ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Kitaplar, Dergiler
- Adli Tıp
- Çevre

TEMMUZ-AĞUSTOS / JULY-AUGUST: 2012 YIL/YEAR: 25 SAYI/ISSUE: 101

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP
Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.ubap.org.tr

UBAP ile

- Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Assocations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Ağar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Sezercan Bektaş
Av. Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir./
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 15.10.2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TEMMUZ - AĞUSTOS/ JULY - AUGUST 2012 YIL/YEAR: 25 **SAYI/ISSUE : 101**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

   Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

   Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

   Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

   Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (" .....") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

   Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

   Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

   Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

   Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

   Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *"olur"* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Başak BAK
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Yayın Sözleşmesine" İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler /The New Provisions and a Review Regarding "Publishing Agreement" Prescribed by the Turkish Code of Obligations Numbered 6098

31 Nilüfer BORAN GÜNEYSU
İcra Takip İşlemleri / Enforcement Proceedings Transaction

61 Güçlü AKYÜREK
Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu / The Issue of the Evaluation of Illegal Evidences in Criminal Proceedings

83 Şennur AĞIRBAŞLI
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü / The Freedom of Conscience and Religion in the European Convention on Human Rights

103 Candide ŞENTÜRK / Tuğba BAYZİT
Gizli Tanık / Secret Witness

167 Özlem TÜZÜNER
Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi / He Qualification Legal and the Relation with Transaction Contracts of Carriage Contract of Goods by Road

197 Sercan Coşkun KULAK
Halkoylaması / Public Refarandum

223 Barış BAHÇECİ
TMSF'nin Özel Hukuktan Kaynaklı Alacaklarını Tahsilde Yetkisini Aşması Sorunu / Power Exceeding Problem of TMSF in Collection of Private Law Origined Claims

247 Cenk AKİL
11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler / Amendments Made to the Notification Law Numbered 7201 with the Law Numbered 6099 and Dated 11Th Of January, 2011

267 Selami TURABİ
Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller / The Culpability and the Reasons that Affect Culpability

MAKALELER / ARTICLES

293 Barış DUMAN
Adliye Basın Sözcülüğü / Media Spokemanship Of Courthouse

317 İmdat TÜRKAY
Avukatlık (Vekalet) Ücretinin Vergilendirilmesi / The Taxation of Attorney (Succession) Fee

333 Hüsamettin UĞUR
Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri / Changes Brouht by the Law (Law No: 6284) In Relation to Fight Violence Against Women and Family Members

367 Hasan DURSUN
Adalet ve İçişleri Bakanlıklarının Kurumsal Etkinliğe Kavuşturulabilmesi için Öneriler / Proposals for Establishing Organizational Effectiveness for the Ministry of Justice and Ministry of Interior

407 Ozan CAN
Hukuk Eğitiminde Farklı Bir Yaklaşım: Bir Banka Hukuku Dersinin Ardından / Law Education with a Different Approach: After a Banking Law Lesson

425 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

441 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

451 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları / Case Law of the European Court of Human Rights

535 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

Dün hukuka ve yargıya alkış tutanların bugün canımız yandı diye bağırdıkları, dün canları yandığı için bağıranların bugün hukukun üstünlüğünden, yargının bağımsızlığından söz ettikleri, özetle hukukun ağır yaralı olduğu bir süreçten geçiyoruz.

Ben dergimizin bu sayısında hukuktan değil de, önce memleketimizdeki insan manzaralarına örnek olan iki romandan söz edeceğim, daha sonra bu romanları güzel bir şiirle süsleyeceğim.

Kararsızların kararı, işleri şansa, kadere, yani oluruna bırakmaktır. Kararı şansa, kadere, oluruna bırakmak, kişinin, kararın kendisinde varolan varoluştan kendisini kurtarmasıdır. *The Dice Man/Zar Adam* adlı romanında *Luke Rhinehart* tam da işleri şansa, kadere, yani zara bırakan adamın öyküsünü anlatır.

Romanın kahramanı olan *Zar Adam,* günün birinde oturur, düşünür ve tek bir karar verir. Bu karar, yaşamında vereceği bütün kararları zar atışına, yani şansa, yani kadere bırakmaktır. Verdiği bu tek ve vazgeçilmez karar sonrasında, *Zar Adam*, yaşamında önemli saydığı kararlarla ilgili olarak bir seçenekler listesi yapar ve karar verme durumunda kaldığı her olayda eline zarı alır, sallar ve atar. *Zar Adam*'ın, verdiği ve uyguladığı bu kararı ile ilgili olarak yürüttüğü akıl, kişiliğinin bir çok yönünün, çoğunluk kuralı nedeniyle diğer ayırt edici nitelikleri tarafından kesin olarak bastırılmış olmasıdır. Oysa ki, *Zar Adam*, kendisini karar vermek zorunda hissettiği her durumda, kararı zara bırakmak suretiyle, bedensel ve ruhsal varlığının her bir parçasına varolma fırsatı tanıyordu.

Zar Adam, rastlantılarla birlikte gelen mutlak özgürlüğü ve olumsallığı kucaklayan varoluşsal bir kahraman mıydı, yoksa özgürlüklerinden vazgeçen, sorumluluklarından kaçan bir zavallı mıydı? *Zar Adam*, bu soruların yanıtını ve kendi kişiliği ile varoluşunun tahlilini psikologlara, psikoterapistlere bıraktığından olacak, verdiği her kritik, her sıra dışı karar ve bunu izleyen eylemi sonrasında, kendisinden açıklama isteyenlere, '*ben değil, zar karar verdi*' diye yanıt veriyordu.

Yaşamanın karar vermek ve verilen kararların sorumluluğunu bizzat üstlenmek olduğunu düşündüğümüzde, karar vermenin sorumluluğunu şansa, kadere, zara bırakan bir anlayışın, tipik bir *varoluşsal bozukluk* olduğunu söylemek, sanırım yanlış ve *Zar Adam* veya günlük yaşamımızda pek çok örneğini gördüğümüz *Zar Adamlara* haksızlık olmayacaktır.

Luke Rhinehart'ın bize takdim ettiği Zar *Adam*'ın ve yine yaşamın bizi buluşturduğu *Zar Adamların* şahsında *varoluşsal bozuklukla* tanıştık. Ya peki *varoluşsal suçluluk*! Onu da, eserlerinde çağımız insanının korkularını, yalnızlığını, kendine yabancılaşmasını ve çevresi ile olan iletişimsizliğini anlatan Çek asıllı Avusturyalı öykü ve roman yazarı *Franz Kafka*, ünlü eseri *Dava*'da anlatıyor.

Kafka'nın, bir sabah yatağında böcek olarak uyanan *Gregor Samsa*'nın öyküsünü anlattığı *Değişim* isimli öyküsünde olduğu gibi, hemen hemen bir çok yapıtında rastlanan değişim temeli üzerine kurulu olan *Dava* adlı romanının kahramanı banka memuru *Joseph K.* otuzuncu yaş gününü kutladığı günün sabahında hiç tanımadığı kişilerce uyandırılarak tutuklanır. Herhangi bir suçu olmamasına rağmen kendisini savunmak durumunda kalan *Joseph K.* hem yargılama süreci ve hem de yaşamı üzerindeki denetimini giderek yitirir. Hiç görmediği yargıçlar önünde suçunu itiraf etmesi istenen *Joseph K.* savunmasında suçsuz olduğunu tekrarlayıp durur. Suçsuzluğunu kanıtlamak için her yolu dener, hemen her kaynaktan yardım ve destek talep eder. Ama çabaları boşunadır. Girdiği bir katedralde karşılaştığı ve suçsuzluğunu anlatmaya çalıştığı rahip ona inanmaz ve bütün suçluların böyle konuştuğunu söyleyerek kendine dönmesini, kendisini ve yaşamını sorgulamasını, kendisiyle yüzleşmesini tavsiye eder. Gerçekte *Joseph K.* resmi bir mahkemenin, resmi mahkemede görevli

yargıçların karşısında değildir. Aksine bir iç mahkeme, daha doğrusu bir iç muhakeme ile yüz yüzedir. Suçu varoluşsaldır. Ama bunun ayırtında değildir. Bunun ayırtına vardığında, bununla yüzleşmekten kaçınmak için bir yol olup olmadığını sorar rahibe. Rahip, *Joseph K*. ya varoluşsal suçlulukla yüzleşmekten kaçınmanın mümkün olmadığını söyler. Söylediklerinin inandırıcı olmasını sağlamak için ona bir hikaye anlatır. Hikayenin kahramanı olan adam yasanın içine girebilmek için önüne geldiği kapıda karşılaştığı bekçiye yalvarır. Bekçi adamın yalvarmalarını umursamaz ve kapıdan içeriye izinsiz giremeyeceğini, ama izin de alamayacağını söyler adama. Belki de acıdığı için, içeriye izinsiz de girebileceğini anımsatarak adama yol gösterir. Ama içeride karşılaşacağı her kapıda bir bekçi bulunduğunu, bu bekçilerin kendisinden dahi daha güçlü olduğunu söyleyerek uyarır adamı. Bu uyarıdan etkilenen adam içeriye izinsiz girmeyi denemez ve bekler. Sabırla bekler. İçeriye girebilmek için günlerce, aylarca, yıllarca, hayatı boyunca bekler. Beklemekten bıkmamıştır, içeriye girebilmek için izin alma umudunu yitirmemiştir ama artık yaşlanmış, sağlığı bozulmuştur. Ölümüne yakın bekçiye merak içinde: *Yaşamı boyunca herkes yasaya ulaşmaya çalışır. O halde bugüne kadar neden hiç kimse içeriye girmeye çalışmadı*? diye sorar. Bekçi merak içindeki adama yanıt olarak der ki: *Bu kapıdan içeriye senden başka hiçbir kimse giremezdi, zira bu kapı sadece senin için vardı. Ama artık kapıyı kapatıyorum. Joseph K*. rahibin anlattığı hikayenin vermeyi amaçladığı mesajı, ana fikri anlamaz ve kapıdan içeriye girmek için başkalarından yardım aramaya ölünceye kadar devam eder.

Hem *Joseph K*. ve hem de rahibinin anlattığı hikayedeki adam suçludur. Sadece, yaşamını kendi ellerine almadığı, kendi yaşamını değil, başkalarının yaşamını yaşadığı, kendi kararlarını kendisi vermediği, yaşamı boyunca yapmak istediği şeyler için hep başkalarından izin almayı beklediği, hareket etmediği, kendisine tahsis edilmiş olan kapıdan içeriye girmediği için değil; kendisi ile hesaplaşmadığı, kendisini hiç sorgulamadığı, yaptığı hataların sorumluluğunu bizzat üstlenmeyip hep başkalarına yıktığı, bu hataların ayırtına vararak bunları kendisi için bir yol gösterici olarak görmediği, suçunu kabul etmediği, açılması için önünde yıllarca beklediği kapının, ancak suçunu itiraf etmesi durumunda açılacağını bilmediği için suçludur.

Ne demeli? Yaşamda örnekleri çok olan *Joseph K.lara* ve *Zar Adamlara* söylenmesi gerekeni *Sokrates* söylüyor: '*Sorgulanmamış bir hayat, hiç yaşanmamıştır.*'

Peki! *Joseph K.lar* ve *Zar Adamlar* için ne yapmak gerekir? Onu da "*Is There An Answer to Death/Ölüme Karşı Bir Yanıt Var mı*" isimli kitabında *P.Koestenbaum* yanıtlıyor ve diyor ki:

'*Gözyaşlarınızı ölü gibi yaşayanlar için dökün.*

Gözyaşlarınızı yaşarken ölenler için saklayın.'

Son bir söz, onu da '*Epik Tiyatro*'nun yani '*Diyalektik Tiyatro*'nun kurucusu Alman yazar, şair, tiyatro yönetmeni *Bertolt Brecht,* oportünist küçük burjuvalara ithaf ettiği '*Madem İyisin*' isimli şiirinde söylüyor;

anladık iyisin,

ama neye yarıyor iyiliğin.

seni kimse satın alamaz,

eve düşen yıldırım da

satın alınmaz

anladık dediğin dedik,

ama dediğin ne?

doğrusun, söylersin düşündüğünü,

ama düşündüğün ne?

yüreklisin,

kime karşı?

akıllısın,

yararı kime?

gözetmezsin kendi çıkarını,

peki gözettiğin kimin ki?
dostluğuna diyecek yok ya,
dostların kimler?
şimdi bizi iyi dinle:
düşmanımızsın sen bizim
dikeceğiz seni bir duvarın dibine
ama madem bir sürü iyi yönün var
dikeceğiz seni iyi bir duvarın dibine
iyi tüfeklerden çıkan
iyi kurşunlarla vuracağız seni
sonra da gömeceğiz
iyi bir kürekle
iyi bir toprağa.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Faruk Erem
AVUKAT EVİ



www.barobirlik.org.tr

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN "YAYIN SÖZLEŞMESİNE" İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE BU DÜZENLEMELERE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

THE NEW PROVISIONS AND A REVIEW REGARDING "PUBLISHING AGREEMENT" PRESCRIBED BY THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NUMBERED 6098

Başak BAK*

Özet: Yayın sözleşmesi, bir edebi eser veya sanat eseri sahibinin veya haleflerinin eserin çoğaltma ve yayma hakkını yayımlayana devrettikleri ve yayımlayanın da bunu üstlendiği bir borçlar hukuku sözleşmesidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen değişiklikler, dilin arılaştırılması, sözleşmenin yazılı şekle tabi tutulması, eser sahibine cayma hakkı ve haleflere de güncelleştirme hakkı verilmesidir.

Anahtar Sözcükler: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu, yayın sözleşmesi, eser sahibi, yayımlayan, halefler, edebi eser, sanat eseri, telif hakkı

Abstract: Publishing agreement is an agreement which the right to publish and replicate of a literary work or an art of work are assigned to a publisher by the owner or the successors. The provisions prescribed by the Turkish Code of Obligations numbered 6098 are to purify the language, set forth a written form and vest a right to recall to the owner and a right to update to the successors.

Keywords: The Turkish Code of Obligations numbered 6098, The Code of Obligations numbered 818, publishing agreement, owner, publisher, successors, literary work, work of art, copyright

GİRİŞ

Yayın sözleşmesi, 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) ifadesiyle *"Neşir Mukavelesi",* 818 sayılı Borçlar Ka-

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

nunu'nun İkinci Kısmında md. 372-385 arasında 14 maddede düzenlenen özel bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da (TBK) yer almaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu sözleşme türü, *"Yayım Sözleşmesi"* adı altında md. 487-501 arasında 15 madde olarak kaleme alınmıştır.

Yayın sözleşmesi, Borçlar Kanunu içerisinde özel bir durum arz eder; zira bu sözleşme türü, asıl olarak 05.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) düzenlenen bir alan olan telif hakları konusu ile yakın irtibat içerisindedir. Bu yakın irtibat nedeniyle, telif hakları ile ilgisi olan ve asıl olarak FSEK'te düzenlenen *"yayın sözleşmesi"* konusunun ayrıca Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tartışılan bir konu olmuştur. Doktrinde yer alan bir görüş,[2] yayın sözleşmesinin, telif hakkı ile olan bu ilgisi nedeniyle söz konusu sözleşmenin münhasıran FSEK içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüş taraftarları, FSEK'in daha yeni tarihli *(lex posterior derogat priori)* ve özel bir kanun olması *(generalibus specialia derogant)* nedeniyle zaten öncelikli olarak FSEK'in uygulanacağını ve FSEK'te düzenlenen telif hakkı ile bağlantılı bu sözleşme türünün, ayrıca BK'da yer almaması gerektiğini savunmuşlardır.

Telif hakkı, sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK'te sayılan eser gruplarına giren (ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanatlar eserleri ve sinema eserleri) her türden fikir ve sanat ürünü üzerinde eser sahibinin veya haleflerinin sahip olduğu, kural olarak başkasına devredilemeyen manevi haklar ve başkasına devredilebilen veya lisans konusu yapılabilen mali haklar olarak tanımlanmaktadır. Burada adı geçen mali haklar, işleme hakkı; çoğaltma hakkı; yayma hakkı, temsil hakkı; işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır (FSEK md. 21-25).

Yayın sözleşmesinin konusu ise FSEK'te sayılan mali haklardan yalnızca çoğaltma ve yayma hakkına ilişkindir. Bu sebeple çoğaltma

2 Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 230; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 1974, s. 578; Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 231. Ayrıca yayın sözleşmesine FSEK ve FSEK'e aykırı olmayan BK hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin bir diğer görüş için bkz. Senai Olgaç, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1976, s. 57.

ve yayma hakkı dışındaki mali hakların devrine yönelik bir sözleşme, BK anlamında bir yayın sözleşmesi olmadığı gibi çoğaltma ve yayma haklarından yalnızca birinin devri de yayın sözleşmesine vücut vermemekte ve yayın sözleşmesinden bahsedebilmek için hem yayma hem de çoğaltma hakkının beraber devredilmesi gerekmektedir.[3]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da yayın sözleşmesi hükümlerini kanunun kapsamına almayı tercih etmiştir. Yayın sözleşmesinin konusu ile telif hakları arasında yukarıda açıklanan fark nedeniyle kanunkoyucunun tercihinin bu yönde olması pekâlâ mümkündür. Ne var ki her iki konunun hâlâ birbiri ile irtibatlı olduğu ve eser sahibinin mali haklarının devri konusunun asıl olarak FSEK'te düzenlendiği de bir an olsun unutulmamalıdır. Bu açıdan bakıldığında 818 sayılı BK dönemindeki tartışmaları ve belirsizlikleri ortadan kaldırmak amacını taşıyan 6098 sayılı TBK hükümleri ile fikri mülkiyet hukukuna ilişkin ana kanun niteliğinde olan FSEK hükümlerinin terminolojik açıdan ve maddi hukuk açısından uyumlu olması önemlidir. 6098 sayılı TBK ile güdülen amaç bu olsa da yayın sözleşmesi hükümleri incelendiğinde 818 sayılı BK döneminde var olan birçok hükmün, FSEK ile uyumlu olacak şekilde ele alınmadığı göze çarpmaktadır.

I. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Yayın sözleşmesi, bir edebi eser veya sanat eseri sahibinin veya haleflerinin mali haklarından olan çoğaltma ve yayma hakkının yayımlayana devredilmesine ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmedir. Eser sahibi, eserin çoğaltma ve yayma hakkını yayımlayana devrederken yayımlayan da eseri çoğaltma ve yayma mükellefiyetini yüklenmektedir.[4]

818 sayılı BK md. 372, yayın sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: "*Neşir mukavelesi, bir akittir ki onunla* ***edebi ve sınai bir eserin*** müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeği taahhüt ve naşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşir etmeyi iltizam eder."

6098 sayılı TBK md. 487 ise bu sözleşme türünü, "*Yayım sözleşmesi,* ***bir fikir ve sanat eseri*** *sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği*

3 Necla Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967, s. 29; Bilge, s. 232.
4 Bilge, s. 230-232.

sözleşmedir." şeklinde tanımlamıştır. Görüldüğü gibi 6098 sayılı TBK "*edebi ve sınaî eser*" ifadesini, "*fikir ve sanat eseri*" şeklinde düzeltmiştir.

Gerçekten de 818 sayılı BK'da yer alan "*edebi ve sınaî*" ifadesi doktrinde sıkça eleştirilmekteydi. İlk olarak, burada ele alınan "*edebi eser*" kavramı içerisine her ne kadar kanun metninde zikredilmemiş olsa da ilim eserlerinin de dahil olduğu ve "*edebi eser*" kavramının ilim eserleri de dahil olmak üzere dil ile ifade edilebilen her türden fikir ürününü içine alacak şekilde geniş olarak algılanması gerektiği ifade edilmekteydi. İkinci olarak da maddedeki "*sınaî eser*" ifadesinin yanlış tercüme edildiği ve burada kast edilenin sınaî bir yaratım değil, bir "*sanat eseri*" olduğu ileri sürülmekteydi. Bu anlamda sınaî eser ile kast edilenin endüstriyel bir yaratım değil,[5] "*sanata ait, sanatsal niteliği olan*" bir yaratım olduğu kabul edilmekteydi.[6]

Söz konusu maddenin İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 380'deki karşılığı incelendiğinde oradaki ifadenin de "*eines literarischen oder künstlerischen Werkes*" şeklinde olduğu görülür ve "*künstlerischen Werkes*" ifadesinin karşılığı sınai eser değil, "*sanat eseri*" şeklindedir. İsviçre Fikri Haklar Yasası - Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte- (URG) md. 2'de de eser kavramı tanımlanırken "*geistige Schöpfung der Literatur und Kunst*" ifadesini kullanmış ve maddenin devamında özellikle nelerin eser olarak kabul edilebileceği açıkça sayılmıştır. Türkçe'ye "*edebi eserler ve sanat eserleri*" şeklinde tercüme edilebilen bu kavram, İsviçre doktrininde çok geniş bir şekilde algılanmaktadır.[7] O halde İBK uyarınca md. 380'de ifade edilen "*eines literarischen oder künstlerischen Werkes*" kavramı, URG md. 2'de belirtilen şekilde edebi eserleri, bilimsel eserleri, musiki eserleri, mimari eserleri, güzel sanat eserlerini, fotoğraf eserlerini

5 Sınai haklar ile fikri haklar, aralarındaki malum farklılıklar bir yana bırakılacak olursa, asıl olarak amaçları bakımından ayrılırlar. Sınai hakların yaratılma amacı, bu yaratımın endüstri veya ticaret alanlarında kullanılmasıdır. Bugün çoğu fikri hak sahibi de yaratımını bu alanlarda kullanma amacına sahip olsa dahi fikri haklarda "*yaratım*" vurgusu daha baskındır. Dolayısıyla bir sanat eseri sahibi bu eseri ile bir gelir elde etse bile bu eserdeki "*yaratım*" olgusu o kadar baskındır ki sanat eseri sahibi ile eseri arasındaki manevi bağı kırmak mümkün olmaz ve eser, sahibinin hususiyetini taşır.

6 Bilge, s. 231-232; Ayiter, 237; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005, s. 237; Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 326; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 8, İstanbul 2010, s. 416.

7 Dennis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Auf., Bern 2000, s.12.

ve benzeri eser türünü de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalı ve sahibinin hususiyetini taşıyan bu türden fikri yaratımları da içerecek şekilde anlaşılmalıdır.[8]

Alman hukuku bakımından ise yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan eser türleri daha farklı belirlenmiştir. Alman Yayın Kanunu - Gesetz über das Verlagsrecht (VerlagG) md. 1 uyarınca yayın sözleşmesinin konusuna giren eserler, "*edebi veya musiki eserlerdir (ein Werk der Literatur oder der Tonkunst).*"

6098 sayılı TBK md. 487 yayın sözleşmesini "*(…) bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, (...) üstlendiği sözleşme(…)*" şeklinde tanımlarken Alman Yayın Kanunu gibi sadece edebi eserler ve musiki eserleri kast etmemekte; tıpkı İBK gibi tüm fikir ve sanat eserlerini de kapsayacak şekilde yayın sözleşmesinin konusunu genişletmektedir.

Kanımızca bu değişiklik son derece isabetlidir. Burada kast edilen sadece teknik anlamda FSEK md. 4'te yer alan güzel sanat eserleri değil; FSEK'te sayılan dört eser türünü de içerisine alacak şekilde, ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanatlar eserleri ve sinema eserlerinden yayma ve çoğaltmaya elverişli olanlardır.[9] Bu çerçevede, 6098 sayılı TBK ile yayın sözleşmesinin konusunun genişletildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık uygulamada ilim ve edebiyat eserleri dışındaki eser türlerinin yayın sözleşmesine konu edilmediği ve bunlar için daha ziyade lisans sözleşmelerinin yapıldığı da bilinmektedir.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YAYIN SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TERMİNOLOJİ SORUNU

6098 sayılı TBK, yayın sözleşmesi hükümlerinde kullanılan terminoloji bakımından sıkıntılıdır. Yayın sözleşmesi hükümleri incelendiğinde 6098 sayılı TBK'da tercih edilen kavramların, FSEK'te tercih edilen kavram setleri ile uyumlu olmadığı göze çarpar. Bunun yanı sıra 6098 sayılı TBK'da 15 maddede yer alan yayın sözleşmesi hükümlerinde kullanılan kavramlar da kendi aralarında tutarsızlık göstermektedir.

8 Barrelet/Egloff, s. 12 vd.

9 Örneğin bir müzik eserinin plağa alınıp çoğaltılması veya sinema eserlerinden kopyalar alınıp çoğaltılması fiillerinde olduğu gibi (Ayiter, s. 239-240).

A. Değiştirilen Kavramlar

6098 sayılı TBK'nın genel gerekçesinde belirtildiği üzere bu kanun ile şekli bakımdan amaçlanan, 818 sayılı BK'nın dilinin arılaştırılmasıdır. 6098 sayılı TBK'nın genel gerekçesinde, 818 sayılı BK'nın "*günümüzde geçerli olan dile oranla eskimiş ifadelerinin kolay anlaşılabilir*" bir yapıya dönüştürülmesi için "*deyim ve terimlerin imkânlar ölçüsünde arılaştırıldığı*" ve yerleşmiş kavramların kullanılmasına ve "*terim birliğinin sağlanmasına*" büyük önem verildiği ifade edilmiştir. Ancak dilin arılaştırılması bir ihtiyaç olarak görülebilirse de yayın sözleşmesi hükümleri 6098 sayılı TBK ile yeniden düzenlenirken yerleşmiş kavramlara ve terim birliğine dikkat edildiği söylenemez.

İlk olarak 6098 sayılı TBK'nın, 818 sayılı BK'da "*neşir mukavelesi*" olarak ifade edilen bu sözleşme türünü, "*yayım sözleşmesi*" şeklinde ifade etmesi hatalıdır. "*Neşir mukavelesinin*" karşılığı yayım sözleşmesi değil; "*yayın sözleşmesidir*". Zira bilindiği gibi yayın, basılıp satışa çıkarılan her türlü neşriyatı ifade ederken; yayım ise bu tür neşriyatın basılıp dağıtılması işi, bir diğer ifadeyle bu faaliyetin adıdır.[10] Ayrıca amaç terim birliğinin gözetilmesi ise zaten "*yayın sözleşmesi*" ifadesinin tercih edilmesi gerekmektedir. Zira basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemeyi amaçlayan ve basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsayan 5187 sayılı Basın Kanunu'nda, "*yayın*" kavramı tercih edilmiş; yayım kavramının ise "*basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*" faaliyetinin adı olduğu açıkça zikredilmiştir.[11] Bu sebeple kanımızca burada, tıpkı kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, satış sözleşmesi örneklerinde olduğu gibi faaliyete değil, söz konusu ürüne yönelik bir kavram tercih edilmeli ve bu sözleşme "*yayın sözleşmesi*" olarak ifade edilmeliydi.

---

10 Yayın: 1. Basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb., neşriyat. 2. Radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan, iletilen eser, program, neşriyat; Yayım: 1. Yayma işi. 2. Kitap, gazete vb. okunacak şeylerin basılıp dağıtılması, neşir: "*Kitap ve gazete yayımı işi bizim can davamızdır.*" -R. N. Güntekin. 3. Herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılması, neşir. http://tdkterim.gov.tr/bts/. (30.03.2012)

11 Aynı yönde: Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Ankara 2008, s. 84. "*Yayın Sözleşmesi*" kavramını tercih eden diğer yazarlar için bkz. Necla Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967 ve Nisim Franko, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesi, 1981; Yavuz, s. 415 vd.

6098 sayılı TBK ile değiştirilen bir diğer kavram ise *"naşir"* kavramıdır. Yayın sözleşmesinin tanımladığı 487. madde, *"naşir"* ifadesini *"yayımcı"* olarak arılaştırmıştır. Türk Dil Kurumu'nun Genel Türkçe Sözlüğü de bu ifadeyi benimseyerek *"yayımcı"* kelimesini kullanmaktadır.[12] 5187 sayılı Basın Kanunu da *"yayımcı"* ifadesini tercih etmektedir. Yayın kelimesinin ortaya çıkan eseri karşıladığı, yayım kelimesinin de faaliyetin adı olduğu göz önüne alınırsa faaliyete yapılan bir vurgu olduğu; bu nedenle de yayma işini üstlenen kişi anlamında *"yayımcı"* ifadesinin kullanılması gerektiği savunulabilirse de bazı kaynaklarda[13] *"yayınlayan"* ifadesinin kullanıldığı da göze çarpmaktadır. Kanımızca *"yayınlayan"* ifadesi bu mantık yürütmeden hareketle isabetli bir kavram değildir ve *"yayımlayan"* ifadesi daha doğru bir kullanımdır;[14] ancak *"yayımcı"* ile *"yayımlayan"* arasında zaten bir fark olmadığı ve 6098 sayılı TBK'nın yayın sözleşmesi hükümlerinin tümünde aynı kavramı tercih ederek en azından bu hususta tutarlı davrandığı söylenebilir.

Ne var ki bir başka önemli kavram olan *"eserin müellifi"* kavramı söz konusu olduğunda aynı yorumu yapmak mümkün olmamaktadır. Şöyle ki: 6098 sayılı TBK *"eserin müellifi"* kavramı yerine bazen *"eser sahibi"* bazen de *"yayımlatan"* kavramlarını kullanmıştır. Buna göre, 6098 sayılı TBK md. 487, md. 493 md. 494, md. 498 ve md. 500'de *"eser sahibi"* kavramını kullanılırken; md. 490, md. 496, md. 497 ve md. 499'da *"yayımlatan"* ifadeleri tercih edilmiştir. Hatta 6098 sayılı TBK, 489. maddenin birinci fıkrasında *"eser sahibi"* ifadesini kullanırken aynı maddenin ikinci fıkrasında *"yayımlatan"* ifadesine yer vermiştir.

Kanımızca md. 489, yayın sözleşmesi hükümleri düzenlenirken arılaştırmanın isabetli yapılmadığının ve yerleşmiş kavramlara ve özellikle terim birliğine dikkat edilmediğinin en açık kanıtıdır. *"Eserin müellifi"*

12 Yayımcı: 1. Bir sanatçının, bir yazarın eserini yayıma hazırlayan kimse veya kuruluş, yayıncı, naşir, tabi (II), editör: *"Yayımcılar, kazanç amacıyla, alışılmış yapıtlar sunarlar okuyucuya."* -N. Cumalı. 2. Görsel ve yazılı basında yayıma hazırlama yetkisi olan kimse, editör. 3. Herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılmasını sağlayan kimse. http://tdkterim.gov.tr/bts/ (30.03.2012).

13 Bkz. Necla Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967; Nisim Franko, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesi, 1981 ve ayrıca bkz. Zevkliler/Havutçu, s. 326 vd.; Tekinalp, s. 238; Ayiter, s. 230 vd.; Yavuz, s. 415 vd.; Tunçomağ, s. 583 vd.

14 Erel ve Kılıçoğlu da *"yayımlayan"* ifadesini kullanmayı tercih etmektedirler. (Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, B. 3, Ankara 2009, s. 171; Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 309 vd.).

kavramı yerine *"yayımlatan"* ifadesinin kullanılması bir seçenek olabilse de [15] 6098 sayılı TBK'da, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin ana kanun niteliğindeki FSEK'te kabul edildiği üzere artık yerleşmiş ve kabul görmüş bir kavram olan *"eser sahibi"* kavramı tercih edilebilir veya en azından bir terim birliği gözetilebilirdi. Bu uyumsuzluk daha önce de belirttiğimiz gibi kavram karmaşasına yol açmakta ve terim birliğini bozmaktadır.[16]

6098 sayılı TBK md. 489'da yer alan bir diğer yanlış, "*yayımlatan.....eser korunmakta ise, telif hakkının olmamasından sorumludur*" ifadesidir. Aslında burada kastedilen telif hakkı değil, mali haktır.[17] Zira bilindiği gibi telif hakkı hem mali hakları hem de manevi hakları kapsamakta ve Türk fikri mülkiyet hukuku sistemine göre manevi hakların kural olarak[18] devri mümkün olmamaktadır. Bu maddenin karşılığı olan 818 sayılı BK md. 373'te de *"telif hakkı"* ifadesi geçmektedir ancak 6098 sayılı TBK düzenlenirken bu ifade değiştirilmemiştir. Aynı hata 6098 sayılı TBK md. 501/II'de de tekrarlanmıştır.

Tüm bu kavramlar dikkate alındığında daha önce de belirttiğimiz gibi 6098 sayılı TBK'nın, Basın Kanunu ve FSEK ile uyumlu kavramlar tercih etmediği ve hatta kendi içerisinde de tutarlı olmadığı söylenebilir. Buna ek olarak 6098 sayılı TBK'da yerleşmiş sistematik ayrımlara

15 Yavuz, yayın sözleşmesinin bir tarafını her zaman yayınlayanın (naşir) oluşturduğunu ancak diğer tarafın her zaman eser sahibinden oluşmadığını; bu nedenle yayımlatan ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır. (Yavuz, s. 415). Aynı yönde bkz. Tunçomağ, s. 583.

16 İBK'nın yayın sözleşmesini tanımlayan 380. maddesi, *"eserin müellifi"* kavramı yerine önce *"eser sahibi"* (Urheber) kavramını kullanmakta daha sonra da *"veya halefleri (yayımlatan)"* (Verlaggeber) demektedir. Buna göre yayın sözleşmesinin bir tarafını bir edebi veya sanat eserinin sahibi (Urheber) veya yayımlatan olarak ifade edilen halefleri (Rechtsnachfolger-Verlaggeber) oluşturmaktadır. O halde İBK, TBK'da olduğu gibi eser sahibi veya yayımlatan kelimelerini birbirlerinin yerini alacak şekilde kullanmamakta; eser sahibinin yerini alan haleflerin varlığı halinde bunlar artık eser sahibi olmadıkları için yayımlatan olarak adlandırılmaktadır.

17 Kılıçoğlu, Eleştiriler, s. 87-88.

18 Manevi haklar-mali haklar ayrımı yapılırken manevi hakların, mali hakların aksine hukuki işlemlere konu olamayacağı ve miras yoluyla intikal edemeyeceği vurgulanmaktadır. Ancak bu açıklama tam anlamıyla doğru değildir. Bir kere bazı manevi hakların kendisi olmasa bile bunları kullanma yetkisi sözleşme ile bir başkasına bırakılabilir. Örneğin umuma arz hakkı ve eserde değişiklik yapılması hakkı böyledir. Manevi hakların miras yoluyla intikal edemeyeceği hususu ise bu hakların mali haklarda olduğu gibi terekeye dahil olmadığını ifade etmektedir. FSEK md. 19 uyarınca manevi haklar sırasıyla, ölen eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup (iradi) mirasçılarına, ana – babasına ve kardeşlerine aittir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 221-222.

da dikkat edilmemiştir. Ancak 6098 sayılı TBK'da terminoloji ve yerleşmiş sistematik ayrımlar bakımından yapılan belki de en büyük yanlışın, müşterek eser- toplama eser ayrımında olduğu anlaşılmaktadır.

B. Müşterek Eser- Toplama Eser Ayrımı

6098 sayılı TBK md. 490 şu hükmü içermektedir: "*Yayımlatan, **toplama bir eserin** kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz*." Söz konusu hüküm 818 sayılı BK md. 374'te ise şu şekilde düzenlemiştir: "***Müşterek bir eserin*** kısımlarından olan *yazılar ve mevkut bir risalenin uzun olan makaleleri, müellif veya halefleri tarafından neşrin hitamından üç ay geçmezden evvel tekrar neşredilemez*."

Maddenin iki farklı metni incelendiğinde çok önemli bir hususun gözden kaçırıldığı ortaya çıkmaktadır. Bu, "*müşterek eser*" kavramının, TBK'da "*toplama eser*" şeklinde ifade edilmesidir. Oysa "*müşterek eser*" ve "*toplama eser*" kavramları, FSEK'te hüküm altına alınan ve birbirinden oldukça farklı olan iki ayrı konudur. Bu açıdan fikri mülkiyet hukukunda yerleşmiş bulunan bu iki kavramın birbirinin yerine kullanılabilmesi söz konusu değildir.

Madde metninde yapılan tek değişiklik bu değildir. Maddede "*mevkut risalenin uzun olan makaleleri*" ifadesi "*dergiler*" olarak değiştirilmiş ve haleflerin yeniden yayımlatma hakkı da madde metninden kaldırılmıştır. Maddenin gerekçesi incelendiğinde "*müşterek eserin*", "*toplama eser*"; "*mevkut bir risalenin*" de "*dergi*" şeklinde değiştirilmiş olduğundan başka herhangi bir açıklamanın yer almadığı görülmektedir. Ne var ki "*mevkut risalenin*", "*dergi*" şeklinde değiştirilmesi veya haleflerin yeniden yayımlatma hakkının kaldırılması kanunkoyucu bakımından bir tercih olabilirse de "*müşterek bir eserin*", "*toplama eser*" olarak değiştirilmesi mümkün değildir.[19] Bu açıdan, müşterek eser-toplama eser ayrımını doğru bir şekilde ortaya koymak önemlidir.

Toplama eser, FSEK md. 6/7 uyarınca işlenmeler ve derlemelerin bir türüdür. İşlenme eser, bir eserden yararlanmak suretiyle yeni bir eser meydana getirilmesidir. Esasen işlenme, bir romanın tiyatro eseri haline getirilmesi örneğinde olduğu gibi bir eserin başka bir şekle dö-

19 Aynı yönde: Kılıçoğlu, Eleştiriler, s. 90-91.

nüştürülmesidir. Asıl eser değiştirilirken asıl eserin iç şekli ve muhtevası korunmakta ancak dış şekli değiştirilmektedir. İşlenme eserler de onları işleyenlerin hususiyetini taşımaktadır. [20]

FSEK md. 6, toplama eserleri işlenmelerin bir türü olarak kabul etmiştir. Söz konusu madde uyarınca "*Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi*" bir işlenmedir. Örneğin bir eser sahibinin eserlerinin tümünün veya bir kısmının külliyat haline getirilmesi, ansiklopediler, çeşitli eser sahiplerinin bilimsel makalelerinin bir armağanda toplanması, seçme musiki eserleri kapsayan derlemeler ve benzeri örnekler toplama eserleri oluşturmaktadır.[21] Aslında örneklerden de anlaşılacağı gibi toplama eserlerde, asıl eser bir başka şekle dönüştürülmemekte; bilakis eserin aslı korunmakta ve asıl eser değiştirilmeksizin bir başka eser yaratılmaktadır. Ancak yine de FSEK md. 6/7 uyarınca toplama eserler de işlenmelerin bir türü olarak kabul edilmektedir.[22] Toplama eserlerde eserleri seçip derleyen ve böylece emeğini ortaya koyan, üçüncü bir kişidir.[23]

Müşterek eser ise birden fazla şahsın eser sahipliğinin bir türüdür.[24] Birden çok kimse beraber bir eser meydana getirir ve meydana getirdikleri bu eserin kısımlara ayrılması mümkün olursa müşterek (ortak) eser sahipliği söz konusu olur. Meydana getirilen eser de müşterek eser olarak adlandırılır.[25] Müşterek eser sahiplerinin her biri yarattıkları kısımların eser sahibi olurlar (FSEK md. 9/I). Bu açıdan, müşterek eserlerde birden çok eser sahibi bulunmakta ve her bir eser sahibi kendi bölümü üzerinde eser sahibinin tüm hak ve yetkilerini

20 Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 136-140; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 163.

21 Öztan, s. 176; Ernst Hirş, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s. 170; Erel, s. 82.

22 Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 136-137.

23 Hirş, s. 170.

24 Birden fazla eser sahipliğinin diğer türü ise iştirak halinde eser sahipliğidir. İştirak halinde eser sahipliğinde (eser sahipleri birliği) birden fazla kimse birlikte bir eser vücuda getirmekte ve bu eser ayrılmaz bir bütün teşkil etmektedir. Burada eser sahibi, eseri meydana getirenlerin birliğidir. Bu kişilere adi şirket hükümleri uygulanır. (FSEK md. 10).

25 Bkz. Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007, s. 63; Erel, s. 93, Öztan, s. 267, İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977, s. 43; Hirş, s. 171. Ayiter, müşterek eser olarak tanımlanan eser türünü "*bağlı eser*" olarak adlandırmaktadır (Ayiter, s. 98 vd.). Kılıçoğlu ise müşterek eser sahipliği için "*paylı eser sahipliği*" deyimini tercih etmektedir (Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 181 vd.).

serbestçe kullanmaktadır.[26] Görüldüğü gibi toplama eser ve müşterek eser kategorik olarak birbirinden çok farklıdır. Her iki eser türünde de çeşitli eser sahiplerine ait eserler bir araya getirilmekteyse de toplama eserde, müşterek eserde bulunan *"meydana getirilen eserde ortak bir paya sahip olma iradesi"* bulunmamaktadır.[27] Bunun yanı sıra müşterek eserlerde eserler arasındaki bağlılığın toplama eserlerdekinden daha fazla olduğu ifade edilmektedir.[28]

Kanımızca bu maddede müşterek eser kastedilmekte ancak; bu, 6098 sayılı TBK'da toplama eser olarak arılaştırılmakta ise bu değişiklik yukarıda anılan gerekçeler göz önüne alındığında son derece hatalıdır. Ancak gerçekten toplama eser kastedilmekte ve bu hata nihayet 6098 sayılı TBK ile düzeltilmekte ise bu durumun gerekçede belirtilmesi yerinde olurdu. Gerekçede ise bu hususa ilişkin herhangi bir açıklama yer almamakta sadece toplama eserin ne olduğu (ünlü kişilere yazılan armağanlar, değişik yazarlarca kaleme alınarak oluşturulan ansiklopedilerin çeşitli ciltleri, fasikülleri vs. şeklinde) örneklenmektedir.

III. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

6098 sayılı TBK md. 488, 818 sayılı BK'da bulunmayan yepyeni bir hükümdür. Bu hüküm ile yayın sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabi tutulmuştur. Ancak bu hüküm ile yayın sözleşmesine dair bir yenilik getirildiği; bir diğer ifadeyle şekil serbestisi bulunan yayın sözleşmelerinin 6098 sayılı TBK ile artık yazılı şekle tabi tutulduğu söylenemez. Zira 818 sayılı BK'da yayın sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa dahi 1951 yılından beri yürürlükte olan FSEK md. 52 uyarınca, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve hatta konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. 6098 sayılı TBK md. 488, bu anlamda sadece var olan düzenlemeyi kanunun kapsamına almıştır. 6098 sayılı TBK md. 488'in gerekçesi de bu hususu tekrarlamaktadır.

Söz konusu madde sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını şart koşmakta ancak FSEK md. 52'de olduğu gibi sözleşmesinin konusunu oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiğinden bahsetmemek-

26 Erel, s. 94.
27 Bkz. Erel, s 94.
28 Tunçomağ, s. 584.

tedir. Ancak kanımızca bu yönde bir hükmün TBK'da yer almaması bir çelişki olarak nitelendirilemez. Zira yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan haklar yayma ve çoğaltma hakkıdır. Bu hususta daha önce de ifade edildiği üzere eser sahibinin diğer haklarının yayın sözleşmesine konu olması zaten söz konusu olmadığı gibi sadece yayma veya sadece çoğaltma hakkını devreden bir sözleşmenin de yayın sözleşmesi olarak adlandırılması mümkün değildir.

Bu açıdan, TBK'da yer alan hüküm bir çelişki yaratmasa da TBK ve FSEK hükümleri beraber değerlendirildiğinde, yayma ve çoğaltma hakkı devredilirken bu sözleşme yazılı şekilde yapılmalı ve yayma ve çoğaltma hakkının devredildiği sözleşmede gösterilmelidir. Bu şekil, bir ispat şekli değil; geçerlilik şeklidir.

Yayın sözleşmesinde söz konusu eserin yayımlayana devredilmesi gerekmemektedir. Zira yayın sözleşmesi ile yayımlayana bırakılan, eserin kendisi değil; eser üzerindeki yayma ve çoğaltma hakkıdır. Bu devir için de sadece yazılı bir sözleşme gerekli ve yeterlidir. [29]

IV. BASKI ADEDİNİN BELİRLENMESİ VE CAYMA HAKKI

A. Baskı Adedinin Belirlenmesi

818 sayılı BK md. 375 uyarınca eser sahibi ile yayımlayan arasındaki sözleşmede aksi belirtilmediği müddetçe yayımlayan baskı adedini belirlemekte serbesttir. 6098 sayılı TBK md. 491'de bu durum değiştirilmiş ve tarafların sözleşmenin süresini **veya** baskı adedini kararlaştırmaları zorunlu hale getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde bu durumun uygulamada görülen kötüye kullanımları önlemek için öngörüldüğü ifade edilmektedir. Söz konusu maddenin lafzına göre sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurların ya sözleşmenin süresi ya da baskı adedi olduğuna dikkat edilmelidir.

