek zorunda mıdır, yoksa hukuki işlem yapıldıktan sonra da oy danışmanının rızasını vermesi mümkün müdür? Doktrinde genel kabul gören görüş, oy danışmanının rızasını muamelenin yapılmasından önce veya sonra vermesi arasında bir fark görmemektedir. Oy danışmanı, rızasını açık veya zımni olarak verebilir. Ancak rıza ister zımni olsun ister açık olsun mutlaka mevcut olmalıdır, aksi halde yapılan muamele geçerli değildir. Oy danışmanının, kişinin yaptığı her muamele için rızasını ayrı ayrı vermesi gerekmektedir; başka bir deyişle oy danışmanının ilgiliye yapacağı işlemler için önceden genel bir rıza vermesi düşünülemez¹⁹⁶.

Bu konuda açıklığa kavuşturulması gereken son husus ise, oy danışmanın hukuki işleme izin vermesinde şekil şartının aranıp aranmayacağıdır. Kanun'da bu konuda herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Konuyla ilgili doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yapılan muamelenin kendisi şekil şartına bağlı ise, oy danışmanının rızasının bildirilmesinin de şekil şartına bağlı olması gerekir¹⁹⁷. Diğer görüşe göreyse, oy danışmanının rızası şekil şartına bağlı değildir¹⁹⁸.

Kanaatimizce işlem güvenliği bakımından, oy danışmanının rızasını asgari olarak yazılı vermesi gerekmektedir. Ancak yapılan muamele özel bir şekil şartına bağlı ise, oy danışmanının da rızasını o şekil şartına uygun olarak açıklaması gerekmektedir. Zaten şirket yönetimine onay makamı olarak atanan oy danışmanının rızasını TTK hükümlerine göre aranan asgari şekil şartlarına uygun olarak açıklamak zorunda olduğu göz önüne alındığında bu konuda herhangi bir sıkıntı çıkmayacağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak, onay makamı olarak atanan kayyım, teknik anlamda oy danışmanı ise de, yasal danışmanlığın geniş anlamda kayyımlık içinde değerlendirildiğini göz önüne alarak terim olarak kayyım olarak

¹⁹⁶ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.311.

¹⁹⁷ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.311.

¹⁹⁸ Öztan, **Kanuni Müşavir**, s.311.

nitelendirilmesinin de mevcut durumda çok büyük bir sıkıntı yaratmayacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmamızda, CMK'da kabul edildiği şekliyle kayyım terimini kullanacağız. Ancak yaşanacak sorunlarda onay makamı olarak atanan kayyımın teknik anlamda oy danışmanı olduğu gözden uzak tutulmamalı ve bu açıdan yorum yapılmalıdır.

B) Yönetim Organı Yerine Atanan Kayyımın Hukuki Niteliği

Kayyımın yönetim organının yerine atanması durumunda, yönetim organının görevi kayyımın atanmasıyla birlikte sona erecektir. Böyle bir durumda yönetim organının bütün yetkileri kayyıma geçecektir.

Yönetim organı yerine atanan kayyımın hukuki niteliğini, yönetim kayyımı olarak nitelendirebiliriz¹⁹⁹.

Pek tabidir ki bütün bu durumlarda, kayyımı atayan mahkemenin ceza mahkemesi olması ve kayyım atanması ile hedeflenen amacın İcra ve İflas Kanunu ve TMK'dan farklı olduğu da gözden uzak tutulmamalı ve atanan kayyımın hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler bu çerçevede yapılmalıdır.

IV) ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM TAYİNİNİN KOŞULLARI

Şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için kanun bazı şartların gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Hiç şüphesiz bu şartlardan başka, koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli olan diğer ortak özellikler ile önşartların da olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Aşağıda, CMK m.133'te kayyım tayini için aranan şartları inceleyeceğiz.

¹⁹⁹ Gümüş, a.g.e., s.129; Ayşe Gülin Güralp, “Anonim Şirkette Kayyım” İzmir 2005, s.10.

A) Suçun Bir Şirketin Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmekte Olması

Her şirketin, kendisine özgü bir faaliyet alanı bulunmaktadır. Başka bir deyişle her şirketin, bir maksat ve konusu vardır. Örneğin, TTK m.271'e göre, anonim şirketler, kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi konuda kurulabilir. Bunun gibi, limited şirketler de, yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konu için kurulurlar. Ancak limited şirketler, sigortacılık ve bankacılık yapamazlar. Keza, kooperatiflerin kuruluş maksadı, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılamaktır²⁰⁰.

CMK m.133'te "...bir şirketin faaliyeti çerçevesinde..." denilmekle kastedilmek istenen nedir? Her şeyden önce bir şirket faaliyeti çerçevesinde suç işlenmekte olması, kanunların izin verdiği bir uygulama değildir. Zira şirketlerin amaç ve konuları ekonomik niteliktedir. Bu bağlamda, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekle kastedilmek istenenin, şirket kisvesi altında, şirketi paravan olarak kullanmak suretiyle suç işlemek olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, bütün şirket türlerinin, CMK m.133/IV'te katalog halinde sayılan suçları işlemeleri mümkündür. Bunun tek istisnasını, katalogda sayılmış olan Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesi oluşturmaktadır. Zira, Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesine göre Türkiye'de kurulacak bankaların anonim şirket şeklinde kurulması esastır. Bu bağlamda, 160. maddede tanımlanan zimmet suçunun sadece anonim şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenebileceği sonucu çıkmaktadır.

²⁰⁰ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s.945-946; Necat Tüzün, **Şirketler Hukuku**, 3.Bası, Ankara (tarihsiz), s.180.

B) Suçun Zincirleme veya Kesintisiz Suç Şeklinde İşlenmesi

1) Genel Olarak

CMK m.133'e göre, şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için maddede sayılan suçların bir veya birkaçının söz konusu şirketin faaliyeti çerçevesinde "işlenmekte olması" gerekmektedir. Söz konusu maddenin Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen metninde "Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda..." ifadesine yer verilmişti. Buradan çıkan sonuca göre, şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekecekti. Bu bağlamda zincirleme veya kesintisiz suçlarda söz konusu madde uygulama alanı bulamayacaktı. Keza, madde metninden çıkan bir diğer sonuca göreyse, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda kayyım tayini söz konusu olamayacaktı; çünkü teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun tamamlanmış olmasından söz edilemeyecekti. Ancak madde üzerinde 26.11.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmeler sırasında birinci fıkrada yer alan "işlendiği" ifadesinin "işlenmekte olduğu" şeklinde düzeltilmesi teklif edilmiş ve madde bu şekliyle TBMM Genel Kurulu'na sunulularak yasalaşmıştır. Bu nedenle söz konusu değişikliğin son derece isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Aksi taktirde yukarıda belirttiğimiz sakıncaların doğması kaçınılmaz olacaktı.

Burada karşımıza, suçun tamamlanmış olması halinde şirket yönetimine kayyım tayininin mümkün olup olmadığı sorunu çıkmaktadır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, madde metnindeki "işlendiği" ifadesinin yerine "işlenmekte olduğu" ifadesi getirilmiştir. Acaba kanun koyucu bu değişiklik ile, tamamlanmış suçlarda kayyım tayininin önüne mi geçmek istemiştir? Yoksa, tam tersine, tamamlanmış suçlarda evleviyetle (a fortiori) kayyım tayinini mümkün kılmak mı istemiştir? Madde gerekçesine baktığımız vakit, birinci görüşün benimsendiği sonucuna varmaktayız. Zira gerekçede açık olarak "...bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, tamamlanmış olan bir suçla ilgili olarak şirket yönetimine kayyım tayin edilemez" denilmek suretiyle,

tamamlanmış suçlarda kayyım tayininin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Peki neden? Bunun yanıtını CMK'nın 128. maddesinde bulmaktayız. 128. maddede genel itibariyle, tamamlanmış suçlar bakımından elkoyma düzenlenmiştir. Kanun koyucu, tamamlanmış suçlarda şirket yönetimine kayyım atanması yerine, faillerin ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına ve her türlü malvarlığı değerlerine elkonulmasını kabul etmiştir.

Madde gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere²⁰¹, şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için soruşturma veya kovuşturma konusu suçun, zincirleme (müteselsil) veya kesintisiz (mütemadi) suç şeklinde işlenmekte olması gerekmektedir. Ancak bununla ne anlatılmak istendiği pek de açık görünmemektedir. Bu nedenle, madde metnine açıklık getirebilmek ve daha sonraki açıklamalarımızı anlaşılır kılabilmek için kesintisiz suç ve zincirleme suç kavramları üzerinde ayrıntılı olarak durarak konuya açıklık getirmek istiyoruz.

2) Suçun Kesintisiz (Mütemadi) Suç Biçiminde İşlenmesi

a) Genel Olarak

Kesintisiz suçun²⁰² tanımına ne TCK'da ne CMK'da rastlamamaktayız. Ancak TCK'nın 66. maddesi ile CMK'nın 12. maddesinde soyut olarak kesintisiz suçtan bahsedildiğini görmekteyiz. Bu nedenle bu boşluğu doldurma görevi doktrine kalmıştır.

Türk hukukunda²⁰³ kesintisiz suçun tanımı konusunda benzer fikirler ileri sürülmüştür. Genel kabul gören görüşe göre, hareketin eseri olan neticenin meydana gelmesinden sonra hemen sona ermeyip zaman içinde

²⁰¹ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s.369 (Gazi).

²⁰² Mütemadi (kesintisiz) suçun tarihi gelişimi için, bkz. Ayhan Önder, "Mütemadi Suç", **İÜHF**, 1963, C.29, S.1-2, s.78-79 (Mütemadi Suç).

²⁰³ Alman hukukundaki görüşler için, bkz. Önder, **Mütemadi Suç**, s.79-82.

devam eden suçlara kesintisiz suç denilmektedir²⁰⁴. Kesintisiz suç ile ani suç arasındaki fark da tam bu noktada kendisini göstermektedir: Ani suçlarda, suç, neticenin gerçekleşmesiyle birlikte hemen bitmesine karşın, mütemadi suçlarda, neticenin meydana gelmesinden hemen sonra bitmemekte ve bir süre devam etmektedir²⁰⁵. Ani suçlara örnek olarak, kasten öldürme (TCK m.81), kasten yaralama (TCK m.86), hakaret (TCK m.125), hırsızlık (TCK m.141), zimmet (TCK m.247) suçları gösterilebilir.

Yukarıda bahsettiğimiz görüş sahipleri, mütemadi suç bakımından önemli olanın, neticenin devamı olduğunu kabul etmektedirler. Buna karşılık doktrindeki diğer görüş sahipleri ise, mütemadi suç bakımından önemli olanın neticenin devamı değil, suçun kanuni tarifindeki fiilin icrasının devamı olduğunu savunmaktadırlar²⁰⁶. Bir diğer görüşe göreyse, mütemadi suçta hem hareket hem netice devam etmektedir²⁰⁷.

Mütemadi suçlar, hukuka aykırı durumun meydana gelmesi ile birlikte “tamamlanmakta”, hukuka aykırı durumun ortadan kalmasıyla birlikte de “sona ermektedir” (bitmektedir)²⁰⁸. Bu bağlamda, mütemadi suçlarda söz konusu suç önce tamamlanmakta daha sonra ise sona ermektedir. Örneğin,

²⁰⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3.Bası, İstanbul 2005, s.264; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2.Bası, Ankara 2006, s.434 (Genel Hükümler); Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 14.Bası, Genel Kısım, C.I, İstanbul 1997, s.385 (I); Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.Bası, Ankara 2005, s.217; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 8.Bası, Ankara 2005, s.125 (Ceza Hukuku); Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara 1967, s.48; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Ankara 2006, s.93 (Temel Bilgiler); Ekrem Köni, “Ceraimi Müteselsile”, **İBD**, 1938, S.7, s.429; Baha Kantar, **Ceza Hukuku, Kısım I**, Ankara (tarihsiz), s.140; Kayıhan İçel, Füsün Sokulu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi – 2.Kitap**, 2.Bası, İstanbul 2000, s.69 (Suç Teorisi); Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Ankara 1994, s.11.

²⁰⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.264; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.434; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.125; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.48; Dönmezer/Erman, **I**, s.385.

²⁰⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s.210 (Gazi); İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3.Bası, Ankara 2001, s.134.

²⁰⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265; Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954, s.96.

²⁰⁸ Özgenç, **Gazi**, s.210; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.125; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.435; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.264; Dönmezer/Erman, **I**, s.385.

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109), mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakılmasıyla tamamlanmakta ise de henüz bitmemiştir. Bu suç açısından bitme zamanı, mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetine tekrar kavuştuğu andır.

Doktrinde tartışılan bir husus, devamlılığa (temadiye) son vermenin failin iktidarında olup olmamasının, kesintisiz suçun varlığı bakımından bir önem taşıyıp taşımadığıdır. Bazı yazarlara göre²⁰⁹, kesintisiz suçun söz konusu olabilmesi için, failin devamlılığa istediği anda son verebilmesi gerekmektedir. Bu görüş sahipleri de kendi içinde ikiye ayrılmakta; bir kısım yazarlar, buradaki iktidarı, hukuki bir iktidar olarak görürken²¹⁰, diğer bir kısmı ise fiili bir iktidar olarak görmektedir²¹¹. Bu ayrımın özelliği kendisini şurada göstermektedir: Örneğin, TCK m.230'da düzenlenen, birden çok evlilik suçunda, çok karılığa son verme iktidarı failin elinde olmadığından bu suç kesintisiz suç değildir; çünkü ikinci evliliğe ancak hakim kararıyla son verilebileceğinden, fail, ikinci eşini başka bir yere göndermek suretiyle fiili birlikteliğe son vermiş olsa bile evlilik hukuken devam edeceğinden burada kesintisiz suçtan söz edilemeyecektir^{212 213}.

²⁰⁹ Alacakaptan, **a.g.e.**, s.48; Önder, **Mütemadi Suç**, s.115; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.126; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436; Dönmezer/Erman, **I**, s.386; Demirbaş, **a.g.e.**, s.217; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.93.

²¹⁰ Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.126; Dönmezer/Erman, **I**, s.386; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.49.

²¹¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.217; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.435.

²¹² Demirbaş, **a.g.e.**, s.217; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.49.

²¹³ TCK m.230'da, söz konusu suçun tamam olması için aranan maddi unsur, kişinin, evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptırmasıdır. Burada söz konusu suç, ikinci evlenme işleminin yapılmasıyla tamam olduğundan dolayı ani suçtur. Bu nedenle, doktrinde hemen hemen bütün kitaplarda verilen bu örneğin doğru bir örnek olmadığını belirtmek istiyoruz. Bu örneklerde söz konusu husus, ani suç – kesintisiz suç bağlamında değil, fiili – hukuki iktidar bağlamında ele alınmıştır. Kanaatimizce çoğu kitapta, devamlılığa son verme iktidarı bağlamında verilen bu örneğin temelinde, mütemadi suçun, hareketin eseri olan neticenin bir süre devam etmesi gerektiği yönündeki görüş yatmaktadır. Söz konusu görüş sahiplerine göre, fiilin icrası ikinci evlenme işleminin yapılmasıyla tamam olmasına karşın, ikinci evlenmenin neticesi, evlenme işleminden sonra da devam ettiğinden, burada mütemadi bir suç söz konusu olmalıdır.

Devamlılığa son vermenin failin iktidarında olduğunu kabul etmek, kesintiyi mutlaka failin gerçekleştirmesi gerektiği sonucunu doğurmaz²¹⁴. Devamlılığın başka bir deyişle kesintisiz suçun bitmesi, mağdurun ölümü gibi doğal sebeplerle olabileceği gibi, örneğin, mağdurun kaçması, polisin veya üçüncü bir kişinin, özgürlüğü kısıtlanan kişiyi kurtarması halinde de söz konusu olabilecektir²¹⁵. Failin, eylemine son verebilme iktidarını kaybetmesi de, devamlılığın sona ermesine neden olur²¹⁶. Failin yakalanması veya tutuklanması halinde, kesintisizliğin bitmesi için, bu işlemlerin aynı zamanda, failin kesintisizliğe son verme iktidarını da ortadan kaldırmış bulunması gerekmektedir²¹⁷. Örneğin, yakalanan fail, hürriyetinden mahrum bıraktığı kimsenin yerini söylemezse, iktidarı sona ermiş sayılmaz ve dolayısıyla kesintisizlik devam eder²¹⁸. Yargıtay, düşme ve takipsizlik kararlarının kesinti oluşturmayacağı, buna karşılık af ve kesinleşen mahkumiyet kararlarının kesinti meydana getireceği görüşündedir.

Kesintisiz suç, icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi, ihmali bir hareketle de gerçekleştirilebilir²¹⁹. Bunun gibi, kesintisiz suçun işlenmekte olmasına icrai bir davranışla başlanıp, icrai veya ihmali davranışla devam edilmesi mümkün olduğu gibi²²⁰ (örneğin, failin, bir kimsenin konutuna rızasına aykırı olarak girdikten sonra, buradan çıkmaması) ihmali davranışla başlayıp ihmali veya icrai davranışla devam etmek de mümkündür²²¹. Örneğin, kişinin bir odaya hapsedilmek suretiyle hürriyetinden yoksun

²¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265.

²¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.126; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.49.

²¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265.

²¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437.

²¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.265; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437.

²¹⁹ Özgenç, **Gazi**, s.210; Dönmezer/Erman, **I**, s.387; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436; Önder, **Mütemadi Suç**, s.85-86; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.50; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.264; Kantar, **a.g.e.**, s.140.

²²⁰ Özgenç, **Gazi**, s.210.

²²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436; aksi görüşte, Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.264.

bırakılmasıyla suç tamamlanmıştır (TCK m.109); kişi hürriyetinden yoksun bırakıldığı sürece de suçun icrasına devam edilmektedir²²². Bu bağlamda, doktrinde ileri sürülen²²³ ve kesintisiz suçların varlığından bahsedebilmek için failin önce icrai bir hareket yaparak kanunun yasakladığı neticeyi meydana getirmesi, sonrasında da bunu devam ettirebilmek için ihmali hareketler yapması gerektiği yolundaki görüşe katılmamaktayız²²⁴. Zira, kesintisiz suça, daha önce de söylediğimiz üzere, icrai bir hareketle olduğu kadar ihmali bir hareketle de başlanması mümkündür. Ayrıca, ikinci safhada yapılması gereken hareketin mutlaka ihmali olması gerektiği yönündeki görüşü de kabul etmek mümkün değildir. Zira bu safhadaki hareketin icrai bir hareketle de devam ettirilmesi mümkündür. Örneğin, kişinin hürriyetinden yoksun bırakıldıktan sonra, sürekli bir tehdit ve cebir altında hareket etmemesinin sağlanması (silah doğrultulması, ellerinin tutulması gibi) durumunda, icrai hareketle başlayan hürriyetten yoksun kılma suçunun (TCK m.109) icrai hareketle devam ettirildiği ortadadır.

Kesintisiz suçlar, doktrinde “durum suçları” (iz bırakan suç) diye ifade edilen suçlardan farklıdır²²⁵. Durum suçları, hareketten doğan zararın devam ettiği suçlara verilen isimdir²²⁶. Örneğin, failin, mağdurun yüzüne şişeyle vurması sonucunda, mağdurun yüzünde sabit iz meydana gelmesi (TCK m.87/l-c) halinde ortada durum suçu, başka bir deyişle ani suç söz konusudur. Burada kesintisiz suç söz konusu değildir. Durum suçu, cezanın artırılmasını gerektiren bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Mağdurun yüzüne şişeyle vurma hareketi ile birlikte suç tamamlanmış ve bitmiştir. Buna karşılık, kesintisiz suçlarda, hukuka aykırı durum devam ettiği müddetçe suç

²²² Özgenç, **Gazi**, s.210.

²²³ Önder, **Mütemadi Suç**, s.87; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992, s.187 (Ceza).

²²⁴ Aynı görüşte, Dönmezer/Erman, **I**, s.387; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.50; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436.

²²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.435; Demirbaş, **a.g.e.**, s.217; Önder, **Mütemadi Suç**, s.91; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.94.

²²⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, s.217; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.435-436; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.126.

tamamlanmış olmasına karşın bitmemektedir. Kesintisiz suçlarla, durum suçlarının ayrıldığı bir diğer nokta ise, fiili sona erdirme imkanına sahip olma noktasında kendisini göstermektedir. Kesintisiz suçlarda, fail, hukuka aykırı durum devam ettiği süre zarfında eylemi fiilen ortadan kaldırma imkanına sahipken, durum suçlarında, suç tipinin tamamlanmasıyla beraber eylem failin iradesinden çıkmış olduğundan fiili ortadan kaldırma, değiştirme imkanı bulunmamaktadır²²⁷. Durum suçlarında, suçun tamamlanması ve bitmesi aynı anda gerçekleştiğinden, zamanaşımı süresi de bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır oysa kesintisiz suçlarda zamanaşımı süresi kesintisizliğin bitiminden itibaren başlayacaktır (TCK m.66/6)²²⁸.

b) Kesintisiz Suçun Türleri

Kesintisiz suçlar da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: Zorunlu kesintisiz suçlar ve muhtemel kesintisiz suçlar. Zorunlu kesintisiz suç, ani suç biçiminde işlenmekte olması mümkün olmayan ve neticesi, zaman içinde devam edip gittiği taktirde suç sayılan fiillerdir²²⁹. Bu suçlara örnek olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109) ve konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m.116) gösterilebilir. Muhtemel kesintisiz suçlar ise, ani olarak işlenmeleri mümkün olmakla birlikte, kesintisiz suç olarak da işlenebilmesi mümkün olan suçlardır²³⁰. Örneğin, hırsızlık, ani bir suçtur (TCK m.141). Ancak söz konusu fiil, elektrik hırsızlığı (TCK m.142/I-f) şeklinde gerçekleştirilirse, elektrik akımı alındığı sürece hırsızlık suçu da işlenmiş olacağından, elektrik hırsızlığı, muhtemel kesintisiz suç olarak

²²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436.

²²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.436.

²²⁹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437; Dönmezer/Erman, **I**, s.388; Demirbaş, **a.g.e.**, s.217.

²³⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s.218; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437; Dönmezer/Erman, **I**, s.388; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266.

karşımıza çıkacaktır²³¹. Yani ani suç olan hırsızlık bu durumda kesintisiz suç niteliği gösterecektir.

c) Kesintisiz Suçun Sonuçları

Kesintisiz suçun, gerek ceza hukuku gerekse ceza muhakemesi hukuku bakımından bir takım sonuçları vardır.

(1) Kesintisiz Suçun Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları

Ani suçlarda, fiilin işlendiği anda yürürlükte bulunan ceza kanunu uygulanmasına karşın, kesintisiz suçlarda, kesintinin meydana geldiği anda yürürlükte bulunan ceza kanunu uygulanacaktır²³². Burada kesintinin meydana geldiği andaki ceza kanununun sanığın lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmayacaktır²³³. Bunun nedeni, kesintisiz suçun tek suç kabul edilmesidir.

Kesintisiz suçlarda dava zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği anda başlar (TCK m.66/6). Aksi durumun yani suç işlenirken zamanaşımı süresinin işlediğinin kabulü, failin hak etmediği avanatajlı neticelerin doğmasına neden olacaktır²³⁴.

TCK'ya göre, soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında, şikayet hakkı olan kişinin, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı ay içinde şikayette bulunması gerekmektedir (TCK m.73). Ancak bunun uygulanması bazı durumlarda failin

²³¹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266; Dönmezer/Erman, **I**, s.388; Demirbaş, **a.g.e.**, s.218; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437.

²³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.437; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.50; Önder, **Mütemadi Suç**, s.100-104; Demirbaş, **a.g.e.**, s.218; Kantar, **a.g.e.**, s.144.

²³³ Dönmezer/Erman, **I**, s.391; Kantar, **a.g.e.**, s.144.

²³⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266; Önder, **Mütemadi Suç**, s.106; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.95.

lehine sonuç doğurabilecektir. Bu nedenle, zamanaşımında olduğu gibi, kesintisiz suçlarda şikayet süresini, kesintinin meydana geldiği andan itibaren hesaplanması gerektiğini düşünmekteyiz²³⁵. Ancak Yargıtay, kesintisiz suçlarda, şikayet süresinin, ilk öğrenme anından itibaren başlayacağını kabul etmektedir²³⁶. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, mağdurun, kesintisiz suç devam ettiği sırada şikayette bulunması halinde ne olacağıdır²³⁷. Her ne kadar yukarıda, şikayet süresinin kesintinin meydana geldiği andan itibaren hesaplanması gerektiğini ifade ettik ise de, bu kabul, mağdurun lehine olduğundan dolayıcıdır. Bu nedenle, kesintinin meydana gelmesi beklendiği vakit, mağdurun zarar görmesi mümkün olduğundan şikayet hakkının kesinti meydana gelmeden önce de tanınmasının daha doğru olacağını kabul etmekteyiz²³⁸.

Kesintisiz suçlarda, suçun icrası devam ettiği sürece faile karşı meşru müdafaa gerçekleştirilebilir²³⁹.

Kesintisiz suç işlenmeye devam ettiği sürece, söz konusu suçun icrasına iştirak etmek mümkündür²⁴⁰. Kesintisiz suç tamamlanmış olmakla beraber, icrasına devam edilirken, bir başkası tarafından bu suçun işlenişine iştirak edilmesi mümkündür ve bu durumda iştirake ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁴¹.

²³⁵ Aynı görüşte, Önder, **Mütemadi Suç**, s.108; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266; Dönmezer/Erman, **I**, s.390; Demirbaş, **a.g.e.**, s.219; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.95.

²³⁶ CGK, 10.10.1948, E.421, K.311 (akt. Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.266).

²³⁷ Önder, **Mütemadi Suç**, s.108.

²³⁸ Aynı görüşte, Önder, **Mütemadi Suç**, s.108.

²³⁹ Özgenç, **Gazi**, s.211; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.438; Önder, **Mütemadi Suç**, s.114; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.267; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.96; Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara 1995, s.71 vd.

²⁴⁰ Özgenç, **Gazi**, s.211.

²⁴¹ Özgenç, **Gazi**, s.211.

Kesintisiz suç tamamlanıncaya kadar, suça teşebbüse ilişkin hükümler uygulanabilecektir²⁴². Suç tamamlanmış olmasına karşın, icrasına devam ederken, failin elinde olmayan nedenlerle fiilin icrası sona ermişse teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmayacaktır çünkü suç artık tamamlanmıştır²⁴³.

(2) Kesintisiz Suçun Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Sonucu

Kesintisiz suçun, ceza muhakemesi bakımından en önemli sonucu, yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından kendisini göstermektedir. CMK, davaya bakma yetkisinin suçun işlendiği yer mahkemesine ait olduğunu belirttikten sonra (CMK m.12/I), kesintisiz suçlarda yetkili mahkemenin, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olduğunu ifade etmiştir (CMK m.12/II). Kanun koyucu bu düzenleme ile, ortaya çıkabilecek bir çok yetki problemini çözmeyi amaçlamış ve kesintisiz suçlarda yetkili mahkemeyi göstermek suretiyle hakime yardımcı olmak istemiştir²⁴⁴.

3) Suçun Zincirleme (Müteselsil) Suç Biçiminde İşlenmekte olması

a) Kavram

Zincirleme suç²⁴⁵, TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmekte olması durumunda, bir cezaya hükmedilir". Buradan çıkan sonuca göre zincirleme

²⁴² Özgenç, **Gazi**, s.210.

²⁴³ Özgenç, **Gazi**, s.210-211.

²⁴⁴ Önder, **Mütemadi Suç**, s.116 (Kanun'da bu şekilde bir hüküm olmasaydı yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği konusunda, bkz. aynı eser, s.116-118).

²⁴⁵ Eski TCK'nın 80. maddesinde zincirleme suç yerine "müteselsil suç" terimi kullanılmaktaydı. Ancak yeni TCK'da zincirleme suç terimi kullanıldığından biz de zincirleme suç terimini kullanacağız.

suçu, bir suç işleme kararı ile aynı suçun değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmekte olması olarak tanımlayabiliriz²⁴⁶.

Zincirleme suç, kökeni çok eskilere dayanan bir müessesedir. Bu kavram, Ortaçağ'da ortaya atılmıştır²⁴⁷. Ortaçağ'da, üç kere hırsızlık suçu işleyenlere ölüm cezası verilmekteydi; bu kuralı hafifletmek için o dönemin hukukçuları, söz konusu suçların, aynı suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirildiğini ileri sürerek bu üç fiilin üç ayrı suça değil, tek bir suça sebebiyet verebileceği görüşünü savunmuşlar ve bu şekilde bugünkü zincirleme suç dediğimiz kavram ortaya çıkmıştır²⁴⁸. İlk başlarda sadece hırsızlık suçu bakımından kabul edilen bu kavram, zaman ilerledikçe bütün suçlar için kabul edilmiştir²⁴⁹.

b) Zincirleme Suçun Hukuki Niteliği

Zincirleme suçun hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar zincirleme suçun hukuki niteliğini suç tekliği görüşü (gerçeklik görüşü) ile, bazı yazarlar ise suç çokluğu görüşü (farazilik görüşü) ile açıklamaktadırlar.

²⁴⁶ Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.453; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.497; eski TCK dönemindeki tanımlar için, bkz. Dönmezer/Erman, **I**, s.391; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.51; Kantar, **a.g.e.**, s.145; Köni, **a.g.e.**, s.430; Türk Hukuk Lügati, **Maarif Matbaası**, Ankara 1944, s.264; Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3.Bası, İstanbul 1953, s.102 (Ceza Hukuku); Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler**, 14.Bası, Ankara 1997, s.337; Öztekin Tosun, “Müselcel Suçlar”, **İÜHF**, C.22, s.1-4, s.124 (Müselcel Suçlar); Türkan Yalçın Sancar, **Mütelcel Suçlar**, Ankara 1995, s.19.

²⁴⁷ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.126; Sancar, **a.g.e.**, s.40.

²⁴⁸ Sancar, **a.g.e.**, s.40; Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.126.

²⁴⁹ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.126.

(1) Suç Tekliği Görüşü

Bu görüşte olan yazarlara göre²⁵⁰, zincirleme suçta gerçekte tek suç vardır; aynı suç işleme kararının bulunması ve aynı yasa hükmünün ihlal edilmesi de bu hususu doğrulamaktadır²⁵¹. Bu görüşü savunan yazarlar arasında da fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlar, suçun tek sayılması için suçun işlenişindeki aynılık, eylemler arasındaki zaman ilişkisi ve korunan hukuki değerlerin benzerliği ile yetinir ve kastın aynı olmasını önemsemezken (objektif birlikte yetinen görüş) bazıları ise bu sayılanların yanında failin kastının da aynı olmasını ararlar (objektif birliğin yanında sübjektif birliği de arayan görüş)²⁵².

(2) Suç Çokluğu Görüşü

Doktrinde hemen hemen bütün yazarlar²⁵³, zincirleme suçun hukuki niteliğini suç çokluğu görüşü ile açıklamaktadırlar. Bu görüşün kökeninde, gerçek içtima kurallarının uygulanmasının doğuracağı olumsuzlukları²⁵⁴ yumuşatmak için kabul edilmiş olan bu müessesenin, suçlar arasında farazi bir birlik oluşturduğu görüşü yatmaktadır²⁵⁵. Böyle olunca da, zincirleme suçu oluşturan her bir suçu, kanunun bu konudaki hükümleri dışında bağımsız nitelikte kabul etmek gerekmektedir²⁵⁶.

²⁵⁰ Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.131; Nurullah Kunter, **Müselmel Suç ve Af**, İstanbul 1951, s.13 (Af).

²⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.498; Kunter, **Af**, s.11; Sancar, **a.g.e.**, s.55; Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, İstanbul 1972, s.89.

²⁵² İçel, **a.g.e.**, s.89-92; Demirbaş, **a.g.e.**, s.454-455; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.498; Sancar, **a.g.e.**, s.56-57.

²⁵³ Özgenç, **Gazi**, s.556; İçel, **a.g.e.**, s.94; Dönmezer/Erman, **I**, s.394; Sancar, **a.g.e.**, s.60; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.498; Demirbaş, **a.g.e.**, s.455; Taner, **Ceza Hukuku**, s.103; Köni, **a.g.e.**, s.430.

²⁵⁴ Üç kere hırsızlık suçu işleyen kişinin ölüm cezasına çarptırılması gibi.

²⁵⁵ İçel, **a.g.e.**, s.93; Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.129; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.498.

²⁵⁶ Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.129; İçel, **a.g.e.**, s.93; Demirbaş, **a.g.e.**, s.455; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.498-499; Sancar, **a.g.e.**, s.60; Dönmezer/Erman, **I**, s.394.

(3) Kanaatimiz

Her şeyden önce, zincirleme suçu oluşturan her bir fiil hukuken korunan bir menfaati ihlal ettiği için ihlal sayısınca suça vücut vermektedir. Fakat kanun koyucu, faildeki psişik bir duygu olan “suç işleme kararındaki birlik” unsuruna ayrıcalık tanıyarak işlenen suçları tek suç kabul etmiştir. Yani kanun koyucu, normun ihlali kadar suçun vücuda geldiğini kabul etmiştir.

Kanaatimizce, ihlal edilen norm sayısınca suç bulunmakta ancak kanun koyucu bütün bu suçları tek bir suç saymayı daha adaletli ve uygun gördüğü için böyle bir müesseseyi kabul etmiştir. Her ne kadar ihlal edilen norm sayısınca suç varsa da, kanun koyucu, faildeki suç işleme kararındaki birliği de gözönüne alarak, faille işlediği suçlar arasında bir ilişki kurmuş ve failin lehine olarak bu müesseseyi kabul etmiştir. Bu durum, bazı yazarların belirttiği gibi “faile verilmiş açık bir senet” değildir. Zira kanun koyucu sadece üç durum için zincirleme suçu tek suç saymış ve faile o suçun cezasının ağırlaştırılmış olarak verilmesi esasını kabul etmiştir. Bu üç durum; faile verilecek olan ceza (TCK m.43), zamanaşımının başlangıcı (TCK m.66/VI) ve yer itibarıyla yetkili mahkemenin belirlenmesidir (CMK m.12/II). Bu üç durum dışında, her suç bağımsızlığını korumaya devam edecektir.

TCK’da kabul edilen sistemde de “bir suç sayılır” (eski TCK m.80) ibaresinden vazgeçilerek “bir cezaya hükmedilir” (TCK m.43) ifadesi kullanılmak suretiyle, zincirleme suçu oluşturan suçların birbirinden bağımsız oldukları kabul edilmiştir²⁵⁷.

c) Zincirleme Suçun Unsurları

TCK’ya göre, zincirleme suçun varlığından söz edebilmek için dört unsurun varlığı gerekmektedir: Birden fazla suçun işlenmekte olması, işlenen

²⁵⁷ Berrin Akbulut, “Zincirleme Suç&Fikri İctima”, **HPD**, S.2, Sonbahar 2004, s.163.

suçların aynı olması, mağdurların aynı olması ve işlenen suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmiş olması.

(1) Birden Fazla Suçun İşlenmekte olması

Zincirleme suçtan bahsedebilmemiz için her şeyden önce birden fazla suçun işlenmiş olması gerekmektedir (TCK m.43). Buna göre, ortada birden çok fiil bulunmalı ancak işlenen fiillerden her biri aynı suçu oluşturmalıdır²⁵⁸.

Bu nedenle, başlı başına suç teşkil etmeyen ve aynı suçu meydana getiren hareketler, birden çok olsa da, zincirleme suçu meydana getirmezler²⁵⁹. Örneğin, fail, mağdurun vücuduna birkaç kez bıçak saplasa veya suratına birkaç kez tokat atsa, buradaki her fiil suçun icra hareketlerinden ibaret bulunduğu yani başlı başına bir suç meydana getirmediği için ortada birden fazla suç yoktur, tek bir kasten yaralama suçu vardır, bu nedenle de zincirleme suç gerçekleşmez²⁶⁰.

Zincirleme suçu oluşturacak her bir fiilin ayrı ayrı suçun bütün unsurlarına sahip olması gerekmektedir²⁶¹. Bu bağlamda, işlendikleri sırada suç olarak kabul edilmeyen fiiller, teselsül ilişkisinde gözönünde tutulmazlar bunun gibi, kusurun bulunmaması²⁶² veya bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmiş olması nedeniyle suç teşkil etmeyen fiiller de zincirleme suçu meydana getirmezler²⁶³. Örneğin, ilk müessir fiili meşru müdafaa durumunda

²⁵⁸ Özgenç, **Gazi**, s.556.

²⁵⁹ Alacakaptan, **a.g.e.**, s.54; İçel, **a.g.e.**, s.111-112; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.500; Sancar, **a.g.e.**, s.64; Dönmezer/Erman, **I**, s.395; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Bası, Ankara 2005, s.315.

²⁶⁰ Dönmezer/Erman, **I**, s.395; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.500; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.54-55, Sancar, **a.g.e.**, s.64; Toroslu, **a.g.e.**, s.315.

²⁶¹ İçel, **a.g.e.**, s.111.

²⁶² Yeni TCK ile kabul edilen sistemde, kusurluluk, suç teşkil eden fiilin bir unsuru olmaktan çıkartılmıştır. Yeni TCK sisteminde kusurluluk, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili nedeniyle kınanması gerektiği konusundaki yargıyı ifade etmektedir (Özgenç, **Gazi**, s.253).

²⁶³ İçel, **a.g.e.**, s.111.

gerçekleştiren kişinin, sonraki filleri arasında teselsül ilişkisi varsa, diğer şartlar gerçekleşse dahi, meşru müdafaa halinde işlenen fiilin, diğer fiillerle birlikte zincirleme suç oluşturacağı söylenemeyecektir²⁶⁴.

Kesintisiz suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, bütün suçların tamamlanmış olması aranmaz; suçlardan bazıları tamamlanmış olabileceği gibi bazıları teşebbüs aşamasında kalmış olabilir²⁶⁵.

Niteliği gereği, aynı mağdur üzerinde ancak bir kez işlenebilen suçlarda, zincirleme suç mümkün değildir²⁶⁶.

Suçun niteliği gereği, hareketlerin tekrar etmesinin arandığı hallerde, ortada tek suç bulunduğundan zincirleme suça ilişkin hükümler de uygulama alanı bulmaz²⁶⁷. Örneğin, cinsel taciz suçunda, failin kısa aralıklarla mağdura telefon edip çeşitli sözler sarf etmesi veya sık sık telefon edip cinsel ilişki teklifinde bulunması gibi davranışlar, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaz²⁶⁸.

Yeni TCK, eski TCK'dan farklı olarak bir kısım suçlar bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmiştir. Buna göre, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır (TCK m.43/III). Yargıtay, eski TCK döneminde vermiş olduğu kararlarda genel olarak, şahsa karşı işlenen suçlarda teselsül hükümlerinin uygulanmasına pek sıcak bakmazken, mala karşı işlenen suçlarda genellikle teselsül hükümlerini uygulamaktaydı. Yeni TCK ile Yargıtay'ın bu görüşü kabul edilmiş olacak ki, söz konusu suçlar bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının önü kapatılmıştır.

²⁶⁴ İçel, **a.g.e.**, s.111.

²⁶⁵ Dönmezer/Erman, **I**, s.397; İçel, **a.g.e.**, s.114-115; Soyaslan, **a.g.e.**, s.181.

²⁶⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, s.456; Dönmezer/Erman, **I**, s.396.

²⁶⁷ Dönmezer/Erman, **I**, s.396; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.499.

²⁶⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s.456; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.499.

