

Bağışlamanın Geri Alınmasında “Ağır Suç” Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme

“Serious Crime” in Terms of the Withdrawal of the Donation

Cüneyt PEKMEZ¹ 

¹Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ORCID: C.P. 0000-0001-7703-440X

ÖZ

TBK m. 295 I b.1’de bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında düzenlenen bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gerekeni belirlemek için ikili ayırım yapmak gerekecektir. Birinci ayırım “suç” ifadesi ikinci ayırım ise “ağır” ifadesidir. Bu ayırım salt teorik bir ayırım olarak görülmemelidir. Zira bağışlamanın geri alınması bakımından bağışlanan tarafından işlenen hukuka aykırı fiilin ceza hukuku anlamında bir “suç” teşkil etmesi gerekecektir. Hukuka aykırı fiilin suç olup olmadığının, ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinin yeterli olduğu, bu kapsamda hukuka aykırı fiil suç teşkil ediyorsa TBK m. 295 I b.1’de yer alan sebeple bağışlamanın geri alınması bakımından ilk unsuru sağlayacağı söylenebilir. Hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi, ağır suç işlenmesi sebebine dayanılarak bağışlamanın geri alınması bakımından objektif şartı teşkil eder.

“Ağır suç” kavramı bakımından incelenmesi gereken ikinci husus “ağır” ifadesidir. Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağır olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre belirlenecek olup, ceza hukukunda yer alan hususlar bu bakımdan etkili olmayacaktır. Sübjektif unsur (“ağır”) bakımından hakim şu üç unsurun mevcut olup olmadığını incelemelidir: Suçun şükranlılık-minnetsizliği varlığını haklılaştırması, suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesi.

Anahtar Kelimeler: Ağır suç, Bağışlamanın geri alınması, Bağışlayan

ABSTRACT

To understand the concept of “serious crime” based on the Turkish Obligation Code (TOC) 295 I 1, a dual distinction must be made to express the reason for a donee committing a serious crime against a donor or one of his/her relatives. The first distinction required is “crime” and the second is “serious.” When a donation is withdrawn, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. To evaluate whether the offending act is a crime or not with reference to criminal law is sufficient.

The second distinction required is to define the term “serious.” Whether a crime can be characterized as serious is determined in accordance with the regulations of private law in relation to the withdrawal of donations. When determining the subjective component of seriousness, the judge should examine the following three elements: whether the crime justifies the existence of ingratitude, any damage caused to the donor because of the crime, and the objective justification for this damage.

Keywords: Serious crime, Withdrawal of donation, Donor

Submitted: 27.09.2019 • Revision Requested: 11.10.2019 • Last Revision Received: 10.12.2019 • Accepted: 23.12.2019 • Published Online: 00.00.2019

Corresponding author: Cüneyt Pekmez, E-mail: cuneytpekmez@hotmail.com

Citation: Pekmez C, ‘Bağışlamanın Geri Alınmasında “Ağır Suç” Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme’ (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 213.

EXTENDED ABSTRACT

Our study examines the concept of “serious crime” that leads to withdrawal of donation. This may be due to the donee committing a serious crime against the donor or one of the donors’ relatives, which can be a reason for the withdrawal of donations, regulated by the Turkish Obligation Code (TOC) art. 295 I b 1. We refer to “severe crime,” as defined in the Turkish Civil Code art. 510, which regulates the grounds for debarment from inheritance. However, evaluations of severe crime that lead to debarment from inheritance may not be valid when considering the grounds for withdrawal of donation. In case of debarment from inheritance, the person whom the legator is debaring from his/her inheritance may be the heir according to the legator, yet there may be no such relationship between the donor and the donee. The proximity between the donor and the donee may not be as intense as in inheritance law. How can the concept of “serious crime” then be interpreted in terms of the withdrawal of donation? Is it possible, in this case, to deploy the assessments of criminal law? In the context of our study, we attempt to find answers to this question. To not exceed the scope of our study, we evaluate the concept of severe crime only with reference to withdrawal of donation.

To gain an understanding of the concept of “serious crime” based on the TOC 295 I 1, a dual distinction must be in place to express the reason for a donee committing a serious crime against a donor or one of his/her relatives. The first distinction is “crime,” and the second distinction is “serious”. This distinction should not be regarded as purely theoretical because when withdrawing a donation, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. When a donation is withdrawn, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. To evaluate whether the offending act is a crime or not, referring to criminal law is sufficient. The fact that the offense is characterized as “crime” serves as an objective condition for the withdrawal of a donation when it is a serious crime.

The second distinction required is to define the term “serious.” A crime is characterized as “serious” based on private law regulations in relation to the withdrawal of the donation. The criminal law issue will not be effective in this regard. The private law judge evaluates two types of issues when determining the concept of “serious crime”: objective and subjective. When determining subjective issues, the judge examines the following three elements: whether the crime justifies the existence of ingratitude, any damage caused to the donor because of the crime, and the objective justification for

this damage. The judge should examine the nature of each specific case type, the extent of the donation, the motivation of the donor to donate, the motivation of the donee in relation to the offense, whether the donor is at fault or not, and whether these three elements exist together.

1. Giriş

Çalışmamız kapsamında TBK m 295’de düzenlenen bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramı incelenecektir. Bu yapılırken, mirastan çıkarma sebeplerinin düzenlendiği TMK m 510 I b 1’de de kullanılan “ağır suç” kavramı ve bu kavrama ilişkin tespitlerden yararlanılacaktır. Ancak her durumda mirastan çıkarma sebeplerinde yer alan “ağır suç” kavramına ilişkin değerlendirmelerin bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında sayılan “ağır suç” kavramı için geçerli olmayabileceği söylenebilir. Zira, sebepleri arasında “ağır suç” kavramının kullanıldığı mirastan çıkarmada, mirasbırakanın mirastan çıkaracağı kişi mirasçısı olmakla birlikte, bağışlayan ile bağışlanan arasında böyle bir ilişki olmayabilir. Bağışlayanın alelade bir kişiye bağışlama yapmayabileceği en azından bir yakınlık olması veya bağışlayanın yakınlık duyması gerektiği hayatın olağan akışına uygun olduğu ileri sürülse dahi bu yakınlık miras hukukundaki kadar yoğun olmayabilir. Peki bağışlamanın geri alınmasında “ağır suç” kavramı nasıl yorumlanmalıdır? Bu hususta ceza hukukunda yer alan değerlendirmelerden yararlanılabilir mi? Çalışmamız kapsamında bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız. Hükümün uygulama alanı bulabilmesi için gereken şartlar bakımından hüküm çeşitli açılardan incelenmeye müsaittir. Ancak çalışmamızın kapsamını aşmamak adına, bağışlamanın geri alınmasında sadece “ağır suç kavramı” üzerine değerlendirmelerde bulunacağız.

2. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 295’de bağışlayanın hangi durumlarda, elden bağışlamayı veya bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlama konusunun geri verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. TBK m 295 I b 1;

“Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir:

1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse.”

düzenlemesini içermektedir. Hükümde açıkça belirtildiği üzere, bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine¹ karşı ağır bir suç işlemişse, bağışlayan elden bağışlama gerçekleştirmiş veya bağışlama sözünü ifa etmişse bağışlama sözünü geri alabilecek ve bağışlama konusunun iadesini talep edebilecektir².