B. Cayma Hakkı

6098 sayılı TBK md. 491/son uyarınca, yayımlayana yeni basımları yapma yetkisi verildiği ve eserin baskı adedinin tükenmesine rağ-

29 Tunçomağ, s. 585.

men yayımlayanın yeni basımları yapmayı ihmal ettiği durumlarda, eser sahibi yayımlayana uygun bir süre verebilir ve bu süre içerisinde basım hala gerçekleşmemişse sözleşmeden cayabilir. 818 sayılı BK md. 375, söz konusu sürenin hakim tarafından verileceğini ve bu süre içerisinde basım gerçekleşmezse yayımlayanın hakkının sona ereceğini hükme bağlamıştır. 6098 sayılı TBK isabetli bir şekilde, artık bu sürenin hakim tarafından verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmış ve eser sahibine cayma hakkı tanımıştır. Eser sahibine tanınan cayma hakkının nedeni ise yine değişikliğin gerekçesinde, hakkın sona ermesi durumunun her zaman menfaatlere uygun olmayabileceği şeklinde ifade edilmiştir.

Kanımızca her iki düzenleme de olumludur ancak cayma hakkının sadece anılan durum için tanınmış olması bir eksiklik olarak görülebilir. Cayma hakkı esasen FSEK md. 58'de düzenlenen oldukça teknik bir kavramdır. FSEK uyarınca "*mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.*" FSEK'te tanınan cayma hakkının kullanılabilmesinin ön koşulu, eser sahibi tarafından noter vasıtasıyla uygun bir süre verilmiş olmasıdır. 6098 sayılı TBK cayma hakkını, mali bir hak elde eden yayımlayanın sadece yeni basım yapmaması durumuna hasretmektedir.

6098 sayılı TBK md. 491 ve FSEK md. 58 dışında hukuk sistemimizde eser sahibine cayma hakkı tanıyan başka bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa cayma hakkının varlığı fikri hakların korunması bakımından son derece önemlidir. Zira eser sahibine tanınan cayma hakkı, fikri yaratımları koruyan fikri mülkiyet hukuku sisteminin amacını gerçekleştirmeye yönelik en önemli araçlarından birsidir. Nitekim Alman Fikri Haklar Yasası (UrhG) md. 41, FSEK md. 58 hükmüne paralel bir hüküm barındırmakla beraber md. 42'de FSEK'te düzenlenmeyen bir cayma hakkına daha yer vermektedir. Alman Yayın Kanunu'nda (VerlagG) ise cayma hakkından bahsedilmemiş ancak birçok hükümde hem eser sahibine hem de yayımlayana dönme hakkı (Rücktrittsrecht) tanımıştır. Özellikle VerlagG md. 32, eserin sözleşmeye uygun şekilde yayımlanmadığı veya çoğaltılmadığı durumlarda eser sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanımakta ve eser sahibine daha genel nitelikli bir korunma imkanı sağlamaktadır.

V. ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Eserde değişiklik yapılması, en az eser sahibine tanınan cayma hakkı kadar önemli bir husustur ve eserin korunmasına dair hükümlerin merkezinde yer almaktadır. Eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı eser sahibinin manevi haklarından birisidir. Eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı FSEK md. 16/I uyarınca "*Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.*" hükmünde vücut bulmuştur. Maddenin son fıkrasında ise "*Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.*" ifadesine yer verilmiştir.

Benzer hükümler hem İsviçre hukukunda hem de Alman hukukunda yer almaktadır.

İsviçre Fikri Haklar Yasası (URG) md. 11 uyarınca, eserin bütünlüğü çerçevesinde bir eserde değişiklik yapılıp yapılmayacağı ve eğer bir değişiklik yapılacaksa bunun ne zaman ve ne şekilde olacağına karar verme yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Bunun yanı sıra tıpkı FSEK'de olduğu gibi, bir kimse eseri değiştirmek hususunda sözleşme ile veya kanun tarafından yetkilendirilmiş olsa dahi eser sahibi, kişilik haklarını ihlal eden her değişikliğe itiraz edebilir.

Değişikliğin küçük veya büyük bir değişiklik olması veya değişikliğin eseri tahrif etmesi veya tam tersi onu iyileştirmesi önem arz etmemektedir. Örneğin siyah beyaz bir film, eser sahibinin rızası olmaksızın renklendirilse ve bu değişiklik sonucunda film daha ihtişamlı gözükse ve beğenilse dahi rızası alınmayan eser sahibi bu değişikliği men edebilir.[30]

Alman Fikri Haklar Yasası (UrhG) md. 14'e göre ise eser sahibi, eseri üzerindeki fikri veya kişisel haklarına ilişkin menfaatleri tehlikeye düşürmeye elverişli olan bir değişikliği veya diğer tür bir kısıtlamayı yasaklama hakkına sahiptir.

Söz konusu madde her şeyden önce eserin özünü değiştiren maddi bozukluklarla ilgilidir ancak eserin kendisini değiştirmeksizin ese-

30 Barrelet/Egloff, s. 71.

rin değerini azaltan çevresel etkileri de kapsar. UrhG md. 14'te yer alan "*değişiklik*" kavramı, eserin esaslı surette tahrif edilmesi anlamına gelmektedir. "*Diğer kısıtlamalar*" ibaresi ise değişiklik mertebesine ulaşmayan tahrifatlardır. O halde Alman hukuku uyarınca "*eserin kısıtlanması*" kavramı, değişiklik ve diğer kısıtlama kavramlarını bünyesinde barındıran bir üst kavramdır. Kısıtlama, eserin etkisinin engellenmesi, sınırlanması ve azaltılması anlamına gelmektedir.[31] Tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi burada da esere yönelik müdahalenin eseri iyileştirmiş olup olmadığı önemli değildir.[32]

818 sayılı BK md. 377 ve bu maddenin 6098 sayılı TBK'daki karşılığı olan md. 493, eserde değişiklik yapılmasına ilişkin hükümlerdir. 818 sayılı BK uyarınca eser sahibi, eserinde yayımlayanın zararına olmayan düzeltmeleri ve iyileştirmeleri yapabilir. Yayımlayan da eser sahibine iyileştirme imkânı vermeden yeni bir basım yapamaz ve eseri çoğaltmaz. 6098 sayılı TBK eser sahibinin, yayımlayanın menfaatlerini zedelememek ve onun sorumluluğunu artırmamak koşuluyla eserde düzeltme ve iyileştirme yapabileceğini tekrar etmektedir. Ancak TBK, eskisinden farklı olarak, eser sahibinin haleflerinin eserde güncelleştirme yapabileceği ve haleflere güncelleştirme imkânı verilmeden eserin yeniden basılamayacağı veya çoğaltılamayacağı yönünde yeni bir düzenlenme getirmektedir. Bu husus TBK md. 493'te "*(...) eser sahibi eserde düzeltme ve iyileştirme, halefleri ise* ***ancak*** güncelleştirme yapabilir (…)" şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde haleflere yönelik olan bu yeniliğin amacının, "*eser sahibinin ölümünden sonra mirasçılarının da eseri güncelleştirmek suretiyle bu eserden doğan mali haklardan gerektiği gibi yararlanmaları...*" olduğu belirtilmiştir.

6098 sayılı TBK ile getirilen değişiklik oldukça önemli bir değişikliktir; zira eser sahibinin manevi haklarından olan eserde değişiklik yapılması hususunu ele almaktadır. Ancak maddenin bu haliyle yeterli açıklıkta düzenlendiği söylenemez.

Söz konusu madde incelendiğinde, eser sahibinin eseri üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapabildiği ancak eserini güncelleştirme yetkisine sahip olduğunun maddede açıkça zikredilmediği ve haleflerin ise yalnızca güncelleştirme yapabileceği anlaşılmaktadır. Kuşkusuz eser sahibinin

31 Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2002, § 14, Rn. 1-3.
32 Wandtke/Bullinger, § 14, Rn. 6.

güncelleştirme yetkisi zaten mevcut olduğundan bu hususun ayrıca kanunda belirtilmesi gerekli değildir ancak halefler tarafından da yapılabilecek olan güncelleştirmenin sınırının tespit edilmesi önemlidir.[33] Bu bakımdan, haleflere tanınan eseri güncelleştirme hakkı ile haleflere mutlak surette yasaklanan iyileştirme ve düzeltme yapma arasındaki sınırın tespit edilmesi ileride uygulamayı meşgul edebilecek bir konudur.

Söz konusu düzenleme bakımından sıkıntı yaratabilecek bir başka nokta, yayımlayanın eser sahibine iyileştirme ve düzeltme ve haleflere de güncelleştirme imkanı vermeden eseri yeniden basması veya çoğaltması durumunda ne olacağının maddede düzenlenmemiş olmasıdır. Kanımızca, söz konusu madde yeterli açıklıkta düzenlenmiş olsaydı bile eserde değişiklik yapılması gibi önemli bir konu ile bağlantılı olan, haleflerin eserde herhangi bir değişiklik yapıp yapamayacakları, bunun sınırı ve yaptırımı gibi hususların münhasıran FSEK'te düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

VI. BEDELİN BELİRLENMESİ

818 sayılı BK md. 380 uyarınca yayın sözleşmesinde bedel ödenmesi asıldır. Ancak eser sahibinin bedelden feragat ettiği halin icabından anlaşılıyorsa o zaman yayın sözleşmesinde bedel ödenmesi zorunlu değildir. Bedel hakim tarafından belirlenir. [34]

6098 sayılı TBK md. 496'da ise bedelin ödenmesi hususunda "*halin icabı*" yeterli görülmemiştir. Buna göre, yayın sözleşmesinde bedel ödenmesi asıl olmakla birlikte bedelin ödenmemesi ancak sözleşmede bu durumun açıkça kararlaştırılmış olması halinde mümkündür. Hakimin bedeli belirleme yetkisi ise artık sadece bu miktarın belli olmadığı durumlarda söz konusudur.

---

33 Kılıçoğlu, haleflerden söz açmayan eski düzenlemenin eserde iyileştirme ve düzeltme yapma yetkisinin yalnızca eser sahibine ait bir hak olduğu hususunu vurguladığını ve zaten bu durumun FSEK'te de açıkça yer aldığını ifade etmekte ve haleflere yönelik bir düzenleme yapılması amaçlanıyorsa bu konunun FSEK'te düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. (Kılıçoğlu, Eleştiriler, s. 92-93).

34 818 sayılı BK md. 380/II: "*Bedelin miktarı ehlihibrenin reyi alındıktan sonra hakim tarafından takdir olunur*." Maddenin kaleme alınış tarzından bedelin her zaman hakim tarafından belirleneceği ve hakimin mutlaka bilirkişiye başvurması gerektiği anlaşılmaktaysa da hakimin bedeli belirlemesinin ihtilaf durumlarında söz konusu olduğu ve hakimin mutlaka bilirkişiye başvurması gerekmediği kabul edilmekteydi. Bkz. Bilge, s. 242.

SONUÇ

Bir edebi eser veya sanat eseri sahibinin veya haleflerinin mali haklarından olan çoğaltma ve yayma hakkının yayımlayana devredilmesine ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesi olan yayın sözleşmesi, 6098 sayılı TBK md. 487-501 arasında düzenlenmektedir. 6098 sayılı TBK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde değişikliklerin öncelikle dilin arılaştırılması yönünde yapılmış olduğu görülür. Ancak bu arılaştırmanın yerleşmiş kavramlara, deyim birliğine veya bazı kategorik ayrımlara yeterince özen gösterilmeden yapıldığı anlaşılmaktadır. Yeniden düzenlenen hükümlerin özellikle 5846 sayılı FSEK ile uyumlu olmadığı göze çarpmaktadır. Bu uyumsuzluk özellikle müşterek eser-toplama eser ayrımında belirginleşmiştir.

Dilin arılaştırılması dışında, 818 sayılı BK'da yer almayan bazı yeni hükümler de 6098 sayılı TBK'nın kapsamına alınmıştır. Bu yeni hükümlerden en belirgini, yayın sözleşmesinin yazılı şekle tabi olduğunun kanunda açıkça yer almış olmasıdır. Şekle ilişkin bu düzenlemenin yanı sıra eser sahibine belirli koşullarda cayma hakkı tanınmış olması ve eser sahibinin haleflerinin eserde güncelleştirme yapabilme imkanlarının kanunen kabul edilmiş olması da 818 sayılı BK'da yer almayan ancak 6098 sayılı TBK ile düzenlenen yeni kurumlardır. Özellikle cayma hakkı ve haleflerin eserde değişiklik yapması kurumları son derece önemlidir. Zira bu kurumlar, eser sahibinin ve eserin korunması amacına hizmet eder. Bu hükümlere ilişkin olarak, yazılı şekil şartının ve cayma hakkının varlığının kanunda yer almasının olumlu olarak görülebileceği ancak haleflerin güncelleştirme yapma yetkisine ilişkin oluşturulan hükmün çok net olmadığı ve böyle bir değişikliğe mutlaka ihtiyaç duyuluyorsa bunun münhasıran FSEK içerisinde yapılmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

Bu çerçevede, bir takım olumlu yenilikleri bünyesinde bulunduran TBK'da yer alan yayın sözleşmesi hükümlerine yönelik getirilebilecek eleştiriler de çalışmamızın başında da belirtildiği gibi yayın sözleşmesi düzenlemelerinin fikri haklara ilişkin ana kanun niteliğindeki FSEK ile hem şekli hem de maddi açıdan daha uyumlu olması noktasında toplanmaktadır.

KAYNAKLAR

Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.

Barrelet, Dennis/Egloff, Willie, Das neue Urheberrecht, 2. Auf., Bern 2000.

Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.

Erel, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, B. 3, Ankara 2009.

Franko, Nisim, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesi, 1981.

Giritlioğlu, Necla, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967.

Hirş, Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.

Kılıçoğlu, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006. (Fikri Haklar)

Kılıçoğlu, Ahmet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Rapor, Ankara 2008. (Eleştiriler)

Olgaç, Senai, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1976.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005.

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 1974.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2002.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 8, İstanbul 2010.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

http://tdkterim.gov.tr/bts/

İCRA TAKİP İŞLEMLERİ
ENFORCEMENT PROCEEDINGS TRANSACTION

Nilüfer BORAN GÜNEYSU*

Özet: Takip işlemleri, icra takibine yön ve şekil verir. Bu işlemler, taraf takip işlemi ve icra takip işlemi olarak ikiye ayrılır. İcra takip işlemleri, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebrî icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikteki işlemler olarak tanımlanır. İcra hukukunda yapılan işlemlerin, icra veya taraf takip işlemi olup olmadığının tespiti önemlidir. Zira icra takip işlemi ile zamanaşımının kesilir ve tatil-tâlik hallerinde kural olarak, icra takip işlemi yapılamaz. Bu çalışmada icra hukuku açısından önemli kavramlardan biri olan icra takip işlemleri, bu işlemlerin unsurları, şekli ve sonuçları gözden geçirilecektir.

Anahtar Sözcükler: Takip işlemi, icra takip işlemi, taraf takip işlemi, tatil-tâlik halleri.

Abstract: Enforcement transactions will lead and shape the enforcement process altogether. These transactions may be classified in two as a) enforcement transactions of the parties and b) enforcement proceedings transactions. Enforcement proceedings transactions are realized by the official enforcement organs against the debtors. It is of great significance to exactly determine, which one of these two groups, one definite transaction belongs to. By enforcement proceedings transactions e.g. statute of limitations will be terminated and not suspended. In this article, enforcement proceedings transaction and its components, along with its consequences shall be probed into.

Key words: Enforcement transactions, enforcement proceedings transaction (by official enforcement organs), enforcement transactions of the parties, Stay of execution, Prevention of execution.

* Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

"Bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş veya uygulamaların hepsi, muamele, muamelat" şeklinde tanımlanan işlem kavramı, hukukun hemen hemen her alanında büyük bir önemi haizdir. İrade serbestîsinin hâkim olduğu borçlar hukuku, hukukî işlemlerle yürümektedir, idare hukukunda, idarî işlemler önemli bir rol oynamaktadır. Medenî yargılama hukukunda usûlî işlemler, yargılamayı başlatmakta, yargılamaya yön ve şekil vermektedir.

Hukukun temel kavramlarından biri olan hukukî işlem, icra-iflâs hukuku açısından da temel kavramlarından biridir. İcra takiplerine yön ve şekil veren işlemler, takip işlemi olarak adlandırılır. Takip işlemleri, icra takip işlemleri ve taraf takip işlemleri olarak ikiye ayrılır. Takip prosedürü içinde taraflarca yapılan, takibe yön ve şekil veren işlemler, taraf takip işlemleridir. İcra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebrî icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikteki takip işlemleri ise, icra takip işlemleridir. Bu çalışmada taraf takip işlemleri, sadece takip işlemleri içindeki yeri ve tanımı bakımından değerlendirilecektir. Çalışmada ayrıntılı olarak icra takip işlemleri incelenecek; bu işlemlerin unsurları, şekli ve sonuçları gözden geçirilecektir.

İcra takip işlemleri hemen hemen her genel eserde, tatil-tâlik halleri başlığı altında değerlendirilmekte ve bu değerlendirme tatil-tâlik halleri ile sınırlı kalmaktadır. Bu konu, en ayrıntılı şekilde Bilge Umar'ın *"İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi"* adlı eserinde değerlendirilmiştir. Son zamanlarda yazılan özel eserlerde de bu konuya pek itibar edilmemiştir. Yargı kararlarında ise, icra takip işleminin tanımı, unsurları ve sonuçları tartışılmamıştır. Bu kararlar genellikle ihtiyatî haciz kararının icra takip işlemi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İsviçre hukukunda da yer alan icra takip işlemi, bizdeki gibi genel eserlerde tatil-tâlik halleri başlığı altında incelenmiş ve görebildiğimiz kadarıyla bu konu hakkında doktriner tartışmalar pek yapılmamıştır.

TAKİP İŞLEMİ ve İCRA TAKİP İŞLEMİ KAVRAMLARI

Kimya, tıp, bilgisayar ve matematik gibi birden çok alanı ilgilendiren işlem kavramı, *"Bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş veya uygu-*

lamaların hepsi, muamele, muamelat"[1] olarak ifade edilmektedir. Türk Hukuk Lûgatı'nda hukukî muamele[2], *"insana hukuk nizamı tarafından geniş mikyasta bir irade iktidarı verilmiş olduğunu ve bu irade ile hukuki münasebetlerin ihtiyaç ve arzulara göre tanzim edildiğini kabul eden telâkkiye göre muayyen hukuki neticelerin husule gelmesi için iradenin izhar edilmesine veya irade ile tahrik olunan hukuki hadiseye denir. Diğer tabirle, hukuki muamele, dar bir manada hakkı (sübjektif hukuku) iradeye isnat ettiren telâkkiye göre, esaslı unsuru bir veya müteaddit hususi şahısların iradesi olan hukuki hâdisedir. Bu suretle insanlar kendi hukuki münasebetlerini tanzim eder ve haklarını kullanırlar. Aynı telâkkiye göre netice, irade sahibi tarafından istenilmiş olmakla husule gelir. Bu hukuki neticeye mâtuf irade beyanı sarih (sözle veya malûm yahut evvelce kabul edilmiş işaretle veyahut yazı ile doğrudan doğruya taraflar arasında) veya zımni (fiil ve hareketin yahut bazen sükûtun tezahürü ile) olur. Hukuki neticenin bir taraflı veya karşılıklı birçok taraflı ile husule gelmesine göre hukuki muameleler bir taraflı veya birçok taraflıdır"* olarak tanımlanmıştır.

Hukukî işlem kavramı, medenî hukuk ve borçlar hukuku alanında büyük bir önemi haizdir. Medenî hukuk ve borçlar hukuku alanında taraflar arasında hukukî ilişki kuran, hak ve yükümlülük yaratan başlıca hukukî olgu, hukukî işlemdir. Talebi, yenilik doğuran hakkı, somut ve güncel herhangi bir hakkı ileri sürerken dayanılan temel kurum, genellikle hukukî işlemdir. Özel hukuktaki irade özgürlüğü ilkesinin egemenliği nedeniyle bireysel irade ürünü olan hukukî işlem, hakların ve yükümlülüklerin temel kaynağını ve aracını oluşturmaktadır.[3]

Özel hukukun temel kavramlarından bir olan hukukî işlem[4], Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun bazı maddelerinde (TMK m. 50, 193, 345, 698; BK m. 33 ve 34, yeni TBK m. 41 ve 42) hukukî tasarruf kavramı ile hukukî işlemden bahsedilmesi, kanun koyucunun bu kavramın bilindiği varsayımına dayandığını göstermektedir. Borçlar Kanunu'nda borç kaynaklarına ilişkin düzenlemede öncelik, hukukî işlem kavramı içinde yer alan sözleşmeye verilmiştir. Aslında Borçlar Kanunu'nun

1 Bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=172608 (19.01.2009).
2 Türk Hukuk Lûgatı, 4. Bası, Ankara 1998, s. 132.
3 Serozan Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, İstanbul 2005, s. 233.
4 Bu konuda bkz. Boran- Güneysu Nilüfer, *"İşlem Türleri ve Usulî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri"*, Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1, Ankara 2009, s. 163 vd.

sözleşmeye yönelik hükümlerinin temelini, hukukî işlem kavramıyla geliştirilmiş ilkeler oluşturmaktadır.[5] Hukukî işlem kavramı, özel hukukta ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Hukukî işlem, icra hukukunda da önemli bir yere sahiptir. İcra hukuku ve takip süreci, işlemler bütününden oluşmaktadır. Takip içinde alacaklı, borçlu, 3. kişiler veya icra organlarınca birçok işlem yapılmaktadır. İcra takiplerine yön ve şekil veren işlemler, takip işlemi olarak adlandırılır.[6] Bu işlemlerin şekil ve sonuçları icra hukukunda düzenlenmiştir. Bu işlemlerin etkileri de icra hukukunda doğar.[7] Takip işlemleri[8], icra hukukunun temeli niteliğindedir. Zira icra hukuku süreci, bir takip işlemi ile başlamakta ve çeşitli takip işlemleri ile ilerlemektedir. Örneğin genel haciz yoluyla ilâmsız takip, alacaklının takip talebi hazırlaması ile başlar, satış talebi, satış ve paranın ödenmesi ile sona erer. İcra ve İflâs Kanun'da *"icra muamelesi"* (m. 111/I ve son, 169/son, 365/II) veya *"takip muamelesi"* (m. 179/b/I, 289/I, 309ö/III) olarak nitelendirilen bu işlemler, Kanun'un çeşitli maddelerde yer almaktadır. Ancak takip hukukunun temelini oluşturan bu işlemler, İcra ve İflas Kanunu'nda tanımlanmamıştır.

İcra takip işlemi, İsviçre hukukuna da yabancı bir kavram değildir. Bu kavram, Kanun'un çeşitli maddelerde yer almakla birlikte (SchKG Art 56, 57a ve 68) Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda da tanımlanmamıştır. İsviçre hukukunda icra takip işlemi kavramı, öncelikle tatil hallerini düzenleyen 56. maddede görülmektedir. Söz konusu maddede, tatil hallerinin ne anlama geleceği açıklanmış ve bu durumlarda icra takip işlemi yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak, ihtiyatî haczin bu durumun istisnası olduğu ve tatil-tâlik hallerinde ihtiyatî haciz kararı verilebileceği ifade edilmiştir.[9]

---

5 Akipek Şebnem, *"Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi"*, AÜHFD, 1995, Cilt no: 44, Sayı no: 1-4, s. 269-270, s. 272-273; Sirmen Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart,* Ankara 1992, s. 6.

6 Umar Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 171.

7 Karslı Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 96.

8 *Karslı,* icra dairesi görevlisi tarafından yapılan işlemleri, takibi bir sonraki aşamaya intikal ettiren, alacaklıyı, borçlunun mal varlığından alacağını almaya yaklaştıran ve cebri icranın ilerlemesini sağlayan işlemler olarak tanımlamaktadır (Karslı, s. 96).

9 Fritzsche Hans/ Walter Hans Ulrich, *Schuldbetreibung und Konkurs, Band I,* Zürih 1993, s. 128, Rn. 21.

Takip işlemleri, icra hukukuna ait genel eserlerde ayrıntılı olarak değerlendirilmemekte ve sıklıkla[10] tatil ve tâlik halleri başlığı altında incelenmektedir.[11] Yargı kararlarında ise, takip işlemi kavramının genel bir değerlendirmesinden ziyade, ihtiyatî haczin icra takip işlemi olup olmadığı üzerinde durulmuştur.[12] İsviçre hukuku'nda da icra takip işlemlerinin tanımı ve unsurlarının belirlenmesi yargı kararlarına bırakılmıştır.[13]

Takip işlemleri, kendi içinde, taraf ve icra takip işlemi (devletin takip işlemleri) olarak ikiye ayrılır. *Umar,* bu ayrımı usûl işlemlerindeki taraf usûl işlemleri ve mahkeme usûl işlemleri ayrımına benzetmektedir.[14]

Takip prosedürü içinde taraflarca yapılan, takibe yön ve şekil veren işlemler, taraf takip işlemidir.[15] Takip, haciz ve satış talebi gibi işlemler, taraf takip işlemine örnek gösterilebilir. Bu işlemler genellikle icra takip işlemlerinin yapılmasına yönelik işlemlerdir.[16] Taraf takip işlemleri, taraf usûl işlemleriyle ve genel anlamda hukukî işlem kavramı ile benzeşmektedir. Taraf usûl işlemleri öğretide, "*davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın ilerlemesi amacıyla, tarafların aralarında yaptıkları ya da tarafla mahkeme arasında yapılan işlemler*" olarak tanımlanmaktadır.[17]

---

10 *Yıldırım ve Deren-Yıldırım,* icra takip işlemlerini "*Borç İçin Takip Hukukunda İcra Teşkilatı*" başlığının "*İcra Memur*"u alt başlığı altında incelemektedir (Yıldırım Kamil M./Deren-Yıldırım Nevhis, İcra Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009, s. 23-24). *Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan ve Özekes* ise takip işlemlerini, tatil ve tâlik başlığı altında değil, temel bazı kavramlar başlığı altında değerlendirmektedirler (Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin-Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası, Ankara 2011, s. 48 vd.).

11 Ansay Sabri Şakir, İcra ve İflas Usulleri, 3. Bası, Ankara 1954, s. 39; Gürdoğan Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 23; Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 129; Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2005, s. 170-171; Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 233; Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 76-77.

12 HGK, 12-25/3, 23.1.2008; HGK, 12-49/94, 16.2.2000; 12. HD, 4800/8555, 21.4.2005; 12. HD, 323/12484, 24.5.2010 (www.kazanci.com.tr).

13 BGE 115 III 6 E. 5

14 Umar, s. 171.

15 *Umar,* taraf takip işlemlerini çeşitli alt başlıklara ayırarak incelemektedir. Taraf takip işlemleri öncelikle, işlemin sonucuna göre bir ayrıma tabi tutulur. İkinci ayrım ise, taraf takip işlemlerinin yapan tarafın kim olduğuna göre belirlenir (Umar, s. 171-175).

16 Kuru, s. 130; Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 18. Bası, Ankara 2004, s. 99-100; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 48.

17 Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku,* 12. Bası, Ankara 2011, s. 178. Taraf usûl işlemleri için bkz. Boran-Güneysu, s. 173-175

Umar, icra organlarına hitaben yapılmasına rağmen takibe yön ve şekil vermeyen işlemlerin de bulunduğunu belirtmektedir. Bu işlemler, taraf takip işlemlerine benzemekle birlikte, söz konusu işlemle karıştırılmamalıdır. Borçlunun mal beyanı, ipotek borçlusunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 53. maddesinin 2. cümlesi gereğince icra dairesine başvurması bu işlemlere örnek gösterilebilir.[18]

İcra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebrî icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikteki takip işlemleri ise, icra takip işlemleridir. Ödeme emrinin düzenlenmesi ve tebliği, haciz ve satış işlemleri icra takip işlemlerine örnek gösterilebilir.[19] İcra takip işlemlerinin diğer işlem türleri ile benzeştiği noktalar bulunmakla birlikte, icra takip işlemleri, usûl işlemleri içerisinde en fazla mahkeme usûl işlemlerine yakındır. Bilindiği üzere davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hâkim tarafından yapılan işlem ve verilen kararlar mahkeme usûl işlemlerini oluşturur. Mahkeme usûl işlemleri, mahkemenin iç işleyişine, mahkemenin dış işleyişine ilişkin işlemler ve mahkemenin verdiği kararlar olarak üç grupta incelenebilir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı durumlarda mahkemece dava malzemesinin toplanması; taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda delillerin değerlendirilmesi mahkemenin iç işleyişine ilişkin usûl işlemlerini oluşturur. Davanın sevki, duruşma gün ve saati ile sürelerin belirlenmesi, dilekçelerin tebliği gibi işlemler ise, mahkemenin dış işleyişine ilişkin usûl işlemleridir. Dava sırasında veya dava sonunda verilen kararlarsa en önemli mahkeme usûl işlemlerini oluşturmaktadır.[20] Bu ayrım dikkate alındığında icra takip işlemi, aralarında büyük farklar bulunmakla birlikte, en fazla mahkemenin verdiği kararlara yakındır. Kararlar, sadece kanunla usûlüne uygun kurulmuş mahkemeler tarafından verilirken, icra takip

18 Umar, s. 176-177.

19 Kuru, s. 129-130; Muşul, s. 170; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 24.

20 Boran-Güneysu, s. 176; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 174; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 184-186; Taşpınar Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, s. 66; Yılmaz Ejder, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah,* Ankara 1982, s. 98-99. *Karslı,* usûl işlemlerini, işlemi yapan makamı dikkate alarak, mahkeme usûl işlemleri ve taraf usûl işlemleri olarak ikiye ayırmaktadır. Mahkeme işlemleri ise, kendi içinde ara kararlar, nihaî kararlar ve yargılamanın işleyişiyle ilgili işlemler olarak ayrılmaktadır. Taraf usûl işlemleri ise, işlemin amacına, içeriğine ve davadaki etkisine göre bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Davadaki etkisine göre taraf usûl işlemleri ise, hâkimin kararıyla etkili olan taraf usûl işlemleri ve karar verilmeksizin etkili olan usûl işlemleri şeklinde bölümlenmektedir. Hâkimin kararıyla etkili olan usûl işlemleri, talepler, iddialar ve delil ikamesidir (Karslı Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler,* İstanbul 2001, s. 148-162).

işlemleri de sadece cebri icra organları tarafından yapılmaktadır. İcra takip işlemi, mutlaka borçluya karşı yapılmalıdır; karar, alacaklı veya borçlu aleyhine verilmekle birlikte aslında muhatabı, hem alacaklı hem de borçludur. Ancak her iki işlem türünün de bir muhatabı vardır ve bu işlemler, yargı organların işleyişine yönelik işlemler değildir. İcra takip işlemi ile alacaklı, alacağını tahsil amacına yaklaşmalıdır. Mahkeme usûl işlemi olan karar ile taraflar arasındaki uyuşmazlık, geleceğe etkili ve kesin olarak çözümlenir. Bu anlamda icra takip işlemi de taraflar arasında uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir adımdır. Şüphesiz icra takip işlemi, kararın niteliği gibi bir çözüm sunmaz; ancak cebri icra hukukunun niteliğine uygun olarak tarafları çözüme yaklaştırır.

B. İCRA TAKİP İŞLEMİNİN UNSURLARI

I. İcra Organı Tarafından Yapılma

İcra takip işleminin unsurları genellikle, icra organı tarafından yapılma, borçluya karşı yapılma ve cebri icranın ilerlemesini sağlama olarak üç başlık altında değerlendirilmektedir. İsviçre hukukunda da icra takip işleminin unsurları ve tanımı Türk Hukuku ile paraleldir. Buna göre, icra takip işlemi genellikle icra organı tarafından borçluya karşı yapılması, borçlunun hukukî durumunu kötüleştirmesi ve icranın ilerlemesini sağlaması unsurları dikkate alarak tanımlanmaktadır.[21]

"*Maddi hukuktan kaynaklanan hakkın yerine getirilmesini sağlayan bu çerçevede zor kullanma yetkisi de olan ve yetkileri kanun tarafından belirlenmiş organlar*" cebri icra organı[22] olarak tanımlanmaktadır.[23] İcra organları, asıl ve yardımcı icra organı olarak ikiye ayrılır. Sadece icra işleri için kurulmuş organlar, asıl icra organlarıdır. Bunlar icra dairesi, icra mahkemesi ve Yargıtay'ın icra-iflâs işleri ile görevli hukuk daireleridir. Asıl görevleri dışında icra işlerine de bakan organlar ise, yardımcı icra organlarıdır.[24]

---

21 Buchi Alfred / Meier Isaak / Bosshard Urs, Grundzige des schweizerischen Schuldbetreibungsrecht, 2. Auflage, Zürich 1982, s. 37; FRITZSCHE/WALTER-BOHNER, s. 128, Rn. 21. Ayrıca bkz. BGE 115 III 6 E. 5; Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG I Art 1-82, Ettenheim 1998, s. 410, Rn. 25;

22 Alman hukukunda icra organları için bkz. Karslı, s. 86-87.

23 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 90.

24 Gürdoğan, s. 5; Karslı, s. 85; Kuru, s. 69 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 42; Muşul, s. 98; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 90-91; Postacıoğlu, s. 22.

İcra dairesi, icra teşkilatının temel organı ve icra işlerinde birinci derecede görevli olan merciidir (m. 1). Her asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi vardır. İcra dairesinin başında bir icra müdürü bulunur; icra müdürü, icra dairesinin sorumlu amiri niteliğindedir (Tüz. m. 3/I). İşi çok olan yerlerde, icra dairesinde yeteri kadar icra müdür yardımcısı, kâtip, mübaşir, muhasip gibi diğer müstahdemler bulunur (m. 1/II).[25]

İcra daireleri bağımsız olmakla birlikte, icra mahkemesi hâkiminin daimi gözetim ve denetimi altındadır (m. 13).[26] İcra dairesi kanun, tüzük ve yönetmeliklerin kendisine vermiş olduğu görevleri icra mahkemesine danışmadan doğrudan kendisi yapabilir. İcra dairesi, zor kullanma yetkisine sahiptir, zabıta memurları ve köy muhtarına emir verebilir (m. 81).[27]

İcra dairesinin takibin her aşamasında çeşitli görevleri bulunmaktadır. Takip icra dairesinde başlamakta ve icra dairesinde yürütülmektedir. İcra dairesinin bu görevleri tek bir madde ile düzenlenmemiştir, icra dairesinin görevlerine ilişkin çeşitli maddelerde hükümler bulunmaktadır. Örneğin takip talebi icra dairesine yöneltilir, ödeme veya icra emrini icra dairesince borçluya gönderilir, haciz işlemleri icra dairesince yapılır. İcra dairesi, sıra cetveli düzenler, satış sonunda elde edilen parayı alacaklılara öder veya paylaştırır, alacaklılara aciz belgesi verir.[28] İcra dairesinin görevleri bakımından birinci derecede icra müdürü yetkili ve sorumludur. İcra dairesi, kendine verilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür, bu anlamda icra dairesi, olumlu veya olumsuz bir işlem tesis etmek ve bir karar vermek zorundadır.[29]

İcra dairesinin işlemlerinin kanuna uygun ve doğru olup olmadığını şikâyet üzerine incelemek ve kanunla kendine verilen diğer icra

25 Ansay, s. 16; Gürdoğan, s. 5-6; Karslı, s. 88; Kuru, s. 69-70; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 42-44; Muşul, s. 98-99; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 90-91; Postacıoğlu E. İlhan/Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 22; Postacıoğlu s. 22-24; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.23.

26 Şikâyet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 5 vd.

27 Kuru, s. 70; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 42-43; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 92.

28 Gürdoğan, s. 6; Kuru, s. 69; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 42; Muşul, s. 99; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 92; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 23.

29 Ansay, s. 17; Gürdoğan, s. 6; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 92.

işlerine bakmak üzere icra dairelerinin üzerinde icra mahkemeleri kurulmuştur. Her asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresinde bir icra mahkemesi bulunur. İcra mahkemesi, icra mahkemesi hâkimi, yazı işleri müdürü, yeteri kadar kâtip ve mübaşirden oluşur. İcra mahkemeleri, tek hâkimli özel mahkeme niteliğindedir. İcra mahkemesinin çeşitli görevleri bulunmaktadır. İcra mahkemesinin görevlerin bazıları şöyle sıralanabilir; icra dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyetleri inceler (m. 16-18), istihkak davalarını değerlendirir (m. 97-99, 228), itirazın kaldırılması taleplerini karara bağlar, ihalenin feshini şikâyet yolu ile inceler (m. 134).[30]

Yardımcı icra organları ise, genel mahkemeler ile savcı ve adalet müfettişleridir. Genel mahkemeler, icra prosedüründe önemli bir yere sahiptir. Bu mahkemelere icra takibi sırasında önemli görevler verilmiştir. Örneğin menfi tespit davasında, genel mahkemeler görevli ve yetkilidir (m. 72). Savcılar ve adalet müfettişleri de yardımcı icra organlarındandır. İcra daireleri, cumhuriyet savcılarının devamlı denetimi altındadır. Savcıların icra-iflâs suçlarındaki yetkileri kanunda gösterilmiştir (m. 357). İcra daireleri buna ilaveten adalet müfettişlerince de devamlı denetlenmektedir.[31] Savcı ve adalet müfettişleri icra organı niteliğinde olmakla birlikte; bu organların görevi, cebri icranın devamını sağlamaktan ziyade denetime yöneliktir. Bu nedenle savcı ve adalet müfettişlerince yapılan işlemler, icra takip işlemi olarak nitelendirilemez.

Bir işlemin icra takip işlemi olarak kabul edilebilmesi için icra dairesi, icra mahkemesi veya genel mahkemeler tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle alacaklı, borçlu veya 3. kişilerin icra takibe yönelik işlemleri, "*icra takip işlemi*" olarak değerlendirilemez. Örneğin alacaklının takip talebi (m. 58), alacaklının haciz ve satış talebi (m. 78/1, 106/1, 107), borçlunun ödeme emrine itirazı (m. 62/1) veya 3. kişilerin istihkak iddiaları (m. 96-99), şikâyet yoluyla ihalenin feshini istemesi (m. 134/2), haciz ihbarnamesine karşı 3. kişinin icra dairesinde itiraz-

30 Ansay, s. 20-21; Gürdoğan, s. 11-12; Karslı, s. 120 vd.; Kuru, s. 70-72; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 44-45; Muşul, s. 101-102; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 101-102; Postacıoğlu, s. 26-28; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 24-25.

31 Ansay, s. 21; Gürdoğan, s. 20; Kuru, s. 72-73 ve 82; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 54; Muşul, s. 114; Umar, s. 183; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 108; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 26-27.

da bulunması (m. 89/II) icra takip işlemi değildir. İsviçre hukukunda da takip talebi veya şikâyet talebi gibi işlemler, icra takip işlemi olarak kabul edilmemektedir. Zira borçlu veya alacaklının talepleri, icra takip işlemi olarak nitelendirilemez.[32]

İsviçre hukukunda, icra organlarınca yapılan işlemler icra takip işlemi olarak kabul edilmektedir. Bu organlar icra ve iflâs organları, iflâs hâkimi, denetim makamı ve Rechtöffnungsrichter olarak sayılmıştır.[33] İcra organlarınca yapılan hangi işlemlerin, icra takip işlemi olduğu konusunda İsviçre hukukunda görüş birliği bulunmamaktadır.[34] Örneğin şikâyet kararının tebliği[35], önceden icra takip işlemi olarak kabul edilirken, şu anda sadece belirli şartların varlığı halinde icra takip işlemi olarak kabul edilmektedir.[36]

Yıldırım/Deren-Yıldırım[37], İsviçre'de maddî hukuka dair uyuşmazlıklarda genel mahkemelerce yapılan işlemlerin, icra takip işlemi olarak kabul edilmediğini belirtmektedir.[38] Türk hukukunda genel mahkemeler, yardımcı icra organıdır. Genel mahkemelerce yapılan işlemlerin, icra takip işlemi olup olmadığı tartışma konusu yapılma-

32 Buchi/Meier/Bosshard, s. 37; Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 410, Rn. 26.

33 Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 410, Rn. 26. Ayrıca BGE 115 III 10.

34 Öğretide kazuistik bir yöntemle hangi işlemlerin icra takip işlemi olup olmadığı değerlendirilmiştir. Örneğin takibin iptali veya tâliki kararı, icra takip işlemi değildir. Zira borçlunun talebinin kabul edilmesi halinde takip sona erecektir. Yine istirdat davasının reddi kararı, geçici veya kesin aciz vesikasının oluşturulması işlemi icra takip işlemi değildir (Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 412, Rn. 32 ve 413, Rn. 39).

35 Türk hukuku bakımından şikâyet talebine yönelik karar, icra takip işlemi niteliğinde değildir. Zira şikâyet, borçluya karşı yapılmaz; şikâyetin muhatabı icra organlarıdır. Şikâyet talebine ilişkin karardan sonra, icra organlarınca yapılan işlem, diğer unsurları da taşıyorsa, icra takip işlemi olarak nitelendirilebilir. Örneğin icra memurunun sebepsiz yere ödeme emrini hazırlamaması halinde, alacaklının şikâyet yoluna başvurabilir. İcra mahkemesi, bu durumda şikâyet talebini kabul edip, derhal ödeme emrinin hazırlanmasını emredebilir. Bu karar, icra takip işleminin unsurlarını taşımamaktadır. Ancak bu karar üzerine icra dairesinin ödeme emri hazırlayıp borçluya tebliğ etmesi, bir icra takip işlemidir. Burada icra mahkemesinin kararı ve bu karardan sonra icra dairesinin yaptığı işlemi birbirinden ayırarak değerlendirmek gerekir. Zira ortada iki hukukî işlem bulunmaktadır. İlk işlem, icra mahkemesinin şikâyet talebi üzerine verdiği karardır ve bu işlem, bir mahkeme usûl işlemidir. İkinci işlem ise, bu karar üzerine icra dairesinin yaptığı işlemdir ve bu işlem, bir icra takip işlemidir.

36 Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 410, Rn. 27.

37 Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 24.

38 İsviçre hukukunda borçluya karşı yapılan resmî işlemlerin icra takip işlemi olduğu; mahkeme kararları ve bunların borçluya bildirilmesinin de bu işlemleri kapsamına girdiği belirtilmektedir (Fritzsche/Walter-Bohner, s. 129, dn. 39).

mıştır. Öğretide ihtiyatî haciz kararının icra takip işlemi niteliği tartışılmıştır.[39] Ancak bu tartışma, genel mahkemelerin icra organı olup olmadığından ziyade, bu kararın icra takibini ilerletmeye yönelik olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Genel mahkemelerin yardımcı icra organı olarak kabul edilmesinden hareketle, genel mahkemelerin icra hukukuna yönelik kararları, diğer unsurları da taşıması şartıyla icra takip işlemi olarak kabul edilmelidir.

Türk hukukunda genel mahkemelerde icra hukukuna ilişkin olarak itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davaları incelenmektedir. Bilindiği üzere itirazın iptali[40], alacaklı tarafından itirazı hükümden düşürmek için genel mahkemelerde açılan bir davadır. Mahkeme yaptığı tahkikat sonunda, borçlunun borçlu olduğu kanaatine varırsa, itirazın iptaline karar verir. Bu karar, fer'i icra organı olan genel mahkemelerce ve borçluya karşı verilmektedir. İtirazın iptali kararı ile alacaklı, durmuş olan icra takibine devam edip haciz yapılmasını isteyebilir. Bu anlamda itirazın iptali kararı, alacaklıyı alacağını tahsili amacına yaklaştırır. Bu nedenle itirazın iptali kararı, bir icra takip işlemidir. Mahkeme, tahkikat sonunda, takip konusu alacağın mevcut olmadığı kanısına varırsa, itirazın iptali davasını reddeder. İtirazın iptali davasının reddine yönelik karar ise, icra takip işlemi değildir. Zira bu kararın kesinleşmesi ile alacaklının başlattığı takip iptal edilecektir. Bu karar, alacaklıyı alacağına yaklaştırmamakta, aksine takibin iptaline neden olmaktadır. İcra takip işleminin unsurlarını taşımayan bu karar, icra takip işlemi olarak değerlendirilemez.

Menfî tespit davası ise, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılan bir davadır.[41] İcra takip işleminin unsurlarından biri olan *"borçluya karşı yapılma"* şartını taşımamaktadır. Bu nedenle menfî tespit davasının kabulü kararı, icra takip işlemi niteliğinde değildir. Menfî tespit davasının reddi, yani alacaklı lehine sonuçlanması durumunda, borcun varlığı kesin bir hükümle tespit edilmiş olur. Daha önce borçlu lehine ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, bu karar ile ihtiyatî tedbir kalkar ve alacaklı takibe devam edebilir. Bu anlamda menfî tespit davasının reddi kararı, bir icra takip işlemidir.