Zincirleme suç müessesesinin, tarihi gelişimine baktığımız vakit failin lehine bir müessese olduğu konusunda herhangi bir şüphemiz bulunmamaktadır. Bu nedenle, TCK ile getirilen bu düzenlemenin müessesenin ruhuna uygun olmadığını düşünmekteyiz. Yapılacak bir kanun değişikliği ile bu düzenlemenin bir an önce kanun metninden çıkartılması gerektiğini düşünüyoruz.

Zincirleme suçun gerçekleşmesi için, birden fazla suçun işlenmiş olmasının gerekmesi nedeniyle, suçun oluşması için aynı fiilin birden fazla işlenmekte olmasının arandığı hallerde (itiyadi suç) zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır²⁶⁹.

Seçimlik hareketli suçlarda, birden çok hareketin yapılması, suçun tekliğini bozmayacağından zincirleme suç meydana gelmeyecektir²⁷⁰. Bu gibi durumlarda, gerçekleştirilen hareket sayısı birden fazla olsa bile ortada tek suç olacaktır.

Suçların tümü veya bazıları şikayete bağlı ise, söz konusu suçların zincirleme suç kapsamına dahil edilebilmesi için şikayet şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, genel affa uğramış veya şikayete bağlı olmasına karşın şikayetten vazgeçilmiş suçlar zincirleme suçta dahil edilmezler²⁷¹.

(2) İşlenen Suçların Aynı Olması

Zincirleme suçtan bahsedebilmek için, failin (TCK m.43/III'teki suçlar hariç) bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi gerekmektedir. Eski TCK'da bu husus "...kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi..."

²⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.501.

²⁷⁰ Sancar, **a.g.e.**, s.68.

²⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.501.

şeklinde ifade edilmişti. Buradaki aynı hüküm kavramı, aynı madde anlamında yorumlanmıyordu; bu nedenle işlenen suçlardan birisinin basit hırsızlık, diğerinin ise nitelikli hırsızlık olması durumunda zincirleme suçun varlığı kabul edilmekteydi²⁷². Değişik ağırlıkta olsa bile, aynı suçun işlenmekte olması, yasanın aynı hükmünün ihlali niteliğindeydi²⁷³. Ancak, aynı fasılda düzenlenmiş olsalar bile farklı suç tiplerini kapsayan düzenlemelerin aynı hüküm olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemekteydi²⁷⁴. Bu bağlamda, hırsızlık ile dolandırıcılık, rüşvet alma ile rüşvet verme aynı hüküm kapsamında değerlendirilmemekte ve aralarında teselsül mümkün olmamaktaydı.

Yeni TCK, bu konudaki tartışmaların önüne geçmek amacıyla, aynı suçtan neyin anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Buna göre, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılacaktır (TCK m.43/l c.3). Bu bakımdan, cinsel saldırı ile cinsel taciz, hırsızlık ile güveni kötüye kullanma birbirinden bağımsız suç olduklarından bu suçlar bakımından, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz²⁷⁵. Buna karşılık, hırsızlık (TCK m.141) ile nitelikli hırsızlık (TCK m.142) suçları arasında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bu bağlamda, basit hırsızlık suçunu işledikten sonra bunun nitelikli şeklini işleyen kimse, aynı suçu birden fazla işlemiş sayılacaktır.

Burada üzerinde durmamız gereken son mesele, farklı kanunlarda yer alan hükümlerin aynı suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir²⁷⁶. Kanaatimizce, farklı kanunlarda yer alan

²⁷² Dönmezer/Erman, I, s.397.

²⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.501.

²⁷⁴ İçel, a.g.e., s.127-128.

²⁷⁵ Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.135; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.839.

²⁷⁶ Bu husus özellikle TCK m.247’de düzenlenen zimmet ile Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet bakımından karşımıza çıkmaktadır. Şirket faaliyeti çerçevesinde önce TCK’daki zimmet suçunun, ardından Bankacılık Kanunu’ndaki zimmet suçunun işlenmekte olması durumunda bu durum ortaya çıkacaktır.

hükümleri ihlal eden fail, aynı suçu işlemiş sayılmalıdır²⁷⁷. Çok istisnai de olsa böyle durumların gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, failin önce, devlete ait bir parayı zimmetine geçirmesi, ardından atandığı askeriyede askeri zimmet suçunu işlemesi durumunda failin aynı hükümü ihlal ettiği sonucuna varmalıyız. Zira, zincirleme suçu geniş yorumlamanın, müessesenin ruhuna aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

(3) Mağdurun Aynı Olması

TCK'nın açık lafzına göre, bir suçun, aynı suç işleme kararı kapsamında olsa bile değişik kişilere karşı birden fazla işlenmekte olması halinde zincirleme suç hükümleri değil, cezaların içtimalı hükümleri uygulanacaktır²⁷⁸. Bu husus gerekçede de açıkça ifade edilmiştir: “Bir suçun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmekte olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Buna göre, örneğin, bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması durumunda, her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık, bağımsız bir suç olma özelliğini korur”²⁷⁹.

Burada mağdurun aynı kişi olması kuralının istisnasını, mağduru belli bir kişi olmayan suçlar oluşturmaktadır (TCK m.43/I). Buna göre, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

765 sayılı Kanun'un düzenlemesinde böyle bir ayrıma yer verilmemişti. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, Yargıtay, şahsa karşı işlenen suçlarda, mağdurların değişmesini suç işleme kararında değişme olarak yorumlamak suretiyle zincirleme suç hükümlerini uygulamamaktaydı. TCK'da da aynı mantık benimsenmiş görülmektedir. Zira eski Kanun döneminde farklı

²⁷⁷ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç Teorisi**, s.443; aksi görüşte, Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.135.

²⁷⁸ Özgenç, **Gazi**, s.556.

²⁷⁹ Özgenç, **Gazi**, s.554.

kişilere ait, mala karşı suç işlenmiş ise teselsül kabul edildiği halde yeni TCK ile bu bile imkansız hale getirilmiştir. TCK'nın bu düzenlemesi, zincirleme suçun uygulama alanını eski Kanun'a göre önemli ölçüde daraltmış²⁸⁰, kurum tabir caizse “doğarken öldürülmüştür”. Bu nedenle zincirleme suç müessesesinin ölü bir kurum olarak doğduğunu söyleyebiliriz.

Tam bu noktada TCK m.43/II üzerinde de biraz durmak istiyoruz. Söz konusu maddeye göre, aynı suçun, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmekte olması halinde birinci fıkra hükmü uygulanacaktır. Burada “fiil” terimi ile neyin anlatılmak istendiğinin belirlenmesi çok önemlidir. Fiil, kişinin iradesiyle hakim olduğu belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş ve dış dünyada meydana gelen bir davranıştır²⁸¹. Yani burada fiil ile anlatılmak istenen, harekettir yoksa netice değil. Bu madde her ne kadar zincirleme suçu düzenleyen 43. maddenin içinde yer almaktaysa da, burada anlatılmak istenen “aynı neviden fikri içtima”dır²⁸². Yani bu fıkranın, zincirleme suç ile bağlantısı bulunmamaktadır. Nitekim Özgenç'e göre²⁸³, aynı suçun, bir fiille, birden fazla kişiye karşı işlenmiş olması durumunda aynı neviden fikri içtima söz konusudur. TCK m.43/II'de düzenlenen durum da aynı neviden fikri içtimadır. Bir fiille birden fazla kişiye hakaret edilmesi (TCK m.125), bir şikayet dilekçesi ile birden fazla kişiye iftirada bulunulması (TCK m.267), bir fiille birden fazla kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması (TCK m.105), bir fiille birden fazla kişinin tehdit edilmesi (TCK m.106), bir fiille birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109) aynı neviden fikri içtimaya ilişkin örnekleri oluşturmaktadır²⁸⁴. Aynı neviden fikri içtimanın neden farklı bir maddede düzenlenmemiş olduğu sorusuna gelince: Aynı neviden fikri içtima halinde ortada bir suç vardır ve fail hakkında bir cezaya hükmolunur ancak

²⁸⁰ Özgenç, **Gazi**, s.556.

²⁸¹ Özgenç, **Gazi**, s.203.

²⁸² Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Hukuku**, Ankara 2005, s.121,124 (Sorularla); aksi görüşte, Toroslu, **a.g.e.**, s.317; Akbulut, **a.g.e.**, s.165 (Yazarlar burada zincirleme suç olduğu kanaatindedir).

²⁸³ Özgenç, **Gazi**, s.571-572; aynı görüşte, Hakeri, **Sorularla**, s.124.

²⁸⁴ Özgenç, **Gazi**, s.572.

bu ceza artırılır; bu nedenle, aynı neviden fikri içtima kurumu zincirleme suç kurumu içinde düzenlenmiştir²⁸⁵. Burada kanun koyucunun, aynı neviden fikri içtimayı zincirleme suç maddesi içinde düzenlemiş olmasından hareketle bu düzenlemeyi, zincirleme suçun bir çeşidi olarak düşünmemeliyiz. Burada sadece, aynı neviden fikri içtima dolayısıyla cezada yapılacak olan artırım oranı bakımından zincirleme suç hükmüne atıfta bulunulmuştur²⁸⁶. TCK m.43/III hükmü de, aynı neviden fikri içtima bakımından uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, örneğin, bir bomba ile beş kişinin ölümüne neden olunması olayında, aynı neviden fikri içtima vardır. Ancak kanun koyucu, kasten öldürme suçunu, aynı neviden fikri içtima kapsamından çıkarttığı için burada gerçek içtima kurallarını uygulamak suretiyle beş ayrı kasten öldürme suçu olduğu sonucuna varacağız²⁸⁷. Aynı husus, zincirleme suç bakımından da geçerli olacaktır. Örneğin, failin, aynı mağdura karşı değişik zamanlarda gerçekleştirdiği kasten yaralama suçu bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

(4) Suçların Farklı Zamanlarda İşlenmekte olması

TCK'ya göre, mağduru belli bir kişi olmayan suçlar dışında, aynı kişiye karşı, aynı suçun, değişik zamanlarda işlenmekte olması gerekmektedir²⁸⁸. Oysa eski Kanun döneminde, kanun koyucu ihlaller arasında bulunması gereken süre bakımından bir süre koymamış ve "...muhtelif zamanlarda vaki olsa bile..." demişti. Buna göre hakim, burada, olayların özelliklerini, suçların

²⁸⁵ Özgenç, zincirleme suç ile aynı neviden fikri içtima arasındaki tek benzerliğin cezada yapılacak artırım oranlarına ilişkin olduğunu belirttiikten sonra, söz konusu hükmün ayrı bir maddede düzenlenmesi gerektiğini, maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında açıklamaya çalışmalarına karşın başarılı olamadıklarını belirtmektedir (Özgenç, **Gazi**, s.572).

²⁸⁶ Özgenç, **Gazi**, s.572.

²⁸⁷ Kanun koyucu bazı suçlar bakımından özel olarak aynı neviden fikri içtima hükümlerine yer vermiştir. Örneğin, belirsiz sayıda kişilerin sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette radyasyona tabi tutulması halinde, radyasyon yayma suçunun temel şekline nazaran daha ağır bir ceza öngörülmüştür (TCK m.172/II), aynı şekilde TCK m.294/IV'ü de örnek gösterebiliriz (Özgenç, **Gazi**, s.572-573).

²⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.502.

vahametini ve en önemlisi suçlar arasında geçen sürede failin suç işleme kararındaki birliğin değişip değişmediğini araştıracaktır.

Ancak doktrinde, ihmali suçların aynı anda işlenmekte olmasının mümkün olmasına karşılık, icrai suçların sadece değişik zamanlarda işlenebileceği görüşü ileri sürülmekteydi²⁸⁹. Ancak diğer görüşteki yazarlara göre²⁹⁰, ihmali suçlarda olduğu gibi icrai suçlarda da zincirleme suçun gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, bir bomba ile on kişinin öldürülmesinde, on kasten öldürme suçunun da aynı anda gerçekleştiği konusunda şüphe yoktur öte yandan bu tip ihlallerin fikri içtimanın kapsamına sokulması, birden çok fiilin bulunması ve kanunun aynı hükmünün ihlal edilmesi nedeniyle imkansızdır^{291 292}.

Bu konudaki son görüş ise, aynı anda aynı hükmün birden çok ihlalinin fikri içtima kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yolundaki görüştür²⁹³. Bu görüşün Türk doktrinindeki tek savunucusu olan Tosun, görüşünü İtalyan hukukuna göre şekillendirmektedir. Yazar burada, yeni İtalyan Ceza Kanunu'nda fikri içtima hallerinde cezaların gerçek içtimaı usulünün kabul edilmiş olmasından dolayı, İtalyan Yargıtayı'nın bu gibi hallerde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını tercih ettiğini belirtmektedir. Yazara göre, bizim kanunumuz bakımından da bu halin fikri içtima kapsamında değerlendirilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur²⁹⁴.

²⁸⁹ Dönmezer/Erman, **I**, s.396; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.55; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.345.

²⁹⁰ İçel, **a.g.e.**, s.130; Sancar, **a.g.e.**, s.76.

²⁹¹ İçel, **a.g.e.**, s.130.

²⁹² Eski TCK döneminde, ne kadar netice varsa o kadar fiil olduğu kabul edildiğinden, pek tabidir ki, bir fiille birden fazla neticenin meydana gelebileceği kabul edilmiyordu. Oysa yeni TCK sisteminde bu durum daha önce de açıkladığımız üzere mümkün kılınmıştır. Bu nedenle biz de, zincirleme suçların, icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilebileceği yolundaki azınlık görüşüne katılmaktayız.

²⁹³ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.133-134.

²⁹⁴ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.133-134.

Biz, bir fiille, aynı suçun birden fazla kişiye karşı aynı anda işlenmekte olması durumunda zincirleme suç değil, olsa olsa aynı neviden fikri içtima olacağını kabul etmekteyiz²⁹⁵. Zira TCK m.43/II her ne kadar zincirleme suç başlığı altında düzenlenmiş ise de burada aslında, daha önce de belirttiğimiz üzere aynı neviden fikri içtima söz konusudur. Bunun, zincirleme suç başlığı altında düzenlenmiş olmasından bahisle, zincirleme suç için aranan şartların burada da arandığı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Bu nedenle doktrinde, TCK m.43/II'yi zincirleme suç kapsamında ele alan görüşlere katılmamaktayız.

(5) Bir Suç İşleme Kararının Bulunması

“Suç işleme kararında birlik” olarak da ifade edebileceğimiz bu unsur, zincirleme suçun en önemli unsurunu oluşturmaktadır, çünkü, birden çok suçun, bir suç işleme kararına dayanması halindedir ki fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır; aksi taktirde içtima hakkındaki genel hükümler uygulanacaktır²⁹⁶. Değişik zamanlarda işlenen suçları birbirine bağlayan, birleştiren ve zincirleme suçu yapısal olarak cezaların içtimaidan ayıran şart budur²⁹⁷. Günümüzde doktrin ve uygulamada bu şart “sübjektif şart” olarak da isimlendirilmektedir.

Burada bahsedilen karar, kasttan farklı bir kavramdır²⁹⁸. Kast, failin suç teşkil eden hareketi yaparken yasada suç olarak tanımlanmış neticenin gerçekleşeceğini bilmesi ve bunu istemesidir²⁹⁹.

²⁹⁵ Özgenç, **Gazi**, s.572.

²⁹⁶ Alacakaptan, **a.g.e.**, s.53; Dönmezer/Erman, **I**, s.397; Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.135; Sancar, **a.g.e.**, s.86.

²⁹⁷ Sancar, **a.g.e.**, s.86-87.

²⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.505; Toroslu, **a.g.e.**, s.317.

²⁹⁹ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.505.

Doktrinde, suç işleme kararının niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre³⁰⁰ (sübjektif şartı fiillerin tümüne ilişkin bir tasavvur şeklinde kabul eden görüş), suç işleme kararı, sabit, kesin ve somut bir plandır; bu plan çeşitli fiillerle gerçekleştirilecektir. Bu bakımdan, taammüd şeklinde olmasa bile, hiç olmazsa, ilk fiil anında bu plan tespit edilmiş bulunmalıdır aksi halde yeni planlar söz konusu olur ve işlenen fiiller başlı başına suç teşkil eder. Bu görüşe göre, çıkacak fırsatlardan yararlanmak hususunda genel bir karar (saik) yeterli değildir. Bu nedenle, hırsızlık yaparak geçimini sağlamaya karar veren failin işlediği hırsızlık suçlarının aynı suç işleme kararına bağlı olduğu söylenemez. Dönmezer-Erman'a göre³⁰¹, suç işleme kararından, kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet anlaşılır. Fail, önceden böyle bir plan veya niyeti tespit etmiş olmasına karşın bunu bir defada gerçekleştireceği yerde parçalara bölerek gerçekleştirmeyi tercih etmiştir; bu nedenle birden fazla olan bu kısımlar zincirleme suçu meydana getirirler³⁰². Yargıtay'da -aksi yönde kararları olmakla birlikte³⁰³- bu görüşe taraftar gözükmektedir³⁰⁴. Ancak bu görüşün, müteselsil suçun kapsamını son derece daralttığı söylenmektedir³⁰⁵.

³⁰⁰ Manzini, **C.II**, 1950, s.647 (akt. Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.136); Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.842; Sancar, **a.g.e.**, s.97; Hakeri, **Temel Bilgiler**, s.235-236.

³⁰¹ Dönmezer/Erman, **I**, s.398.

³⁰² Dönmezer/Erman, **I**, s.398.

³⁰³ CGK, 01.10.1984, E.103, K.293: “Kararın, önceden tasarlanmış olması şart değildir. Karar ani de olabilir...” (Osman Yaşar, **Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler**, Ankara 2000, s.1240).

³⁰⁴ CGK, 27.03.1995, E.58, K.86: “...Aynı suç işleme kararından, yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet anlaşılmalıdır. Fail, suçu işlemeyen önce plan yapmalı veya suça niyet etmeli fakat, fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmelidir. Failin hareketi, önceki hareketinin devamı olmalı ve failin tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmalıdır. Suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yerler, işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, suçun mağdurları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve hak, olayın işleniş biçimi, gelişim ve oluşumu ile tüm özellikleri değerlendirilerek, aynı suç işleme kararının varlığı veya yokluğu olaysal olarak saptanmalıdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1208).

³⁰⁵ İçel, **a.g.e.**, s.133, dn.211.

Diğer bir görüşe göreyse³⁰⁶ (sübjektif şartı sonradan gerçekleşmiş olsa dahi fiillerin tümüne ilişkin bir tasavvur şeklinde kabul eden görüş), fail, başlangıçtan itibaren, tüm neticeye yönelmiş bir kasta (tüm kast) sahip bulunmasa bile, en geç ilk fiili işlediği sırada sonraki fiillerin işlenmekte olmasına karar verip fiillerini devam ettirirse zincirleme suç meydana gelebilecektir³⁰⁷.

Doktrinde özellikle Alman yazarlar tarafından savunulan son görüş (sübjektif şartı failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bir bağlantı olarak kabul eden görüş), tüm neticeyi kapsayan önceden kurulmuş bir plan çerçevesinde zincirleme suça dahil fiillerin aşama aşama gerçekleştirilmesi şeklinde bir şartın aranması gereksiz bulunmuş ve böyle bir şartın aranmasının, zincirleme suçun kapsamını çok daraltacağı görüşü ileri sürülmüştür³⁰⁸. Bu görüşteki yazarlara göre, failin sonraki her hareketine ilişkin kararın, önceki suç işleme kararlarının devamı olarak gözükmesi yani bunlar arasındaki sübjektif bağlantının saptanabilmesi halinde zincirleme suçun sübjektif şartı gerçekleşmiş olacaktır³⁰⁹. Türk hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar mevcuttur³¹⁰.

Burada açıkladığımız görüşlerden de anlaşılacağı üzere, zincirleme suçun unsurlarından olan “bir suç işleme kararı”nın tespit edilmesi hayli zor bir iştir. Zincirleme suçun diğer unsurları objektif olarak belirlenebildiği halde bu unsur yapısı itibarıyla sübjektif bir mahiyet arzettiğinden belirlenmesi güçlük göstermektedir. Hakim söz konusu olayda, bu şartın bulunmadığı kanısına varacak olursa faili gerçek içtima kurallarına göre cezalandıracaktır, aksi durumda ise, fail, hak ettiğinden daha az bir cezaya mahkum olacaktır. Böyle olunca da her iki durumda da adalet sağlanamayacaktır. Bu nedenle,

³⁰⁶ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.136.

³⁰⁷ İçel, **a.g.e.**, s.133.

³⁰⁸ Sancar, **a.g.e.**, s.94; İçel, **a.g.e.**, s.133-134.

³⁰⁹ İçel, **a.g.e.**, s.136; Sancar, **a.g.e.**, s.94.

³¹⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s.458; İçel, **a.g.e.**, s.136; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.506.

bir suç işleme kararının bulunup bulunmadığının tayininde gündelik hayat tecrübelerine dayanan hakim, suçların işleniş şekillerindeki benzerlikleri³¹¹, suçların işlenme zamanları³¹² ile suçların işlendiği yerler arasındaki ilişkiyi³¹³, suçların iştirak halinde işlenip işlenmediğini³¹⁴, soruşturmaya başlanıp

³¹¹ 4.CD, 03.02.1993, E.8370, K.660 “Sanığın eylemlerinin işleniş biçimleri arasındaki benzerlik ve 10 gün içinde işlenmeleri gözetilerek; suçların arasında teselsül ilişkisi bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla TCK’nın 80. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1254); 6.CD, 05.05.1993, E.3118, K.4204 “Sanığın, belediye tüzel kişiliğine ait otobüsten 20 gün ara ile iki defa hırsızlık suçunu işlediği ve bunlardan ikincisini haksız yere elde ettiği anahtarla gerçekleştirdiği anlaşılmasına göre, TCK’nın 493/2 ve 80. maddeleri ile ceza tayini gerekirken, iki ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1269).

³¹² CGK, 21.02.1994, E.34, K.59 “Çalıştığı evde hırsızlık yaptıktan sonra işten ayrılan sanığın, 25 gün sonra ikinci kez eve girerek tekrar hırsızlık yapması, 25 günlük sürenin uzun bir zaman fasılası olarak kabul edilemeyeceği nazara alındığında, sanık hakkında TCK’nın 80. maddesi uygulanmalıdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1220); CGK, 31.03.1986, E.16, K.166 “Müştekiye ait bakkal dükkanından bir ay arayla iki defa hırsızlık yapan sanık hakkında, TCK’nın 71. maddesi değil 80. maddesi uygulanmalıdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1238); 3.CD, 25.02.1992, E.188, K.3215 “Tarlasını genişletmek için 15 gün arayla birbirine bitişik iki açma yapan sanığın eyleminin aynı kasıttan kaynaklanan ve kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlali şeklinde gerçekleşen tek suç oluşturduğu, bu nedenle hakkında Orman Yasası’nın 93/2 ve TCK’nın 80. maddelerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1247); Yargıtay’ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır: CGK, 17.10.1988, E.303, K.367 “Aynı mağdura karşı işlediği iki hırsızlık suçu arasında 2-3 ay gibi uzun sayılabilecek ve akla uygun olmayan bir zaman aralığı bulunması... sanık hakkında 80. maddenin uygulanmasını engeller” (YKD, C.15, S.2, Şubat 1989, s.263); CGK, 08.04.1985, E.504, K.206 “Sanığın, 3 ay arayla işlediği kimliği hakkında yalan beyanda bulunma eylemlerinde TCK’nın 71. maddesi uygulanır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1239); 5.CD, 18.09.1997, E.2419, K.2988 “Sanığın, ilk kez 29.09.1995 tarihinde kaçırıp alıkoyduğu mağdurenin, 30.09.1995 tarihinde babası Cafer’e teslim edilmesinden sonra, 17.10.1995 tarihinde işlediği kabul edilen ikinci kez kaçırıp alıkoyma eyleminin ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde teselsül hükmünün uygulanması yasaya aykırıdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1260).

³¹³ 3.CD, 27.01.1992, E.13799, K.1135 “Suç yerinin; aynı mevkide, birbirine çok yakın mesafede, orman kadastro sınırları içinde kalan dört ayrı orman içi boşluğu olduğu anlaşıldığına göre, aynı nitelikteki bu yerlere buğday ekerek işgal ve faydalanmada bulunan bu sanığın... bu eyleminin Orman Yasası’nın 92/2-3 ve TCK’nın 80. maddelerine uyan tek suçu oluşturduğu gözetilmeden, birden fazla suç teşekkül ettiği kabul edilerek yazılı şekilde sanığa fazla ceza tayin edilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1247); 6.CD, 06.04.1999, E.1732, K.1719 “Sanıkların, müştekilere karşı aynı yer ve zamanda gerçekleştirdikleri dolandırıcılık eyleminden dolayı, TCK’nın 71. maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1265); Yargıtay, suçların ayrı yerlerde işlenmeleri durumunda zincirleme suçu kabul etmemektedir: 6.CD, 06.02.1997, E.298, K.1065 “Sanığın, ayrı ayrı mevkilerde bulunan tarlalardaki müdahil ve müştekilere ait ağaçları çalmak suçunu gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, TCK’nın 71. maddesi yerine, TCK’nın 80. maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1266).

³¹⁴ Yargıtay’ın iştirak konusunda vermiş olduğu kararlarda tekdüzelik bulunmamaktadır. 10.CD, 21.10.1997, E.10639, K.1082 “Sanıklar E.K. ve İ.T.’nin, müştekilere ait dükkanların vitrin camlarını kırarak zarar vermek şeklinde gelişen eylemlerinin, her bir müşteki yönünden ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden...” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1280); 11.CD, 31.03.1997, E.937, K.916 “Sanıkların pazar yerinde başka kişilere ait olduğunu bildikleri tezgahlardan hırsızlık yaptıkları oluştaya uygun kabul edilmesine göre TCK’nın 71. maddesi yerine TCK’nın 80. maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1280); 6.CD, 12.03.1992, E.1424, K.2136 “Sanıkların ayrı ayrı yerlerden ve farklı kişilere ait hayvanları çaldıkları anlaşıldığı halde, TCK’nın 71. maddesi yerine 80.

başlanmadığı³¹⁵, hüküm verilip verilmediği gibi kriterlerden yararlanmak suretiyle, failde bir suç işleme kararı bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışacaktır³¹⁶. Bütün bu kriterlerin uygulanmasına rağmen, hakim yine de failin aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediği konusunda şüpheyi düşerse “in dubio pro reo” kuralı uyarınca failin bir suç işleme kararı ile hareket ettiği sonucuna varacak ve zincirleme suç hükümlerini uygulayacaktır³¹⁷. Böyle bir uygulama tarzı, hukuk mantığına ve zincirleme suçun failin lehine bir müessese olarak kabul edilmesine de uygun olacaktır³¹⁸.

maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1271) aksi yönde 5.CD, 24.05.1983, E.1533, K.1886 “Sanık Nihat’ın arkadaşlık kurduğu ve sevdiğini söyleyip inandırmak suretiyle duygusal yönden kendisine bağladığı ergin bulunmayan mağdureyi gezdirmek bahanesiyle otomobile alıp, sanık Murat, Suat ve Refik ile birlikte şehir dışına çıkarıp alıkoydukları, ancak şehvi bir davranışta bulunmadan geri getirip bir hafta sonra, aynı suçu işleme kararı altında, bu kez sanık Hayrettin’in de katılmasıyla mağdureyi olay yerine götürüp alıkoydukları, içki içirip şehvet duygusuyla üzerini soydukları, ellerinden kurtulup kaçan mağdureyi kovaladıklarını gören tanıkların haber vermesiyle jandarmanın gelip olaya el koyduğu, bu durumda alıkoyma suçunu zincirleme biçimde işlediği anlaşılan sanıklar Nihat, Murat, Suat, Refik haklarında TCK’nın 80. maddesinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir” (Yılmaz Güngör Erdurak, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1984, s.178).

³¹⁵ CGK, 12.03.1996, E.24, K.34 “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında da belirtildiği üzere, iddianamenin düzenlenmesi, mahkumiyet hükmü, şikayetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, af yasası hukuki kesinti oluşturmaktadır. Müteselsil suçlarda hukuki kesintiden sonra fiilin tekrarlanması, yeni ve müstakil bir suçu oluşturmaktadır. Yargıtay’ın duraksamasız ve kararlılık gösteren içtihatları da bu doğrultudadır. İncelenen dosyada, 30.09.1992 tarihli iddianame ile hukuki kesinti oluştuktan sonra, 08.10.1992 günü ikinci kez işlenen hırsızlık fiili, ayrı bir suç teşkil etmektedir. Bu nedenle olayda TCK’nın 80. maddesinin uygulanması olanaksızdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1207); benzer nitelikte, CGK, 21.04.1975, E.80, K.81 (Yaşar, **a.g.e.**, s.1243); CGK, 12.03.1996, E.24, K.34 (YKD, C.22, S.9, Eylül 1996, s.1472); aksi yönde, CGK, 29.11.1971, E.393, K.398 (Erdurak, **a.g.e.**, s.188).

³¹⁶ Ayrıntılı bilgi için, bkz. Sancar, **a.g.e.**, s.99-114; İçel, **a.g.e.**, s.139-144; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.506; Demirbaş, **a.g.e.**, s.458; Öztürk/Erdem, **Ceza Hukuku**, s.227-228; Dönmezer/Erman, **I**, s.398; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoglu/Ünver, **Suç Teorisi**, s.448.

³¹⁷ İçel, **a.g.e.**, s.145; Sancar, **a.g.e.**, s.114; CGK, 12.10.1992, E.254, K.277 “Sanığın, mağdureyle, iddianame düzenlenmeden önce, birden çok ilişkide bulunmadığı yolundaki savunmasının tersi kanıtlanamadığından TCK’nın 80. maddesi uygulanamaz” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1226); 8.CD, 08.12.1992, E.12312, K.14716 “Sanığın, değişik mevkilerdeki mer’alara tecavüzü saptanmasına karşın, bu tecavüzün değişik tarihte gerçekleştirildiği konusu saptanamadığı, bu kuşkulu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiği, sonuçta da tek uygulama yapılarak TCK’nın 80. maddesi uygulanabileceği gözetilmeden iki ayrı uygulama ile fazla ceza tayini yasaya aykırıdır” (YKD, C.19, S.2, Şubat 1993, s.293).

³¹⁸ İçel, **a.g.e.**, s.145; Yargıtay’da bu konuda aynı görüştedir: “Sanığın, değişik mevkilerdeki mer’alara tecavüzü saptanmasına karşın, bu tecavüzün değişik tarihte gerçekleştirildiği konusu saptanamadığı, bu kuşkulu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiği, sonuçta da tek uygulama yapılarak TCK’nın 80. maddesi uygulanabileceği gözetilmeden iki ayrı uygulama ile fazla ceza tayini

d) Zincirleme Suçun Sonuçları

Zincirleme suç için uygulanacak hükümler hiç şüphesiz, onun tek suç veya çok suç sayılmasına göre değişecektir. Ancak biz, doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği üzere suç çokluğu görüşüne taraftar olduğumuz için açıklamalarımızı bu doğrultuda yapacağız. Buna göre, zincirleme suçu oluşturan her suç bağımsızlığını koruyacak ancak, kanunda gösterilen üç husus açısından yani yetkili mahkemenin belirlenmesi (CMK m.12/II), zamanaşımının başlangıcı (TCK m.66/VI) ve verilecek ceza (TCK m.43/I) bakımından, zincirleme suçu oluşturan ihlaller bir bütün sayılacaktır. Bu üç durum dışında zincirleme suçu oluşturan suçlar bağımsızlıklarını koruyacaktır.

(1) Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

CMK m.12/II'ye göre, zincirleme suçlarda yetkili mahkeme, son suçun işlendiği yer mahkemesidir. Kanun koyucu burada, aynen kesintisiz suçta yaptığı mantıkla hareket ederek, doğabilecek sakıncaları ve karışıklıkları önlemek amacıyla yetkili mahkemeyi belirlemiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TCK'da, eski Kanun'dan farklı olarak mağdurun aynı kişi olmasının aranması sonucu uygulamada yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından pek fazla bir sorunla karşılaşılacağını sanmamaktayız.

(2) Cezanın Belirlenmesi

TCK'nın 43. maddesinde, faile verilecek cezanın, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacağı belirtilmiştir³¹⁹.

yasaya aykırıdır" 8.CD, 08.12.1992, E.1992/12312, K.1992/14716 (YKD, C.19, S.2, Şubat 1993, s.293).

³¹⁹ Eski TCK döneminde artırım oranı, altıda birden yarıya kadardı.

Zincirleme suçun failine ceza verilmesi gerekirken bazı ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu ilkelerden ilki, faile verilecek cezanın, sadece bir suç işleyen kişinin cezasından daha ağır olması gerektiğidir³²⁰. Bunun temelinde, failin birden çok suç işleyerek, toplum için daha fazla tehlike oluşturması gösterilebilir. Aralarında teselsül ilişkisi bulunan suçların sayısının ve ağırlıklarının, cezanın tayininde rol oynaması gerektiği ise üçüncü ilkeyi oluşturmaktadır³²¹. Örneğin, iki kez hırsızlık suçunu işleyen fail ile, on kez hırsızlık suçunu işleyen failin cezası arasında fark gözetilmemesi ceza adaletiyle bağdaşmaz³²². Bu ilkelerden sonuncusunu ise, artırma sonucu elde edilecek cezanın, gerçek içtima kurallarının uygulanmasıyla elde edilecek cezadan daha az olması zorunluluğu oluşturmaktadır³²³.

Burada üzerinde durmamız gereken bir diğer mesele ise, suçun normal şekliyle, nitelikli şekillerinin zincirleme suç kapsamında işlenmiş olması durumunda artırmanın hangi ceza üzerinden yapılması gerektiğidir. Örneğin, zincirleme suç şeklinde işlenmiş hırsızlık fiillerinden bir kısmı basit hırsızlık suçunu, bir kısmı nitelikli hırsızlık suçunu oluştururken diğer bir kısmı ise teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda artırmada esas alacağımız cezayı hangisine göre belirleyeceğiz? Kanunumuzda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak doktrinde hakim görüşe göre artırma, işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektireninin üzerinden yapılacaktır³²⁴. Ancak bazı durumlarda, teşebbüs aşamasında kalan suç, tamamlanmış suça nazaran daha ağır bir cezayı gerektirebilir, böyle bir durumun varlığı halinde

³²⁰ İçel, **a.g.e.**, s.152.

³²¹ İçel, **a.g.e.**, s.152.

³²² İçel, **a.g.e.**, s.152.

³²³ Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.141; İçel, s.154.

³²⁴ İçel, **a.g.e.**, s.153; Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.141; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.346; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.56; Demirbaş, **a.g.e.**, s.460; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.508; Soyaslan, **a.g.e.**, s.181-182.

artırım, teşebbüs aşamasında kalan suça verilecek ceza üzerinden yapılmalıdır³²⁵.

Buradaki ceza, kanunda yazılı ceza değil, hakim belirleyeceği somut cezadır³²⁶. Hakim her bir suç için somut cezayı belirlerken TCK m.61'deki sırayı takip edecektir. Buna göre temel cezayı belirleyen hakim, bu ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenlerini uygulayarak somut cezayı belirleyecektir. Bu hesaplama sonucu her bir suçun somut cezası hesaplandıktan sonra, bunların içinden en ağır olanı tespit edilip bu ceza faile verilecektir. Tam bu noktada, eski TCK ile yeni TCK arasındaki çok önemli bir farka değinmek istiyoruz. Eski TCK zamanında, temel cezanın belirlenmesiyle ilgili 29. maddede, temel cezanın belirlenmesinde zincirleme suçtan hiç bahsedilmemekteydi. Buna göre hakim, somut cezayı belirlemekte ve bu cezalardan hangisi daha fazla ise artırımını onun üzerinden yapmaktaydı. Ancak yeni TCK'da belirlenecek ceza üzerinden zincirleme suça göre artırım yapılması esası benimsendiğine göre (TCK m.61/V), bu sonuç ceza üzerinden TCK m.43'e göre tekrar artırma yapmak, mükerrer değerlendirme yasağına aykırılık oluşturacağı için hakim bu sonuç cezalardan daha fazla olanını faile vermekle yetinecektir; ayrıca bir artırım yoluna gitmeyecektir.

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, zincirleme suç kavramı, gerçek içtima kurallarının uygulanması sonucu verilecek cezanın adaletsiz olacağı düşüncesine dayandığı için, hakim, zincirleme suç için ceza tayin ederken, gerçek içtima kurallarının uygulanması durumunda verilecek olan cezadan daha az bir ceza vermeye dikkat etmelidir. Aksinin kabulü, fail lehine kabul edilmiş bu müessesenin, failin aleyhine olarak yorumlanması sonucunu

³²⁵ Sancar, **a.g.e.**, s.127.

³²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.845; İçel, **a.g.e.**, s.153; Sancar, **a.g.e.**, s.127.

doğurur ki, kanun koyucunun istediği de bu olmasa gerektir. Örneğin; failin üç hırsızlık suçu işlediğini düşünelim. Bu üç suçtan birisi nitelikli hırsızlıktır ve tamamlanmıştır. Diğer ikisi ise teşebbüs aşamasında kalan basit hırsızlık suçudur. Hakim, en ağır suça (tamamlanmış nitelikli hırsızlık) altı yıl hapis cezası; buna karşılık teşebbüs aşamasında kalmış iki basit hırsızlık suçuna da birer yıl hapis cezası veriyor. Gerçek içtima halinde verilecek ceza, her üç suçun cezasının toplamı olan sekiz yıl olacaktır. Zincirleme suç kabul edildiği vakit ise hakim en ağır ceza olan yedi yıl üzerinden dörtte birden dörtte üçe kadar artırım yapabilecektir. Buna göre de verilebilecek ceza yedi buçuk yıl ile on buçuk yıl arasında olacaktır. Gerçek içtima sonucu verilecek ceza sekiz yıl olduğundan, zincirleme suçtan dolayı verilecek ceza sekiz yıldan az olmak zorundadır. Sonuç olarak faile yedi buçuk yıl ile sekiz yıl arasında bir ceza vermek gerekecektir³²⁷.

Eğer failin yaşı küçük ise, verilecek ceza bakımından zincirleme suç oluşturulan son fiili işlendiği andaki yaşını gözönünde bulundurmamız gerekmektedir³²⁸.

(3) Zamanaşımının Başlangıcı ve Hesaplanması

Ceza hukukunda iki tür zamanaşımı bulunmaktadır: Dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı. Dava zamanaşımı belirli bir suçtan dolayı dava açılmasını engellediği gibi açılmış olan bir davanın da görülmesini engeller³²⁹. Ceza zamanaşımı ise, kesin hükme bağlanmış bir cezanın, hüküm tarihinden itibaren belirli süre içinde infaz edilmemesi halinde, bu

³²⁷ Örnek için, bkz. Tosun, **Müselmel Suçlar**, s.141-142.

³²⁸ Naci Şensoy, **Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri**, İstanbul 1949, s.137.

³²⁹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.III**, 12.Bası, İstanbul 1997, s.253 (III).

cezaı ortadan kaldıran bir müessesedir³³⁰. Bizi bu noktada ilgilendiren husus dava zamanaşımının ne zaman başlayacağıdır.