3. Bağışlananın Fiilinin “Suç” Teşkil Etmesi

3.1. Genel Olarak

İsviçre Borçlar Kanunu’nda 26. 06. 1998’de yapılan değişiklikten³ önce bağışlamanın geri alınmasını düzenleyen hükümde (OR Art 249) “schwere Verbrechen” ifadesi kullanılmaktaydı. İsviçre Borçlar Kanunu’nun kabul edildiği dönemde İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı’nda, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı fiiller üçlü bir ayrıma tabiydi. Bu ayrıma göre, hukuka aykırı fiiller, Übertretungen (kabahat), Vergehen (cünha), Verbrechen (cürüm) olarak ifade ediliyor, bu üç şekilde nitelendiriliyordu. 26. 06. 1998’de yapılan değişiklikten önceki düzenleme ceza hukukundaki bu üçlü ayrımı esas almıştır⁴. Ancak daha sonra Ceza Kanunu Tasarısı’nda “Vergehen”

- 1 Bu kapsamda mağdur bağışlayan ya da yakınlarından birisi olmalıdır. (Denise Weingart, OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (eds) (3rd edn, Orell Füssli 2016) Art 249 N 10; bağışlananın üçüncü kişi banka aleyhine işlediği ağır suç nedeniyle mahkum olmasına dayanılarak bağışlayan bağışlamayı geri alamaz. See Nedim Peter Vogt and Annaig L. Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1- 529 OR in Honsell, Vogt and Wiegand (6th edn, Helbing-Lichtenhahn 2015) Art 249 N 9; OFK/ Weingart Art 249 N 10.
- 2 TBK m 296 (OR Art 250) bağışlama sözünün geri alınma sebeplerini düzenlemekte, TBK m 296 I b 1 (OR Art 250), elden bağışlamada bağışlama konusunun geri verilmesini sağlayabilecek sebepleri, bağışlama sözünün geri alınma sebepleri arasında saymaktadır. TBK m 295 I b 1 (OR Art 249) düzenlemesi elden bağışlamada bağışlama konusunun geri verilmesini gerektiren sebebi içerdiğinden, bu hüküm TBK m 296 I b 1 kapsamında bağışlama sözü verilmiş ancak henüz ifa edilmemişse, bağışlama sözünün geri alınmasında da uygulanır. See Reto Heizmann, *Strafe im schweizerischen Privatrecht Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015) N 614; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 1 ff; Ahmet Türkmen, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019) 161; diğer deyişle, TBK m 296 I b 1 göz önüne alındığında, TBK m 295 I b 1’de düzenlenen sebep, hem elden bağışlamada bağışlama konusunun geri alınmasının, hem de bağışlama sözü verilmiş henüz ifa edilmemişse ifadan kaçımmanın bunun yanında ifa gerçekleşmişse bağışlama konusunun geri alınmasının sebebinin teşkil etmektedir. Bu nedenle bağışlayana veya yakınlarından birine karşı bağışlananın ağır suç işlemesi halinde, bağışlama konusunun iadesi veya ifa edilmemiş ise bağışlama sözünün geri alınması sağlanabilir.
- 3 Bu değişiklik için see BG 26.06.1998 (Anhang Ziff 2) AS 1999 1118.
- 4 Ceza kanunlarında suç ayrımına ilişkin sistemler arasında yer alan suçları ağırlıklarına göre derecelendirmeye tabi tutan sistemlere göre, üç farklı ayrımı esas alan ceza kanunlarıyla karşılaştırılır. Suçları ayrıma tabi tutan ceza kanunlarından, ikili, üçlü ve dörtlü ayrımı benimseyen ceza kanunlarına rastlanılır. İkili ayrımı esas alan ceza kanunları 1) cürüm, kabahat veya 2) cürüm, cünha şeklindeki ayrımları kullanır(Örneğin, Alman Ceza Kanunu, Avusturya Ceza Kanunu). Üçlü ayrımı gözönüne alan ceza kanunları ise, cürüm-cünha kabahat (hafif suç) şeklinde üçlü ayrımı benimser. (Örneğin İsviçre Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu). Bu değerlendirme için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘Suç-Kabahat Ayrımı İdari Ceza Hukukunun Temelleri’ in İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar (eds), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (Seçkin 2009) 27-28; Elif Bekar, ‘Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) (1-2) İÜHF 1033,1034. Konumuz itibariyle önce İsviçre Ceza Tasarısında bu üçlü ayrım benimsenmiş, daha sonra ikili ayrıma geçilmiştir.

kaldırılarak, bu kapsamda yer alan hukuka aykırı fiiller "Verbrechen" çatısı altına yerleştirilmiştir^{5,6}. Türk Hukuku'nda ise İsviçre Borçlar Kanunu'nda "schwere Verbrechen" ifadesinin karşılığı olarak, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m. 244'de "ağır cürüm" ifadesi kullanılmıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 26.06. 1998'de yapılan değişiklikle "Verbrechen" kavramı, "Straftat" olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikle İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ifade İsviçre Ceza Kanunu ve Ceza Hukuku terminolojisine uygun hale getirilmiştir⁷. Ancak bu kavramın tercih edilmesi sebebi, redaksiyon amacına matuf olup, kanunun yorumunda bir değişikliği gerektirmemiştir. Bu nedenle İsviçre'deki çoğunluk görüşü ve yargı uygulaması geçerliliğini korumakta, Verbrechen (cürüm) ya da Vergehen(cünha) niteliğinde olsun fiil "Straftat"(suç) niteliğinde ise bağışlamanın geri alınması için gereken ilk şartı sağlamaktadır⁸.

İsviçre'de durum bu yönde iken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 295 I b.1'de "ağır cürüm" kavramı yerini "ağır suç" kavramına bırakmış, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikle lafız bakımından paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple hükmün lafzı ve mehzar kanundaki değişiklik süreci göz önüne alındığında ilk planda bağışlamanın geri alınması için bağışlananın

- 5 Mirastan çıkarma bakımından yapılan bu değerlendirme için see Michael Gubser, *Strafentberung de lege lata-de lege ferenda, unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts* (Zürich 2001) 51-52; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha 2013) 115 dn 60; aynı husus bağışlamanın geri alınması için de geçerlidir.
- 6 Bu değişiklikten sonuç çıkararak azımlık görüşe göre, mirasçılıktan çıkarmayı düzenleyen ZGB Art 477 I b 1'de "Verbrechen" ifadesinin önüne "schwere" ifadesi eklenmek suretiyle cünhaların (Vergehen) göz önüne alınmamasının amaçlandığı söylenebilir. İsviçre Ceza Kanunu Tasarı görüşmelerinde Verbrechen-Vergehen ayrımının ortadan kaldırılmasıyla, bütün Verbrechen'lerin mirasçılıktan çıkarma için aranan haklı neden olması kabul edilemez. Bu görüş için see Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II Das Erbrecht, I Abt.: Die Erben Art. 457-536* (3th edn, Schulthess 1959) Art 477, N 13; A. Rıza Çubukgil, 'Mirastan Adi İskatin Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441, 449; aksi yöndeki görüş, suç kavramına giren fiilin gerçekleşmesinin mirastan çıkarma bakımından gerektiği, aykırı fiilin "Verbrechen" ya da "Vergehen" olarak ayrılmasının önem arz etmediği, ağır ifadesinin "Vergehen"ı dışlamaya yönelik olmadığı yönünde see Gubser (n 5) 52; Balthasar Bessenich, 'Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457- 977 ZGB' in Honsell, Vogt and Geiser (3th edn, Helbing-Lichtenhahn 2006) Art 477 N 4; Yağcı (n 5) 117; bağışlamanın geri alınması hususunda aynı yönde değerlendirmeye göre "Vergehen"ler de yeterli olabilir. See BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; OFK/ Weingart Art 249; N 9; Beat Schönenberger, 'CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art 184 - 318 OR' in Markus Müller-Chen, Claire Huguenin (3th edn, Schulthess 2016) Art 249 N 4; Felix Horat, *Grundstückschenkungen mit Nutznießungs- oder Wohnrechtsvorbehalt* (Schulthess 2018) 34.
- 7 Mirasçılıktan çıkarma bakımından aynı yönde see BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4; Yağcı (n 5) 116.
- 8 BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; mirasçılıktan çıkarma bakımından aynı yönde değerlendirme için see Yağcı (n 5) 117-118; Gubser (n 5) 52; BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4.

bağışlayana veya yakınlardan birine karşı ceza hukuku kapsamında yer alan bir “suç” işlemesi gerektiği söylenebilir⁹. Bunun sonucu olarak kabahatlerin (Übertretungen) bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında belirtilen “suç” kavramı içerisine girmeyeceği kabul edilebilir¹⁰.