---

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. 3.

40 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan Yönel, İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004.

41 Kuru Baki/Budak Ali Cem, *Tespit Davaları*, 2. Bası, İstanbul 2010.

Cebri icra tehdidi altında, borcu olmayan bir parayı ödemek zorunda kalan borçlu, ödediği paranın geri verilmesi için istirdat davası açabilir (m. 72, VI, VIII). İstirdat davası niteliği gereği takip sona erdikten sonra açılan bir davadır. Bu nedenle ilgili karar, icra takibinin ilerlemesini sağlama ve alacaklının alacağına yaklaşma unsurlarını taşımaz. İstirdat davası ile icra takip işleminin unsurları bağdaşmadığından bu karar, icra takip işlemi olarak nitelendirilemez.

Bize göre, genel mahkemelerce icra hukukuna ilişkin verilen kararlar, icra takip işleminin unsurlarını taşımak şartıyla icra takip işlemi olarak nitelendirilebilir. Genel mahkemelerce verilen bu kararlar, icra takip işlemi olarak nitelendirilirse, bu kararın verilmesi ile alacağın tâbi olduğu zamanaşımı kesilecek ve tatil-tâlik hallerinde söz konusu kararlar verilemeyecektir. Genel mahkemelerce icra işlerine ilişkin verilen bu kararların icra takip işlemi olarak nitelendirilmesi durumunda zamanaşımı konusu nasıl halledilecektir?

Tespit davasının maddî hukuk açısından önemli sonuçlarından biri zamanaşımının kesilmesidir. Ancak zamanaşımı müspet tespit davasının açılmasıyla kesilirken, menfî tespit davasının açılmasıyla zamanaşımı kesilmez. Zira zamanaşımının kesilebilmesi için alacaklının, kanunda öngörülen bir harekette (BK m. 133/2, yeni TBK m. 154) bulunması gerekir. Bilindiği üzere menfî tespit davası, alacaklı tarafından değil, aksine borçlu tarafından açılmaktadır. Bu nedenle menfî tespit davasının açılması ile zamanaşımı kesilmiş olmaz. Menfî tespit davası ile zamanaşımının kesilmesi için davalı durumundaki alacaklının kanunun öngördüğü bir harekette bulunması yani alacaklının yazılı veya sözlü olarak menfî tespit davasına cevap vermesi gerekir.[42] İtirazın iptali davası, takip hukuku bakımından özel bazı sonuçlar doğuran bir alacak davasıdır. Özkan, itirazın iptali davası açısından zamanaşımının kesilmesini, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle değil, alacaklının takip talebinde bulunması ile gerçekleştiğini belirtmektedir.[43]

Borçlar Kanunu'nun 136. maddesine göre (Yeni TBK m. 157), bir dava veya def'i ile kesilmiş bulunan zamanaşımı, dava süresince iki tarafın yargılama ile ilgili her işleminden veya yargıcın her emir ve

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Budak, s. 312-324.
43 Özkan, s. 153-154.

kararından sonra kesilir ve yeniden işlemeye başlar. Genel mahkemeler, icra dairelerinden farklı olarak, "*mahkeme*" niteliğindedir. Bilindiği üzere yargı yetkisi, Türk milleti adına, bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır (AY m. 9). Yargı teşkilâtı denince ilk akla gelen mahkemelerdir. Mahkemeler, tüzel kişiliği bulunmayan ve devlete ait yargı hakkı ve yetkisini kullanmakla görevli organlardır. Yargı kuvvetine, sadece mahkemeler sahip olduğu için, hukukî sorunlar hakkında geçerli bir karar ve emir verme yetkisi kural olarak[44], sadece mahkemelere aittir. Genel mahkemeler bakımından zamanaşımı sorunu Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre çözülecektir.

Genel mahkemelerce icra işlerine ilişkin söz konusu kararların verilmesiyle zamanaşımı kesilir. Ancak zamanaşımının kesilmesinin nedeni, bu kararların icra takip işlemi olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmamaktadır.[45] Bu kararlar, icra takip işlemi olarak kabul edilmese bile, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince zamanaşımı kesilecektir. Şüphesiz bu durum, genel mahkemelerce verilen kararları icra takip işlemi olarak kabul etmemizi değiştirmeyecektir.

Genel mahkemelerce verilen kararların icra takip işlemi olarak nitelendirilmesinin ikinci sonucu, tatil-tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılamamasıdır. Öğretide bu konu, ihtiyatî haciz kararı bakımından tartışılmıştır. Öğretide bir görüş, ihtiyatî haciz kararı icra takip işlemi sayıldığından İcra ve İflâs Kanunu'nun 51. maddesi gereğince tatil-tâlik hallerinde ihtiyatî hacze karar verilemeyeceğini düşünmektedir.[46] Özekes, tatil-tâlik hallerinin kanun koyucu tarafından bir takım sosyal düşüncelerle borçluyu korumak için getirildiğini; ancak ihtiyatî haczin de mal kaçırma ihtimaline karşı alacaklıyı korumak için getirilmiş bir kurum olduğunu ifade etmektedir. Kanun koyucu, bir yandan borçluyu korurken diğer yandan da borçlunun kötüniyetli davranışlarına

44 Medenî usûl hukuku anlamında mahkemeler, özel hukuka ait uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmişlerdir. Ancak, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, kural olarak, devletin bir tekel hakkı bulunmamaktadır. Taraflar, yine hukukun izin verdiği sınırlar içinde, uyuşmazlıklarını mahkemeler yerine, kendileri uzlaşarak, bir arabulucu yardımıyla veya tahkim yoluyla da çözebilirler (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 85).

45 Özekes, zamanaşımı konusunu ihtiyatî haciz kararı açısından değerlendirerek ve ihtiyatî haczin zamanaşımını kesmesiyle icra takip işlemi olması arasında bir bağlantı bulunmadığını ifade etmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, s. 161-164).

46 Üstündağ, s. 406-407; Postacıoğlu, s. 706.

engel olmaya çalışmaktadır. Özekes ihtiyatî haciz ve tatil-tâlik kurumunun hedeflediği amacı dikkate alarak, tatil-tâlik süreleri içinde de ihtiyatî haciz kararı verilebileceğini düşünmektedir.[47]

Genel mahkemelerce icra hukukuna yönelik bazı kararların icra takip işlemi olarak nitelendirilmesi halinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 51. maddesi gereğince tatil-tâlik hallerinde söz konusu kararlar kanımızca verilemeyecektir. Genel mahkemelerce verilen ve icra takip işlemi olarak değerlendirilen ihtiyatî haciz kararının tatil-tâlik hallerinde aslında verilemeyeceği; ancak kurumun amacı dikkate alınarak istisnaî olarak söz konusu kararın verilebileceği belirtilmiştir. Menfî tespit ve itirazın iptali davalarında, ihtiyatî haciz kurumundaki özelliğin bulunmadığı ve söz konusu kararların icra takip işlemi niteliğinde olduğu dikkate alınarak, tatil-tâlik hallerinde ilgili kararlar bize göre verilmemelidir.

II. Borçluya Karşı Yapılma

Takip işleminin icra takip işlemi olarak nitelendirilebilmesi için *"borçlu"*ya karşı yapılması gerekir. İcra organlarının alacaklıya (m. 62/II, 99) veya 3. kişilere karşı yaptıkları işlemler (m. 97/VI) icra takip işlemi değildir. Buna ek olarak, icra organlarının iç işleyişine yönelik işlemler de icra takip işlemi olarak adlandırılamaz.[48] İsviçre hukukunda da, bir işlemin icra takip işlemi olarak nitelendirilebilmesi için icra organlarınca yapılması gerekir. Ödeme emrinin tebliği, haczin yerine getirilmesi veya rehnin paraya çevrilmesi işlemleri icra takip işlemlerine örnek gösterilmektedir.[49] Ancak resmî makamların iç işlerine yönelik işlemleri, icra takip işlemi olarak değerlendirilmemektedir. Bu anlamda ihbar ve bildirimler, icra takip işlemi değildir; örneğin paraya çevirme talebine yönelik olarak alacaklıya yapılan bildirimler, icra takip işlemi olarak nitelendirilemez.[50] İflâs makamları tarafından hazırlanan mükellefiyetler listesi ve bu listenin gösterilmesi işlemi icra takip

47 Özekes, s. 256-257.
48 Kuru, s.129-130; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 99-100; Muşul, s. 171; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 49; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.24.
49 Buchi/Meier/Bosshard, s. 37.
50 Fritzsche/Walter-Bohner, s. 128-129, Rn. 21; Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 412, Rn. 35 ve 413 Rn. 37.

işlemi değildir. Zira iflâs idaresi ve iflâs dairesinin bu işlemleri İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 56. maddesi anlamında icra takip işlemi olarak kabul edilmemektedir.[51]

İcra hukukunda borçlu teriminin neyi ifade ettiğini öncelikle belirlemek gerekir. İcra hukuku da medenî usûl hukuku gibi, iki taraf sistemine göre yürümektedir. Takibin taraflarını, alacaklı ve borçlu oluşturmaktadır. İcra takibini başlatan ve talepte bulunan kişi alacaklıdır; aleyhine talepte bulunulan kişi ise, borçludur. İcra hukukunda alacaklı ve borçlu terimleri, borçlar hukukundan daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Tarafların maddî hukuk yönünden durumları veya borçlar hukuku anlamında bir borcun bulunup bulunmadığı alacaklı-borçlu nitelendirmesini etkilememektedir. Cebri icrayı başlatan ve talebini elde etmek isteyen kişi alacaklı, diğer taraf ise borçludur.[52] Borçlu, alacaklıya bağlı bir kavramdır. Alacaklının takip talebinde *"borçlu"* olarak gösterdiği kişi, borçlu sıfatını kazanmakta ve takibe ilişkin işlemler bu borçluya karşı yürütülmektedir. Bu anlamda icra hukukunda şeklî taraf ilkesi geçerlidir; alacaklının takip talebinde belirttiği kişi taraf olarak kabul edilmektedir.

Postacıoğlu genel düşünceden farklı olarak, *"borçluya karşı yapılma"* unsurundan ziyade, borçlunun şikâyet etmemesi halinde işlemin borçlu aleyhine kesin bir mahiyet almasını icra takip işleminin bir unsuru olarak kabul etmektedir.[53] Burada tatil ve tâlik hallerinin niteliği dikkate alınarak, borçlunun şikâyet yoluna başvuramayabileceği düşünülmüştür.[54] *Umar,* icra takip işlemlerinde bu unsura yer verilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Zira bir işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmak için çeşitli imkânlar sunulması, işlemin hukukî niteliğini etkilemez. Ayrıca, şikâyet dışında da farklı yollarla takip işlemi hatta takip dahi sonuçsuz kalabilir (m. 72/V ve VII). Yazar, bu unsurun kabulü halinde münferit işlemlerden hiçbirinin takip işlemi sayılamaması gerektiğini belirtmektedir.[55]

51 Fritzsche/Walter-Bohner, s. 128, dn. 38.
52 Kuru, s. 136; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 104; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 47; Postacıoğlu, s. 3-4; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 13.
53 Postacıoğlu, s. 233-234.
54 Postacıoğlu/Altay, s. 300.
55 Umar, s. 191-193.

Kanımızca *"borçlunun şikâyet etmemesi halinde işlemin borçlu aleyhine kesin bir mahiyet alması"*, borçluya karşı yapılma unsurunun bir sonucudur. Zira icra takip işlemleri borçlunun hukukî durumuna zarar vermeye yönelik işlemdir. İcra takip işlemlerine karşı, borçlunun genellikle itiraz veya şikâyet imkânı bulunmaktadır. Borçlu, itiraz etmez veya şikâyet yoluna başvurmazsa, yapılan işlem borçlu aleyhine kesinleşecektir.

İcra takibinde alacaklı ve borçlu dışında 3. kişiler de yer alabilir veya takip sırasında 3. kişilerin menfaatleri ihlal edilebilir. Örneğin 3. kişi, takip konusu alacak için rehin hakkı tesis etmiş olabilir (m. 146/I, 149/I, 149b/I) veya 3. kişilerin mal ve hakları borçluya ait olduğu düşüncesiyle haczedilebilir (m. 89, 94, 96-99, 228). 3. kişiler, icra takibi veya takibin sonucu ile doğrudan ilgili olmasalar da, icra takibinde aktif bir rol oynamaktadır. Ancak bu durum, 3. kişilerin icra takibinin taraflarından biri olması sonucunu doğurmaz.[56] 3. kişiler sadece, kendilerine ilişkin şikâyet ve davalarda taraf durumundadır.[57] Bu nedenle 3. kişilere karşı yapılmış işlemler, *"borçluya karşı yapılma"* şartını yerine getirmediğinden icra takip işlemi olarak nitelendirilemez.

Takip hukuku iki taraf sistemi üzerine kurulmasına rağmen alacaklı veya borçlu tarafında birden fazla kişi yer alabilir. Bu durumda, taraflar arasında takip arkadaşlığı söz konusudur. Takip arkadaşlığı alacaklı tarafında olabileceği gibi borçlu tarafında da olabilir. Borçlular arasında zorunlu veya ihtiyarî takip arkadaşlığı bulunabilir. Bazı durumlarda alacaklının borçluların tamamını takip etmesi gerekir. Örneğin kira sözleşmesinde birden fazla kiracı bulunması halinde, kiralayanın, kiracıların tümüne karşı tahliye talebinde bulunması zorunludur. Tahliye talebi açısından, kiracılar arasında mecburî takip arkadaşlığı bulunmaktadır. Borçlular arasında ihtiyarî takip arkadaşlığı varsa, alacaklı tek bir takip talebi doldurur; ancak bu talebinde her borçlunun adı, soyadı, adresi ve o borçluya düşen borç miktarını açıkça gösterir. İhtiyarî takip arkadaşlığında tek bir takip talebi doldurulmasına

56 *Yıldırım ve Deren-Yıldırım*, 3. kişilerin istisnaen de olsa, takipte taraf olarak yer aldığını belirtmektedir. Mal ortaklığı rejiminde borçlunun eşi (TMK m. 268/III) ve borçlu için malını rehneden veya rehnedilmiş bir malı iktisap eden 3. kişi bu duruma örnek gösterilmektedir (Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 13).

57 Kuru, s. 136; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 104.

rağmen her bir borçluya ayrı ayrı ödeme emri gönderilir (m. 61/II). Aralarında ihtiyarî takip arkadaşlığı bulunan borçlular birlikte hareket etmek zorunda değildir; her borçlu takibe farklı şekilde karşı koyabilir ve takipler her borçluya karşı ayrı ayrı yürütülür.[58]

Borçlular arasında ihtiyarî takip arkadaşlığı varsa, icra organlarınca yapılan işlemin icra takip işlemi olarak nitelendirilebilmesi için borçluların tamamına karşı yapılması gerekmez. İşlemin sadece ilgili borçluya karşı yapılması, icra takip işlemi nitelendirmesi için yeterlidir. Zira ihtiyarî takip arkadaşlığında takip arkadaşları birbirinden bağımsız hareket edebilir. Örneğin aralarında ihtiyarî takip arkadaşlığı bulunan borçlulara karşı yapılan bir takipte, borçlular farklı sebeplerle takibe itiraz edebilir ve takip, her bir borçluya karşı ayrı ayrı yürür. Ancak borçlular arasında mecburî takip arkadaşlığı söz konusu ise, işlemin sadece bir veya birkaç borçluya karşı yapılması yeterli değildir. Söz konusu işlem, ancak takip talebinde gösterilen tüm borçlulara karşı yapılması halinde, icra takip işlemi olarak nitelendirilebilir. Zira mecburi takip arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Takibe konu alan borcun tamamından takip talebinde gösterilen borçluların tamamı sorumludur ve bu nedenle ilgili icra işleminin bir veya birkaç borçluya karşı yapılması bir sonuç doğurmayacaktır.

III. Cebri İcranın İlerlemesini Sağlama

İcra takip işlemi, cebri icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Bu işlemler, alacaklıyı hedefine yaklaştıran işlemlerdir. İcra takip işlemi, alacaklının alacağını tahsili amacına yöneliktir. Ödeme emri, ödeme emrinin tebliği, itirazın kaldırılması, haciz işlemleri borçluya süre verilmesi icra takip işlemine örnek gösterilebilir. Ancak, paraların paylaştırılması (m. 138 vd.), icra takip işlemi değildir.[59] Zira paraların paylaştırılması, cebri icranın ilerlemesini sağlayan ve alacaklıyı hedefine yaklaştıran bir işlem değildir. Paraların paylaştırılması takibi bir

58 Karslı, s. 59; Kuru, s. 146-147; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 110-111; Muşul, s. 159-161; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 142-143; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 16.

59 Kuru, s. 130; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 100; Umar, s. 183-187 ve 191-192; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 49; Postacıoğlu, s. 234; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 24.

sonraki aşamaya götüren değil aksine takibin son aşamasıdır. İsviçre hukukunda da paraların paylaştırılmasına ilişkin hazırlan plan, icra takip işlemi olarak kabul edilmemektedir.[60]

Postacıoğlu bu unsuru, Federal Mahkeme'nin 28.6.1955 tarihli bir kararına atıf yaparak açıklamaktadır.[61] Söz konusu kararda icra takip işlemi "*alacaklının veya icra dairesinin yeni bir usûlî safha getirmek suretiyle takibi ilerleten muameleleri*" olarak tanımlanmaktadır. Buna göre takibin hangi aşamada olduğuna dair alacaklıya verilen bilgi, icra dairesinin yapmış olduğu işlemler hakkındaki adi ihbarları veya ödeme emrinin itiraza uğrayıp uğramadığının bildirilmesi icra takip işlemi değildir.[62]

"*Cebri icranın ilerlemesini sağlama*" unsuru başlığı altında en fazla dikkati çeken konu ihtiyatî haciz kurumudur. İhtiyatî haczin icra takip işlemi olup olmadığı ve cebri icranın ilerlemesini sağlayıp sağlamadığı öğretide tartışmalıdır. İhtiyatî haczin icra takip işlemi olarak değerlendirip değerlendirilmemesi farklı hukukî sonuçlara neden olmaktadır. Zira ihtiyatî haciz, bir icra takip işlemi ise, bu kararın verilmesi ile alacağın tabi olduğu zamanaşımı kesilecek ve tatil-tâlik hallerinde ihtiyatî haciz kararı verilemeyecektir.[63] *Yıldırım ve Deren-Yıldırım*, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir gibi, alacaklının talebini teminat altına almaya yönelik işlemlerin icra takip işlemi olmadığını belirtmektedir.[64] *Muşul,* borçlunun malları üzerine konulan ihtiyatî haczin bir icra takip işlemi olduğunu düşünmektedir. Yazar, ihtiyatî haczin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmesini ve icra takibi sonunda alacaklının alacağını güvence altına almasını dikkate alarak, bu kurumun bir takip hukuku müessesi olduğunu belirtmekte ve ihtiyatî haciz kararını veren genel mahkemelerin de, fer'i icra organı olduğunu vurgulamaktadır. İhtiyatî haciz talebinin ise, icra takip işleminin unsurlarını taşımadığından icra takip işlemi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. *Muşul,* ihtiyatî haciz kararının icrasının ise, icra dairesinin bir işlemi olduğunu ifade etmektedir.[65]

60 Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 413, Rn. 38.
61 Postacıoğlu, s. 234.
62 Postacıoğlu, s. 234, dn. 2.
63 İhtiyatî haciz kararının sonuçları için bkz. Özekes Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 256-264.
64 Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 24.
65 Muşul, s. 863-864.

Kuru, ihtiyatî haciz kararının icra takip işlemi olduğu kanaatindedir; ihtiyatî haciz kararı hatta ihtiyatî haciz talebi ile zamanaşımının kesilmesi gerektiğini belirtmektedir.[66] *Postacıoğlu* da, ihtiyatî haczin icra takip işleminin tüm unsurlarını taşıdığını düşünmektedir. Bu düşünce gereğince[67], ihtiyatî haciz kararının zamanaşımını kestiği ve tâlik süreleri boyunca ihtiyatî haciz kararının verilemeyeceği ifade edilmiştir.[68] *Tanrıver*[69]*, Umar*[70] *ve Karslı*[71] da, ihtiyatî haczi icra takip işlemi olarak kabul etmektedir.

İhtiyatî haciz konusunu ayrıntılı olarak inceleyen Özekes, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî haciz kararının ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre ihtiyatî haciz kurumu ve ihtiyatî haciz talebi icra takip işlemi değildir. Zira ihtiyatî haciz icra organlarınca değil, alacaklı tarafından talep edilmektedir. Ancak ihtiyatî haciz kararı, tüm unsurları taşıyan bir icra takip işlemidir. Yazar, belli bir kurumun değil, münferit bir işlemin icra takip işlemi sayılacağını vurgulamaktadır.[72]

Yargıtay, 2008 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu[73] kararında ihtiyatî haczin, icra takip işlemi olmadığını şöyle açıklamaya çalışmaktadır: *"…Bu nedenledir ki, ihtiyati haciz bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, koruyucu nitelikte bir kurum ve bizzat icra takip işlemine dönüşmeye elverişli, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. İhtiyati haczin icra takip işlemi olmadığı hususu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "İhtiyati haczin İİK. 289. maddesinde öngörülen takip yasağından sayılmayacağına ilişkin" 16.02.2000 gün ve 2000/12-49 Esas ve 2000/94 Karar sayılı; yine "ihtiyati haczin Türk Ticaret Kanunu'nun 662. maddesinde zamanaşımını kesen sebepler arasında sayılan takip talebi niteliğinin bulunmadığına ilişkin" 22.06.1968 gün ve 1967/805 Esas, 1968/475 Karar sayılı, ilamlarında*

66 Kuru, s. 888-889.
67 Yazar ayrıca, ihtiyatî hacizden sonra borçlunun açacağı menfî tespit davasının takipten sonra açılmış menfî tespit davası hükümlerine göre değerlendirileceğini düşünmektedir (Postacıoğlu, s. 710).
68 Postacıoğlu, s. 709.
69 Tanrıver Süha, *Konkordato Komiseri,* Ankara 1993, s. 69.
70 Umar, s. 198-199.
71 Karslı, s. 666.
72 Özekes, s. 251-255.
73 HGK, 23.1.2008, E. 2008/12-25, K. 2008/3 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm).

da açıkça ifade edilmiştir…" Yine Yargıtay'ın 2000 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu[74] kararında, ihtiyatî haczin icra takip işlemi olmadığı kabul edilmiş; bu görüşün gerekçesi tam olarak açıklanamamıştır: "…İhtiyati haczin TTK›nun 662. maddesinde zamanaşımını kesen sebepler arasında belirtilen takip talebi niteliğinin bulunmadığı, bu işlemlerin ayrı hukuki sonuçlar doğuracağı, dolayısı ile zamanaşımını kesmeyeceği, Hukuk Genel Kurulunun 22.6.1966 T.E.İc. 805, K: 475 sayılı kararında kabul edilmiş olup uygulama da bu doğrultudadır. Sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararı ve zamanaşımı hususundaki uygulama da ihtiyati haczin *icra takip işlemi olmadığı hususundaki görüşün doğruluğunu kanıtlamaktadır...*"

Bize göre de, ihtiyatî haciz kurumu ile ihtiyatî haciz kararını birbirinden ayırarak incelemek gerekir. Zira ihtiyatî haciz kurumu, talebi, şartları, yargılaması, kararı, icrası ve karara itirazdan oluşan bir bütündür. Bu bütünün tamamını, icra takip işlemi olarak nitelendirmek doğru değildir. Her bir işlemin gerekli unsurları taşıyıp taşımadığını dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekir. İhtiyatî haciz kararı, kanımızca da bir icra takip işlemidir; icra takip işleminin tüm unsurlarına sahiptir. Öncelikle ihtiyatî haciz kararı, fer'i icra organı niteliğinde olan genel mahkemelerce verilmektedir. İhtiyatî haciz kararı, borçluya karşı verilmektedir ve borçlu aleyhine bir karardır. İhtiyatî haczin amacı, mevcut veya müstakbel takibin sonucunu güvence altına alınmasıdır. Bu anlamda ihtiyatî haciz kararı, alacaklıyı alacağını tahsil amacına yaklaştırmaktadır.

---

74 HGK, 16.2.2000, E. 2000/12-49, K. 2000/94 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm). Yargıtay'ın benzer yöndeki kararları için bkz. "*…İİK.nun 264. maddesinde "ihtiyati haczi yaptıran alacaklının 7 gün içerisinde takip talebinde bulunması veya dava açmasını zorunlu kılar" hükmünden de anlaşılacağı üzerine ihtiyati haciz ile icra takibi ayrı hukuki düzenlemeler olup ayrı ayrı hukuki sonuç doğurur. Bu nedenle ihtiyati haciz kararı icra takip işlemi olmayıp yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan ve HUMK.nun 101 ve devam eden maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir benzeri ancak daha etkili bir tedbir işlemi olduğundan bir takip muamelesi sayılamaz…*" 12. HD, 21.4.2005, E. 2005/4800, K. 2005/8555; "*…Bu açıklamalar ışığında ihtiyati haciz kararının infazı sırasında borcun kabulü, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere icra takip işlemi olmayan ihtiyati haczin…*" 12. HD, 24.5.2010, E. 2010/323, K. 2010/12484; "*…Bu nedenle ihtiyati haciz kararı icra takip işlemi olmayıp yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan ve HUMK'nun 101 ve devam eden maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir benzeri, ancak daha etkili bir tedbir işlemi olduğundan bir takip muamelesi sayılamaz…*" 12. HD, 14.12.2010, E. 2010/17745, K. 2010/30181; "*…İcra takip işlemi olmayan ihtiyati haczi sırasında…*" 12. HD, 16.3.2010, E. 2009/24179, K. 2010/6067(http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm).

C. İCRA TAKİP İŞLEMLERİNİN ŞEKLİ

İcra ve İflâs Kanunu'nda icra takip işlemlerinin şekline ve şekle aykırılığa ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra takip işlemlerinin şekli için, her işlemi ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Örneğin haciz, bir icra takip işlemidir. Taşınır ve taşınmaz malların haczinde, haciz tutanağı düzenleneceği ve tutanakta nelerin bulunması gerektiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tutanağa; alacaklı ve borçlunun isim ve şöhretleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ve takdir edilen kıymetleri ve varsa 3. kişilerin iddiaları yazılır ve tutanak, haczi icra eden memur tarafından imza edilir. Hacizde şekil sorunu, sadece bu madde dikkate alınarak değerlendirilmemelidir. Kanunda, haczin icrası sürecine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örneğin icra müdürü, haciz talebinden itibaren 3 gün içinde haczi yapmalıdır (m. 79/I). İcra dairesi öngörülen bu süreye uymasa bile, yapılan haciz geçerli olacaktır. Ancak geçerli bir sebep olmaksızın haczin geç yapılması yüzünden devletin sorumluluğu (m. 5-7) veya şikâyet (m. 14) yoluna gidilebilir.

Haciz işlemi, görevli olmayan biri tarafından yapılamaz. Haciz, bizzat icra müdürü tarafından yapılabileceği gibi, müdür yardımcısı veya kâtiplerden biri tarafından da yapılabilir (m. 80/I). Bu durumda görevli olmayan bir kişi tarafından yapılan işlem, haciz niteliğinde değildir ve yok hükmündedir.

Haczin yapılması sırasında, icra müdürünün yetkilerine ilişkin kanunda çeşitli hükümler bulunmaktadır (m. 80/III, 87). İcra memuru haciz sırasında bu kurallara uymaz veya takdir hakkını yanlış kullanırsa, ilgililer şikâyet yoluna başvurabilir.

Yine bir icra takip işlemi olan satış, icra dairesince belirli bir süre içinde (taşınırlar için bir ay m. 112/I, taşınmazlar için iki ay m. 123) yapılmalıdır. Taşınırlar kural olarak, açık arttırma ile satılır. Birinci ve ikinci arttırmanın yapılacağı yer, gün ve saat daha önceden ilân edilir (m. 114/I). Satılığa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra en çok arttırana ihale edilir (m. 115/I). İhalenin herhangi bir aşamasında usulsüzlük yapılırsa şikâyet yoluyla ihalenin feshi mümkündür (m. 134).

İcra takip işlemi niteliğindeki bir mahkeme kararı, bir kararın

taşıması gereken unsurlara sahip olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde nihaî kararın hangi unsurları içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde gereğince kararda genel olarak, mahkeme, hâkim ve zabıt kâtibine ilişkin bilgiler, tarafların kimlikleri, iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, hükmün verildiği tarih, gerekçe, imzalar ve hüküm fıkrası bulunmalıdır.

Karslı[75], medenî hukukun irade fesadına ilişkin hükümlerinin icra işlemleri için geçerli olup olmadığını incelemiş; bu hükümlerin icra işlemlerini de kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. İcra işlemleri, şeklî esaslara bağlı, icra hukukunun amacına hizmet eden işlemlerdir. Bu işlemlerin değerlendirilmesinde, icra hukukunun amacı ve özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, irade sakatlıklarının icra işlemlerinde Kanun'da açıkça belirtilen hallerle sınırlı olmak üzere ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.[76]

Sonuç olarak, icra takip işlemlerinde şekil ve şekle aykırılığın sonuçları için genel nitelikte değerlendirmeler yapmak mümkün değildir, her işlem türünü ayrı ayrı incelemek gerekir. Şüphesiz icra takip işlemlerinde kamusal nitelik göze çarpmaktadır. Bu nedenle, icra takip işlemlerinde borçlar hukuku anlamında bir şekil serbestîsinden bahsetmek mümkün değildir. İcra takip işlemlerinde şekil ve şekil serbestîsi, kanun hükümlerinin çizdiği sınırlar içinde belirlenmelidir.

D. İCRA TAKİP İŞLEMLERİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

İcra hukukunda yapılan işlemlerin, icra veya taraf takip işlemi olup olmadığının tespiti önemlidir. Zira kanun koyucu, icra takip işlemine farklı sonuçlar bağlamıştır. Bu sonuçlardan ilki, icra takip işlemi ile zamanaşımının kesilmesidir; ikinci sonuç ise, tatil-tâlik hallerinde kural olarak, icra takip işlemi yapılamamasıdır. Bu nedenle takip talebi gibi, icra takip işlemi niteliğini taşımayan işlemler tatil-tâlik hallerinde de yapılabilir.[77]

75 Karslı, s. 97-98.
76 Karslı, s. 99.
77 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 99; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 49; Postacıoğlu/Altay, s. 300.

Zamanaşımının kesilmesi; borçlu, alacaklı veya hâkimin belirli fiillerinin sonucu olarak işlemiş olan zamanaşımı süresinin yanması ve kesilmeye neden olan olaydan itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin işlemesidir. Zamanaşımını kesen sebepler Borçlar Kanunu'nun 133 ilâ 136. maddeleri (Yeni TBK m. 154-157) arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler dikkate alındığında zamanaşımının, borçlunun veya alacaklının fiili ile veya yargılama yahut takibe ilişkin bir işlemle veya hâkimin kararı ile kesildiği görülür. Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinin birinci fıkrasına göre (Yeni TBK m. 154/1), *"borçlu borcu tanırsa özellikle faiz veya borcuna sayılmak üzere bir miktar para veya rehin veya kefil verirse"* zamanaşımı kesilir. Yine Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinin ikinci fıkrası gereğince (Yeni TBK m. 154/2), "alacaklı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurarak veya icra takibinde bulunarak veya iflâs masasına müdahale ederek zamanaşımını kesebilir. Alacaklı ve borçlunun fiili dışında da zamanaşımı kesilebilir. Bir dava veya def'i ile kesilmiş olan zamanaşımı, dava sürecince iki tarafın yargılamayla ilgili her işleminden veya hâkimin her emir ve kararından sonra (BK m. 136, yeni TBK m. 157) kesilir ve yeniden işlemeye başlar.[78]

İcra takip işlemleri ile zamanaşımı kesilir; bu noktada öğretide taraf takip işlemlerinin zamanaşımını kesip kesmediği tartışılmıştır. Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinde zamanaşımını kesen sebepler (Yeni TBK m. 154/2) arasında *"icraî takibat"* gösterilmiştir. Özekes, buradaki icraî takibatın, icra takibi ve icra takip işleminden daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtmektedir.[79] Borçlar Kanunu'nda icra takip işlemi-taraf takip işlemi şeklinde bir ayrıma gidilmemiş ve 136. madde (Yeni TBK m. 157) takip muamelesinden söz edilmiştir. Özekes, bundan hareketle taraf işlemlerinin de zamanaşımını keseceğini ifade etmektedir.[80] *Umar* ise, sadece icra organlarının takip işlemlerinin zamanaşımını keseceğini düşünmektedir. Yazara göre, Borçlar Kanunu'nda *"takibe müteallik muamele"* ifadesi ile sadece icra organlarının takip işlemleri kastedilmektedir. Borçlar Kanunu'nda alacaklının fiili ile zamanaşımının kesilmesi ifadesi de, aslında kesilen zamanaşımının ne zaman yeniden işlemeye başlayacağını göstermektedir.[81]

78 Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* 22. Bası, İstanbul 2011, s. 427-430.
79 Özekes, s. 262-263.
80 Özekes, s. 263.
81 Umar, s. 179-182.

Kanımızca taraf takip işlemi, Borçlar Kanunu'nda sayılan alacaklı veya borçlunun fiili ile zamanaşımını kesen sebeplerden birine dâhil edilebiliyorsa zamanaşımını kesecektir. Örneğin takip talebi, bir taraf takip işlemidir ve bu işlem, Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinin ikinci fıkrası (Yeni TBK m. 154/2) gereğince zamanaşımını keser. Takip işlemleri, zamanaşımının kesilmesi dikkate alınarak nitelendirilemez. Zamanaşımının kesilmesi, icra takip işleminin sonuçlarından biridir. Bir takip işlemi sonunda zamanaşımı kesiliyorsa, bu sonuçtan hareketle ilgili işlem icra takip işlemi olarak değerlendirilmemelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, icra takip işleminin kendi unsurları dikkate alınarak nitelendirilmesi gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz unsurları taşıyan işlemler, icra takip işlemi olarak değerlendirilir.

Bir işlemin icra takip işlemi olarak nitelendirilmesinin diğer sonucu, tatil-tâlik hallerinde kural olarak, icra takip işlemi yapılamamasıdır. Türk hukuku öğretisinde de bu sonuç dikkate alınarak icra takip işlemleri genellikle tatil-tâlik halleri başlığı altında incelenmektedir. Tatil-tâlik halleri İcra ve İflas Kanunu'nun 51 ilâ 56. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tatil-tâlik hallerine ilişkin hükümler, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki sosyal düşünceyi ortaya koymaktadır. İcra takip işleminin yapılmayacağı ilk zaman dilimi, tatil zamanlarıdır. Tatil zamanı, tatil saati ve tatil günleri olarak ikiye ayrılır. Tatil saati, güneşin batmasından bir saat sonrası ile güneşin doğmasından bir saat önceki zaman dilimidir ve bu zaman, gece vakti olarak nitelendirilmektedir.[82] Tatil saatlerinde icra takip işlemi yapılamamasının bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, gece iş görülen yerlerdir (gece kulübü, bar, sinema, tiyatro gibi). Gece vakti haciz yapılmazken, gece iş görülen yerlerde gece vakti hasılat haczi yapılabilir. Yine gündüz zaman diliminde başlamış olan hacze, gece vakti de devam edilebilir. Ayrıca borçlunun mal kaçırdığının anlaşılması halinde, gece vakti dâhi haciz yapılabilir (m. 51/I). Tatil günleri ile ifade edilmek istenen cumartesi pazar ve resmî tatil[83] günleridir. Resmî tatil günlerinde kural olarak, icra takip işlemi yapılamaz (m. 51/I). Ancak tatil günlerinde haciz ya-

82 *Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan ve Özekes,* çağdaş olmayan bu hükmü eleştirmekte ve günümüze uydurulması gerektiğini ifade etmektedirler (Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 135).

83 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, idarî tatil günlerinde icra takip işlemi yapılabileceğine karar vermiştir HGK, 23.4.2004, 12-107/155 (Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 135, dn. 58).

pılabilir (m. 78 vd.), muhafaza tedbiri (m. 113/II, 159, 162, 270, 271) alınabilir ve tebligat yapılabilir.[84]

Tâlik halleri, İcra ve İflas Kanunu'nun 52 ilâ 55. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun yakınlarından birinin ölümü (m. 52), borçlunun ölümü (m. 53), borçlunun tutuklu veya hükümlü olması (m. 54), borçlunun asker olması (m. 54a), borçlunun ağır hastalığı (m. 55) genel tâlik halleridir. Konkordato mühleti (m. 287) ve fevkalâde hallerde mühlet (m. 317-330) özel tâlik halleri olarak kabul edilmiştir. Kanunda sınırlı olarak gösterilen bu tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılamaz. Ancak borçlunun mal kaçırma ihtimali söz konusu ise, haciz yapılabilir.[85] Tâlik hallerinde sürelerin işlemesi durmaz. Borçlu veya icra organları için konmuş sürenin son günü, erteleme gününe rastlarsa süre, ertelemenin bitiminden itibaren bir gün daha uzar (m. 56).[86]

Tatil-tâlik hallerine rağmen, icra takip işlemi yapılırsa, borçlunun hangi hukukî imkâna başvurması gerekir? *Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes,* tâlik hallerine rağmen icra takip işlemi yapılması durumunda, borçlunun erteleme halinin sona ermesinden sonra şikâyet yoluna başvurarak, o işlemi iptal ettirebileceğini kabul etmektedir.[87]

Postacıoğlu, bu konuda üç tür yaptırım bulunabileceğini belirtmektedir. İlk görüş, tatil-tâlik hallerinde yapılan işlemlerin bizatihi batıl olması yönündedir. Bu yaptırım gereğince, borçlu şikâyet yoluna başvurmasa bile, bu işlemin butlanını ileri sürmek imkânına sahiptir. *Postacıoğlu,* Türk uygulamasının da bu şekli benimsediğini ifade etmektedir. İkinci görüşe göre, tatil-tâlik hallerinde korunmak istenen, borçlunun menfaatidir ve bu hükümden yararlanmayı da, yine borçlunun iradesine bırakmak gerekir. Bu nedenle, bu işlemler ancak borçlunun şikâyeti üzerine iptale tâbi tutulmalıdır. Hatta burada şikâyet hakkının tâbi olduğu sürenin bile, erteleme hükümlerinden yararlanması gerektiği belirtilmiştir. Üçüncü görüş ise, Federal

84 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 100-101; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 134-135; Postacıoğlu/Altay, s. 301; Üstündağ, s. 76.

85 *Postacıoğlu,* mal kaçırma halinde yapılması gerekenin sadece haciz ve bu anlamda öncelikli olarak ihtiyatî haciz olduğunu düşünmektedir. Mal kaçırma ihtimali dikkate alınarak borçluya, örneğin ödeme emrinin tebliğ edilemeyeceğini belirtmektedir (Postacıoğlu/Altay, s. 306).

86 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 101-103; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 137; Postacıoğlu/Altay, s. 302 vd; Üstündağ, s. 76-77.

87 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 137.

Mahkeme tarafından 1928 tarihinde uygulamaya geçen bir yaptırımı göstermektedir. Buna göre, tatil-tâlik hallerinde yapılan icra takibi[88] o tarihte değil, takibin mümkün olmadığı zamanın sonunda yapılmış sayılacaktır. *Postacıoğlu,* bu görüşün pratik ve çıkarlar dengesine uygun olduğunu düşünmektedir.[89]

İsviçre hukukunda da belirli zaman dilimlerinde icra takip işlemi yapılması yasaklanmıştır. Ancak kanun koyucu, bu kurala aykırılığın yaptırımına dair bir düzenleme yapmamıştır. Öğretide bu kurala aykırılık halinde icra takip işleminin yokluğu, işleme itiraz edilebilirlik ile işlemin etkisizliği ve tamamen sonuçsuzluğu şeklinde üç çeşit yaptırım öngörülmüştür.[90] Bu konuda federal mahkeme kararlarının da birbiri ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir.[91]

Tatil-tâlik halleri zor durumda kalan borçluyu korumak için getirilmiş düzenlemelerdir. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 56. maddesine aykırılık durumunda yokluk yaptırımı yerine, borçlunun şikâyeti daha yerinde bir çözüm olacaktır. Zira yokluk, bu tür bir ihlal için ağır bir yaptırımdır. Tatil-tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılması halinde borçlu, bu işleme karşı süresiz şikâyet[92] yoluna başvurmalıdır. Borçlunun erteleme halinin sona ermesinden sonra 7 gün içinde şikâyet yoluna başvurması, şikâyet yoluna başvuru süresi ile uyumlu değildir. Bilindiği üzere şikâyet süresi kural olarak, şikâyet konusu işlemin öğrenildiği tarihten itibaren başlar ve 7 gündür (m. 16/I, 19/I). Bu kuralın iki istisnası vardır ve bunlar; bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması ve kamu düzenine aykırılıktır. Tarafları, üçüncü kişileri ve kamunun çıkarlarını korumak için getirilmiş emredici hükümlere aykırılık, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Bu tür işlemlere karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir.[93] Süresiz şikâyetin benimsenmesi halinde, borçlunun zarar görme ihtimali de ortadan kalkacaktır. Erteleme halinin sona erip ermediği ve sürenin bu sona erme tarihinden itibaren

88 Kanımızca buradaki *"icra takibi"* ile kastedilen *"icra takip işlemi"*dir.
89 Postacıoğlu/Altay, s. 305-306.
90 Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 416, Rn. 51.
91 *"56. maddeye aykırı şekilde yapılmış bir icra takip işlemi ne yoklukla batıldır ne de itiraz edilebilir."* BGE 121 III 284 f (Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 416, Rn. 51).
92 Şikâyet süresine ilişkin bkz. Pekcanıtez, s. 67-77.
93 Pekcanıtez, s. 85-91.

hesaplanmasına da gerek kalmayacaktır. Ayrıca şikâyet talebi ve bu talep üzerine verilen karar, icra takip işlemi niteliğinde değildir. Bu nedenle şikâyet talebi ve bu talep üzerine verilecek karara, tatil-tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılamamasına yönelik kuralın uygulanmaması gerekir.

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanun'da ve yargı kararlarında tanımlanmamış olan icra takip işlemi öğreti tarafından şekillendirilmiştir. İcra takip işleminin unsurları icra organlarınca yapılma, takip borçlusuna karşı yapılma ve cebri icranın ilerlemesini sağlama olarak üç başlık altında toplanmaktadır. İcra organlarının kimler olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Öğreti kanun hükümlerini de dikkate alarak, asıl ve yardımcı icra organları şeklinde ikiye ayırmıştır. Asıl icra organları icra dairesi, icra mahkemesi ve Yargıtay'ın icra-iflâs işleri ile görevli hukuk daireleridir. Yardımcı icra organları genel mahkemeler ile savcı ve adalet müfettişleridir. Bir işlemin icra takip işlemi olarak kabul edilmesi için öncelikle icra organlarınca yapılması gerekir. Alacaklı, borçlu veya üçüncü kişilerce yapılan işlemler, icra takip işlemi değildir. Genel mahkemeler, yardımcı icra organı niteliğindedir. Genel mahkemelerin icra hukukuna yönelik verdiği kararlar, diğer unsurları da taşımak şartıyla, icra takip işlemi olarak nitelendirilebilir. Savcı ve adalet müfettişleri icra organı niteliğinde olmakla birlikte, bu organların görevi, cebri icranın devamını sağlamaktan ziyade denetime yöneliktir. Bu nedenle savcı ve adalet müfettişlerince yapılan işlemler, icra takip işlemi olarak değerlendirilemez.

İcra takip işleminin ikinci unsuru işlemin borçluya karşı yapılmasıdır. Şeklî taraf prensibi gereğince icra takip işleminde borçlu, alacaklının takip talebinde gösterdiği kişi veya kişilerdir. Alacaklı veya üçüncü kişilere yönelik işlemler, icra takip işlemi olarak kabul edilmez. İcra takip işleminin son unsuru, cebrî icranın ilerlemesini sağlamadır. Yapılan işlem, takibi bir adım ilerletiyorsa, alacaklıyı alacağını tahsil amacına yaklaştırıyorsa icra takip işleminin son unsurunu sağlıyor demektir. Bu anlamda alacaklının alacağını tahsili amacına yaklaştıran ihtiyatî haciz kararı, icra takip işlemdir.

İcra takip işlemlerinin şekline yönelik, kanunda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra takip işlemlerinin her biri için çeşitli şekil koşulları getirilmiştir. Örneğin haciz veya satış işlemleri gibi, her bir icra takip işlemi farklı özellik ve sonuçlar göstermektedir. Bu nedenle icra takip işlemlerinde şekle yönelik genel nitelikte bir düzenleme yapılması pek mümkün değildir. İcra takip işlemlerinde şekil, kanun koyucunun belirlediği sınırlar içinde değerlendirilecektir.