Kanun koyucu zincirleme suçlarda dava zamanaşımını özel olarak düzenlemiştir. TCK m.66/VI'ya göre zamanaşımı, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu, zincirleme suçlarda zamanaşımının, teselsülün bittiği günden itibaren işlemeye başlamasını kabul etmek suretiyle, zincirleme suç, zamanaşımının başlangıcı yönünden tek suç saymış ve aralarında teselsül ilişkisi bulunan suçların ayrı ayrı zamanaşımına uğramasını kabul etmemiştir³³¹. Bu durumda, zamanaşımı yönünden, zincirleme suç oluşturana suçlar ayrı ayrı ele alınmayacak ve son suçun işlendiği tarih esas alınacaktır. Böyle bir düzenlemenin sanığına aleyhine olduğu konusunda hiç şüphe bulunmamaktadır. Böylelikle, failin lehine düzenlenmiş olan bu müessese, zamanaşımı bakımından failin aleyhine sonuç doğurmaktadır³³². Gerçekten de, teselsül kabul edilmediği takdirde zamanaşımına uğrayacak olan bir suç, henüz zamanaşımına uğramamış bir suçla birlikte zincirleme suç kapsamında ele alınmakta ve sanığın cezası ağırlaştırılmaktadır³³³. Ancak Tosun'un da belirttiği üzere bu durum, yani teselsülü oluşturan suçlardan bazılarının zamanaşımına uğraması çok ender rastlanabilecek bir durumdur³³⁴.

Zamanaşımı konusunda üzerinde durmamız gereken son husus ise, zamanaşımı süresinin hesabında zincirleme suç için verilecek cezanın mı yoksa artırma temel oluşturan suçun cezasının mı esas alınacağıdır. Bu konuda İtalyan Yargıtayı, teselsülden dolayı yapılan artırmanın dikkate

³³⁰ Dönmezer/Erman, **III**, s.280.

³³¹ İçel, **a.g.e.**, s.155.

³³² Sancar, **a.g.e.**, s.126; İçel, **a.g.e.**, s.154; Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.143.

³³³ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.143.

³³⁴ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.143.

alınmayacağını belirtmektedir³³⁵. Biz de İtalyan Yargıtayı'nın bu görüşüne katılıyoruz. Gerçekten de fail lehine konulmuş bir müessesenin, onun aleyhine sonuç doğuracak biçimde yorumlanmasını müessesenin mantığına ve konuluş amacına aykırı görmekteyiz.

(4) Suçun İşlendiği Yer ve Zamanın Belirlenmesi

Kanunumuzda, zincirleme suçun nerede işlenmiş sayılacağına dair bir hüküm bulunmadığı gibi, zincirleme suçun işlendiği yerin belirlenmesine yönelik genel bir hüküm de yoktur³³⁶. Burada hemen şu soru akıllara gelebilir: CMK m.12/II'de, teselsülün bittiği yer mahkemesi yetkili sayıldığına göre, suçun işlendiği yerin de teselsülün bittiği yer olması gerekmez mi? Bu soruya olumlu cevap vermemiz mümkün gözükmemektedir. Yetkili mahkemenin neresi olduğu hususunu açıklarken de belirttiğimiz üzere, söz konusu bu madde, sadece mahkemeler arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıklarına önleme amacına hizmet etmektedir. Bu maddeden hareket ederek, yetkili mahkemenin aynı zamanda suçun işlendiği yer mahkemesi olduğunu söylemek doğru olmayacaktır³³⁷.

Zincirleme suçta madem ki her suç, kanunda gösterilen haller dışında bağımsızlığını korumaktadır, o takdirde teselsüle dahil her bir suçun işlendiği yerin ayrı ayrı araştırılması gerekir³³⁸.

Suçun işlendiği yerin belirlenmesinde olduğu gibi, suçun işlendiği zamanın belirlenmesi yönünden de teselsüle dahil her suç bağımsızlığını korumaktadır³³⁹. Bunun pratik yararı şu noktada kendisini göstermektedir: Suçlardan her birinin işlendiği zaman ayrı ayrı belirlenecek ve işlendiği

³³⁵ Tosun, **Müeselsel Suçlar**, s.143.

³³⁶ İçel, **a.g.e.**, s.159.

³³⁷ İçel, **a.g.e.**, s.159.

³³⁸ İçel, **a.g.e.**, s.159.

³³⁹ İçel, **a.g.e.**, s.160.

zamanın kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir fiil, teselsül kapsamına dahil edilmeyecektir³⁴⁰.

(5) Ağırlatıcı ve Hafifletici Sebeplerin Uygulanması

Zincirleme suç kapsamındaki suçlar için öngörölmüş ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin uygulanması bakımından da her suç bağımsızlığını koruyacaktır. Buna göre, örneğin, hırsızlık suçu bakımından malın değerinin az olması nedeniyle indirim yapılması gerektiği vakit, bu değerin belirlenmesinde, çalınan malların toplam değeri değil, her hırsızlık suçundaki malların değeri ayrı ayrı dikkate alınacaktır³⁴¹. Örneği fail, zincirleme hırsızlık neticesinde, sekiz seferde 50 YTL'lik, üç seferde 100 YTL'lik olmak üzere toplam 700 YTL değerinde mal çalmış olsun. Bu durumda hakim, çalınan malların toplam bedelinin 700 YTL olmasından dolayı TCK m.145'i uygulamamazlık yapmayacaktır³⁴².

Taktiri indirim nedenleri (TCK m.62) bakımından da durum aynıdır. Taktiri indirim nedenlerinin her suç bakımından ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir ancak taktiri indirim nedenlerinden dolayı yapılacak indirim, zincirleme suça verilecek ceza üzerinden yapılacaktır³⁴³.

(6) “Ne bis in idem” İlkesinin Uygulanması

Sanık hakkında verilen hüküm kesinleştikten sonra, sanığın aynı fiilden dolayı yeniden yargılanamaması anlamına gelen bu kuralın³⁴⁴ zincirleme suç üzerindeki etkisi çok önemlidir.

³⁴⁰ İçel, **a.g.e.**, s.160.

³⁴¹ Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.142; İçel, **a.g.e.**, s.161 (aynı husus taktiri indirim nedenleri -TCK m.62- için de söz konusudur).

³⁴² Örnek için, bkz. Tosun, **Müselcel Suçlar**, s.142.

³⁴³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım**, 12.Bası, İstanbul 1999, C.II, s.372 (II); İçel, **a.g.e.**, s.161.

³⁴⁴ Erem, **Usul**, s.549 vd.

Doktrinde tartişılan hususlardan birisi hangi fiillerin aynı fiil sayılacağı hususudur. Özellikle zincirleme suç konusunda bunun daha da bir önem kazandığını görmekteyiz. Gerçekten de, teselsül ilişkisi içinde yer almakla birlikte, zincirleme suç hakkında kesin hüküm verildikten sonra ortaya çıkan fakat kesin hükümden önce işlenen fiillerin tespit edilmesi durumunda nasıl bir yol izlenecektir? Bu fiiller de yargılanmış sayılacak mıdır yoksa yeniden yargılama yoluna mı gidilecektir?

Bir kısım Alman yazarları, zincirleme suçtan dolayı verilen hükmün niteliğini esas alarak bir sonuca ulaşmaktadırlar³⁴⁵. Buna göre, zincirleme suçun yargılaması sonucunda failin mahkumiyetine karar verilmiş olması halinde verilen bu hükümle yargılama sırasında bilinen ve bilinmeyen münferit fiiller yargılanmış sayılır ve bunlardan dolayı daha sonra yeniden dava açılmaz³⁴⁶. Tam tersi durumda yani mahkemenin zincirleme suçtan dolayı fail hakkında beraat kararı verdiği durumlarda ise ancak bu hükümde yer alan fiiller yargılanmış olacağından bunun dışında kalan ve mahkemece bilinmeyen fiiller için yeniden dava açılması mümkündür³⁴⁷.

Diğer görüşteki yazarlar ise, zincirleme suç konusunda, hükmün niteliğine bakılarak bir sonuca ulaşılmasını doğru bulmamakta ve zincirleme suç hakkında hüküm verilip kesinleştiği takdirde bu hükümden önce işlenmiş bütün fiillerin yargılanmış sayılacağını kabul etmektedirler³⁴⁸; bu fiillerin mahkemece dikkate alınmış olup olmadığı önemsizdir³⁴⁹. Ancak, dava konusu fiilin, hakkında hüküm verilmiş zincirleme suç kapsamına dahil olup olmadığı hususunda inceleme yapacak olan hakim diğer mahkemenin kararı ile bağılı olmayacaktır; hakim, teselsül ilişkisinin hiç bulunmadığına karar

³⁴⁵ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2.Bası, İstanbul 1987, s.78 (Kesin Hüküm).

³⁴⁶ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s.78; İçel, **a.g.e.**, s.163; Sancar, **a.g.e.**, s.146.

³⁴⁷ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s.79; İçel, **a.g.e.**, s.163.

³⁴⁸ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s.79; İçel, **a.g.e.**, s.163; Sancar, **a.g.e.**, s.146.

³⁴⁹ İçel, **a.g.e.**, s.163.

verebileceği gibi, kovuşturulan fiilin, hakkında hüküm verilmiş zincirleme suça dahil olmadığı sonucuna da varabilecektir³⁵⁰.

Diğer bir görüşteki yazarlar ise, teselsül ilişkisine dahil her fiilin doğal anlamda bağımsız birer fiil niteliğinde olduğundan hareketle hükümde dikkate alınmamış fiillerden dolayı yeni bir dava açılabilceğini savunmaktadırlar³⁵¹. Bu görüştekilere göre, failin, iddianamede yazılı olanlardan başka fiilleri işlediği ortaya çıkarsa, CMUK m.259'a göre³⁵² sanığın muvafakati ile açılan yeni dava eskisi ile birleştirilecektir³⁵³.

Türk doktrinde de bu son görüş hakim durumdadır³⁵⁴. Buna göre, hükümde nazara alınmamış bir veya birkaç fiilden dolayı dava açılmasında “ne bis in idem” ilkesi uygulanamaz çünkü fiil aynı değildir³⁵⁵.

Biz de Türk doktrinde hakim durumda bulunan görüşe katılmaktayız. Daha öncede açıkladığımız üzere biz, zincirleme suçu oluşturan fiillerin kanunda sayılan üç durum dışında bağımsızlıklarını koruduğunu savunmaktayız. Buna göre, kanunun gösterdiği bu haller dışında her fiil bağımsızlığını koruyacaktır. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir³⁵⁶.

³⁵⁰ İçel, **a.g.e.**, s.163; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s.80.

³⁵¹ İçel, **a.g.e.**, s.163.

³⁵² CMK'da, eski Kanun'dan farklı olarak duruşma sırasında suç işlenmekte olmasının ortaya çıkması halinde C. savcısının talebi ve sanığın muvafakatiyle davaların birleştirilmesine karar verilebileceği yolunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda CMK'ya göre yapılması gereken şey, savcının bu suçlarla ilgili yeni bir iddianame düzenlemesi olmalıdır. Bu iddianamenin kabulü üzerine açılacak yeni dava ile eski davanın birleştirilmesine karar verilebilecektir (CMK m.8-11).

³⁵³ İçel, **a.g.e.**, s.163.

³⁵⁴ Tosun, **Müsel Sel Suçlar**, s.140; Sancar, **a.g.e.**, s.148; İçel, **a.g.e.**, s.164; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s.100; İtalyan doktrinde de hakim görüşün bu yönde olduğu yolunda, bkz. Sancar, **a.g.e.**, s.148.

³⁵⁵ İçel, **a.g.e.**, s.164.

³⁵⁶ CGK, 22.12.1986, E.235, K.596 “Yirmi gün aralıklarla iki ayrı kişiden temin ettiği esrarı tedarikine ve devrine aracı olan sanık hakkında açılan kamu davalarının birleştirilerek ve sanığa TCK'nun 403/3-4, 404/son, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle birinci davada verilen cezanın kesinleştiği gözönünde tutularak, ikinci ve derdest bu davada sanığın sadece TCK'nun 80. maddesiyle yapılacak artırmadaki miktar kadar ek bir ceza ile cezalandırılması gerekirken, oluğa uygun

Bu konu ile üzerinde durmak istediğimiz son husus teselsülde yer almakla beraber hükümde dikkate alınmayan fiillerin sonradan ortaya çıkması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Burada karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır. İlk durumda, birinci mahkumiyet hükmünün konusunu tek bir fiil oluşturmaktadır. Bu fiilden dolayı yapılan yargılama kesin hükümle sonuçlandıktan sonra, bu fiille, teselsül ilişkisi içinde olan başka fiillerin de bulunduğu anlaşılmışsa ne yapılacaktır? Eğer ikinci fiilin de ilk mahkumiyet fiili ile teselsül ilişkisi içinde olduğu sonucuna varılıyor ise bu durumda hakim cezayı zincirleme suça ilişkin hükümlere göre artırır ancak bu artırmada temel cezaya dokunmaz aksi durumda “ne bis in idem” ilkesi çiğnenmiş olur³⁵⁷. Örneğin failin ilk yargılandığı ve kesin hükümle sonuçlanan davada basit hırsızlık suçundan dolayı bir yıl hapis cezası verildiğini kabul edelim. Daha sonra failin, bu ilk hırsızlık suçuyla teselsül ilişkisi içinde olduğu bir başka fiilin daha ortaya çıktığını farz edelim. Bu durumda mahkeme, sanığın sonradan ortaya çıkan fiili ile ilk fiili arasında teselsül ilişkisi olduğu kanaatine varır ise verilen ilk ceza üzerinden zincirleme suç hükümleri kapsamında bir artırım yoluna gider ve cezayı dörtte bir oranında (üç ay)

bulunmayan bir gerekçe ile, kamu davasının reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı görülmüştür” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1238).

CGK, 16.09.1957, E.178, K.184 “İsnat edilen suçun müteselsil suç olduğu kabul edilip beraat kararı verildikten sonra, aynı fiile dahil bazı hareketlerin olduğundan bahisle ikinci bir dava açılmasına kaziyeyi muhkeme esası manidir”.

³⁵⁷ Sancar, **a.g.e.**, s.150; 5.CD, 01.02.1990, E.6382, K.584 “28.11.1985 tarihli iddianameyle açılan kamu davası sonucunda 26.6.1986 tarihli kararla TCK’nun 80. maddesi uygulanmaksızın 202/1. maddeye göre cezalandırılan sanık hakkında bu iddianame tarihinden önce aynı kasıt altında değişik zamanlarda işlenen zimmet suçundan yeniden dava açılmışsa, önceki kararda belirlenen cezasından, TCK’nun 80. maddesiyle yapılacak artırma kadar ceza tayiniyle yetinilmeli...” (YKD, 1990, C.16, S.10, s.1569); 5.CD, 09.11.1993, E.3664, K.3573 “10.01.1990 tarihli iddianame ile açılan kamu davasının Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılaması sonunda, 10.05.1990 günlü kararla TCK’nın 202/1-son ve 59. maddeleri uyarınca sanığın 2 sene 1 ay ağır hapis cezasıyla cezalandırıldığı, ancak mahkumiyete esas alınan eylemin dışında, 07.08.1991 günlü iddianame ile açılan bu davanın yapılan yargılaması sonucunda sanığın tarım kredi kooperatifi müdürü olarak görev yaptığı 03.03.1987 tarihinde müştekiler adına tanzim ettiği gerçek dışı borç senetleri ile toplam 1.800.000 TL’yi kendi adına çekerek zimmetine geçirdiği anlaşılmış bulunmasına göre, sanığın bu dosyadaki eyleminin kesinleşen dosyadaki iddianamenin düzenlendiği 10.01.1990 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tümünün müteselsil tek suç kabul edilerek zimmet suçundan kesinleşen ilk mahkumiyetine ilişkin ceza miktarı ile buna TCK’nın 80. maddesinin tatbik edilmesi halinde hükmedilmesi gereken ceza miktarı arasındaki fark kadar ceza tayini gerekirken, ayrı bir eylem kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır” (Yaşar, **a.g.e.**, s.1261).

artırır. Fail ilk yargılamadan bir yıl aldığı için ikinci yargılamadan dolayı sadece üç ay hapis cezası alır.

Birinci mahkumiyet hükmünün konusunu zincirleme suç oluşturuyor ise ne yapılacaktır? Zincirleme suç nedeniyle verilen birinci hüküm kesinleştikten sonra failin teselsüle dahil farklı fiilleri ortaya çıkabilir. Bu durumda ilk mahkeme cezayı azami haddenden vermiş ise yapılacak bir şey yoktur; hakim faile ayrıca ceza veremeyecektir. Ancak ilk mahkumiyet hükmünde ceza azami hadde kadar artırılmamış ise hakim bu kez cezayı azami hadde kadar artırabilecektir³⁵⁸.

C) Suçun İşlenmekte Olduğu Hususunda Kuvvetli Şüphe Bulunması

1) Şüphe Kavramı

Şüphe, Arapça bir kelime olup iki anlama gelmektedir. Bunlardan ilki “belleğin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi” ikincisi ise “bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşme”dir³⁵⁹. Bu kavram ceza muhakemesinde farklı bir anlama sahip bulunmaktadır³⁶⁰. Ceza muhakemesinde soruşturma evresi, failin suç teşkil eden bir hareketi yapıp yapmadığı konusundaki

³⁵⁸ Sancar, **a.g.e.**, s.151; 5.CD, 20.04.1995, E.562, K.1234 “Toplanan deliller, dosya içeriği ve bilirkişi raporu muvacehesinde sanıkların 1983 ile 1990 yılları içerisinde gerçekleştirdikleri eylemleri tümüyle zincirleme biçiminde nitelikli zimmet vasfında olup mahkemeye iki aşamada intikal ettirilmiş, önce 16.07.1990 günlü iddianame ile 1987 ile 1990 yılları içerisindeki zimmet eylemlerinden dava açılarak inancı kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmuş ve bu hüküm sanıkların temyizi üzerine Dairemizce bozulmuş, bozmadan sonra yapılan yargılama sonrasında da, 20.04.1992 günlü ek iddianame ile bu kez 1983 ile 1986 yılları içerisindeki zimmet eylemlerinden dava açılmıştır. Bu durumda, bozmadan sonra düzenlenen ek iddianame ile dava konusu yapılan zimmet eylemlerinden ötürü daha önce verilmiş bir hüküm bulunmadığı cihetle, kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden, sanıkların zincirleme biçimde nitelikli zimmet suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi, ancak para cezası tayin edilirken ve ödenceye hükmedilirken ek iddianamedeki eylemlerin neden olduğu zimmet miktarının baz alınması gerekirken, haklarında kazanılmış haktan söz edilerek yazılı şekilde ceza tayini yasaya aykırıdır (YKD, C.22, S.11, Kasım 1996, s.1822).

³⁵⁹ Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, İstanbul 1981, s.402.

³⁶⁰ Gökçen, **Elkoyma**, s.66.

“şüphe” ile başlar³⁶¹. Soruşturmanın başında, kovuşturma makamının delillere ve olgulara dayanan bir tahmini söz konusu olmaktadır³⁶². Buradaki şüphe kuvvetlenirse, muhakeme devam eder ve şüphenin yerine kesinlik geldiğinde muhakeme sona erer³⁶³.

Olaylara ve olgulara dayanmayan ve sadece tahminden ibaret bulunan bir şüphe, soruşturmanın başlatılması için yeterli değildir³⁶⁴. Buradaki şüphenin basit bir tahmin boyutunu aşmış, belirsizlikten sıyrılmış ve belli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekmektedir³⁶⁵. Şüphe, olaylara ve delillere dayanmalıdır, sırf kovuşturma makamlarının tecrübelerine dayalı tavsiyeleri ya da görüşleri şüphenin varlığı için yeterli sayılamaz³⁶⁶; aksi durumun kabulü hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca bu durum, koğuşturma makamlarının keyfi davranışının önünü açmış olur³⁶⁷.

2) Şüphe Çeşitleri

Eldeki delillerin kuvvetine göre suç şüphesinin sınıflandırılması yapılmaktadır. Ceza muhakemesinde şüphenin dört türü bulunmaktadır. Şimdi bunları inceleyelim.

³⁶¹ Gökçen, **Elkoyma**, s.66; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.77; Cumhuriyet Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara 1994, s.28 (Sorgu).

³⁶² Şahin, **Sorgu**, s.28; Gökçen, **Elkoyma**, s.67; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.77; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.484; Özbek, **a.g.e.**, s.63; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.686; Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesinde Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara 1991, s.52 (Hazırlık).

³⁶³ Gökçen, **Elkoyma**, s.66.

³⁶⁴ Öztürk, **Hazırlık**, s.52.

³⁶⁵ Şahin, **Sorgu**, s.28.

³⁶⁶ Özbek, **a.g.e.**, s.63; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.485; Gökçen, **Elkoyma**, s.67; Öztürk, **Hazırlık**, s.52.

³⁶⁷ Öztürk, **Hazırlık**, s.52.

a) Basit Şüphe

Daha önce de söylediğimiz gibi, şüphenin derecesini tayin etmede eldeki deliller belirleyici rol oynamaktadır³⁶⁸. Basit şüphe, şüphenin en alt (hafif) derecesini oluşturmaktadır. Basit şüphe, dayandığı deliller itibariyle ispat gücü yetersiz, basit, sayıca az olan şüphedir³⁶⁹. Başka bir deyişle, kriminalistik biliminin verilerine göre fiilin koğuşturulabilir nitelik göstermesi durumunda basit şüphenin varlığından söz edilir³⁷⁰. Basit şüphenin söz konusu olduğu durumlarda eldeki delillerin en azından belirti³⁷¹ (emare) niteliği taşıması gerekir³⁷².

Basit şüpheyne örnek olarak CMK m.160 gösterilebilir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak zorundadır. Burada bahsedilen “suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenme”deki “izlenim”den maksat, bir suçun işlendiği konusunda duyulan şüphedir³⁷³. Buna göre soruşturma evresi, failin suç teşkil eden fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususundaki şüphe (izlenim) ile başlar³⁷⁴. Buradaki şüphe, basit şüphedir.

Kanun koyucu buradaki şüphenin hangi yoğunlukta olacağını göstermediği için olguya dayanan basit bir şüphe üzerine soruşturmanın

³⁶⁸ Gökçen, **Elkoyma**, s.68.

³⁶⁹ Şahin, **Sorgu**, s.29.

³⁷⁰ Gökçen, **Elkoyma**, s.68.

³⁷¹ Belirti, ispat edilecek olan olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere denmektedir. Belirtiler, tek başına hükme esas alınamazlar (Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.368).

³⁷² Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.485; Gökçen, **Elkoyma**, s.68; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.78.

³⁷³ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.77.

³⁷⁴ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.77.

başlatılması zorunluluğu vardır³⁷⁵. Tekrar belirtmek gerekirse, sadece tahmine dayanan ve en azından belirti niteliğinde delillere dayanmayan iddia veya ihbarla basit şüphenin varlığı kabul edilemez ve buna dayanarak soruşturma evresi başlatılamaz³⁷⁶.

b) Makul Şüphe

CMK ile birlikte, makul şüphe kavramı, şüphenin bir çeşidi olarak ceza muhakemesi hukukuna girmiş bulunmaktadır. CMK'ya göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa³⁷⁷, şüphelinin veya sanığın³⁷⁸ üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.116). Ceza muhakemesi hukukuna yeni giren bu kavram ile³⁷⁹ neyin anlatılmak istendiği konusunda yol gösterici kaynak, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'dir³⁸⁰. Söz konusu Yönetmeliğin 6.maddesine göre: "Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış, tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikayeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin

³⁷⁵ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.78.

³⁷⁶ Gökçen, **Elkoyma**, s.69.

³⁷⁷ "Ayrıca -umuluyorsa- yerine, -makul şüphe varsa- denmek suretiyle, Tasarı gerekçesinde de belirtildiği üzere, insan haklarının en önemlilerinden birisini oluşturan özel hayatın dokunulmazlığı ile çok ilgili olan bir usul işleminin icrasında daha belirgin bir şüphe derecesi aranmıştır" (Şahin, **Gazi**, s.331).

³⁷⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, maddede geçen "şüphelinin veya sanığın" ifadesini eleştirmekte ve bu nedenle aramanın daha da zorlaşacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre, henüz şüpheli (CMK m.2/I-a,b) hukuki durumuna girmemiş olanlar bakımından CMK m.117 uygulanacağından dolayı suçla mücadelenin önüne büyük ve aşılması zor bir "duvar" çıkacaktır (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.937).

³⁷⁹ Makul şüphe hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.934-938.

³⁸⁰ Adalet ve İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan bu Yönetmelik, 01.06.2005 Tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir.

bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır”.

c) Yeterli Şüphe

Eldeki delillere göre, yapılacak muhakemede, sanığın mahkum olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüpheden bahsedilir³⁸¹. Kanun koyucu, iddianame düzenlenebilmesi için yeterli şüphenin varlığını aramıştır. CMK m.170/II'ye göre, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorundadır. Yeri gelmişken üzerinde kısaca durmak istediğimiz bir madde bulunmaktadır: CMK m.170/I. Söz konusu maddeye göre, kamu davasını açma görevi Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Bilindiği üzere yeni CMK ile getirilen iddianamenin iadesi kurumu (CMK m.174) ile mahkeme, savcı tarafından düzenlenen bir iddianamenin eksik veya hatalı olduğu kanaatine varırsa iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verebilecektir. Bunun gibi CMK m.175'e göre de, iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Bu iki maddeden çıkan sonuca göre artık kamu davasını açma yetkisi -CMUK'tan farklı olarak- tamamen savcıya ait bir yetki değildir. Söz konusu yetki, savcı ile mahkeme arasında paylaştırılmış durumdadır. Bu nedenle, CMK m.170/I'deki, kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği yönündeki düzenlemesinin bir an önce düzeltilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

³⁸¹ Gökçen, **Elkoyma**, s.69; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.80; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.485.

d) Kuvvetli Şüphe

Mevcut delillere göre yapılacak muhakeme sonunda, sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphe var demektir³⁸². Kuvvetli şüphesinin arandığı bir yerde belirti ile yetinilemez³⁸³. Kuvvetli şüphenin varlığı genellikle koruma tedbirleri için önşart olarak aranmaktadır (CMK m.74, 100, 128, 133, 135, 139, 140).

Kanun koyucu, şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için de, söz konusu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunmasını şart koşmuştur. Buna göre şayet şirket yönetimine kayyım atanacak ise, söz konusu suçtan dolayı faillerin muhakeme sonunda mahkum olmalarının kuvvetle muhtemel olmaları gerekmektedir. Ayrıca burada koruma tedbiri tüzel kişilik üzerinde uygulandığı için ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere daha hassas olunması ve suç işlendiği yolundaki şüphenin yoğunluğunun en üst dereceye gelmiş olması gerekmektedir.

D) Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılması İçin Gerekli Olması

1) Genel Olarak

Doktrinde ittifakla kabul edilen görüşe göre, ceza muhakemesinde amaç “maddi gerçeğe”³⁸⁴ ulaşmaktır. Tam bu noktada karşımıza “gerçek” kelimesinin başına neden “maddi” sıfatının eklendiği sorusu çıkmaktadır.

³⁸² Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.80; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.486; Gökçen, **Elkoyma**, s.70.

³⁸³ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.512.

³⁸⁴ Maddi gerçek ile mutlak gerçeğin birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Mutlak gerçek, artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir. Maddi gerçek ise, geçmişte olup bitmiş ve tarihe malolmuş bir olayın ya da olaylar bütünü, onun, belli parçalarını temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş halidir, Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara 2002, s.72 (Kanaat). Ancak daha sonra açıklayacağımız üzere, Yazar’ın burada tanımladığı maddi gerçek, bizim daha sonra “gerçek” olarak nitelendireceğimiz terimi karşılamaktadır.

Buna yanıt olarak ceza hukukçuları, medeni yargılama hukukunun amacının “şekli gerçek” olmasına karşın ceza muhakemesinin amacının “maddi gerçek” olduğu savını ileri sürerek böyle bir ayırım yapmanın zorunluluğu üzerinde durmaktadırlar. Doktrinde bu savın doğruluğuna o kadar inanılmış olacak ki, konuyla ilgili birkaç eser³⁸⁵ haricinde ayrıntılı bir çalışma yapılması ihtiyacı dahi hissedilmemiştir.

Kanaatimizce, genel anlamda hukukun özelde ise ceza muhakemesi hukukunun amacının ne olduğu sorununa çözüm aramak ve doktrinde ittifakla kabul edilen “maddi gerçek-şekli gerçek” ayrımının doğruluğunu tartışmaya açmak ceza muhakemesi açısından bir çok problemin çözümünde yarar sağlayacaktır.

2) Hukukun Amacı

Hukukun kavramsal bazda ele alınıp, içeriğinin aksi iddia edilemeyecek biçimde tanımlanması mümkün değildir. Hukuk üzerinde düşünme, hiçbir zaman ulaşılamamış uzak bir amaca yöneltilmiş yeni bir ödevdir³⁸⁶. Bu nedenle tarih boyunca pek çok düşünürün, hukuku, değişik boyutlardan ele alarak farklı tanımlara ulaştıkları görülmektedir³⁸⁷.

Hukukun amacının³⁸⁸ ne olduğunun anlaşılabilmesi için hukukun tanımı üzerinde de biraz durmak gerekmektedir. En genel tanımıyla “Hukuk,

³⁸⁵ Erol Cihan “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İÜHFM**, C.28, S.3-4, s.709 vd; Feyzioğlu, **Kanaat**, s.62 vd.

³⁸⁶ Wolfram Henckel “Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine”, çev. Ergun Önen, **AÜHFD**, C.26, S.1, s.232.

³⁸⁷ Hukuk kavramını açıklamaya çalışan görüşleri iki grupta toplayabiliriz: Biçimci kuramlar ve özcü kuramlar. Biçimci kuramlar hukuk düzeninin içeriğine önem vermeksizin onun salt biçimsel öğelerini tespit ile yetinirler yani hukuk düzeninin içeriğinin ne olması gerektiği konusunda hiçbir şey söylemezler. Buna karşılık özcü kuramı savunanlar, sadece biçimsel öğenin belirlenmesi ile yetinmez ve hukuk düzeninin sahip olduğu varsayılan bir takım maddi, özlü öğelerin de hukukun tanımı içine sokarlar. Bu konuda ve teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3.Bası, Ankara 2001, s.108-194.

³⁸⁸ Rahmi Çobanoğlu, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul 1964, s.33 vd.

toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünüdür”³⁸⁹.

Hukuku tarif etmek için yapılan bu ve buna benzer tanımlar incelendiği vakit ortak noktanın, hukukun toplumsal hayatı düzenleyen niteliği olduğu görülecektir. Bu nedenle de öğretide öncelikle hukukun toplumsal işlevini ortaya koyan amaçları üzerinde durulmuştur³⁹⁰.

İnceleme konumuzdan kopmamak amacıyla hukukun amaçlarını sadece ismen zikretmekle yetineceğiz. Buna göre hukukun amaçları şunlardır: Toplum yaşamını düzenlemek³⁹¹, toplum gereksinimlerini karşılamak³⁹², bireysel hakları sağlamak ve korumak³⁹³, insan şahsiyetinin gelişimini sağlamak³⁹⁴, adaleti gerçekleştirmek³⁹⁵.

Buradan çıkan sonuca göre, hukuk düzeninin amacının, bir yandan toplumsal düzeni korumak ve toplumsal hayatın gereksinimlerini karşılamak, diğer yandan ise toplumu oluşturan bireylere bu düzen ile tanınmış olan

³⁸⁹ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 13.Bası, Ankara 1999, s.12 (Başlangıç).

³⁹⁰ Bilge, **Başlangıç**, s.17.

³⁹¹ Bilge, **Başlangıç**, s.17.

³⁹² Bilge, **Başlangıç**, s.18.

³⁹³ Hırş, **a.g.e.**, s.228.

³⁹⁴ İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, **SÜHFD**, Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan, C.5, Yıl.1996, S.1-2, s.443 vd. (Yazara göre, hukukla ahlak arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Davranış normlarına uygun hareket eden bir insan güzel ahlaklı olarak kabul edildiğinde, pozitif hukuku, bu ahlaki yükümlülüklerin yerine getirilmesini mecbur kılan bir araç değil, bunların yerine getirilmesini insan için mümkün kılan bir araç olarak algılamak gerekir. Dolayısı ile, ahlaki bir temele oturtulmuş olan hukukun amacı, insan şahsiyetinin serbestçe gelişimini mümkün kılmak ve bunun şartlarını teminat altına almaktır).

³⁹⁵ Çobanoğlu, **a.g.e.**, s.39; Anıl Çeçen, **Adalet Kavramı**, 3.Bası, Ankara 2003, s.72 (Adalet kavramının göreceliği hakkında, bkz. aynı eser, s.7 vd.); Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, Ankara 1982, s.6 (Islah).

hakların elde edilmesini ve korunmasını güvence altına almak olduğu anlaşılr³⁹⁶.

3) Ceza Muhakemesinde Amaç Sorunu

a) Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz üzere doktrinde bütün yazarlar ceza muhakemesinin amacı konusunda birlik içindedirler; buna göre ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır^{397 398 399}. Ceza

³⁹⁶ Yukarıda saydığımız bu amaçların dışında, hukukun, toplumda eşitliği gerçekleştirmek, hukuki güvenliği yerine getirmek gibi amaçları olduğu da söylenmektedir. Ayrıca, Jhering'e göre, hukuk sadece dış görünüş açısından zorlayıcı kurallar bütün olarak görmek doğru değildir. Hukuk alanında görülen her şey bir amaçtan doğmuştur. Hukukun en genel amacı ise toplumsal yaşam gereksinmelerinin devletin zorlayıcı gücü tarafından güvence altına alınmasıdır (akt. Sema Taşpınar, "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", **Prof.Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara 1999, s.759, dn.1).

³⁹⁷ Şahin, **Gazi**, s.66; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.31; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.178; Yurtcan, **Ceza Muhakemesi**, s.147; Özbek, **Ceza**, s.49; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.3; Erem, **Usul**, s.56; Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Ankara 2001, s.19,51; Mehmet Akman, **Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması**, İstanbul 2004, s.19; Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimnin Tarafsızlığı**, İstanbul 1996, s.5; Nur Başar Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, İstanbul 1984, s.177 (Yazar, diğer eserlerinden farklı olarak çalışmasının içeriğinde ceza muhakemesinin amacının gerçeğin ortaya çıkartılması olduğunu belirtmesine rağmen, kullandığı başlıkta "maddi gerçek"ten bahsetmektedir); İbrahim Dülger, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Duruşmanın Açıklığı", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.110; Burcu Demren-Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara 2007, s.63; aksi görüşte, Feyzioğlu, **Kanaat**, s.62 (Yazar, çalışmasında bizim de katıldığımız şu görüşlere yer vermektedir: "Bize göre, her şeyden önce gerçek, maddi ve şekli olarak ayrılmamalıdır. Somut olayda muhakemenin ürünü olarak ortaya çıkan ve adına "gerçek" denilen "sonuç", sadece "şekli gerçeklik"i yansıtıyorsa, buna nasıl "gerçek" denilebilir). Yazar, maddi gerçek tabirini, şekli gerçeğin karşılığı olarak kullanmadığını belirttikten sonra; maddi gerçek terimini kullanmaktaki amacının bir yandan olgusal gerçeği ifade etmek, diğer yandan da bu gerçeğin mutlak olmadığını belirtmek olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce Yazarın, maddi gerçek-şekli gerçek ayrımını isabetli biçimde reddettikten sonra (aynı eser, s.72, dn.206) yine maddi gerçek tabirini kullanmaya devam etmesi tutarlı değildir. Her ne kadar burada Yazar, maddi gerçek terimini farklı bir anlamda kullanmaktaysa da kanaatimizce sadece gerçek denilmesi de anlatılmak isteneni karşılamaya yeterdi.

³⁹⁸ Alman ceza muhakemesi hukukunda da amaç, maddi gerçeğe ulaşmak şeklinde ifade edilmektedir (Prinzip der materiellen Wahrheit), bkz. Roxin, **§11, Rn.1**; Riklin, **Strafprozessrecht**, §20; Dieter Rössner, **Materialien zum Repetitorium Strafprozessrecht, Kurzrepetitorium zu den examensrelevanten Themen (Fälle zu den einzelnen Problembereichen mit Lösungen befinden sich bei Rössner, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003)**, http://www.jura.uni-marburg.de/straf/roessner/dokumente/ws0506/StPO_Uebersicht.doc (20.12.2006); Hans Kudlich, **StPO, Überblicksskript, S.3**, http://www.str2.jura.uni-erlangen.de/lehre/WS200607/Skript_StPO.pdf (20.12.2006).

muhakemesinde bu amaca ulaşılması kolay olmamıştır. Ceza muhakemesinin amacı tarih içinde değişiklik göstermiştir⁴⁰⁰. Bu değişimin temelinde, toplumun karışıklıklardan bıkip otorite ve düzene ihtiyaç duyması, düzene kavuştuktan sonra hürriyetin ön plana çıkması ve en sonunda ise hem düzenin hem de hürriyetin korunmasının bir zorunluluk haline gelmesi yatmaktadır⁴⁰¹.

Ceza muhakemesinin amacının geçirdiği aşamaları şöyle sıralayabiliriz: Suçlunun cezalandırılması aşaması, sanığın korunması aşaması, hakikatin araştırılması aşaması.

Batı Avrupa’da 18. yüzyılın ilk yarısına kadar ceza yargılamasında amacın “suçlunun cezalandırılması” olduğunu görmekteyiz⁴⁰². Bu dönemde sanığın suçlu olduğu önceden kabul ediliyor ve ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araç olarak kullanılıyordu⁴⁰³. Sanığın suçlu olduğu muhakemenin başında kabul ediliyor, sanık ile suçlu birbirine karıştırılıyordu⁴⁰⁴. Bu dönemde insan ve sanık haklarından bahsedilmemekteydi zira muhakemenin konusunu sanık değil, suçlu olduğu önceden kabul edilmiş olan bir kişi oluşturmaktaydı⁴⁰⁵. Bu nedenle bu dönemde deliller çok büyük önem kazanmıştı⁴⁰⁶. Bunun için de kanuni delil

³⁹⁹ Yargılamanın amacının ne olduğu konusunda TBMM Adalet Komisyonu’nun CMK Tasarısına ilişkin raporunda şöyle denilmektedir: “Ceza Muhakemesinde, şekli gerçekte yetinilmeyip işin esası araştırılır. Ceza muhakemesinin amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır” (Şahin, **Gazi**, s.73). Benzer nitelikte bir hükmü CMUK 2000 Tasarısı’nda da görmekteyiz: “Mahkeme, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla re’sen veya istem üzerine bütün ispat vasıtalarının hazırlanmasını ve irat edilmesini karar altına alabilir” (m.206/II), CMUK 2000 Tasarısı, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı**, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2000.

⁴⁰⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.20.

⁴⁰¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.20.

⁴⁰² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.20.

⁴⁰³ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5.

⁴⁰⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.20; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.9; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5.

⁴⁰⁵ Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.9.

⁴⁰⁶ Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.9; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.21.

sistemi geçerliydi; yani belli suçlar belli delillerle ispatlanabiliyordu⁴⁰⁷. Durum böyle olunca söz konusu delillere ulaşamayınca sanığın mahkum edilebilmesi için elde ikrardan başka bir delil kalmıyordu⁴⁰⁸. Bu nedenle sanık, işkenceyle suçu (!) ikrar etmeye zorlanıyor buna rağmen suçu ikrar etmeyen sanığa ayrıca ceza uygulanıyordu⁴⁰⁹.

18. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde, dönemin felsefi ve liberal akımının etkisiyle devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen ve bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluştu ve amaç sanığın korunması olarak kabul edildi⁴¹⁰. Hakimlerin keyfiliğine ve sanıkların mutlaka suçlu kabul edilerek cezalandırılması eğilimine karşı bir tepki olarak bu görüşün ortaya çıktığı dönemde “sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır” ilkesi bir sembol haline gelmiştir⁴¹¹. Kişi haklarını korumak bakımından son derece yerinde olan bu düşünce, suçun araştırılması için devletin sahip olması gereken yetkileri geri plana atmıştır ve bu nedenle devlete yeniden yetki verilmesi zorunluluğu doğmuştur⁴¹². Bunun sonucunda sanığın haklarının kısıtlanması zorunluluğu ortaya çıkmış ve üçüncü aşamaya geçilmiştir.

⁴⁰⁷ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5.

⁴⁰⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁰⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.21, Yazarlara göre İslam hukuku da, o zamanki diğer hukuk sistemleri gibi suçlunun cezalandırılması gayesi üzerine inşa edilmiştir. Bu yüzdendir ki İslam hukukunda delillere büyük önem verilmiş ve belli suçların belli delillerle ispatı zorunlu kabul edilmiştir. Buna karşılık Akman, İslam ceza muhakemesi hukukunun amacının suçlunun cezalandırılması olduğu yolundaki bu görüşe katılmamaktadır. Buna gerekçe olarak İslam hukukunda “asli beraet ilkesi” uyarınca kişinin suçsuzluğunun esas kabul edildiğini belirterek, İslam ceza muhakemesi hukukunun amacının hakikatin araştırılması olduğunu ileri sürmektedir (Akman, **a.g.e.**, s.20).

⁴¹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.21; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10.

⁴¹¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.21; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10. İlk kez 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi’nde yer verilen bu ilkeye daha sonraları günümüze kadar hazırlanan bütün uluslararası belgelerde de yer verilmiştir.

⁴¹² Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10.

Ceza muhakemesi hukuku, hukukun bir dalı olduğuna göre, hukukun amacı, ceza muhakemesinin de amacını oluşturacaktır⁴¹³. Buna göre toplum halinde yaşayan bireylerin, birlikte yaşamının zorunlu bir sonucu olarak bazı haklarından ve hürriyetlerinden vazgeçmeleri ve fedakarlık etmeleri gerekebilmektedir. Aksi taktirde, herkes istediğini yapar ve herkesin istediğini yaptığı bir yerde ise herkes köle olmaktan kurtulamaz. Şu durumda hukukun iki unsuru dengede tutması gerekmektedir: Özgürlüklerin teminat altına alınması ve toplum düzeninin korunması. Yukarıda incelediğimiz üzere, ceza muhakemesinde ilk olarak suçlunun cezalandırılması aşamasında mesele sadece toplum bakımından ele alınmış; ikinci aşama olan sanığın korunması aşamasında ise sadece sanık bakımından ele alınmıştır⁴¹⁴. İşte bu iki menfaatin bağdaştırılması için üçüncü aşama olan gerçeğin araştırılması aşaması ortaya çıkmıştır. Buna göre, ceza muhakemesi, hukukun bir dalı olması sebebiyle sanığın hak ve menfaatlerini koruyacak ancak bunu tek amaç olarak ele almayacaktır zira muhakemenin sanıktan başka sùjeleri de mevcuttur⁴¹⁵. Ceza muhakemesinde amaç bu menfaatler arasında bir denge kurabilmekten ibarettir. Bu ise hem bireylerin hem de toplumun menfaatlerini koruyarak, gerçeği araştırmakla mümkün olur⁴¹⁶. Buradan da anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesinin gerçeği araştırmasındaki amaç, ne sadece suçluyu cezalandırmak ne de sadece masumu korumaktan ibarettir; sanık suçlu ise cezalandırılacak, masum ise beraat ettirilecektir⁴¹⁷.

Burada bahsedilen gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütün veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara

⁴¹³ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.23; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10.

⁴¹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.23.

⁴¹⁵ Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.23; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.5.

⁴¹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.23; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10.

⁴¹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.24; “Sanık suçlu değildir ama masum da değildir. Başka bir ifade ile sanık statüsünde olan bir kişinin, maddi gerçeğin araştırılması bakımından katlanması gereken bazı mecburiyetleri vardır. Devlet, maddi gerçeği araştırmak için kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilir” (Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.10).

dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırılık teşkil eder; ceza muhakemesinde kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararından söz edilemez, bu ilke evrensel bir ilke konumundadır⁴¹⁸. Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içinde failin insanlık onuru korunarak araştırılması gerektiğidir⁴¹⁹. Bu noktada da karşımıza delil yasakları⁴²⁰ çıkmaktadır. Ceza muhakemesinde her şeyin delil olma özelliği göstermesinin istisnalarından birisini delil yasakları oluşturmaktadır. Buna göre gerçeğin sınırsız surette araştırılmasının doğuracağı zararları düşünen kanun koyucu gerçeğin araştırılmasının sınırını delil yasakları ile belirlemektedir. Böylelikle gerçeğe ulaşılacak derken insan haklarını ihlal etme tehlikesiyle karşılaşılmamış olunacaktır.

b) Ceza Muhakemesi ile Diğer Yargılama Kolları Arasındaki Amaç Farklılığı Meselesi

Hukukun sadece bir dalı olan ceza muhakemesi dışındaki alanlarda da yargılama faaliyeti yapılmakta ve bir amaç güdülmektedir. Biraz önce incelediğimiz üzere, ceza muhakemesi hukukçularına göre, ceza muhakemesinin amacı “maddi gerçeği” bulmaktır. Bu hukukçulara göre, ceza muhakemesi maddi gerçeği ararken, medeni yargılama şekli gerçeğe yetinmek durumundadır⁴²¹. Medeni yargılamada gerçeğin özüne değil,

⁴¹⁸ CGK, 19.4.1993, E.79, K.108 (YKD, C.19, S.10, Ekim 1993, s.1564-1565).

⁴¹⁹ Roxin, **§1, Rn.3**; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.6; Cihan/Yenisey, **a.g.e.**, s.11; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.179.

⁴²⁰ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar)**, Ankara 1995, s.4 vd.; Bahri Öztürk, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları”, **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.131 vd.; Öztekin Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul 1976, s.46 vd.; Süha Tanrıver, “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **TBBD**, S.65, Temmuz-Ağustos 2006, s.119 vd.

⁴²¹ Roxin’e göre de, hukuk yargılamasında, kişisel çıkarlar söz konusu olduğundan dolayı “şekli gerçek prensibi” (Prinzip der formellen Wahrheit) geçerlidir. Hukuk yargılamasının aksine, ceza hukukunda “tahkik ilkesi” (Instruktionsprinzip) geçerli olup, bu ilke aynı zamanda “maddi gerçek prensibi” (Prinzip der materiellen Wahrheit) olarak da adlandırılmaktadır, bkz. Roxin, **§15, Rn.3**; aynı

şekline bakılır, onun içindir ki medeni yargılama hukukundaki gerçeğe “şekli gerçek” denilir⁴²².

Daha önce de belirttiğimiz üzere, ceza muhakemesinin amacı hakkında başlı başına kapsamlı bir çalışma yapılmadığından, bundan sonraki bölümlerde medeni yargılama hukukunda amaçla ilgili ileri sürülmüş olan görüşlerden istifade etmek suretiyle bir sonuca varmaya çalışacağız.

(1) Amacın Tespitinin Önemi

Ceza muhakemesi hukukunun amacının tespit edilmesi bu hukuk dalına ait sorunların çözümünde bize yol gösterici olabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, muhakemenin amacının tespit edilmesi ile muhakemede karşılaşılabilecek bütün sorunların bu amaç doğrultusunda çözülmesi de mümkün değildir⁴²³. Muhakemenin bütün sorunlarına cevap vermese bile,

görüştü, Riklin, **Strafprozessrecht**, §20; Bernd Heinrich, **Vorlesung Strafprozessrecht - Arbeitsblatt Nr.1, Die Prozessmaximen**, <http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hnr/materialien/strafprozessrecht/01-prozessmaximen.doc> (20.12.2006); **Gebührenfreier Klausurenkurs, Fälle und Schemata kostenfrei und viele Studienhilfen**, http://www.rauda-zenthoefer.de/klausurentraining/strafrecht/uebersicht_stpo.pdf (20.12.2006); ayrıca bkz. Hans Kudlich, **StPO, Überblicksskript, S.3**, http://www.str2.jura.uni-erlangen.de/lehre/WS200607/Skript_StPO.pdf (20.12.2006); Anglo-Amerikan muhakeme hukukunda “şekli gerçek”, Kıta Avrupası muhakeme hukukunda ise “maddi gerçek” arandığı yolundaki görüşün eleştirisi için, bkz. Feyzioğlu, **Kanaat**, s.62-68 (Yazar, bu tarzda bir ayrıma gidilmesinin temelinde, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, hakim in re’sen kullanabileceği yetkilerin sınırlı olmasını ve bu sistemde muhakemede söz sahibi olanların esas olarak taraflar olduğu görüşünün yattığını belirtmektedir. Yazara göre, gerek Anglo-Amerikan gerek Kıta Avrupası muhakeme sistemlerinde amaçlananın, maddi gerçeğe ulaşılması olduğunu belirtmektedir. Ancak her iki hukuk sisteminin, bu amaca ulaşırken kullandığı vasıtalar farklıdır).

⁴²² Kunter/Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.**, s.24 (Yazarlara göre -doktrindeki diğer yazarlar da yaklaşık aynı görüştedir- medeni yargılama hukuku, gerçeği şekillerden yani dış görünüşten öğrenmekle yetinir. Hakim gerçeğin özünü araştırılmaz. Şekillerin belirttiği gerçeğe göre karar verir. Hakim in eli kolu, tarafların ileri sürdükleri olaylarla, hukuki ve maddi meselenin çözümünde kullanılacak vasıtalarla ve isteklerle bağlıdır). Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere bu görüş tamamen doğru değildir.

⁴²³ Taşpınar, **a.g.e.**, s.760; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul 1979, s.83; Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s.34; Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999, s.6; H.F. Gaul, “Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, çev.Nevhis Deren Yıldırım, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 4.Bası, İstanbul 2001, s.85.

amacın belirlenmesi teleolojik (amaçsal) bilime uygundur; çünkü önce amaç, sonra araç sorgulanacaktır⁴²⁴.

Buna karşılık bazı yazarlar, muhakeme hukukunda amacın belirlenmesine karşı çıkmaktadırlar. Bu görüştekilere göre, muhakeme hukukunun tamamına hakim olan bir amaç tespit edilmemelidir; çünkü muhakeme, belirli bir amaca yönelmiş bütün teşkil eden bir varlık değildir⁴²⁵.

Muhakemenin amacı belirlenirken ancak yürürlükteki hukuk çerçevesinde bir yorum yapılması gerekmektedir⁴²⁶. Zira her yasa genel olarak, az ya da çok, çıkarıldığı dönemin hukuk politikasını yansıtmaktadır⁴²⁷.

(2) Maddi Gerçek – Şekli Gerçek Ayrımı

Gerçeğin bulunması süreci, ispat faaliyetinin gerçekleştiği zaman dilimi olarak da ifade edilebilir. Ceza muhakemesinde, esas olarak, failin üzerine atılı suçu işleyip işlemediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen araçlarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlama işlemine ispat denilmektedir⁴²⁸. Medeni yargılama hukukundan farklı olarak, ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü yoktur^{429 430}.

İspatın konusunu deliller oluşturmaktadır. Buna göre ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenilen bir vasitanın delil olarak

⁴²⁴ Taşpınar, **a.g.e.**, s.760; Yılmaz, **Islah**, s.4; Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Eski Hale Getirme**, Ankara 2006, s.74 (Eski).

⁴²⁵ Taşpınar, **a.g.e.**, s.760; Alangoya, **a.g.e.**, s.82-83.

⁴²⁶ Alangoya, **a.g.e.**, s.84.

⁴²⁷ Yılmaz, **Islah**, s.2.

⁴²⁸ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.346; Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s.7 (Tanıklık).

⁴²⁹ Roxin, **§15, Rn.5**; Riklin, **Strafprozessrecht**, §20.

⁴³⁰ Ancak, ileride de değineceğimiz üzere, 5020 sayılı Bankacılık Kanunu, ispat yükünü değiştirmekte ve ispatı zor olan her şeyi faile yüklemektedir (Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.346).

nitelendirilebilmesi için, bu vasıtanın olayı temsil etmesi ve olayı temsil eden bu vasıtanın, akla, gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekmektedir⁴³¹.

Her hukuk dalında olduğu gibi ceza muhakemesinde de ispat faaliyetinin en önemli kaynağını insan oluşturmaktadır. İnsan dış dünyayı duyu organları ile algılar ve sezinler. İnsanın hatasız algılaması ve bunları belleğinde saklayarak istenilen zamanda tekrar aktarması mümkün olsaydı, olayların gerçeğe uygunluğunu tespit etmemiz mümkün olabilirdi⁴³². Ancak insanın olduğu her yerde yanılma ve hatanın kaçınılmaz olması⁴³³, mutlak gerçeğin olamayacağının en basit göstergesidir⁴³⁴. İnsana dayanılarak objektif ya da mutlak gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün değildir. İnsan, gerçeği ancak sübjektif olarak algılayabilir ki buna da öğretide “yargısal gerçek” veya “adli gerçek” denilmektedir.

Gerçeğin bulunması bakımından, medeni yargılama hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasında bir fark yoktur; bir usul hukukunda hakime dava malzemesi açısından bir diğerine oranla daha fazla yetki tanınması da bu amacı değiştirmemektedir⁴³⁵. Keza ceza muhakemesinde yer alan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi⁴³⁶ (in dubio pro reo), gerçeğin aranmasına bir sınır çizmektedir. Aksi durumda, mahkemenin, şüpheyi ortadan kaldırması (kaldırabilmesi) gerekirdi. Oysa bazı durumlarda ceza muhakemesinde bile gerçeğe ulaşılamamakta ve bu durum failin lehine yorumlanmaktadır. Örneğin, CMK ile kabul edilmiş olan uzlaşma kurumunun da (CMK m.253-

⁴³¹ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.347.

⁴³² Feyzioğlu, **Tanıklık**, s.230-231.

⁴³³ “Beşer, şaşar” atasözü de bu hususu vurgulamaktadır.

⁴³⁴ Feyzioğlu, **Kanaat**, s.73.

⁴³⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s.87; Tercan, **Eski**, s.75; Erdal Tercan, “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, **SÜHFD**, Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996, C.5, S.1-2, s.181 (Gerçek); Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara 2001, s.41 (İsticvap), Tercan’a göre, medeni yargılama hukukunda da amaç, maddi gerçektir, aynı yönde bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 4.Bası, Ankara 2005, s.43.

⁴³⁶ Roxin, **§15, Rn.31-41**.

255) ceza doktrininin tanımıyla “maddi gerçeğe” ulaşma yolunda bir engel teşkil ettiği kanaatindeyiz⁴³⁷. Aynı şeyi, önödeme (TCK m.75) için de pekala söyleyebiliriz.

Hukukta birden fazla usulün olması, birden fazla gerçek (maddi-şekli) olmasından değil, gerçeğe varmak için her usulde ona uygun bir metodun bulunmasından kaynaklanmaktadır⁴³⁸. Gerçeğe varma yolunda ceza muhakemesi ile hukuk yargılaması alanında aynı yöntemlerin uygulanması düşünülemez⁴³⁹. Buradan hareketle ceza muhakemesinde maddi gerçeğin, medeni yargılamada ise şekli gerçeğin arandığı sonucuna varılamaz.

Medeni yargılama hukukunda neden ceza muhakemesinden farklı bir usul benimsendiği sorusuna gelince. Medeni yargılama hukukunda, eşitler arasında özel hukuk mücadelesi bulunmaktadır. Doğaldır ki uyuşmazlığın tarafı durumunda bulunan kişiler, yargılamanın konusunu oluşturan olaylar hakkında en iyi bilgiye sahiptirler⁴⁴⁰. Böyle bir sistemde, dava malzemesinin taraflarca getirilmesine ağırlık verilmesinden daha doğal hiçbir şey yoktur⁴⁴¹. Çıkar çatışması durumunda bulunan tarafların, karşı tarafın aleyhine olabilecek bütün vakıaları getirme çabasında olması doğal olduğundan hakimin burada rolünün pasifleştirilmesini, medeni yargılama hukukunda şekli gerçek ile yetinileceği biçiminde yorumlamak son derece yanlıştır⁴⁴².

⁴³⁷ Aynı görüşte, Cumhur Şahin “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, **SÜHFD, Prof.Dr.Süleyman Arslan’a Armağan**, C.6, s.1-2, s.247-248; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Önödeme**, Ankara 2005, s.61-62.

⁴³⁸ Alangoya, **a.g.e.**, s.87; Muhammet Özokes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s.66.

⁴³⁹ Alangoya, **a.g.e.**, s.87.

⁴⁴⁰ Alangoya, **a.g.e.**, s.87; Feyzioğlu, **Kanaat**, s.91-92 (dn.268); Tercan, **İsticvap**, s.42.

⁴⁴¹ Tercan, **Gerçek**, s.197; Alangoya, **a.g.e.**, s.87-88; Feyzioğlu, **Kanaat**, s.91, dn.268.

⁴⁴² Alangoya, **a.g.e.**, s.88 (Dava malzemesinin toplanmasında hakime, taraflara nazaran daha fazla yetki tanınması halinde, hakimin tarihsel olayı hiç bilmemesi ve mevcut iş hacmi dikkate alındığında gerçeğe ulaşmanın çok daha düşük bir ihtimal olduğu sonucu çıkmaktadır). Burada karşımıza medeni yargılama hukukunda “ikrar” müessesesinin bu durumun yani gerçeğin araştırılmasının bir istisnasını oluşturup oluşturmayacağı sorunu çıkmaktadır. Hakim, ikrar edilmiş bir vakıayı doğru kabul etmek zorunda olduğuna göre bu durum gerçeğin araştırılmasından vazgeçilmiş olduğunun bir sonucunu mu oluşturmaktadır? Bu husus Alman hukukunda büyük tartışmalara sebep olmuştur (Bu tartışmalar için,

Medeni yargılama hukukunda, dava malzemesinin toplanmasında taraflara daha fazla ağırlık verilmesinin sebebi, bu yöntemin, gerçeğe ulaşma ihtimali daha fazla olan bir yol olmasında yatmaktadır; yoksa medeni yargılama hukukunda “şekli gerçek” ile yetinileceğinin değil⁴⁴³.

(3) Kanaatimiz

Gerek ceza, gerek medeni gerek idari olsun, her usul sistemi şu veya bu şekilde gerçeğe ulaşmaya çalışır. Ancak hiçbir usul sistemi, sadece şekli gerçek ile yetinmeyi kendisine amaç edinmez. Bu nedenle doktrinde özellikle ceza hukukçuları tarafından kullanılan “maddi gerçek-şekli gerçek” ayrımının bir fiksiyondan ibaret olduğunu düşünerek bu ayrıma karşı çıkıyoruz. Gerçek bir tanedir, gerçeği maddi veya şekli diye ayırmak gerçeğin yapısına aykırı düşer. Bir yargılama sisteminde, taraflara daha fazla ağırlık verilmesi ve hakimnin daha pasif durumda bırakılması bu yargılamada şekli gerçeğin arandığı sonucuna bizi götürmemelidir. Aslında kanun koyucu burada taraflara öncelik vermekle gerçeğin daha rahat ortaya çıkabileceği varsayımından hareket etmiştir. Uyuşmazlığın başından beri içinde olan ve ileride bir sorunla karşılaşma riskine karşı her türlü delili elinde bulunduran tarafların, yargılamada ağırlıklı konumda bulunmaları, buna karşılık uyuşmazlıkla uzaktan yakından ilgisi bulunmayan hakimnin, tarafların getirdiği deliller doğrultusunda karar vermesi şekli gerçek olarak nitelendirilemez.

bkz. Tercan, **Gerçek**, s.199-200). Ancak biz bu tartışmalara girmeden, doktrinde de kabul edildiği üzere HUMK'ta yer alan bu hükmün, gerçeği söyleme yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, bu yükümlülüğe aykırı biçimde ikrar edilen vakıaların kendisinden beklenen etkiyi gösteremeyeceğini sonuç olarak da hakimnin bu ikrarla bağlı olmayacağını söyleyebiliriz. Aynı husus, kabul, feragat ve isticvap için de geçerliliğini sürdürecektir. Buna göre, hakim, medeni yargılama hukukunun amacı olan gerçeğe ulaşmadan hareketle, dürüstlük kuralı ve bunun bir uzantısı konumunda bulunan gerçeği söyleme yükümlülüğüne dayanarak eli kolu bağlı kalmaktan kurtulacak ve gerçeği araştırabilecektir (bkz. Tercan, **Gerçek**, s.201-204; Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989, s.124). Bu nedenle, Feyzioğlu'nun “Bu itibarla hakim, ikrarın konusunu teşkil eden olayın gerçekte farklı olduğunu kabul edemez. Demek ki, böyle bir durumda, vicdani kanaat ölçütüne yer olmayacaktır” şeklindeki görüşüne katılmıyoruz (Feyzioğlu, **Kanaat**, s.93); Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.43; H.Yavuz Alangoya, M.Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5.Bası, İstanbul 2005, s.27.

⁴⁴³ Alangoya, **a.g.e.**, s.89; Tercan, **Gerçek**, s.182; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.43; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.27.

Ayrıca medeni yargılama hukukunda hakime tanınmış olan yetkilerin varlığı - örneğin HUMK m.75/II,III, m.213, m.214/II, m.219-, dürüstlük kuralı⁴⁴⁴ ve onun bir unsurunu teşkil eden gerçeği söyleme yükümlülüğü de medeni yargılama hukukunda şekli gerçeğin aranmadığının en açık göstergeleridir. Bütün bunlar medeni yargılama hukukunda da ceza muhakemesinde olduğu gibi gerçeğin arandığının kanıtıdır.

Bu nedenle, ceza muhakemesi hukuku dışındaki diğer yargılama hukuklarında “şekli gerçek” ile yetinildiği yolundaki doktrinel görüşe katılmıyoruz. Bize göre bir tane gerçek vardır; gerçeği başına sıfat koyarak derecelendirmek kurumun mantığına aykırı düşer. Sonuç olarak biz, ceza muhakemesinin amacını, hukuk devleti sınırları içinde, insan haklarına dayalı biçimde gerçeğe ulaşmak şeklinde tanımlıyoruz.

V) ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM ATAMAYA YETKİLİ MERCİ

A) Soruşturma Aşamasında

Şirket yönetimine kayyım atanması da bir koruma tedbiridir. Ayrıca olayın ekonomik ve sosyal yönü de ele alındığında çok önemli bir koruma tedbiri niteliğinde olduğu ortadadır. Bu nedenle kanun koyucu, soruşturma evresinde, şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için sulh ceza hakiminin kararını şart koşmuştur. CMK m.162 gereğince kayyım tayini kararını, savcının talebi üzerine nöbetçi sulh ceza hakimi verecektir. Ancak, sulh ceza hakiminin, zorunlu savcılık yaptığı durumlarda (CMK m.163), savcının talebi olmadan da sulh ceza hakimi bu tedbire kendiliğinden hükmedebilecektir.

⁴⁴⁴ Arslan, **a.g.e.**, s.62 vd.

Soruşturma aşamasında, şirket yönetimine kayyım tayinine sadece sulh ceza hakimi tarafından karar verilebilecektir. Bu aşamada mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir.

Burada üzerinde durmak istediğimiz önemli bir husus bulunmaktadır, bu da şirket yönetimine kayyım tayinine ne zaman başvurulacağı ile ilgilidir. Kanun koyucu her ne kadar hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında şirket yönetimine kayyım tayinine olanak tanımış ise de, kayyım tayini ile hedeflenen amaç dikkate alındığı vakit bu koruma tedbirine soruşturma evresinde başvurulması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Zira soruşturma başladıktan sonra şirket yöneticileri şirketin malvarlığını tasfiye etme girişimine girebilirler. Bu durumda da hem yargılama sonucunda verilecek kararın kağıt üstünde kalması hem de şirket alacaklılarının mağdur duruma düşmesi tehlikesi doğacaktır. Bu nedenle soruşturma aşaması başlar başlamaz, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması durumunda bu tedbire hemen başvurulması en isabetli yol olacaktır.

Soruşturma aşamasında hakimin, şirkete kayyım atanması yolundaki kararına karşı, CMK m.267 vd. maddelerine göre itiraz etme imkanı mevcuttur.

B) Kovuşturma Aşamasında

Kovuşturma evresinde, şirket yönetimine kayyım tayinine yargılamayı yapan mahkeme karar verecektir. CMK m.133'te açıkça mahkemenin karar vereceğinden bahsedilmiş olması nedeniyle, mahkemenin, kayyım tayini yönündeki bu kararına karşı sadece temyiz (istinaf) kanun yoluna başvurulabilecektir; bu karara karşı itiraz mümkün değildir.

Kanun koyucu, atama kararına olmasa da, atanan kayyımın işlemlerine karşı görevli mahkemeye itiraz yolunu açmak suretiyle bu usulü biraz yumuşatmak istemiş görünmektedir.

VI) KAYYIM TAYİNİ KARARININ İÇERİĞİ

A) Genel Olarak

CMK'ya göre, şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için gerekli şartlar gerçekleştikten sonra, hakim veya mahkeme⁴⁴⁵, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilecektir. Ancak burada üzerinde önemle durmak istediğimiz husus, kayyım atanabilmesi için gerekli şartlar gerçekleşmiş olsa bile, mahkemenin şirket yönetimine kayyım atamasının zorunlu olmamasıdır. Zira CMK'da "... kayyım atayabilir" demek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Kanun koyucu burada mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Mahkemenin burada araştırması gereken husus, kayyım atanması ile amaçlanan menfaatin, doğması muhtemel zararlardan daha fazla olup olmayacağıdır.

Şirket yönetimine kayyım atanmasına karar veren mahkeme, ikinci aşamada, kayyımın yetkisinin ne olacağı hususunu tespit edecektir. Buna göre mahkemenin iki seçeneği bulunmaktadır. Mahkeme ilk olarak, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı tutabilir. İkinci olarak ise, yönetim organının yetkilerini tümüyle kayyıma bırakabilir. Şimdi bu hususlar üzerinde biraz durmak istiyoruz.

B) Şirket ve Şirket Yönetimi Kavramları

1) Şirket Kavramı

CMK m.133'e göre, söz konusu koruma tedbirine sadece şirketler bakımından başvurulabilecektir. Bu nedenle şirket ile neyin anlatılmak istendiği hususunda kısa bir açıklama yapmak istiyoruz⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde, hakim ve mahkemeyi içermek üzere sadece mahkeme terimi kullanılacaktır. Bununla kastedilen duruma göre hakim veya mahkemedir.

⁴⁴⁶ Şirket kavramı ve tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s.3 vd.

CMK'da sadece şirketten bahsettiği ve herhangi bir ayırım yapılmadığı için bu kavramın içine ticaret şirketleri ve kooperatifler⁴⁴⁷ girdiği gibi, adi şirketler ve özel kanunlara göre düzenlenen şirketler de girmektedir. Buna göre sadece bunların faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı kayyım atanması yoluna gidilecektir. Burada kanun koyucunun, sadece şirketten bahsetmesi karşısında diğer tüzel kişiliğe sahip birliktelikler (dernek, vakıf vs.) bakımından bu tedbirin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Kanun koyucunun, bütün tüzel kişileri kapsayacak biçimde metni kaleme almamasının bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Zira bir şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen suçun, bir dernek veya vakfın faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Kanun'da geçen "şirket" deyiimi ile kastedilmek istenen şunlardır⁴⁴⁸:

- Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan adi şirket (BK m.520-541)
- Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan ticaret şirketleri⁴⁴⁹ (TTK m.136-556, m.951-971)
- Özel kanunlara göre düzenlenen şirketler (Bankalar, sigorta şirketleri, T.C. Merkez Bankası gibi kendilerine özgü kanunlara tabi olanlar).

2) Şirket Yönetimi Kavramı

Şirket açısından yönetim, kuruluş ve çalışma gayesine yönelik faaliyet, işlem ve kararlar ile bu işleri yapan kişi ya da organı ifade etmektedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Kooperatiflerin ticaret şirketi hatta şirket niteliğinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Her ne kadar TTK, kooperatifleri ticaret ortaklığı olarak saymış, 485-502. maddelerinde kooperatifi düzenlemiş ve bir şirket olarak tarif etmiş (TTK m.136) ise de 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, TTK'nın söz konusu 485-502. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. Ancak söz konusu Kanun, TTK m.136'daki hükmü yürürlükten kaldırmamıştır. Ayrıca söz konusu Kanun'da anonim şirketlere atıf da yapılmaktadır. Bu nedenle, kooperatifleri de ticaret şirketi saymak gerekir, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s.19; karşı görüşte, İmregün, **a.g.e.**, s.153.

⁴⁴⁸ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s.13.

⁴⁴⁹ Kollektif şirket, komandit şirket, anonim şirket, limited şirket, kooperatif.

⁴⁵⁰ Cengiz Aşkan, **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara 2003, s.15.

Şirketlerin yönetim ve temsil⁴⁵¹ yetkisinin kimde olduğunun belirlenmesi bakımından her bir şirket türünün ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Adi şirketlerin tüzel kişiliği bulunmadığından, şirketin temsili ve dolayısıyla organsal temsil mümkün değildir⁴⁵². Adi şirkette ortaklar, kanun, sözleşme ve karar gereğince yönetimde yer alabilirler⁴⁵³. Adi şirketin yönetim görevi, bir veya birden fazla ortağa verilebilir ancak olağan dışı işlemler için bütün ortakların oy birliği şarttır⁴⁵⁴. Adi şirketin yönetimi kayyımın onayına bağlı kılınmış ise, şirket ortaklarının yaptığı işlemlerin geçerli olabilmesi için kayyımın onayı gerekir. Atama kararında, yönetim yetkilerinin tümüyle kayyıma verilmiş olduğu belirtilmiş ise yönetici ortakların görevleri sona erer.

Kollektif şirketlerde, ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi idare ve temsil yetkisine sahiptir (TTK m.160/I). Bu nedenle ortaklığı yönetmek, ortak için hem bir hak, hem de bir borçtur⁴⁵⁵. Ancak bu yetki, ortaklardan birine bırakılabileceği gibi, ticari mümessillere de bırakılabilir⁴⁵⁶. Bu bağlamda, kollektif şirketin yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliği kayyımın onayına bağlı kılınmış ise, şirket ortaklarının veya ticari mümessillerin yaptığı işlemlerin geçerli olabilmesi için kayyımın onayı gerekir. Atama kararında, yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verilmiş ise bunların görevleri sona erer.

⁴⁵¹ Şirketin yönetimi iç ilişkiyi ilgilendirdiği halde, temsil şirketin dış yüzünü oluşturmaktadır. Bu nedenle biz, CMK'da ifade edilen "yönetim" terimini "yönetim ve temsil" olarak anlıyoruz.

⁴⁵² Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s.76; Aşkan, **a.g.e.**, s.42.

⁴⁵³ Aşkan, **a.g.e.**, s.58.

⁴⁵⁴ Aşkan, **a.g.e.**, s.59.

⁴⁵⁵ İmregün, **a.g.e.**, s.174; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar**, s.174.

⁴⁵⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, s.174.

Adi komandit şirketlerde, komandite ortakların yönetim ve temsil yetkisi, aynen kollektif şirketlerdeki gibidir⁴⁵⁷. Kayyımın atanması durumunda meydana gelen sonuçlar da kollektif şirketinkiyle aynıdır.

Limited şirketlerde, şirketi yönetim ve temsil yetkisi müdürler tarafından yerine getirilir (TTK m.540). Müdürlerin, şirketin ortağı olmaları şart değildir. Bu durumda, mahkeme tarafından atanan kayyım, onay makamı olarak atanmışsa, müdürlerin şirket yönetimiyle veya temsiliyle ilgili yaptıkları işlemlerin geçerlilik taşıyabilmesi kayyımın onayına bağlı olacaktır. Eğer kayyım, yönetim kurulu yerine atanmışsa, bu taktirde müdürlerin görevi sona erer ve bunların bütün yetkileri kayyıma geçer.

Anonim şirketlerde, şirketi yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır (TTK m.317). Yönetim kurulu, anonim şirketin zorunlu organlarından birisidir (TTK m.312). Kural olarak yönetim kurulu, yönetim yetkisini kurul halinde kullanır. Ancak, TTK m.319'a göre, şirket sözleşmesinde hüküm bulunması durumunda, yönetim görevinin hepsinin veya bazılarının yönetim kurulu üyesi olan "murahhas üyeler" veya şirkette pay sahibi olması zorunlu olmayan "murahhas müdürlere" bırakılması olanaklıdır⁴⁵⁸. Yönetim kurulu, yukarıda söylediğimiz gibi anonim şirketin yönetim organı olduğu kadar, temsil organıdır da. Kural olarak, şirketi temsil yetkisi, yönetim kuruluna aittir (TTK m.317). Ancak, şirket sözleşmesinde, temsil yetkisinin kullanılmasında tek temsilci esası kabul edilebilir. Bu bağlamda, mahkeme tarafından atanan kayyım, onay makamı olarak atanmışsa, kayyımın onayı olmadan yapılan işlemler geçersiz olacaktır. Eğer, kayyım, yönetim kurulunun yerine atanmışsa, yönetim kurulun bütün yetkileri kayyıma geçecektir.

⁴⁵⁷ İmregün, **a.g.e.**, s.232.

⁴⁵⁸ İmregün, **a.g.e.**, s.335.

Kooperatiflerde de, yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna aittir. Kooperatife kayyım atanması durumunda da anonim şirketler için söylediğimiz hususlar geçerli olacaktır.

VII) KAYYIM ATANMASINA İLİŞKİN ESASLAR

A) Genel Olarak

CMK'da, şirket yönetimine kayyım atanmasına ilişkin esaslara yer verilmemiştir. Bu durumda, özel hukuk alanında kayyım atanmasına ilişkin esasları buraya kıyas yoluyla uygulama zorunluluğu çıkmaktadır. Kanaatimizce, özel hukuktaki kayyım atanmasına ilişkin esasların burada da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

B) Kayyımın Şahsına İlişkin Şartlar

Kayyım, şirketin yönetim organının karar ve işlemlerini onaylamakla görevlendirilebileceği gibi yönetim organının yetkilerinin tamamını da üstlenebilir. Bu nedenle, kayyımın, atandığı görevin özelliği ve gerekleri dikkate alınmak suretiyle, yeterli bilgi, deneyim ve beceriye sahip, ileri görüşlü, basiretli bir iş adamı gibi hareket edebilen, taraflarla arasında menfaat ilişkisi bulunmayan kişiler arasından seçilmesine dikkat edilmesi gerekmektedir⁴⁵⁹.

Atanacak kayyımın tarafsız olması gerektiği de bir başka önemli şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Tam bu noktada Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun⁴⁶⁰ (TMSF) kayyım olarak atanıp atanamayacağı hususu üzerinde durmak istiyoruz. Bankacılık Kanunu'na göre TMSF'nin başlıca görevi tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumaktır. Bu kapsamda

⁴⁵⁹ Soyer, **a.g.e.**, s.293; Z.Sanem Yılmaz, **Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar**, İzmir 2004, s.142 (Geçici Koruma).

⁴⁶⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. II.Bölüm, XI, 11.

değerlendirildiğinde TMSF'nin tasarruf sahipleri lehine taraf olduğundan dolayı tarafsız olmadığı ve dolayısıyla kayyım olarak atanması mümkün değildir. Keza Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesine göre zimmet suçu dolayısıyla yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun ve TMSF'nin başvuruda bulunması halinde bunların başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacakları açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda hem taraf hem de kamu davasında müdahil konumunda bulunan TMSF'nin kayyım olarak atanmasının hukuken mümkün olmadığını düşünüyoruz⁴⁶¹. Ayrıca, aşağıda ayrıntılı olarak da açıklayacağımız üzere TMSF'nin kamu tüzel kişisi olmasından dolayı da kayyım olarak atanamayacağını düşünmekteyiz.

Kayyım olarak sadece gerçek kişilerin mi atanabileceği sorusu da akıllara gelebilir. Kanun'da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. İcra ve İflas Kanunu'na göre iflasın ertelenmesi durumunda atanacak kayyımın sadece gerçek kişi değil, aynı zamanda tüzel kişi de olabileceği kabul edilmektedir⁴⁶². Ancak CMK'ya göre atanacak kayyımın sadece gerçek kişi olması gerekmektedir, tüzel kişilerin (özel hukuk tüzel kişisi veya kamu

⁴⁶¹ Çalışmamız sırasında TMSF'nin kayyım olarak atandığı bir adet karar bulduk (Bursa 2.Sulh Ceza Mahkemesi'nin 27.06.2006 tarihli kararı). TMSF'nin internet sitesinden 30.06.2006 tarihinde yapılan basın açıklamasında E. E.'nin bağlantılı olduğu tespit edilen 20 şirkete Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun kayyım olarak atandığı, TMSF Fon Kurulu'nun 29.06.2006 tarih ve 319 sayılı kararı ile, Bursa'da 13, İzmir'de 4, Sivas'ta 2, Tekirdağ-Saray'da 1 olmak üzere 20 şirkette toplam 62 personelin Fon adına görevlendirildiği; ilgili TMSF kararının banka genel müdürlüklerine, tapu bölge müdürlüklerine ve Bursa 2.Sulh Ceza Mahkemesi'ne bildirilerek ilgili firmaların yönetim kurullarının yetkisiz olduğu, bu yetkilerin TMSF adına görevlendirilen kişiler tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. www.tmsf.org.tr (erişim tarihi 10.07.2006)

⁴⁶² İİK m.179a ve devamında düzenlenmiş olan “iflasın ertelenmesi” kurumunda da, CMK'ya yakın düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu 179a maddesinde “Mahkeme, erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle alıp kayyım verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir” denilmektedir. Doktrinde, iflasın ertelenmesi durumunda, kayyım olarak tüzel kişinin de atanabileceği belirtilmektedir (bkz. Atalay, s.123; Türk, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s.355; Güralp, Ayşe Gülin, “İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı 2005, İzmir 2005, s.64). Türk Medeni Kanunu'na göre tüzel kişilerin de vasi (kayyım) atanabilmesi gerektiğine ilişkin görüş için, bkz. Doğan, Murat/Taşkın, Feyzullah, “Vesayet Örgütünün İşleyişi, Aksayan Yönleri, Değişiklik ve Çözüm Önerileri”, HPD, S.9, Aralık 2006, s.129-130.

hukuku tüzel kişisi⁴⁶³) CMK'ya göre kayyım olarak atanması mümkün değildir. Zira özel hukuktan farklı olarak ceza yargılamasında özellikle soruşturma aşamasında, soruşturmanın gizliliği ilkesi göz önüne alındığı vakit tüzel kişi yerine gerçek kişinin kayyım olarak atanması bu ilkenin uygulanabilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Ayrıca mahkemenin tüzel kişiliği kayyım olarak ataması durumunda ikinci bir çıkmazla daha karşı karşıya kalınmaktadır: Kayyım atama kararında mahkeme kayyımı kendisi atamayacak, kayyım olacak gerçek kişiyi atama yetkisini tüzel kişiye vermiş olacaktır. Böyle bir uygulama da gerek kanunun ruhuna, gerekse maddenin konuluş amacına aykırılık oluşturacaktır. Kayyım olarak tüzel kişinin atanamamasının bir diğer gerekçesini ise tüzel kişi kayyımın görevlerini ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda sorumluluk yüklenecek kişinin bulunmasında karşımıza çıkacak güçlükler oluşturmaktadır. Bu nedenlerle kayyım olarak sadece gerçek kişilerin atanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Kayyım olarak tek kişi atanabileceği gibi, birden fazla kişi de atanabilir. Birden fazla kişi atanması durumunda sayının tekte tutulması karar alınabilmesi bakımından isabetli olacaktır.