3.2. Fiilin “Suç” Niteliğinin Ceza Hukuku Kurallarına Göre Belirlenmesi

TBK m. 295 I b.1’de bağışlamanın geri alınma sebebi olarak ağır suç işlenmesi ve bu kapsamda öncelikle “suç” işlenmiş olması arandığına göre, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı yönelen fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Bu kapsamda, bağışlamanın geri alınmasında hangi hukuka aykırı fiilin “suç” teşkil edeceği ceza hukuku kurallarına göre belirlenecektir¹¹. Ceza hukuku kurallarına göre, bir fiilin suç

9 OFK/ Weingart Art 249 N 9; CHK/ Schöenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th edn, Yetkin 2017) 298; Türkmen (n 2) 177; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi (Adalet 2016) 324; geniş yorumlanması gerektiği yönünde aksi yönde görüş için see Ezgi Kutluay, Bağışlama Sözleşmeleri (Turhan 2016) 142; Alman Hukuku’nda durum farklıdır. Aykırı fiilin suç teşkil etmesi gerekmemekte, biri objektif biri sübjektif iki unsur aranmaktadır. Buna göre, objektif olarak aykırı fiilin ağırlığına ilişkin belirli bir ölçü, sübjektif bakımdan ise şükransızlık-minnetsizlik olarak kabul edilebilecek nitelikte bir aykırılığın olması aranır. Hatta fiilin objektif bakımdan hukuka aykırı olması aranmamakta, ahlaka aykırılık da şartlar mevcutsa bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil edilmektedir. Herhalde bütün durum ve şartlar değerlendirilerek aykırı fiilin yeterli ağırlığa sahip olup olmadığı belirlenecektir. See Renate Dendorfer-Ditges and Philipp Wilhelm, ‘Nomos Kommentar zum Bürgerlichesgesetzbuch, Schuldrecht’ in Dauner-Lieb and Langen (3th edn Nomos 2016) §530 N4; Markus Gehrlein, Beck’scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 8. Abschnitte, in Bamberger, Rothau and Poseck 4. Teil, §516-534, (Beck 2019) §530 N 3; Jens Koch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534, (8 th edn Beck 2019) § 530 N 2-4.

Mirastan çıkarmada bu husus tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş, mirastan çıkarma sebebi olabilecek aykırı fiilin ceza hukuku kapsamında suç niteliğinde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tartışma ve görüşler için see Yağcı (n 5)118-120.

10 OFK/Weingart Art. 249 N 9; CHK/ Schöenberger Art. 249 N 4; Horat (n 6) 34; Kutluay 142; Eren (n 9) 298; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N. 9; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 120-121 dn 73; Gubser (n 5) 52; BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4; ayrıca see BGE 73 II 208; aksi yönde görüşe göre, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması ve ayrı bir kanunda düzenlenmesinin arkasında yatan temel düşüncenin bunların ceza yargılamasını konu edilmesinin önüne geçilmesi, “suç” için söz konusu olabilecek özgürlüğü kısıtlayıcı etkinin kabahatler bakımından önlenmesine yönelik olduğu, bu nedenle bağışlamanın geri alınmasındaki suç kavramının farklı değerlendirilmesi gerektiği, ceza hukukundaki bu değişikliğin kabahatlerin bağışlamanın geri alınmasındaki suç kavramı içerisinde yer almasını engellemeyeceği, nihai şekilde kabahatlerin bağışlamanın geri alınmasında dikkate alınmayacağıнын söylenemeyeceği yönünde see Türkmen (n 2) 180; kanımızca yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, kabahatleri suç olmaktan çıkararak Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yürürlüğe girdiği, eBK m. 244’de “cürüm” kavramının işaret ettiği ceza hukuku kapsamında değerlendirilen “suç” kavramının, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmedeği dönemde dahi kabahatleri içermeyecek şekilde yorumlandığı, kaldı ki değişiklik öncesi İsviçre Hukuku’nda dahi kabahatlerin (Übertretung) ağır suç kavramı içerisinde değerlendirilmediği yönünde gerekçeler (Mirastan çıkarma bakımından aynı yönde gerekçeler için see Çubukçil 441, 449; Yağcı (n 5) 120 dn 73) dikkate alındığında, kabahatlerin, bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında yer almayacağı söylenebilir.

11 OFK/ Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schöenberger, Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 177.

teşkil etmesi için; Tipiklik, Maddi Unsur, Manevi Unsur ve Hukuka Aykırılık şeklinde dört unsur bulunmalıdır¹².

3.2.1. Tipiklik

Tipiklik, fiilin Türk Ceza Kanunu, yan ceza kanunları ya da özel suç tipleri düzenleyen kanunlarda yer alan suç tanımlarından birinin içerisinde yer almasını ifade eder¹³. Bu bakımdan suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde bir kanun tarafından ceza yaptırımını öngörölmüş olan ve suç olarak nitelendirilen her hukuka aykırı fiil, bağışlamanın geri alınması için gerekli olan “suç” kavramını karşılayacaktır. Bu kapsamda hukuka aykırı fiil herhangi bir kanunda yer alan “suç” kategorisi içerisinde yer almıyorsa bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecektir. Sonuç itibariyle bağışlayana veya yakınlarına karşı gerçekleşen hukuka aykırı fiil kanunilik ilkesi çerçevesinde bir kanun kapsamında suç kategorisi içerisinde yer alan bir fiil olmalıdır.

3.2.2. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurları kapsamında öncelikle ceza hukuku bakımından suçun konusu olan “fiil” incelenmelidir¹⁴. Bu kapsamda fiil, bir icrai veya ihmali bir davranış şeklinde görülebilir. Bu aykırı fiilin gerçekleşmesiyle ya bir netice ortaya çıkmakta ve bu netice ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının varlığı aranmakta; ya da sırf hareket suçları olarak nitelendirilen suçlar bakımından netice aranmaksızın tipik hareketin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır¹⁵. Bu hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesiyle bir

-
- 12 Ceza Hukuku bakımından suçun unsurlarının nelerden oluştuğu ve nasıl incelenmesi gerektiği hususunda çeşitli teoriler ileri sürölmüştür. (Bu teoriler ve ayrımlar için see Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017) 199ff; Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin 2019) 194ff; bu kapsamda suçun unsurları bakımından metinde belirtilen unsurların incelenmesi yönünde tercih yapan değerlendirmeden yola çıkarak suçun unsurlarını incelemeye çalıştık. Metinde belirtilen unsurları suçun unsuru olarak incelemeyi tercih eden değerlendirme için see İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn Seçkin 2016) 141ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 220; krş. Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18th edn, Seçkin 2018) 165ff; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 th edn, Seçkin 2019) 104 ff; mirastan çıkarma hususunda aynı yöntemle inceleme için see Yağcı (n 5) 121-122.
- 13 Özgenç (n 12) 157ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 221ff; Öztürk and Erdem (n 12) 185ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 104-105; Özbek, Doğan and Bacaksız, (n 12) 208 ff; Yağcı (n 5) 122.
- 14 Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 231ff; Özgenç (n 12) 162ff; tartışmalı olmakla birlikte suçun maddi unsurlarının konu, fail, mağdur, fiil, nedensellik bağı, objektif isnadiyet, neticeden oluştuğu kabul edilmektedir (Bu unsurlar için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 231ff; Özgenç (n 12) 162ff; bu hususları tipiklik içerisinde inceleyen değerlendirme için see Öztürk and Erdem (n 12) 190ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 112ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 210ff; biz bu başlık altında sadece çalışmamız bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz unsurları incelemeyi tercih ettik.
- 15 Nitekim netice suç tipinde gösteriliyorsa ceza hukuku bakımından önem arz eder see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 270; Özgenç (n 12) 173; Koca and Üzülmöz (n 12) 126-127; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2019) 241; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 226;

netice ortaya çıkmakta ve bu netice ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının varlığı gerekmektedir. Suçun, kural olarak ilk planda icrai hareketleri tamamlanmış bir hukuka aykırı fiil ile işlendiği söylenebilir.