Bir işlemin, icra takip işlemi mi yoksa taraf takip işlemi mi olduğunun belirlenmesi önemlidir. Zira kanun koyucu, icra takip işlemine farklı sonuçlar bağlamıştır. Bu sonuçlardan ilki, icra takip işlemi ile zamanaşımının kesilmesidir; ikinci sonuç ise, tatil-tâlik hallerinde kural olarak, icra takip işlemi yapılamamasıdır. Bu nedenle, takip talebi gibi, icra takip işlemi niteliğini taşımayan işlemler tatil-tâlik hallerinde de yapılabilecektir.

Tatil-tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılması halinde, icra takip işlemlerinin akıbetinin ne olacağı kanunda yer almamıştır. Tatil-tâlik hallerinin borçlunun menfaatleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu nedenle tatil-tâlik hallerinde yapılan işlemlerin batıl olmasından ziyade, borçlunun şikâyetine bağlı olması gerekir. Tatil-tâlik hallerinde icra takip işlemi yapılması halinde borçlu, bu işleme karşı süresiz şikâyet yoluna başvurmalıdır.

KAYNAKLAR

Akipek Şebnem, "*Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi*", AÜHFD, 1995, Cilt no: 44, Sayı no: 1-4, s. 269-270, s. 272-273.

Ansay Sabri Şakir, İcra ve İflas Usulleri, 3. Bası, Ankara 1954.

Boran-Güneysu Nilüfer, "*İşlem Türleri ve Usulî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri*", Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1, Ankara 2009.

Buchi Alfred/ Meier Isaak/Bosshard Urs, *Grundzige des schweizerischen Schuldbetreibungsrecht,* 2. Auflage, Zürich 1982

Fritzsche Hans/Walter-Bohner Hans Ulrich, *Schuldbetreibung und Konkurs, Band I,* Zürih 1993.

Gürdoğan Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.

Karslı Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.

Karslı Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler,* İstanbul 2001.

Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2006.

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 18. Bası, Ankara 2004.

Kuru Baki/Budak Ali Cem, *Tespit Davaları,* 2. Bası, İstanbul 2010.

Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2005.

Özekes Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

Özkan Yönel, İcra İflâs Hukukunda İtiraz*ın İptali Davası,* Ankara 2004.

Pekcanıtez Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin-Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası, Ankara 2011.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku,* 12. Bası, Ankara 2011.

Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.

Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, İstanbul 2011.

Sirmen Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart,* Ankara 1992.

Serozan Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm,* İstanbul 2005.

Staehelin Adrian /Bauer Thomas /Staehelin Daniel, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG I Art 1-82,* Ettenheim 1998.

Tanrıver Süha, *Konkordato Komiseri,* Ankara 1993.

Taşpınar Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri,* Ankara 2001.

Türk Hukuk Lûgatı, 4. Bası, Ankara 1998, s. 132.

Umar Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004,

Yıldırım Kamil M./Deren-Yıldırım Nevhis, İcra *Hukuku,* 4. Bası, İstanbul 2009.

Yılmaz Ejder, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah,* Ankara 1982.

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

THE ISSUE OF THE EVALUATION OF ILLEGAL EVIDENCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Güçlü AKYÜREK*

Özet: Bu çalışmada, günümüzün en önemli konularından biri olan hukuka aykırı deliller konusu, ceza yargılaması bağlamında ele alınmıştır. Öğretideki mevcut görüşler ve içtihattaki yansımaları gösterilmiş, bir hukuk devletinde kabul edilmesi gereken çözüm önerisi açıklanmıştır. Bu önerinin olası sonuçları ve başka tartışmalardaki etkileri de vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuka aykırı deliller, delilin değerlendirilmesi, hukuk devleti.

Abstract: The paper deals with the illegal evidence in the context of criminal procedural law. After having presented actual opinions in the doctrine and case law, the proposition, which is acceptable in the rule of law, is explained. Then probable results of this proposition and its effects in the other filed are emphasized.

Key words: Illegal evidence, evaluation of evidence, rule of law.

I. Giriş

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, delil serbestîsi ve vicdani delil sistemi kabul edilmiştir. Buna göre bir ceza davasında kural olarak her şey delil olabilmektedir (CMK m. 217/2) ve yargıç, bu delilleri vicdani kanaatine göre takdir eder (AY m. 138/1, CMK m. 217/1 c.2). Ancak gerek hukuk devletinin gerekse Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası gereği bu takdir yetkisi,

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

hukuk kurallarının çizdiği çerçevede ve keyfilikten uzak biçimde kullanılmak zorundadır[1]. Aksi halde insan haklarına saygı ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir anlamı kalmaz. Nitekim 1994 tarihli bir Yargıtay kararında da açıkça ifade edildiği gibi ceza yargılamasının temelinde bulunan, eylemle ilgili maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı "*ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve/veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur*"[2].

Burada karşımıza hukuka aykırı deliller çıkmaktadır. Zira ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve her şey delil olabildiğine göre hukuka aykırı olarak elde edilse de delillerin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilmektedir. Buna karşın günümüz Ceza Yargılaması Hukuku'nun artık ne pahasına olursa olsun gerçeğin bulunmasını reddettiği de belirtilmektedir[3]. Dolayısıyla hukuka aykırı deliller sorunu çok uzun zamandır tartışılagelen bir konudur. Temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edilmesinin gündeme geldiği ceza yargılaması hukuku bakımından daha da çok önem taşımakta ve yoğun biçimde tartışılmakta, sorunu çözmeye çalışan birçok çözüm önerisi dile getirilmektedir. Mahkemeler de çeşitli gerekçelerle benimsedikleri çözüm yolları çerçevesinde, hukuka aykırı biçimde elde edilip dava dosyasına girmiş delilleri hüküm verirken değerlendirmekte veya reddetmektedir.

II. Hukuka aykırı delil kavramı

a) Tanım: Hukuka aykırı delil kavramı, yabancı unsurlara başvurmadan, bizatihi kendisinden yola çıkarak *"hukuk sistemine, dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil"* olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda dikkate alınması gereken yalnızca bir ülkede hâlihazırda uygulanan yasalar ve ilgili mevzuat değil evrensel ve uluslar üstü dü-

1 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 1327; Yener Ünver – Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 4. Bası, Ankara, 2011, s. 634.

2 Y. 4.CD. E:1994/7351 K:1994/7693 T:4.10.1994, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:21 Sayı:9, Ankara, Eylül 1995, s. 1477.

3 Erdener Yurtcan, "*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı*", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s. 519.

zeyde geçerli olan hukuk kurallarıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.06.2001 tarihli kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: "*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır*"[4]. Keza Mahkeme, atıf yaptığı 17.03.1986 tarihli bir başka kararında[5] da hukukun genel ilkelerini kabul etmenin hukuk devleti için zorunlu olduğunu ve bunu yasakoyucu tarafından bile ortadan kaldırılamayacağını belirterek anayasa, yasa ve içtihadı birleştirme kararı gibi ulusal mevzuat ve kuralların yanında uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler ve hatta hukukun genel kabul gören ilkelerini de bir hukuk devleti açısından bağlayıcı kabul etmiştir.

Öte yandan gerek mahkeme kararlarında gerekse öğretide de çok doğru biçimde dile getirildiği gibi *"hukuka aykırılık"*, *"yasaya aykırılıktan"* daha geniş bir anlama sahiptir, dolayısıyla da "*gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir*"[6].

b) Uygulama: Yukarıdaki açıklamaların ışığında ulusal kurallarla açıkça yasaklanmış yöntemlerle elde edilen deliller tartışmasız biçimde hukuka aykırı olduğu gibi açık bir yasaklama olmasa da ilgili kurallara aykırı biçimde elde edilen deliller de hukuka aykırıdır. Bütün bunların yanında ulusal kuralların sessiz kaldığı hallerde uluslararası / evrensel kurallara aykırılık oluşturan yöntemlerle ulaşılan delilleri de hukuka aykırı kabul etmek bir hukuk devleti açısından zorunludur. Bu bağlamda birinci duruma örnek olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesi verilebilir. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 135a maddesinin benzeri olan dü-

4 AYM E:1999/2 (siyasi Parti Kapatma) K:2001/2, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.12.2011).

5 AYM E:1985/31 K:1986/1, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı:22, s. 115.

6 YCGK E:2005/7-144 K:2005/150 T:29.11.2005, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart 2006, s. 470; Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 635; aynı yönde bkz. Nur Centel – Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2011, s. 687.

zenlemede ifade alma veya sorguda başvurulması yasak olan yöntemler açıkça ortaya konmuş ve 3. fıkrada da bu yöntemlerden birine başvurulması halinde rıza bulunsa bile ifadelerin delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. O halde işkence altında alınan bir ifadenin, içeriğinde ne olursa olsun, hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır.

İkinci duruma örnek ise yine Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan *"arama"* tedbirinin düzenlendiği 116 ve devamı maddeleridir. Her ne kadar yukarıdaki örnekte olduğu gibi açık bir yasaklama düzenlemesi olmasa da, Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında *"makul şüphe"* olmaksızın (CMK m. 116), yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri bulunmaksızın (CMK m. 119/1), koşulları oluşmaksızın gece vakti yapılan arama (CMK m. 118) hukuka aykırı olacak ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil kategorisinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Son duruma yani ulusal kuralların sessiz kaldığı ve fakat uygulamanın evrensel kurallara aykırı olduğu hale örnek de 5271 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce, 1412 sayılı yasanın gönderilere el konulmasıyla ilgili 91 ve 92. madde hükümleri kıyasen uygulanarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesidir. Konuyu 6 Aralık 2005 tarihli *Ağaoğlu-Türkiye* kararında inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu uygulama ile başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (paragraf 53-54-55). Zira mevcut hükümler gerekli güvenceleri sağlayan bir yasa olmaktan uzaktır. Dolayısıyla bu yolla elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaktadır.

Bir delilin hukuka aykırılığının belirlenmesi, yukarıdaki açıklamaların ışığında göreceli kolay olmakla birlikte asıl sorun yaratan nokta hukuka aykırılığı belirlenen bir delilin, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağıdır. Zira maddi gerçeğe ulaşma amacıyla hukuka aykırı davranmama amacı arasında bir seçim yapmak durumunda kalınabilmektedir.

III. Değerlendirme açısından ileri sürülen görüşler

a) Genel olarak: Klasik hukukta genel olarak kabul görmüş olan tutum "*MALE CAPTEM, BENE RECEPTUM*" sözü ile ifade edilen, hukuka aykırı delilin aykırı değilmişçesine ele alınması ve böylece de delilin

gerçeği kanıtlamasıyla hukuka aykırı biçimde elde edilmesi arasında ayrım yapılması şeklinde olmuştur[7]. Böylece suç işleyerek delili elde eden kişi cezalandırılmış ve fakat delil değerlendirme dışı tutulmayarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmıştır[8]. Ancak daha önce de değinildiği gibi modern ceza yargılamasında bu anlayış terk edilmiş ve hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı tutulması gündeme gelmiştir.

Bunun için iki amaç ileri sürülmüştür. Birincisi daha çok Amerikan hukuku kökenli olan *"kolluk güçlerini disiplin altına alma"* amacı, diğer ise Kıta Avrupa'sı kökenli *"temel hak ve özgürlükleri koruma"* amacıdır. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde kolluğun aşırı güç kullandığı son derece sert eylemlerinin cezai soruşturmalar ve tazminat davalarıyla engellenmemesi nedeniyle bu şekilde elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulmaya başlanmıştır. Böylece örneğin 1914 tarihli *Weeks v. United States* kararında Anayasa'nın konut dokunulmazlığı ile ilgili ek 4. maddesi'ni gösteren mahkemeler yapılan aramayı, 1936 tarihli *Brown v. Missisipi* davasında da "*çivili bir kemerle devamlı dövülen*" sanığın ifadesini geçerli saymamıştır[9]. Amerikan hukukunda eyaletler düzeyinde de 1961 yılından itibaren bu ilkeler yerleşmiştir[10]. Ancak bu yaklaşımın bir diğer sonucu da devlet görevlisi olmayan kişilerce elde edilen (örneğin hukuka aykırı arama) delillerin değerlendirme dışı bırakılmamasıdır[11].

Kıta Avrupa'sına bakıldığında ise şüpheli-sanık haklarının ön plana çıktığı görülmektedir. Buna göre ancak şüpheli-sanığın temel haklarını ihlal eden hukuka aykırılık dikkate alınmalıdır[12]. Zira sistemin amacı kişilerin temel haklarını ve özgürlüklerini korumaktır[13]. Nitekim yukarıda da değinilen 1994 tarihli Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararında da kişisel ve toplumsal değerlerin korunması gerekliliğine

7 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, İstanbul, 1976, s. 19-20.
8 Öztekin Tosun, *Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul, 1977, s. 433-434.
9 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, s. 34-39; Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller* Sorunu, Beta, İstanbul, 1998, s. 102.
10 Hyman Gross, *Privacy – Its legal protection*, New York, 1964, s. 83.
11 Hyman Gross, *a.g.e.*, s. 78.
12 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1412.
13 Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara, 1997, s. 250.

vurgu yapılmaktadır. Hatta öğretide *"hata yapmanın"* insanlara has bir özellik olduğu ifade edilerek, "*insanların, bu tür hatalardan, temel hak ve hürriyetleri ihlal etmeyenleri ile yaşamasını öğrenmeleri gerekir*" sonucuna ulaşılmaktadır[14]. Fransa'da delilin kabul edilebilirliği açısından ileri sürülen koşullar; özel hayatın gizliliğine gayrimeşru biçimde müdahalede bulunulmaması, devlet görevlilerinde kışkırtıcılık yapılmaması ve nihayet savunma hakkına saygıdır[15]. Bir diğer Avrupa örneği olarak İsviçre'de de yasalar tarafından açıkça yasaklanmış olanlar dışında, delillerin hukuka uygun olması için hukukun genel ilkelerine ve *"insan haysiyetine"* uygun olmasından söz edilmektedir[16].

b) Mutlak değerlendirme yasağı görüşü: Bu görüş uyarınca hukuka aykırı bir delilin soruşturma veya kovuşturma aşamasında kullanılmaması gerekir. Böylece delil toplama kurallarına aykırılık mutlak bir aykırılık olarak kabul edilecek, sonuca etkili olup olmaması dikkate alınmayacaktır[17]. Hatta yalnızca delil elde etme kuralları değil delilin suç işlenerek elde edilmiş olması da bu bağlamda dikkate alınacaktır[18].

Hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması görüşünün dayandığı esaslardan biri de yasa hükmünün de bir hukuk kuralı olmasından hareketle yasaya aykırılığın her halde hukuka aykırılık anlamına geldiği ve *"az ya da çok"* hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğidir[19]. Nitekim mahkeme hükmünün hukuka aykırı bir delile dayanması, hiçbir niceliksel değerlendirme yapılmaksızın temyiz aşamasında mutlak bir bozma sebebi oluşturmaktadır.

Gerek Yargıtay gerekse Askeri Yargıtay'ın bu görüşü yansıtan kararları vardır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2005 yılında, yargıç kararı olmadan ve "*gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge de bulunmamakta*" iken yapılan aramayı Anayasa'nın 21, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 2 ve 9, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddeleri nedeniyle hukuka ay-

14 Bahri Öztürk, "*CMUK Reformu ve Delil Yasakları*", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:1-2, 1994, s. 45-46.
15 Edouard Verny, *"Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction"*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004/4, s. 779.
16 Thomas Legler, *Vie privée et image* volée, Staempfli, Berne, 1997, s. 202.
17 Erdener Yurtcan, *a.g.e.*, s. 520.
18 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 688.
19 Mahmut Koca, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:1 Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006, s. 224.

kırı kabul etmiş, bu delile dayanılarak verilen mahkumiyet kararını da bozmuştur[20]. Aynı şekilde 4. Ceza Dairesi 2009 yılında kişilerin görüntü ve seslerinin, ancak hukuka ve yöntemine uygun olarak kaydedilmesi halinde delil olarak kabul edilebileceği gerekçesiyle gizli kaydı değerlendirme dışı tutmuştur[21]. Askeri Yargıtay 2. Dairesi ise 26 Nisan 1973 tarihli kararında "*kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hakim, telakki etmekten kaçınmak* zorundadır" biçiminde görüş bildirmiş[22], 5. Dairesi ise 11 Ocak 1995 tarih ve 1995/30-34 sayılı kararında usulüne uygun başlayan aramanın daha sonra yetki aşılarak hukuka aykırı hale geldiği olayda işlemi değerlendirme dışı tutmuştur[23].

Zaten Anayasa'nın 38. maddesine 2001 yılında 6. fıkra olarak eklenen "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez*" emredici hükmünün yanında gerek eski dönemde mülga 1412 sayılı yasanın 254. maddesine 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile eklenen 2. fıkradaki "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" hükmü, gerekse yürürlükteki 5271 sayılı yasanın 217. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" hükmü, hiçbir istisna veya farklı uygulamaya izin vermeksizin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak değerlendirme dışı bırakmaktadır. Bazı yazarlar, kimi istisnaların bulunması gerektiğini ifade etseler de genel kabul bu yöndedir[24].

Avrupa'daki benzer bir örnek ise Fransa'dır. Öğretide yasak delil ile basit usule aykırılık arasında ayrım yapmanın gereksiz olduğu ifade edilmekte ve hukuka aykırı delilin her halde değerlendirme dışı bırakılması gerektiği söylenmektedir. Fransız Yargıtayı da zamanla esnetmekle birlikte kural olarak bu ilkeyi kabul etmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme, yasada öngörülen usulün "*dolanılması*" anlamına gelecek yetkilere başvurulması halinde delili reddederken, açık yasak-

20 Y. 7.CD. E:2003/13539 K:2005/8098 T:20.6.2005, www.kazanci.com (Erişim: 29.11.2011); Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 643.

21 Y. 4.CD. E:2007/11957 K:2009/21077 T:22.12.2009, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:37 Sayı:10, Ankara, Ekim 2011, s. 1889.

22 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 635.

23 Tevfik Odman, "*Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu*", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt III Sayı 4, Ankara, 1995, s. 27.

24 Tevfik Odman, *a.g.e.*, s. 22; Bahri Öztürk, *a.g.e.*, s. 45; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 265-266; Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 697-698; Mahmut Koca, *a.g.e.*, s. 223.

lama bulunmadığı gerekçesiyle yargılamadaki tarafların sunduğu hukuka aykırı delilleri reddetmeyip değerlendirmektedir[25].

c) Çıkarların dengelenmesi / nispi değerlendirme yasağı görüşü: Alman hukuku kökenli bir görüş olup ("*Abwägungstheorie*") delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen hak/çıkar ile delilin hukuka aykırı olmasından dolayı kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek hak/çıkar arasında orantılı bir değerlendirme yapılmasını ifade eder. Yöntemin bir diğer adı da yukarıda değinilen *"mutlak değerlendirme yasağı"* görüşüne kıyasen "*nispi değerlendirme yasağıdır"*[26].Yalnızca somut olayda kişinin ihlal edilen hakkının, devletin suçların cezalandırılmasına dair çıkarından üstün olması halinde hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır[27]. Aynı yaklaşım içerisinde yargılanan kişinin yani sanığın hakları "*önemli bir şekilde ihlal edilmişse*", ilgili delilin değerlendirme dışı tutulması gerekmekte, "*ihlal ikinci derece kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise*" hukuka aykırı delil kullanılabilmektedir[28]. Söz konusu değerlendirmeyi, kuşkusuz, dosya önünde bulunan ve yargılamayı hâlihazırda yürüten mahkeme, somut koşullar çerçevesinde yapacaktır. Ancak hakların karşılıklı olarak değerlendirilip dengelenmeye çalışıldığı bu tip uygulamalar, pek de haksız olmayan biçimde, *"aldatıcı" "göz boyayıcı"* olmakla eleştirilmekte ve denge sağlanmaya çalışırken hak veya çıkarlardan birinin mutlaka feda edildiği savunulmaktadır[29]. Bu görüş aslında uygulamada en çok karşılaşılan yöntemi ortaya koymaktadır.

- AİHM: Öncelikle kararları hemen hemen bütün Avrupa için geçerli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkeme, hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğini tartıştığı önemli kararlarından olan 1988 tarihli *Schenk-İsviçre* ve 2000 tarihli *Khan-İngiltere* davalarında, konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen *"adil yargılanma hakkı"* bakı-

25 Gaston Stefani – Georges Levasseur – Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 19e éd., Paris, 2004, s. 116-118; Serge Guinchard – Jacques Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 4e éd., Paris, 2008, s. 443 vd.

26 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 690.

27 Jérôme Bénédict, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Thèse, Editions Pro Schola, Lausanne, 1994, s. 56; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 263; Tevfik Odman, *a.g.e.*, s. 29.

28 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1473.

29 François Rigaux, *"Les paradoxes de la protection de la vie privée", La protection de la vie privée dans la société d'information (sous la direction de Pierre Tabatoni)*, T. I, PUF, Paris, 2000, s. 37.

mından ele almıştır[30]. İlk kararda Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddede "*adil yargılanma hakkını*" güvence altına almakla birlikte delillerin kabul edilebilirliğini düzenlemediğini ve bunun yerel mahkemelerin görevi olduğunu ifade etmiş (paragraf 46) ve somut olayda başvurucunun savunma hakkının da ihlal edilmediği gerekçesiyle 6. madde yönünden ihlal bulunmadığına karar vermiştir (paragraf 47-49). İkinci kararda ise yerel polisin uyguladığı gizli dinleme önleminin, "*yasa ile öngörülmüş olma*" koşulunu içermemesi nedeniyle Sözleşme'nin özel hayata saygı hakkının koruyan 8. maddesini ihlal ettiğine karar veren Mahkeme (paragraf 27-28), bu yolla elde edilen delilin kullanılması açısından genel olarak bütün yargılama sürecinin adil olması gerektiğini belirterek, bu yönde bir ihlal bulunmadığı gerekçesi ile 6. maddeye yönelik başvuruyu reddetmiştir (paragraf 38-40).

Dolayısıyla AİHM, 1996 tarihli *Miailhe-Fransa* kararında olası usulsüzlükleri dikkate aldığını ve ulusal yargı makamlarının usulsüzlükleri giderip gidermediğini denetleyerek genel bir inceleme yaptığını belirtmiş, böylece kişiye zorla kusturucu ilaç verip uyuşturucuların ele geçirilmesini davayı adaletsiz kıldığı sonucuna ulaşırken (*Jalloh-Almanya*, 2006), başvurucuya yargılamanın her aşamasında video kayıtları ile ilgili itiraz hakkının tanınması nedeniyle hukuka aykırı elde edilen kayıtların kullanılmasını ihlal olarak görmemiştir (*Perry-İngiltere*, 26 Eylül 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararı)[31].

- Ülke uygulamalarından örnekler: Avrupa'daki ulusal mahkemelerin uygulamaları da birbirine oldukça yakındır. Örnek olarak, görüşün çıkış ülkesi olarak Almanya'da hukuka uygun olarak alınmış bir kararla dinlenen telefondan elde edilen bilgilerin, katalogda yer almayan suçların kanıtlanması için kullanılmasını[32], hücredeki sanığı konuşturmak için yanına konulan kişiyi tanık olarak dinlemeyi kabul eden[33] mahkemeler; hukuka aykırı olarak yapılan dinlemeleri veya bu dinlemeleri bizzat yapan kişilerin tanık olarak dinlemesini reddetmek-

30 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 848.

31 Serkan Cengiz – Fahrettin Demirağ – Teoman Ergül – Jeremy McBride – Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 154-161.

32 Feridun Yenisey, "Medyanın Oluşturduğu 'Dolaylı Aleniyetin' Kamuoyunu Etkilemesi, *Güncel Hukuk*, Ekim 2004, s. 25.

33 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 657.

tedir[34]. Diğer yandan İsviçre Federal Mahkemesi, ilgilinin yani somut olayda sanığın "*kişisel haklarının korunmasına yönelik meşru çıkarı söz konusu ise*" hukuka aykırı delilin reddedilmesini aksi halde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[35]. Belçika'da da Yargıtay, yasak deliller dışındaki hukuka aykırı deliller açısından yerel mahkemenin bir değerlendirme yapması ve delilin güvenilirliğine ya da adil yargılanma hakkına zarar veriliyorsa delili reddetmesi gerektiği görüşündedir[36].

Hatta Avrupa dışında Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi de *R. v. Garyson and Taylor* (1997, 1 NZLR 21, 24) kararında devlet görevlilerinin, karar olmaksızın konuta girmesinin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, hukuka aykırı arama ile elde edilen delilin, ancak sanığa karşı "*adaletsizlik*" ("*unfairness*") oluşturması halinde reddedilebileceği sonucuna ulaşmıştır[37].

Görüşün somut bir yasa maddesi olarak yansıması İsviçre'de görülmektedir. 5 Ekim 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile ülke çapındaki ceza yargılamasını birleştiren bu ülkenin adı geçen yasasının 139 ve devamı maddeleri hukuka aykırı deliller konusunu düzenlemektedir. Bu bağlamda "*Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması*" başlıklı 140. maddenin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir: "*ceza makamları tarafından hukuka aykırı bir biçimde veya geçerlilik kuralları ihlal edilerek ikame edilen deliller kullanılamaz, meğerki kullanılmaları, ağır suçların aydınlatılması için vazgeçilmez olsun*". Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklayan İsviçre yasakoyucusu, buna bazı suçlar açısından bir istisna getirmekte ve gerçeğe ulaşma / aydınlatma amacını üstün tutmaktadır. Böylece ağır bir suç olarak düşünülebilecek, kasten adam öldürme ile ilgili bir davada, yasak olmayan (örneğin, işkence) ama hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, başka bir delil bulunmaması veya yeterli delilin bulunmaması halinde kullanılabilecektir.

- Türkiye'de Yargıtay içtihadı: Ülkemizin anayasal ve yasal mevzuatı yukarıda da belirtildiği gibi hukuka aykırı delillerin, istisnasız, mutlak

34 Feridun Yenisey, *a.g.e.*, s. 26.
35 ATF 109 Ia 244 bkz. Thomas Legler, *a.g.e.*, s. 206.
36 Benjamin Docquir, *Le droit de la vie* privée, Bruylant, Bruxelles, 2008, s. 329; Konuyla ilgili ayrıntılı Belçika (Flaman ve Valon) içtihadı için bkz. Laurent Kennes, *La preuve en matière* pénale, T. 1, Kluwer, Bruxelles, 2005, s. 59 vd.
37 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *a.g.e.*, s. 875.

olarak değerlendirme dışı tutulması gerektiğini ortaya koyarken (AY m. 38/6, mülga CMUK m. 254/2, CMK m. 217/2 ve m. 289/1-i) hatta söz konusu hükümlerin olmadığı 1961 Anayasası döneminde Anayasa'nın hukuk devletiyle ilgili 2. maddesi ve bağlayıcılıkla ilgili 8. maddesinden hareketle hukuka aykırı elde edilen delillerin kesinlikle değerlendirilmemesi gerektiği savunulurken[38], Yargıtay'ın *"nispi değerlendirme yasağı"* görüşü çerçevesinde bir içtihadı da bulunmaktadır. 5. Ceza Dairesi, yasa gereği tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi gerekirken buna uymayan mahkemenin verdiği kararı, *"sonuca etkili olmadığı"* gerekçesi ile bozmamış ve onamıştır[39]. Öte yandan Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararında[40], söz konusu görüşü açıkça ifade etmiştir. Somut olayda yapılan arama sırasında bulunması gereken kişiler konusundaki hükme (CMK m. 120/1) uyulmadığı gerekçesiyle aramanın hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir. Ceza Genel Kurulu, değerlendirme yapılırken "*illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine*" yer verilmesi gerektiğini ifade ederek aslında *"nispi değerlendirme yasağı"* görüşünü tanımlamış, hak ihlali yokken değerlendirme yasağı getirmenin "*uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceğini*" ifade etmiştir. Hatta Kurul, şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesinin elde edilen delilleri *"hukuka aykırı hale"* getirmeyeceğini da savunarak hukuka aykırı delil konusunun içeriğini ölçüsüz biçimde daraltan, usul kurallarını da *"uyulması zorunlu olmayan"* şekli ilişkin koşullar ve esas ilişkin koşullar / diğer koşullar (?) olarak ikiye ayırmış, ancak ayrımın ölçütünü belirlememiştir.

d) Delilin hukuka uygun olarak elde edilebilirliği görüşü: İsviçre kaynaklı bir görüş olup yoğun biçimde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur. Buna göre özellikle *"ağır suçlarda"*, hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, gerçekte hukuka uygun olarak da elde edilebilecekse değerlendirme dışı tutulmaz. Bu bağlamda hukuka aykırı delilin "*yalnızca hukuka uygun biçimde elde edilmesi imkânsız ise*" reddedilebileceği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir[41]. Hatta 9 Kasım 1978 tarihli kararda, resmi görevli olmayan bir kişi

38 Oya Araslı, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki* Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979. s. 239.

39 Y. 5.CD. E:1992/174 K:1992/465 T:12.12.1992 bkz. Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1473.

40 YCGK E:2007/7-147 K:2007/159 T:26.6.2007, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:82 Sayı:1, İstanbul, Ocak-Şubat 2008, s. 451-466.

41 ATF 96 I 437, JdT 1972 I 217 bkz. Jean Gauthier, *"Les résultats de l'audio-surveillance*

tarafından konut dokunulmazlığı ihlal edilerek elde edilen belgeler, savcının da yasal yollardan ulaşabileceği gerekçesi ve "*Sırf özel bir kişi hukuka aykırı hareket etti diye soruşturma işlemlerinin gerçekleşememesinin anlaşılmaz olacağı*" ifadesiyle değerlendirilmiştir[42]. Aynı uygulamayı daha sonra da sürdüren Mahkeme, 2007 yılındaki kararında[43] "*kamunun gerçeğe ulaşma çıkarı*" ile "*kişinin özel çıkarı*" arasında bir denge kurulması gerektiğini de belirterek kendi görüşünü "*nispi değerlendirme yasağı*" görüşüyle birleştirmiştir. Aynı kararda yasal olarak yasak olan delillerin kapsam dışında olduğu da eklenmiştir. Söz konusu görüş Türk öğretisinde de farklı bir bakış açısıyla da olsa savunulmuştur. Özellikle yargıç kararı gerektiren işlemlerde bu kararın alınmamış olması yargıcın yetkisinin alınması anlamına gelmeyip karar alınmış olsaydı dahi neler yapılacaksa aynı eylemlerin gerçekleştiği hallerde delilin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir[44].

e) Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi ("*Fernwirkung der Beweisverbote*"): Öğretide ve uygulamada tartışılan bir başka konuda hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorunudur. Bir başka deyişle, hukuka aykırı bir delilden hareketle elde edilen delillerin nasıl bir işleme tabi tutulacağıdır. Kolluğu disiplin içerisinde alma anlayışı çerçevesinde Federal Yüksek Mahkeme 1920 tarihli kararı ile söz konusu içtihadını geliştirip yalnızca hukuka aykırı elde edilmiş delilleri değil bunlardan hareketle elde edilen delilleri de reddetmiştir[45]. Alman hukukunda tıpkı hukuka aykırı delillerde olduğu gibi uzak etkinin de mutlak olarak algılanmaması ve somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir[46]. Buna yakın bir görüş olarak da suç oluşturan eylemlerle elde edilen deliller bakımdan uzak etkinin ve değerlendirme yasağının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[47]. Do-

---

comme prévue pénale en droit suisse", *Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé,* Zurich, 1987, s. 84.

42 Thomas Legler, *a.g.e.*, s. 209.

43 Tribunal fédéral Cour de droit pénal, 9 octobre 2007, X c. Ministère public du canton de Zurich, 6B_170/2007, *La Semaine juridique*, n.13, 2008/1, s. 171-173.

44 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, s. 51.

45 Silverthorne Lumber Co v. United States 251 U.S. 385 (1920) bkz. Hyman Gross, *a.g.e.*, s. 36.

46 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 658-659; Konuyla ilgili ayrıntılı tartışma için bkz. Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 144 vd.

47 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1477.

layısıyla suç oluşturmayan ama hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller vasıtasıyla ulaşılan deliller değerlendirilebilir.

Türk ceza yargılaması hukuku açısından ise mevzuatın istisnasız düzenlemesi karşısında özellikle yasak deliller açısından uzak etkinin, yani değerlendirme yasağının geçerli olduğu ileri sürülmektedir[48]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2005 yılında verdiği kararda[49], yargıç kararı olmadan yapılan aramanın, gecikmesinde sakınca bulunan hali gösteren bilgi veya belge bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle aramada ele geçen "*hint kenevirlerini*" değerlendirme dışında tutan Kurul, sanığın ikrarına dayanan mahkûmiyet kararını onamıştır. Bir başka deyişle uzak etkiyi kabul etmemiştir. Zira karardaki karşı oy gerekçesinde de belirtildiği gibi "*hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğuna dair arama zabıtları (sanığın) önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hisseden sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kalmıştır*".

IV. Kişisel görüş

a) Genel olarak: Hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi sorununu tartışırken ilk önce değerlendirmeme yönündeki görüşün çıkış noktasını, amacını ortaya koymak gerekmektedir. Özellikle Amerikan mahkemelerince konulan *"kolluğu disiplin altına alma"* amacının sistemin doğasına aykırı olduğunun ve sonuçlarının da kabul edilebilir olmadığının belirtilmesi gerekmektedir. Zira hukuka aykırı eylemlerde bulunan kolluğa cezai/idari/hukuki yaptırımların uygulanması, doğru ve gerekli eğitimin verilmesi, başta yargı makamları olmak üzere çeşitli resmi organlara etkin denetim yetkisinin, söz konusu eylemlerden zarar görenlere de etkili hukuk yollarının sağlanması bu alandaki sorunları çözmeye yönelik önerilerdir. Yargılamanın işleyişi üzerinden kolluğu cezalandırmak, sistemin doğasına aykırı olduğu gibi beklenen etkiyi yaratmamak ve yukarıda da değinildiği gibi özel kişilerin hukuka aykırı biçimde elde ettiği delillere karşı çaresiz/çözümsüz kalmaktadır. O halde bu amaçla hareket edilemez.

48 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 698.
49 YCGK E:2005/7-144 K:2005/150 T:29.11.2005, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart 2006, s. 460-486.

Daha çok Kıta Avrupa'sı ülkelerinde ileri sürülen *"temel hak ve özgürlükleri korumak"* amacı da kısmen doğru olmakla birlikte yetersizdir. Çünkü aşağıda açıklanacağı üzere sistemin tamamına değil bir kısmına bakmakta, ayrıca şüpheli veya sanığın temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği ya da ihlal edilmediğinin ileri sürülebildiği hallerde hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesinin yolunu açmaktadır. Mahkemelerin tek amacı temel ve hak özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirlemek değildir. Bunu da kapsayacak ama içeriği daha geniş ve daha nesnel bir amaca sahiptirler.

Bu da *"hukuku uygulamaktır"*. Bir ceza mahkemesi, maddi gerçeğe ulaşma çabası içerisinde önüne getirilen bir olayla ilgili yargılama ve değerlendirme yaparken yargılanan kişilerden ve hatta yargılama konusu olay hakkında verilecek kararın olası etkilerinden bağımsız olarak hukuku uygulamayı amaçlar. Bunun da mevzuattaki en somut karşılığı Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasındaki hükümdür. Böylece "*Hâkimler (…) Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". O halde karar verirken hukuka uymak zorunda oldukları gibi hukuku uygulamayı da amaç edinmek zorundadırlar. Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülüp değiştirilmesi teklif bile edilemeyen *"hukuk devleti"* ilkesinden çıkan kaçınılmaz sonuç da budur. Zaten hukuk devleti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de kararlarında sürekli gönderme yaptığı ve değerlendirmeleri sırasında dikkate aldığı vazgeçilmez bir kavramdır[50].

Elbette uygulanacak olan *"hukuk"* kavramı içerisine başta şüpheli/sanık olmak üzere yargılamaya dahil olan herkesin temel hak ve özgürlüklerinin dikkate alınmasını, korunmasını içermekle birlikte mahkemenin yargılama yaparken amacı yalnızca bu değerleri korumak değil daha üst ve geniş bir kavram olan hukuku uygulamaktır. Aksi anlayış aşağıda da değinildiği üzere yanlış sonuçlara ve uygulamalara yol açabilecektir.

O halde hukuk devletinin bir parçası olarak hukuku uygulamakla görevli olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerin, yaptıkları her işlem ve verdikleri her kararda hukuku amaçlamak, hukuku uygulamak zo-

50 Örneğin bkz. *Streletz, Kessler, Krenz – Almanya*, 22.3.2001, par. 81-82; *Assanidzé – Gürcistan*, 8.4.2004, par. 173 ve 175; *Markovic ve diğerleri* – İtalya, 14.12.2006, par. 79; *Nejdet Şahin, Perihan Şahin* – Türkiye, 20.10.2011, par. 56-57 (www.echr.coe.int Erişim: 2.3.2012).

runda olduklarını kabul etmek sistemin doğasına uygun olduğu gibi var olan somut mevzuatın da gereğidir. Böylece her halde ve koşulda hukuku uygulamayı amaçlayan mahkemelerin, ne sebeple ulursa olsun, hukuka aykırı hareket etmeleri söz konusu olamayacağından ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması zorunludur. "*Hukuka aykırılığın hiçbir mazereti olamaz. Çünkü mazeret aramaya kalkarsak, hukukun üstünlüğü kağıt üstünde kalır ve uygulamaya geçemez*"[51].

b) İleri sürülen görüşlerle ilgili değerlendirmeler: Şurası açıktır ki ileri sürülen ve mutlak yasaklamayı reddeden görüşler de tam olarak kalıcı çözümler üretmekten uzaktır. Böylece hemen her zaman bir kural konmakta ("*hukuka aykırı deliller kullanılamaz*"), buna bazı istisnalar getirilmekte ("*bazı koşulların varlığı halinde kullanılabilir*") daha sonra istisnanın istisnası belirlenerek ("*ancak yasa ile yasaklanmış olanlar bunun dışındadır*") konu daha da tartışmalı hale getirilmektedir.

Öncelikle çıkarların dengelenmesi / nispi yasaklama görüşü son derece muğlâk bir yapıya sahip olup başta hukuk güvenliği olmak üzere temel hak ve özgürlükleri tehdit etmektedir. Çünkü karşı karşıya gelen hak veya çıkarların değerlendirilmesi çoğu kez nesnel değil öznel ölçütlere dayanmak zorunda kalacak ve daha önce de belirtildiği gibi bir denge kurulması değil bir hakkın ya da çıkarın feda edilmesi söz konusu olacaktır. Özellikle kasten adam öldürme (TCK m. 81), nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102/2, 3) veya doğrudan devletin güvenliği ile ilgili olan suçlar (örneğin TCK m. 302, 309, 314 vb.) söz konusu olduğunda hemen her somut olayda bu suçlarla korunan hukuki menfaat, şüpheli/sanığın ihlal edilen hakkından daha üstün olduğundan uygulama hukuka aykırı delillerin değerlendirmeye katılması sonucunu doğurabilecek, böylece bu alanda hukuka uyma gerekliliği fiili olarak ortadan kalkabilecektir.

Ayrıca hukuka aykırı eylemleri böylece hukukun içine alabilmek amacıyla yapılacak karşılaştırma niteliksel değil niceliksel olduğundan ulusal güvenlik gibi her türlü kural ya da istisnayı aşabilme özelliğine sahip değerlerin karşısında bugün kesinlikle reddedilen uygulamaların da kabullenilmesi sonucu doğabilecektir. Nitekim Amerika Birle-

51 Çetin Özek, "*Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz*", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999, s. XVII.

şik Devletleri'nin Guantanamo'daki uygulamaları ile ilgili tartışmalar halen sürmektedir. Ek olarak niteliksel değil niceliksel olan bir yaklaşım, hukuk güvenliği ilkesine de zarar verecektir. Zira uygulamalar ve karşılaştırmalar her mahkemeye göre değişebilecek, farklılaşabilecektir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005 yılında yargıç kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hali ortaya koyan veri bulunmayan aramayı hukuka aykırı sayıp değerlendirme dışı tutarken[52] 2007 yılında aramada bulunacak kişilerle ilgili kurala uyulmamasını *"basit şekil aykırılığı"* saymış ve bir hak ihlal edilmediği için delili kabul etmiştir[53].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kendi anlayışı içinde anlaşılabilir olsa da, *"çıkarların dengelenmesi"* görüşüne benzer bir yaklaşım sergileyerek nispi yasaklamadan yana olması da söz konusu görüşü zorunlu hale getirmez. Birincisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi üye devletin yaptıkları uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri'nde korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini belirlemektir. Bu bağlamda, hukuk ve yasa gibi kavramlara yoğun biçimde vurgu yapmakla birlikte tanımlanan haklar çerçevesinde çok daha dar ve özel bir değerlendirme yapmaktadır. Dolayısıyla Strasbourg Mahkemesi açısından, hukuka aykırı delilin değerlendirilmesinden çok genel olarak bütün soruşturma ve kovuşturma sürecinin Sözleşme'nin 6. maddesinde korunan *"adil yargılanma"* hakkına uygun olarak yürütülüp yürütülmediğidir. Mahkeme'nin ulusal yargı makamlarının yerine geçerek karar veriyor durumuna düşmemek için özenle kaçınmasından da doğan bu içtihattan vazgeçip mutlak değerlendirme yasağını benimsemesinin önünde hiçbir hukuksal engel de bulunmamaktadır. Zaten delil elde edilirken, örneğin, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan *"özel hayata saygı"* hakkının ihlal edilip edilmediği ayrıca denetlenmekte ve ihlal kararları da verilebilmektedir. Nitekim 12 Mayıs 2000 tarihli *Khan-Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvurucunun gizlice sesinin kaydedilmesini 8. maddenin ihlali olarak kabul ederken, 6. maddede korunan adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ilgili olarak vurgulanması gereken ikinci nokta, ülkeler açısından asgari standartları belirleme-

52 Bkz. n. 49'daki karar.
53 Bkz. n. 40'daki karar.

sidir. Bu nedenle ihlal kararı verilirse ilgili devlet buna uymak zorundadır. Ancak müdahale olmadığı ya da müdahalenin hukuka uygun olduğu yönündeki bir karar ilgili devletin, daha geniş düzenlemeler yapmasını engellemez. Bir başka deyişle Mahkeme genel olarak yargılamaya bakarak karar veriyor olsa da söz konusu yaklaşım üye devletin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak yasaklaması için bir engel oluşturmaz. Zaten Mahkeme, üye devletlere belli bir takdir yetkisi tanısa da ihlal edilmemesi gereken bir asgari sınırı da göstermektedir[54].

Delillerin hukuk uygun elde edilebilirliği görüşü ise bir hukuk devletinde geçerli olmamalıdır. Zira böyle bir anlayış yasal usulleri tamamen uygulanamaz hale getirebilir, hatta Türkiye gibi ceza yargılaması koruma tedbirlerine yönelik neredeyse bütün istemlerin onaylandığı bir ülkede sistemi bütün güvencelerden yoksun bırakabilme tehlikesini de beraberinde getirir. Zira kamu görevlisinin ya yetkisi vardır ve bu çerçevede yaptığı eylemler hukuka uygundur ya da yetkisi yoktur ve eylemi hukuka aykırıdır. Aksi bir yaklaşım sistemi, yabancı unsurlarla zorlamak ve tamamen öznel değerlendirme/uygulamalara yol açmak anlamını taşır.

Dolayısıyla hem gerçek amacın hukuk olduğu hem de diğer görüşlerdeki eksikler dikkate alındığından hukuka aykırı delillerin istisnasız biçimde değerlendirme dışı tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Zaten herhangi bir niceliksel değerlendirme olmaksızın, hukuka aykırı bir işlem veya eylemin hukuka aykırılık oluşturduğunun ve bir hukuk devletinin hiçbir zaman hukuka aykırılığı kabul edemeyeceği / mazur göremeyeceğini saptadıktan sonra varılması gereken tek nokta budur.

c) Mutlak yasağın sonuçları: Yargılamanın amacının *"hukuku uygulamak"* olarak konmasından sonra aslında özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı deliller ve şüpheli/sanık lehine olan hukuka aykırı deliller sorunları kendiliğinden aydınlanmaktadır. Hukuk devleti çerçevesinde bir delil, kim tarafından elde edilmiş olduğundan bağımsız olarak, eğer hukuka aykırı ise mutlak olarak değerlendirme dışı kalmalıdır[55]. Zira amaç Amerika Birleşik Devletleri'ndekinin aksine

54 Emine Eylem Aksoy Rétornaz, *La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie*, Schultess, 2011, s. 39-40.

55 Aynı yönde Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 660.

"kolluğu disiplin altına almak" değildir. Böylece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217. maddesinin 2. fıkrası, mülga 1412 sayılı yasanın 254. maddesinin 2. fıkrasına göre hem sistemin ruhuna hem de Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasına çok daha uygundur. Zaten kamu görevlilerine tanınmayan bir yetkinin özel kişilere tanınması, Anayasa Mahkemesi'nin de çok doğru biçimde dikkat çektiği gibi özel kişilere, bir hukuk devleti için kabul edilemez biçimde temel hak ve özgürlükleri ihlal etme olanağı sağlar ve *"mafya oluşumlarını"* destekler[56]. Hatta ne pahasına olursa olsun delil elde etmek isteyen ve fakat görevi gereği bazı yöntemlerden kaçınmak zorunda olan kamu görevlilerine de özel kişiler aracılığı ile *"hukuku dolanma"* yolu bulunmuş olur.