C) Kayyım Atanması Usulü

Daha önce de belirttiğimiz üzere, şirkete kayyım atayan mahkeme, atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığını veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiğini belirtecektir. Kural olarak, şirketi temsile ve şirket adına borçlanmaya yetkili organ yönetim kurulu olduğundan ve kayyım atanması ile yönetim organının kararlarının geçerliliği veya yetkilerinin

⁴⁶³ Anayasamızın 123. maddesine göre: “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.” Başka bir deyişle, kamu hukuku tüzel kişilerinin görev ve yetkileri de yine kanunla düzenlenir. Bu bağlamda kamu hukuku tüzel kişilerinin ilgili kanunlarında kayyım olarak atanabilecekleri kabul edilmediği müddetçe, kamu hukuku tüzel kişilerinin kayyım olarak atanmasının Anayasa’ya aykırılık oluşturacağını düşünmekteyiz.

tamamı kayyıma geçeceğinden, kanun koyucu bu hususun, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunmasını zorunlu kılmıştır.

Mahkemenin, şirkete kayyım atanması yönündeki kararı “kurucu nitelikte” olduğundan, üçüncü kişilerin bu husustan haberdar olmamaları durumu değiştirmeyecektir. Buna göre, yönetim organının yetkilerinin tamamının kayyıma verilmesine karşın, eski yönetim kurulu şirket adına hukuki bir işlem yaparsa bu işlem geçersiz olacaktır. İşte bu gibi sakıncaların önüne geçebilmek için kanun koyucu bu kararın ticaret sicil gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilanını şart koşturmuştur.

D) Kayyımın Görev Süresi

Kanun’da bu konuda da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun, atanan kayyımın görev süresi ile ilgili bir hüküm getirmemiş olması eksiklik olarak yorumlanamaz. Zira kayyım atanması bir koruma tedbiri olduğuna göre, bu tedbirin uygulanması ile beklenen faydanın gerçekleştiği veya gerçekleşmeyeceği anlaşıldığı taktirde bu tedbire son verilmesi gerekecektir. Koruma tedbirlerinin geçici olma özelliği bu sonucu doğrulamaktadır.

VIII) KAYYIMIN ÜCRET ALMA HAKKI, GÖREV VE YETKİLERİ

A) Kayyımın Ücret Alma Hakkı

Kayyım, yerine getirmiş olduğu faaliyet dolayısıyla bir takım haklara sahip bulunmaktadır. Kayyımın en önemli hakkı ücret alma hakkıdır.

Kayyım, yapmış olduğu görev karşılığında mahkemece takdir edilen bir ücret alır. Kanun koyucu, mahkemenin takdir ettiği bu ücretin, şirket bütçesinden karşılanması esasını kabul etmiştir (CMK m.133/II). Ancak,

kayyıma yapmış olduğu görev karşılığında ödenecek ücretin hangi esaslar çerçevesinde belirleneceği açıkça hükme bağlanmamıştır⁴⁶⁴.

Kayyımın ücretinin tespitinde, işin nitelik ve özellikleri, sarf edilen emek ve mesainin derecesi, şirketin aktiflerinin toplamı gibi kıstasların göz önünde bulundurulması gerekir⁴⁶⁵. Burada olması gereken, kayyımlık ücreti ve masrafları ile ilgili bir tarifenin çıkartılması olmalıdır⁴⁶⁶.

Kayyımın ücretinin, göreve başladığı anda verilmesi gerekmektedir. Bundan sonra, kayyıma, aylık olarak ödeme yapılması uygun olur.

Soruşturma sonunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya kovuşturma sonunda beraat kararı verilmiş olması halinde, kayyıma şirket bütçesinden ödenen paraların tamamı, kanuni faiziyle birlikte Devlet hazinesinden karşılanacaktır (CMK m.133/II).

B) Kayyımın Görev ve Yetkileri

Kayyımın görevleri, onay makamı olarak atanması veya yönetim organı olarak atanması halinde değişiklik göstereceğinden bunları ayrı ayrı ele almak istiyoruz.

⁴⁶⁴ Bu konuda kayyıma en çok benzeyen müesseselerden birisi olan konkordato komiserinin ücreti hakkında yabancı hukuk sistemlerinde benimsenen ölçütler için, bkz. Süha Tanrıver, **Konkordato Komiseri**, Ankara 1993, s.140-142 (Komiser); ayrıca bkz. Kemal Dayınlarlı, “Kayyımlık Ücreti”, **YD**, C.18, S.1-2, Ocak-Nisan 1992, s.415-420.

⁴⁶⁵ Tanrıver, **Komiser**, s.142; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.723; Gümüş, **a.g.e.**, s.313-314; Cevdet Okan Bahar, “Anonim ve Limited Şirketlerde Temsil Yetkisi ve Şirkete Kayyım Atanması”, **Vergi Dünyası**, S.252, Ağustos 2002, s.131.

⁴⁶⁶ Tanrıver, **Komiser**, s.142.

1) Kayyımın Onay Makamı Olarak Atanması Halinde Görev ve Yetkileri

Yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı durumlarda, kayyım, yönetim organının aldığı kararların, şirket lehine olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu bağlamda, şirketin, malvarlığının ivazsız olarak başka yerlere aktarılması yolundaki bir yönetim organı kararını kayyımın onaylamaması gerekmektedir. Aksi durumda, mahkemenin, kazanç müsadereci kararı (TCK m.55) vermesi halinde söz konusu karar yerine getirilemeyebilecektir. Bu nedenle kayyımın, verilecek bu nitelikteki mahkeme kararlarını etkisiz hale getirebilecek yöndeki yönetim organı kararlarını onaylamaması gerekmektedir.

2) Kayyımın Yönetim Organı Olarak Atanması Halinde Görev ve Yetkileri

Bu durumda, kayyım, atandığı şirketin yönetim organının görev ve yetkilerine tamamen sahip olacak, bir nevi yönetim organı gibi hareket edecektir. Buna göre kayyımın görev ve yetkilerini genel olarak şöylece sıralayabiliriz⁴⁶⁷:

- Yönetim görev ve yetkisi,
- Temsil görev ve yetkisi,
- Şirket defterlerinin tutulması,
- Genel kurul toplantılarıyla ilgili görevleri,
- Genel kurul kararlarının yürütülmesi,
- Ortaklığın hesaplarının düzenlenmesi,
- Malvarlığının azalması halinde görevleri,
- Sermayenin artırılması ve azaltılması yolunda görevleri,
- Ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi halinde görevleri,
- Tescil ve ilan görevi,
- Tahvillerle ilgili görevleri.

⁴⁶⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar**, s.297-298.

Kayyımın yönetim organının yerine atanması durumunda, daha önce de belirttiğimiz üzere, özel hukuk hükümlerine göre görevlendirilmiş olan şirket yönetim kurulunun veya müdürlerinin görevleri sona erer⁴⁶⁸

IX) KAYYIMIN ŞAHSINA VE İŞLEMLERİNE KARŞI ŞİKAYET

A) Genel Olarak

CMK m.133/III'te: "İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler" hükmü yer almaktadır. Burada kanun koyucu, şikayetle ilgili özel hüküm koymak yerine TMK ve TTK'ya yollamada bulunmakla yetinmiştir.

B) Kayyımın İşlemlerine Karşı Şikayet

Kayyımın aldığı kararlara ve yaptığı işlemlere karşı yapılacak şikayetler, TMK m.461 hükmünün, TMK m.403/III atfıyla⁴⁶⁹ kıyasen uygulanması sonucu gerçekleşir⁴⁷⁰. Örneğin, onay makamı olarak atanan kayyımın, yönetim organının bir kararını onaylamaması durumunda, yönetim organı vesayet makamına şikayette bulunabilir. Ayrıca TMK'da şikayette bulunabilecekler arasında "İlgililer" de sayılmıştır. Burada ilgililer ile kastedilmek istenen acaba nedir? Şirket yönetimine kayyım atanmasının konusunu "şirket" oluşturduğuna göre ilgililer ile kastedilmek istenen her şeyden önce şirketin ortakları olsa gerektir. Buna göre, genel kurul, denetim

⁴⁶⁸ Sözüer/Tekdağ, **a.g.e.**, s.57.

⁴⁶⁹ Söz konusu maddeye göre, TMK'nın vasi hakkındaki hükümleri, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanacaktır.

⁴⁷⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s.315; 2.HD, 03.12.1995, E.12303, K.13145 "Kayyım bir malın idaresi veya muayyen bir iş için nasbolunur. Kanunda aksine bir açıklık olmadıkça vasiye ait hükümler kayyım hakkında da caridir. Şu halde yasanın vasiinin azline dair hükümleri çerçevesinde inceleme ve değerlendirme yapılmalıdır" (Özguş, **a.g.e.**, s.727).

kurulu gibi organlar da ilgililer kategorisine dahil edilmelidir. Ayrıca, şirketin alacaklıları veya borçluları da somut olayın özelliklerine göre ilgili kategorisine dahil edilebilirler. Sonuç olarak ilgili tabirinden, kayyımın yaptığı işlem ile menfaatleri ihlal edilme tehlikesi bulunan kişileri anlayabiliriz.

TMK'ya göre, kayyım hakkında yapılacak şikayet bir şekle ve süreye tabi değildir; kayyımın görevi sona erinceye kadar her zaman şikayet imkanı vardır⁴⁷¹. Pek tabidir ki, işin niteliği gereği artık söz konusu durumu eski hale getirmek mümkün değilse ilgilinin şikayette bulunmasının pratik bir sonucu kalmayacağından şikayet mümkün olmayacaktır⁴⁷².

Bunun gibi, kayyımın kendisinin de şikayette bulunma imkanı olmalıdır. Örneğin, ceza mahkemesinin, kayyım hakkında takdir ettiği ücretin az bulunması durumunda kayyım da vesayet makamına şikayette bulunabilmelidir.

Kayyımın işlemlerine karşı vaki olan şikayet üzerine vesayet makamı tarafından verilen kararlara karşı, denetim makamına, kararın tebliğinden itibaren on gün içinde itiraz edilebilir. Denetim makamının vermiş olduğu karar kesin olup, bu karar aleyhine temyiz yoluna gidilmesi mümkün değildir⁴⁷³.

C) Kayyımın Şahsına Karşı Şikayet

Kanun koyucu söz konusu maddede sadece “kayyımın işlemleri”nden bahsetmektedir⁴⁷⁴. Acaba kayyımın şahsına ilişkin olarak şikayet etmek mümkün değil midir?

⁴⁷¹ Öztan, **Aile**, s.833.

⁴⁷² Öztan, **Aile**, s.833.

⁴⁷³ Doğan/Taşkın, **a.g.e.**, s.126-127.

⁴⁷⁴ Şirket yönetimine kayyım atanması yolundaki karar soruşturma aşamasında verilmiş ise bu karara itiraz etme imkanı mevcuttur. Buna karşılık kovuşturma aşamasında verilmiş ise sadece hükümle birlikte temyiz (istinaf) yoluna başvurmak mümkündür.

Daha önce de değindiğimiz üzere, kayyım olarak atanacak kişinin bazı şartlara sahip olması gerekmektedir. Örneğin, şirkete atanan kayyım, ne hukuki ne de ticari bilgiye sahip bir kişi değilse yani gerekli bilgi ve deneyimden yoksunsa bu atama kararına karşı şikayet etme imkanı var mıdır? Kanun'un lafzına bakıldığı vakit, bunun mümkün olmadığı görülmektedir. Zira Kanun'da sadece atanan kayyımın işlemlerine karşı şikayet kabul edilmiş buna karşılık şahsına ilişkin işlemlere karşı şikayet yolu kabul edilmemiştir. Oysa TMK'ya göre, atanan kayyımın şahsına ilişkin eksiklikler için vesayet makamına (sulh hukuk mahkemesi) şikayette bulunma imkanı mümkündür⁴⁷⁵.

CMK'nın böyle bir sistem benimsemiş olması ancak şu gerekçe ile açıklanabilir: Şayet, atanan kayyımın şahsına ilişkin şikayet etme imkanı mevcut olsaydı, sulh hukuk mahkemesi kayyımın görevine son verme imkanına da sahip olurdu. Oysa kayyımın görevine son verme yetkisi sadece ceza mahkemesine aittir. Bu nedenle böyle bir düzenleme yapıldığı sonucuna varılabilir. Peki bu durumda kayyımın şahsına ilişkin hiçbir şikayet mümkün değil midir?

Kanaatimizce, atanan kayyımın işlemlerine karşı şikayet yolunu kabul edip şahsına ilişkin eksiklikler için şikayet yolunu kabul etmemenin açıklanabilir bir izahı bulunmamaktadır. Ayrıca kayyımın şahsı, yapacağı işlemlerin de habercisi konumundadır. Bu nedenle, kayyımın işlemlerine karşı şikayet imkanını en aza indirmek bakımından da kayyımın şahsının denetime tabi tutulması en tutarlı yol olacaktır. Kanun koyucunun bunun aksini düşündüğünün kabulü de mümkün gözükmemektedir. Ancak, kayyımın işlemlerine yapılan şikayetten farklı olarak, şahsına ilişkin şikayetleri direkt olarak kayyımı atayan ceza mahkemesine yapmak daha doğru olacaktır.

⁴⁷⁵ Öztan, **Aile**, s.772; 2.HD, 26.10.2004, E.1013, K.2220 "Vesayet hakkındaki hükümler kural olarak kayyım hakkında da uygulanır. Kayyımın şahsına yönelik itirazın öncelikle vesayet makamında incelenmesi, yerinde görülmemesi halinde denetim makamınca kesin olarak karara bağlanması gerekir. (TMK.488.madde) Bu sebeple de itirazın incelenmek üzere dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmiştir" (www.yargitay.gov.tr).

Mahkeme, bu itiraz üzerine yapacağı inceleme neticesinde kayyımın şahsına ilişkin şikayeti geçerli görürse söz konusu kayyımın görevine son verip yerine yeni bir kayyım atayabilecektir.

D) Şikayette Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Kayyımın gerek şahsına gerekse işlemlerine karşı nereye başvurulacağı başka bir deyişle şikayet makamının neresi olduğu meselesinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabacağı üzere, kayyımın işlemlerine karşı yapılacak şikayet ve itirazları inceleme makamı sulh hukuk mahkemesi ve asliye hukuk mahkemesidir. Görevli mahkemenin neresi olduğu meselesini daha önceki bölümde⁴⁷⁶ ayrıntılı biçimde ele almıştık, bu nedenle tekrara kaçmamak için birkaç ekleme yapma ihtiyacı duyuyoruz.

Bizim görüşümüze göre, kayyımın işlemlerine ilişkin şikayet ve itirazlar bakımından görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesidir. Ancak kanun koyucu 133. maddede TMK'dan başka TTK hükümlerine de yollama yapmıştır. Peki neden? Kanun koyucu acaba burada görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması gerektiğini mi kabul etmek istemiştir?

TTK'da kayyım tayinine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷⁷. TTK m.324/II'de, şirket malvarlığını korumaya yönelik geçici hukuki korumalardan birisi olarak, şirkete yediemin atanması

⁴⁷⁶ I.Bölüm, I.Alt Bölüm, V.

⁴⁷⁷ TTK'da kayyım atanmasını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. TTK'ya göre kayyım atanması yoluna genellikle geçici hukuki koruma olarak başvurulmaktadır. Söz konusu maddelere örnek olarak, TTK m.435, m.504, m.546 gösterilebilir.

gösterilmiştir⁴⁷⁸. Ancak doktrinde yediemin ifadesiyle kastedilmek istenenin aslında kayyım olduğu ittifakla kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

İster İİK'ya göre ister TTK'ya göre atanmış olsun her iki durumda da kayyımı atamaya asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Kayyım, görevi süresince kendisini atayan asliye ticaret mahkemesinin denetimine tabidir. Bu nedenle de, kayyımın yaptığı işler ve aldığı kararlara karşı ilgililer kayyımı atayan ticaret mahkemesine şikayet edebilirler. Buradan çıkan sonuca göre, TTK'ya (veya İİK'ya) göre, atanan kayyımın işlemlerine karşı ticaret mahkemesine başvurulabilecektir.

Yaptığımız bu açıklamalar karşısında, kayyımın işlemlerine karşı gidilecek görevli mahkeme konusunda TMK ile TTK arasında bir uygunsuzluk olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. TMK'ya göre şikayet ve itiraz merci sulh hukuk ile asliye hukuk mahkemesi iken, TTK'ya göre asliye ticaret mahkemesidir. CMK m.133/III'te her iki kanundan birlikte bahsedildiğine göre acaba hangi kanun uygulama alanı bulabilecektir?

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde TMK'nın kabul etmiş olduğu sistemin benimsenmesi daha isabetli gözükmemektedir. TTK'nın sisteminin kabul edilmesi daha önce de ifade ettiğimiz üzere⁴⁸⁰ çeşitli sıkıntıları beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle, ceza mahkemesince atanan kayyımın gerek şahsına gerekse işlemlerine karşı şikayet ve itirazların sonuçlandırılması bakımından TMK'nın yukarıda açıkladığımız sisteminin uygulanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁴⁷⁸ TTK'da yer alan bu düzenleme aslında iflasın ertelenmesinden başka bir şey değildi. İflasın ertelenmesi kurumu daha sonra 4949 sayılı Kanun ile İİK'da açıkça düzenlenmiştir.

⁴⁷⁹ Yılmaz, **Geçici Koruma**, s.108; Türk, **a.g.e.**, 354; Güralp, **a.g.e.**, s.59; İsmail Kayar, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**, Konya 1997, s.251; Hakan Pekcanitez, **Anonim Ortaklıkların İflası**, İzmir 1991, s.56, dn.116; 4949 sayılı Kanun ile İİK'da yapılan değişiklikle de, erteleme kararıyla birlikte kayyım atanacağı açık olarak ifade edilmiştir.

⁴⁸⁰ I.Bölüm, I.Alt Bölüm, III, B.

X) TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU İLE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA AŞAMASINDA TEMSİLİ

A) Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olup olmadığı konusunda eski TCK herhangi bir düzenleme içermemekteydi. Eski TCK'da kullanılan “kimse”, “her kim” gibi kelimeler sadece gerçek kişileri ifade etmek için kullanılmaktaydı. Buna göre eski TCK, hareket ve kusur yeteneğine sahip ve eylemi bizzat gerçekleştiren kişileri ceza sorumluluğunun muhatabı olarak ele almaktaydı⁴⁸¹. Buna karşılık, yan ceza kanunlarına bakıldığında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören hükümlere de rastlanılmaktaydı⁴⁸².

2003 tarihli TCK Tasarısı'nın 25. ve 26. maddelerinde özel hukuk tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu düzenlenmişti. Böylelikle söz konusu Tasarı, önceki tasarılarla oranla sorumluluğu daha dar tutmuştu⁴⁸³.

Bütün bunlara karşılık TCK'nın, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” başlıklı 20. maddesinde, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtildikten sonra, “tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz” denilmek suretiyle, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığı açıkça belirtilmiştir (Societas

⁴⁸¹ Zeynel T. Kangal, “Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler”, **HPD**, S.7, Temmuz 2006, s.85 (Tüzel Kişiler).

⁴⁸² Örneğin, Askeri Ceza Kanunu m.78/C, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun m.3, 1918 tarihli Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun m.39/II, 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun m.7/IV, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun m.15, 5680 sayılı Basın Kanunu m.16 (Kangal, Tüzel Kişiler, s.85). Bu kanunlara göre yine de sanık sıfatını alan ve hakim karşısına çıkan gerçek kişilerdi, fakat yargılama sonunda tüzel kişilere de yaptırım uygulanmaktaydı, bkz. Erdener Yurtcan, **Şahsi Dava ve Uygulaması**, 2.Bası, Ankara 1985, s.87 (Şahsi Dava). Bütün bu düzenlemeler, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır (Özgenç, **Gazi**, s.282).

⁴⁸³ Gerçekten de, 1989 ve 1997 tarihli TCK tasarılarında bütün tüzel kişiler ceza sorumluluğunun kapsamına dahil edilmişti. Buna göre kamu hukuku tüzel kişileri de bu kapsama dahildi. Ancak 2000 ve 2003 tarihli tasarılarla sadece özel hukuk tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu düzenlenerek sorumluluk alanı daraltılmıştır.

delinquere non potest). Ancak söz konusu düzenlemeye göre, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmasa da, haklarında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Böylelikle, Anayasa'da yer alan "ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesi ile de paralellik sağlanmıştır (Any. m.38/VII).

Avrupa Birliği hukuku, üye devletlerin, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen hukuka aykırı eylemlerden dolayı tüzel kişilerin sorumluluğunu kabul ederek yaptırıma bağlanmasını talep etmektedir⁴⁸⁴. Ancak Birlik, bu sorumluluğun türünü açıkça tespit etmemekte, ulusal hukuk sistemlerine idari veya cezai sorumluluk seçme konusunda takdir imkanı tanımaktadır⁴⁸⁵.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise özellikle son yıllarda bazı devletlerin, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ettikleri görülmektedir; buna karşılık diğer devletlerde ise tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemektedir⁴⁸⁶.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı gereğince, kişi, ancak, kendisinin icra ettiği fiillerden dolayı sorumlu tutulabilir; suç işlemedikçe, başkasının işlediği suçun icrasına iştirak etmedikçe kimseye ceza sorumluluğu yükletilemez⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.85.

⁴⁸⁵ Zeynel T. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara 2003, s.68-71 (Ceza Sorumluluğu).

⁴⁸⁶ Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.86.

⁴⁸⁷ Özgenç, **Gazi**, s.280-281 (Yazar, mevzuatımızdaki bazı suçlardan dolayı verilen mahkumiyet halinde, hükmolunan adli para cezasından suç ortaklarının müteselsilen sorumlu olacağı yolundaki düzenlemelerin cezanın amacıyla bağdaşmadığı görüşündedir. Böyle bir anlayış ceza sorumluluğunun şahsi olduğu yolundaki ilkeye de aykırılık arz etmektedir); İzzet Özgenç, "Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti – Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", **Prof.Dr.Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul 1995, s.324 (Tüzelkişi).

Bugün Türk hukuk sisteminde kabul edilen görüşe göre, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır⁴⁸⁸. Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin tüzel kişi lehine haksız kazanç elde etmiş olması bile tüzel kişinin suçun faili olabileceği sonucunu doğurmaz⁴⁸⁹.

Tüzel kişinin kusur ehliyetinin olmaması, tüzel kişiye hiçbir yaptırım uygulanmayacağı sonucunu doğurmaz; hukukta aslolan, normun muhatabıyla, norma aykırılık halinde yaptırım uygulanacak kişinin ayniyetidir⁴⁹⁰. Bunun istisnasını özel hukuk alanında kabul edilmiş olan, tüzel kişinin tazminat sorumluluğu oluşturmaktadır. Tüzel kişilerin, özel hukuk alanında sorumluluğunun kabul edilmesinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Hukukta kural, kusuruyla başkasına zarar veren kişinin bu zarardan sadece kendisinin sorumlu olmasıdır. Ancak kanun koyucu, zararın hakkaniyet prensibi gereği adilane biçimde taksimini gerçekleştirmek istemiş ve bu nedenle de zararın ekonomik durumu zayıf olan organ yanında tüzel kişi tarafından da tazmin edilmesi esasını benimsemiştir⁴⁹¹. Bu nedenle kanun koyucu, hakkaniyet ve adalet gereği tüzel kişi bakımından objektif sorumluluk esasını benimsemiştir⁴⁹². Tüzel kişinin tazminat sorumluluğu ya organlarının eylemlerinden (BK m.50), ya da personelinin eylemlerinden doğar (BK m.55, m.100)⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.97 vd.; Özgenç, **Gazi**, s.285; Özgenç, **Tüzelkişi**, s.331; Yurtcan, **Şahsi Dava**, s.87; Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.90; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç Teorisi**, s.57-58; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuk Dersleri**, C.1, Manisa 1982, s.201-202; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s.35; aksi görüşte, Mustafa Tören Yücel, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Üzerine”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, C.2, s.175,179; Mustafa Tören Yücel, “Organize Suç”, **TBB**, Yıl:1998, S.3, s.1073.

⁴⁸⁹ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç Teorisi**, s.58.

⁴⁹⁰ Özgenç, **Gazi**, s.283.

⁴⁹¹ Öztan, **Organ**, s.117-118; Hüseyin Hatemi, “Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.137-140.

⁴⁹² Hatemi, **a.g.e.**, s.133; Öztan, **Organ**, s.115-116. Buradaki sorumluluk, haksız fiil sorumluluğunu, sözleşmeden doğan sorumluluğu, sözleşme benzeri işlemlerden doğan sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğu da kapsar.

⁴⁹³ Hatemi, **a.g.e.**, s.136.

Son olarak kısaca, tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbirlerinden de bahsetmek istiyoruz. Daha önce de değindiğimiz üzere, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmaması, bunlara güvenlik tedbiri uygulanmaması sonucunu doğurmamaktadır. Bu hususu açıkça ifade eden TCK m.20/II'de, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı belirtildikten sonra, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmiştir. Güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmekte olması önşartı oluşturmaktadır ancak bu suçun işlenmekte olması dolayısıyla kişinin kusurlu olması şart değildir⁴⁹⁴. Bu nedenle tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbiri uygulanması mümkündür.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri⁴⁹⁵ TCK m.60'da düzenlenmiştir. TCK m.60, tüzel kişiler için sadece iki tane⁴⁹⁶ güvenlik tedbiri öngörmüştür. Bunlar, faaliyet izninin iptali ile müsaderedir⁴⁹⁷.

Buna göre, şirket yönetimine kayyım atanmasını gerektiren bütün suçlar bakımından bu madde uygulama kabiliyeti bulacaktır. Her ne kadar kayyım atanabilmesi için, suçun, şirketin yararına işlenmekte olması gerekmemekteyse de güvenlik tedbirine hükmolunabilmesi için böyle bir

⁴⁹⁴ Özgenç, **Gazi**, s.632; Kayıhan İçel, Füsun Sokulu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi** – 3.Kitap, 2.Bası, İstanbul 2002, s.41 (Yaptırım Teorisi).

⁴⁹⁵ “Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmekte olmasında kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır” (Özgenç, **Gazi**, s.632); benzer nitelikteki tanımlar için, bkz. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.7-9; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, **Yaptırım Teorisi**, s.116.

⁴⁹⁶ Kangal'a göre, tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirlerinin sayısı azdır. TCK'da bu tedbirlere ek olarak, faaliyetten men, tüzel kişinin veya ona ait bir işletmenin ya da kuruluşun geçici olarak kapatılması, adli gözetim altında faaliyet, kamu kurumlarıyla yapılacak sözleşmelerin dışında tutulma ve tüzel kişiliğin feshi gibi başka güvenlik tedbirlerine de yer verilmesi yerinde olurdu (Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.88).

⁴⁹⁷ Demirbaş, TCK m.60'da öngörülen bu iki güvenlik tedbirinin teknik anlamda güvenlik tedbiri olmadığını, bu nedenle ceza olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir (Demirbaş, **a.g.e.**, s.215).

şart⁴⁹⁸ aranmaktadır. Buna göre, tüzel kişinin organ veya temsilcisi kendi yararına, üçüncü kişi yararına, tüzel kişinin üyelerinden bir azınlığın yararına, işçilerin veya toplumun bir kesiminin yararına hareket ederek bir suç işlemiş ise, tüzel kişi artık suçun mağduru olacağından güvenlik tedbiri uygulanmayacaktır⁴⁹⁹. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, faaliyet izninin iptalinin, ilgili tüzel kişinin varlığını sona erdirmeyeceğidir⁵⁰⁰. Burada tüzel kişi varlığını devam ettirmekte ancak iznin konusuyla ilgili olarak işlemlerde bulunamamaktadır.

TCK m.60'da öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsaderedir. Bu hükme dayanarak, tüzel kişiler hakkında eşya müsaderesine (TCK m.54) veya kazanç müsaderesine (TCK m.55) hükmedilebilecektir. Faaliyet izninin iptali için aranan bütün koşullar, müsadere bakımından da aranacaktır.

TCK m.60/III, tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanmasının, işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, mahkemenin bu tedbire hükmetmeyebileceğini öngörmektedir. Örneğin, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanması sonucunda çok sayıda kişi işsiz kalabilecek veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilecek ise bu gibi hallerde mahkeme, orantılılık ilkesine dayanarak güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

⁴⁹⁸ TCK m.60'da bahsedilen "tüzel kişi yararına işlenen" ibaresinin geniş yorumlanması gerekmektedir. Organ veya temsilcinin tüzel kişiyi yalnızca zenginleştirmek için değil, onun temel fonksiyonlarını gerçekleştirmek için hareket etmiş olması durumunda da tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Sonuç olarak bu yarar, tüzel kişiyi ilerletmeye yönelik maddi veya manevi, mevcut veya olası, doğrudan veya dolaylı bir yarar olabilecektir (Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.89).

⁴⁹⁹ Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.89; Maddenin gerekçesine göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelire meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması halinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin almış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda da aynı sonuç doğacak ve izin iptal edilecektir.

⁵⁰⁰ Özgenç, **Gazi**, s.721.

Maddenin dördüncü fıkrasına göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri her suç bakımından değil sadece kanunun güvenlik tedbirine hükmedilebileceğini düzenlediği suçlarda uygulanabilecektir⁵⁰¹.

B) Tüzel Kişinin Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Temsili

Yukarıda, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığını başka bir deyişle tüzel kişilerin şüpheli veya sanık olamayacaklarını belirtmiştik. Buna karşılık, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmekteydi (TCK m.20/II, m.60). Bu nedenle, hakkında güvenlik tedbiri uygulanma tehlikesi bulunan tüzel kişinin ceza muhakemesinde temsil edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu durumu düşünen kanun koyucu, CMK'nın 249. maddesinde tüzel kişilerin temsili düzenlemiştir⁵⁰². Söz konusu madde, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin, “katılan” veya “savunma

⁵⁰¹ Kangal’a göre, hangi suçlarda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulabileceğini düzenleyen TCK m.60/IV’teki özellik prensibi ve buna dayalı olarak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin özel düzenlemelerin mevzuattan ayıklanması gerekmektedir (Kangal, **Tüzel Kişiler**, s.89).

⁵⁰² 2003 tarihli CMUK Tasarısı’nın 259 ile 263. maddeleri arasında “tüzel kişilerin yargılanması” düzenlenmişti. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin nedeni 2003 tarihli TCK Tasarısı’nın, yukarıda da bahsettiğimiz üzere tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmesidir. Söz konusu Tasarı’ya göre tüzel kişilerin de sanık olabileceği kabul edildiğinden böyle bir düzenlemeye gidilmişti. Ancak yeni TCK’da tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı esası benimsendiğinden söz konusu düzenlemeler değiştirilmiştir. Ancak tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturma aşamasında temsili gerekebileceği düşünülmüş ve söz konusu maddeler “tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturmada temsili” başlığı altında tek madde olarak yeniden düzenlenmiştir.

2003 tarihli CMUK Tasarısı’nın 261. maddesinde tüzel kişiliğin kamu davasında temsili düzenlenmişti. Söz konusu maddeye göre, kamu davası, fiilin işlendiği tarihte tüzel kişinin yasal temsilcisi olan kişiye karşı açılacaktır. Bu kişi, bütün usul işlemlerinde tüzel kişiyi temsil edecektir. Tüzel kişi yararına suç işleyen kişi, aynı zamanda yasal temsilci ise mahkeme, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım atayacaktır. Ancak tüzel kişi, kanuna veya statüsüne göre, yasal temsilciye vekalet edebilmek olanağına sahip diğer bir kişi tarafından da temsil edilebilecektir. Bu kişi, kimliğini ve kabul istemini Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu maddede yer alan hükümlere göre tüzel kişiyi temsil etmek hususunda yetkili bir kişi bulunmadığında mahkeme, Cumhuriyet savcısının veya katılanın istemi üzerine, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım atayacaktır.

makamı yanında yer alan”⁵⁰³ sıfatıyla duruşmaya kabul edileceğini düzenlemiştir. Söz konusu madde, tüzel kişinin, iddia veya savunma makamında yer almasına göre, organ veya temsilcisi aracılığıyla temsiline imkan tanımaktadır⁵⁰⁴.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya sanığa sağlanan haklardan yararlanabilecektir. Burada kanun koyucu, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir paralellik kurmuş; katılan veya sanığa sağlanan hakların aynısının, tüzel kişinin organ veya temsilcisine de sağlanacağını hükme bağlamıştır.

Eğer tüzel kişinin organ veya temsilcisi aynı zamanda söz konusu suç nedeniyle sanık durumunda ise, “savunma makamı yanında yer alan” sıfatıyla duruşmaya kabul edilmez. Bu durumda tüzel kişiyi kimin temsil edeceği sorusu akıllara gelebilir. Bu konu hakkında Kanun’da bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce böyle bir durumun varlığı halinde, mahkemenin tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım ataması uygun olacaktır⁵⁰⁵. Mahkeme daha önce şirkete kayyım atamışsa burada ikili bir ayrıma gitmemiz gerekmektedir. Eğer mahkeme kararında sadece yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmış ise bu durumda kayyımın tüzel kişiyi temsil yetkisi olmayacağından mahkemenin ya bu kayyımı ya da başka bir kayyımı tüzel kişiyi temsil için görevlendirmesi gerekecektir. İkinci durumda, mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle kayyıma devretmiş ise bu yetkinin içine şirketi temsil de gireceğinden, soruşturma ve kovuşturma aşamasında tüzel kişiliği atanmış olan bu kayyım temsil edebilecektir.

⁵⁰³ “Tüzel kişinin temsili, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla olmaktadır. Katılan veya savunma makamı “yanında yer alan” kavramı, ceza muhakemesinde yeni bir kavramdır. Ancak sahip olduğu haklar (ve yükümlülükler) açısından katılan veya savunma makamı gibidir” (Şahin, **Gazi**, s.760).

⁵⁰⁴ Şahin, **Gazi**, s.760.

⁵⁰⁵ Aynı görüşte, bkz. Özbek, **Ceza**, s.796.

Burada üzerinde durulması gereken çok önemli bir husus bulunmaktadır. Maddenin başlığı her ne kadar “tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturmada temsili” olsa da, maddenin içeriği dikkatlice incelendiği vakit sadece kovuşturma aşamasında temsille ilgili düzenlemelere yer verildiği görülmektedir⁵⁰⁶. Gerçekten, birinci fıkrada “katılan”dan ve “duruşma”dan; ikinci ve son fıkrada ise sadece “sanık”tan söz edilmektedir⁵⁰⁷. Bütün bu kavramlar kovuşturma evresi ile ilgili olduğundan başka bir anlatımla soruşturma evresinde henüz katılma söz konusu olmayacağından ve son iki fıkrada sadece “sanık” statüsünden bahsedilmiş olmasından dolayı, soruşturma evresinde bu hükmün uygulama kabiliyeti kalmamaktadır⁵⁰⁸. Buradan çıkan sonuca göre, tüzel kişi, soruşturma aşamasında temsil edilemeyecek ve bütün işlemler gıyabında yürütülecektir. Bu maddenin, bir an önce yapılacak bir değişiklik ile düzeltilmesi ve soruşturma aşamasını da içine alır tarzda kaleme alınması gerekmektedir. Aksi durumda, adil yargılanma ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecek çok önemli hak ihlallerine sebebiyet verilmesi tehlikesi doğacaktır.

XI) KAYYIM ATANMASINI GEREKTİREN SUÇLARA TOPLU BİR BAKIŞ

A) Genel Olarak

CMK, şirket yönetimine kayyım atanmasında “katalog suç” sistemini kabul etmiştir. Bu sisteme göre, şirket yönetimine kayyım atanabilmesi sadece katalogda sayılmış olan suçlar bakımından mümkün olacaktır. Burada sayılmamış olan suçlar bakımından ise kayyım atanması mümkün olmayacaktır.

⁵⁰⁶ Şahin, **Gazi**, s.760.

⁵⁰⁷ Şahin, **Gazi**, s.760.

⁵⁰⁸ Şahin, **Gazi**, s.760.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için hangi suçlarda kayyım atanabileceğine ve katalogda sayılan bu suçların isabetli olup olmadığına kısaca değinmek istiyoruz.

B) Kayyım Atanmasını Gerektiren Suçlar

1) Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti (TCK m.79, 80)

a) Göçmen Kaçakçılığı (TCK m.79)

Göçmen kaçakçılığı suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre, yasadışı yollarla ülkeye sokulan yabancıların ayrıca ülkede oturmasına da olanak sağlanmış ise tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan söz edilecektir. Fiillerin işlenmiş biçimi önemli olmadığından, serbest hareketli bir suçtur ayrıca bu suç sadece icrai bir hareketle işlenebilir⁵⁰⁹.

Yasa dışı yollarla ülkeye giren veya yasal yollarla ülkeye girmesine rağmen ülkede sürekli ikamet etme izni olmayan kişinin ülkede kalmasına imkan sağlayan kişinin hareketi kesintisiz bir suçtur⁵¹⁰. Buna göre, mağdurun ülkede bir süre kalması gerekmektedir. Burada, yasa dışı yollarla ülkeye girme fiilinde, ülkeye girilmesi ile suç tamamlanır; suçun gerçekleştiği yer ve zaman, suçun kesintiye uğradığı (kesintinin gerçekleştiği) yer ve ana göre belirlenir⁵¹¹. Yasa dışı yollarla, bir yabancıların ülkeye sokulması veya bir Türk vatandaşının veya yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması durumunda ise ani suç söz konusudur⁵¹². Girme ya da çıkma yer ve anında suç tamamlanacaktır⁵¹³.

⁵⁰⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R.Murat Önok, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3.Bası, Ankara 2006, s.69.

⁵¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.74; Hakan Hakeri, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, www.akader.org/KHUKA/INDEX.asp (05.08.2006).

⁵¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.74.

⁵¹² Hakeri, www.akader.org/KHUKA/INDEX.asp

⁵¹³ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.74.

Söz konusu suçun şartları oluşmuşsa zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.79/III).

b) İnsan Ticareti (TCK m.80)

Suçun tamamlanması bakımından maksadın (zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak) gerçekleşmiş olması gerekli değildir⁵¹⁴. Maddede bahsedilen araçları kullanmak suretiyle söz konusu hareketlerin yapılmasıyla suç tamamlanacaktır⁵¹⁵. Maddede sayılan hareketlerden, “tedarik etme, kaçırılma, bir yerden diğer bir yere götürülme, sevk edilme” ani suç niteliğindeyken, “barındırma” ve “kaçırma” kesintisiz suç niteliğindedir⁵¹⁶.

Söz konusu suçun şartları oluşmuşsa zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.80/IV).

2) Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (TCK m.188)

Maddede iki ayrı suç düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal,

⁵¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.84.

⁵¹⁵ Hakeri, www.akader.org/KHUKA/INDEX.asp; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.84.