Kural bu yönde olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu bazı hallerde icrai hareket tamamlanmamış olsa dahi, icrai harekete başlanmış olmasının (teşebbüs) da cezalandırılacağını düzenlemektedir. Bağışlamanın geri alınması bakımından suç kapsamında yer alan hukuka aykırı fiil bakımından icrai hareketlerin tamamlanmış olması gerekmemekte, icrai hareketlere doğrudan doğruya başlanmış olması yeterli olmaktadır¹⁶.

Bağışlayanın, ister teşebbüs aşamasında kalmış, isterse tamamlanmış olsun, hukuka aykırı fiili tek başına gerçekleştirip gerçekleştirmediği önem arz etmez¹⁷. Bu kapsamda bağışlayanın, fiile iştirak etmesi(TCK m. 37 I), azmettiren(TCK m 38) veya yardım eden (TCK m. 39) olarak fiile katılmış olmasının veyahut bir başkasını suç işlemede aracı olarak kullanması (TCK m. 37 II) bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez¹⁸.

3.3.3. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuruyla ifade edilen, suçun kasten veya taksirle işlenmiş olmasıdır. Bu açıdan manevi unsur suçun işleniş şeklini ifade eder¹⁹. Suçun kasten işlenmesi kural olsa da (TCK m. 21 I), suçun taksirli hali ilgili kanunda açıkça düzenlenmişse taksirle işlenen suçlar (TCK m. 22 I)²⁰ da bu kapsamda değerlendirilir. Zira taksirli suçlar, suç kategorisinde düzenlendiği sürece, bağışlamanın geri alınması bakımından hukuka aykırı fiilin “suç” teşkil etmesi şartını gerçekleştirecektir. Ancak taksirli suçlarda,

-
- 16 OFK/Weingart Art 249 N 11; Horat (n 6) 34; Eren (n 9) 298; Türkmen (n 2) 178; Vardar Hamamcıoğlu (n 9) 324; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5)123-124; Peter Weimar, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009) Art 477 N 8.
 - 17 OFK/Weingart Art 249 N 11; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 178; Eren (n 9) 298-299; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5)124-125.
 - 18 OFK/Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schönenberger Art 249 N.4; Horat (n 6) 34; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 124-125, 124 dn 89.
 - 19 Bu hususa ilişkin değerlendirmeler için see Özgenç 221; Yağcı (n 5) 126; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 315ff; manevi unsur, hukuka aykırı fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Bu bağ kurulmadığı sürece bir suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak bu unsurun kusurluluk ile karıştırılmaması gerekir. Kusur, işlediği hukuka aykırı fiille ilgili olarak kişi bakımından yapılan bir değerlendirmeyi ifade ederken, manevi unsur kişinin şahsi özelliklerinin dikkate alınmaksızın fiil hakkında yapılan bir değerlendirmedir. See Özgenç (n 12) 221; kast ve taksirin kusurluluk içerisinde değerlendirilmesine ilişkin see Öztürk and Erdem (n 12)169; Demirbaş (n 15) 368ff; kast ve taksirin, tipe uygunluk içerisinde sübjektif nitelikteki unsurlar başlığı altında inceleyen değerlendirme için see Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 252ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 143ff.
 - 20 Kural olarak taksirli suçların bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil etmeyeceği yönünde see Türkmen (n 2) 179; Merve Yılmaz, *Bağışlamanın Sona Ermesi* (On İki Levha 2011) 101-102.

bağışlamanın geri alınması bakımından suçun ağır bir suç olup olmadığı hususu kasten işlenen suçlara nazaran daha dar değerlendirilebilecektir. Bu açıdan suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, suç olmak bakımından değil, suçun ağır olup olmadığı bakımından değerlendirilebilir. Herhalde taksirli hali ilgili kanunda düzenlenmemişse bu halde fiil, bağışlamanın geri alınması kapsamında suç teşkil etmeyecektir. Suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği hususu ceza hukuku kurallarına göre belirleneceğinden, özel hukuk hakimi bu bakımdan ceza hukuku kurallarıyla bağlı olacaktır²¹. Bu kapsamda, ceza hukuku bakış açısı içerisinde hukuka aykırı fiilin taksirle işlendiği belirlenmesine rağmen fiilin taksirli hali, kanunda dayanağını bulan suç kategorisi içerisinde yer almıyorsa, fiil suç teşkil etmeyeceğinden, hukuka aykırı fiil bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmeyecektir.

3.3.4. Hukuka Aykırılık

Bağışlamanın geri alınması bakımından, bağışlayana veya yakınlarına karşı işlenen aykırı fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemiş olması, hukuka aykırı bulunması gerekir. Aslında bu unsur kapsamında ceza hukuku kuralları göz önüne alındığında aranan husus, hukuka uygunluk sebeplerinden en az birinin mevcut olmamasıdır²². Fiil gerçekleşmiş olmasına rağmen, hukuka uygunluk sebeplerinden birisi varsa suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiş demektir. Zira ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller fiilin suç teşkil etmesini engelleyeceğinden, fiil bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmez²³.

Ceza Hukuku bakımından hukuka uygunluk sebepleri arasında kanunun hükmü veya amirin emri (TCK m. 24 I ve II), meşru savunma(TCK m. 25 I) ve hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 26) sayılabilir²⁴. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi

21 Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 126.

22 Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 403ff; Özgenç (n 12) 287ff; Koca and Üzülmez (n 12) 272ff; Öztürk and Erdem (n 12) 232ff; Demirbaş (n 15) 269ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 277-278.

23 Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 127.

24 Hukuka uygunluk sebepleri için see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 408ff; Özgenç (n 12) 297ff; Öztürk and Erdem (n 12) 234ff; Demirbaş (n 15) 276ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 280ff ayrıca see Tuba Kelep Pekmez, *AIHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi* (On İki Levha 2015) 79ff; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 85ff; Muhammed Demirel, *Amirin Emri* (On İki Levha 2014) 51ff.

mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep mi olduğu tartışmalıdır²⁵. Bu tartışma bağışlamanın geri alınması çerçevesinde teorik bakımdan önem arz eder nitelikte görülebilir. Çünkü zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka aykırı fiil suç teşkil etmeyecek, bu kapsamda suçun ağır olup olmadığı incelemesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Şayet zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilirse aykırı fiil suç teşkil etmekle birlikte, zorunluluk hali suçun ağır olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önüne alınacaktır. Ancak bu değerlendirme göz önüne alındığında dahi zorunluluk hali mevcutsa, olayların büyük çoğunluğunda aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılığı haklılaştırması gerektiği hususu mevcut olmayabileceğinden özel hukuk hakimiyet aykırı fiili ağır bir suç olarak değerlendirmeyebilir²⁶. Sonuç itibarıyla zorunluluk hali mevcut olduğu sürece, kural olarak, bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebebin mevcut olmadığı söylenebilir²⁷.

25 Bu tartışmaya göre bir görüş zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu ileri sürerken (Öztürk and Erdem (n 12) 253); diğer görüş, zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir sebep olduğunu ileri sürer. See Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 502; Koca and Üzülmöz (n 12) 345-346; Özgenç (n 12) 405; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 376ff aynı yönde görüş ve tartışmaya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için see Bekar, (n 24) 85ff; TCK m. 25 II'nin madde gerekçesinde, kanun koyucu zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu değerlendirme için see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 502 dn 41; Koca and Üzülmöz (n 12) 346; Demirbaş (n 15) 297; Yağcı (n 5) 128 dn 105; Bekar, (n 24) 86.

26 Ağırlığın belirlenmesi hususunda gözönüne alınacak unsurlar için see aşağıda IV C.

27 Aynı yönde see Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde görüş için see Yağcı (n 5) 129 dn 108; mirastan çıkarmada, suçun unsurlarını ortadan kaldıran hata halinde, hatanın çıkarma için yeter sebep teşkil etmeyeceği yönünde see Ibid 129; aynı husus bağışlamanın geri alınması bakımından da geçerlidir.