Aynı anlayıştan hareketle, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin şüpheli veya sanığın lehine ya da aleyhine olmasının bir önemi yoktur. Amaç yalnızca temel hak ve özgürlükleri korumak değil daha geniş anlamda hukuk olduğundan hukuka aykırı bir delil, içeriğinden bağımsız olarak, değerlendirme dışı tutulmalıdır. Aksi bir yaklaşım hukuk devletiyle bağdaşmayacağı gibi özel kişilere, *"kendilerini kurtarmak"* için hukuk dışı yollarla başvurma olanağı da sağlanmış olacaktır. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 290. maddesi de bir istisna oluşturmamaktadır. Zira başlık *"sanığın yararına olan kurallara aykırılık"* olup maddenin gerek metni gerekse gerekçesi incelendiğinde kastedilenin sanığın lehine bir hukuka aykırılık değil ve fakat sanık lehine olan bir hukuk kuralının somut olayda uygulanmaması olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin zorunlu müdafi bulundurulması gereken bir yargılamada (CMK m. 150/3) buna uyulmamış veya hükümden önce son söz sanığa verilmemiş (CMK m. 216/3) ancak sanık beraat etmişse, Cumhuriyet savcısı bu eksiklikleri öne sürerek sanığın mahkûm edilmesi istemiyle temyiz yoluna başvuramaz. Her ne kadar öğretideki ağırlıklı görüş aksi yönde olsa da[57], hukuk devleti hukuksuzluğu hiçbir gerekçeyle kabul etmemeli ve kişilere *"hukuku dolanma"* olanağı tanımamalıdır.

Amacı hukuku uygulamak olan hukuk devleti yargı organlarının hukuka aykırılığa hiçbir hal ve koşulda başvurması söz konusu olama-

56 AYM E:1999/2 (siyasi Parti Kapatma) K:2001/2, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.12.2011).

57 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 697; Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 142 vd.; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 266.

yacağından uzak etki bakımından da hukuka aykırı delilin mutlak reddi gerekir[58]. Örneğin usule uyulmadan yapılan bir dinleme sonucunda belli bir adreste uyuşturucu olduğunu öğrenen kolluk görevlilerinin bu kez usule uyarak aldıkları karar çerçevesinde arama yapmaları halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olmaktan kurtulamayacaktır. Eğer uzak etki kabul edilmezse hemen hukuk devletin hukuka aykırılığa izin vermiş olacaktır hem de uygulamada ilk hukuka aykırılığın üstünü kapatıp kalanları yargılamada kullanmak gibi yanlış bir sonuca varılabilecektir.

Son olarak değinilmesi gereken konu ise hukuka aykırılığı belirlenen delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılamayacağı sorunudur. Öncelikle mevzuata bakıldığı zaman, hukuka aykırı bile olsa, bir delilin dosyadan çıkarılmasının söz konusu olmadığı görülmektedir. Örneğin 1 Haziran 2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 6. fıkrası uyarınca soruşturma aşamasında adli kolluğun Cumhuriyet savcısına sunduğu fezlekede hukuka aykırı delilleri göstermesi gerekmektedir. Aynı şekilde kovuşturma sonunda hükmü veren mahkeme, gerekçeli kararda dosya içerisindeki hukuka aykırı delilleri ortaya koymalıdır (CMK m. 230/1-b). Zaten verilen kararın temyiz aşamasında Yargıtay tarafından denetleneceği dikkate alındığında, hukuka aykırılığı konusunda karar verilen delillerin de bu durumunun incelenip gerekirse kabule göre değerlendirmeye alınabilmesi için delillerin dosyadan çıkartılmaması ve fakat ayrı bir bölümde saklanması uygun olacaktır. Öğretideki genel eğilim de bu yöndedir[59]. Yargıcın, dosyada duran hukuka aykırı delilden etkileneceği endişesinin ise mahkemenin kararının mantıklı ve hukuki bir gerekçeye dayanması zorunluluğu düşünüldüğünde pek de haklı olmadığı belirtilmelidir[60].

Bu bağlamda yapılacak bir öneri de soruşturma sırasında Cumhuriyet savcılığının, özellikle de kovuşturma sırasında mahkemenin, koruma tedbirleri de dâhil elde edilen her türlü delilin, dava konusu suçun ispatına ilişkin kısmına girmeden hukuka uygun olup olmadığını denetlemesi; hukuka aykırılığın belirlenmesi halinde de delili ayrı

58 Aynı yönde Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 698.
59 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1481; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 278; Aksi yönde Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 206 vd.
60 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 699.

bir kısma koymasıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı gün verdiği iki kararda[61] benzer bir anlayışı ortaya koymuştur. İlkinde sanığın ikrarı söz konusudur ancak kurallara uyulmadan alındığından hukuka aykırı olduğuna karar veren Genel Kurul, "*oyun açıklanmasına*" neden olmamak ve kendi deyimiyle "*anlamsız bir bozmadan*" kaçınmak amacıyla esas ilişkin tartışmalara girmeksizin kararı bozmuştur. "*Sırf davaların uzayacağı düşüncesiyle, (…) usul aykırılığını mazur ve meşru*" görmeyi reddetmiştir. İkinci kararda da sanığın yine usule uygun yapılmayan sorgusu söz konusudur. Ceza Genel Kurulu, sorgunun "*sadece sanık lehine konulmuş bir usul kuralı*" olmadığını belirtip, ancak emredici usul kurallarına uyulduğunun anlaşılması halinde işin esasına girilebileceğini belirterek esasa girmeden bozma kararı vermiştir.

V. Sonuç

Ceza yargılaması, gerek mağdur gerekse şüpheli/sanık açısından temel hak ve özgürlüklere en açık ve doğrudan müdahale eden yargılama dalıdır. Bu bağlamda hem mağduriyetlerin engellenmesi / giderilmesi hem de yargılananların haklarının korunması arasındaki hassas dengeye her zaman dikkat edilmek zorundadır. Söz konusu diyalektik yapının en uygun çözümü de hukukun tam ve etkin olarak uygulanmasıdır. Somut tartışma konusu açısından ne temel hak ve özgürlükler mutlak delil bulma anlayışı içinde feda edilmeli ne de yalnızca hakları korumak adına hukuktan vazgeçilmeli.

Sonuç olarak hukuka aykırı bir delil her hal ve koşulda reddedilmeli, dosyada ayrı bir bölüme konup inceleme dışı bırakılmalıdır. Herhangi bir etkilenmeyi engellemek adına da soruşturmada savcılık, kovuşturmada mahkeme öncelikle delilin hukuksallığını tartışmalıdır.

61 YCGK E:1995/7-165 K:1995/302 T:24.10.1995, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:22 Sayı:1, Ankara, Mart 1996, s. 103-115; YCGK E:1995/6-238 K:1995/305 T:24.10.1995, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:21 Sayı:12, Ankara, Aralık 1995, s. 1884-1898.

KAYNAKLAR

Aksoy Rétornaz Emine Eylem, *La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie*, Schultess, 2011.

Araslı Oya, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki* Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

Bénédict Jérôme, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Thèse, Editions Pro Schola, Lausanne, 1994.

Cengiz Serkan – Demirağ Fahrettin – Ergül Teoman – McBride Jeremy – Tezcan Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.

Centel Nur – Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2011.

Clayton Richard – Tomlinson Hugh, *The Law of Human* Rights, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Docquir Benjamin, *Le droit de la vie* privée, Bruylant, Bruxelles, 2008.

Gauthier Jean, "*Les résultats de l'audio-surveillance comme prévue pénale en droit suisse*", *Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé,* Zurich, 1987.

Gross Hyman, *Privacy – Its legal protection*, New York, 1964.

Guinchard Serge – Buisson Jacques, *Procédure pénale*, LexisNexis, 4e éd., Paris, 2008.

Kaymaz Seydi, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara, 1997.

Kennes Laurent, *La preuve en matière* pénale, T. 1, Kluwer, Bruxelles, 2005.

Koca Mahmut, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:1 Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006.

Kunter Nurullah – Yenisey Feridun – Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2010.

Legler Thomas, *Vie privée et image* volée, Staempfli, Berne, 1997.

Odman Tevfik, "*Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu*", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt III Sayı 4, Ankara, 1995.

Özek Çetin, "*Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz*", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999.

Öztürk Bahri, "*CMUK Reformu ve Delil Yasakları*", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:1-2, 1994.

Rigaux François, "*Les paradoxes de la protection de la vie privée*", *La protection de la vie privée dans la société d'information (sous la direction de Pierre Tabatoni)*, T. I, PUF, Paris, 2000.

Stefani Gaston – Levasseur Georges – Bouloc Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz, 19e éd., Paris, 2004.

Şen Ersan, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller* Sorunu, Beta, İstanbul, 1998.

Tosun Öztekin, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, İstanbul, 1976.

Tosun Öztekin, *Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul, 1977.

Ünver Yener – Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 4. Bası, Ankara, 2011.

Verny Edouard, "*Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction*", *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004/4.

Yenisey Feridun, "*Medyanın Oluşturduğu 'Dolaylı Aleniyetin' Kamuoyunu Etkilemesi*", *Güncel Hukuk*, Ekim 2004.

Yurtcan Erdener, "*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı*", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

THE FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Şennur AĞIRBAŞLI*

Özet: Din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde garanti altına alınmıştır. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu 9. maddenin sözleşmeye üye ülkeler tarafından sınırlama alanın belirlenmesinde "sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olması" kriterini uygulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye

Abstact: The freedom of conscience and religion has been guaranteed under the Article 9 of the European Convention on Human Rights. This includes the freedom to change a religion or belief, and to manifest a religion or belief in worship, teaching, practice and observance, subject to certain restrictions. Having regard to Contracting States margin of appreciation in this question, the European Court of Human Rights and European Commission of Human Right further held that the interference could be considered as "necessary in a democratic society" for the purpose of Article 9 § 2 EHRC.

Keywords: Freedom of conscience and religion, European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, European Court of Human Rights, Turkey

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olduktan sonra mesleğini İzmir Barosu'na kayıtlı olarak dokuz yıl bilfiil icra eden yazar, daha sonra Saarbrücken Üniversitesi'nde master ve doktorasını yapmış ve halen aynı Üniversite'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması konusunda ders vermektedir.

İnsanlık tarihi kadar eski olan dinin gerek bireysel gerekse de kollektiv yaşamdaki yeri ve önemi yadsınamaz. Sistemin insanı yalnızlaştıran karakteristik etkisinin ve ideolojilerin çöküşünün beraberinde getirdiği boşluk ve travmanın sonucu, 1980'lerde küresel düzeyde başlayan inanca dönüş hareketinin gelişimini hızla devam ettirdiği bu dönemde, din ile devletlerin keyfiyetinin menzilini belirleyen hukuk arasındaki çatışma alanı her geçen gün daha da genişlemektedir. Türkiye ise, siyasi ve kültürel geçmişinin yanısıra, laikliği benimsemiş olması nedenleriyle bu çatışmanın en yoğun yaşandığı ülkelerden bir tanesi olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 9. maddesinde öngörülen din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmiş olduğu iddiasıyla sıkça yargılanmaktadır. Bu makalenin amacı ise, genel olarak AİHS'nin 9. maddesinin koruma alanının kapsamı ve özellikleri ile sınırlama nedenleri konusunda Mahkeme içtihatları temel alınarak ayrıntılı bilgi vermektir.

Din ve vicdan özgürlüğünden ilk olarak kişinin vicdanî bir kanaate sahip olması, ikinci olarak ise bu kanaatini dışa vurması durumu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle özgürlük bireylerin hem spritüel inanç veya kanaatlerini, hem de bu dini-felsefi öncüllerin dış dünyaya yansıyan ifadelerini korur. Şu halde, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün birinci boyutu *vicdanî özgürlükle*, ikincisi ise *inancı dışa vurma* veya *izhar* etmeyle ilgilidir. [1]

Demokratik hukuk devletinin en önemli güvencelerinden bir tanesi olan din ve vicdan özgürlüğü, ülkemizde ve Avrupa Konseyi'ne üye olan bütün diğer ülkeler tarafından demeoktatik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi amacıyla anayasal düzeyde garanti altına alınmıştır.

AİHS'nin 9. maddesinde de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü herkes için bir hak olarak öngörülmüş ve bu hakkın, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü kapsadığı belirtilerek, hakkın kollektif karakterine vurgu yapılmıştır. İkinci fıkrada ise, birinci fıkrada garan-

1 Bkz. İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 59. Kaynak: http://www. scribd. com/doc /55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-İnanc-Ozgurlugu.

ti altına alınan özgürlüğün uygulanması aşamasında, kamu güvenliği veya düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

I. AİHS 9. Maddesinin Koruma Alanı

I. 1. Kavramsal Tanımlama

Düşünce, vicdan, din ve inanç sözcükleri, bireysel ya da toplumsal duygu, irade, zihin ve şuuru ya da görüş, öğreti ya da sosyal bir kurumu ifade eden, oldukça geniş bir alanı kapsayan kavramlardır. Vicdanî inanç veya kanaat de, varoluşa ve hayatın anlamına ilişkin olmakla beraber, kökeni bakımından mutlaka dinî olmayan, felsefî veya başka türden de olabilen derin inaçları da ifade eder.

Geniş bir alana yayılan bu kavramların 9. madde metninde yer alması, hükmün koruma alanının da çok geniş olduğu fikrini beraberinde getirse de, kavramların içini uluslararası hukuğun yerleşik kurallarını ve ulusal hukuktaki düzenlemeleri göz önüne alarak, içtihatları ile dolduran AİHM'nin, uygulamada daha dar bir yaklaşım türü benimsediği görülmektedir. Mahkeme öncelikle, 9. maddede koruma altına alınan din, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü ile kast edilen değerlerin, AİHS'nin 10. maddesin-de öngörülen düşünce özgürlüğü ve onun konusunu oluşturan, her türlü bireysel fikir ve tercihler ile karıştırmamak gerektiğini *Campbell ve Cosans . /. Birleşik Krallık* davasında şöyle vurgulamaktadır: *„…olağan anlamıyla "kanaatler" kelimesi, kendi içinde, ifade özgürlüğünü garanti altına alan Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından kullanıldığı şekliyle "düşünceler" ve "fikirler" kelimeleri ile eş anlamlı değildir; çoğunlukla düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan ve belirli bir ikna gücüne, ciddiliğe, tutarlılığa ve öneme ulaşmış 9. madde de ifade edilen "inançlar" kavramı ile daha benzerdir*". [2]

2 AİHM'nin 25 Şubat 1982 tarihli, *Campbell ve Cosans . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 7511/76 ve 7743/76, paragraf 36. Tercüme Av. Serkan Cengiz'in Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Eylül- Ekim 2010 sayısındaki yazısından alınmıştır.

Sözleşme organları, gerek yetki sorunu gerekse de işin doğası gereği, genel olarak din ya da inanç terimlerini doğrudan tanımlamaktan kaçınmış, ancak 9. maddenin koruma alanının açılabilmesi için gerekli olan kıstasları belirlemekle yetinerek, kendilerine geniş bir takdir yetkisi kullanabilecekleri alan yaratmışlardır. Ve böylece klasik din kavramının içine girmeyen bazı durumlara karşı daha esnek bir tavır sergiliyebilme imkanına da kavuşmuşlardır. Mahkeme yine *Campbell ve Cosans* davasında, başvuruya konu olan inancın, belli bir düzeyde *ikna kabiliyetine (kudretine)*, *ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip olması* gerektiğinden yola çıkmaktadır. Ayrıca inanç *insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne* hitap etmeli ve aynı zamanda, Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer ve insan onuruna saygıyla bağdaşır nitelikte olmalıdır. İçtihatlarda göze çarpan diğer tespitlere göre de, 9. maddede belirtilen kavramlar, örneğin azınlık grubuna ait olma vicdanını, dolayısıyla, bir grubun kültürel kimliğini koruma hedefini ya da intihara yardımı teşfik eden saiki veya ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı konularındaki inançları ve vicdanı kapsamazlar. [3]

Mahkeme, semavi dinler ve Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanısıra, Krişna İnancı, Yehova Şahitliği, Tanrısal Işık Merkezi, Scientology Kilisesi gibi inanç sistemlerini[4] de 9. madde kapsamında değerlendirmiştir. Her ne kadar felsefi ve siyasi görüşlerin birer inanç olarak kabul edilebilirliği konusunda açık bir içtihat yoksa da, esas itibariyle siyasi, felsefi ve etik düşünce akımlarından olan Druidizm, Pasifizm,

3 AİHM'nin 10 Temmuz 1998 tarihli, *Sidiropoulos ve diğerleri. /. Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 26695/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-IV, para. 41 (azınlık grubuna ait olma vicdanı); AİHM'nin 29 Nisan 2002 tarihli, *Pretty . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 2346/02, Hükümler ve Kararlar Raporları 2002-III (intihara yardım); AİHK'nun 10 Mart 1981 tarihli, *X . /. Almanya* davasındaki kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 8741/79, DR 25, s. 144 (ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı).

4 Bu inanç sistemleri ile ilgili kararlar sırasıyla şöyledir: AİHM'nin 8 Mart 1994 tarihli, *ISKON (International Society for Krishna Consciousness Ltd.) . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı (Krişna İnancı), Başvuru no. 20490/92, D. R. 76, s. 90; AİHM'nin 3 Aralık 1991 tarihli, *Kokkinakis . /. Yunanistan* davasındaki kararı (Yehova Şahitliği), Başvuru no. 14307/88, B 241-B; AİHM'nin 19 Mart 1981 tarihli, *Omkrananda ve Tanrısal Işık Merkezi (Divine Light Zentrum) . /. İsviçre* davasındaki kararı (Tanrısal Işık Merkezi), Başvuru no. 8118/77, D. R. 25, s. 105; AİHM'nin 5 Mayıs 1979 tarihli, *X ve Scientology Kilisesi . /. İsveç* davasındaki kararı (Scientology Kilisesi), Başvuru no. 7805/77, D. R. 16, s. 68. Bütün kararların İngilizce tam metni için bkz. http://cmiskp. echr. coe. int/tkp197/search. asp?skin=hudoc-en.

Veganizm, Ateizm, Komunizm, Agnosizm ve Laisizm,[5] 9. maddenin korumasından yararlanmanın yanısıra, 10. maddede öngörülen ifade özgürlüğü ile 11. maddede garanti edilen örgütlenme özgürlüğünün de konusu olabilmektedirler. Bunun yanısıra Mahkeme, İdealizm ve kendini ya da başkasını feda etmeğe dayalı (altruist) inançların Sözleşme'nin kapsamına girmediğini belirtmiş, ancak kürtaja karşı olan ve herhangi bir dini nitelik taşımayan, doktorların kurduğu bir derneğin basvurusunu 9. madde kapsamında incelemiştir. [6]

Dava konusu inancın 9. maddede öngörülen din ve inanç kavramı içerisinde değerlendirilip, değerlendirilmeyeceği sorusunun yanıtını bulmak, özellikle bireysel dinler olarak da adlandırılan ve kişinin inanarak savunduğu, ancak varlığı konusunda ciddi şüpheler bulunan, oluşma aşamasındaki inanç sistemlerinin başvuruya konu olduğu durumlarda oldukça zordur. Bu tip davalarda Sözleşme organları yoğunlukla söz konusu inancın başvurucu tarafından ispatlanması üzerinde durmaktadırlar. Örneğin Komisyon, *X. . /. Birlesik Krallık* davasında, *wicca* inancına sahip olduğunu savunan bir mahkumun, hapishane idaresince dosyasındaki din hanesine inancının yazılmadığı ve böylece Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı davranıldığı yönündeki iddiasını, öncelikle dava konusu dosyaların idari nitelikte oldukları ve inancın buraya yazılmamasının din özgürlügünün tezahürüne yönelik bir sınırlama niteliğinde olamayacağı ve ayrıca başvurucunun bahsi geçen dinin varlığını somut olarak ispat edemediği gerekçelerine dayanarak, red etmiştir. *X. . /. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında ise, *ışığa taptığını* ileri süren bir mahkumun, hapishane idaresinin din özgürlügünü ihlal ettiğine yönelik iddiası, başvurucunun ilgili inancın temel

5 Bu konulardaki kararlar sırasıyla: AİHM'nin 4 Temmuz 1987 tarihli, *Chappel . /. Birleşik Krallık* davasın-daki kararı (Druidizm), Başvuru no. 12857/86, DR 53, s. 252; AİHK'nun *Arrowsmith . /. Birleşik Krallık* davasındaki 12. 10. 1978 tarihli kararı (Pasifizm), Başvuru no. 7050/75, DR 19, S. 5, p. 84-86. ; AİHM'nin 9. Haziran 1988 tarihli, *W. . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı (Veganizm), Başvuru no. 9749/82, Series A Nr. 136-C; AİHK'nun 03 Aralık 1986 tarihli, *Angelini . /. İsveç* davasındaki kararı (Ateizm), Başvuru no. 10491/83, DR 51, s. 41; AİHM'nin 11 Ekim 1991 tarihli *Hazar, Hazar ve Açık . /. Türkiye* davasındaki kararı (Komunizm), Başvuru no. 16311/90, 16312/90, 16313/90, DR 72, s. 200. Agnosizm ve Laisizm ile ilgili olarak bkz. *Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisanz Tezi, Eylül 2006, s. 20.

6 AİHK'nun *Vereniging Rechtswinkles Utrecht . /. Hollanda* davasındaki kararı, Bş. no. 11308/84, DR 46, s. 200; AİHM'nin 21 Haziran 1988 tarihli, *Plattform « Ärzte für das Leben » . /. Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 10126/82, Seri A 139.

ilkelerini, uygulamalarını ve idarenin ne şekilde inancın tezahürünü engellediğini ispat edemediği belirtilerek, delil yetersizliğinden red edilmiştir. [7]

I. 2. Hak Kullanıcısı

AİHS'nin 9. maddesinde hak subjesi *"herkes"* olarak ifade edilmiş ve hukuki şahıslardan açıkça sözedilmemiştir. Sözleşmenin inşa aşamasında din ve vicdan özgürlüğünün hukuki şahıslar tarafından kullanılması durumu belirtilmemişse de,[8] bunu sözleşmenin yaratıcılarının tüzel kişilerin böylesi bir hakkın tarafı olmadıklarına dair bilinçli bir tercih yaptıkları şeklinde yorumlamak doğru olmaz. Zira gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de inanç özgürlüğünün öznesi olduğu iddiası, gerek Sözleşmenin bireysel başvuru hakkını düzenleyen hükmü ile gerekse de İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları aracılığıyla kolayca kanıtlanabilir.

AİHS'nin 34. maddesi gerçek kişilerin yanında, hükümet dışı her kuruluş veya kişi gruplarının da bireysel başvuru hakkından yararlanmasını öngörür. Bunun yanısıra AİHM birçok kararında 9. maddede öngörülen hükmün dinsel grupları ve örgütlenmeleri de kapsadığını belirtmiştir. Örneğin Fransa'ya karşı yürütülen *Cha'ara Shalom ve Tsedek*[9] davasında Musevi inancına sahip bir grup tarafından kurulan dernek, dini rituellere uygun olarak kesim yapma talebinin Fransız hükümeti tarafından red edilmesini din özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiş ve bu yönde karar verilmesi istemiyle AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, derneğin şikayetçi sıfatıyla yönelttiği talebini, 9. maddenin kapsamı içerisinde değerlendirmiş, ancak davalı Fransa Hükümeti'nin ileri sürdüğü, derneğin bulunduğu bölgede yeteri oran-

---

7 AİHK'nun 04 Ekim 1977 tarihli, *X. . /. Birlesik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 7291/75, D. R. 11, s. 55-57; AİHK'nun 01 Nisan 1970 tarihli, *X. . /. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasındaki kararı, Başvuru no. 4445/70. Ayrıca bkz. *Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisanz Tezi, Eylül 2006, s. 22.

8 Bkz. *Blum*, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechts-konvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), S. 51; *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (Anayasa'daki İnanç ve Vicdan Özgürlüğü), Kiel 2004, S. 148.

9 AİHM'nin 27. 06. 2000 tarihli, *Cha'ara Shalom ve Tsedek . /. Fransa* davasındaki kararı, Başvuru no. 27417/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 2000 VII, par. 72.

da rituele uygun kesim yerinin bulunduğu, dernek üyelerinin ihtiyaçlarını buralardan rahatça karşılayabileceğine dair red gerekçesini haklı bulmuştur. Mahkeme bu ve benzeri davalarda dava konusu ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgisi olan hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının taraf olma durumunu sorgulamamıştır.

I. 3. Özgürlüğün Konu ve Kapsamı

I. 3. a. Düşünce, Vicdan ve Din Sahibi Olma, Açıklama ve Uygulama Hakkı

AİHS'nin 9. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde mutlak bir düşünce, vicdan ve din özgürlüğü öngörülmektedir. Bu hüküm özgürlüğün iç dünyadaki yansımasıyla, başka bir deyişle *forum internum* alanıyla ilgili olup, bireysel ya da dinsel inançlar alanını sınırsız bir şekilde korur. İçsel dünyaya dair olan fikir ve inanç edinilmesi ve değiştirilmesi hakkı hiç bir şekilde sınırlanamaz, devletin müdahelesine konu olamaz. Birey inançları nedeniyle suçlanamaz, kendisine zora dayanan, serbest iradeyi etkileyen herhangi bir yolla, bir inanç kabul ettirilemez veya inançlarından vazgeçirilemez. Kişi istediği inanca sahip olabileceği gibi, bunu açıklamaya da zorlanamaz. İç dünyaya dair olan kanaat, din ve vicdan sahibi olma hakkı hiçbir koşulda engellenemez ve açıklama içermeyen inanç veya düşünce devlet müdahalesine konu olamaz. Ancak din ve vicdan özgürlüğü sadece bireylerin inançlarını ve vicdanî kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz, bunun yanında ayrıca inananların gerek bireysel hayatlarında gerekse toplumsal ilişkilerinde, dinî inançlarını uygulama ve buna uygun şekilde davranma özgürlüklerinin de garanti edilmesini gerektirir. [10]

İnancı, vicdanı ya da kanaatı açıklama ve uygulama hakkı ise, özgürlüğün dış dünyaya yansımasına, başka bir deyişle *forum externum* alanına ilişkin olup, 9. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde garanti altına alınmıştır. Mutlak olmayan bu hüküm, aynı zamanda 9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamaların da uygulama alanını oluşturur; yani bir din veya inancın gerekli kıldığı veya ilham ettiği her hareketi ve uygulamayı korumaz. [11]

---

10 Bkz. *Zeynep O. Usa*l, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü, S. 1-2. Kaynak: http://www. coehelp. org/course/view. php?id=13&topic=6.

11 Bkz. *Gölcüklü/Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul

I. 3. b. İnancı Uygulama Yöntemleri

Din özgürlüğünün uygulanılması deyince, bireysel ya da toplu ibadet ve ayinler ile dinin inanan kişiye yüklediği toplum hayatıyla ilgili ödevler ilk akla gelenlerdir. Bu konuda 9. madde, inancın toplu ya da bireysel olarak veya alenî, yani kamu önünde ya da özel alanda uygulanması şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır. Dini inancın uygulama formu ile ilgili olarak da, ayin, dinsel eğitim (ders), ibadet ve dini kurallara saygılı olma yöntemleri sayılmıştır. *İbadet hakkı*, inananlara açık ibadethanelere sahip olma hakkını ve ibadethanelerin dışarıdan gelecek rahatsız edici müdahalelere karşı dokunul-mazlığını da kapsar. *Öğretim hakkı* ise kamuokulları yanında, dinî ağırlıklı olanları da dahil olmak üzere, her türlü özel eğitim kurumunun kurulup işletilmesinin serbest olmasını gerektirir. [12]

9. maddede dini inancın uygulanması ile ilgili sadece dört formun belirtilmiş olması, karşımıza Sözleşme yaratıcılarının bu listenin ucunu açık bırakıp bırakmadığı sorusunu çıkarmaktadır. Literatürde, Sözleşme hükümlerinde boşluk ile karşılaşıldığında ya da hakkın korunmasının kapsamında şüphe vasıl olduğu durumlarda, hadisenin haktan en iyi şekilde yararlanılabileceği doğrultuda geniş yorumlanması gerektiği prensibinden (effet utile) hareket edilmesinin uygun olacağı görüşü ağırlıktadır. Genel olarak AİHM'nin içtihatları da hakkın kapsamının geniş yorumlanması gerektiği doğrultusun-dadır. Örneğin Mahkeme *Kokkinakis . /. Yunanistan*[13] davasındaki kararında, Yehova Şahidi olan başvurucunun Ortodoks bir kadını Yehova Şahitliği'ne inandırmak için kitaplardan parçalar okuması ve bazı kitaplar vermesi etrafında gelişen faaliyetlerini 9. madde kapsamında değerlendirmiştir. Olayda kadının polisi çağırması üzerine gözaltına alınan başvurucu, Yunan yasalarında yer alan başka bir dine geçmeye teşvik etme (proselytism) suçundan mahkum edilmiş ve bu karara ilişkin temyiz başvurusu da rededil-miştir. AİHM, verilen cezayı başvurucunun dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğüne bir müdahale

2011, s. 346-350; *Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Ankara 2002, s. 94.

12 Bkz. İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 69-61. Kaynak: http://www. scribd. com/doc/55662517/31/i-Duşunce-Vicdan-ve-Din-İnanc-Ozgurluğu.

13 AİHM'nin 25. Mayıs 1993 tarihli, *Kokkinakis . /. Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 14307/88. Kararın ingilizce tam metni için bkz. : http://www. menschenrechte. ac. at/orig/93_4/Kokkinakis. pdf.

olarak addetmenin yanısıra, başka bir dinin propagandasının yapılırken aşırıya kaçılmaması gereğini, zira bunun düşünce özgürlüğüne saygı ile bağdaşmayacağının altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, inancın asıl olarak bireyin vicdanıyla ilgili bir mesele olduğunu, kişinin inancını açıklaması ve dinsel inançlarının söz ve davranışlarına yansımasının özgürlüğün doğası gereği olduğunu belirterek, 9. maddede yer alan *öğretim* kelimesinin kastının okullardaki dinî eğitim faaliyetlerinden daha geniş anlaşılması gerektiğini, buradaki dinini izhar etme özgürlüğünün, ilke olarak başkalarını öğretim yoluyla ikna etme hakkını da içereceği, aksi takdirde 9. maddenin öngördüğü dinini veya kanaatini değiştirme özgürlüğünün hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacağını vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere AİHM, 9. madde metninde açıkça belirtilmemişse de, kişinin zorlama olmadan ve diğer kişinin düşünce özgürlüğüne saygılı olacak bir tarzda, dinî inancını başkalarına tebliğ ve telkinde bulunmasını, inancın izharı çerçevesinde, dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü kapsamında addetmiştir. Bu tespitten yola çıkarak, herhangi bir dinî inancın yayılması amacıyla zorlama olmadan yürütülen propaganda faaliyetlerinin yasaklanmasının ya da cezaî müeyyideye tabi tutulmasının, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

I. 3. c. İnancı İfade Eden Eylemler ve İnanç Saikli Eylemler Ayrımı

Gerek 9. maddede sayılan inancı uygulama yöntemlerine dair listenin ucunun açık olması, gerekse de *dini kurallara saygılı olma* kavramının geniş yorumla-maya elverişli olması, dinin gereklerini yerine getirme amaçlı her eylemin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme *Arrowsmith . /. Birleşik Krallık*[14] ve benzeri davalardaki kararlarında, 9. maddenin ilk paragrafında kullanılan uygulama (*pratiques/ practice*) teriminin din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamadığını, eylemlerin sözkonusu inancı ifade etmesi gerektiğini, sadece inanç saikiyle veya etkisiyle yapılan her eylemlerin 9. maddenin koruma alanına girmeyeceğini belirtmiş

14 AİHK'nun *Arrowsmith . /. Birleşik Krallık* davasındaki 12. 10. 1978 tarihli kararı, Başvuru no. 7050/75, DR 19, s. 5, par. 82-86.

ve inancın dışa vurumu niteliğinde olan eylemleri, *inancı ifade eden* ve *inanç saikli* (etkili) eylemler olarak ikiye ayırmıştır. [15] Sözleşme organları başvuru konusu edilen eylemlerin açığa vurma olup olmadığını belirlemek amacıyla, bu eylemlerin bir din veya inancın zorunlu ifadeleri olup olmadığı ve bu eylemler ile din ve inancın samimi biçimde dışavurulup vurulmadığı gibi iki temel ölçüt geliştirmiş ve önlerine gelen vakalarda ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini tesbit etmeye çalışarak buna göre karar vermişlerdir. [16]

Özellikle *Yanaşık . /. Türkiye*[17] davasında Komisyon, inancı açığa vurma oldu-ğu öne sürülen eylemlerin *inançların zorunlu ifadesi* ve genel kabul gören biçimiyle *din ya da kanaatin uygulama görünümlerini oluşturan ibadet ve dindarlık eylemleri* gibi kişisel inançla yakından ilintili eylemler olup olmadıklarını sorgulamıştır. Sözkonusu davada askeri öğrenci olan başvurucu, amaç ve programı dinsel kuralların üstünlüğünü sağlamak olan köktendinci İslamcı bir harekete katılıp, bu hareketin yayınlarını okuduğu ve ideolojik nitelikli toplantılara katıldığı için üst üste disiplin cezaları almış ve sonuçta Harp Okulu'ndan uzaklaştırılmıştır. Komisyon, başvurucunun verilen ceza ile Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiasını yerinde bulmamış ve askeri bir okula kaydolan öğrencinin kendi rızasıyla askeri kurallara tabi olduğunu, askeri disiplinin niteliği gereği, silahlı kuvvetler mensuplarına, sivillere dayatılamayacak olan bazı sınırlamaların getirilebile-ceğini belirtmiştir. Kararda ayrıca disiplin kurallarının askeri öğrencilerin ibadetlerini yerine getirme özgürlüklerini tamamen ortadan kaldırmaması, başka bir deyişle hakkın özüne dokunmaması gerektiği de vurgulanmıştır. Mahkeme askeri öğrencilerin ibadetlerini askeri

15 AİHK'nun 03 Mayıs 1993 tarihli *Karaduman/Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 16278/90 03. 05. 1993, D. R. 74, s. 93. Burada Mahkeme üniversiteden mezun olan bir kadın öğrencinin, mezuniyet belgesine başı açık olan bir fotoğraf yapıştırılması mecburiyeti nedeniyle başörtüsüz fotoğraf çekilmesini reddetmesini, dini inanç saikli olsa da bunun inancın tezahürü sayılamayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının dini inançları izhar etmek değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirterek, üniversitenin bu uygulamasının 9. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

16 Bkz. *Fatma Benli*, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikim-ler (I), İstanbul 2003, s. 70-72.

17 AİHK'nun 6 Ocak 1993 tarihli, *Yanaşık . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 14524/89, DR. 74, s. 14.

hayatın gerekleri çerçevesin-de yerine getirme haklarının olduğunun altını çizmiş, ancak başvurucunun eylemlerini *inancının zorunlu ifadesi* olarak addetmemiştir.

X. . /. Avusturya[18] davasında ise, Budist bir mahkumun sakal bırakmak, tesbih bulundurmak ve hayat felsefesini geliştirmek için zorunlu saydığı yayın ve kitapları edinme yönündeki istemlerini red eden hapishane yönetiminin tavrının, Budizmin hayata geçirilmesi bakımından tesbih çekmenin zorunlu olup olmadığı konusunda şüphenin varlığı, sakalın mahkumun rahatlıkla tanınmasını önleyeceği ve talep edilen kitapların doğrudan Budizm ile ilgili olmadığı argümanlarına dayanılarak, 9. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

X. . /. Birleşik Krallık[19] davasındaki redde ilişkin kararda ise, başvurucu Budist mahkumun Budist bir dergiye yazı göndermesinin engellenmesi yönündeki idari işlemin, başvuruda başka Budistlerle temasa geçilmesinin dini hayatın önemli bir parçası olduğunun gösterilebilmiş olmasının aksine, dini dergide makale yayınlanmasının ibadet uygulamalarının zorunlu bir parçası olduğunun ispat edilemediği gerekçesine dayanılarak, Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.

AİHS'nin 9. maddesinin *inancın zorunlu ifadesi* olan eylemleri koruyacağı, fakat *inanç saikiyle yapulan* her türlü eylemi korumayacağına ilişkin Komisyon görüşünü daha sonra Mahkeme de içtihatlarına almıştır. [20] Ancak kabul etmek gerekir ki, buradaki *zorunlu ifade* kriteri yerleşik, yaygın ve bilinen dinler için kolayca uygulanabilecekken, bu tür özelliklere sahip olmayan yeni dinler için oldukça zor olacaktır.

I. 3. d. İnanmama ve Din Değiştirme Özgürlüğü

AİHS'nin 9. maddesinin birinci fıkra metninde herkesin din ve inancını değiştirmede özgür olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu somut

18 AİHK'nun 15 Şubat 1965 tarihli, *X. . /. Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 1753/63, YB 8/1965.

19 AİHK'nun 20 Aralık 1974 tarihli, *X. . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 5442/72.

20 AİHM'nin bu yöndeki kararlarından bazıları şunlardır: 29 Haziran 2004 tarihli, *Leyla Şahin . /. Türkiye* davası, Başvuru no. 44774/98; 29 Haziran 2004 tarihli, *Zeynep Tekin . /. Türkiye* davası, Başvuru no. 41556/98; 24 Ekim 2006 tarihli, *Yüksektepe . /. Türkiye* kararı, Başvuru no. 62227/00; 04 Aralık 2008 tarihli *Doğru . /. Fransa* ve *Kervancı . /. Fransa* kararları, Başvuru no. 27058/05 ve 31645/04; 23 Şubat 2010 tarihli, *Ahmet Arsal ve diğerleri . /. Türkiye* davası, Başvuru no. 41135/98.

güvence, devletin bireyleri dinî-vicdanî inançları veya kanaatleri nedeniyle herhangi bir şekilde kınamasını, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmasını ve inancını değiştirmek için onlara baskı yapmasını yasaklar. Prensip olarak din ve vicdan özgürlüğü devletin bir dini benimsemesi veya resmîleştirmesi ile bağdaşmaz ise de, gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatla-rında, zorunlu katılma istenmemesi veya isteyerek ayrılmanın mümkün olması durumlarında bir *devlet dini*'nin varlığı Sözleşme'ye uygun addedilmektedir. Sözleşme Organlarınca Sözleşme'ye aykırılık oluşturan husus, Konsey üyesi herhangi bir ülkede devlet kilisesinin var olması değil, böyle bir kiliseye aidiyet zorunluluğudur.

Mahkeme bu yöndeki görüşünü diğer kararlarının yanısıra *Buscarini ve Diğerleri . /. San Marino* davasında, *zorunlu katılma istenmediği takdirde devlet dininin varlığı 9. maddeye aykırı düşmemektedir*, şeklinde ifade etmektedir. [21] Ayrıca *Darby . /. İsveç* davasında da Mahkeme, İsveç Lutheran kilisesine üye olmayan ve İsveç vergi kanunları gereğince kilise vergisi ödemek zorunda kalan başvurucunun şikayetini, 9. madde kapsamında değerlendirmiş ve davalı Devlet'in, Kilise mensubu olmayan kişileri dinsel faaliyetlerin finansmanına katılmaktan muaf tutma sorumluluğunu yerine getirmeyerek, bu kişilerin farklı dini inançlarına ya da inançsızlıklarına saygı göstermediği ve dolayısıyla Sözleşme'yi ihlal ettiği kanaatine varmıştır. [22]

Devlet dini ile ilgili yukarıda belirtilen bakış açısı, zorunlu din bilgisi dersi bakımından da geçerlidir. Devlet okullarında din eğitim ve öğretimi, ancak isteğe bağlı olarak yapılması halinde, başka bir deyişle muaf tutulma imkânının tanınması şartıyla 9. maddede öngörülen din ve vicdan özgürlü-ğüyle bağdaşabilir. Bu tespiti Sözleşme'nin 1 Nolu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer alan, devletin ebeveynlerin eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını ta-

21 AİHM'nin 18 Şubat 1999 tarihli, *Buscarini ve Diğerleri . /. San Marino* davasındaki kararı, Başvuru no. 24645/94. İngilizce metin için bkz. http://www. menschenrechte. ac. at/orig/99_2/Buscarini. pdf.

22 AİHM'nin 23 Ekim 1990 tarihli, *Darby . /. İsveç* davasındaki kararı, Başvuru no. 11581/85, Serie A 187, p. 30-32. Ayrıca bkz. *Gölcüklü/Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011, s. 346-348.

lep etme haklarına saygı göstermesi gerektiği hükmü de desteklemektedir. Bunun yanısıra üye devletlerin belli bir din veya mezhebin tek taraflı eğitimi şeklinde olmamak kaydıyla, dinler ve ahlakî öğretiler hakkında genel kültür bilgisi veren dersleri müfredata koymaları din ve vicdan özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez. Ancak kamu okullarında verilen, bir dinin ibadet şekillerinin uygulatılması tarzındaki dersler, genel bilgi verme niteliğinde sayılamayacağından, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ederler. [23]

II. Din Özgürlüğü'nün Sınırları

II. 1. Genel Sınırlama Nedenleri

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrası, din veya inancı açıklama özgürlüğünün ancak, kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olmayacak tedbirlerle ve sadece yasa ile sınırlanabileceğini, başka bir deyişle bu özgürlüğün meşru olarak nasıl kısıtlanabileceğini düzenler. Buna göre din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ancak, müdahalenin, yasa tarafından öngörüldüğü, fıkrada belirtilmiş olan meşru amaçlardan birine dayandığı, demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve ayrımcı bir şekilde uygulanmadığı durumlarda mümkündür. Bu koşulların her biri mutlaktır; sınırlama şartlarından birinin yok olması, müdahalenin sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunu doğurur.

II. 1. a. Yasa ile öngörülme

Sözleşme organları, hakkı sınırlamaya yönelik tedbirin, hukuk devleti anlayışının gereği olarak, iç hukukta yasayla öngörülmüş olmasının üzerinde özellikle durmakta ve buradaki *yasayla öngörülmüş*

23 Bkz. *Murdoch*, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları Sayı 9, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007, S. 16-18. Ayrıca bkz. AİHM'nin 9 Ekim 2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin . /. Türkiye* kararı, Başvuru no. 1448/04; AİHM'nin 26 Ekim 2000 tarihli *Hasan and Chaush . /. Bulgaristan* davasındaki kararı, Başvuru no. 30985/96, ECHR 2000-XI; AİHM'nin 26 Ocak 1999 tarihli *Serif . /. Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 38178/97, § 51, Hükümler ve Kararlar Raporları 1999−IX.

olmak ve *yasalar uyarınca* ifadelerinin *şeklen* değil *öz* itibarıyla algılanması ve geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler. Mahkeme bu konuyla ilgili içtihatlarında *hukuk/yasa* kavramın daha alt düzeydeki kararnameleri,[24] parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kurulların getirdiği düzenlemeleri[25] ve son olarak yazılı veya yazılı olmayan hukukun yanında yerel mahkeme içtihatlarını da kapsadığını vurgulamaktadır.[26] Bunun yanısıra sözkonusu hukuki düzenlemenin erişilebilir ve öngörülebilir olması, dolayısıyla kişilerin yapacakları eylemin beraberinde getireceği sonuçları bilmelerini sağlıyacak nitelikte olması gerekir.[27]

II. 1. b. Sınırlamanın meşru amaçlara dayanması

9. maddenin ikinci fıkrasına göre din, vicdan ve inancını açıklama özgürlüğü ancak meşru bir amaca dayalı olarak sınırlanabilir. Meşru amaçtan kasıt, korunan hukuki yarardır. Hükme göre sınırlamayı öngören aracın meşruluğu burada sayılan amaçların varlığı halinde mümkündür. Bunlar sırasıyla kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlık ve ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu sayılanların dışında başka bir nedene dayalı sınırlama, Sözleşme anlamında meşru ve haklı bir amaca dayalı sınırlama olarak kabul edilmeyecektir.[28]

II. 1. c. Sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olması

Hakların sınırlandırılmasının sınırını çizen en önemli kriterlerden birisi de gereklilik, başka bir deyişle demokratik toplumda gereklilik kriteridir. Gereklilik testi, Mahkeme tarafından, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının

24 AİHM'nin 18 Haziran 1971 tarihli, *De Wilde, Ooms ve Versyp . /. Belçika* davasındaki kararı, Başvuru no. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Serie A Nr. 15.