⁵¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.84.

ithal veya ihraç edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Birinci fıkra düzenlenen suçun maddi unsurunu, imal, ithal veya ihraç oluşturmaktadır. İmal, ithal veya ihraç aynı suçun seçimlik hareketleri olduğundan, bu hareketlerden sadece birisinin yapılması ile suç tamamlanacaktır⁵¹⁷. Buradaki suç, ani suç olduğundan dolayı, kesintisiz suç şeklinde işlenmekte olması mümkün değildir. Suçun, şartları oluşmuşsa, zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Üçüncü fıkra düzenlenen suçun maddi unsurunu ise, satma, satışa sunma, başkalarına verme, nakletme, sevk etme, depolama, satın alma, kabul etme veya bulundurma oluşturmaktadır. Burada sayılanlar da suçun seçimlik hareketlerini oluşturduğundan, bu hareketlerden sadece birinin yapılması ile suç tamamlanacaktır. Bulundurma fiili, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerindeki fiili egemenlik ilişkisinin devam ettirilmesi anlamına geldiğinden, bulundurma fiili, kesintisiz suç niteliği gösterir⁵¹⁸.

Suçun unsurları oluşmuşsa, zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür⁵¹⁹. Buna göre, failin ilk olarak uyuşturucu maddeyi imal etmesi, ikinci olarak ise başka bir zamanda ithal etmesi durumunda, bu fiiller bir suç

⁵¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.512.

⁵¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.517.

⁵¹⁹ CGK, 25.02.1997, E.268, K.22 “Sanık, ayrı günlerde ve ayrı zamanlarda uyuşturucu maddeler satmıştır. Satış eylemi bilerek ve isteyerek sürdürülmüş, sanık bilinçli olarak esrar satmaya devam etmiştir. Ceza Yasası, uyuşturucu madde satışını yasaklamıştır. Alıcının amacı suçun oluşmasında etkili olmayıp, alıcının amacına değil sanığın hareketine bakılmalıdır. Sanığın ajan ve komiserin, suçta ortaya çıkarmak için yeniden esrar istediklerinden haberi yoktur. Sanık, kendine çıkar sağlamak amacıyla satışa devam etmektedir. Alıcılar tarafından sanığın iradesi üzerinde etkide bulunulmamıştır. Satma eylemi birden fazla olduğu için çok suç, suçun işleniş biçimi ve yeri, satışlar arasında geçen zaman, olayın gelişim ve oluşumu ile tüm özellikleri dikkate alındığında sanığın kısa aralıklarla esrar satmak suretiyle aynı suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak T.C.Y. nın 403/5. maddesine aykırı davrandığı anlaşıldığından, eylemleri müteselsil suç oluşturmaktadır” (www.yargitay.gov.tr) .

işleme kararının icrası kapsamında iseler zincirleme suç ilişkisine girebilirler⁵²⁰.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.189).

3) Parada Sahtecilik (TCK m.197)

Bu suçun seçimlik hareketlerini, memlekette veya yabancı ülkede kanunen tedavülde bulunan parayı, sahte olarak üretme, ülkeye sokma, nakletme, muhafaza etme ve tedavüle koyma oluşturmaktadır. Bu fiillerden “muhafaza etme” fiili, niteliği itibariyle süreklilik arzettiğinden kesintisiz suç niteliğindedir. Buna karşılık diğer fiiller, ani suç niteliğindedir.

Suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun’da açık hüküm olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

4) Fuhuş (TCK m.227)

Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen “çocukları fuhuşa sürüklemek suçu”nun maddi unsurunu, çocuğu fuhuşa teşvik etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak, bu maksatla tedarik etmek, barındırmak veya çocuğun fuhuşuna aracılık etmek oluşturmaktadır⁵²¹. Burada sayılanlar fiiller, suçun seçimlik hareketlerini oluşturduğundan, bu hareketlerden sadece birinin yapılması ile suç tamamlanacaktır. Bu seçimlik hareketlerden “barındırmak”

⁵²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.523-524.

⁵²¹ Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara 2004, s.943.

fiili, niteliği itibariyle kesintisiz suç niteliğindedir. Maddede sayılan diğer fiiller ise ani suç niteliğindedir.

Failin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla çocuğa karşı fuhuş suçunu işlemesi durumunda, suç, aynı kişiye karşı işlenmeyeceği için zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.227/V).

5) Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama (TCK m.228)

Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlamakla oluşur. Suçun oluşabilmesi için aleniyet şartı aranmaz.

Bu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.228/III).

Ancak bu suç için, şirket yönetimine kayyım atanmasının kabul edilmesi kanaatimizce orantılılık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu suçun cezası, bir yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Katalogda sayılan diğer suçlarla karşılaştırıldığı vakit, bu suçun neden buraya dahil edildiğini anlamak zor gözükmemektedir. Bu kadar düşük cezalı bir suç için şirket yönetimine kayyım atanması orantılılık ilkesine aykırı olacağından, bu suçun katalogdan çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz.

6) Zimmet (TCK m.247)

Maddenin birinci fıkrasında basit zimmet suçu düzenlenmiştir. Buna göre, görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi cezalandırılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, nitelikli zimmet suçu düzenlenmiştir. Buna göre suç, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenirse, ceza yarı oranında artırılacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, kullanma zimmeti düzenlenmiştir. Buna göre, suç, mal geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmişse verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilecektir.

Zimmet suçunun faili kamu görevlisidir. Kanunun bu düzenlemesi sebebiyle, fiil, kamu görevlisi olmayan bir kimse tarafından işlenirse, güveni kötüye kullanma suçu meydana gelir⁵²².

Zimmet suçu, suça konu mal üzerinde malik gibi tasarruf etmeyi belirten hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanır; bu yüzden ani suçtur⁵²³. Suçun tamamlandığı an, zimmete konu malın, failin veya başkasının malvarlığına intikal ettiği andır⁵²⁴. Bu nedenle zimmet suçunun, kesintisiz suç şeklinde işlenmesi mümkün değildir.

Eğer fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden çok zimmet suçu işlerse, zincirleme suç hükümleri

⁵²² İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara 2002, s.149 vd. (Ekonomik Çıkar); Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Bası, Ankara 2005, s.517 (Özel Hükümler).

⁵²³ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.645.

⁵²⁴ Özgenç, **Ekonomik Çıkar**, s.155; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.645.

uygulanabilecektir⁵²⁵. Bunun gibi, suçlardan bazılarının basit zimmet, bazılarının ise nitelikli zimmet şeklinde işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵²⁶.

Bu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun'da açık hüküm olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

Ancak tam bu noktada, neden zimmet suçunun, şirket yönetimine kayyım atanmasını gerektirdiği sorusu akıllara gelebilir. Başka bir deyişle, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde zimmet suçu nasıl işlenebilir? Kanaatimizce, bu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması mümkün değildir. Zira bu suçun faili sadece kamu görevlisi olabilir. Bu nedenle de, zimmet suçunun, katalogdan çıkartılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

7) Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama (TCK m.282)

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurt dışına transfer edilmesi veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Maddede tanımlanan suç, seçimlik hareketli bir suçtur⁵²⁷. Buna göre, bu suç çeşitli şekillerde işlenebilir. Bunlardan ilki, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına transfer edilmesidir. İkinci seçimlik hareket ise, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmaktır. Buradaki seçimli hareket, serbest hareket olarak belirlenmiş durumdadır. Bu işlemler, çeşitli şekillerde

⁵²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.646; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.548.

⁵²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.549; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.646.

⁵²⁷ Ergin Ergül, "Organize Suçlar ve Karaparanın Aklanması", **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara 2005, s.251.

gerçekleştirilebilir. Maddenin gerekçesine göre, yurt dışında işlenmiş olan bir suçtan kaynaklanan gelirin, meşru yolla elde edilmiş bir para görüntüsüyle yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ülkeye sokulması halinde bu suç oluşmaktadır.

Bu suç, ani bir suçtur. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına transfer edilmesi veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması ile suç tamamlanacaktır. Burada saydığımız ikinci durumda yani kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulma ile birlikte suç da tamamlanacaktır, ancak kanaat uyandırılması zorunlu değildir.

Söz konusu suçun, şartları oluşmuşsa zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.

Bu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayininden başka, şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır (TCK m.282/IV).

Kanaatimizce, söz konusu madde, şirket yönetimine kayyım atanmasında en çok uygulama alanı bulacak maddedir. Kara para aklanmasında kullanılan en önemli araç, maskeleye, kamuflaj yöntemi olup, yasal girişimciliğin imkanlarından yararlanılarak, suçlardan elde edilen gelirler meşru kanallara aktarılmakta ve böylece suçun ortaya çıkarılması çok zorlaşmaktadır⁵²⁸. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu suç özellikle şirket faaliyeti çerçevesinde daha rahat işlenebilecektir. Bu nedenle, CMK m.133 bakımından uygulama alanı en fazla olan suçun bu maddede tanımlanan suç olacağı kanaatindeyiz.

⁵²⁸ Ergin Ergül, “Uluslararası Suç A.Ş’leri Daha Beyaz Yıkar”, **Hukuk ve Demokrasi**, Yıl:2, S.14, s.9.

8) Silahlı Örgüt ve Silahlı Örgütlere Silah Sağlama (TCK m.314, 315)

a) Silahlı Örgüt (TCK m.314)

Maddenin birinci fıkrasında, devletin güvenliğine karşı suçlar ile Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar kapsamına giren fiilleri işlemek amacıyla silahlı örgüt kurmak veya yönetmek ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu örgüte üye olmak ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmadan (TCK m.220) farklı olarak burada tanımlanan suçun gerçekleşmesi bakımından örgütün silahlı olması gerekmektedir. Yani silah, bu suçun unsurunu oluşturmaktadır.

Kanun'da belirtilen suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması veya yönetilmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle söz konusu suç, ani bir suçtur. Kesintisiz suç şeklinde işlenmekte olması mümkün değildir

Bu suçun, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun'da açık hüküm olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

b) Silahlı Örgütlere Silah Sağlama (TCK m.315)

TCK m.314'te, örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, silah, cephane veya benzeri araçların sağlanması, imal veya bunların nakli veya bu maddelerin hazırlanması veya bu maksatla yabancı ülkelerden Türkiye'ye söz konusu araçların sokulması, saklanması veya taşınması cezalandırılmaktadır.

Burada tanımlanan suç, seçimli hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden "nakletme" ve "depolama" fiili, niteliği itibarıyla süreklilik arzettiğinden

kesintisiz suç niteliğindedir. Buna karşılık, maddede sayılan diğer hareketlerin yapılması ile suç tamamlanır.

Söz konusu suçun, şartları gerçekleşmişse zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun'da açık hüküm olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

9) Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (TCK m.328-331, m.333-337)

328. maddede düzenlenen “siyasal veya askeri casusluk” suçunun maddi unsurunu, maddede sayılan nitelikteki bilgilerin “temin edilmesi” oluşturmaktadır. Ancak bu bilgilerin, Devletin güvenliğini veya iç ve dış siyasal yararlarını tehlikeye sokabilecek nitelikte olması şarttır.

329. maddede düzenlenen “devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama” suçunun maddi unsurunu, “açıklama” oluşturmaktadır. Buna göre suç, söz konusu bilgilerin açıklanması ile tamamlanacaktır⁵²⁹.

330. maddede düzenlenen “gizli kalması gereken bilgileri açıklama” suçunun maddi unsurunu da “açıklama” oluşturmaktadır. Buna göre suç, söz konusu bilgilerin açıklanması ile tamamlanacaktır⁵³⁰.

⁵²⁹ Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler**, C.III, 3.Bası, Ankara 1985, s.64 (III).

⁵³⁰ Erem, **III**, s.63.

331. madde ile 337. madde arasında düzenlenen suç tipleri de yukarıda açıklanan suçlara benzemektedir. Bu suçların da maddi unsurlarını “temin etme” ve “açıklama” oluşturmaktadır.

Bu nedenle burada sayılan suçlar ani suç niteliğindedir. Bu suçların, şartları gerçekleşmiş ise zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun’da açık hüküm olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

10) 6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 12. Maddesinde Tanımlanan Silah Kaçakçılığı

6136 sayılı Kanun’un 12. maddesinde silah kaçakçılığı suçu düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun’un kapsamına giren ateşli silahlarla bunlara ait mermilerin ülkeye sokulması, sokulmaya kalkışılması bunlara aracılık edilmesi veya bunların kanun hükümleri dışında ülkede yapılması veya bu suretle ülkeye sokulmuş ve ülkede yapılmış olan ateşli silahların veya mermilerin bir yerden diğer bir yere taşınması veya yollanması veya taşımaya bilerek aracılık edilmesi, satılması, satılmaya aracılık edilmesi veya bu amaçla bulundurulması cezalandırılmıştır. Burada sayılan suçlar, seçimli hareketli suçtur. Burada sayılan hareketlerden, “taşımaya” ve “bulundurma” fiilleri nitelikleri itibarıyla süreklilik arzettiğinden kesintisiz suç niteliğindedir. Buna karşılık, maddede sayılan diğer hareketlerin yapılması ile suç tamamlanır. Şartları oluşmuşsa zincirleme suç hükümleri de uygulanabilecektir.

Bu suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda, kayyım tayini mümkün olmasına rağmen, Kanun’da açık hüküm

olmadığından dolayı şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

11) 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddesinde Tanımlanan Zimmet

CMK'nın 133. maddesinin 4. fıkrasının (c) bendinde her ne kadar, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarından bahsedilmekteyse de, 19.10.2005 tarihinde kabul edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun⁵³¹ 168. maddesiyle, Bankalar Kanunu'nun ilgili ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Ancak, Kanun'un 169. maddesinde, diğer kanunlarda, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na yapılan atıfların, Bankacılık Kanunu'nun ilgili maddelerine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, CMK'da, mülga Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarına yapılan atıfların, Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesine yapıldığının kabulü gerekmektedir. Bu nedenle bundan sonra yapacağımız açıklamaları, Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesi⁵³² çerçevesinde ele alacağız.

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde zimmet suçu düzenlenmiştir⁵³³. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında⁵³⁴, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer

⁵³¹ 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de (Mükerrer) yayımlanmıştır.

⁵³² 160. maddenin gerekçesinde, 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yazılı suçların bu madde altında toplandığı belirtilmiştir.

⁵³³ Zimmet suçunun banka görevlileri tarafından işlenebileceği ve kamu sermayeli bankalar dahil tüm bankaların özel hukuk tüzel kişisi olmasından dolayı çalışanlarının kamu görevlisi kabul edilemeyeceği; bu durumda işlenen suçun zimmet olarak kabul edilmesinin yanlış olduğu yolundaki görüş için, bkz. Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara 2006, s.423 (Şerh); Fatih S. Mahmutoglu, "Back to back, fiduciary, off shore bankacılık işlemleri bağlamında Bankalar Kanunu'nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.236.

⁵³⁴ Mülga Kanun'un 22/III. maddesini karşılamaktadır.

malları kendisinin ya da başkasının⁵³⁵ zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının⁵³⁶ cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Zimmet suçunun temel şeklini oluşturan fiil, failin, söz konusu malları⁵³⁷ kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesidir. Burada zimmete geçirmeden anlaşılması gereken, söz konusu malın üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmaktır⁵³⁸.

160/I kapsamında zimmet suçunun faili olabilmek için, banka mensubu sıfatını taşımak yeterli olmayıp ayrıca bu fiilin, banka mensubunun görevi kapsamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir; aksi durumda söz konusu suç gerçekleşmeyecektir⁵³⁹.

Maddenin ikinci fıkrasında, nitelikli zimmet düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, suçun, zimmetin açığa çıkmaması sağlamaya yönelik

⁵³⁵ Eski TCK'da, başkasının zimmetine geçirmekten bahsedilmemekteydi. Bu nedenle de doktrinde konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Bir kısım yazarlar, zimmet suçunun gerçekleşebilmesi için malın, bir başkasının zimmetine geçirilmiş olmasını da kabul ederken, diğer görüş sahipleri ise kanunun lafzından hareketle malın, başkasının zimmetine geçirilmiş olması durumunda bu suçun oluşmayacağını ifade etmekteydi. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, malın, failin veya başkasının zimmetine geçirilmiş olması arasında fark gözetmemekte ve zimmet suçunun oluştuğu sonucuna varmaktaydı (Özgenç, **Ekonomik Çıkar**, s.140). Bankacılık Kanunu'nda getirilen bu düzenlemeyle, TCK m.247'de düzenlenen zimmet suçu arasında bir paralellik sağlandığından, getirilen bu düzenlemenin isabetli olduğu kanısındayız.

⁵³⁶ Maddede geçen "diğer mensupları" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin de açıklığa kavuşturulması son derece önemlidir. Kanun'da belirtilen bu ifade, bankada çalışmakta olan herkesi kapsayacak niteliktedir. Bu kişiler, yönetim kurulu üyeleri olabileceği gibi, genel müdür, genel müdür yardımcısı, kredi komitesi üyeleri, bölge ve şube müdürleri de olabilecektir. Her bankanın kredi verme konusundaki organizasyon şeması, faili belirlemede yardımcı olacaktır (Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.232-233; Selman Dursun, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2006, s.87 (Ekonomik Suçlar)).

⁵³⁷ Burada "mal" ile kastetmek istediğimiz, para, para yerine geçen evrak, senet ve diğer mallardır.

⁵³⁸ Özgenç, **Ekonomik Çıkar**, s.139-140 (Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi, bir başkasına satılması veya verilmesi şeklinde gerçekleşebilir); Muzaffer Hatipoğlu, Ali Parlar, **Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar**, Ankara 2005, s.600.

⁵³⁹ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.233; Seza Reisoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar**, Ankara 2002, s.1138.

hileli davranışlarla işlenmekte olması halinde nitelikli zimmet suçu oluşacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında⁵⁴⁰, bir başka zimmet tipine yer verilmiştir. Söz konusu maddede, faaliyet izni kaldırılan veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF)⁵⁴¹ devredilen bir bankanın⁵⁴², hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak, kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak⁵⁴³ kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkradaki suç nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için, bankanın faaliyet izninin kaldırılmış⁵⁴⁴ veya TMSF'ye devredilmiş olması (Bankacılık Kanunu m.71) gerekmektedir. İşte burada bahsedilen, faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilme, objektif cezalandırılabilme

⁵⁴⁰ Bankalar Kanunu'nun 22/IV. maddesini karşılamaktadır.

⁵⁴¹ Nusret İlker Çolak, **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği**, Ankara 2003, s.162 vd. (Bankacılık).

⁵⁴² Burada "banka" ile kastedilmek istenenin çok iyi biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Kanun'un tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 3. maddesine göre banka, mevduat bankalarını ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir. 160/III'ün devamında, "kredi kuruluşu"ndan bahsedilmektedir. Yine 3. maddeye göre kredi kuruluşundan anlaşılması gereken mevduat bankaları ve katılım bankalarıdır. Banka tabirinin içine kalkınma ve yatırım bankası girmekte iken, kredi kuruluşunun içine kalkınma ve yatırım bankası girmemektedir. Burada çözümlenmesi gereken mesele, kalkınma ve yatırım bankalarının madde kapsamına dahil olup olmadığıdır. Battal'a göre, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine göre burada banka ile kastedilmek istenenin, kredi kuruluşu türünden bankalar yani mevduat ve katılım bankaları olduğu sonucu çıkar. Buna karşılık, zimmet suçunun kamusal denetim ve tedbir boyutunun düzenlendiği 71/I-e ve 108 maddelerinde sadece kredi kuruluşlarından değil aynı zamanda bankalardan da bahsedilmiş olması keza mülga Kanun'da da kalkınma ve yatırım bankalarının zimmet suçu kapsamında bulunmaları nedeniyle, kalkınma ve yatırım bankaları bakımından da zimmet suçu söz konusu olabilecektir (Battal, **Şerh**, s.422, dn.625). Buna karşılık Dursun'a göre, Kanun'un 71. maddesine göre Fon'a devir, sadece kredi kuruluşu niteliği taşıyanlar açısından söz konusu olduğundan, 3. madde gereği banka tanımı içersinde yer alan kalkınma ve yatırım bankalarını bu kapsamda değerlendirmek mümkün değildir; suça ilişkin maddenin devamı da dikkate alındığında buradaki banka teriminin, kredi kuruluşlarıyla sınırlı anlaşılması gerekmektedir (Dursun, **Ekonomik Suçlar**, s.88, dn.236).

⁵⁴³ Bu fıkra da sayılan fiillerin aslında zimmet olmadığı yolundaki görüş için, bkz. Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.235.

⁵⁴⁴ Çolak, **Bankacılık**, s.231; Mehmet Fahrettin Önder, **Türk Hukukunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Bankaları Denetimi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2002, s.168-170.

şartıdır⁵⁴⁵. Objektif cezalandırılabilme şartları, işlenen fiilin hukuka aykırılık vasfı ve haksızlık içeriği üzerinde herhangi bir etki doğurmamakta başka bir deyişle suçun oluşmasını etkilememektedir⁵⁴⁶. Burada söz konusu fiil suç olma özelliğini taşımakla birlikte, objektif cezalandırılabilme şartları dediğimiz şartlar gerçekleşmedikçe kişiye ceza verme imkanı bulunmamaktadır⁵⁴⁷. Buna göre suç oluşmakla birlikte eğer aranan bu şart gerçekleşmemiş ise failin cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, objektif cezalandırılabilme şartının varlığının, suç gerçekleştikten sonra aranması gerektiğidir⁵⁴⁸. Bu bağlamda, bankanın hukuksal statüsünü değiştiren idari müdahale (bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmiş olması) objektif cezalandırılabilme şartıdır⁵⁴⁹.

Maddede, kredi kuruluşunun kaynaklarından bahsedilmektedir. Burada bahsedilen kredi kuruluşunun kaynakları terimi oldukça geniş içeriktedir. Bu terimin içine, bankaya ait para ve sair varlıklar girmektedir⁵⁵⁰.

Bu madde kapsamında failin kim olacağının da belirlenmesi gerekmektedir. Fıkarda fail, bankanın hukuksal statüsüne bakılarak tespit edilmektedir. Buna göre, fail, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak, kendisinin veya başkasının menfaatine

⁵⁴⁵ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.232.

⁵⁴⁶ Özgenç, **Gazi**, s.276; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç Teorisi**, s.13.

⁵⁴⁷ Özgenç, **Gazi**, s.276.

⁵⁴⁸ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.232.

⁵⁴⁹ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.232 (Yazar'a göre, idarenin takdiri ile ortaya çıkan faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devir ilginç ceza hukuk sorunlarının doğmasına neden olabilecek niteliktedir. İdari işlemin geri alınması veya idari yargıda dava açılması sonucu iptal edilmesi hallerinde fail hakkında uygulanacak maddeler değişebilecektir, aynı eser, s.233, dn.21).

⁵⁵⁰ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.232.

kullandırması suretiyle, kredi kuruluşunu her ne surette olursa olsun zarara uğratan hakim hissedardır⁵⁵¹.

160. maddenin birinci fıkrasında belirtilen zimmet suçu niteliği itibariyle ani bir suçtur. Malların zimmete geçirilmesi ile beraber suç da tamamlanacaktır. Birinci ve ikinci fıkradaki suçların şartları oluşmuşsa zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Üçüncü fıkraya göre, bankaya el konulmasına neden olan eylemlerin tamamı tek bir suçun oluşmasına neden olacak ve faile tek bir ceza verilmekle yetinilecektir⁵⁵². Şartları gerçekleşmiş ise, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁵⁵³.

Aşağıda yapacağımız açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi için Bankacılık Kanunu ile kabul edilmiş olan faaliyet izninin kaldırılması ve TMSF'ye devir konularına da değinmek istiyoruz.

TMSF, 7129 sayılı eski Bankalar Kanunu'nu önemli ölçüde değiştiren 70 sayılı KHK ile 1983 yılında kurulmuştur⁵⁵⁴. Daha sonraları çıkartılan kanunlarla da TMSF mevcudiyetini devam ettirmiştir⁵⁵⁵. TMSF, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluştur (Bankacılık Kanunu m.111/l). 2003 yılında 5020 sayılı Kanun'la Bankalar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, bankacılık krizi nedeniyle TMSF'ye devredilmiş çok sayıdaki

⁵⁵¹ Dursun, **Ekonomik Suçlar**, s.88; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s.233 (Bu fıkra kapsamında suçun faili; hukuken yönetim ve denetimi elinde bulunduran yöneticiler, fiilen yönetimi ve denetimi elinde bulunduran yöneticiler, yönetici olmayan fakat hukuken yönetim ve denetimi elinde bulunduran, yönetici olmayan fakat fiilen yönetim ve denetimi elinde bulunduran gerçek kişilerdir).

⁵⁵² Mahmutoglu, **a.g.e.**, s.238.

⁵⁵³ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4.Bası, İstanbul 1994, s.121 (Özel Hükümler).

⁵⁵⁴ Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, C.I, İstanbul 1988, s.228.

⁵⁵⁵ Ahmet Battal, "Sosyal Devletin Liberal Ekonomideki Eli: TMSF Nasıl Kuruldu? Nasıl Algılanıyor? Nasıl Tasarlanmalı?", **Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, I, 26-27 Kasım 2004**, Ankara 2005, s.230 (TMSF).

bankanın hızlı ve verimli biçimde tasfiyesini sağlamak amacıyla “Fon Kurulu” adıyla yeni bir kurul oluşturulmuştur⁵⁵⁶. TMSF’yi idare ve üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi ve görevi söz konusu Fon Kurulu’na verilmişti⁵⁵⁷. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da söz konusu bu sistemi benimsemiştir (Bankacılık Kanunu m.112 vd.).

TMSF’nin görevlerini şöyle sıralayabiliriz: Tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin⁵⁵⁸ ifasıdır (Bankacılık Kanunu m.111/I).

Bankaların, ekonominin merkezinde bulunmaları ve önemli sermaye birikimine sahip olmaları nedeniyle bankaların mali durumlarının bozulması özellikle ekonomik düzen üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır⁵⁵⁹. Bu olumsuz durumları düşünen kanun koyucu, bankaların mali durumunun bozulmasını önlemek ya da bozulan mali durumu düzeltmek amacıyla alınması gereken tedbirleri ve önlemleri Bankacılık Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlemiştir (Bankacılık Kanunu m.65-72). Konumuzdan fazla kopmamak amacıyla, Bankacılık Kanunu’nda düzenlenmiş olan tedbir ve önlemlere kısaca değinmek istiyoruz.

⁵⁵⁶ Battal, **Şerh**, s.360.

⁵⁵⁷ Battal, **Şerh**, s.360.

⁵⁵⁸ Bankacılık Kanunu ile TMSF’ye verilen görevlerin en önemlilerinden birisi 134. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeyle, TMSF’ye, alacağın tahsili bakımından yarar görmesi halinde, iştiraklerin ve iştirakçilerin (tüzel kişi ortakların) yönetimine de müdahale etme olanağı tanınmıştır.

⁵⁵⁹ Önder, **BDDK**, s.11 vd.; Bilge, **Tedbir**, s.404-405; Battal, **Şerh**, s.257; M.Emin Bilge, “Bankalar Kanununun 14. Maddesine Göre Bankalar Hakkında Tedbir Alınmasını Gerektiren Durumlar ve Öngörülen Tedbirler“, **AÜEHFD**, C.IV, S.1-2, Yıl:2000, Erzincan 2000, s.379 (Tedbir).

Bankaların mali durumunun bozulması halinde alınacak tedbirler ve tasfiye biçimleri Bankacılık Kanunu'nun 67 ila 72. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, düzeltici önlemler de olarak anılan birinci kuşak tedbirlerdir. Bu tedbirlerin tipik özellikleri bizzat bankalar tarafından da alınabilecek nitelikte hafif tedbirler olmasıdır⁵⁶⁰. İkinci önlem ise, düzeltici önlemlerin yeterli olmaması durumunda alınan iyileştirici önlemlerdir. Üçüncü önlem çeşidi ise, kısıtlayıcı önlemlerdir. Kısıtlayıcı önlemler, aslında iyileştirici önlemlere ilave niteliğinde olup, bankanın mali durumundaki bozulmanın gruba ve sisteme sirayet etmesini önlemek amacıyla, bankanın yönetim ve teşkilat yapısının ve hatta ortaklık yapısının değiştirilmesini içerir⁵⁶¹. Dördüncü ve son tedbir türü ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devridir. Bu tedbir Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde ifadesini bulmuştur. Mali durumunun zayıfladığı ve artık mevcut sermaye ve ortaklık yapısı ile güçlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılan bankalar hakkında alınacak iki tür tedbir bu maddede düzenlenmiştir⁵⁶². Maddeye göre, alınacak tedbirler yönünden bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile mevduat ve katılım bankaları (kredi kuruluşları) olmak üzere iki gruba ayırarak incelemek gerekmektedir.

Birinci gruba dahil olan kalkınma ve yatırım bankaları için alınabilecek tek tedbir faaliyet izninin kaldırılmasıdır; başka bir deyişle söz konusu bu tip bankalar için rehabilite tedbirleri öngörülmemiştir⁵⁶³. Faaliyet izni kaldırılan bankanın yönetim ve denetimi TMSF'ye geçecektir. Yönetim ve denetimi TMSF'ye geçen banka tasfiye haline girecektir⁵⁶⁴. Tasfiyeyi yürütmeye ve tamamlamaya TMSF görevli ve yetkilidir. Tasfiye süresince bankanın tüzel kişiliği ve dava ehliyeti devam etmekle birlikte, yönetim ve denetim TMSF'ye geçeceğinden, mevcut yönetim ve temsil organlarının söz konusu yetkileri

⁵⁶⁰ Battal, **Şerh**, s.264;

⁵⁶¹ Battal, **Şerh**, s.267.

⁵⁶² Battal, **Şerh**, s.269.

⁵⁶³ Battal, **Şerh**, s.269.

⁵⁶⁴ Önder, **BDDK**, s.168.

sona erecektir⁵⁶⁵. TMSF, faaliyet izni kaldırılan ve kendisine devredilen bankayı, TTK m.317 uyarınca yönetecek ve temsil edecek ayrıca TTK m.343 vd. maddelerine göre de denetleyecektir⁵⁶⁶.

İkinci gruba dahil olan mevduat ve katılım bankaları bakımından durum biraz daha değişiktir. Burada Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (Kurul), iki seçenekten birisini tercih edecektir. Bu seçeneklerden ilki, söz konusu bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve dolayısıyla bankanın tasfiyesidir. Ancak birinci gruptaki kalkınma ve yatırım bankalarından farklı olarak buradaki tasfiye, TTK hükümlerine değil Bankacılık Kanunu hükümlerine (m.106) göre yapılacaktır⁵⁶⁷. Kurul'un sahip olduğu ikinci seçenek ise, bankanın faaliyet izni kaldırılmaksızın ve tasfiye hedeflenmeksizin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin TMSF'ye devredilmesidir⁵⁶⁸. Burada amaç, bankanın yeniden yapılandırılması ve rehabilite edilmesi yoluyla sisteme kazandırılmasıdır. TMSF buradaki yetkilerini, söz konusu bankaların rehabilite edilerek tekrardan sisteme kazandırılması için kullanacaktır. Eğer rehabilite amacı gerçekleşmez ise bu sefer TMSF tasfiye amacıyla devreye girecektir⁵⁶⁹. Kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin TMSF'ye devri halinde, banka tüzel kişiliği aynen devam etmekte ancak yönetim, denetim ve temsil yetkileri TMSF'ye geçmektedir⁵⁷⁰.

TMSF'nin hukuki statüsünün ne olduğu hususu üzerinde de biraz durmak istiyoruz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, TMSF, kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluştur. TMSF, görevini

⁵⁶⁵ Battal, **Şerh**, s.344; Ünal Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul 2003, s.66 (Fondaki Banka).

⁵⁶⁶ Tekinalp, **Fondaki Banka**, s.67.

⁵⁶⁷ Battal, **Şerh**, s.269.

⁵⁶⁸ Battal, **Şerh**, s.270.

⁵⁶⁹ Battal, **Şerh**, s.349.

⁵⁷⁰ Bilge, **Tedbir**, s.397.

yaparken bağımsızdır. TMSF'nin kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Fon Kurulu'nun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez (Bankacılık Kanunu m.111/I). Acaba TMSF'nin hukuki statüsü nedir? Doktrinde, TMSF'nin hukuki statüsünün bir tür kayyımlık olduğu savunulmaktadır⁵⁷¹. Bu görüşe göre, TMSF, kanunen tayin edilen, vesayet makamına bağlı olmayan, bankanın yönetim ve denetimini üstlenmiş bulunan, temettü hariç ortaklık haklarını kullanan, tek başına genel kurula katılan, bankanın malvarlığı üzerinde de tasarrufta bulunabilen, geniş yetkili, ayrık konumda bir kayyımdır⁵⁷².

Burada konumuzla ilgili olduğundan, Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi üzerinde de kısaca durmak istiyoruz. Söz konusu maddeye göre: "Hakim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması" faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devir sonucunu doğuracaktır. Hakim ortakların veya yöneticilerin bankanın kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları durumu, maddenin uygulanması bakımından yeterli değildir; bunun için hakim ortakların veya yöneticilerin banka kaynaklarını doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullanmış olmaları nedeniyle banka zarara uğramış veya bankanın zarara uğrama tehlikesi doğmuş (bankanın emin bir şekilde çalışması tehlikeye düşmüş) olmalıdır⁵⁷³. Yukarıda, Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen zimmet suçunda da, benzer bir düzenlemeye yer verildiğini görmüştük. Buradan çıkan sonuca göre, bankanın veya kredi kuruluşunun,

⁵⁷¹ Tekinalp, **Fondaki Banka**, s.19; Ünal Tekinalp, "Bankanın Fona Devredilmesi Sisteminin Eleştirisi ve Öneriler", **Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, I, 26-27 Kısım 2004**, Ankara 2005, s.275 (Öneriler).

⁵⁷² Tekinalp, **Fondaki Banka**, s.19-20.

⁵⁷³ Battal, **Şerh**, s.270; Hakim ortakların veya yöneticilerin banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları, genellikle doğrudan değil, paravan şirketlere açılan krediler yolunda olduğu gibi dolaylı-dolanlı biçimde olmaktadır (Bilge, **Tedbir**, s.406).

Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin birinci fıkrasının (e) fıkrasına göre faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi halinde, 160. maddede düzenlenen zimmet suçunun da işlenmiş sayılacağı hususunda kuvvetli şüphe sebebinin varlığı kabul edilebileceğinden, -şartları oluşmuşsa- CMK m.133'e göre, bankanın yönetimine kayyım atanabileceği sonucu çıkmaktadır⁵⁷⁴. Ancak böyle bir durumun varlığı halinde zaten yönetim ve denetim TMSF'ye geçmiş olacağından acaba nasıl bir uygulama yapılacaktır? Mahkeme TMSF'nin varlığına rağmen şirkete (bankaya) kayyım atanması yoluna mı gidecektir? Kanaatimizce, CMK m.133 ile hedeflenen amaç, zaten banka veya kredi kuruluşunun TMSF'ye devredilmesi ile kendiliğinden gerçekleşmiş sayılmalıdır. Zira, eski yöneticilerin görev ve yetkileri, TMSF'ye devir ile sona ermiş olacağından, mahkemece şirket yönetimine kayyım atanmasına da gerek kalmayacaktır. Söz konusu şirket zaten, kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip TMSF tarafından yönetilmektedir. Ayrıca CMK m.133'e göre kayyım atanması mahkemenin takdirinde olduğundan, böyle bir durumun varlığı halinde TMSF'nin mevcudiyeti yeterli görülmeli ve kayyım atanması yoluna gidilmemelidir. Böylece mahkeme, kamu tüzel kişiliğine haiz TMSF'den şirketle ilgili bilgi ve belgeleri temin etmek suretiyle, kayyım atanması ile hedeflenen amacı çok daha rahat gerçekleştirebilecektir.

Son olarak, Bankacılık Kanunu'nda kabul edilmiş özel yargılama usullerine kısaca değinmek istiyoruz.

162. maddeye göre, 160. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında tanımlanan suçlara ilişkin soruşturma, BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması üzerine

⁵⁷⁴ CMK m.133'e göre şirket (banka) yönetimine kayyım atanacak ise bu kararı, kovuşturma aşamasında, o ilin 1 numaralı ağır ceza mahkemesi verecektir (Bankacılık Kanunu m.164). Soruşturma aşaması için özel bir hüküm sevk edilmediğinden, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

yapılacaktır⁵⁷⁵. Bu başvuru, muhakeme şartı niteliğindedir. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin amacı, bankacılık alanında dedikodunun sirayet edici niteliği ve bunun doğuracağı muhtemel zararları engelleme düşüncesidir⁵⁷⁶. Bu sistemin kabulüyle, BDDK ve TMSF, bankacılık sektörünün düzenleyicisi ve denetleyicisi durumunda bulunduğundan, ciddi olmayan iddialar nedeniyle sektörünün yıpranmasının önüne geçecektir⁵⁷⁷. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma, BDDK'nın veya TMSF'nin yazılı bildirimi üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcıları tarafından yapılacaktır. Üçüncü fıkra kapsamındaki soruşturmalar, Cumhuriyet başsavcılıklarınca veya görevlendirilecek Cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülecektir. Cumhuriyet savcıları bu konudaki görevlerini, kolluğa devredemeyeceklerdir (krş. CMK m.160-161).

Bankacılık Kanunu'nda, zimmet suçları ile bağlantılı olup, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ilişkin davalarda, fiilin işlendiği ilde yer alan 1 nolu ağır ceza mahkemesinin özel yetkili olduğu kabul edilmiştir (m.164). Kanun koyucu burada, bankacılık alanındaki suçların arzettiği özellikler nedeniyle, yargılama yapmak üzere gerekli donanıma sahip, ihtisaslaşmış mahkemelerin görevlendirilmesini kabul etmiştir. Böylelikle, ceza muhakemesi alanında yeni bir ihtisas mahkemesi daha ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde tanımlanan suçlarla ilgili kovuşturma yapma yetkisi o ilin 1 numaralı ağır ceza mahkemesine ait olacaktır.

⁵⁷⁵ 6.CD, 7.12.2001, E.13761, K.15101 "...4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun başvuruda bulunması koşuluna bağlı olarak soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği hükme bağlandığından, bu husus yerine getirilmediğinden yargılamaya devamla sanıkların cezalandırılmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş..." akt. Selman Dursun, "Bankalar Kanunu'nda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı", **Prof.Dr.Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.III, s.735, dn.13 (Usuli Hükümler) .

⁵⁷⁶ Dursun, **Usuli Hükümler**, s.735; Battal, **Şerh**, s.426.

⁵⁷⁷ Battal, **Şerh**, s.426.

Bankacılık Kanunu'nda eleştirilecek en önemli nokta, 166. maddenin birinci fıkrasının (f) bendi olsa gerektir. Düzenlemeye göre, soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hakim kararı ile; gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulabilecektir. Ayrıca, bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettikleri her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımları ile üçüncü şahıslar nezdindeki, mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulması esası kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, CMK m.128'de düzenlenmiş olan “taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma” konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. CMK ile getirilen güvenceler, bu madde ile ortadan kaldırılmıştır⁵⁷⁸. Bu düzenlemeyle, CMK'dan farklı olarak hakim kararı aranması (CMK m.128/IX) şartı mutlak olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca, CMK'ya göre, el koyma kararı verilebilmesi için gerekli olan “suçun işlendiğine ve bu suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunması” koşulu, Bankacılık Kanunu bakımından aranmamıştır. Bu bakımdan kanaatimizce, basit şüphe halinde bile söz konusu tedbire hükmedilebilecektir. Böyle olunca da CMK'da aranan “kuvvetli şüphe” kriterinin yerine “basit şüphe” geçecektir. Bunun ise ne kadar yanlış olduğu ortadadır. Öztürk-Erdem de bu konuda şunları söylemişlerdir⁵⁷⁹: “Nihayet, şüphelinin yedi sülalesinin her şeyini ellerinden almayı yasaklayan CMK elbette ki, yetersiz görünmüş olmalıdır. Belki de bu nedenle, Anayasa'ya aykırılığı kuşkusuz olan ve Bankacılık Kanunu ile kaldırılan 5020 sayılı Kanundan tanıdığımız ‘kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur’ ibaresine burada da yer verilmiştir”.