Bu hususta bağışlananın suçun mağdurunun bağışlayan veya yakınlarından biri olduğunu bilmemesi halinde acaba bağışlamanın geri alınması söz konusu olacak mıdır sorusu akla gelmektedir. Aynı soru mirastan çıkarmada da gündeme gelmiştir. Bu hususta ortaya çıkan tartışmada ileri sürülen görüşlerden birine göre, mirasçılıktan çıkarmada failin yöneldiği saik veya iradenin ikinci planda olduğu, çıkarmada fiilin mirasbırakanda uyandırdığı psikolojik etki ve aile bağına verilen zararın dikkate alınması gerektiği, bu nedenle bilip bilmemesinin önemli olmadığı ileri sürülmüştür. See Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (3th edn, Filiz 1987) 311; ikinci görüşe göre ise çıkarmanın amacının mirasçıyı cezalandırmak olduğu, mirasbırakanı tanımayan ya da mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmeyen kişinin aile bağlarını koparmaya yönelik iradesinden bahsedilemeyeceğinden mirastan çıkarma yaptırımı uygulanmayacaktır. Bu tartışma ve görüşler için see Yağcı (n 5) 142.

Bağışlamanın geri alınması bakımından ileri sürülen bir görüşe göre, bağışlamanın geri alınmasında, kurumun amacı, bağışlayana karşı kusurlu davranışıyla vefasızlık gösteren kişinin cezalandırılması olduğundan bağışlananın iyilikbilmezliğinden söz edilebilmesi için bu durumu biliyor olması gerekir. See Türkmen (n 2) 183; kanımızca çıkarmada farklı olarak bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın cezalandırılması amacı ön planda değildir, bağışlayanın şükranlılığının ödüllendirilmesini engellemek bu surette bağışlayanın malvarlığı değerinin korunması amacı ön plandadır (See Heizmann, (n 2) N 616ff; aksi yönde görüşe göre, bağışlamanın geri alınması bağışlananın iyilikbilmezliğinin cezalandırılmasına yönelir. See Türkmen (n 2) 172; bağışlamanın geri alınmasında, bağışlayan ile bağışlanan arasında koparılması gereken bir aile bağının da olması beklenemeyecektir. Dolayısıyla objektif bakımdan işlenen suçun mağdurunun bağışlayan veya yakınlarından birisi olmasının yeterli olabileceği söylenebilir de, fiilin şükranlılığı-minnetsizliği haklı kılması gerektiği göz önüne alındığında, hata hali kanımızca suçun ağır olup olmadığı kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle böyle bir hata halinde, hukuka aykırı fiil bağışlayanın bağışlamayı geri alabilmesi için yeterli sebep teşkil etmeyecektir.

4. Ceza Hukuku Kurallarının Bağlayıcı Olmadığı Haller

4.1. Genel Olarak

Bağışlamanın geri alınma sebebi teşkil edebilmesi için aykırı fiilin suç teşkil etmesi ve suç kategorisi içerisinde yer alan fiilin gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak aykırı fiil suç teşkil etmesine rağmen ceza hukuku kuralları kapsamında yer alan çeşitli sebeplerle aykırı fiile yaptırım bağlanmayabilir. Bu sebepler arasında; suçun kovuşturulmasına veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, failin ceza hukuku bakımından kusurlu olmadığına hükmedilmesi gibi sebepler gösterilebilir. Bu açıdan bu sebeplerin ayrıca incelenmesi gerekir.

4.2. Kusurluluk

Bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın suç teşkil eden fiili bağışlayana veya yakınlarından birine karşı kusurlu bir irade ile işlemiş olması gerekir. Ancak kusurluluk ceza hukuku kurallarından ve ceza hakiminin kusura ilişkin tespitinden farklı şekilde ele alınmalı özel hukuk kurallarına göre belirlenmelidir. Bu açıdan özel hukuk hakimi, ceza hakiminin ceza hukuku kurallarına göre failin kusurluluğuna yönelik tespitleriyle bağlı değildir. Bağışlamanın geri alınmasında suç işleyen bağışlananın kusurluluğu özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir²⁸.

Aynı şekilde, bağışlayanın suçun işlenmesinde bir kusuru varsa, birlikte kusur gündeme gelecek, birlikte kusur ise özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Bağışlayanın kusuru, bağışlananın fiili ile sonuç arasındaki illiyet bağımlı kesiyorsa ya da bağışlananın kusurluluğunu ortadan kaldırıyorsa, bağışlananın fiili bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmez. Ancak fiil suç teşkil etmekle birlikte bağışlananın bu fiiline bağışlayanın etkisi bakımından, bağışlayanın kusuru bu derece ağır değilse, illiyet bağımlı kesmiyor veya kusurluluğu ortadan kaldırmıyorsa bağışlayanın kusuru suçun ağırlığının değerlendirilmesinde etkili olacak, bu kapsamda bağışlananın hukuka aykırı fiili daha hafif değerlendirilebilecek²⁹, bağışlamanın geri alınmasında "ağır suç" şartının oluşmadığından bahsedilebilecektir.

4.3. Objektif Cezalandırma Koşulları ve Şahsi Cezasızlık Nedenleri

Ceza Hukukunda tipik bir suçun işlenmesi cezalandırma bakımından yeterli olmayabilir. Bunun yanında belirli bazı ek şartların varlığı gerekebilir. Bu anlamda

28 Mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 130-131.

29 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3.

failin cezalandırılması bakımından suçun unsurları dışında ek şartın aranması objektif cezalandırma koşulları olarak nitelendirilir. Bu sebepler adından da anlaşılacağı üzere kişiden kişiye değişen sebepler değildir. Örneğin, hileli iflas suçunda iflas kararının verilmesi, basın yoluyla işlenen suçlarda yayının gerçekleşmesi objektif cezalandırma koşulları arasında yer alır³⁰. Bağışlamanın geri alınması bakımından suçun unsurları mevcut olduğu sürece, hukuka aykırı fiil suç niteliğinde olacağından ayrıca objektif cezalandırma koşulunun varlığı aranmayacaktır. Zira suç bütün unsurlarıyla birlikte gerçekleşmiş olduğu ihtimalde, bağışlamanın geri alınması bakımından gerekli şartı sağlamakta, ceza hukuku kurallarına veya ceza politikasına göre o suça ceza verilmesi için aranan ek şartın varlığı bağışlamanın geri alınması bakımından aranmamalıdır.

Objektif cezalandırılabilme koşullarında cezalandırılma bakımından ek şart aranmaktadır. Ancak şahsi cezasızlık nedenlerinde ise, faille ek şartın varlığı halinde ceza verilmemektedir. Şahsi cezasızlık nedenleri, failin sadece kendisinde bulunan ek şart nedeniyle cezalandırılmasının engellenmesini ifade eder³¹. Ancak objektif cezalandırılabilme koşullarında olduğu gibi şahsi cezasızlık nedeni de bağışlamanın geri alınmasını engellemez. Kendisinde şahsi cezasızlık nedeni bulunan failin hukuka aykırı fiili suç teşkil ediyorsa, bu durumda bağışlamanın geri alınması için gerekli olan suç unsuru sağlanmış olacaktır.

4.4. Bağışlamanın Geri Alınmasında Suçun Kovuşturulmasının veya Cezaya Hükmedilmesinin Zorunlu Olmaması

Bağışlamanın geri alınması bakımından, hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi gerekli olduğundan, fiilin suç olma özelliği devam ettiği sürece suça ilişkin cezaya hükmedilmesi veya kovuşturmaya geçilmesi gerekmez³². Fiil suç olma özelliğini devam ettirmekle birlikte, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya ceza kovuşturmasının yapılmamış olması bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez.

Ceza hakimi, etkin pişmanlık, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit etmişse, CMK m. 223 IV'e göre, "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verir. Ceza hukuku bakımından suç teşkil eden fiile

30 Öztürk and Erdem (n 12) 169-171; Özgenç (n 12) 648ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 589ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 438.

31 Öztürk and Erdem (n 12) 171-172; Özgenç (n 12) 628ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 583ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 438.