25 AİHM'nin 25 Mart 1985 tarihli, *Bartold . /. Almanya* davasındaki kararı, Başvuru no. 8734/79, Serie A, Nr. 90.

26 AİHM'nin 26 Kasım 1991 tarihli *Observer ve Guardian . /. İngiltere* davasındaki kararı, Başvuru no. 13585/88, Serie A/216; AİHM'nin 26 Nisan 1979 tarihli, *Sunday Times . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 6538/74, Serie A/217.

27 AİHM'nin 7 Şubat 2004 tarihli, *Gorzelik ve Diğerleri . /. Polonya* davasındaki kararı, Başvuru no. 44158/ 98. Kararın ingilizce tam metni için bkz. http://www.menschenrechte. ac. at/orig/04_1/Gorzelik_PL. pdf.

28 Bkz. *Zeynep O. Usal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü, S. 6.

gerekleri arasında adil bir denge oluşturmak için yapılır. AİHM, gereklilik kavramını, yapılan müdahalenin *acil ya da zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan* doğup doğmadığı ve bu müdahalenin ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla *orantılı* olup olmadığı açısından incelemektedir. [29] Sözleşmenin önsözünde de yer alan bu ilke, özellikle 9., 10. ve 11. maddede öngörülen hak ve özgürlükleri sınırlayan devlet uygulamalarının Sözleşmeye uygun olup olmadığının denetlenmesinde uygulanan bir kriterdir. Mahkeme bu kavramı hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk olarak yorumlar ve demokrasilerde kişisel çıkarların, gerektiğinde grubun çıkarlarına tabi olabileceğini belirterek, bunun her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün olduğu anlamına gelmediğini, azınlık mensuplarına adil muamele yapılmasının zorunluluğunu ve çoğunluk pozisyonunun kötüye kullanılmasını engelleyen bir dengenin kurulması gerektiğini vurgular.[30] Mahkemeye göre çoğulculuk ve demokrasi, aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır. [31] Ancak Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye olan bütün üye devletlerde geçerli olabilecek ortak bir din anlayışı belirlemenin mümkün olmadığını, bu konu üzerindeki görüşlerin büyük değişkenlik gösterebileceğini,[32] bu nedenle din-devlet ilişkilerine dair bir tartışmanın varlığı durumunda ulusal karar verme organlarının rolüne özel önem verilmesi gerektiğinin de altını çizmektedir.[33]

---

29 AİHM'nin 27 Kasım 1992 tarihli, *Olsson . /. İsveç* davasındaki kararı, Başvuru no. 74/1991/326/398, Serie A/250.

30 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 108, Ayrıca bkz. AİHM'nin 13 Ağustos 1981 tarihli, *Young, James ve Webster . /. İngiltere* davasındaki kararı, Başvuru no. 43672/98, Seri A 44, par. 63; AİHM'nin *Chassagnou ve Diğerleri – Fransa* davasındaki kararı, Başvuru no. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1999-III.

31 AİHM'nin 30 Ocak 1998 tarihli, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 133/1996 ve 752/951, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-I; AİHM'nin 13 Şubat 2003 tarihli, *Refah Partisi ve Diğerleri . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98,

32 AİHM'nin 20 Eylül 1994 tarihli, *Otto-Preminger-Institut . /. Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 13470/87, Seri A, 295-A, par. 50.

33 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 109.

II. 1. d. Sınırlamanın orantılı olması

Sınırlamanın orantılı olması kriteri Sözleşme'de açık olarak belirtilmemişse de, AİHM içtihatlarında, *demokratik bir toplumda gereklilik* şartı kapsamında uygulanan, önemli ve vazgeçilmez ilkelerden birisidir. Burada Mahkeme belirli bir kısıtlamanın denetlenmesinde, olayı bir bütün olarak ele almakta ve kısıtlama ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olup olmadığını incelemektedir. Bu incelemede, elde edilmek istenen amaç ile yaptırımın şiddeti ve niteliği arasında da orantılılık gözetilmektedir. Eğer meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı yoksa bu aracın kullanılması, başka bir deyişle şikayete konu olan işlem Sözleşme'ye aykırı addedilecektir.

II. 2. Sınırlama Nedenlerinin Uygulanmasında Devletlerin Takdir Yetkisi "*margin of appreciation*"

AİHM birçok kararında Sözleşme mekanizmasının rolünün temel olarak ikincil olduğunu, ulusal yetkililerin prensip olarak, yerel koşulları ve gereksinimleri, uluslararası bir mahkemeye göre çok daha iyi bir şekilde değerlendirme konumunda olduğunu belirtmiş ve Sözleşme ile korunan herhangi bir hak ve özgürlüğe müdahale için *zorunluluğun* ilk değerlendirmesini/takdirini ulusal yetkililere bırakmıştır. Bu takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber hareket eder. Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir Kısacası değerlendirmenin sınırı ulusal merciler tarafından çizilmekte, ancak bu mercilerin kararının Sözleşme koşullarına uygunluğunu inceleme yetkisi ise AİHM'ne ait olmaktadır. [34]

9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen genel sınırlama nedenlerinin uygulan-ması esnasında, Mahkeme'nin her üye ülkenin kendine

34 Bknz. AİHM'nin 7 Aralık 1976 tarihli, *Handyside . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 5493/72, Seri A/24, par. 100; AİHM'nin 8 Temmuz 2003 tarihli, *Hatton ve Diğerleri . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 36022/97, AİHM 2003-VIII; AİHM'nin 26 Eylül 1996 tarihli, *Manoussakis ve Diğerleri . /. Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 18748/91, Hükümler ve Kararlar Raporları 1996 - IV, S. 1362 – 1364; AİHM'nin 24 Şubat 1994 tarihli, *Casado Coca . /. İspanya* davasındaki kararı, Başvuru no. 15450/89, A 285.

özgü koşullarını, hukuk sistemleri arasındaki bazı temel farklılıkları gözönüne alması nedeniyle, benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Başka bir deyişle, bir üye ülkede hakkın kısıtlanmasına yönelik işlem sözleşmeye aykırılık teşkil ederken, aynı kısıtlama diğer bir ülkede, haklı gerekçeye dayalı olarak yapıldığından hareketle, sözleşmeye uygun addedilebilecektir. Örneğin Leyla Şahin'in üniversitede türban takma yasağı nedeniyle Türkiye'yi şikayet etmesi üzerine, AİHM'nin verdiği kararda, laiklik ilkesinin Sözleşme'nin kapsamında korunan özgürlüklerle uyumlu olduğu ve bu ilkenin Türkiye'deki demokratik sistemin korunmasında önemli bir yer teşkil ettiği belirtilerek, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin takdir hakları gözönüne alındığında, sözkonusu müdahalenin güdülen amaçla orantılı olduğu tesbit edilmiştir. Burada Mahkeme, devletin müdahaleyi kamu düzenini korumak, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermemek, laiklik ve eşitlik ilkelerini güvence altına almak için uyguladığı tespitinden hareket etmiş ve 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. [35]

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin sadece bir kısmının hukuk sistemine teşmil edilmiş olan laiklik ilkesi, Sözleşme metninde yer almamaktadır. Bununla birlikte sözkonusu kararın temel dayanak noktası bu ilkenin korunması saikidir. Mahkeme, Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından vazgeçilemez bir değer olan laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirlerin gerekli olduğunu ve devletin Sözleşme tarafından kendisine tanınan takdir yetkisi içinde işlem yaptığını belirtmek-tedir. Buradan yola çıkarak, laiklik ilkesini hukuk sisteminin temel değerlerinden birisi olarak garanti altına almamış üye ülkelerden birisinde, örneğin Almanya'da üniversite öğrencilerine uygulanacak olası türban takma yasağının Sözleşme'ye aykırı olacağını söylemek sanırım yanlış olmaz. Bu farklılıkların Mahkeme tarafından tolere edilmesi, Sözleşme'nin ortak bir avrupa insan hakları standardı "*ordre pulic europeen*" yaratma amacının önünde engel teşkil edip etmeyeceği sorusunu beraberinde getirmektedir.

35 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin . /. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 105 – 109.

Bilindiği üzere temel hak ve özgürlüklerin (evrensel insan haklarının) homojenliği ile devletlerin kültürel ve politik değerlerinin heterojenliği arasında yüzyıllardır süre gelen ve şu anda sonunu göremediğimiz sürekli bir çatışma vardır. Devletler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında, yasa ile öngördükleri mahfuz haklarını (*Gesetzesvorbehalt*), sahip oldukları farklı değerler çerçevesinde farklı olarak kullanabilmekte ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik sözleşmelere attıkları her imza ile, egemenliklerinden kişi hak ve özgürlüğü lehine, ancak hukuk sistemlerinin mümkün kıldığı ölçüde, kısaca tahammül edebildikleri oranda vazgeçmektedirler.

III. Sonuç

Mahkeme Sözleşme'nin düşünceyi açıklama ve yayma ile örgütlenme özgürlüklerini düzenleyen 10. ve 11. maddelerini uygularken kullandığı "*sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması*" kriterini 9. madde açısından daha dar yorumlamakta ve devlete daha geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Zira Mahkeme örneğin *Handyside ./. İngiltere* kararında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün demokratik toplumun en temel kaynaklarından birisi olduğunu belirterek, ifade özgürlüğünün sadece olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görünen bilgiler ya da düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca Devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırılık taşıyan, onları şoke eden ve rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğunu ifade edip, genel olarak şiddet unsuru içermeyen her düşüncenin korunması gerektiği yolunda tavır sergilerken, *Leyla Şahin ./. Türkiye* davasında devlete bırakılan takdir yetkisinin sınırlarını belirlemede, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemi ile, yasaklanan faaliyetlerin doğası ve yasaklamaların amacının dikkate alınmak zorunda olduğunu, Devlet ve dinler arasındaki ilişkilere dair sorunların riskli olduğu durumlarda, söz konusu meseleler açısından toplumda geniş ölçüde düşünce ayrışmaları olabileceğinden, ulusal karar mekanizmasının rolüne özel bir önem verilmesi gerektiği üzerine vurgu yapmaktadır. [36]

36 Bknz. AİHM'nin 27. 06. 2000 tarihli, *Cha'ara Shalom ve Tsedek ./. Fransa* davasın-

Mahkeme'nin üye ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları dikkate alması sonucu, ulusal yasa koyucuların bu özelliklere dayanarak yaptığı kısıtlamaları devletlerin takdir yetkisi içinde değerlendirmesini, Sözleşme'nin ortak bir avrupa insan hakları standardı "*ordre puplic europeen*" yaratma ve geliştirme amacının önünde engel oluşturabileceği argümanıyla eleştirmek mümkünse de, AİHM'nin sadece devletlerarası hukuka ait bir sözleşmenin yorum mercii olduğunu gözden kaçırmamak ve görevinin de Sözleşme ile garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması anlamında asgari bir düzey belirlemek olduğunu unutmamak gerekir. Konsey'e üye ülkelerin bir kısmının bu asgari düzeyin altında, bir kısmının da üzerinde olması işin doğası gereğidir. Mahkemenin görevi, kararlarıyla asgari olanın altındakileri yukarıya çekmek için, yukarıda olanları ise, asgari olanı değil, kendi hukuk sistemlerinin gerektirdiğini yapmak için uyarmak ve aynı zamanda asgari düzeyin zaman içinde yükselmesinin de yolunu açmaktır.

KAYNAKLAR

Nikolaus Blum, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechts-konvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), Duncker & Humblot Yayınevi, Berlin 1990.

Martin Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (Anayasa'daki İnanç ve Vicdan Özgürlüğü), Mohr Siebeck Yayınevi, Tübingen 2006.

İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 59. Kaynak: http://www. scribd. com/doc/55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-İnanc-Ozgurlugu.

daki kararı, Başvuru no. 27417/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 2000 VII, par. 72; AİHM'nin 8 Temmuz 2003 tarihli, *Hatton ve Diğerleri . /. Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 36022/97, Hükümler ve Kararlar Raporları I, s. 34, par. 101; AİHM'nin 25 Eylül 1996 tarihli, *Buckley . /. Birleşik Krallık* kararı, Başvuru no. 20348/92, Hükümler ve Kararlar Raporları 1996-IV, S. 76, par. 122.

A. Gölcüklü / A. Feyyaz Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011, s. 346-350; *Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Turhan Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2002.

*Zeynep O. Usa*l, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü. Kaynak: http://www. coehelp. org/course/view. php?id=13&topic=6.

Fatma Benli, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikimler (I), İstanbul 2003.

Jim Murdoch, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları Sayı 9, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007.

GİZLİ TANIK
SECRET WITNESS

Candide ŞENTÜRK*
Tuğba BAYZİT**

Özet: Ceza muhakemesinde tanıkların korunması öğretide olduğu kadar uygulamada da ciddi bir sorun teşkil etmiştir. Örgütlü suçluluğun yaygınlaşması ve örgütün yapısı itibariyle tanık üzerinde baskı kurması tanığın korunması gerekliliğini bir kez daha ön plana çıkarmıştır. Örgütlü suçlulukta tanıklar baskı altına alınmakta, kovuşturma aşamasında durup dururken tanıklıktan çekinmektedirler. Bu tür suçlarda tanık bulmak zaten zorken tanığın beyan vermekten çekinmesi ya da yalan beyanda bulunması durumu içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Tanığın korunması ile tanık kendini güvende hissedecek böylelikle vereceği beyanlar ile maddi gerçeğe ulaşmak hususunda önemli bir yol kat edilecek, suçlulukla etkin şekilde mücadele edilecektir. Örgütlü suçluluğun günümüzde ulaştığı nokta bakımından adil bir ceza adaletinin sağlanması için tanığın korunmasının etkinleştirilmesi gerekmektedir. Tanığın korunması, ceza muhakemesinde çözüm bekleyen bir alan olarak varlığını devam ettirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tanık, Tanık Koruma Kanunu, ceza muhakemesi, adil yargılanma hakkı, örgütlü suç, delil, silahların eşitliği.

Abstract: Witness protection in criminal procedure is constituted a serious problem both doctrine and practise. Necessity of witness protection is brought in the foreground because of becoming commonplace of organized crime and putting pressure of organization structure on the witness. Witnesses have been put on pressure by organized crime and refuses to testfy at the time of legal investigation without any reason. While finding the witness is already very hard, refusal to testfy of witness or misrepresentation of witness are become the sitution more complex. If the witness will be proctected, witness feels confidence. Thus declaration of witness can help with achiving reality in fighting against criminality. Protection of witnesses should be more effective for satisfying fair the justice. Protection of witness is carrying on existence as area that is waiting solution in criminal procedure.

Key Words: Witness, Witness Protection Act, criminal procedure, right to fair trial, organised crime, evidence, equality of arms.

* Arş. Gör., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anabilim Dalı
** Arş. Gör., Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

I) GENEL OLARAK DELİL KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ ve DELİL ÇEŞİTLERİ

A) Genel Olarak Delil Kavramı

Gizli tanıklık ve tanıkların korunması kavramına geçmeden önce ceza muhakemesi hukukunda delil kavramı[1], özellikleri ve çeşitlerinin incelenmesinde fayda olacağı kanaatindeyiz. Kelime anlamı olarak delil "*kanıt, insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare*" olarak tanımlanmaktadır[2]. Ceza muhakemesinde, asıl olarak, fiilin fail tarafından işlendiği ya da işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen araçlarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin işine ispat, ispata yarayan ve hukuk düzenince kabul edilen araçlara ise delil adı verilir[3].

Deliller yaşanmış bir olaydan arta kalmışlardır ve gelecekte mahkeme önünde suçu kanıtlamak için kullanılacak olup olayın belirlenmesine yararlar. Bir başka tanıma göre, taraflar bakımından "*ispat*", hâkim bakımından "*sabit görme*" ve maddi mesele bakımın-

---

1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, S. 4, Ağustos 2007, s.5-60; KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, S. 2, Aralık 2006, s.207-225; ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR Yasemin/ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010, s.294; ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2011, s.585 vd.; TURGUT Bayram, Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Ankara 2010, s.5.

2 http://www.tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=87311, Erişim Tarihi: 25.12.2009, Saat: 19.30.

3 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.294; ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Nihat/ BACAKSIZ Pınar/ DOĞAN Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s.392; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.585; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, İstanbul Kasım 2010, s.205; YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, 5.Bası, Nisan 2008, s.623. Bir insanın gerçekleştirdiği eylemin suç olup olmadığı ve suç olduğu ispatlanmış eylemde suçlunun kim olduğu sadece ceza muhakemesi veya diğer deyişle ceza yargılaması yapılarak anlaşılabilir. Genel olarak suç var mı ve suçlu kim sorularının yanıtları ceza muhakemesinde bulunabilecektir ki, bu sorulara ceza muhakemesinde işin esası denir. Ceza muhakemesi faaliyeti ise başından sonuna kadar iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinden oluşan kolektif bir faaliyet niteliğindedir. İşte ceza muhakemesi faaliyetinde işin esasının araştırılması ve aranan yanıtların bulunması işine ispat ve bu işte yararlanılan ispat araçlarına ise genel olarak delil denildiği de belirtilmektedir (KİZİROĞLU Serap Keskin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aykırı Deliller", Güncel Hukuk, Kasım 2007, S. 11, s.32).

dan *"sübut"* olarak adlandırılan faaliyetler için kullanılan vasıtalara delil denilir[4].

Delil (kanıt, ispat vasıtası), ceza uyuşmazlığının konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkemede canlandırılmasına yarayan araç olarak da ifade edilmiştir[5]. Yine delilin yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, bir başka deyişle, maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan araçlar olduğu da belirtilmektedir[6].

Ceza yargılamasında hukuk yargılamasında olduğu gibi bir ispat külfeti (yükü) sorunu yer almamaktadır[7]. Yani sanık suçlu olmadığını ispatla mükellef değildir. Sanığa susma hakkının tanındığı bir hukuk düzeninde ispat yükünden bahsedilmesi olanaksızdır[8]. Mahkeme re'sen yapacağı araştırma sonucunda, önüne getirilen delillerin tartışılması ile sanığın suçlu veya suçsuz olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması konularında bir karara varmak durumundadır[9]. Savcılık makamı da sanığın aleyhine olan delillerin yanı sıra lehine olan delilleri de araştırmalıdır[10].

Yargılama sonucunda sanığın suçu işlediği tam olarak ortaya çıkarılmadıkça, *"şüpheden sanık yararlanır"* ilkesinden yola çıkılarak, suçsuz kabul edilecektir. Ceza muhakemesinde her şey delil olarak nitelendirilebilir. Ancak bir şeyin delil olarak sunulması, delil olarak kabulü anlamına gelmemektedir. Hâkim sunulan delilleri serbestçe değerlendirecektir[11].

---

4 KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, Kasım 2009, s.609. Bir başka tanımda da aynı şekilde olayın hâkim tarafından sabit görülmesi ya da taraf bakımından ispat edilmesinin gerektiği buna sübut bulma denildiği ve delillerin de olayın belirlenmesine yaradığı belirtilmiştir (KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005 Ekim, s.193).

5 CENTEL/ ZAFER, s.205.

6 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Mart 2010, s.569; HAKERİ Hakan/ ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara Eylül 2010, s.294.

7 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.292; YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul Ocak 2007, s.268.

8 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.293-294.

9 YURTCAN, Şerh, s. 636; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.585.

10 ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.115; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE,, s.585.

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/

B) Özellikleri

Ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenen bir vasıtanın delil olarak nitelenebilmesi için iki temel özelliği[12] bulunmalıdır. Bu vasıta;

Olayı temsil etmelidir,

Bu olayı, temsil eden vasıta;

- Akla,

- Maddi gerçeğe ve

- Hukuka uygun olmalıdır.

Olayı temsil etmekten maksat, delil olarak kullanılmak istenilen vasıtanın olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtması olup, bir ispat aracına delil diyebilmek için olayı bir şekilde temsil etmesi, olayı yansıtması da yetmez. Bu olayı temsil eden vasıta aynı zamanda, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olmalıdır. Bu vasıfları taşımayan bir ispat aracı teknik anlamda delil olarak nitelendirilemez ve bu tür vasıtalara dayanılarak hüküm tesis edilemez. Edilecek olursa o hükmün Yargıtay tarafından bozulması gerektiği belirtilmektedir[13].

ALAN, s.292-293; ÖZBEK Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2006, s.358. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK Veli Özer, "Ceza Muhakemesinde Hâkimin Vicdani Kanaati", HFSA, 16. Kitap, İstanbul 2007, s.283-287.

12 Yazarlara göre delil, yargılama konusu olayın tümünü veya bir parçasını ispatlayacak nitelikte, beş duyu organıyla algılanabilecek nitelikte, elde edilebilir, hukuka uygun yollardan elde edilmiş, sağlam ve güvenilir, müşterek olmalı yani müşterekliği sağlanmalıdır. Bunun için iddia, savunma ve yargılama makamlarının bilgisine sunulması gerekmektedir. Delil ayrıca akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir nitelikte olmalıdır (ÜNVER/HAKERİ, s.569-570; ÜNVER/HAKERİ, Temel Bilgiler, s.295).

13 Burada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.04.1993'te verdiği 6-79/108 sayılı son derece önemli bir kararına göre, "*Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır*" (bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.295; ÖZTÜRK Bahri, "Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.220; CENTEL/ ZAFER, s.206-207).

C) Delil Çeşitleri

Doktrinde delillerin değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir.

Centel/ Zafer'e göre deliller, 1) Sanık Beyanı, 2) Tanık Beyanı[14], 3) Belge delilleri, 4) Belirti delilleri ve bilimsel deliller, 5) Bilirkişi mütalaası ve 6) Keşif olarak ayrılmaktadır[15].

Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre, 1) Sanık açıklamaları, ikrar, 2) Tanık açıklamaları, 3) Sanık ve tanıktan başkaların açıklamaları, 4) Yazılı açıklamalar (belgeler), 5) Görüntü ve (veya) ses kaydeden araçlarla açıklama, 6) Belirtiler[16].

Özbek ise, 1) Şüpheli-sanık açıklamaları ve ikrar, 2) Tanık açıklamaları, 3) Yazılı belgeler, 4) Görüntü ve ses kaydeden araçlarla yapılmış olan kayıtlar, 5) Belirtiler şeklinde bir sınıflandırma yapmaktadır[17].

Koca, 1) Beyan delili, 2) Belge delili, 3) Belirtiler ve bilimsel deliller şeklinde bir ayrım yapmaktadır[18].

Yenisey delilleri 1) Belirti, 2) Beyan ve 3) Belge olmak üzere yine üçe ayırarak incelemektedir[19].

Burada hangi sınıflandırmayı esas alırsak alalım delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesi hukukunda, her şey delil olduğundan tüm delilleri hâkimin serbestçe takdir edeceği unutulmamalıdır. Diğer yandan beyan ve belge delillerinin bir olguyu doğrudan, belirtinin[20] ise

14 Tanık beyanı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara Şubat 1996, s.89 vd.; ÇİÇEK İbrahim, Tanık Koruma Kanunu, İstanbul Ocak 2009, s.9 vd.

15 CENTEL/ ZAFER, s.207 vd.

16 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.295-333.

17 Yazar, ayrıca öğretide bazı yazarların bilirkişi raporu, açıklamaları ile keşifi delil türü olarak kabul ettiklerini ancak delilin bilirkişi raporunun konusunu oluşturduğunu belirtmektedir. Bilirkişi delil veya belirtiyi inceleyerek değerlendirmek üzere mahkemeye sunan kişi olup, keşif ise bir delil toplama aracıdır (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.585-586).

18 KOCA, s.215 vd.

19 YENİSEY, s.12 vd.

20 İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eser belirti olarak tanımlanmaktadır (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 609-610; YENİSEY, s. 13; KOCA, Deliller, s. 219). Örneğin, suç mahallinde bulunan fren izi, kan, kıl, tükürük, meni, kovan birer belirti (iz) niteliğinde olup, olayın aydınlatılmasında büyük önem taşımaktadır. Bununla beraber bazı

dolaylı olarak ispatladığı söylenebilir[21].

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemli bir yere sahip olan tanık açıklamaları üzerinde durulacaktır.

II) TANIK KAVRAMI

Tanık, uyuşmazlığın taraflarından olmayan, ancak uyuşmazlık konusu maddî sorunla ilgili, beş duyu organından en az birisi ile bilgi edindiği, adlî makamlar tarafından varsayılan üçüncü kişidir[22]. Tanık beyanı ceza muhakemesindeki en önemli delillerden birini oluşturmaktadır[23]. Bununla birlikte tanık beyanları sübjektif değerlendirme-

---

belirtiler teknolojinin yardımı ile önemli delil niteliğine bürünebilmektedir. Nitekim olay yerinden elde edilen kan, kıl, tükürük, meni örneğinin DNA analizine tabi tutulmuş olması halinde önemli bir delil ortaya çıkmaktadır. Ancak bunun için veri tabanına yani DNA bankasına ihtiyaç olduğu hususu da unutulmamalıdır (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.586, 616-617). Alibi denilen ve kişinin suç saatinde suç mahalinde olmadığı anlamına gelen belirti ise diğer delillerle desteklendiğinde sanığın beraat etmesine dahi neden olabilmektedir (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.333). Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik tanımlar başlıklı 3. maddesinde belirtileri maddi delil olarak nitelemiş ve *"İtiraf ve şahadet dışında kalan suç veya suç sanıklarıyla ilgili maddi (fiziki) bir yapıya sahip, canlı veya cansız, dokunulabilen şeyler"* şeklinde tarif etmiştir. Anılan yönetmeliğin tamamı için bkz. http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20860.html, Erişim Tarihi: 20.12.2009, Saat: 15.48.

21 ÖZBEK, Tıbbi Delil, s.359; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.586.

22 FEYZİOĞLU, s.28. Ceza muhakemesinde en önemli delil araçlarından biri olan tanık kavramı hakkında çeşitli tanımlar için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.655; YURTCAN, s.272; YURTCAN, Şerh, s.173; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.587; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.393; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.297;CENTEL/ ZAFER, s.226; KOCA, s.215-216; SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s.425; ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat, (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Ankara 2001, s.107; DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta, İstanbul Ekim 2010, s.67; YAŞAR Osman, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza yargılama Yasası, C.I, Ankara 1998, s.297; PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer/YÜKSEL Erol Güngör, Açıklamaları-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008, s.141; ÜNVER/HAKERİ, Temel Bilgiler, s.301; ÜNVER/HAKERİ, s.582 ;TURGUT, s. 8; ÇİÇEK, s.9; DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:83, Ankara 2009, s.73; BALO Yusuf Solmaz, "Anonim Tanığın Dinlenmesi", Terazi Hukuk Dergisi, S:34, Haziran 2009, s.71; KAZANCI EKER Behiye, "Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:7, Temmuz 2006, s.158.

23 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.587.

leri de içermektedir. Bu bakımdan hâkim ya da savcının tanık beyanını değerlendirirken özenli davranması ve sadece tanık beyanını değil mevcut diğer delilleri de göz önünde bulundurmalıdır[24]. Tanık olarak dinlenebilecek kişiler arasında kişisel ve benzeri herhangi bir nitelik sebebiyle ayrım yapılamaz, herkes tanık olarak dinlenebilir[25]. Belirttiğimiz gibi tanık ceza muhakemesinde en az güvenilir ancak en önemli ve vazgeçilmez delil aracıdır[26].

Tanıklık, kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görev olarak ifade edilmektedir. Tanıkların beyanda bulunmaları toplumun menfaati gereğidir[27]. Eklemek gerekir ki, tanığın hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır[28]. Tanığın ödevleri şu şekilde sayılabilir: Hazır bulunma, bildiklerini doğru olarak söyleme, yemin etme. Tanığın hakları ise; tanıklıktan çekinme hakkı, kendisi ve yakınları aleyhine cevap vermekten çekinme hakkı, haklarını öğrenme hakkı, tazminat ve masraf alma hakkı, korunma hakkı şeklinde sayılabilir. Nitekim tanıklığın Anayasa'da temelleri bulunmaktadır: Madde 38/5 hükmü uyarınca; "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*". Yine Anayasamı-

24 DONAY, Yargılama, s.67. Tanığın bizzat olayı yaşayarak anlatması ile, dışarıdan bir kişi olarak olay hakkındaki algılamalarını anlatması arasında bir fark bulunmamaktadır. Tanık kişisel değerlendirmede bulunamaz, yine suçun maddi unsuruna ilişkin belirlemeler şahsî değerlendirme kapsamında değerlendirilmemektedir. Hakaret suçunda isnat edilen olayların onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte olup olmadığı konusundaki açıklamalar da suçun maddi unsurlarındandır (CENTEL/ZAFER, s.226).

25 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.587; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.394; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/ SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.297; CENTEL/ZAFER, s.226; SOYASLAN, s.425; YURTCAN, Şerh, s.174; YURTCAN, s.272; BALO, s.71-72; PARLAR/HATİPOĞLU/YÜKSEL, s.140. "*Çocuk, akıl hastası, sanık ile hısım olan kişiler buna dahildir. "5 yaşındaki tanığın dosya içeriği ve maddî kanıtlarla doğrulanmayan anlatımı…"* Y.CGK. 13.02.1995T., 1-267/20 (PARLAR/HATİPOĞLU/YÜKSEL, s.206; BALO, s.71, dn.14)."*… olay tarihi itibariyle 10 ve 14 yaşlarında olmaları nedeniyle gördükleri bir olayı aktarma yeteneğine sahip bulunabilecek durumda olan çocukların yalnızca yaşlarının küçük olması nedenine dayanılarak, tanıklık yapamayacakları gerekçesiyle, dinlenilmeden eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi…*" Y.4.CD. 2006T., 2005/4174E. 2006/14805K. (YURTCAN, Şerh, s.175).

26 ERDEM Mustafa Ruhan, "Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 60, Temmuz 1995, s.50;CENTEL/ZAFER, s.428; BALO, s.71.

27 FEYZİOĞLU, s.29.

28 CENTEL/ZAFER, s.230 vd.; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.300 vd.; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.587 vd.; DONAY, Yargılama, s.67 vd.

zın 12'inci maddesinin 2'inci fıkrasında; "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*" hükmü yer almaktadır.

Ceza muhakemesinde, tanık dinlemeye yetkili olan makam, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme, naip hâkim, istinabe olunan hâkimdir (CMK m.43)[29].

III) TANIKLARIN KORUNMASI KAVRAMI

Tanık bir ispat aracıdır; tanıklık külfetli bir kamu görevidir[30]. Kural olarak tanık açıklamada bulunmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi tanık ve yakınları açısından tehlike arz edebilir[31]. Özellikle örgütlü suçluluk alanında bu durumla karşılaşılabilmektedir[32]. Tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasının sonuçlarından biri başka türlü elde edilmesi mümkün olmayacak tanık beyanı kullanılmak suretiyle örgütlü suçluluk hakkında diğer delillere ulaşılması örgütün çökertilmesi olacaktır[33]. Özellikle örgütlü suçlulukta Avrupa Birliği, üye devletleri tanıkların çıkarlarını korumakla yükümlü kılmaktadır[34]. Şüpheli ya da sanığın aleyhine tanıklık yapacak kişinin ve yakınlarının korunması ile sanık ve müdafinin savunma hakkı kapsamında tanıklara soru sorması arasındaki dengenin kurulması da çok önemlidir[35].

---

29 CENTEL/ZAFER, s.226.

30 TURHAN Faruk, "*Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi*", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, s.383.CMK'nın 43'üncü maddesinin gerekçesinde açıkça "*Tanıklık, kamu yararının ağırlık taşıdığı toplumsal bir görev olup kişiler bu görevi yerine getirmekle yükümlüdürler*" diyerek tanıklığın kamu yararına bir görev olduğu belirtilmesinin karşısında tanıkların korunması da Devletin görev ve sorumluluğundadır (ÇİÇEK, s.53).

31 ŞAHİN Cumhur, "Türk Hukukundaki Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul Haziran 2004, s.804; TURGUT, s.59.

32 ERDEM, s.53 vd.; ŞAHİN, Tanık Koruma, s.804; CENTEL/ ZAFER, s.428.

33 TURGUT, s.59.

34 BEİJER Annemarieke/ LİEFAARD Ton, *"A Bermuda Triangle? Balancing Protection, Participation and Proof in Criminal Proceedings affecting Child Victims and Witnesses"*, Utrecht Law Review, October 1, 2011, s.71. (http://ehis.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&hid=20&sid=13a0eaed-3999-420c-a0be8a122bfae173%40sessionmgr10, Erişim Tarihi:19.03.2012, Saat: 14:00).

35 Örneğin gizlenen tanığın ifade vermesi sonucunda mahkeme tanığın açıklamala-

Tanığın vereceği beyan ile uyuşmazlığın tarafları konumunda bulunan kişilere rahatsızlık vermesi, bu nedenden ötürü de tarafların tehdidi ve saldırıları ile karşılaşması kuvvetle muhtemeldir. Tanıkları bu tehdit ve saldırılardan koruma görevi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise hâkime aittir. Hâkim, tanığı duruşmada tarafların küçük düşürücü, hırpalayıcı sorularına karşı korumakla yükümlüdür[36]. Ceza muhakemesinde tanıkların korunması amacıyla çeşitli tedbirler alınabilmesi mümkündür[37]. Bu tedbirler, kimliğin gizlenmesi, değiştirilmesi veya kişinin tanıklık yükümlülüğünden kurtarılması biçiminde olabilir[38]. Ancak bazen tanığa yönelik tehlikenin ağırlığı karşısında söz konusu tedbirler yetersiz kalabilir. Bu nedenden ötürü duruşma salonu dışında tanığın sesinin ve görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi de söz konusu olabilmektedir[39].

Tanığın korunması için getirilmiş bulunan tedbirlerden olan gizli duruşma yapılması, tanığın kimliğinin açıklanmaması, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip kişilerin hazır olmadığı duruşmada dinlenmesi gibi tedbirlerin, savunma hakkına daha az müdahale oluşturduğu düşünülmektedir[40]. CMK m.58[41], tanığa yönelik tehlikenin

---

rını dolaylı yollar aracılığıyla duruşmaya getirirse devlet savunma makamından ifade alma veya sorgulama sırasında hazır bulunma ve tanığa sorma hakkını alarak gerçeğe ulaşmada savunma makamının iştirak imkanını azaltmış olmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, Tanık Koruma, s.809. vd).

36 FEYZİOĞLU, s.266; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.610.

37 Bkz. ERDEM, s.48 vd; ŞAHİN, s.132 vd.

38 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.323.

39 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.323.

40 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.323.

41 Maddenin gerekçesinde ise; "*Ceza yargılaması süreçlerinde kanıtlanmış olan ve bu nedenle göz ardı edilmeyecek gerçeklerden biri de kişilerin tanıklık etmekte gösterdikleri çekingenliktir. Özellikle son zamanlarda suç işlemek amacıyla artan örgütlenmeler, giderek büyüyen kent rantlarını paylaştırmak için oluşturulan çeteler suçun ve suçlunun izlenmesinde yeterince özenli ve etkili davranılmadığı yönündeki bir kısım medyadaki beyanlar, tanıklığın bir işe yaramayacağı doğrultusundaki olumsuz değerlendirmeler 'mafya' denilen suç şebekelerine ilişkin günlük haberler ve bunlara eklenebilecek diğer psikolojik etkenlerle kişiler tanıklık yapmada çekingenlik göstermekte ve hatta korkmaktadırlar.*

Bu olumsuz etkilerin giderilmesi yolu, tanıkların güvenliklerinin eksiksiz sağlanmasıdır. Bu nedenle gerek kendi gerek bir başka kişi örneğin, ailesi yönünden sakınca görülmesi halinde tanığın adresini gizleyebilmesi içim cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı veya hâkimin kendisine davetiyenin ulaşabileceği bir başka adresi göstermesine izin verebilmesi 2. fıkrada kabul edilmiştir.

Tanığın kimliğini açıklaması kendisinin veya başka bir kişinin beden bütünlüğünü veya özgürlüğünü tehlikeye düşüreceği yolunda bir kuşkuya yol açıyorsa kimliğini açıklamadan kaçınabilmesini Cumhuriyet Savcısı, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından izin verile-

ağırlığına göre basamaklı bir koruma öngörmüş ve tanığın kimliğinin ortaya çıkması, kendisi veya yakını açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliğinin gizlenmesi için gerekli önlemler alınacağını düzenlemiştir. CMK m.58'de kimliğin gizli tutulmasına yönelik tedbirlerin içeriği belirtilmemiştir[42].

Amerikan hukukunda tanığı ve yakınlarını koruma programları örgütlü suçlulukla mücadele kapsamında ilk kez 1970 yılında organize suçlulukla mücadele kanunu (Orginized Crime Control Act) ile girmiş ve 1984 yılında çıkarılan toplu suçla mücadele kanunu (Comprehensive Crime Control Act) ile diğer hukuk sistemlerine örnek olmuştur[43]. Amerika'da federal tanık koruma programı (The Federal Witness Protection Programme) uygulamakla görevli kolluk birimi olan The Marshall Service tanığı ve yakınlarını hem soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hem de ilerleyen bir dönem içinde 24 saat boyunca korumakla yükümlü kılınmıştır. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu[44] ile de hukukumuzda benzer bir kolluk birimi oluşturulması öngörülmüştür[45].

IV) TANIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ

A) Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesine göre, anayasal organlar egemenlik gücünü, insan onurunu korumak, temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuki güvenliği sağlamak amacıyla kullanabilirler.

---

bilecektir. Ancak tanığın tanıklık ettiği olayları hangi neden ve vesile ile öğrenmiş bulunduğunu açıklaması zorunludur. Böylece anlatımının gerçeğe uygunluk denetiminin yapılabilmesi ve sanığın da savunma olanaklarını uygun biçimde kullanabilmesi sağlanmış ve çıkarlar arasında denge gözetişmiş olacaktır.

Getirilen düzenleme ile ceza yargılamasında özellikle 'kovuşturma evresi'nde önemli bir yer tutan 'tanık beyan delil'inin daha kolay ve güvenli bir şekilde elde edilmesi sağlanmıştır. Gerçeğin ortaya çıkarılmasında beyanıyla katkıda bulunan tanığın devletçe korunması hem anayasa hem evrensel insan hakları normlarının gereğidir" denilmektedir.

42 İfadeden önce kimliğine ilişkin olarak bilgi vermeme (CMK m. 58/1) ve iddianamede tanığın kimliğini açığa çıkarabilecek durumlara ilişkin açıklamaya yer vermeme (CMK m. 170/3), bu önemler arasında sayılabilir.

43 GEDİK Fırat, "Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu", Güncel Hukuk, S: 2-50, Şubat 2008, s.12.

44 27.12.2007 Gün ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu, RG, 05.01.2008, S. 26747.

45 GEDİK, s.12.

Bu, anayasal organların meşruluğunun temelini teşkil eder[46]. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramını bu şekilde anlamaktadır[47]. Hukuk devleti ilkesi Anayasamızın 2'nci maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: '*Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir'.*

Hukuk devleti tüm faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun hareket eden insan haklarına saygılı hukuki güvenliğin sağlandığı bir devlet sistemidir[48]. Hukuk devleti ilkesinin 3 temel unsuru bulunmaktadır[49]:

- Adaletin sağlanması[50],

- Güvenliğin temin edilmesi[51],

- İnsan haklarının gerçekleştirilmesi[52]

Hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyı esas alan bir hukuk devletinde tanıkların korunması bakımından tanığın yaşam hakkı[53] ile serbestçe tanıklık yapabilme hakkı arasında bir dengenin sağ-

46 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.105.

47 AMKD c.14, s.189. "*Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan, yasaların üstünde yasakoyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir*" (Any.M. 27.03.1986T., 1985/31E., 1986/11K., RG.09.05.1986-No:19102).

48 DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.64; ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/TEPE, s.49; TURGUT, s.61.

49 TURGUT, s.61; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.106, ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara 1995, s.52.

50 Adalet, herkesin kanun önünde eşit sayılması, herkese kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının verilmesi, buna engel olabilecek maddî manevi engellerin ortadan kaldırılması, her türlü keyfiliğin reddedilmesi demektir. Bu bakımdan adil olan devlet hukuk devletidir (ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.106).

51 Bir devletin hukuk devleti olabilmesi için, insan haklarına dayalı adil ve güvenli toplumsal düzen kurulmalıdır (ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.108).

52 Hukuk devleti olabilmenin bir diğer ölçüsü de, insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek değil bunları uygulamada gerçekleştirmektir (ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.106).

53 AİHS m.2; AİHS'e Ek 6. ve 13. Protokol, MvSHS m.6; Anayasa m.17; ABA m.II-2.

lanması gerekmektedir[54]. Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri ancak bir hukuk devletinde uygulanabilir[55]. Tanıkların korunmasına dair olan hükümler savunma hakkını sınırlandıracak bir biçimde uygulanamaz (TKK m. 9/son).

B) Doğrudan Doğruyalık (Vasıtasızlık) İlkesi

Hâkim ya da mahkeme, suça konu fiilin oluşumundan mümkün olduğunca doğrudan ve araya başka hiçbir araç girmeksizin bilgi sahibi olmalıdır[56]. Hâkimin kararını delillerle doğrudan doğruya, bizzat temasa geçerek vermesini ifade eden ilkeye doğrudan doğruyalık (vasıtasızlık) ilkesi denmektedir[57]. Hâkim üzerinde dolaylı etki bırakılmamalı, aydınlatılması gereken maddi gerçek ve fiil belirlenmeli, yalnızca orjinal delillere başvurulmalıdır. Hâkimin üzerinde doğrudan etki bırakılması için mahkeme/hâkimin kesintisiz şekilde hazır bulunmalıdır. Genel olarak ceza muhakemesinin duruşmanın ve delil ikamesinin temel ilkelerinden biri olan doğrudan doğruyalık (vasıtasızlık) ilkesi kanunumuzda açıkça düzenlenmiş değildir[58].

---

54 Örgütlü suçlulukta tanıkların çeşitli baskı yöntemleri ile tanıklıktan vazgeçirilmesi ya da gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunmaya zorlanması gibi durumlarla sık sık karşılaşılmaktadır. Bu bakımdan bir hukuk devletinde güven ve düzenin sağlanması bakımından sanık hakları ile tanıkların korunması arasında bir denge sağlanması gereği ortaya çıkmaktadır (TURGUT, s.62).

55 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.49.

56 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.78.

57 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.157; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/TEPE, s.78, *Şahin'e* göre ilkenin maddi ve şekli olmak üzere iki farklı boyutu vardır: Şekli anlamda doğrudan doğruyalık ilkesi, hüküm verecek olan mahkemenin ileri sürülen delilleri kural olarak bizzat değerlendirmesini, herhangi bir aracı kullanmamasını ve böylelikle doğrudan bir kanaat edinmesini sağlar. Maddi anlamda doğrudan doğruyalık ilkesi ise, yargılama makamının olayı kaynağından öğrenmesini, olay hakkında bilgi sahibi olan kişinin duruşmada bizzat dinlenmesi suretiyle güvenilir şekilde delil elde etmesini ifade eder. (ŞAHİN, s.97).

58 CMUK döneminde, ilkeyi düzenleyen en önemli hüküm olarak kabul edilen m.243'e göre; "Bir vakıanın delili bir tanığın şahsi malumatından ibaret ise bu tanık duruşma esnasında dinlenir. Tanığın daha evvelce tanıklığını ihtiva eden tutanakların ve yazılı beyanlarının okunması şifahi tanıklık yerine geçemez".ŞAHİN, s.93. CMK'da ilgili hükme karşılık düzenlenen madde 210'da duruşmada okunmayacak belgeler sayılmıştır. Hükme göre; "*Olayın delili, bir tanığın ifadelerinden ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir.Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez. Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz*." Maddede bir olayın delilinin bir tanığın ifadelerine dayan-

Ancak, bu ilkeye işaret eden maddeler kanunumuzda bulunmaktadır: CMK m.188/f.1 uyarınca duruşmada hükme katılacak hâkim/hâkimlerin hazır bulunması gerekmektedir. Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenden ötürü bulunmayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir (CMK m.188/3). Benzer şekilde duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesini düzenleyen CMK m.190/1 de bu ilkeyi gerçekleştirmeye yönelik bir hükümdür. Kanunumuz uyarınca karar, duruşma/duruşmalara katılarak delillerle doğrudan ilişki kuran ve kural olarak duruşmada başından sonuna kadar yer alan hâkim/hâkimler tarafından verilmelidir. Karar, varsa tanıkları dinlemiş, sanığı/sanıkları sorgulamış, keşfi yapmış ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü araştırmayı yapmış hâkim/mahkeme tarafından verilmelidir[59].