⁵⁷⁸ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.563.

⁵⁷⁹ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.564.

12) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Tanımlanan Hapis Cezasının Gerektiren Suçlar

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun⁵⁸⁰ ikinci bölümünde kaçakçılık fiilleri ve bu fiillerle ilgili suçlar ve kabahatler düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesinde Kanun'daki suçların ve kabahatlerin nitelikli halleri düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, bu Kanun'da tanımlanan suçların, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunacağı belirtilmiştir.

Burada sayılan suçların şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması durumunda kayyım tayininin yanı sıra şartları oluşmuşsa şirket hakkında güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır.

13) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. Maddeleri

Kanun'un 68. maddesinde, aynı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan "yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları yurt dışına çıkarılamaz" hükmüne aykırı davranılmasının cezai sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddede ceza yaptırımı altına alınan eylem, korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının el değiştirmek üzere Türkiye dışına çıkarılması başka bir deyişle kaçırılmasıdır⁵⁸¹. Bu suç niteliği itibarıyla ani bir suçtur. Bu nitelikteki varlıkların yurt dışına çıkarılması ile suç tamamlanacaktır⁵⁸². Suçun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi durumunda, şartları oluşmuşsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁵⁸³.

⁵⁸⁰ 31.03.2007 gün ve 26479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁸¹ Sabih Kanadoğlu, **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, 2.Bası, Ankara 2003, s.401.

⁵⁸² Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.401.

⁵⁸³ aksi görüşte, Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.402.

Kanun'un 74. maddesinde üç ayrı suç düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, ruhsatsız sondaj veya kazı yapma suçudur. Bu suç soyut tehlike suçu olduğundan, ruhsatsız sondaj veya kazı yapılması ile suç tamamlanacaktır başka bir deyişle bu suç ani bir suçtur⁵⁸⁴. Şartları oluşmuşsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁵⁸⁵. Maddede düzenlenen ikinci suç ise, izinsiz define arama suçudur. Suçun tamamlanması için, definenin bulunması gerekmez; başka bir ifadeyle define arama suçu da soyut tehlike suçudur⁵⁸⁶. Şartları oluşmuşsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁵⁸⁷. Maddede düzenlenen son suç ise, izinsiz araştırma yapma suçudur. Ruhsat almadan izinsiz araştırma yapmak, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır⁵⁸⁸. Bu suç da, soyut tehlike suçudur. Şartları oluşmuşsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁵⁸⁹.

XII) ZORLAMA AMAÇLI ELKOYMA İLE KAYYIM ATANMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

Elkoymanın bir başka çeşidi ise, kaçaklara ilişkin elkoymadır⁵⁹⁰. Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilir (CMK m.247/I). CMK m.248'e göre, kaçak sanığın⁵⁹¹ duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla, Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına (malvarlığına) amaçla

⁵⁸⁴ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.426-427.

⁵⁸⁵ aksi görüşte, Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.427.

⁵⁸⁶ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.429.

⁵⁸⁷ aksi görüşte, Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.430.

⁵⁸⁸ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.430.

⁵⁸⁹ aksi görüşte, Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.431.

⁵⁹⁰ CMUK zamanında gaibin mallarına da elkonulabiliyordu. Bu konuda bkz. Bahri Öztürk, **Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi**, İstanbul 1984, s.113 vd.

⁵⁹¹ Bahri Öztürk, "Ceza Muhakemesinde Yokluk, Gaiplik, Kaçaklık ve Bunlar Hakkında Alınacak Tedbirler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, C.2, s.255 vd. (Kurultay); Haluk Çolak, "Kaçak Sanıklar Hakkında Hükmelilebilecek Tedbirler: Batı Hukuku ve Türk Hukuku", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, C.2, s.273 (Kaçak).

orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır⁵⁹² (CMK m.248/I).

Burada elkoymanın amacı, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaktır⁵⁹³. Sanığın gaip olması durumunda⁵⁹⁴ elkoyma kararı verilemeyecektir⁵⁹⁵. Kaçak sanığın malvarlığına el konulabilmesi için CMK m.248/II'de katalog şeklinde sayılan suçlardan birini işlediği şüphesinin bulunması gerekmektedir.

Kanun'da kaçak sanığın malvarlığına elkoyma kararı verilmesi için “amaçla orantılı olma” koşulu getirilmiştir. Amaçla orantılılık koşulunun getirilmesinin çok önemli bir mantığı bulunmaktadır. Bu düzenleme ile, basit sayılabilecek bir suç işlemiş olan kaçak sanığın bütün malvarlığına elkonulamayacak, böylelikle de genel müsadereye başvurulma sakıncası önlenmiş olacaktır⁵⁹⁶.

XIII) CMK m.128 İLE CMK m.133 ARASINDAKİ İLİŞKİ

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek veya ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması

⁵⁹² Kanun'da “Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla gerektiğinde idaresi için kayyım atanır” denilmektedir. Buna göre, kaçak sanığın mallarına kayyım atanması için öncelikle mahkemenin elkoymaya karar vermesi gerekmektedir. Elkoyma kararı vermeden kayyım atanması mümkün değildir. Daha sonra, eğer kaçığın mallarının idaresi uzmanlık gerektiriyor ise mahkemece kayyım atanması yoluna gidilecektir. Maddede geçen “gerektiğinde” ibaresinin, kayyım atanması konusunda mahkemenin takdir yetkisi olduğu biçiminde yorumlanması (Özbek, **Ceza**, s.784) doğru değildir. Burada “gerektiğinde” ile kastedilmek istenen, malların idaresinin uzmanlık gerektirmesi durumunda, kayyım atanmasının mecburi olduğudur ayrıca maddede “kayyım atanır” denilmek suretiyle de bu görüş kabul edilmiş gözükmektedir. Pek tabidir ki, malların idaresinin uzmanlık gerektirmediği durumlarda mahkeme kayyım atanması konusunda takdir yetkisine sahip olacaktır.

⁵⁹³ Şahin, **Gazi**, s.758; Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.986; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.571; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.675; Özbek, **a.g.e.**, s.784; Çolak, **Kaçak**, s.277.

⁵⁹⁴ Gaiplikle, kaçaklık arasındaki farklar için, bkz. Öztürk, **Kurultay**, s.262-263; Özbek, **Ceza**, s.776-777.

⁵⁹⁵ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.572.

⁵⁹⁶ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.675.

demektir⁵⁹⁷. CMK'ya göre, söz konusu malın zilyedinin rızası olmadan zorla alınmasına “elkoyma”⁵⁹⁸; zilyedin rızası ile alınmasına ise “muhafaza altına alma” denilmektedir⁵⁹⁹ (CMK m.123).

Bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi elkoymada da geçicilik esastır. Elkonulmasına karar verilen eşya, muhakemenin sonunda ya müsadere edilecek ya da zilyedine iade edilecektir⁶⁰⁰.

CMK'da farklı elkoyma çeşitleri düzenlenmiştir (CMK m.123 vd., m.128, m.129, m.130, m.134, m.248 vb.). Bizim inceleme konumuzu, 133. madde ile irtibatlı olduğundan dolayı 128. maddede düzenlenmiş olan elkoyma oluşturmaktadır.

TCK'nın kazanç müsadereğine⁶⁰¹ (TCK m.55) ilişkin hükümlerinin CMK'ya yansımaları, 128. madde ile olmuştur⁶⁰². Burada düzenlenen elkoyma ile CMK m.123'te düzenlenen basit elkoyma arasında, katalog suç sistemi hariç pek fazla bir fark yokmuş gibi görünse de iki kurum arasında çok önemli sayılabilecek farklar vardır⁶⁰³. Bu iki madde arasındaki asıl fark, konuluş gerekçelerinde kendisini göstermektedir.

⁵⁹⁷ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s.299; Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.961; Gökçen, **Elkoyma**, s.5 vd; Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.551 (Ancak bu tanım, CMK'da düzenlenmiş bulunan bütün elkoyma çeşitlerini kapsayacak nitelikte değildir).

⁵⁹⁸ CMK m.124'e göre, 123. maddede yazılı eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınma halinde bu şeyin zilyedi hakkında 60. maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmayacaktır; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (StPO §95 II) benzer bir hüküm mevcuttur.

⁵⁹⁹ Bizim elkoyma ile ifade etmek istediğimiz, hem “muhafaza altına alma” hem de “elkoyma”dır. Bu nedenle açıklamalarımızda ikisini de kapsayacak şekilde sadece “elkoyma” terimini kullanacağız.

⁶⁰⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.963.

⁶⁰¹ Özgenç, **Gazi**, s.698 vd; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.764 vd.

⁶⁰² Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.983.

⁶⁰³ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.559.

Türkiye’de özellikle ticari ceza hukukunda yaşanan ve ülkeyi sarsan çok sayıda olay meydana gelmiş; bunlardan belki de en önemlisini yirmi bir özel bankanın batmış, kamu bankalarının ise yapılan usulsüzlükler sonucunda milyarlarca dolar zarara uğratılmış olması oluşturmaktadır⁶⁰⁴. Kamu bankalarını bir yana bırakırsak, özel bankaların, hakim hissedarları tarafından içinin boşaltıldığı (hortumlandığı) iddia edilmiş ve bunu yapanlardan bir anlamda kamunun varlığını oluşturan bu menfaatleri geri almak için çeşitli yollar denenmiş ve bu amaçla da Anayasa’ya aykırı olduğu bütün çevrelerce şüphe götürmeksizin kabul edilen 5020 sayılı Kanun çıkarılmıştır⁶⁰⁵. Bu Kanun’a dayanarak, bankacının ve tabir caizse yedi sülalesinin bütün malvarlığına hiçbir yargı kararına dayanmaksızın elkonulmuştur⁶⁰⁶. İşte bu olumsuz uygulamaların önüne geçebilmek maksadıyla CMK m.128 ve CMK m.133 kabul edilmiştir. Ancak üzülererek söyleyebiliriz ki, Bankalar Kanunu’nda kabul edilen düzenlemelerin nerdeyse aynılarına Bankacılık Kanunu’nda da yer verilmiş ve CMK ile kabul edilen teminatlar hiçe sayılmıştır⁶⁰⁷.

CMK m.128’de belirtilen tedbire başvurulabilmesi için bazı koşullar gerekmektedir: CMK m.123’de aranan koşulların varlığı; katalogda sayılan suçlardan en az birinin işlendiği yolunda kuvvetli şüphe bulunması; taşınmaz, hak veya alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe bulunması; taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olması (buradaki malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması durumunda da elkoyma işlemi yapılacaktır); hakim kararı olması.

⁶⁰⁴ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.560.

⁶⁰⁵ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.560.

⁶⁰⁶ Öztürk/Erdem, **Ceza Muhakemesi**, s.560.

⁶⁰⁷ Bu konuya daha önce değindiğimiz için ayrıntıya girmiyoruz, bkz. II.Bölüm, XI, 11.

128. madde ile 133. madde arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz:

Şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için, şirketin söz konusu suçtan elde edilen menfaatle kurulmuş olması gerekmemektedir. Bu tedbir sadece şirket kurulduktan sonra bahis konusu olabilecektir. Şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için, suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması gereklidir. Bu nedenle tamamlanmış suçlarda kayyım atanması mümkün değildir. Oysa 128. maddeye göre elkoyma kararı verilebilmesi için suçun tamamlanmış olması şarttır. Ancak buradan şöyle de bir sonuç çıkartmamak gerekir: Fail, zincirleme veya kesintisiz şekilde suçlar işlemişse 128. madde uygulanamaz. Bu doğru değildir, zira kanun koyucunun amaçladığı şey suçun tamamlanmış olmasıdır. Aksi durumda suçtan dolayı bir menfaat temini zaten mümkün olamaz.

Bu iki madde arasındaki en önemli fark, suçun işlenme biçiminde kendisini göstermektedir. 128. maddeye göre, malvarlığına elkonulabilmesi için suçun, şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması şart değildir. Oysa 133. maddeye göre, kayyım atanabilmesi için suçun mutlaka şirketin faaliyeti çerçevesinde başka bir deyişle şirket kisvesi altında işlenmekte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, şirket yönetim kurulu üyesinin, şirketten bağımsız olarak bir suç işlemiş olması halinde, 133. madde değil 128. madde uygulanacak ve failin her türlü malvarlığına elkonulacaktır⁶⁰⁸.

Ancak bu iki maddenin birlikte uygulanabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, şirket yönetim kurulu üyesi işlediği bazı suçları şirketten bağımsız olarak; bazılarını ise şirket kisvesi altında gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda hem 128. madde, hem de 133. madde birlikte uygulanacaktır.

⁶⁰⁸ Özbek, *Ceza*, s.397.

XIV) KAYYIMLIĞIN VE KAYYIMIN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

Özel hukukta düzenlenen kayyımlıktan farklı olarak (TMK m.477) ceza muhakemesinde kayyımlığın ne zaman sona ereceğine ilişkin bir düzenleme Kanun'da yer almamaktadır. Kayyım atanması bir koruma tedbiri olduğuna göre, artık ihtiyaç duyulmadığı zaman, kayyımlığa son verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kayyım atanması, orantısız bir tedbir niteliğine bürünmüşse de durum aynıdır. Örneğin, şirkete kayyım atanmasını gerektiren suçun, katalogdan veya suç olmaktan çıkarılması durumunda, kayyım atanması orantısız bir hal alacağından, kayyım atanması kararına son verilmelidir.

Bundan başka, kayyımlık, soruşturma ve kovuşturma sürecinde en geç hüküm anına kadar devam edebilir⁶⁰⁹. Hükmün verilmesiyle birlikte kayyımlık koruma tedbiri de sona ermiş olur.

Kayyım atanmasına ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan edildiğine göre, kayyımlığın sona erdiğinin de ilan edilmesi gerekmektedir.

Kayyım atanmasının sona ermesiyle birlikte, kayyımın, kayyımlık görevinin de sona ereceği ortadadır. Ancak bazı durumların varlığı halinde, kayyımlık devam etmesine karşın, kayyımın, kayyımlık sıfatı ortadan kalkabilir. Örneğin, kayyımın ölümü, hakkında gaiplik kararı verilmesi, fiil ehliyetini yitirmesi, kısıtlanması, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmesi (TCK m.53) durumlarında kayyımın, kayyımlık sıfatı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda da kayyımın görevinin sona erdiğinin ilan edilmesi gerekmektedir.

⁶⁰⁹ Sözüer/Tekdağ, **a.g.e.**, s.57.

Kayyımı atayan ceza mahkemesi, gerekli gördüğü durumlarda kayyımın görevine son verme yetkisine de sahip bulunmaktadır. Kayyımın görevine, kayyımı atayan mahkemeden başka bir mahkeme tarafından son verilmesi mümkün değildir.

Kayyımın görevi sona ermiş ise mahkemenin derhal yeni bir kayyım ataması gerekmektedir.

SONUÇ

Kayyım (kayyum) Arapça kökenli bir sözcük olup, belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse anlamına gelmektedir. Hukuken ise kayyımı şöyle tanımlayabiliriz: “Kayyım, belirli bir işin görülmesi ya da malvarlığının yönetilmesi için, Medeni Kanunumuzda ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca (sulh hukuk mahkemesince), ilgilisinin isteği üzerine veya re’sen atanan kişidir.”

Kayyımlık kurumu genel olarak Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmiştir. Kayyımlık, TMK’nın ikinci kitap (aile hukuku), üçüncü kısmı (vesayet) içinde düzenlenmiştir. TMK’nın düzenlemesine bakıldığında kayyımlıkla ilgili hükümlerin dağınık bir görünüm arzettiğini söyleyebiliriz. Kayyımlık ile ilgili hükümler, vesayete dair üç bölüm içinde dağıtılmış ayrıca vasiliğe ait bazı hükümlerin de kıyas yoluyla kayyımlığa uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre vasiliğe ilişkin hükümler, kayyımlığın bünyesine aykırı düşmedikçe kayyımlık hakkında da uygulanacaktır.

Kayyımlık kurumu genel olarak Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmiştir. Kayyımlık, TMK’nın ikinci kitap (aile hukuku), üçüncü kısmı (vesayet) içinde düzenlenmiştir. TMK’nın düzenlemesine bakıldığında kayyımlıkla ilgili hükümlerin dağınık bir görünüm arz ettiğini söyleyebiliriz. Kayyımlık ile ilgili hükümler, vesayete dair üç bölüm içinde dağıtılmış ayrıca vasiliğe ait bazı hükümlerin de kıyas yoluyla kayyımlığa uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre vasiliğe ilişkin hükümler, kayyımlığın bünyesine aykırı düşmedikçe kayyımlık hakkında da uygulanacaktır.

Yargıtay’ın eski TMK’dan günümüze kadar vermiş olduğu müstakar içtihatlar incelendiği vakit, ticaret şirketlerine kayyım tayinine karar verecek görevli vesayet makamının sulh hukuk mahkemesi değil, asliye ticaret mahkemesi olduğu görülmektedir. Ancak TMK m.427/I-4’te açıkça tüzel

kişilere kayyım tayin edilebileceğinin belirtilmiş olması karşısında, Yargıtay'ın eski TMK zamanında vermiş olduğu kararlardaki “Bir ticari şirkete kayyım tayini hakkında MK. nun kayyum tayini ile ilgili hükümlerinin uygulanacağına dair TTK. nun 138. maddesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçenin geçerliliği kalmamıştır. Zira TMK, “cemiyet veya tesis” terimi yerine açıkça “tüzel kişi” terimini kullanmıştır. Ticaret şirketleri de tüzel kişi olduğuna göre ve gerek TTK’da gerekse TMK’da şirketlere kayyım atamakla görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu da belirtilmediğine göre, söz konusu kararların günümüzde geçerliliği kalmamıştır. Ancak Yargıtay, yeni TMK yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönemde verdiği bir kararında da, TMK m.427/I-4 hükmünün türü ve niteliği ne olursa olsun, bütün tüzel kişileri kapsadığını kural olarak kabul etmekle birlikte, somut olaydaki kayyım tayininin, anonim şirketlere ilişkin hükümler ışığında olguların değerlendirilmesine dayalı olarak yapılmasının, ticaret şirketlere kayyım atanmasına ilişkin davaları TTK m.4/I-1 kapsamında mutlak ticari dava kıldığından hareketle, anonim ortaklıklara kayyım tayininde görevli mahkemeyi yine asliye ticaret mahkemesi olarak kabul etmektedir. Yargıtay'ın görüşünü kabul ettiğimiz vakit karşımıza ikinci bir sorun daha çıkmaktadır: Vesayet makamı asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edildiği vakit, denetim makamı hangi mahkeme olacaktır? Bu konuya ilgili bu zamana değin gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında herhangi bir görüşe rastlayamadık. TMK’ya göre vesayet makamı sulh hukuk, denetim makamı ise üst konumda bulunan asliye hukuktur. Yani, kanun koyucu, genel itiraz prensibi çerçevesinde, itirazın bir üst mahkeme tarafından ele alınıp değerlendirilmesini istemiştir. Ancak vesayet makamı asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edildiği vakit, asliye ticaret mahkemesinin de bir üst mahkemesi olmadığından denetim makamının belirlenmesinde bir çıkmazla karşı karşıya kalınmaktadır. Burada, ceza yargılamasında olduğu gibi, sıra itibarıyla bir sonraki mahkemenin denetim makamı olduğu kabul edilebilir; şayet o mahkeme tek ise bu durumda en yakın yerdeki asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu söylenebilir. Ancak bu yorum amacını aşar şekilde çok geniştir. Ayrıca Anayasa’nın 142. maddesinde “Mahkemelerin

kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme karşısında da yukarıdaki çözüm tarzı kabul edilemez. Bu nedenle, şirketlere kayyım atanması konusunda görevli mahkemenin (vesayet makamı) sulh hukuk mahkemesi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Her ne kadar ticaret şirketlerinin yapıları itibariyle karmaşık görünüm arz etmeleri ticaret mahkemelerinin görevli kılınmaları sonucunu haklı kılsa bile mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu mümkün gözükmemektedir; bunun için yasal bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere kayyımlık ile ilgili hükümler vesayete dair üç bölüm içine serpiştirildiğinden dağınık bir görünüm arz etmektedir. Kanun koyucu, vasiliğe ilişkin hükümleri ayrıntılı olarak düzenlerken, kayyımlık kurumunu, TMK m.403/III hükmü çerçevesinde geniş ölçüde atfa dayalı olarak, dolaylı bir şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının temelinde, kayyımlığın, sürekli ve geniş kapsamlı vesayeti önlem olan vesayetin yanında sınırlı, geçici ve en hafif vesayeti korumayı sağlayıcı niteliği ön planda olmuştur. Ancak kayyımlığın bu şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması, vesayet ve yasal danışmanlık kurumuna nazaran ikincil bir önemde olduğunu da göstermez.

TMK m.403/III’ün hukuki niteliğinin de açık biçimde ortaya konulması gerekmektedir. TMK m.403/III hükmü, “doğrudan doğruya uygulama atfı” mıdır, yoksa, vasiliğe ilişkin kuralların kayyımlığa kıyasen uygulanmasını öngören bir “kıyasen uygulama atfı” mıdır? Burada vereceğimiz karar sonuçları itibariyle çok önemli olacaktır. Zira, bir kanun hükmünün, başka bir kanun hükmüne doğrudan atıf yapması halinde (doğrudan doğruya uygulama atfı) hakim, atıf yapılan hükümleri doğrudan doğruya uygulamak dışında bir görevi bulunmamaktadır. Buna karşılık bir kanun hükmünün kıyasen uygulanacağı öngörülerek yapılan kıyas yollamasında (kıyasen uygulama atfı) ise atıf yapılan hükmün ne ölçüde uygulanacağına hakim sahip olduğu

takdir yetkisi bağlamında karar verecektir. Kanaatimizce, vesayeti önlemlerden en ağır ve sürekli olan ayrıca kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran vesayete ilişkin hükümlerin, vesayeti önlemlerin en alt sırasında yer alan, kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurmayan ve geçici nitelikteki kayyımlığa ilişkin hükümlere doğrudan (bire bir) uygulanması hem kanun koyucunun amacıyla hem de hakkaniyetle bağdaşmayacak sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, TMK m.403/III'teki "kayyım hakkında da uygulanır" cümlesinin "kıyasen uygulama atfı" olarak okunması gerekmektedir. Böylece hakkaniyete daha uygun bir sonuca varılmış olunacaktır.

TMK m.403/III'te bahsedilen kayyımlığa ilişkin aksi belirtilen hükümlerden anlaşılması gereken nedir? Başka bir deyişle kıyasen uygulamanın kapsamı ne olacaktır? Vesayete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, her bir kayyımlık türü için ayrı ayrı ele alınmalı ve söz konusu kayyımlık türüyle ulaşılmak istenilen amaç da göz önüne alınarak uygulanacak hükümlerin ayrı ayrı belirlenmesi yoluna gidilmelidir.

Ceza muhakemesinin yapılmasını kolaylaştıran, yapılan muhakeme sonucunda verilen kararın kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, soruşturma ve/veya kovuşturma aşamasında, karar verme yetkisine sahip makamlar tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, geçici ve orantılı olarak başvurulmuş, bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki kanuni çarelere, koruma tedbiri denilmektedir.

CMK'da koruma tedbirleri birinci kitap, dördüncü kısım içinde (CMK m.90-144) düzenlenmiştir. Dördüncü kısım ise kendi içinde yedi bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, yakalama ve gözaltı, ikinci bölümde tutuklama, üçüncü bölümde adli kontrol, dördüncü bölümde arama ve elkoyma, beşinci bölümde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, altıncı bölümde gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme, yedinci bölümde ise

koruma tedbirleri nedeniyle tazminat düzenlenmiştir. İnceleme konumuzu oluşturan, şirket yönetimi için kayyım tayini ise, arama ve elkoyma başlıklı dördüncü bölüm içinde yerini almıştır.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden bazılarına müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinde bulunması gereken bazı özellikler vardır. Bunlar, yasa ile düzenlenmiş olma, hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlama, geçici olma, araç konumunda bulunma, belli makamlar tarafından verilmiş olma. Bundan başka bir de koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bulunması gerekli önşartlar mevcuttur. Bunlar ise, gecikmede tehlike olması, şüphenin belli bir yoğunlukta olması (görünüşte haklılık), koruma tedbirinin orantılı olmasıdır (ölçülülük ilkesi).

Kayyım kavramına, CMK'da sadece iki maddede rastlamaktayız. Bunlardan ilki, asıl inceleme konumuzu oluşturan "şirket yönetimine kayyım tayini"dir (CMK m.133). İkincisi ise, CMK m.248'de düzenlenen, kaçak sanığın mallarının idaresi için mahkeme kararıyla kayyım atanmasıdır. Bu iki madde arasında esas itibariyle farklılıklar olmakla birlikte, her iki maddede de kayyımın asli görevinin, ekonomik nitelik arz ettiği sonucuna varabiliriz.

Günümüzde şirketler, ekonominin olmazsa olmaz unsurları arasında yerini almışlardır. Şirketler, ilk ortaya çıktıkları tarihten beri ekonomik ve sosyal hayatı önemli ölçüde etkilemişler, büyük ekonomik başarılar yanında aynı derecede büyük skandal ve yıkıntılara da yol açmışlardır. Söz konusu şirketlerden, ekonomik ve sosyal fonksiyonları itibariyle en önemlisi hiç şüphesiz ki anonim şirketlerdir. Anonim şirketler, yapıları itibariyle büyük sermaye odakları haline gelmişlerdir. Bazı şirketlerde, onlarca, yüzlerce hatta binlerce çalışan bulunabilmektedir. Bunların bakmakla yükümlü olduğu kişileri de düşününce şirketlerin sosyal fonksiyonlarının da ne derece büyük olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Şirket yönetimine kayyım atanması kurumuna benzer bir düzenlemeye İcra ve İflas Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişiklikle yer verilmiştir. İflasın ertelenmesi olarak adlandırılan bu düzenlemeyle, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflas kararı vermeden önce belli şartların gerçekleşmiş olması halinde geçici olarak iflasın ertelenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir. İflasın ertelenmesi ile öncelikle sermaye şirketinin faaliyetine devamının sağlanması amaçlanmıştır. Günümüzün küreselleşen ekonomik ilişkileri içinde bir şirketin iflas etmesi, şirketin işletmesinin büyüklüğü göz önüne alındığı vakit, bazen yalnız o şirketin değil, onunla iş yapan tedarikçilerin ve bayilerin de iflası sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle mali durumu bozularak borca batık hale gelmiş olan bir sermaye şirketinin iflastan kurtarılıp yeniden ekonomiye kazandırılması sadece o şirketin değil, o şirketle çalışan diğer şirketlerin ve dolayısıyla ekonomik piyasaların da yararınadır.

Durum böyle olunca, şirketlerin ekonomik ve sosyal hayatta arz ettikleri önem bir kat daha artmaktadır. Şirketler bakımından normal olanı, hukuk sınırları içinde kalmak koşuluyla legal yollardan kârlarını maksimize edebilmektir. Ancak durum her zaman böyle olmamakta ve şirketler, gerçek amaçlarından uzaklaşmak suretiyle illegal yollardan gelir elde etmeyi hedefleyebilmektedirler. Bu bağlamda, bir sürü şirket “paravan şirket” diye tabir edebileceğimiz şekilde kurulmakta başka bir deyişle şirket kisvesi altında suç işlemek amacıyla faaliyet göstermektedirler. Pek tabidir ki, hukuk düzeninde böyle bir duruma izin verilmesi düşünülemez. Hiçbir hukuk düzeni, bu şekilde suç işlenmekte olmasına da göz yumamaz.

Ancak, şirketlerin ekonomik ve sosyal fonksiyonları itibariyle arz ettikleri önem nedeniyle, bunlara müdahale edilmesi konusunda çok hassas davranılması gerekmektedir. Türkiye’de geçmiş yıllarda yaşadığımız olaylar bunun en iyi örneklerini oluşturmuştur. Gerekli araştırmalar yapılmadan başlatılan soruşturmalar neticesinde bir çok iş adamı yakalanmış, uzun süren

sorgulara tabi tutulmuştur. Bu görüntü özellikle sermaye piyasalarında faaliyet gösteren şirketlerin değerini bir anda taban yaptırmış; bu işlemlerden önce değeri 8-9 milyar dolar olan şirketlerin değeri 3-4 milyar dolara düşmüştür. Burada meydana gelen milyarlarca dolarlık fark, kamu zararı olarak karşımıza çıkmaktadır; daha da önemlisi bu uygulamalar Türk ekonomisinin ve sermaye birikiminin olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurmuştur.

Elbetteki bir şirket faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olabilir. Ancak burada şirkete müdahalede bulunurken çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bu bağlamda ticari ceza hukukunun esaslarına uygun hareket edilmeli ve ölçülülük ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır, böylelikle kamunun da zarar görmesi önlenmiş olacaktır.

Türkiye’de yaşanan “elkoyma” olayları şunu göstermiştir ki, şirketin bütün malvarlığına elkonulması çoğu durumda beklenen yararı gerçekleştirmemekte bilakis şirkette çalışanların ve kamunun daha da büyük bir zarara uğramasına yol açabilmektedir. Bu açıdan bütün bu olumsuzlukların önüne geçebilmek açısından kayyım atanması belki de en doğru ve sağlıklı usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, yeni CMK’da bir ilk olarak, şirket yönetimine kayyım tayini usulünü kabul etmiştir.

Şirket yönetimine atanan kayyımın hukuki niteliğinin tespiti de önem taşımaktadır. Atanacak kayyımın hukuki niteliğinin tespiti bakımından doğru bir sonuca varabilmek için kayyımın onay makamı olarak mı yoksa yönetim organı olarak mı atandığı konusunda ikili bir ayrım yapmamız gerekmektedir.

Kayyımın onay makamı olarak atanması durumunda, şirketin yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliği kayyımın onayına bağlı olacaktır. Burada karar ve işlemlerde bulunma yetkisi şirketin yönetim organına ait kalmaya devam etmektedir. Kayyım sadece bu karar ve işlemlerin geçerli

olması için onay makamı olarak faaliyet göstermektedir. Kayyımın alınan karar ve yapılan işlemlerde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Onay makamı olarak atanan kayyımın teknik anlamda kayyım olup olmadığı hususu üzerinde de durulmuştur. Kayyım, belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilmektedir. Bu bağlamda kayyımın temsil ve yönetim özelliği ön plana çıkmaktadır. Buna göre, onay makamı olarak atanan kayyımın temsil ve yönetim özelliği olmadığından, teknik anlamda kayyım olduğundan söz edilemez. Onay makamı olarak atanan kayyımın hukuki durumu daha çok yasal danışmanlığın bir alt dalı olan oy danışmanına (TMK m.429) benzemektedir. Onay makamı olarak atanan kayyım, teknik anlamda oy danışmanı ise de, yasal danışmanlığın geniş anlamda kayyımlık içinde değerlendirildiğini göz önüne alarak terim olarak kayyım olarak nitelendirilmesinin de mevcut durumda çok büyük bir sıkıntı yaratmayacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmamız sırasında, CMK'da kabul edildiği şekliyle kayyım terimini kullandık. Ancak yaşanacak sorunlarda onay makamı olarak atanan kayyımın teknik anlamda oy danışmanı olduğu gözden uzak tutulmamalı ve bu açıdan yorum yapılmalıdır.

Kayyımın yönetim organının yerine atanması durumunda, yönetim organının görevi kayyımın atanmasıyla birlikte sona erecektir. Böyle bir durumda yönetim organının bütün yetkileri kayyıma geçecektir.

Yönetim organı yerine atanan kayyımın hukuki niteliğini, yönetim kayyımı olarak nitelendirebiliriz.

Şirket yönetimine kayyım tayin edilebilmesi için kanun bazı şartların gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Hiç şüphesiz bu şartlardan başka, koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli olan diğer ortak özellikler ile önşartların da olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekmektedir. CMK m.133'te kayyım tayini için aranan şartlar şunlardır:

Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması, suçun zincirleme veya kesintisiz suç şeklinde işlenmesi, suçun işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe bulunması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olması.

Soruşturma aşamasında, şirket yönetimine kayyım tayinine sadece sulh ceza hakimi tarafından karar verilebilecektir. Bu aşamada mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir.

Çalışmamız sırasında üzerinde durduğumuz önemli bir husus da şirket yönetimine kayyım tayinine ne zaman başvurulacağı ile ilgilidir. Kanun koyucu her ne kadar hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında şirket yönetimine kayyım tayinine olanak tanımış ise de, kayyım tayini ile hedeflenen amaç dikkate alındığı vakit bu koruma tedbirine soruşturma evresinde başvurulması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Zira soruşturma başladıktan sonra şirket yöneticileri şirketin malvarlığını tasfiye etme girişimine girebilirler. Bu durumda da hem yargılama sonucunda verilecek kararın kağıt üstünde kalması hem de şirket alacaklılarının mağdur duruma düşmesi tehlikesi doğacaktır. Bu nedenle soruşturma aşaması başlar başlamaz, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması durumunda bu tedbire hemen başvurulması en isabetli yol olacaktır. Soruşturma aşamasında hakimin, şirkete kayyım atanması yolundaki kararına karşı, CMK m.267 vd. maddelerine göre itiraz etme imkanı mevcuttur.

Kovuşturma evresinde, şirket yönetimine kayyım tayinine yargılamayı yapan mahkeme karar verecektir. CMK m.133'te açıkça mahkemenin karar vereceğinden bahsedilmiş olması nedeniyle, mahkemenin, kayyım tayini yönündeki bu kararına karşı sadece temyiz (istinaf) kanun yoluna başvurulabilecektir; bu karara karşı itiraz mümkün değildir. Kanun koyucu, atama kararına olmasa da, atanan kayyımın işlemlerine karşı görevli mahkemeye itiraz yolunu açmak suretiyle bu usulü biraz yumuşatmak istemiş görünmektedir.

CMK'ya göre, şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için gerekli şartlar gerçekleştikten sonra, hakim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilecektir. Ancak burada üzerinde önemle durmak istediğimiz husus, kayyım atanabilmesi için gerekli şartlar gerçekleşmiş olsa bile, mahkemenin şirket yönetimine kayyım atamasının zorunlu olmamasıdır. Zira CMK'da "... kayyım atayabilir" demek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Kanun koyucu burada mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Mahkemenin burada araştırması gereken husus, kayyım atanması ile amaçlanan menfaatin, doğması muhtemel zararlardan daha fazla olup olmayacağıdır.

Şirket yönetimine kayyım atanmasına karar veren mahkeme, ikinci aşamada, kayyımın yetkisinin ne olacağı hususunu tespit edecektir. Buna göre mahkemenin iki seçeneği bulunmaktadır. Mahkeme ilk olarak, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı tutabilir. İkinci olarak ise, yönetim organının yetkilerini tümüyle kayyıma bırakabilir.

CMK'da, şirket yönetimine kayyım atanmasına ilişkin esaslara yer verilmemiştir. Bu durumda, özel hukuk alanında kayyım atanmasına ilişkin esasları buraya kıyas yoluyla uygulama zorunluluğu çıkmaktadır. Kanaatimizce, özel hukuktaki kayyım atanmasına ilişkin esasların burada da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

Kayyım, şirketin yönetim organının karar ve işlemlerini onaylamakla görevlendirilebileceği gibi yönetim organının yetkilerinin tamamını da üstlenebilir. Bu nedenle, kayyımın, atandığı görevin özelliği ve gerekleri dikkate alınmak suretiyle, yeterli bilgi, deneyim ve beceriye sahip, ileri görüşlü, basiretli bir iş adamı gibi hareket edebilen, taraflarla arasında menfaat ilişkisi bulunmayan kişiler arasından seçilmesine dikkat edilmesi gerekmektedir.

Atanacak kayyımın tarafsız olması gerektiği de bir başka önemli şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız sırasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF) kayyım olarak atanıp atanamayacağı hususu üzerinde durulmuştur. Bankacılık Kanunu'na göre TMSF'nin başlıca görevi tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumaktır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde TMSF'nin tasarruf sahipleri lehine taraf olduğundan dolayı tarafsız olmadığı ve dolayısıyla kayyım olarak atanması mümkün değildir. Keza Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesine göre zimmet suçu dolayısıyla yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun ve TMSF'nin başvuruda bulunması halinde bunların başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacakları açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda hem taraf hem de kamu davasında müdahil konumunda bulunan TMSF'nin kayyım olarak atanmasının hukuken mümkün olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca, TMSF'nin kamu tüzel kişisi olmasından dolayı da kayyım olarak atanamayacağını düşünmekteyiz.

Kayyım olarak sadece gerçek kişilerin mi atanabileceği sorusu da akıllara gelebilir. Kanun'da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. İcra ve İflas Kanunu'na göre iflasın ertelenmesi durumunda atanacak kayyımın sadece gerçek kişi değil, aynı zamanda tüzel kişi de olabileceği kabul edilmektedir. Ancak CMK'ya göre atanacak kayyımın sadece gerçek kişi olması gerekmektedir, tüzel kişilerin (özel hukuk tüzel kişisi veya kamu hukuku tüzel kişisi) CMK'ya göre kayyım olarak atanması mümkün değildir. Zira özel hukuktan farklı olarak ceza yargılamasında özellikle soruşturma aşamasında, soruşturmanın gizliliği ilkesi göz önüne alındığı vakit tüzel kişi yerine gerçek kişinin kayyım olarak atanması bu ilkenin uygulanabilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Ayrıca mahkemenin tüzel kişiliği kayyım olarak ataması durumunda ikinci bir çıkmazla daha karşı karşıya kalınmaktadır: Kayyım atama kararında mahkeme kayyımı kendisi atamayacak, kayyım olacak gerçek kişiyi atama yetkisini tüzel kişiye vermiş olacaktır. Böyle bir uygulama da gerek kanunun ruhuna, gerekse maddenin konuluş amacına aykırılık oluşturacaktır. Kayyım olarak tüzel kişinin

atanamamasının bir diğer gerekçesini ise tüzel kişi kayyımın görevlerini ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda sorumluluk yüklenecek kişinin bulunmasında karşımıza çıkacak güçlükler oluşturmaktadır. Bu nedenlerle kayyım olarak sadece gerçek kişilerin atanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Kayyım olarak tek kişi atanabileceği gibi, birden fazla kişi de atanabilir. Birden fazla kişi atanması durumunda sayının tekte tutulması karar alınabilmesi bakımından isabetli olacaktır.

Şirkete kayyım atayan mahkeme, atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığını veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiğini belirtecektir. Kural olarak, şirketi temsile ve şirket adına borçlanmaya yetkili organ yönetim kurulu olduğundan ve kayyım atanması ile yönetim organının kararlarının geçerliliği veya yetkilerinin tamamı kayyıma geçeceğinden, kanun koyucu bu hususun, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunmasını zorunlu kılmıştır.