32 OFK/ Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat (n 6) 34; Eren (n 9) 298; Türkmen (n 2) 178-179; Vardar Hamamcıoğlu (n 9) 324.

ilişkin böyle bir karar verilmiş olması, ceza veya dava zamanaşımının geçmiş olması, genel veya özel af nedeniyle yaptırımın uygulanmaması ya da cezanın ertelenmiş olması, şikayete bağlı suçlarda şikayetin yapılmamış olması³³ veya şikayetin geri alınması³⁴ halleri bağışlamanın geri alınması bakımından önemli değildir³⁵. Fiil suç niteliğini koruduğu sürece bağışlamanın geri alınmasında bu haller özel hukuk hakimini bağlamaz.

5. Suçun “Ağırılık” Teşkil Etmesi

5.1. Genel Olarak

Bağışlananın suç teşkil eden fiili tek başına bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli değildir. Ayrıca TBK m. 295 I b. 1 'e göre, suç teşkil eden fiilin “ağır” olması gerekir. Bunun sonucu olarak şu sorular akla gelmektedir: Suçun ağırlığı neye göre belirlenecektir? Suçun ağır olup olmaması bakımından ceza hukuku kuralları etkili midir? Bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarma için belirtilenlerden ne ölçüde yararlanılabilir? Ağırlığın belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriter(ler) var mıdır?

Doktrinde hemen hemen oybirliğiyle kabul edildiği üzere³⁶, bağışlamanın geri alınmasında suçun ağırlığı ceza hukuku kurallarına göre değil, özel hukuk kurallarına göre tespit edilecektir. Dolayısıyla suç teşkil eden fiilin ağır olup olmadığını hukuk hakimisi takdir yetkisini kullanmak suretiyle özel hukuk kurallarına göre belirleyecek, ceza hukuku kurallarına göre suçun ağır olup olmadığıyla bağlı olmayacaktır. Bu kapsamda malvarlığına karşı işlenen suçlar da bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil edebilecektir.

Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağırlığının özel hukuk kurallarına göre belirleneceğinin kabul edilmesi karşısında, ceza hukukunda ağır suçun ne olduğuna ilişkin gerek mülga gerekse mevcut ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bu bakımdan etkili olmayacaktır. Zira gerek İsviçre ve Türk doktrininin ağır suç kavramının özel hukuk kurallarına göre yorumlanmasının oybirliğiyle kabul edilmesi gerekse ceza hukukunda ağır suç kavramına ilişkin belirtilenlerin hükmün

33 Bazı suçlar bakımından şikayet soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olduğundan, ancak şikayet, aykırı fiilin suç vasfını değiştirmedikçe, şikayete bağlı suçlarda şikayetin yapılmamış olması bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez.

34 Şikayetin geri alınması, uzlaşma, etkin pişmanlıktan yararlanma vakasının affedilmesi anlamı taşımadıkça geri alma hakkının kullanılmasını engellemeyeceği yönünde görüş için see Türkmen (n 2) 179.

35 OFK/Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 130-131.

36 OFK/Weingart Art 249 N 9; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat, (n 6) 35; ZürcherK/ Escher Art 477 N 13; Türkmen (n 2) 177; Obergericht I. Zivilkammer Urteil von 26. 06. 2015, ZR 2015/ 114, 202, E. 7. 10. 1; mirastan çıkarma bakımından ayrıca see BGE 73 II 208.

uygulama alanını amaca uygun olmayacak şekilde daraltacak olması karşısında ağır suç kavramının ceza hukuku kurallarına göre **yorumlanmaması** gerekir.

Ceza hukuku kurallarına göre ağır suç kavramı bir an için kabul edilirse; örneğin hakaret suçunun veya malvarlığına ilişkin ağır suç niteliğinde görülemeyecek bir suçun işlenmesi halinde özel hukuk bakımından ağırlığın tespitinde aranması gereken aşağıda inceleyeceğimiz kriterler mevcut olsa dahi bu suçlar “ağır suç” niteliğinde olmadığından bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecek, hükmün uygulama alanı hükmün amacına uygun olmayacak şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

Özel hukuka göre belirlenecek ağırlığın tespitinde ise, özel hukuk bakımından hangi suçların ağır suç kabul edileceğine ilişkin bir liste belirlemek mümkün görünmemektedir. Kanun koyucunun, bağışlamanın geri alınması sebeplerini kazuistik olarak saymamakla bu hususta hakime geniş bir takdir yetkisi tanımak istediği sonucu çıkarılabilir.

5.2. Ağırlığın Belirlenmesinde Mirastan Çıkarmanın Etkisi

Bağışlamanın geri alınmasında acaba özel hukuk hakimi mirastan çıkarmada belirtilenlerden ne ölçüde yararlanabilecektir sorusu akla gelmektedir. Gerçekten de TBK m. 510 I b.1’de yer alan mirastan çıkarma sebebi ile TBK m. 295 I b.1’e yer alan sebep birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak hakim bu hususta mirastan çıkarmada belirtilen hususlardan her durumda yararlanmaktan kaçınmalıdır:

TMK m. 510, mirasçılıktan çıkarma sebeplerini saymıştır. Hükümde, TBK m. 295 I b.1’de olduğu gibi, mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Mirastan çıkarmada da, fiilin belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir. Her somut olayın özelliğine göre değişmekle birlikte, bu ağırlık unsuru aile bağlarını koparıcı nitelikte bir “ağırlık” koşulunu ihtiva etmelidir³⁷. Bu nedenle mirastan çıkarmada ağırlığın tespiti, bağışlamanın geri alınmasında olduğundan daha farklı değerlendirmeyi gerektirecektir. Ancak bağışlamanın geri alınmasında bağışlayan ile bağışlanan arasında miras ilişkisinde kabul edilen nitelikte bir yakınlık olmayabilir³⁸. Bunun yanında,

37 Yağcı (n 5) 209; bağışlamanın geri alınmasında bakımından da sübjektif şart olarak aile bağlarını koparacak nitelikte ağırlık şartını arayan değerlendirme için see Yılmaz 102.

38 Her ne kadar ceza hukuku bakımından tüzel kişinin suçun faili sayılmayacağı ve sadece özel hukuk tüzel kişileri bakımından güvenlik tedbiri uygulanacağı kabul edilse de özel hukuk bakımından aykırı fiilin tüzel kişiye izafe edilmesi mümkün olup, tüzel kişiyi temsilen işlenen suçlar bakımından bağışlayan tüzel kişiye yaptığı bağışı geri alabilir. Bağışlamanın geri alınmasında bağışlayan veya bağışlananın tüzel kişi olması mümkündür. Tartışma ve diğer açıklamalar için see Türkmen (n 2) 184, 184 dn. 704.

mirastan çıkarmada kanun gereği miraçıya tanınan haklar, bağışlamada ise, kanun gereği değil, bağışlayanın iradesiyle bağışlanana yapılan bir kazandırma söz konusudur. Bu nedenle mirastan çıkarma için yeter ağırlıkta olmayan mirasçının fiili, bağışlamanın geri alınması sebepleri içerisinde yer alabilir³⁹. Bağışlamanın geri alınmasında bağışlananın cezalandırılması değil, suçtan etkilenen bağışlayanın korunması amacı önplandır⁴⁰. Bu nedenle bağışlamanın geri alınmasında, ağırlığın mirastan çıkarmada aranan dereceye ulaşmasının gerekmediği, daha hafif değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁴¹. Bu kapsamda şu soru akla gelmektedir. Bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarmada olduğundan daha geniş değerlendirilebilecek olan suçun ağırlığının değerlendirilmesinde alt sınır ne olmalıdır?

5.3. Ağırlığın Belirlenmesinde Göz Önüne Alınabilecek Unsurlar

Öncelikle hakimın suçun ağırlığının belirlenmesinde takdir yetkisini kullanırken çeşitli kriterlerden yararlanabileceği, suçun ağır olup olmadığının belirlenmesinde her bir somut olayın özelliğine göre içeriği ve kapsamı değişebilecek çeşitli hususlardan yararlanabileceği söylenebilir. Özel hukuk kurallarıyla bağlı olan hukuk hakiminin, ağırlığın belirlenmesinde bütün durum ve şartları bu kapsamda; bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlananın suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını göz önüne alarak, suçun ağır olup olmadığını takdir edebilir⁴². Her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirmek şartıyla, örneğin, yüklemeli bağışlamada bağışlayanın fiilinin ağırlığı, yüklemeli olmayan bağışlamadan farklı olarak daha esnek değerlendirilebilir⁴³.