Doğrudan doğruyalık (vasıtasızlık), ifade sahibinin dinlenmesini, sanığın ifade sahibi ile yüzleşme, soru sorabilme ve onun iddialarını çürütebilme hakkını (AİHS m.6/3-d) güvence altına almaktadır. İlke, ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşma ihtimalini mahkeme aracılığı ile kuvvetlendirmekte, kovuşturmayı soruşturmadan ayırmakta, kolluğun yaptığı araştırma sonuçlarının gözden geçirilmeksizin hükme esas alınmasını engellemektedir[60]. İlke uyarınca, bir tanığın şahsi algılamaları veya bir bilirkişinin tecrübesi ile vereceği bilgiler, ancak onun tanık ya da bilirkişi sıfatıyla duruşmada dinlenilmesi suretiyle yargılamaya dahil edilmelidir[61].

İlkenin sonucu olarak, tanıkların duruşmada doğrudan doğruya dinlenmeleri gerekmektedir. Kanunumuzda düzenlenen bazı istisnalar dışında tanıkların önceki ifadelerinin duruşmada okunmasıyla yetinilemez (CMK m.210 vd.)[62]. Sanık daha önce sorguya çekilmiş olsa bile duruşmada tekrar sorguya çekilmek zorundadır (CMK m. 191/3c-

---

dığı durumlarda ilkenin güvence altına alınması yolu olarak tanığın duruşmada mutlaka dinleneceği ve çerçevenin belirlenmesi için de fıkrada tanığın daha önce dinlenmesi sırasında tutulmuş olan tutanağın veya yazılı açıklamanın okunması yoluyla tanığın duruşmada dinlenmesinin önüne geçilmesi yasaklanmıştır.

59 ŞAHİN, s.97.

60 ŞAHİN, s.98.

61 *"... olayın tek görgü tanığı dinlenmeden hüküm kurulması... yasaya aykırıdır"* Y.4.CD.26.11.1996T., 1996/7904E., 1996/8879K., YKD.1997/4, C.23, s.615.

62 YCGK. 19.04.2005T., 2005/1-19E., 2005/40K.(Karar yayımlanmamıştır).

d). Hâkim bakımından önemli olan, fiile mümkün olduğunca en yakın olan delilin bulunmasıdır. Olayı doğrudan yaşamış tanık tercih edilmelidir[63].

Bu durumun bir getirisi olarak sanığın, tanığa soru sormak ve ifadesinin gerçeğe uygun olup olmadığını ortaya çıkarma konusunda yeterli ve etkili olanağa sahip olması gerekir[64]. Tanığın haklı bir menfaat söz konusu olduğunda, duruşmada teşhis edilemeyecek şekilde dinlenebilir. Sonuç olarak ağırlık kazanan görüş uyarınca, savunma, tanığın beyanının içeriği hakkında vasıta olmaksızın bilgi edinebilmeli ve tanığa doğrudan soru yöneltebilmelidir[65].

63 AİHM, tüm delillerin sanığın huzurunda halka açık bir yargılamada ele alınması ve yüzyüze bir yargılamaya konu yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre delilin doğrudan ele alınmasının imkansız olması ve sanığın suçu işlediği konusunda tek delil olması koşuluyla tanığın önceki ifadesinin duruşmada okunması veya anonim tanığın ifadesi hakkında ifadeyi alan memurun tanık olarak dinlenmesinin AİHS m. 6/I ve III (d) ile bağdaşabileceği sonucuna varmaktadır (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.158).

64 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.158.

65 AİHM, Lüdi Kararında gizli soruşturmacının yazılı verdiği ifadeye dayanan ve sanığa hiçbir itiraz olanağı verilmeyen mahkumiyet kararının AİHS m. 6/I ve III'ü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır Yargıtay da bu ilkeye savunma hakkı ile bağlantı kuararak büyük önem atfetmektedir. Şöyle ki: "Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak;Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.10.2001 gün ve 212-197 sayılı kararı ile benzer pek çok kararlarında sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusunun yapılmış olması gerekliliği "yargılamanın yüze karşı olması, savunma hakkının kısıtlanmaması ve cezanın bireyselleştirilmesi" ilkelerinin doğal bir sonucu olduğu açıkça vurgulanmaktadır. 1412 sayılı CMK'nın 223/son ve 225/son maddelerinde belirtilen ayrık hükümler dışında sanığın sorgusu yapılmadan hüküm kurulması olanaklı değildir. Ayrık tutulan 223/son maddesi hükmüne göre de, ancak dosya içeriğinden, sanığa yüklenen eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığının anlaşılması halinde sanığın sorgusu yapılmadan beraat kararı verilebilecektir. Bu nedenle sanığın sorgusu yapılmadan kanıt taktiri suretiyle beraat kararı verilmesi olanaklı değildir.01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK-193/2 ve 195. maddelerinde de 1412 sayılı yasanın sözü edilen hükümlerine paralel bir düzenlemeye yer verilmiş olması nedeniyle, yukarıda da belirtilen içtihatların bu tarihten sonra da geçerliliğini sürdürdüğü kabul edilmelidir.Belirtilen açıklamalara karşın, mahkeme, yukarıda değinilen içtihatlardaki yargısal görüşler irdelenmeden ve somut olayda uygulama koşulları bulunmadığı gözetilmeden, 1412 sayılı CMK'nın 223/son (5271 sayılı CMK'nın 193/2) maddelerine yanlış anlam verilip, savunması yöntemince saptanmayan sanığın beraatine hükmolunması,Yasaya aykırı ve Üst Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma ön-

Ülkemizde olduğu gibi kimi ülkelerde de yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olan tanık dinleme programı önemli ölçüde tanığa soru sorma ve cevap alma hakkını güvence altına almaktadır. Tanık açısından hayati açıdan ciddi bir tehlike bulunduğu durumlarda hâkim tarafından ifadenin alınması sırasında sanık, müdafi ve savcı tanık ile aynı mekânda bulunmamakta ancak bir ekran aracılığıyla dinleme işlemi takip edilebilmektedir. Tanığa hâkim aracılığıyla sorular sorulabilmektedir[66]. Söz konusu uygulamanın vasıtasızlık ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı doktrinde tartışmalıdır. Ağırlık kazanan görüş uygulamanın ilkeyi ihlal ettiği yönündedir[67].

C) Silahların Eşitliği İlkesi

Adil yargılanma hakkı, adil bir yargılanmanın minimum gereklerini teminat altına almaktadır[68]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ıncı maddesinin[69] başlığı *"Adil Yargılama Hakkı"*dır[70]. Türk Anayasa-

---

cesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 15.01.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (Yar. 4. CD. Esas No: 2005/10779; Karar No: 2007/54; Tebliğname No: 2005 - 124462). (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.158).

66 Alman ve İngiliz modeli hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.141-143.

67 ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.107. İlke, tanıkla ses ve görüntü yoluyla iletişim kurulmasını yeterli görmemekte tanığın ifadesini anlamlandıracak kişisel davranış ve hareketlerini de aynı ölçüde önemsemektedir. Vasıtasızlık ve sözlülük ilkeleri ancak "*göz göze*" ve söze karşı söz yoluyla sağlanabilir. Küçük tanıkların bu yolla dinlenmesinin ilkeye aykırı olmayacağı genel olarak kabul görmektedir. (Bu konudaki görüşler için bkz. ŞAHİN, s.144).

68 Konu önemi sebebiyle 5237 sayılı TCK m. 288'de "*adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*" başlığı altında suç olarak düzenlenmiştir (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.52, 55).

69 Daha önce İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10'uncu maddesinde yer alan bu ilke, AİHS'nin 6'ıncı maddesinde geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olup, AİHM'nin de içtihatları yardımıyla sürekli gelişmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Baskı, Ankara 2004, s.332 vd.; SCHRODER Friedrich-Christian, "Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi", (çev.Cumhur Şahin), SÜHF Prof.Dr.M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.269 vd.; ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2004, s.181).

70 Adalet, haklılık ve hakka uygunluktur, hakkın gözetilmesi ve yerine getirilmesi anlamına gelir. Adalet kavramı temelde hukuk kurallarına uygunluğu içerir. Hukuk literatüründe dört tür adaletten söz edilir. Bunlar; *dağıtıcı adalet, denkleştirici adalet, hakkaniyet, sosyal adalettir.* "*Adil*" kavramı ise, "*adaletle iş gören; adaletten, doğruluktan ayrılmayan; hakkı yerine getiren; adaletli*" anlamlarına karşılık gelmektedir. Adil yargılamanın ikinci unsuru "*yargılama*" kavramıdır. Yargılama, davaya söz konusu

sında ise adil yargılanma hakkı, kimi kurallar eskiden beri var olmakla beraber, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa madde 36'ya eklenen hükümle girmiştir[71].

Sanığın adil, dürüst ya da hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bulunmakta (AİHS m. 6/1; İHEB m. 10; Ay. m. 36/1) olup, insan hakları[72] ile şüpheli, sanık ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılama adil yargılanmadır[73]. Adil yargılanma hakkı, herkesin meşru bütün araç ve yollardan faydalanmak suretiyle bağımsız ve güvenceli her türlü yargı mercii önünde haklarını ararken; yargılamanın usul ve esas ilkelerine uygun bir biçimde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını istemek, bu yargılama sürecinin istisnaları saklı olmak ko-

---

olan uyuşmazlığı çözmeye ve sonuçlandırmaya yardımcı bir faaliyettir ve bu bakımdan yapılan yargılamanın adil bir yargılama olması gerekir. Yargılamanın sonucunun adil olması yeterli değildir aynı zamanda yargılama usullerinin ve yargılama sürecinin de adil olması gerekir (GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama" AÜSBFD İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 11, Ankara 1995, s.2-3; CENTEL/ ZAFER, s.141 vd.). Bu hak daha önceden "*sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı*" olarak adlandırılmakta olup, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılan deyim ve nitelemeler doğrultusunda adil yargılanma hakkı olarak 11. Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ıncı maddesinin başlığı olmuştur (GÖZÜBÜYÜK Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2004, s.265-266).

71 Anayasada adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvencelere yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlar: yasallık ilkesi, masumiyet karinesi, "nemo tenetur se ipsum prodere/accusare" güvencesi (hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz), ceza sorumluluğunun şahsiliği, genel müsadere yasağı, idarenin kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulayamaması, vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye geri verilmesi yasağıdır. Adil yargılanma ilkesi, sadece Anayasa hukuku ve yargılama hukukunun bir parçası değil aynı zamanda ortak Avrupa Anayasa düzeninin de vazgeçilmez bir unsurudur. Anlaşıldığı üzere, insan haklarının güvence altına alınması kadar, bu hakların etkili bir şekilde korunmasını isteme hakkının güvence altına alınması da büyük önem taşımaktadır. Yine Anayasamızda yargı yetkisini düzenleyen 9'uncu madde, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10'uncu madde, belirttiğimiz gibi hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ıncı madde, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138'inci madde, hâkimlik ve savcılık teminatını düzenleyen 139'uncu madde, hâkimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen 140'ıncı madde, mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen 142'inci madde adil yargılanma hakkı ile ilgili kurallardan bazılarıdır (TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.310-311; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2011, s.215; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.52-53).

72 Hukuk devleti suç ve suçlulukla insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele etmeli ve bu tür ihlaller oluşmaksızın maddi gerçeğe ulaşmalıdır (ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.3).

73 CENTEL/ ZAFER, s.141.

şulu ile açık olmasını istemek ve yargısal süreç içindeki her tür kararın gerekçeli olarak yazılmasını beklemek hakkıdır[74].

Adil yargılanma hakkı günümüzde ceza yargılamasının "*olmazsa olmaz*"larının başında yer almaktadır[75]. Gerçekten AİHS m. 6 esas alındığında adil yargılanma hakkının ceza muhakemesine dair birçok temel hak ya da ilkeyi içinde barındırdığı görülür. Burada belirtmek gerekir ki, ilke yalnızca yargılamaya değil, muhakemenin bütününe ilişkindir. Bu sebeple, "*adil yargılama*" yerine "*adil muhakeme*"[76] teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir. En azından "*yargılama*", "*muhakeme*" şeklinde anlaşılmalıdır. Bu şekilde soruşturma evresi de ifade edilmiş olacaktır[77]. Yerleşmiş bir terim olduğundan çalışmamızda da "*adil yargılanma*" terimi tercih edilecektir[78].

---

74 Bu konuda bkz. KARAKEHYA Hakan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Arasındaki Yeri ve Ceza Muhakemesi Bağlamındaki Önemi", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 5, Aralık 2007, s.188-189. Bir başka tanıma göre, adil yargılanma hakkı, bir hukuk devletinde güvenceleri sağlanmış savunma hakkının tam olarak kullanılabildiği, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii yargıçlarca yargılanması anlamını taşımaktadır (YURTCAN, s.42-43).

75 YURTCAN, s.42.

76 Yazara göre, fair trial kavramının karşılığı olarak adil muhakeme teriminin kullanılması daha uygundur. Çünkü bu kavram 6'ıncı maddedeki güvenceleri içeren kurallara uygun ve hile yapılmaksızın gerçekleştirilen bir muhakeme faaliyetini ifade etmektedir. Yapılan faaliyetin 6'ıncı maddedeki güvenceleri içeren kurallara uygunluğunu ve bunların dürüst bir şekilde uygulanmasını "*adil*", iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından birlikte yapılan kolektif faaliyeti de "*muhakeme*" kavramları ifade etmektedir (KARAKEHYA, s.187). Fair trial teriminin Türkçe karşılığı konusunda pek çok değişik görüş bulunmaktadır: Gözübüyük/ Gölcüklü, "*adil yargılama*" (GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s.265); İnceoğlu "*adil yargılanma*" (Yazar kavramın tam karşılığı olarak "*hakkaniyete uygun yargılama*" teriminin kullanılması gerektiğini savunmakta ancak pratik kaygılar nedeniyle adil yargılanma terimini kullandığını belirtmektedir. Bu konuda bkz. İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Kasım 2008, s.3-4); Tezcan/ Erdem/ Sancakdar ise hem adil yargılanma hem de dürüst yargılanma (TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.303); Ünver/ Hakeri "*adil yargılanma hakkı*" (ÜNVER/ HAKERİ, s.16; ÜNVER/ HAKERİ, Temel Bilgiler, s.6); Yurtcan, "*adil yargılanma*" (YURTCAN, s.41); Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe ise "*adil yargıla(n)ma*" (Yazarlar kavramın tam karşılığı olarak "*adil muhakeme*" teriminin kullanılması gerektiğini savunmakla birlikte yerleşmiş bir terim olduğu için adil yargılama terimini kullanmaktadırlar. Bu konuda bkz. ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.53) terimlerini kullanmaktadırlar. AİHM'in resmi sitesindeki Türkçe metinlerde "*adil yargılanma hakkı*" terimi kullanılmaktadır (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/09F76518-3971-424C-97D6-1735F4ABEA1F/0/TUR_QR.pdf, Erişim Tarihi: 08.08.2011, Saat: 16.35).

77 Öte yandan adil yargılanmanın sadece şüpheli ya da sanık açısından bir hak olarak da kabul edilmemesi gerekmektedir. Adil yargılanma bir hak ise de adil yargılama da soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından bir yükümlülük olup bu yönüyle adil yargılanma hakkı adil yargılama ilkesine dönüşmektedir (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.53).

78 Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6'ıncı maddesinin başlığının İngi-

Daha önce İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10'uncu maddesinde yer alan bu ilke, AİHS'nin 6'ıncı maddesinde geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olup, AİHM'in de içtihatları yardımıyla sürekli gelişmektedir. 6'ıncı madde, adil bir yargılamanın organizasyonuna yönelik düzenlemelerin yanında, yargılanan bireylere usulî güvencelerde sağlamıştır. Makul sürede yargılanma hakkı, yargılamanın aleni ve adil olması, hükmün aleni oturumda açıklanması, masumiyet karinesi ve adli yardım hakkı madde metninde açıkça yer alırken Mahkemenin içtihatları ile adil yargılanma ilkesi kapsamında öngörülen güvenceler, örtülü öğeler olarak isimlendirilebilir[79].

Bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklar gerekse ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin olarak, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkı ifade eden adil yargılanma hakkı temel hak ve özgürlüklerin sağlanması kadar korunmasını isteme hakkının da güvence altına alınmasını sağlar[80]. Devletler, adil yargılanma hakkına anayasalarında temel haklara ilişkin bölümde yer vererek ya da hukuk devleti kavramı kapsamında olacak şekilde geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar[81]. Ceza muhakemesi hukuku gibi temel haklara sıklıkla müdahale edilebilen bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde ön planda tutulması gereken birtakım garantiler bulunmaktadır. Bu bakımdan adil yargılanma hakkının çağdaş, özgür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur[82].

---

lizcesi "*right to a fair trial*" kavramıdır (Amerika'da fair trial kavramının karşılığı olarak genelde "due process" kavramına yer verilmektedir. Söz konusu kavramın Amerikan hukukunda ne anlam ifade ettiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s.33 vd.. Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayınlanan ilk çevirisinde (RG. 19.03.1954, S. 8662) bu kavramın Türkçe karşılığı olarak *"hakkaniyete uygun dinlenme"* kavramı kullanılmıştır. Ancak bu kavram 6'ıncı maddede yer alan birçok haktan sadece bir tanesini ifade etmektedir (İNCEOĞLU, s.2-3).

79 Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.332 vd.; SCHROEDER, s.269; ERGÜL, s.181.

80 TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s.169; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.53; KARAKEHYA, s.186 vd.; KARAKEHYA Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008, s.19; ERGÜL, s.180-181; SCHROEDER, s.270-271;

81 İNCEOĞLU, s.1.

82 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında 'Demokra-

AİHS'nin 6'ncı maddesinde hüküm altına alınan adil yargılanma hakkı, AİHM içtihatları uyarınca, 6'ıncı maddedeki unsurları kapsayan ve fakat bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır[83].

AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında adil yargılanma hakkını oluşturan unsurlardan bazıları sayılmıştır. Buna göre, davalar kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülecek ve fıkrada belirtilen istisnai haller dışında hüküm açık duruşmada açıklanacaktır[84]. Bunların yanı sıra, Sözleşme'nin yargı organı, anılan fıkradaki "*hakkaniyete uygun surette*" ifadesinden yola çıkarak, adil yargılanma hakkı kavramının fıkrada açıkça sayılanlar yanında, zımni unsurları da içerdiği sonucuna varmıştır. AİHM içtihadında rastlanan "*mahkeme önünde hak arama özgürlüğü*", "*gerekçeli karar ilkesi*", çalışmamızın

---

tik Toplum' Ölçütü", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s. 111. Adil bir yargılamanın yapılabilmesi, asgari düzeyde AİHS m. 6'da sayılan haklardan her birinin güvence altında olmasına bağlıdır. Bunlardan birinin güvence altında olmaması, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer bazı hakların tanınmasını da anlamsız hale getirebilecektir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı bir bütündür (KARAKEHYA, s.186).

83 CENTEL/ ZAFER, s.142. Sosyolojik açıdan adil yargılanma hakkı da dahil olmak üzere insan hakları olarak ifade edilen tüm değerleri ortaya çıkartan temel etken insan ihtiyaçlarıdır. Temel haklar temel insani gereksinimleri karşılar. Adil yargılanma hakkı gelişmiş demokratik ülkeler tarafından tam anlamıyla uygulanmaya çalışılmakta, zaman içerisinde toplumdaki gelişmeye ve yeni gereksinimlere bağlı olarak sürekli geliştirilmektedir. Gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerde ise durum tam tersinedir. Bu tip ülkelerde adil yargılanma hakkının tam olarak güvence altına alınmadığı görülmektedir. Ülkenin gelişmişlik düzeyine göre ail yargılanma hakkı kapsamındaki haklar belirli bir öncelik sırasına göre bireylere tanınmaktadır (KARAKEHYA, Duruşma, s.22). Örneğin, kanunla kurulmuş ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmak, ücretsiz hukuki yardımdan faydalanma hakkından daha önemlidir.

84 Adaletin iyi ve adil bir şekilde işleyebilmesi için AİHS m. 6'da adil yargılanma hakkı ile ilgili birtakım hak ve güvencelere yer verilmiştir. Adil yargılamanın güvenceleri ya da unsurları olarak, bağımsızlık ve tarafsızlık, kanunla kurulmuş mahkeme, makul bir sürede yargılanma, aleniyet, denetim ve silahların eşitliği, şüpheli veya sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması da ifade edilmektedir. Yasallık ilkesi, suçsuzluk karinesi, hiç kimsenin kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaması, ceza sorumluluğunun kişiselliği, genel müsadere yasağı, idarenin kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulayamaması, vatandaşın suç nedeniyle bir başka ülkeye geri verilmesi yasağı öngörülmüş diğer güvencelerdir (SCHROEDER, s.275 vd.; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.332 vd.; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s.169 vd.; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.117; YURTCAN, s.42 vd.; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.52-53; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.54-55; CENTEL/ ZAFER, s.142 vd.; ÜNVER/ HAKERİ, s.19 vd.; ÜNVER/ HAKERİ, Temel Bilgiler, s.6-7).

başlığında yer alan "*taraflar arasında **silahların eşitliği***" ve "*yargılamada çelişiklik*" bu konuda örnek olarak verilebilir[85]. Görüldüğü gibi hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin öne çıkan özelliklerinden biri AİHM'in buradan hareketle, adil yargılamanın zımni gereklerini de belirlemiş olmasıdır[86].

Silahların eşitliği (equality of arms) ilkesi[87], hakkaniyete uygun[88] yargılamanın gereklerindendir[89]. İlke, günümüzde iddia ve savunma

85 GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s.266-267. Şüpheli ya da sanığa yeterli savunma imknı verilerek ve dürüstçe yapılan muhakeme adil, yani hakkaniyete uygundur. Görüldüğü üzere yazarlara göre, hakkaniyete uygun ya da adil yargılanma hakkının esasını silahların eşitliği ve dürüst işlem ilkeleri oluşturur. Buna hukuki dinlenilme hakkının da eklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu üç ilke hakkaniyete uygun yani adil yargılanma hakkının çekirdeği olarak ele alınmalıdır. Maddedeki "*hakkaniyete uygun*" biçimindeki ifadeden bu anlaşılmalıdır (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.53-54).

86 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 'Adil Yargılama'", AÜSBFD, İlhan Öztrak'a Armağan, C. 49, No: 1-2, Ankara Ocak-Haziran, 1994, s.218.

87 Silahların eşitliği ilkesinin ve savunma hakkının temel unsuru, sanığın tanık dinletme ve sorgulama hakkıdır. Söz konusu hak birçok uluslararası belgede de yer almaktadır (Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14/3-e, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi m. 67/1-e gibi). Silahların eşitliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s.220-249.

88 AİHM'e göre, geniş kapsamlı bir kavram olan "*hakkaniye*t"in ilk ve en önemli gereği, uyuşmazlığın tarafları arasında "*silahların eşitliği*" ilkesinin geçerli olmasıdır. Başka bir deyişle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından, uyuşmazlığın tarafları arasında tam bir eşitlik bulunmalı ve bu denge yargılama boyunca korunmalıdır. Zaten adil yargılanma hakkı da bunu gerektirir (GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s.291).

89 Silahların eşitliği ilkesi, şüpheli ve sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanmasıdır. Burada bir eşitliğin kastedilmediğine dikkat edilmelidir. Gerçekten bir ceza muhakemesinde savcının yetkilerinin şüpheli ya da sanığa göre her zaman daha geniş olduğu belirtilmelidir. Fakat dengenin savunma hakkı aleyhine bozulmaması savunmanın yapılamaz hale getirilmemesi ya da savunma hakkının kısıtlanmamış olması lazımdır. Başka bir deyişle, savunmanın süje olmaktan çıkarılıp obje haline dönüştürülmesine yönelik işlemlerin silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu söylenmelidir (ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.53). Yazarlara göre, ilkenin anlamı, bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı durumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir. Bu anlamda tarafların gösterilen tüm delillerden ve sunulan tüm mütalaalardan haberdar olması ve görüş bildirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir (MOLE Nuala/ HARBY Catharina, Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları No: 3, Ankara 2003, s.40). Bir başka tanıma göre ise, silahların eşitliği, şüpheli ya da sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması; yargılamada savunma hakkının kısılmaması; şüpheli ya da sanığa tanınan hakların hiçbir engelleme ve zorlaştırma olmadan kullanılabilmesidir. İspat, iddia

makamlarına sunulan usul hukukuna ilişkin imkânların birbiriyle dengeli olması, dengenin sanığın aleyhine bozulmaması anlamına gelmektedir. Olması gereken, yetkiler arasında eşitlik değil, karşılıklılıktır[90].

Silahların eşitliği kavramı ilk defa Neumeister/ Avusturya[91] kararında kullanılmıştır. Bu kararın ardından Sözleşme'nin 6'ıncı maddesinin 1'inci fıkrası kapsamında yer alan bir ilke olmuş ve hakkaniyet uygun yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, silahların eşitliğinin ihlali yargılamanın adil olmaması anlamına gelmekte özellikle ceza davaları bakımından, silahların eşitliği ilkesi savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır[92].

---

makamının işi olup; şüphe, ancak sanık lehine kullanılabilir. Bu demektir ki masumluk karinesi korunmalıdır (ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.124).

90 Burada savcı ve sanık arasında silahlarda eşitlik olduğunu savunmanın taraf ile süjeyi birbirine karıştırmak anlamına geleceği belirtilmektedir. Taraflar arasında eşitlik, özel hukuk davalarında söz konusu olup, ceza muhakemesinde ise savcı ve sanık arasındaki yetkilerin karşılıklı olması aranmaktadır. Sonuç olarak, sanık kadar savcının da hâkimden uzak tutulması gerekmektedir. Tahkik sisteminden uzaklaşılıp demokratik bir ceza muhakemesine erişme ancak böyle gerçekleşecektir (CENTEL/ ZAFER, s.201-202; CENTEL Nur, "Adil Yargılanma Hakkı İle Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", TBB, Temmuz 2006, s.186 vd.). Uygulamada ise bu anlamda silahların eşitliği ilkesine uymayan bir takım davranışlar görülmektedir. Örneğin, ceza mahkemelerimizde kimi zaman hâkim ve savcıların, aynı kürsüyü paylaşmanın alışkanlıklarından olsa gerek birlikte hareket ettikleri gözlemlenmektedir. Sonuç aşamasına gelen davalarda nihai karar verilmeden önce, duruşma salonunun boşaltılarak, hâkim ve savcının biraz sonra açıklanacak olan kararı n ayrıntılarını birlikte tartışmaları bu duruma güzel bir örnektir. Silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde, savunma ile iddia makamına eşit olanaklar tanınmalıdır. Bunlara eşit muamele edilmeli, her ikisi aynı çerçevede bilgilendirilmeli ve aynı koşullar altında görüş öne sürme olanağına sahip olmalıdır. Bu açıdan uygulamada bazen olduğu gibi, duruşma esnasında savcı ile hâkimin arasında kulaktan kulağa görüşme yapılması; karar vermek için müzakereye çekilecek hâkim ya da heyetin avukatı dışarı davet edip savcının içeride kalmasına izin verilmesi gibi davranışlar sözleşmeye aykırıdır (DİNÇ Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", TBB Dergisi, S. 57, 2005, s.286; aynı yönde bkz. DİNÇ Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, Mart 2006, s.136; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s.178).

91 1936/63 başvuru no.lu karar metninin tamamı için bkz. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=neumeister&sessionid=75273195&skin=hudoc-en, Erişim Tarihi: 11.08.2011, Saat: 10.45; ayrıca bkz. GOMIEN Donna, (çev. Serkan Cengiz/ Utku Kılınç), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, İzmir Barosu Yayınları, Ağustos 2008, s.72; ERGÜL, s.187.

92 Silahların eşitliği, bir başka deyişle usulî eşitlik davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir denge olmasını gerektirir ve ceza yargılamasının dışındaki bir

İddia ile savunma arasında haklarda eşitlik olması gerektiği anlamına gelen bu ilke, şüphelinin aleyhine bir hukuki durumun taratılmamasını da kapsamaktadır. Ceza yargılaması hukuku bakımından ele alındığında, silahların eşitliği ilkesi, Anglo-Amerikan hukukunda geçerli olan taraf muhakemesini yansıtan bir yapıdadır[93]. Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı ülkeler bakımından tanık dinleme konusunda eşitliğin sağlanmasında önemli bir sorunla karşılaşılmadığı belirtilmektedir. Çünkü tanıklar, iddia ve savunma makamlarınca çağrılmakta; hâkim, taraflara bu hususta müdahale etmemekte; çağrılan tanıkları da yine iddia ve savunma makamları sorguya çekmektedir. Fakat Kıta Avrupası hukukunda, hangi tanıkların dinleneceğine hâkim karar vermekte, dinlemeyi de bizzat kendisi gerçekleştirmektedir. Bu durum savunma tarafının dinlenmesini istediği bazı tanıkların dinlenmesinin reddedilmesine neden olabilmekte ve hukuki uyuşmazlıklara yol açabilmektedir. AİHM, hangi tanıkların dinlenip, hangilerinin dinlenemeyeceği hususunda mahkemenin takdir yetkisi bulunduğunu, maddi gerçeğe ulaşmada etkisi bulunmayan tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilebileceği görüşündedir[94].

---

medeni hak ve yükümlülük üzerindeki uyuşmazlıkla alakalı diğer davalarda da uygulanır. Dolayısıyla bu ilke, hem medeni yargılama hem de idari yargılama usulünü de ilgilendirir (İNCEOĞLU, s.220). AİHS m. 6'da yer alan ilkelerden belki de en önemlisi, taraflardan her birine, davasını sunması bakımından eşit fırsat tanınması ve taraflardan hiçbirine karşı yan üzerine herhangi bir avantaj sağlanmaması gerekliliğine dayalı silahların eşitliği ilkesidir. Söz konusu ilke, davanın taraflarından her birine, karşı tarafı n delilleri ve savunmaları hakkında bilgi sahibi olma hakkı ve her bir tarafın diğerine karşı eşit oranda cevap olanağı tanınmasını içermektedir (GOMIEN, s.72; ERGÜL, s.187).

93 GÖLCÜKLÜ, Adil Yargılama, s.218.

94 DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s.181; TURGUT, s.66. İç hukukta tanıkların kabul edilmesine dair bazı kurallar koyulmuş ve bu nedenle yetkili makam delilin ilgisiz olması nedeniyle tanığın dinlenmesini reddetmiş olabilir. Delillerin ilgili ya da ilgisiz olduğunu, gerçeği aydınlatmaya yardımcı olup olmayacağını değerlendirmek konusunda asıl yetkili ulusal mahkemeler olup, Sözleşme organları yargılamayı bir bütün olarak değerlendirerek hakkaniyete uygun bir yargılama yapılıp yapılmadığını denetlemektedirler. Bu nedenle, m. 6'nın ihlal edildiğini iddia eden bir kişi, sadece belirli bir tanığı davet edemediğini değil, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bu tanığın dinlenmesinin gerekli olduğunu ve dinlenmemesinin savunma haklarına zarar verdiğini de ispatlamak zorundadır. Eğer gerçeğin ortaya çıkması ile ulusal mahkemenin çağırmayı reddettiği tanıklar arasında bir bağın olduğu başvurucu tarafından ortaya koyulamazsa adil yargılanma hakkı da (m. 6/1 ve 6/3-d) ihlal edilmemiş olacaktır. Sözleşme organlarına göre, bir savunma tanığının dinlenmesi istemini reddeden ulusal mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri kararında göstermek durumundadır. Aksi hal 6'ıncı maddeyi ihlal edecektir (İNCE-

Silahların eşitliği ilkesi Sözleşme'nin 6'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi[95]nde yer alan ve yalnızca sanıklar için öngörülmüş olan "*tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği*" kavramı[96] ile de yakından ilişkilidir[97]. Sanıklar bakımından bir güvence olarak öngörülen Sözleşme'nin 6'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi şöyledir: "*Sanık iddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek haklarına sahiptir*"[98].

Söz konusu hüküm sanığa iki hak sağlamaktadır. İlk olarak, sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama[99], başka bir deyişle iddia

---

OĞLU, s.224-225). CMK'nın 178'inci maddesine göre; "*Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir*". Bu durum sanığın tanık dinletme hakkına uygundur. Böylelikle sanığın, tanıkların çağrılması için yazdığı dilekçenin reddedilmesi halinde, eğer sanık, bu tanıkları duruşmada hazır ederse, söz konusu tanıkların dinlenmesi zorunluluğunu getirmektedir. Yine CMK'nın 181'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "*Tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafiine bildirilir*" denilmek suretiyle sanığa veya müdafiine tanığın dinleneceği günün bildirilmesi zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

95 AİHS m. 6/3-d hükmü, hem son soruşturma hem de kanun yolları bakımından geçerlidir. Son soruşturma aşamasında sanığın aleyhine olan tanıklar dinlendiği ve çapraz sorgulandığı sürece, m. 6/3-d, son soruşturma öncesi aşamada aleyhine olan tanığın dinlenmesi esnasında sanığın da bulunmasını, tanıkla yüzleşmesini gerektirmemektedir. Sanık kendi lehine olan tanıkları da, iç hukuktaki usule göre, sonraki aşamalarda dinletebildiği sürece, ilk soruşturmada dinletemediği gerekçesi ile şikayetçi olamaz. Örneğin bir sorgu yargıcının savunma tanığını dinlemeyi reddetmesi, eğer tanık duruşma aşamasında çağrılabiliyor ise, m. 6/3-d'nin ihlali olarak değerlendirilmemektedir (İNCEOĞLU, s.225).

96 Silahların eşitliği ilkesinin ve savunma hakkının ana unsuru, sanığın tanık dinletme ve sorgulama hakkı olup, bu hak birçok uluslararası belgede yer almaktadır: Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14/3-e; Amerikan Sözleşmesi m. 8/2-f; Afrika Komisyonu 2/E-3; Yugoslavya Kurucu Belgesi m. 21/4-e; Ruanda Kurucu Belgesi m. 20/4-e; Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi m. 67/1-e (İNCEOĞLU, s.223).

97 3'üncü fıkranın d bendi, 1'inci fıkranın bir parçası olarak görülen silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısıdır. Dolayısıyla Mahkeme 3'üncü fıkranın d bendini yorumlarken, 1'inci fıkra ile birlikte değerlendirme yapmakta ve bilirkişileri de kapsar şekilde genişleterek muhtemelen tüm ispat araçlarını da kapsayabilecek şekilde yorum yapmaktadır (İNCEOĞLU, s.228-229; GÖLCÜKLÜ, Adil Yargılama, s.227).

98 Yazarlara göre de, herkes kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında hakkaniyete uygun bir yargılama isteme hakkına ve "*iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek*" hakkına sahiptir (ÜNVER/ HAKERİ, Temel Bilgiler, s.6; ÜNVER/ HAKERİ, s.19).

99 Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZ DEMREN Burcu, Ceza Muhakemesi Hukukunda

tanıklarını aleni duruşmada sanığın huzurunda çelişmeli bir biçimde sorgulama hakkı; ikinci olarak ise, kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit koşullar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkı sıralanabilir[100]. Sözleşmenin söz konusu hükmü hem son soruşturma hem de kanun yolları için geçerlidir. Gerek 3'üncü fıkranın d bendi, gerekse 1'inci fıkra bakımından, eşitlikle kastedilen sayısal eşitlik değil, nitelik eşitliğidir. Bir başka deyişle, yargılamamanın tümü göz önüne alınarak yargılamanın tez (iddia) ve antitezin (savunma) ileri sürülüp tartışılması anlamında adil olup olmadığı, yani iddia ve savunma arasında var olması gereken dengenin korunup korunmadığı araştırılacaktır. Bu anlamda bir hususun ispat bakımından savunma ve iddia makamlarının çağırdığı tanıklara eşit derecede ağırlık verilmemesi, eşit muamele edilememesi silahların eşitliğini zedeleyebilmektedir[101]. Belirttiğimiz gibi AİHM, silahların eşitliği ilkesini adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi açısından çok önemli görmekte ve silahların eşitliğinden anlaşılması gerekenin sayısal eşitlik değil, niteliksel bir eşitlik olduğunun altını çizmektedir[102]. Bu anlamda örneğin, iddia makamının üç tanık sunmuş olması, savunma makamının da herhalde üç tanık sunması gerektiği anlamına gelmemektedir. Yine bu ilke, savunmanın sunduğu tanık sayısının iddia makamının sunacağı tanık sayısını geçemeyeceği veya savunma makamının dinletmek istediği her tanığın mutlaka dinlenmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Burada kastedilen, tanıklar hangi tarafça sunulmuş olursa olsun, dinlenmeleri esnasında savunma ile iddia makamı arasında ayrımcılık yapılmaması, tanığa soru yöneltme hususunda iddia makamına üstünlük sağlanmaması, hâkimin de her iki tarafa eşit mesafede bulunmasıdır[103].

Tanık koruma yöntemleri arasında uygulaması en kolay ve masrafsız yöntem olan tanığın kimlik bilgileri gizli tutularak dinlenmesi ted-

---

Çapraz Sorgu, Seçkin, Ankara 2007.

100 İNCEOĞLU, s.223.

101 GÖLCÜKLÜ, Adil Yargılama, s.228-229; İNCEOĞLU, s.225-226.

102 Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL/ ZAFER, s.201-204; İNCEOĞLU, s.223-226; TURGUT, s.66-67.

103 TURGUT, s.67. AİHM'e göre, savunma tanıklarının daveti ve dinlenmesi bakımından, m. 6/3-d'nin amacı, savunmanın istediği tüm tanıkları dinletebilmesi değildir. Hükümde bulunan "*aynı şartlar altında*" sözcüğü ile, belirtilmek istenen "*silahların eşitliği*"dir (İNCEOĞLU, s.224).

birinin[104], bu anlamda silahların eşitliği açısından birtakım sorunlara yol açacağı açıktır. Gizli tanık dinlenmesi halinde tanıkların kimlik bilgileri birçok olayda Cumhuriyet savcısı tarafından biliniyor olacak, fakat tanığın güvenliğini sağlamak maksadıyla savunmadan gizlenecektir. Tanığın kimliğinin gizlenmesi sebebiyle savunma tarafının sorduğu soruların bir kısmının yanıtlanması talebi reddedilebilecektir[105]. Ayrıca savunma, tanığı tanımadığından inandırıcılığını sorgulama ve çürütme olanağından yoksun olacaktır. Tüm bu sayılan olumsuzlukların ilk bakışta silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu söylenmektedir. Ancak burada tanığın özgürlük ve güvenlik hakkı ve suçla mücadele edilerek kamu düzeninin sağlanması ve sanık haklarının çatıştığı görülmektedir[106]. Burada, tanık ve kamuoyunun menfaati ile sanığın menfaatini en uygun şekilde bir araya getiren usulün, yine de tanığın kimlik bilgilerinin savunma tarafından gizlenerek dinlenmesi, buna karşılık sanık açısından bazı ek güvencelerin sağlanması olduğu belirtilmektedir[107].

Gerçekten de, bir kişinin sırf tanıklık yapmış olması sebebiyle kendisine veya yakınlarına karşı bizzat sanık veya tanıdıkları tarafından

104 Tanıkların güvenli bir şekilde tanıklık yapmalarını ve tanıklık yaptıktan sonra herhangi bir tehlike ile karşılaşmadan hayatlarını devam ettirebilmelerini sağlayacak birçok koruma tedbiri vardır. Bunların neredeyse tamamı kolluk güçleri tarafından uygulanacak tedbirlerdir. Tanıkların bu tedbirler uygulanarak korunması olanaklı ise de, çoğu zaman bu tedbirler tanıklar için katlanılması son derece zor sonuçlar doğuracaktır. Tanığı, bu sonuçlara katlanmak zorunda bırakmak yerine, yargılama usulüne dair alınacak tedbirlerle tanığın korunabilmesi mümkün ise, bu tedbirlerin alınmasının da adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu ifade edilmektedir (TURGUT, s.64).

105 Sunulan delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili karar verme yetkisi öncelikle bir iç hukuk meselesidir ve toplanan delillerin ispat gücünü takdir de, ilke olarak, ulusal mahkemelerin yetkisinde bulunmaktadır. Mahkemenin işlevi, ispat araçlarının sunuluş tarzı da dahil olmak üzere, yargılamanın, tümü açısından, adil olup olmadığını araştırmaktır. Bu husus özellikle sanığın iddia kanıtlarını tartışıp çürütebilme imkanına sahip olup olmadığı ve gıyabi yargılama konularında büyük önem taşımaktadır (İNCEOĞLU, s.226; GÖLCÜKLÜ, Adil Yargılama, s.219, 227).

106 Gerçekten de tanıklık yapmaması için baskı ve tehdit altında olan tanığın, tanıklık yapmak zorunda olması ve koruma tedbirleri ile korunması halinde çeşitli menfaatler birbiri ile çatışmaktadır. Bir tarafta maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yoluyla gerçek suçluların tespit edilmesi ve suçla mücadeledeki toplumsal yarar; diğer tarafta tanığın bedeni ve yaşamının korunmasındaki bireysel yarar; diğer bir tarafta ise alınacak tedbirler ile yargılamaya dair çeşitli haklarının sınırlandırılması tehlikesi altında olan sanığın hakları yer almakta (özellikle AİHS m. 6/3-d hükmünün hatırlanması gerekir) ve bu haklar birbiri ile çatışmaktadır (ŞAHİN, Tanık Koruma, s.804-805; TURGUT, s.64-65).

107 TURGUT, s.67.

saldırıda bulunulması halinde, bu tehlikenin o kişilerin özel sorunları olduğu iddia edilemez. Söz konusu saldırının tek nedeni, bir kamu görevi olan tanıklık görevinin ifası olup, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğünü korumayı öngören Anayasal düzenlemeler[108], tanıklık yapmış olması sebebiyle yaşam ve vücut bütünlüğü tehlikeye girmiş olanlar açısından evleviyetle geçerlidir. Adil yargılanma hakkı, tanıkların korku içinde olmadan güvenli bir şekilde tanıklık yapmalarını, bunu sağlamak için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını da kapsamına almaktadır[109].

Sözleşme'nin 6/3-d maddesinde yer alan bu hak, sanığın en önemli haklarından biri olup, çalışma konumuz olan tanıkların korunması ile doğrudan bağlantılıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi tanık koruma yöntemleri arasında uygulamada en sık kullanılacağı düşünülen tedbir olan tanıkların kimlik bilgilerinin gizli tutularak ifadelerinin alınmasıdır. Bu tedbir ilk bakışta, iddia ve savunma makamlarının tanıklarının aynı şartlar altında çağrılması ve dinlenmesi ilkesine aykırı gözükmektedir. Söz konusu tedbir uygulandığında sanık ve müdafii, kimliğini ve adresini bilmedikleri, inandırıcılığı hususunda en ufak bir fikirlerinin olmadığı bir tanığın vereceği beyanlara göre savunma hazırlamak zorunda kalacaklardır[110]. Tanığın duruşmadan muaf tutulması ya da kimlik bilgilerinin saklı tutulması savunmanın tanığa soru sorma hakkının işlerliğini olumsuz yönde etkileyebilecek niteliktedir. Bu şekilde savunma, kimliğini-adresini bilmediği tanık/tanıkların vereceği ifadeye göre savunmasını hazırlamak zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaktır[111].

Tanığın haklarına öncelik tanındığı zaman, savunma tarafı bir nevi hiç tanımadıkları, hayali bir tanığın beyanı ile mahkûm edilecektir. Sanık haklarına öncelik verildiğinde ise, somut ve ciddi bir tehlike altında bulunan tanığın duruşmada aleni dinlenerek savunma tarafının boy hedefi haline gelmesi hali söz konusu olacaktır. Tanık, tanıklık yaptıktan sonra, sırf tanıklık yapmış olması nedeniyle katlanılması son derece zor olan yeni bir kimlikle eski hayatı ile olan tüm irtibatını koparark yeni bir yere yerleşme gibi tedbirlerin uygulanmasını kabul edecektir. Her iki durumda da adil yargılanma hakkının gereği

108 Anayasa m. 17, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" derken; m. 19 ise, "*Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*" demektedir.
109 ERDEM, s.58; TURGUT, s.64.
110 ERDEM, s.59; TURGUT, s.65.
111 ERDEM, s.59.

olan sanık ve tanık haklarının elden geldiğince birbiri ile bağdaştırılması şarttır[112].