Kayyımın görev süresinin ne kadar olacağı konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun, atanan kayyımın görev süresi ile ilgili bir hüküm getirmemiş olması eksiklik olarak yorumlanamaz. Zira kayyım atanması bir koruma tedbiri olduğuna göre, bu tedbirin uygulanması ile beklenen faydanın gerçekleştiği veya gerçekleşmeyeceği anlaşıldığı taktirde bu tedbire son verilmesi gerekecektir. Koruma tedbirlerinin geçici olma özelliği bu sonucu doğrulamaktadır.

Kayyım, yerine getirmiş olduğu faaliyet dolayısıyla bir takım haklara sahip bulunmaktadır. Kayyımın en önemli hakkı ücret alma hakkıdır.

Kayyım, yapmış olduğu görev karşılığında mahkemece takdir edilen bir ücret alır. Kanun koyucu, mahkemenin takdir ettiği bu ücretin, şirket

bütçesinden karşılanması esasını kabul etmiştir (CMK m.133/II). Ancak, kayyım yapmış olduğu görev karşılığında ödenecek ücretin hangi esaslar çerçevesinde belirleneceği açıkça hükme bağlanmamıştır. Kayyımın ücretinin tespitinde, işin nitelik ve özellikleri, sarf edilen emek ve mesainin derecesi, şirketin aktiflerinin toplamı gibi kıstasların göz önünde bulundurulması gerekir. Burada olması gereken, kayyımın ücreti ve masrafları ile ilgili bir tarifenin çıkartılması olmalıdır.

Kayyımın görevleri, onay makamı olarak atanması veya yönetim organı olarak atanması halinde değişiklik gösterecektir. Yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı durumlarda, kayyım, yönetim organının aldığı kararların, şirket lehine olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu bağlamda, şirketin, malvarlığının ivazsız olarak başka yerlere aktarılması yolundaki bir yönetim organı kararını kayyımın onaylamaması gerekmektedir. Aksi durumda, mahkemenin, kazanç müsadereci kararı (TCK m.55) vermesi halinde söz konusu karar yerine getirilemeyebilecektir. Bu nedenle kayyımın, verilecek bu nitelikteki mahkeme kararlarını etkisiz hale getirebilecek yöndeki yönetim organı kararlarını onaylamaması gerekmektedir. Kayyım yönetim organı yerine atandığı vakit, atandığı şirketin yönetim organının görev ve yetkilerine tamamen sahip olacak, bir nevi yönetim organı gibi hareket edecektir.

CMK m.133/III'te: "İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler" hükmü yer almaktadır. Burada kanun koyucu, şikayetle ilgili özel hüküm koymak yerine TMK ve TTK'ya yollamada bulunmakla yetinmiştir. Kayyımın aldığı kararlara ve yaptığı işlemlere karşı yapılacak şikayetler, TMK m.461 hükmünün, TMK m.403/III atfıyla kıyasen uygulanması sonucu gerçekleşir. Örneğin, onay makamı olarak atanan kayyımın, yönetim organının bir kararını onaylamaması durumunda, yönetim

organı vesayet makamına şikayette bulunabilir. Ayrıca TMK’da şikayette bulunabilecekler arasında “ilgililer” de sayılmıştır. Burada ilgililer ile kastedilmek istenen acaba nedir? Şirket yönetimine kayyım atanmasının konusunu “şirket” oluşturduğuna göre ilgililer ile kastedilmek istenen her şeyden önce şirketin ortakları olsa gerektir. Buna göre, genel kurul, denetim kurulu gibi organlar da ilgililer kategorisine dahil edilmelidir. Ayrıca, şirketin alacaklıları veya borçluları da somut olayın özelliklerine göre ilgili kategorisine dahil edilebilirler. Sonuç olarak ilgili tabirinden, kayyımın yaptığı işlem ile menfaatleri ihlal edilme tehlikesi bulunan kişileri anlayabiliriz. Kanun’da her ne kadar kayyımın sadece işlemlerine karşı şikayet yoluna başvurulabileceği belirtilmiş ise de bu hükümden kayyımın şahsına karşı şikayet edilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkartılamaz. Kanaatimizce, atanan kayyımın işlemlerine karşı şikayet yolunu kabul edip şahsına ilişkin eksiklikler için şikayet yolunu kabul etmemenin açıklanabilir bir izahı bulunmamaktadır. Ayrıca kayyımın şahsı, yapacağı işlemlerin de habercisi konumundadır. Bu nedenle, kayyımın işlemlerine karşı şikayet imkanını en aza indirmek bakımından da kayyımın şahsının denetime tabi tutulması en tutarlı yol olacaktır. Kanun koyucunun bunun aksini düşündüğünün kabulü de mümkün gözükmemektedir. Ancak, kayyımın işlemlerine yapılan şikayetten farklı olarak, şahsına ilişkin şikayetleri direkt olarak kayyımı atayan ceza mahkemesine yapmak daha doğru olacaktır. Mahkeme, bu itiraz üzerine yapacağı inceleme neticesinde kayyımın şahsına ilişkin şikayeti geçerli görürse söz konusu kayyımın görevine son verip yerine yeni bir kayyım atayabilecektir.

Şikayette görevli mahkemenin neresi olduğu hususu da önem arz etmektedir. Kanaatimizce, kayyımın işlemlerine ilişkin şikayet ve itirazlar bakımından görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesidir. Ancak kanun koyucu 133. maddede TMK’dan başka TTK hükümlerine de yollama yapmıştır. Peki neden? Kanun koyucu acaba burada görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması gerektiğini mi kabul etmek istemiştir? TTK’da kayyım tayinine ilişkin genel bir düzenleme

bulunmamaktadır. TTK m.324/II'de, şirket malvarlığını korumaya yönelik geçici hukuki korumalardan birisi olarak, şirkete yediemin atanması gösterilmiştir. Ancak doktrinde yediemin ifadesiyle kastedilmek istenenin aslında kayyım olduğu ittifakla kabul edilmektedir. İster İİK'ya göre ister TTK'ya göre atanmış olsun her iki durumda da kayyımı atamaya asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Kayyım, görevi süresince kendisini atayan asliye ticaret mahkemesinin denetimine tabidir. Bu nedenle de, kayyımın yaptığı işler ve aldığı kararlara karşı ilgililer kayyımı atayan ticaret mahkemesine şikayet edebilirler. Buradan çıkan sonuca göre, TTK'ya (veya İİK'ya) göre, atanan kayyımın işlemlerine karşı ticaret mahkemesine başvurulabilecektir.

Yaptığımız bu açıklamalar karşısında, kayyımın işlemlerine karşı gidilecek görevli mahkeme konusunda TMK ile TTK arasında bir uygunsuzluk olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. TMK'ya göre şikayet ve itiraz merci sulh hukuk ile asliye hukuk mahkemesi iken, TTK'ya göre asliye ticaret mahkemesidir. CMK m.133/III'te her iki kanundan birlikte bahsedildiğine göre acaba hangi kanun uygulama alanı bulabilecektir?

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde TMK'nın kabul etmiş olduğu sistemin benimsenmesi daha isabetli gözükmemektedir. TTK'nın sisteminin kabul edilmesi daha önce de ifade ettiğimiz üzere çeşitli sıkıntıları beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle, ceza mahkemesince atanan kayyımın gerek şahsına gerekse işlemlerine karşı şikayet ve itirazların sonuçlandırılması bakımından TMK'nın şikayete ilişkin sisteminin uygulanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

CMK'nın 249. maddesinde tüzel kişilerin temsili düzenlemiştir. Söz konusu madde, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin, “katılan” veya “savunma makamı yanında yer alan” sıfatıyla duruşmaya kabul edileceğini düzenlemiştir. Söz konusu madde, tüzel kişinin, iddia veya savunma makamında yer almasına göre, organ veya temsilcisi

aracılığıyla temsiline imkan tanımaktadır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya sanığa sağlanan haklardan yararlanabilecektir. Burada kanun koyucu, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir paralellik kurmuş; katılan veya sanığa sağlanan hakların aynısının, tüzel kişinin organ veya temsilcisine de sağlanacağını hükme bağlamıştır. Eğer tüzel kişinin organ veya temsilcisi aynı zamanda söz konusu suç nedeniyle sanık durumunda ise, “savunma makamı yanında yer alan” sıfatıyla duruşmaya kabul edilmez. Bu durumda tüzel kişiyi kimin temsil edeceği sorusu akıllara gelebilir. Bu konu hakkında Kanun’da bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce böyle bir durumun varlığı halinde, mahkemenin tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım ataması uygun olacaktır. Mahkeme daha önce şirkete kayyım atamışsa burada ikili bir ayrıma gitmemiz gerekmektedir. Eğer mahkeme kararında sadece yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmış ise bu durumda kayyımın tüzel kişiyi temsil yetkisi olmayacağından mahkemenin ya bu kayyımı ya da başka bir kayyımı tüzel kişiyi temsil için görevlendirmesi gerekecektir. İkinci durumda, mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle kayyıma devretmiş ise bu yetkinin içine şirketi temsil de gireceğinden, soruşturma ve kovuşturma aşamasında tüzel kişiliği atanmış olan bu kayyım temsil edebilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken çok önemli bir husus bulunmaktadır. Maddenin başlığı her ne kadar “tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturmada temsili” olsa da, maddenin içeriği dikkatlice incelendiği vakit sadece kovuşturma aşamasında temsille ilgili düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Gerçekten, birinci fıkrada “katılan”dan ve “duruşma”dan; ikinci ve son fıkrada ise sadece “sanık”tan söz edilmektedir. Bütün bu kavramlar kovuşturma evresi ile ilgili olduğundan başka bir anlatımla soruşturma evresinde henüz katılma söz konusu olmayacağından ve son iki fıkrada sadece “sanık” statüsünden bahsedilmiş olmasından dolayı, soruşturma evresinde bu hükmün uygulama kabiliyeti kalmamaktadır. Buradan çıkan sonuca göre, tüzel kişi, soruşturma aşamasında temsil edilemeyecek ve

bütün işlemler gıyabında yürütülecektir. Bu maddenin, bir an önce yapılacak bir değışiklikle düzeltilmesi ve soruşturma aşamasını da içine alır tarzda kaleme alınması gerekmektedir. Aksi durumda, adil yargılanma ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecek çok önemli hak ihlallerine sebebiyet verilmesi tehlikesi doğacaktır.

CMK, şirket yönetimine kayyım atanmasında “katalog suç” sistemini kabul etmiştir. Bu sisteme göre, şirket yönetimine kayyım atanabilmesi sadece katalogda sayılmış olan suçlar bakımından mümkün olacaktır. Burada sayılmamış olan suçlar bakımından ise kayyım atanması mümkün olmayacaktır.

Zorlama amaçlı elkoyma ile kayyım atanmasının karşılaştırılmasına gelince. Elkoymanın bir başka çeşidi ise, kaçaklara ilişkin elkoymadır. Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilir (CMK m.247/I). CMK m.248’e göre, kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla, Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına (malvarlığına) amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır (CMK m.248/I). Burada elkoymanın amacı, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaktır. Sanığın gaip olması durumunda elkoyma kararı verilemeyecektir. Kaçak sanığın malvarlığına el konulabilmesi için CMK m.248/II’de katalog şeklinde sayılan suçlardan birini işlediği şüphesinin bulunması gerekmektedir. Kanun’da kaçak sanığın malvarlığına elkoyma kararı verilmesi için “amaçla orantılı olma” koşulu getirilmiştir. Amaçla orantılılık koşulunun getirilmesinin çok önemli bir mantığı bulunmaktadır. Bu düzenleme ile, basit sayılabilecek bir suç işlemiş olan kaçak sanığın bütün malvarlığına elkonulamayacak, böylelikle de genel müsadereye başvurulma sakıncası önlenmiş olacaktır.

TCK'nın kazanç müsadereesine (TCK m.55) ilişkin hükümlerinin CMK'ya yansımaları, 128. madde ile olmuştur. Burada düzenlenen elkoyma ile CMK m.123'te düzenlenen basit elkoyma arasında, katalog suç sistemi hariç pek fazla bir fark yokmuş gibi görünse de iki kurum arasında çok önemli sayılabilecek farklar vardır. Bu iki madde arasındaki asıl fark, konuluş gerekçelerinde kendisini göstermektedir. Türkiye'de özellikle ticari ceza hukukunda yaşanan ve ülkeyi sarsan çok sayıda olay meydana gelmiş; bunlardan belki de en önemlisini yirmi bir özel bankanın batmış, kamu bankalarının ise yapılan usulsüzlükler sonucunda milyarlarca dolar zarara uğratılmış olması oluşturmaktadır. Kamu bankalarını bir yana bırakırsak, özel bankaların, hakim hissedarları tarafından içinin boşaltıldığı (hortumlandığı) iddia edilmiş ve bunu yapanlardan bir anlamda kamunun varlığını oluşturan bu menfaatleri geri almak için çeşitli yollar denenmiş ve bu amaçla da Anayasa'ya aykırı olduğu bütün çevrelerce şüphe götürmeksizin kabul edilen 5020 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu Kanun'a dayanarak, bankacının ve tabir caizse yedi sülalesinin bütün malvarlığına hiçbir yargı kararına dayanmaksızın elkonulmuştur. İşte bu olumsuz uygulamaların önüne geçebilmek maksadıyla CMK m.128 ve CMK m.133 kabul edilmiştir. Ancak üzülererek söyleyebiliriz ki, Bankalar Kanunu'nda kabul edilen düzenlemelerin nerdeyse aynalarına Bankacılık Kanunu'nda da yer verilmiş ve CMK ile kabul edilen teminatlar hiçe sayılmıştır.

CMK m.128'de belirtilen tedbire başvurulabilmesi için bazı koşullar gerekmektedir: CMK m.123'de aranan koşulların varlığı; katalogda sayılan suçlardan en az birinin işlendiği yolunda kuvvetli şüphe bulunması; taşınmaz, hak veya alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe bulunması; taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olması (buradaki malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması durumunda da elkoyma işlemi yapılacaktır); hakim kararı olması.

128. madde ile 133. madde arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz:

Şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için, şirketin söz konusu suçtan elde edilen menfaattle kurulmuş olması gerekmemektedir. Bu tedbir sadece şirket kurulduktan sonra bahis konusu olabilecektir. Şirket yönetimine kayyım atanabilmesi için, suçun, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması gereklidir. Bu nedenle tamamlanmış suçlarda kayyım atanması mümkün değildir. Oysa 128. maddeye göre elkoyma kararı verilebilmesi için suçun tamamlanmış olması şarttır. Ancak buradan şöyle de bir sonuç çıkartmamak gerekir: Fail, zincirleme veya kesintisiz şekilde suçlar işlemişse 128. madde uygulanamaz. Bu doğru değildir, zira kanun koyucunun amaçladığı şey suçun tamamlanmış olmasıdır. Aksi durumda suçtan dolayı bir menfaat temini zaten mümkün olamaz. Bu iki madde arasındaki en önemli fark, suçun işlenme biçiminde kendisini göstermektedir. 128. maddeye göre, malvarlığına elkonulabilmesi için suçun, şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması şart değildir. Oysa 133. maddeye göre, kayyım atanabilmesi için suçun mutlaka şirketin faaliyeti çerçevesinde başka bir deyişle şirket kisvesi altında işlenmekte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, şirket yönetim kurulu üyesinin, şirketten bağımsız olarak bir suç işlemiş olması halinde, 133. madde değil 128. madde uygulanacak ve failin her türlü malvarlığına elkonulacaktır. Ancak bu iki maddenin birlikte uygulanabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, şirket yönetim kurulu üyesi işlediği bazı suçları şirketten bağımsız olarak; bazılarını ise şirket kisvesi altında gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda hem 128. madde, hem de 133. madde birlikte uygulanacaktır.

Özel hukukta düzenlenen kayyımlıktan farklı olarak (TMK m.477) ceza muhakemesinde kayyımlığın ne zaman sona ereceğine ilişkin bir düzenleme Kanun'da yer almamaktadır. Kayyım atanması bir koruma tedbiri olduğuna göre, artık ihtiyaç duyulmadığı zaman, kayyımlığa son verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kayyım atanması, orantısız bir tedbir niteliğine bürünmüşse de durum aynıdır. Örneğin, şirkete kayyım atanmasını

gerektilen suçun, katalogdan veya suç olmaktan çıkarılması durumunda, kayyım atanması orantısız bir hal alacağından, kayyım atanması kararına son verilmelidir. Bundan başka, kayyımlık, soruşturma ve kovuşturma sürecinde en geç hüküm anına kadar devam edebilir. Hükümün verilmesiyle birlikte kayyımlık koruma tedbiri de sona ermiş olur. Kayyım atanmasına ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan edildiğine göre, kayyımlığın sona erdiğinin de ilan edilmesi gerekmektedir.

Kayyım atanmasının sona ermesiyle birlikte, kayyımın, kayyımlık görevinin de sona ereceği ortadadır. Ancak bazı durumların varlığı halinde, kayyımlık devam etmesine karşın, kayyımın, kayyımlık sıfatı ortadan kalkabilir. Örneğin, kayyımın ölümü, hakkında gaiplik kararı verilmesi, fiil ehliyetini yitirmesi, kısıtlanması, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmesi (TCK m.53) durumlarında kayyımın, kayyımlık sıfatı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda da kayyımın görevinin sona erdiğinin ilan edilmesi gerekmektedir.

Kayyımı atayan ceza mahkemesi, gerekli gördüğü durumlarda kayyımın görevine son verme yetkisine de sahip bulunmaktadır. Kayyımın görevine, kayyımı atayan mahkemeden başka bir mahkeme tarafından son verilmesi mümkün değildir. Kayyımın görevi sona ermiş ise mahkemenin derhal yeni bir kayyım ataması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin; "Zincirleme Suç&Fikri İçtima", **HPD**, S.2, Sonbahar 2004, s.163-167.

AKINTÜRK, Turgut; **Türk Medeni Hukuku**, 2.C., Aile Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1998.

AKMAN, Mehmet; **Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması**, İstanbul 2004.

AKÜNAL, Teoman; **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2.Bası, İstanbul 1995.

ALACAKAPTAN, Uğur; **Suçun Unsurları**, Ankara 1967.

ALANGOYA, Yavuz; **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul 1979.

ALANGOYA, H.Yavuz, YILDIRIM, M.Kamil, DEREN-YILDIRIM, Nevhis; **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5.Bası, İstanbul 2005.

ANSAY, Sabri Şakir; **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4.Bası, Ankara 2002.

ARSLAN, Çetin, AZİZGAOĞLU, Bahattin; **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara 2004.

ARSLAN, Ramazan; **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner; **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2.Bası, Ankara 2006 (Genel Hükümler).

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner; **5237 Sayılı Kanununa Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Bası, Ankara 2005 (Özel Hükümler).

AŞKAN, Cengiz; Adi **Şirketin Yönetimi**, Ankara 2003.

ATALAY, Oğuz; **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir 2006.

AYİTER, Kudret; **Roma Hukuku Dersleri - Aile Hukuku**, 2.Bası, Ankara 1963.

BAHAR, Cevdet Okan; "Anonim ve Limited Şirketlerde Temsil Yetkisi ve Şirkete Kayyım Atanması", **Vergi Dünyası**, S.252, Ağustos 2002, s.126-131.

BATTAL, Ahmet; **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara 2006 (Şerh).

BATTAL, Ahmet; "Sosyal Devletin Liberal Ekonomideki Eli; TMSF Nasıl Kuruldu? Nasıl Algılanıyor? Nasıl Tasarlanmalı?", **Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, I, 26-27 Kasım 2004**, Ankara 2005, s.227-246 (TMSF).

BELGESAY, Mustafa Reşit; **Türk Kanunu Medenisi Şerhi - Aile Hukuku**, C.2, 3.Bası, İstanbul 1949.

BERKİ, Şakir; **Roma Hukuku**, Ankara 1949.

BİLGE, Necip; **Hukuk Başlangıcı**, 13.Bası, Ankara 1999 (Başlangıç).

BİLGE, M.Emin; "Bankalar Kanununun 14. Maddesine Göre Bankalar Hakkında Tedbir Alınmasını Gerektiren Durumlar ve Öngörülen Tedbirler", **AÜEHFD**, C.IV, S.1-2, Yıl;2000, Erzincan 2000, s.379-412 (Tedbir).

CENTEL, Nur; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı**, İstanbul 1996.

CENTEL, Nur; "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", **Hukuk Araştırmaları (Marmara Üniversitesi)**, C.8, S.1-3, 1994, s.69-99 (Koruma).

CENTEL, Nur; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul 1992 (Tutuklama).

CENTEL, Nur Başar; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, İstanbul 1984.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.Bası, İstanbul 2005.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem; **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3.Bası, İstanbul 2005.

CEYLAN, Seldağ Güneş; "Roma Hukuku'nda Kayyımlık (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, C.53, S.1, s.221-230 (Cura).

CEYLAN, Seldağ Güneş; **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Ankara 2004 (Velayet-Vesayet).

CİHAN, Erol; "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi", **İÜHFM**, C.28, S.3-4, s.701-712.

CİHAN, Erol, YENİSEY, Feridun; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 1997.

ÇEÇEN, Anıl; **Adalet Kavramı**, 3.Bası, Ankara 2003.

ÇOBANOĞLU, Rahmi; **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul 1964.

ÇOLAK, Haluk; "Kaçak Sanıklar Hakkında Hükmedilebilecek Tedbirler; Batı Hukuku ve Türk Hukuku", **Ankara Barosu Hukuku Kurultayı 2000**, C.2, s.272-278 (Kaçak).

ÇOLAK, Nusret İlker; **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği**, Ankara 2003 (Bankacılık).

DAYINLARLI, Kemal; “Kayımlık Ücreti”, **Yargıtay Dergisi**, C.18, S.1-2, Ocak-Nisan 1992, s.415-420.

DEMİRBAŞ, Timur; **Ceza Hukuku - Genel Hükümler**, 3.Bası, Ankara 2005.

DEMREN-DÖNMEZ, Burcu; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara 2007.

DEVELLİOĞLU, Ferit; **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, İstanbul 1981.

Dİ MARZO, Salvatore, çev.Ziya Umur; **Roma Hukuku**, İstanbul 1954.

DOĞAN, Murat, TAŞKIN, Feyzullah; “Vesayet Örgütünün İşleyişi, Aksayan Yönleri, Değişiklik ve Çözüm Önerileri”, HPD, S.9, Aralık 2006, s.119-131.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım**, C.I, 14.Bası, İstanbul 1997 (I).

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım**, C.II, 12.Bası, İstanbul 1999 (II).

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım**, C.III, 12.Bası, İstanbul 1997 (III).

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, GÜMÜŞ, Mustafa Alper; **Türk Özel Hukuku**, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

DURSUN, Selman; **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2006 (Ekonomik Suçlar).

DÜRSUN, Selman; "Bankalar Kanunu'nda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı", **Prof.Dr.Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.III, s.731-747 (Usuli Hükümler).

DÜLGER, İbrahim; "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Duruşmanın Açıklığı", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.110-113.

EGGER, August, çev.Volf Çernis; **Medeni Kanun Şerhi - Aile Hukuku - Üçüncü Kısım Vesayet**, C.I, Ankara 1952 (I).

EGGER, August, çev.Volf Çernis; **Medeni Kanun Şerhi - Aile Hukuku - Üçüncü Kısım Vesayet**, C.II, Ankara 1955 (II).

ELPE, M.Nezih; **Vasilik ve Kayımlık Hukuku**, Ankara 1967.

ERDURAK, Yılmaz Güngör; **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 1984.

EREM, Faruk; **Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler**, C.III, 3.Bası, Ankara 1985 (III).

EREM, Faruk; **Ceza Usulü Hukuku**, 2.Bası, Ankara 1968 (Usul).

EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, ARTUK, Mehmet Emin; **Ceza Hukuku - Genel Hükümler**, 14.Bası, Ankara 1997.

ERGÜL, Ergin; "Uluslararası Suç A.Ş.'leri Daha Beyaz Yıkar", **Hukuk ve Demokrasi**, S.14, Yıl 2, s.8-10.

ERGÜL, Ergin; "Organize Suçlar ve Karaparanın Aklanması", **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu 30 Nisan-1 Mayıs 2005**, s.243-268.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul 1971 (Aile).

FEYZİOĞLU, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996 (Tanıklık).

FEYZİOĞLU, Metin; **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara 2002 (Kanaat).

GAUL, H.F. çev.Nevhis Deren Yıldırım; "Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu", **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 4.Bası, İstanbul 2001.

GÖKCEN, Ahmet; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara 1994 (Elkoyma).

GÖKCEN, Ahmet; **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu 30 Nisan-1 Mayıs 2005**, s.349-362.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; **Türk Medeni Hukuku - Aile Hukuku**, İkinci Kitap, 3.Bası, Ankara 1954.

GÖNENSAY, A.Samim; **Medeni Hukuk**, C.2 - Kısım 2, İstanbul 1940.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; **Türk Medeni Hukukunda Kayyım**, İstanbul 2006.

GÜNAL, Nadi; **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme**, Ankara 1996.

GÜRALP, Ayşe Gülin; "İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması", Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, **DEÜHFD**, C.7, Özel Sayı 2005, İzmir 2005, s.57-78.

GÜRALP, Ayşe Gülin; "**Anonim Şirkette Kayyım**" İzmir 2005.

HAKERİ, Hakan; **Sorularla Ceza Hukuku**, Ankara 2005 (Sorularla).

HAKERİ, Hakan; **Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Ankara 2006 (Temel Bilgiler).

HAKERİ, Hakan; "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları", www.akader.org/KHUKA/INDEX.asp (05.08.2006)

HATEMİ, Hüseyin; "Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977**, İstanbul 1980, s.129-140.

HATİPOĞLU, Muzaffer, PARLAR, Ali; **Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar**, Ankara 2005.

HELVACI, Serap; "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", **Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999.

HENKCEL, Wolfram, çev. Ergun Önen; "Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine", **AÜHFD**, C.26, S.1, s.231-246.

HEINRICH, Bernd; **Vorlesung Strafprozessrecht - Arbeitsblatt Nr.1, Die Prozessmaximen**, <http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hnr/materialien/strafprozessrecht/01-prozessmaximen.doc> (20.12.2006)

HIRŞ, Ernest; **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3.Bası, Ankara 2001.

IUSTINIANUS, çev.Ziya Umur; **Institutiones**, İstanbul 1968.

İÇEL, Kayıhan; **Suçların İçtimai**, İstanbul 1972.

İÇEL, Kayıhan, Yenisey, Feridun; **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 3.Bası, İstanbul 1990.

İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener; **İçel Suç Teorisi - 2.Kitap**, 2.Bası, İstanbul 2000 (Suç Teorisi).

İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener; **İçel Yaptırım Teorisi - 3.Kitap**, 2.Bası, İstanbul 2002 (Yaptırım Teorisi).

İMREGÜN, Oğuz; **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12.Bası, İstanbul 2001.

İZMİRLİ, Yadigar; **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001 (Organ).

KANADOĞLU, Sabih; **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, 2.Bası, Ankara 2003.

KANGAL, Zeynel T.; **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara 2003 (Ceza Sorumluluğu).

KANGAL, Zeynel T.; "Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler", **HPD**, S.7, Temmuz 2006, s.85-90 (Tüzel Kişiler).

KANTAR, Baha; **Ceza Hukuku, Kısım I**, Ankara Tarihsiz.

KARADENİZ-ÇELEBİCAN Özcan; **Roma Hukuku**, 7.Bası, Ankara 2000.

KARANLIK, Nilgün; **"Kayyım Hukuku"** Ankara 1998.

KAYAR, İsmail; **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirleri**, Konya 1997.

KAYMAZ, Seydi, GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Önödeme**, Ankara 2005.

KOÇ, Nevzat; "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", **Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı 2005**, İzmir 2005, s.99-120.

KONURALP, Haluk; **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999.

KOPARAN, Mehmet Reşat; "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", **TBBD**, Yıl;2006, S.65, s.154-172.

KOSCHAKER, Paul, Ayiter, Kudret; **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir 1992.

KÖNI, Ekrem; "Ceraimi Müteselsile", **İBD**, 1938, S.7, s.429-440.

KÖPRÜLÜ, Bülent, KANETİ, Selim; **Aile Hukuku**, İstanbul 1985-1986.

KUDLICH, Hans; **StPO, Überblicksskript, S.3**, http://www.str2.jura.uni-erlangen.de/lehre/WS200607/Skript_StPO.pdf (20.12.2006).

KUNTER, Nurullah; **Müselssel Suç ve Af**, İstanbul 1951 (Af).

KUNTER, Nurullah; **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bası, İstanbul 2006.

MAHMUTOĞLU, Fatih S.; "Back to back, fiduciary, off shore Bankacılık İşlemleri Bağlamında Bankalar Kanunu'nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.223-238.

NUHOĞLU, Ayşe; **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara 1997.

OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY, Saibe; **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 7.Bası, İstanbul 2002.

OĞUZOĞLU, Cahit ; **Roma Hukuku**, Ankara 1952.

ÖNDER, Ayhan; **Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler**, 4.Bası, İstanbul 1994 (Özel Hükümler).

ÖNDER, Ayhan; **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992 (Ceza).

ÖNDER, Ayhan; "Mütemadi Suç", **İÜHFM**, 1963, C.29, S.1-2, s.75-120 (Mütemadi Suç).

ÖNDER, Mehmet Fahrettin; **Türk Hukukunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Bankaları Denetimi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2002 (BDDK).

ÖZBEK, Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara 1999 (Arama).

ÖZBEK, Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006 (Ceza).

ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.

ÖZEN, Muharrem; **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara 1995.

ÖZGENÇ, İzzet; **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara 2005 (Gazi).

ÖZGENÇ, İzzet; "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", **SÜHFD, Prof.Dr.Şakir Berki'ye Armağan**, C.5, Yıl.1996, S.1-2, s.443-454.

ÖZGENÇ, İzzet; "Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti - Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", **Prof.Dr.Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul 1995, s.319-344 (Tüzelkişi).

ÖZGENÇ, İzzet; **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara 2002 (Ekonomik Çıkar).

ÖZGENÇ, İzzet, ŞAHİN, Cumhur; **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3.Bası, Ankara 2001.

ÖZMEN, İsmail; **Açıklamalı-İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları**, 3.Bası, Ankara 2004.

ÖZSUNAR, Erdal; **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Ankara 2005.

ÖZTAN, Bilge; **Aile Hukuku**, 5.Bası, Ankara 2004 (Aile).

ÖZTAN, Bilge; **Tüzel Kişiler (Ders Notları)**, Ankara 1994 (Tüzel Kişiler).

ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara 1970 (Organ).

ÖZTAN, Bilge; "Kanuni Müşavirlik ve Federal Mahkeme'nin Bu Konuya İlişkin Görüşü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı**, C.I, Ankara 1977, s.297-327 (Kanuni Müşavir).

ÖZTÜRK, Bahri; **Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi**, İstanbul 1984.

ÖZTÜRK, Bahri; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara 1991 (Hazırlık).

ÖZTÜRK, Bahri; "Kaçak Sanıklar Hakkında Hükmedilebilecek Tedbirler; Batı Hukuku ve Türk Hukuku", **Ankara Barosu Hukuku Kurultayı 2000**, C.2, s.255-272 (Kurultay).

ÖZTÜRK, Bahri; **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar)**, Ankara 1995.

ÖZTÜRK, Bahri; "Delil Yasakları", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.131-136.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Bası, Ankara 2006 (Ceza Muhakemesi).

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan; **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 8.Bası, Ankara (Ceza Hukuku).

ÖZUĞUR, Ali İhsan; **Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara 2002.

PEKCANITEZ, Y.Hakan; **Anonim Ortaklıkların İflası**, Ankara 1991.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, 4.Bası, Ankara 2005.

POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin; **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, 10.Bası, İstanbul 2005 (Ortaklıklar).

RADO, Türkan; **Roma Hukuku Dersleri - Borçlar Hukuku**, İstanbul 1997.

REİSOĞLU, Seza; **Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasındaki Diğer Hukuki Kavramlar**, Ankara 2002.

RIKLIN, Franz; **Strafprozessrecht**, http://www.unifr.ch/strr/downloads/Strafprozessrecht/Skriptum_Strafprozessrecht_2005.pdf (20.12.2006)

ROXIN, Claus; **Strafverfahrensrecht**, 25., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1998.

RÖSSNER, Dieter; **Materialien zum Repetitorium Strafprozessrecht, Kurzrepetitorium zu den examensrelevanten Themen (Fälle zu den einzelnen Problembereichen mit Lösungen befinden sich bei Rössner, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003)**, http://www.jura.uni-marburg.de/strafr/roessner/dokumente/ws0506/StPO_Uebersicht.doc (20.12.2006)

SANCAR, Türkan Yalçın; **Müteselsil Suç**, Ankara 1995.

SEROZAN, Rona; **Tüzel Kişiler**, 2.Bası, İstanbul 1994.

SOYASLAN, Doğan; **Teşebbüs Suçu**, Ankara 1994.

SOYER, Ali; "Kayımlık Müessesesi ile Anonim Ortaklıklarda Kayımlı Atanması ve Yönetimi", **Ad.Der.** Yıl.93, S.11, Nisan 2002, s.285-295.

SÖZÜER, Adem, TEKDAĞ, M.Kenan; "Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?", **HPD**, S.3, Nisan 2005, s.48-62.

ŞAHİN, Cumhur; **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005 (Gazi).

ŞAHİN, Cumhur; **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara 1994 (Sorgu).

ŞAHİN, Cumhur; **Ceza Muhakemesinde İspat (Dellillerin Doğrudan Doğrulaylığı İlkesi)**, Ankara 2001.

ŞAHİN, Cumhur; "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", **SÜHFD**, Prof.Dr.Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, S.1-2, s.221-291.

ŞENSOY, Naci; **Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri**, Ankara 1949.

TANER, Tahir; **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul 1945 (Usul).

TANER, Tahir; **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3.Bası, İstanbul 1953 (Ceza Hukuku).

TANRIVER, Süha; "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Dellillerin Durumunun İrdelenmesi", **TBBD**, Yıl;2006, S.65, s.119-128.

TANRIVER, Süha; **Konkordato Komiseri**, Ankara 1993 (Komiser).

TAŞPINAR, Sema; "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", **Prof.Dr.Faruk Erem Armağanı**, Ankara 1999, s.759-787.

TEKİNALP, Ünal; **Banka Hukukunun Esasları**, C.I, İstanbul 1988 (Banka).

TEKİNALP, Ünal; **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul 2003 (Fondaki Banka).

TEKİNALP, Ünal; "Bankanın Fona Devredilmesi Sisteminin Eleştirisi ve Öneriler", **Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, I, 26-27 Kısım 2004**, Ankara 2005, s.275-284 (Öneriler).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Türk Aile Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 1984.

TERCAN, Erdal; "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", SÜHFD, **Prof.Dr.Sabri Şakir Berki'ye Armağan**, Konya 1996, s.181-212 (Gerçek).

TERCAN, Erdal; **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara 2001 (İsticvap).

TERCAN, Erdal; **Medeni Usul Hukukunda Eski Hale Getirme**, Ankara 2006 (Eski).

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat; **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3.Bası, Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat; **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 8.Bası, Ankara 2005.

TOSUN, Öztekin; **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri - Genel Kısım**, C.1, 4.Bası, İstanbul 1984 (Muhakeme).

TOSUN, Öztekin; **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Dellillerin İspat Kuvveti**, İstanbul 1976.

TOSUN, Öztekin; "Müselmel Suçlar", **İÜHFM**, C.22, s.1-4, s.124 vd (Müselmel Suçlar).

TUOR, Pierre, çev.Amil Artus; **İsviçe Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı**, Birinci Kısım, Ankara 1956.

TÜRK, Ahmet; **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları**, Ankara 1999.

TÜZÜN, Necat; **Şirketler Hukuku**, 3.Bası, Ankara (tarihsiz).

UMUR, Ziya; **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1983.

USLU, Feyzullah; **Vesayet (Prensipler,Doktrin,Kazai İçtihat)**, İzmir 1941.

ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal; **Türk Hukuk Tarihi**, 9.Bası, Ankara 1999.

VELIDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk**, 2.Bası, İstanbul 1956.

YAŞAR, Osman; **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Ankara 2000.

YILDIRIM, Mehmet Kamil; **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 1986.

YILMAZ, Ejder; **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.2, Ankara 2001 (Himaye).

YILMAZ, Ejder; **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, Ankara 1982 (Islah).

YILMAZ, Z.Sanem; **Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar**, İzmir 2004 (Geçici Koruma).

YURTCAN, Erdener; **Şahsi Dava ve Uygulaması**, 2.Bası, Ankara 1985 (Şahsi Dava).

YURTCAN,Erdener; **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2.Bası, İstanbul 1987 (Kesin Hüküm).

YURTCAN, Erdener; **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat**, C.1, İstanbul 1988 (Ceza Muhakemesi).

YÜCE, Turhan Tufan; **Ceza Hukukunun Genel Kavramları**, Ankara 1985.

YÜCE, Turhan Tufan; **Ceza Hukuku Dersleri**, C.1, Manisa 1982.

YÜCEL, Mustafa Tören; "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Üzerine", **Ankara Barosu Hukuku Kurultayı 2000**, C.2, s.172-179.

YÜCEL, Mustafa Tören; "Organize Suç", **TBBD**, Yıl;1998, S.3, s.1066-1076.

----- ; **Türkçe Sözlük** - Türk Dil Kurumu Yayınları, C.2, Ankara 1988.

----- ; **Türk Hukuk Lügatı**, Ankara 1944.

----- ; **CMUK 2000 Tasarısı** - Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2000.

----- ; **Gebührenfreier Klausurenkurs, Fälle und Schemata kostenfrei und viele Studienhilfen**, http://www.rauda-zenthoefer.de/klausurentaining/strafrecht/uebersicht_stpo.pdf (20.12.2006).

ÖZET

ERSOY, Uğur. Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

“Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini” isimli yüksek lisans tez çalışmasında, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 133. maddesi ile hukuk sistemimize girmiş olan şirket yönetimine kayyım tayini kurumu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda uygulaması henüz pek sık görülmeyen bu kurumun kabul ediliş amacı, nasıl işletilmesi gerektiği, kayyımın hukuki niteliği, şirket yönetimi için kayyım tayininin koşulları ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar ve çözüm önerileri ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Konuya ilgili yazılmış ilk eser olma özelliğini taşıyan bu çalışma ile, kurumdan ne anlaşılması gerektiği ortaya konularak doktrin ve uygulamaya yardımcı olunması amacı güdülmüştür.

Anahtar Sözcükler

1. Ceza Muhakemesi Hukuku
2. Ceza Hukuku
3. Kayyım
4. Şirket Yönetimi
5. Koruma Tedbiri

ABSTRACT

ERSOY, Uğur. Appointing Caretaker for the Management of Company as a Precaution for Protection, Thesis of Master Degree, Ankara, 2008.

In this Paper for Master Degree with the title of “Appointing Caretaker for the Management of Company as a Precaution for Protection”, Article 133 of Criminal Procedure Law and the organization of appointing caretaker for the company management, which takes place in our law system, have been analysed duly. The purpose of accepting this organization is to study on how it should be managed, the legal aspect of caretaker, the conditions for appointing a caretaker for the management of company, and the problems that may come into being during application and their solutions, in detail.

With this study which is the first work to have been written on this subject, it has been aimed to explain how to understand the organization and provide help for the doctrine and its application.

Key Words

1. Crime Procedure Law
2. Crime Law
3. Caretaker
4. Company Management
5. Precuation for protection