39 Denise Weingart, *OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (3th edn, Orell Füssli 2016) N 8 652; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 8; Türkmen (n 2) 176.

40 Heizmann (n 2) N 616ff 285-286.

41 Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2th edn, Vedat 2007) 312; Türkmen (n 2) 176; aksi görüş, bu görüşün uygulanabilirliğinin açık olmadığını belirtmekte (schein unklar) ancak herhangi bir gerekçe sunmamaktadır. See CHK/ Schöneneberger Art 249 N 3; bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarmada kullanılan ifadenin aynen tekrar edilmesi nedeniyle mirastan çıkarma nedeni teşkil etmeyecek aykırı fiilin, bağışlamanın geri alınmasında da göz önüne alınmayabileceği yönünde krş. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* vol 1/1 (4th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1985) 374.

42 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; MünchenerK/ Koch § 530 N 2.

43 Bir taraftan iyilikbilmezlik nedeniyle geri alma hakkının bütün geçerli bağışlama sözleşmelerinde uygulanacağını kabul etmek, diğer taraftan yüklemeli bağışlamada minnet ilişkisinin doğmayacağını ileri sürmek yerinde olmasa gerekir. Bu nedenle bağışlamanın geri alınmasında minnet ilişkisinin varlığından ziyade, aykırı fiilin şükranlılığı-minnetsizliği ortaya çıkararak bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli ağırlığa ulaşmasını aramak kanımızca daha istikrarlı çözümler ortaya çıkarır. Krş. Türkmen (n 2) 161, 165.

Öncelikle şu hususu tespit etmek gerekir. Bağışlayanın durumu göz önüne alındığında, suç teşkil eden fiille ortaya çıkan şükranlılık-minnetsizliğin bağışlananın geri alınmasını haklılaştırması gerekir⁴⁴. Diğer deyişle bağışlayana karşı böyle bir suçun işlenmesinin şükranlılık-minnetsizliği ifade etmesi gerekir⁴⁵. Bunun yanında geri alma bakımından suçun ağır olması, suçun bağışlayanı derinden sarsması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesini de gerektirir⁴⁶.

Bağışlananın geri alınmasında fiilin suç teşkil etmesi geri almanın objektif şartını teşkil ederken, *suçun şükranlılığı-minnetsizliğin varlığını haklılaştırması*⁴⁷, *suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesi* şeklinde ifade edilecek üç unsur geri almanın sübjektif şartını teşkil eder.

Suç bağışlayanı derinden sarsabilir ve bu objektif açıdan haklı görülebilir, ancak şükranlılık-minnetsizliğin varlığını haklılaştırmadığı sürece, geri alma sebebi teşkil etmeyebilecektir. Suç olarak nitelendirilen taksirli suçlar, suç bakımından kişide hata hali, şükranlılık-minnetsizliği haklılaştırmadığı sürece, bu kapsamda ağır suç olarak

44 Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, bağışlananın geri alınması sebepleri arasında yer alan bu sebep bağışlananın bağışlayana karşı şükran yükümlülüğünü (Die Verpflichtung zur Dankbarkeit) yerine getirmesine dayanır. Şayet bu yükümlülüğe aykırı davranılmışsa, bağışlayan bağışlamayı geri alabilir. See OFK/ Weingart Art 249 N 1; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 3; aynı yönde see Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* vol 1 (3th edn Vedat 2018) 219; bağışlayan ile bağışlanan arasındaki minnet ilişkisinin dayanağını, bağışlananın karşılıksız kazandırma olmasında bulacağı, bağışlayanın tek beklentisinin bağışlananın kendisine minnet duyması olduğu, minnet ilişkisinin kurulmadığı ve minnet yükümü doğurmayan bağışlamaların da var olabileceği (yükümlü bağışlama veya karşı taraftan bir menfaat elde etmek amacıyla yapılan bağışlamalar) yönünde see Türkmen (n 2) 164-165; aksi yönde görüşe göre, bağışlananın bağışlayana karşı böyle bir şükran-minnet yükümünün hukuki dayanağını bulmak oldukça güçtür. Ancak bu kapsamda aykırı fiille ortaya çıkan şükranlılık-minnetsizliğin bağışlananın geri alınmasını haklılaştırabileceğinden bahsedilebilir. See BeckOK/ Gehrlein §530 N 1; aynı yönde ancak farklı gerekçeler ileri süren görüşe göre, “minnetsizlik oluşturmak” ifadesinin oldukça muğlak ve belirsiz olduğu, ağırlık unsurunu açıklamak bakımından yeterince açıklayıcı bir ifade olmadığı yönünde see Yağcı (n 5) 87 dn 233; kanımızca minnet ilişkisinin kanuni dayanağının varlığına ve hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler, bağışlayanın bağışlamayla, bağışlananın kendisine karşı minnet duyması beklentisi içinde olduğunu her durumda ileri sürmenin yerinde olmayabileceği sonucunu değiştirmemektedir. Yükümlü bağışlamada veya diğer bağışlama türlerinde de, TBK m. 295 I b 1’in uygulanabileceği ve bağışlananın geri alınabileceği göz önüne alındığında, minnet ilişkisinin yola çıkmak her durumda isabetli sonuçlar vermeyebilir. Bu nedenle taraflar arasında minnet ilişkisinin varlığından ziyade aykırı fiilin gerçekleşmesi halinde, aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılık ortaya çıkarması ve bu hususun bağışlayanın geri alma hakkını kullanabilecek ağırlığa ulaşmasını aramak daha tercih edilebilir görünmektedir. Bu kapsamda geri almada sübjektif şartın gerçekleşmesi bu şükranlılık-minnetsizliği de içerecektir. Minnet ilişkisinin varlığının kabul edilmesi ile aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılık oluşturacağı hususları arasındaki fark teorik farklılık olmaktan öteye geçmeyecek, bu unsur bakımından pratikte farklılık oluşturmayacaktır.

45 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; MünchenerK/ Koch §530 N 2.

46 Aile bağlarını koparacak ağırlıkta olması şartı çerçevesinde içeriği daha dar olmakla birlikte mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 87.

47 Alman Hukuku’nda salt bu unsurun sübjektif şart olduğu yönünde see BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; bağışlananın aykırı fiilinin objektif anlamda belirli bir ağırlığa ulaşması, sübjektif anlamda ise şükranlılık-minnetsizliği ifade etmesi şeklinde ikili ayırım yapan değerlendirme için see MünchenerK/ Koch §530 N 2; NomosK/ Dendorfer-Ditges and Wilhelm §530 N 4.

değerlendirilmeyebilir. Zira bağışlayanın suça ilişkin iradesi, şükranlılık-minnetsizlik ortaya çıkarmayabilir. Bir diğer açıdan, bağışlananın işlediği suç, şükranlılık-minnetsizliği ifade edebilir, ancak bağışlayan derinden sarsıldığını iddia etse dahi bu husus objektif açıdan haklı görülmebilir. Bu halde de ağırlık koşulu sağlanmamış olacaktır. Örneğin, bağışlayan bakımından önemsiz, ancak bağışlanan bakımından önemli bir malvarlığı değerinin bağışlanan tarafından çalınması durumunda, bağışlayanın derinden sarsıldığını ve bunun objektif bakımdan haklı görüleceği iddiası, subjektif şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli olmaz.

Yargıtay bağışlamanın geri alınmasında suçun ağırlığın belirlenmesi bakımından bir alt sınır koymaya çalışmıştır. Yargıtay, bu kapsamda değerlendirmelerde bulunduğu kararlarında⁴⁸, bağıştan dönme ile mirastan çıkarma koşullarının bir arada incelenmesinin zorunluluk arz ettiğini, basit olayları bağıştan dönme nedeni kabul etmenin, bağıştan yararlanan kişiyi, bağışlayanın baskısı altında tutmak sonucunu doğuracağını, aksine bir düşüncenin yasakoyucunun TBK m 295 ve TMK m 510 hükümleri ile izlediği amaca aykırı olacağını, hak duygularını zedeleyeceğini ve irade serbestisini büyük ölçüde kısıtlayacağını belirtmiştir.

Görüleceği üzere, Yargıtay, ağırlığın belirlenmesinde alt sınırı, suç oluşturan fiilin bağışlayanın bağışlanana baskı altında tutmak sonucunu doğurmayacak nitelikte olması gerektiği şeklinde ifade ederek ortaya koymaya çalışmıştır. Dolayısıyla, suçun ağırlığının belirlenmesinde, suç oluşturan fiilin, bir taraftan bağışlayanın korunmasını, diğer taraftan bağışlayanın bağışlanana baskı altında tutmasının önlenmesini sağlayacak nitelikte olması gerektiği söylenebilir. Yargıtay'ın kararında belirttiği husus, subjektif şart içerisinde aranan bağışlayanın derinden sarsıldığının objektif açıdan haklı görülmesi hususuyla ilgilidir. Bu kapsamda Yargıtay'ın belirttiği endişelerin önüne geçilmesi ve basit olayların bağışlamanın geri alınması için yeter sebep olmasının engellenmesi, subjektif şartın aranmasıyla sağlanacaktır. Subjektif şartın varlığı aranırken, hakim daha önce belirttiğimiz üzere, bütün durum ve şartları bu kapsamda; bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlanana suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını aramalıdır. Herhalde, fiilin "ağır suç" niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi bakımından objektif ve subjektif şart birarada aranarak, bağışlayanın geri alma hakkının mevcut olup olmadığı tespit edilebilecektir.

48 Y 2. HD 10102/ 12611 T 17.10.1994 (Kazancı); Y 14. HD 7732/7470 T 19 11 1996 (Kazancı); Y 1. HD 15621/ 886 T 30 1 2001 (Kazancı); Y 1. HD 10163/10605 T 7 10 2002 (Kazancı).

6. Sonuç

TBK m 295 I b 1’de düzenlenen bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gerekeni belirlemek için ikili ayırım yapmak gerekecektir. Birinci ayırım “suç” ifadesi ikinci ayırım ise “ağır” ifadesidir. Bu ayırım salt teorik bir ayırım olarak görülmemelidir. Zira bağışlamanın geri alınması bakımından bağışlanan tarafından işlenen fiilin ceza hukuku anlamında bir “suç” teşkil etmesi gerekecektir. Fiilin suç olup olmadığı, ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinin yeterli olduğu, bu kapsamda fiil suç teşkil ediyorsa TBK m 295 I b 1’de yer alan sebeple bağışlamanın geri alınması bakımından ilk unsuru sağlayacağı söylenebilir. Ceza hukuku bakımından bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmaya geçilmiş, suçun herhangi bir yaptırıma bağlanmış, azmettiren veya yardım eden olarak işlenmiş, teşebbüs aşamasında kalmış olmasının önemi yoktur. Bu hususta önemli olan ceza hukuku bakımından fiilin suçun unsurlarını taşıması ve suç niteliğine kavuşmuş olmasıdır. Fiilin suç teşkil edip etmemesi, ağır suç işlenmesi sebebine dayanılarak bağışlamanın geri alınması bakımından objektif şartı teşkil eder.

TBK m 295 I b 1’de düzenlenen ilgili sebepte belirtilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gereken bakımın ikinci husus “ağır” ifadesidir. Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağır olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre belirlenecek olup, ceza hukukunda ağır suçun ne olduğuna ilişkin gerek mülga gerekse mevcut ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bu bakımdan etkili olmayacaktır. Zira gerek İsviçre ve Türk doktrininin ağır suç kavramının özel hukuk kurallarına göre yorumlanmasının oybirliğiyle kabul edilmesi gerekse ceza hukukunda ağır suç kavramına ilişkin belirtilenlerin hükmün uygulama alanını amaca uygun olmayacak şekilde daraltacak olması karşısında ağır suç kavramının ceza hukuku kurallarına göre yorumlanmaması gerekir. Ceza hukuku kurallarına göre ağır suç kavramı bir an için kabul edilirse; örneğin hakaret suçunun veya ağır suç niteliğinde görülemeyecek bir malvarlığına ilişkin suçun işlenmesi halinde özel hukuk bakımından ağırlığın tespitinde aranması gereken kriterler mevcut olsa dahi bu suçlar “ağır suç” niteliğinde olmadığından bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecek, hükmün uygulama alanı hükmün amacına uygun olmayacak şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

Suçun ağır olup olmadığını belirleyecek olan özel hukuk hakimi ağırlığın belirlenmesinde çeşitli hususlardan yararlanabilir. Bu hususta mirastan çıkarmanın bağışlamanın geri alınmasından farklı olan özelliklerini gözardı etmeden mirastan

çıkarma bakımından belirtilenlerden de yararlanabilir. Ancak bağışlamanın geri alınmasında ağır suç teşkil eden fiilin, mirastan çıkarmada olduğundan daha geniş değerlendirilebileceği gözardı edilmemelidir.

Özel hukuk hakimi, "ağır suç" kavramı bakımından biri objektif diğeri subjektif iki hususu birarada arayacaktır. Subjektif unsur bakımından hakim şu üç unsuru birarada aramalıdır: Suçun şükranlılık-minnetsizliğin varlığını haklılaştırması, suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesidir. Hakim her bir somut olayın özelliğini göz önüne alarak, bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlananın suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını göz önüne alarak, bu üç unsurun birlikte bulunup bulunmadığını arayacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça

- Artuk E, Gökçen A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn Adalet 2017).
- Alşahin E and Çakır K, Balthasar B, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457- 977 ZGB in Honsell, Vogt and Geiser* (3th edn, Helbing-Lichtenhahn 2006).
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013).
- Bekar E, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2011) (1-2) İÜHF 1033-1050.
- Çubukçil A R, 'Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441-467.
- Demirel M, *Amirin Emri* (On İki Levha 2014).
- Dendorfer-Ditges R and Wilhelm P, 'Nomos Kommentar zum Bürgerlichesgesetzbuch, Schuldrecht' in Barbara Dauner-Lieb and Werner Langen, (3th edn, Nomos 2016).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2019).
- Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II Das Erbrecht, I Abt.: Die Erben Art. 457-536* (3th edn, Schulthess 1959).
- Gehrlein M, Beck'scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 8. Abschnitte, 4. Teil, §516-534, (50 th edn Beck 2019).
- Gubser M, *Strafenthebung de lege lata-de lege ferenda, unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts* (2001).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3th edn, Vedat 2018).
- Heizmann R, *Strafe im schweizerischen PrivatrechtPhänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015).
- Kelep Pekmez T, *AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi* (On İki Levha 2015).
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2019).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3th edn, Filiz 1987).
- Koch J, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534* (8th edn, Beck 2019).

Kutluay E, *Bağışlama Sözleşmeleri* (Turhan 2016).

Mahmutoğlu, F S, 'Suç-Kabahat Ayrımı İdari Ceza Hukukunun Temelleri' in İlhan Uluhan, Funda Başaran Yavaşlar (eds), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (Seçkin 2009) 27-49.

Özbek V. Ö., Doğan K. and Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin 2019).

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2016).

Öztürk B and Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18th edn, Seçkin 2018).

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* vol 1/1 (4th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1985).

Türkmen A, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019).

Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2th edn, Vedat 2007).

Schönenberger B, 'CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Ver-tragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR' in Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, (3th edn, Schulthess 2016).

Vardar Hamamcıoğlu G, *Bağışlama Sözleşmesi* (Adalet 2016).

Vogt N P and Vogt A, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1- 529 OR' in Honsell, Vogt and Wiegand, (6th edn, Helbing- Lichten-hahn 2015).

Weimar P, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben; Die Ver-fügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungs-arten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009).

Weingart D, *OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser* (3th edn, Orell Füssli 2016).

Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)* (On iki Levha 2013).

Yılmaz M, *Bağışlamanın Sona Ermesi* (On İki Levha 2011).