AİHM'in içtihatları[113] ve bu içtihatlar göz önünde bulundurularak hazırlandığı anlaşılan 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu[114] hükümleri, çatışan bu menfaatleri bağdaştırabilecek birtakım çözüm yolları öngörmektedir. Buna göre, belli koşullar altında tanığın korunması için kimliği gizli tutularak dinlenmesi olanaklı olacak; ancak bunun karşılığında savunma tarafına tanığı sorgulama imkanı tanınacak ve bu biçimde dinlenen tanık beyanı tek başına veya belirleyici şekilde sanık hakkında mahkumiyet hükmü verilmesinde kullanılamayacaktır[115]. Konunun ayrıntılarına ilgili bölümde değinilecektir.

D) Aleniyet İlkesi

Ceza muhakemesinin kapalı kapıların arkasında yapılmasının insan hakları açısından nasıl korkunç sonuçlara neden olduğunu tarihsel

112 ERDEM, s.59; TURGUT, s.65.

113 AİHM 26 Mart 1996 tarihli ve 20524/92 başvuru no.lu Doorson-Hollanda kararında, kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin tutanaklarının duruşmada delil olarak kullanılmasının, adil yargılanma hakkı açısından sakıncalı olduğunu kabul etmekle beraber, "*istinaf*" aşamasında müdafiin bu tanıklara soru sorma fırsatı bulmuş olduğunu tespit etmiş, kimlik dışında tüm sorulara yanıt verildiğini, mahkumiyet kararının tek dayanağının, "kimliği gizli tutulan tanıkların beyanları" olmadığını ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirlemiştir (Karar metninin tamamı için bkz. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=doorson&sessionid=75426266&skin=hudoc-en, Erişim Tarihi: 12.08.2011, Saat: 15:17); AİHM 20.11.1989 tarihli ve11454/85 başvuru no.lu Kostovski-Hollanda kararında ise, hazırlıkta alınan ifadelerin duruşmada delil olarak kullanılabilmesi için, sanığa, muhakemenin herhangi bir aşamasında bu tanığa doğrudan soru sorma veya sordurma hakkı tanınmış olmalı, böylece aleyhinde söylediklerini eleştirme olanağı yaratılması gerektiğini belirterek Kostovski davasında sanığa bu olanak tanınmadığından, 6'ıncı maddenin ihlal edilmiş olduğunu kabul etmiştir (Karar metninin tamamı için bkz. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kostovski&sessionid=75426296&skin=hudoc-en, Erişim Tarihi: 12.08.2011, Saat: 16.30). (ÇİÇEK, s.45).

114 27.12.2007 Gün ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu, RG, 05.01.2008, S. 26747.

115 TURGUT, s.65-66. AİHM, 17 Ocak 1970 tarihli ve 2689/65 başvuru no.lu Delcourt-Belçika kararında ise, kimliği gizli tutulan tanıklarının ifadelerinin mahkumiyete esas teşkil edecek biçimde delil olarak kullanılmasının savunmanın haklarına 6'ıncı maddenin sağladığı güvencelerle hiç bağdaşmayacak şekilde sınırlandırmalar getirdiği belirtilmiştir. Nitekim Hükümet de başvurucunun mahkumiyetinin "*belirleyici bir ölçüde*" kimliği gizli tutulan şahısların ifadelerine dayandırıldığını beyan etmiştir (Karar metninin tamamı için bkz.http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=delcourt&sessionid=75426953&skin=hudoc-en, Erişim Tarihi: 12.08.2011, Saat: 16.30). (ÇİÇEK, s.48).

gelişmeler ortaya koymuştur. Bu sebeple özellikle Aydınlanma Dönemi düşünürlerinin talepleri duruşmaların halka açık yapılması yönünde olmuştur. Halka açıklık ilkesi, muhakemenin halkın girebileceği yerlerde yapılmasını ve muhakeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ifade etmektedir (Anayasa m. 141/1, İHEB m. 10, AİHS m. 6/1, MvSHS m. 14/1). Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır (CMK m. 182/1) ancak duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir (Anayasa m. 141/1, İHEB m. 10, AİHS m. 6/1, MvSHS m. 14/1)[116]. Halka açıklık ilkesinin ihlâlinin ise mutlak bozma sebebi sayılacağı belirtilmiştir (CMK m. 182 vd., 289/1-f)[117].

Aleniyet ilkesinin kabul edilmesinin nedeni, herkesin[118] duruşmasının hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususunda bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Böylelikle adil bir yargılamanın yapılıp yapıl-

116 Gerçekten de genel ahlak, kamu güvenliği, milli güvenlik, özel hayatın gizliliği, yaş küçüklüğü gibi nedenlerle halka açıklığın sınırlandırılması olanaklıdır (CMK m. 182/2, 3; 184-187; 47/2, 209/2). Ancak kural olarak (CMK m. 185'e göre ise, sanık 18 yaşını doldurmamış ise, duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı oturumda açıklanır) bu durumda dahi hüküm açık duruşmada açıklanacaktır (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.77). Aleniyet ilkesi demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan adil yargılanmanın güvencesi için son derece önemli olmakla beraber, sınırsız da değildir. Kamu yararının korunması, mağdurun korunması, adaletin gerçekleşmesi küçüklerin menfaatleri, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması gibi gerekçelerle bazı özel hallerde gizli yargılama yapılması zorunlu hale gelmektedir (İNCEOĞLU, s.353; TURGUT, s.74).

117 ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.133-134. Bir başka tanıma göre de halka açıklık, duruşmanın herkese açık olması ve hükmün de açık duruşmada verilmesidir (TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.338; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s.241).

118 Halka açıklık, kamunun açılmış olan dava konusunda bilgi alma hakkını da içermelidir. Bu anlamda halka açıklık basın özgürlüğü ile beraber ele alınmalıdır. Buna göre, herkes bizatihi değilse de basın-yayın araçları ile davayı takip edebilmelidir. Bu yönüyle "*adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır*" (CMK m. 183) şeklindeki hükmün halka açıklık ilkesine aykırı olmadığı belirtilmektedir. Bu durumun haber alma hakkını ortadan kaldırmadığı vurgulanmaktadır. Ayrıca, muhakemeye katılanların kişilik haklarının korunması, adil yargılanma hakkı ile gerçeğin belli bir muhakeme düzeni içinde aranması gerekliliği de düzenlemenin gerekliliğini ortaya koyan sebepler olarak sıralanmaktadır (ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.77-78). Duruşmanın açıklığı ilkesi karşısında ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER GÜLEÇ Sesim, "Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak "Halka Açıklık" İlkesi", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 5, Aralık 2007, s.90-95.

madığı denetlenebilecektir[119]. İlke esas olarak herkesin sözlü olarak gerçekleşen kovuşturmaya katılabilir olmasını ifade etmektedir. Muhakemenin kontrolü halka açıklık ile sağlanabilmektedir[120]. Buradaki halka açıklığın böyle bir olanağa sahip olunması, bunun engellenememesi biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Duruşmayı mutlaka halktan birileri izlemek mecburiyetinde olmadığı gibi, duruşmayı izlemek ancak duruşma salonunun kapasitesi izin verdiği ölçüde mümkün olacaktır[121].

Halka açıklık ilkesi, kovuşturmada geçerlidir. Soruşturma evresinde ise önemli ölçüde gizlilik hâkimdir. Bunun nedeni, hem sanığın

119 DONAY, Yargılama, s.158. Duruşmanın en önemli özelliklerinden birinin alenilik olduğu vurgulanmaktadır. Gerçekten de, duruşmanın kapalı kapılar ardında yapılmaması, herkesin önünde yapılması, adil bir yargılamanın temel şartlarından olup böylece sonuçta verilecek hükümle ilgili şüpheler ve çeşitli iddiaların önüne geçmek olanağı olacaktır (ÜNVER/ HAKERİ, Temel Bilgiler, s.282; ÜNVER/ HAKERİ, s.540). Kovuşturma evresinin yürüyüşüne ilişkin en önemli ilkelerden birinin duruşmanın halka açıklığı ilkesi olduğu vurgulanmış ve ilkenin, yargılamanın halkın girebileceği şekilde yapılmasını ve mahkeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Aleniyet ilkesinin, özellikle adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak karşımıza çıktığı ve bu hakkın da temeli sayıldığı, böylece yargılamada keyfiliğin önüne geçilerek, kamusal denetimin gerçekleştirilmiş olduğu, mahkemelere ve ad alete olan güvenin sağlandığı açıklanmıştır. Bu ilke aracılığıyla, duruşmalara katılan kişiler vasıtası ile adaletin bağımsız ve tarafsız bir biçimde işleyip işlemediği de denetlenebilmektedir. Sanık, mahkeme önünde hem kendisini savunmakta hem de, halka açıklık ilkesi gereğince aynı zamanda mahkemeyi izleyen diğer kişiler önünde de kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulabilme ve böylece toplum önünde aklanabilme imkanına sahip olmaktadır. Diğer yandan, aleni bir yargılama, kamunun bilgi edinme hakkını korumanın yanında, işlenen suçun topluma ibret olmasını da sağlamakta ve bu yönüyle ceza hukukunda genel önlemenin gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır (SOYER GÜLEÇ, s.96-97). AİHM'de aleniyet ilkesine birçok kararında atıf yaparak; aleniyetin, adaletin yerine getirilmesini görünür kıldığını ve demokratik toplumun temel ilkelerinden olan adil yargılama amacının gerçekleştirilmesine yardımcı olduğunu belirtmiştir (İNCEOĞLU, s.353).

120 ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.60. Alenilik ilkesi sayesinde, kamu adına yapılan yargılamanın doğru, hukuka uygun bir biçimde yapılıp yapılmadığının kontrolü de sağlanmaktadır. Gerçekten yargılamayı izleyen kişiler aynı zamanda mahkeme, savcılık ve savunma makamlarının hukuka uygun bir şekilde hareket edip etmediklerini kontrol etmektedirler (SOYASLAN, s.379). AİHM karalarında genişçe bir yer bulan bu ilkenin sağladığı güvence, duruşmaların ve kararların aleni olmasını ve sadece ilgililerin değil, herkesin duruşmalara seyirci olarak katılabilmesini kapsamaktadır. Bunun amacı, kamuoyunun kontrolünü sağlayarak adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi olup söz konusu ilke, hem sanık hem de toplumun esenliği açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır (SOYER GÜLEÇ, s.97).

121 ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.60; aynı yönde bkz. ÜNVER/ HAKERİ, Temel Bilgiler, s.283; ÜNVER/ HAKERİ, s.541; CENTEL/ ZAFER, s.637; DONAY, Yargılama, s.158.

lekelenmeme hakkı[122], hem de, delillerin güvence altına alınması gereğidir[123].

Konumuz bakımından tanığın kimliği gizlenerek dinlenmesine karar verilmiş ise, duruşma salonuna izleyici alınması halinde bu kişilerin tanığı tanıma riskinin bulunacağı vurgulanmaktadır. Bu sebeple, duruşmanın kapalı yapılması halinde tanığın doğruyu söyleyeceği kanaati oluşursa, hâkimin yine duruşmanın kapalı yapılmasına karar verebilmesi gerektiği belirtilmektedir. Tanığın, kimlik bilgileri gizlenerek dinlenmesine karar verilmesi durumunda duruşmanın da aleni değil kapalı yapılması gerekecektir. Duruşmanın hangi gerekçelerle kapalı yapılmasına karar verilebileceği ise Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili maddelerinde düzenlenmiştir. Tanığın korunması amacıyla duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilmesi halinde *"kamu güvenliği"* gerekçesinin gerçekleşmiş kabul edileceği belirtilmektedir. Bu durumda tanığın kimlik bilgileri gizlenerek dinlenmesinin istisnai nitelikte bir tedbir olduğu, sıkı şartlara bağlı olarak düzenlendiği ve Kanunda yer alan gerekçeleri karşıladığı gözetilirse aleniyet ilkesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşılmaktadır[124].

V) TANIK KORUMA TEDBİRİ VE GİZLİ TANIKLIK

A) Genel Olarak

Tanığın vereceği ifadesi nedeniyle katılanın, sanığın ya da bunların yakınlarının tehdit ve saldırıları ile karşılaşması kuvvetle muhtemeldir. Tehdit ve saldırılara karşı tanığı koruma görevi soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısı, hâkim ya da mahkemeye aittir (Tanık Koruma Kanunu m. 6/1). Hâkim ya da mahkeme tanığı tarafların küçük düşürücü tavır

122 Bazı durumlarda, henüz yargılanmakta olan kimselerin görüntülerinin yayınlanmasının, daha sonra bu kimseler beraat etse de, halkın gözünde *"suçlu"* olarak damgalanmalarına yol açabileceği belirtilmektedir. *"Lekelenmeme hakkı"*nın ihlaline yol açabilecek bu halin önlenebilmesi amacıyla TCK m.285 (Gizliliğin İhlali) ve 286 (Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması)'da yeni düzenlemelere yer verilmiştir (TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s.252-253).

123 ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.134. Halka açıklık duruşma evresine ilişkin bir ilke olup, yargılamanın her evresinin açık olmadığı belirtilmektedir. Bu ilkenin öneminin ise duruşmanın öneminden kaynaklandığı belirtilmektedir (YURTCAN, s.66).

124 TURGUT, s. 74.

ve davranışlarına karşı korumakla yükümlüdür[125]. Avrupa Konseyi, geliştirdiği son uluslararası standartlarla çocuk mağdurların ve tanıkların yargılama sürecine aktif katılımlarını sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak geliştirilen bu standartlar, zaten var olan sorunlara yeni bir boyut katmaktadır. Tanık ve mağdur koruma sistemi ile ceza yargılamasına ilişkin olmak üzere insan hakları belgelerinde tanımlanan adalet arasındaki hassas dengenin sağlanabilmesi önem arz etmektedir[126]. Tanık koruma programları tanık ve aile üyelerini tehlikelerden korumak üzere kodlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri 1970'lerden beri tanık koruma programı uygulamakta olup, böyle bir program uygulamayan ülkelere kıyasla daha yüksek oranda mahkûmiyet bildiriminde bulunmaktadır. Yine Malezya'da 2009 yılında tanık koruma kanununun (Witness Protection Act) kabul edilmesi ile birlikte, tanık koruma konusunda yeni sorunlar gündeme gelmektedir. Tanık koruma kanunu (WPA), programın Bakan tarafından atanan bir genel müdür yönetiminde sağlanmasını öngörmektedir[127]. Bir tanığın koruma programına dâhil edilmesinden sonra genel müdür, ilgili suça, tanığın delil olarak değerine, tanıklığın söz konusu olay ve suç bakımından önemine bakacak, elde ettiği veriler üzerinden ilgili koruma önleminin uygulanmasına karar verilecektir[128]. Kanun, adli para cezasının 10 bin Malezya parası ya da cezanın alt sınırının 5 yıl ve daha üstü olması hallerinde, olayla ilgili bilgilerin, ifşa edilmemesini öngörür. WPA koruma tedbirleri olarak; kimliğin değiştirilmesi, tanık ve ailesi için malî yardım ya da gerekli herhangi başka bir yardımın sağlanmasını düzenlemektedir. Tanık ve ailesine süre tanınarak başka bir yere yerleşmelerinin sağlanması ise daha nadir başvurulan bir tedbirdir. Programın yegâne amacı, tanıkların programa dâhil olması yoluyla tanıklık görevinin yerine getirilmesinin sağlanmasıdır[129]. Amerika Birleşik Devletleri'nde 2009 yılında kabul edilen Tanık Güvenlik ve Koruma Kanunu'nun getirdikleri de benzer yöndedir. Bu kanun ile tanık koruma hibe progra-

125 FEYZİOĞLU, s.266.

126 Nitekim bu yönde olmak üzere BM, suç mağduru çocuklar ile tanıklar hakkında 2009 yılında Adalet Rehberi yayınlamıştır (BEİJER/ LİEFAARD, s.71).

127 WPA Bölüm 4 (I). (http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P8186.pdf, Erişim Tarihi: 29.03.2012, Saat: 17:21)

128 KAUR Servinder, "Potential Challanges in A Witness Protection Programme in Malaysia", Pertanika Journal of Social Sciences & Humanities, Universiti Putra Malaysia Press, September 1, 2011, s.364.

129 KAUR, s.365.

mı kurulmuştur. Başsavcı, eyalette tanık koruma programını geliştirmek ve sürdürmek için örneğin cinayet ya da uyuşturucu ticareti ile ilgili suçlarda tanığın korunmasına yönelik rekabetçi hibe programları sunacaktır[130]. İsviçre'deki tanık koruma programı da bahsettiğimiz örneklerden farklı değildir. İsviçre'de tanık koruma programı ilk kez 19 Aralık 2003 tarihinde İsviçre Askeri Ceza Muhakeme Kanunu'nda düzenlenmiştir[131]. Bu düzenlemeyi takiben soykırımla ilgili *Niyonteze Davası'nda* tanık koruma programının uygulaması gerçekleştirilmiştir. İsviçre'de tanık koruma programının geliştirilmesinin en önemli gerekçesi, uluslararası suçlar hakkında yapılan yargılamalar ve tanıkların bu tür ciddi davalarda oynadığı önemli roldür[132].

Tanık koruma programları, yargılaması devam eden bir davada ifadesine başvurulması zaruri ancak kendisinin ya da sevdiklerinin hayatını tehlikeye atmaktan korkan, bu nedenle ifade vermede isteksiz olan kişiler için geliştirilmektedir. Bu kişilerin korunması adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunluluktur. Tanık koruma programının yokluğu, adaletin sağlanmasını imkânsız hale getirebilir. Bu programlar, tanığın tehdit ve taciz edilmeden, herhangi bir istismara uğramadan, hatta öldürülmeden ifade verebilmesini, tanıklık görevini yerine getirebilmesini sağlar[133]. Birçok ülke, çeşitli tanık koruma yolları bulmaya çalışmıştır. Avustralya, Kanada, Malezya, Tayland gibi pek çok ülke tanık koruma programlarını, yerel ve federal mevzuatlarına yerleştirmiş durumdadırlar. Böyle bir programın yokluğu delil yetersizliği nedeniyle artan suçların kovuşturulamamasına yol açabilmektedir[134]. Örneğin, Sri Lanka'da bir kadın tanığın, önemli bir davada, herhangi bir adli makam ya da mahkemede konuşması halinde öldürüleceği tehdidiyle karşılaşması raporlara yansıtılarak tanık

130 Witness Security and Protection Grant Program Act of 2009-Report, Committed to the Committee of the Whole House on the State of the Union and ordered to be printed, USA, JUNE 8, 2009, s.2 (http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-111hrpt138/pdf/CRPT-111hrpt138.pdf, Erişim Tarihi: 29.03.2012, Saat: 19:57).

131 MCCP (Switzerland Military Criminal Code of Procedure), m. 98/a-d.

132 ARNOLD Roberto, "Witness Protection under Swiss Legislation: An Offspring of International Law", Martinus Nıjhoff Publishers, International Criminal Law Review 7 (2007), s.486.

133 KAUR, s.363.

134 Victim and witness protection, lesson series 47. Asian Human Rights Commission, correspondence school http://www.hrschool.org (Erişim Tarihi: 29.03.2012, Saat: 17:31).

koruma programının kanunlaşmasına yol açmıştır[135]. Amerika Birleşik Devletleri eski avukatlarından olan ve New York'ta yaşayan bir kişinin söylemi ise şu şekildedir: terörizm ve organize suçlar dâhil olmak üzere ciddi suçlar açısından ne kadar ciddi kovuşturma yürütülmek isteniyorsa, tanıkların korunmasına da o kadar büyük ciddiyetle yaklaşılmalıdır. Tanık delili aracılığıyla çözüme kavuşturulan soruşturma ve kovuşturma oranı % 89 olarak kayıtlara geçmiştir[136].

Uluslararası Ceza Mahkemesi, mağdurların ve tanıkların korunması ve desteklenmesi amacıyla belirli kimi kurallar getirmiştir. Mahkemeye göre, tanıkların yeterli derecede korunması tanıkların ve mağdurların intikam ve daha fazla zarar verilme korkusu olmadan ifadelerini vermede kilit bir rol oynar. Mahkeme, tanıkların güvenli bir şekilde korunması bakımından görevli olup, tanıkların ve mağdurların fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, kimlik gizliliğini korumak için gerekli ve yeterli önlemleri almakla yükümlüdür[137]. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 68'inci maddesinde belirtilen koruyucu önlemlerin uygulanmasında zorluklarla karşılaşılmıştır. Mahkeme, yürütmenin zayıf ve yetersiz kaldığı alanlarda işlemler gerçekleştirmekte ve tanık korumanın etkin, kapsamlı, uygulanabilir şekilde hayata geçirilebilmesini hedeflemektedir. Mağdur ve tanıkların korunması ile ilgili en önemli noktalardan biri, Roma Statüsü'ne taraf devletlerin işbirliği içinde olmalarıdır. Mahkemenin kendine ait askeri ya da polis gücü bulunmamakla birlikte taraf devletlerin işbirliği içinde tanıkların korunmasını sağlamak için çalışması tek yoldur[138].

Tanıklıkları nedeniyle kendisinin ya da yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü, malvarlığı tehlike altında olan kişiden tanıklık yapması ve doğruyu söylemesini beklemek gerçekçi olmayacaktır. Tanığın korunması görevi sebebiyle kendisi ya da yakınlarının hayatı ya da malvarlı-

135 KAUR, s.364.

136 USA Today.com, witness protection program to addterrorism case work, posted Sept, 2004 http://www.usatoday.com/news/washington/2004-03-19-terror-witnesses x.htm (Erişim Tarihi: 27.03.2012, Saat: 18:30)

137 ARBİA Silvana, "The International Criminal Court: Witness And Victim Protection And Support, Legal Aid And Family Visits", Commonwealth Law Bulletin Vol. 36, No. 3, September 2010, s.520. (http://ehis.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&hid=124&sid=769f847d-9901-49fc-8855533_84add_1906%40sessionmgr14, Erişim Tarihi: 26.03.2012, Saat: 09:00).

138 ARBIA, s.520.

ğı ağır ve ciddi tehlike ile karşı karşıya bulunan ve bu nedenden ötürü korunmalarında zorunluluk bulunan kişilerin korunmasını amaçlar[139]. Tanığın olaya tanık olduğu andaki konumu, anatomisi, eğitim durumu devlet tarafından değiştirilemez. Ancak kimlik ve adres bilgileri gizli tutularak tanıklık yapan kişi ve yakınlarının korunması devlet tarafından sağlanabilir[140].

Tanık korumaya ilişkin hükümler iki temel kanunda düzenlenmektedir: Bunlar, 5271 sayılı CMK ile 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunudur[141].

5271 Sayılı CMK'nın *"Tanığa ilk önce sorulacak hususlar ve tanığın korunması"* başlıklı 58. maddesinde, *"(1) Tanığa, ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları sorulur. Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir.*

(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yüküm-

---

139 CENTEL/ZAFER, s.428; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.404; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.609.

140 ÇİÇEK, s.53.

141 5271 ve 5726 sayılı kanunlardan önceki duruma bakacak olursak, tanıklığın külfetli ve riskli bir kamu görevi olmasına rağmen tanıkların korunmasına ilişkin genel bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Bazı özel kanunlarda tanık koruma hükümleri getirilmiştir. Örneğin, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 2'inci maddesi, Terörle Mücadele Kanunun 20'inci maddesi, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 7'inci maddesi (Bu kanuna ilişkin yönetmelik m. 31), 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun m. 2, PVSK Ek 9'uncu madde. Söz konusu yasal düzenlemelerden istenilen sonuç elde edilemediğinden Avrupa Birliği'nin etkisi ile 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu yürürlüğe girmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, s.266; ŞAHİN, s.122-123; ÇİÇEK, s.53; TURGUT, s.83 vd.). 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 19'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına göre kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Terörle Mücadele Kanunu m. 14'te benzer bir hükme yer verilmiştir: *"Bu kanun kapsamına giren suçları ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz"*. Tanık koruma hükümleri bakımından Tanık Koruma Kanunu genel nitelik taşıdığından bu kanun hükümleri uygulanacaktır.

lüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.

(4) Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.

(5) İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir" şeklinde yapılan düzenlemeye dayanılarak 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu çıkarılmıştır[142].

Tanık koruma tedbirleri ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir: 09.05.2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan "*Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol*", 30.01.2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan "*Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"[143],

142 5726 sayılı Kanunun genel gerekçesinde "*Terör örgütleri ile suç işlemek amacıyla kurulmuş diğer örgütlerin sahip oldukları güç ve kullandıkları yöntemler karşısında klasik Ceza Muhakemesi önlemleri yetersiz kaldığından bu tür örgütlere karşı farklı yöntemlerin kullanılması zorunlu olmuştur. Bu türlü suç örgütlerinin adalet önüne çıkarılamaması karşısında, devletler, bu alanda gerekli iç yasal düzenlemelerin yanında uluslararası alanda da yakın işbirliğine gitmektedir…öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 58'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında da tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin kanunda düzenleneceği hükme bağlanmıştır"* ifade edilerek kanunun yürürlüğe girmesinin uluslararası sözleşmelere benzer uygulamalar getirilerek tanıkların korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

143 Sözleşmenin 24'üncü maddesi şöyledir: "*1-Her taraf devlet, ceza davalarında bu sözleşmede belirtilen suçlara ilişkin ifade veren tanıklara, gerektiğinde, akrabalarına ve onların yakınları olan diğer kişilere yönelik olabilecek öç alma veya sindirmelere karşı etkin koruma sağlamak için imkanları dahilindeki gerekli önlemleri alacaktır. 2- Bu maddenin 1'inci fıkrasında öngörülen önlemler, yargılama usulünden kaynaklanan haklar dahil sanığın haklarına halel getirmeksizin aşağıdakileri içerebilir: (a) Bu tür kişileri fiziksel olarak korumak için, ihtiyaca göre ve mümkün olduğu ölçüde onları başka yerlere yerleştirmek ve gerektiğinde bu tür kişilerin kimlikleri ve bulundukları yerlere ilişkin bilgilerin açıklanmaması veya bu bilgilerin açıklanmasına sınırlama getirilmesi gibi usuller tesis etmek; (b) Tanığın beyanlarının video bağlantısı veya diğer uygun araçlar dahil iletişim teknolojisinden yararlanarak alınması gibi tanıklığın, tanık güvenliğini garanti eden bir biçimde yapılmasına cevaz veren ispat kuralları tesis etmek…".* (DONAY Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanu-

14.01.2004 tarihli ve 5065 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan "*Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*" ile Birleşmiş Milletle tarafından eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen suçlar için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin kuruluş statülerinde koruma hükümlerine yer verilmiştir[144].

CMK m. 58/5 uyarınca ise tanıkların korunması sadece bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından mümkündür. Bu suçlar CMK m. 250'de düzenlenmiştir. Tanık Koruma Kanununda bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ek olarak 5237 sayılı TCK ile diğer özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis ve alt sınırı 10 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da öngörülmüştür (5276 sayılı Kanun m. 3)[145].

B) Korumanın Kapsamı

1) Tanık Koruma Tedbirinin Kapsamına Giren Kişiler

Ceza muhakemesinde tanık sıfatı ile dinlenenler ile CMK m. 206 uyarınca tanık olarak dinlenen suç mağdurları ile tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan ya da kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya kayın hısımları, evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içinde olduğu kişiler hakkında tanık koruma tedbirleri uygulanır[146].

Tanık Koruma Kanununun 22'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, korunması gereken tanıklar suçların tanığı olabilecekleri gibi soruşturma evresinde görev alan kişiler de olabilir. Tanık Koruma Bi-

---

nu Şerhi, 1. Bası, İstanbul Mayıs 2009, s.81; ÇİÇEK, Gizli Tanık, s.118).

144 Yine konuyla ilgili olarak Avrupa Konseyinin 1997 tarihli Tanıkların Korkutulması ve Savunma Hakkına Dair 13 sayılı Tavsiye Kararı ve 2005 tarihli Tanıkların ve Adli İşbirlikçilerin Korunmasına Dair 9 sayılı Tavsiye Kararı, 2001 tarihli Örgütlü Suçla Mücadele İle İlgili Temel İlkelere Dair 11 Sayılı Tavsiye Kararı, 1985 tarihli Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Mağdurun Durumuna Dair 11 sayılı Tavsiye Kararı (Ayrıntılı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, s.89-92; TURGUT, s.85 vd.).

145 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.609; BALO, s.74-75.

146 ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.405; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.610; ÇİÇEK, s.61; ÇİÇEK İbrahim, "5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve "Gizli Tanık", Terazi Hukuk Dergisi, S. 29, Ocak 2009, s.118; CENTEL/ ZAFER, s.428; DEĞİRMENCİ, s.92.

riminde[147] görev yapan personel bu yasa kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturma veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasına yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında Tanık Koruma Kanunu hükümleri uygulanır.

2) Tanık Koruma Tedbirinin Konusu

CMK (m. 58) iki tür koruma şekli belirlemiştir: Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin saklı tutulması ile tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi[148].

Tanık kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması özellikle tanık beyanının tanığın kimliğine ilişkin detay taşıdığı durumlarda etkin bir koruma tedbiridir. Tanık olarak dinlenecek kişinin kimliğinin ortaya çıkması kendisi ya da yakınları açısından ciddi ve ağır bir tehlike oluşturacaksa kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Nitekim Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesine göre koruma altına alınan tanığın kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi mümkündür[149]. Böylece tanık kimliğini saklayarak herhangi bir korkuya kapılmadan gördüklerini aktarabilecektir[150].

Kanun'un 5'inci maddesi, tanık için kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulabileceğini belirtmekte fakat Yönetmeliğin[151] 11. maddesinde[152]

147 Tanık Koruma Kanununun 2'inci maddesinin 1'nci fıkrasının c bendi uyarınca koruma birimi, idari yapısı, çalışma esas ve usulleri ilgili kolluk teşkilatının bağlı olduğu bakanlıkça belirlenen ve bu kanun kapsamında haklarında koruma tedbiri uygulanmasına karar verilecek kişilerle ilgili olarak, gerekli koruma tedbirlerini uygulayacak olan kolluk birimlerini ifade eder.

148 ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s.406; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.610; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s.673; ŞAHİN, s.123; PARLAR/ HATİPOĞLU/ YÜKSEL, s.166-167; FEYZİOĞLU, s.270-271; TURGUT, s.258; ÇİÇEK, Gizli Tanık, s.120; BALO, s.73; DEĞİRMENCİ, s.98 vd.

149 DEĞİRMENCİ, s.98; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.610.

150 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.610.

151 RG. 11.11.2008, S. 27051, Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik.

152 Yönetmelik m. 11/3-4 hükmü şöyledir: "*(3)Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemeye yapılacak olan kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin talepler, tanık koruma*

ifade edilen kod isim kullanılmasın ilişkin hüküm sevk etmemiştir. Kanunda yer verilmeyen bir hükme yönetmelikte yer verilmesi kanun yapma tekniğine aykırıdır.

Tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi kendisi ve yakınları için ağır ve ciddi bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecek ise hâkim hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığı dinleme konusunda takdir hakkına sahiptir. Bu gibi bir durumda tanığın beyanının alındığı sırada sesli ve görüntülü aktarma yapılacaktır[153].

Tanığın korunması sadece ceza muhakemesi işlemleri ile sınırlı olarak kabul edilir ve bu şekilde anlaşılırsa koruma amacına hizmet etmeyecektir. Bu bakımdan tanığın tanıklık görevini yaptıktan sonra da korunması zorunludur[154].

C) Tanık Koruma Tedbirinin Koşulları

Tanık Koruma Kanununun 3'üncü maddesi uyarınca tanıklık halinde koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için işlenen suçların şunlardan biri olması gerekmektedir[155]:

1. TCK ve özel ceza kanunlarında yer alan ağırlaştırılmış müeebet hapis ve alt sınırı 10 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar,
2. Suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar,
3. Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar.

---

defterine kaydedilir ve uygun görülmesi halinde tanık için yeni bir kod isim ve adres belirlenmesine karar verilir. Bu karar ile ekli yeni kimlik ve adres bilgilerine ilişkin tutanak ilgili Cumhuriyet savcısı veya hâkim ile görevli zabıt katibince imzalanarak tanık koruma kartonunda gizlilik esasları çerçevesinde muhafaza edilir. (4) Tanığın soruşturma veya kovuşturma evresindeki beyanlarının tamamı koruma kararında belirtilen kod isimle tutanaklara kaydedilir ve sonraki tüm işlemlerin de bu isimle yürütülmesi sağlanır".

153 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.611; DEĞİRMENCİ, s.101; CENTEL/ ZAFER, s. 246. *Şahin'e* göre, tanığın kimliği değiştirile bile duruşma esnasında sanık ya da müdafi tarafından tanınabilecektir. Duruşmaya gelen tanığın sesinin ya da görüntüsünün değiştirilmesi suretiyle dinlenmesi ya da adresinin gizli tutulması gibi uygulamalar ise yeterli olmaktan uzaktır (ŞAHİN, s.133).

154 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.611; CENTEL/ ZAFER, s.429.

155 CENTEL/ ZAFER, s.429; ÇİÇEK, s.60.

TKK'nın düzenlemesi ile CMK m.58'in getirdiği düzenleme birkaç noktada farklılık göstermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TKK, CMK'daki düzenlemeye kıyasla kapsamı genişletmiştir. CMK'da bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi kabul edilmişken, TKK, örgütlü suçlar yanında diğer ağır suçlarda da tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Bir diğer farklılık ise, CMK m.58'in getirdiği düzenleme itibariyle suç örgütleri faaliyetleri kapsamında işlenen tüm suçlar için tanık koruma tedbirine başvurulabilecekken, TKK'da ise ancak suçun cezasının alt sınırının 2 yıl veya daha fazla olması şartı getirilmiştir. Terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda ise cezanın alt sınırı bakımından hiçbir şart aranmaksızın tüm suçlarda tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi mümkündür. İki kanun arasında farklılık olması nedeniyle hangi kanunun uygulanacağı noktasında şu söylenebilir: Hem özel kanun hem de sonradan çıkan kanun olduğu için çelişen noktalarda TKK'nın dikkate alınması gerekmektedir[156]. Örgütlü suçların tanık ve mağdurlarının koruma kapsamına alınıp diğer suçlar bakımından yeterli koruma tedbiri öngörülmemesi eşitlik ilkesi bakımından sorunlar ortaya çıkarmaktaydı, bu sebeple suç örgütlerinin faaliyeti kapsamında olmayan ağır suçların tanıklarının da TKK ile tanık koruma tedbirleri kapsamına alınması son derece yerinde bir düzenleme olmuştur[157].

Tanık Koruma Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca, koruma tedbrinin kapsamına giren kişilerin hayatının, beden bütünlüğününün veya malvarlığının ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması dolayısıyla bu kişilerin korunması gerekmektedir[158].

156 TURHAN, s.388; TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Seçkin, Ankara 2009, (Kısaltma: Tanıkların Korunması), s.187-188.

157 TURHAN, s.389.

158 CENTEL/ ZAFER, s.429. Tanığa yönelik herhangi bir tehdidin var olup olmadığı ve bu tehdidin ciddi olup olmadığını hâkim değerlendirecektir. AİHM içtihatları doğrultusunda denilebilir ki tanığın içinde bulunduğu durum dolayısıyla kendisini tehdit tehdit altında hissetmesi gizlilik kararı verilmesi için yeterli olup, tanığın gerçekten tehdit edilmiş olması gerekmemektedir. AİHM'in tanığa yönelik tehdidin analizi konusunda farklı yönde verilmiş kararları da mevcuttur. Mahkeme gizli tanıklık sebeplerinin varlığı ve ciddiliği konusunda gerekli özenin gösterilmediği genel atmosfere dayanılarak gizlilik kararı verilmesinin sanık haklarının özüne dokunduğu kanaatine varmıştır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TURGUT, 102 vd.).

Tanık koruma kararı verilirken dikkat edilmesi gereken husus tanığın ya da yakınlarının içinde bulunduğu tehlikenin ağırlığıdır. Tehlike henüz gerçekleşmemiş olduğu için tehlikenin ciddiliğini ve ağırlığını tespit etmek oldujça güçtür. Tanığa veya yakınlarında karşı doğrudan veya dolaylı olarak yönlendirilmiş olan tehdit, gerçekleştirilmiş baskı girişimleri, aleyhinde tanıklık yapılacak olan sanığın veya örgütün tanığı korkutmaya yönelik eylemlerinin varlığı, tanığın kim olduğunun sanık tarafından biliniyor olması ve bu nedenle tanığın saldırı ve baskıya maruz kalma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması, tanığın sanık tarafından aranmakta olduğunun bilinmesi gibi durumlar tehlikenin ciddiliği ve ağırlığı konusunda yol gösterici olacaktır[159].

D) Tanık Koruma Tedbirleri

Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesine göre tanık koruma tedbirleri şunlardır[160]:

1- Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi[161].

---

159 TURGUT, s.345-346. Koruma tedbiri kararı verilirken korunan kişi veya yakınlarının maruz kaldığı tehlikenin ağırlığı ve ciddiliği, işlenmiş olan suçun önemi, tanığın yapacağı açıklamaların önemi, alınacak tedbirin maliyeti, tanığın psikolojik durumu ve bunlara benzer hususların göz önünde bulundurulması gerekmeketedir (Tanık Koruma Kanunu m.6/4).

160 CENTEL/ ZAFER, s.430; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.611-612;

161 Savunma makamı ve kamudan gizli tutulan tanık kimliği özellikle tanık beyanının tanığın kimliğine dair emareler taşımadığı hallerde etkin bir koruma tedbiridir (DEĞİRMENCİ, s.98). Bu şekilde dinlenen tanık, aleni bir duruşmada sanık ve müdafii bulunurken dinlense dahi savunma açısından dezavantaj oluşturacaktır. Bu tanıkların beyanlarının olağan usulle dinlenen tanıkların beyanı ile eşdeğer görülmemesi gerekmektedir. Kanunkoyucu da bu durumu dikkate almış ve Tanık Koruma Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 8'inci fıkrasında, söz konusu şekilde alınan tanık beyanlarının tek başına hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Gerçekten de tanığın kimlik bilgileri gizli tutularak dinlenmesi, sanık haklarına sınırlayıcı bazı özellikler göstermektedir. Sanık bu durumda müdafii de yoksa haklarını tam olarak kullanamayabileceğinden, bu gibi hallerde sanıklara zorunlu müdafii atanması gerektiği belirtilmektedir. Sanık hakları bakımından böyle bir düzenlemenin kanunumuzda bulunmaması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar tanık koruma tedbirlerinin uygulanabileceği suçların çoğu aynı zamanda zorunlu müdafi atanmasını gerektiren suçlar olsa da tüm terör suçları ve alt sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren örgütlü suçlarda da bu tedbirler uygulanabileceğinden ve bu suçlar için zorunlu müdafi atanmayacağından bu durumda sanık hakları ihlal edilmiş olacaktır (TURGUT, s.262, 267).

CMUK zamanında tanığın kimliğinin gizli tutulması ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. CMK ise bu konuyu açıkça düzenlemiştir. CMK m. 58/2 hükmü, tanığın sadece kimliğinin gizli tutulmasından söz edildiği için tanığın adres bilgilerinin gizli tutulmasının da olanaklı olup olmadığı tartışmalıydı. TKK ise bu konudaki tereddüdü gidermiş ve m. 7/1'de tanığın adres bilgilerinin de gizli tutulabileceğini hüküm altına almıştır. Tanık dinlenmeden önce, Kanun'daki olanaklar konusunda bilgilendirilmeli ve tanığa ait bu bilgiler gizlilik esasına uygun olarak kayda alınmalı, ayrıca tanığın beyanı farklı bir isim altında tutanağa kaydedilmelidir. TKK m. 10/2'ye göre, sonraki işlemler bu isim üzerinden yürütülecektir. Bu karar soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığınca, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından gizlilik esasına göre saklanacaktır (TKK m. 10/3). Bu şekilde tanığın kimlik bilgilerinin gizli tutulması kolluk aşamasındaki gizliliği de içermektedir.[162] Aksi durumda bu bilgiler soruşturma dosyasını inceleme hakkı olan müdafi tarafından öğrenilebilecektir. Tanık koruma tedbirlerinin gizliliği açısından m. 18/1'in dikkate alınması gerekmektedir: "*koruma kararlarının alınmasında ve uygulanmasında yer alan kamu görevlileri ile bu işlemlerde her ne şekilde olursa olsun görev alan diğer kişiler, bu görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgileri görev sona erdikten sonra da açıklayamazlar*".

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tehlike içinde bulunan tanığa kimliğinin gizlenmesi tedbirinden bağımsız olarak yerleşim yeri adresinin gizli tutulması hakkı tanınmıştır (Alman CMK §68/2[163]). Ancak, yalnızca adresin gizlenmesi tanık açısından çok fazla bir koruma sağlamayacaktır. Çünkü kimliğe ilişkin bilgiler gizlenmediğinde sanık ve çevresi tarafından tanığın oturduğu yerin tespit edilmesi zor olmayacaktır[164].

162 TURHAN, s.394.

163 "*(2) Einem Zeugen soll zudem gestattet werden, statt des Wohnortes seinen Geschäfts- oder Dienstort oder eine andere ladungsfähige Anschrift anzugeben, wenn ein begründeter Anlass zu der Besorgnis besteht, dass durch die Angabe des Wohnortes Rechtsgüter des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet werden oder dass auf Zeugen oder eine andere Person in unlauterer Weise eingewirkt werden wird. In der Hauptverhandlung soll der Vorsitzende dem Zeugen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 gestatten, seinen Wohnort nicht anzugeben.*"

164 TURHAN, s.394.

2- Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi[165]. Kimliğin gizli tutulması tedbirinde olduğu gibi, tehlikeye maruz kalan tanıkların duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan dinlenmesi konusunda da CMK ile TKK hükümleri arasında çelişki bulunmaktadır. Kanun'da açıkça belirtilmemekle birlikte dinleme esnasında tanığın bulunması gereken yer, duruşma salonu dışında herhangi bir yer olacaktır. Fakat bu yerin mahkemenin bulunduğu binada mı ya da başka bir yerde mi olacağı hususu da Kanun'da düzenlenmemiş olup Kanun'un gerekçesine göre bu yer, mahkeme binasının başka bir odası olabileceği gibi bina dışında şehrin herhangi bir yeri ya da bambaşka bir şehirde olması mümkündür. Dinleme sırasında hâkim ya da mahkeme başkanı duruşma salonunda mı yoksa tanığın yanında mı bulunacağı konusu da Kanun'da düzenlenmeyen bir başka husustur[166]. Her ne kadar CMK m. 58/3'ün ifadesinden dinleme esnasında tanık ve hâkimin duruşma salonunda duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlardan başka bir yerde bulunarak sesli ve görüntülü aktarma yapılabileceği sonucuna varılabilmekteyse de Alman hukukunda olduğu gibi duruşma salonunda bulunan hâkimin tanığın bulunduğu yere bağlanarak tanığı dinleme-

165 Görüntünün değiştirildiği durumlarda hâkim, tanığın psikolojik durumunu, fiziksel tepkilerini izleyemiyor olacaktır. Böyle bir metodun CMK 217/f.1'in "hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" hükmüne uygunluğunun tartışılabileceği belirtilmiştir (FEYZİOĞLU, s.271,272; CENTEL/ZAFER, s.430).

166 TURHAN, s.401. Bu konuda Alman CMK§247a maddesine göre, hâkim ya da mahkeme başkanı duruşmaya katılan diğer kişilerle birlikte duruşma salonunda bulunmakta, video konferans yolu ile tanığın bulunduğu yere bağlanılıp, tanığın ifadesi duruşma salonuna aktarılarak ifade alma gerçekleştirilmektedir. Tanık dinlemenin bu usulüne "*İngiliz Modeli*" adı verilmektedir. (StPO § 247a: "Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwartder in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen wird, so kann das Gericht anordnen, daß der Zeuge sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhält; eine solche Anordnung ist auch unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 zulässig, soweit dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Die Aussage wird zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen. Sie soll aufgezeichnet werden, wenn zu besorgen ist, daß der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. § 58a Abs. 2 findet entsprechende Anwendung").

sine de bir engel bulunmamaktadır. Nitekim TKK m. 9 hükmüne göre uygulanacak tanık koruma tedbirlerinin naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim aracılığıyla mahkemece karar verilebileceği belirtilmiştir. Tanığın mahkeme binasında bulunan başka bir odada hazır olması halinde hâkim ya da mahkeme başkanının tanıkla aynı yerde bulunarak dinlemenin duruşma salonuna aktarılarak gerçekleştirilmesine de engel olunmadığı sonucuna varılmaktadır. Kanun dinleme esnasında canlı ses ve görüntü iletimi yapılması zorunluluğunu kabul etmiştir. Ancak ses ve görüntü naklinin teknik açıdan nasıl gerçekleştirilebileceğini düzenlememiştir. Yönetmelik m. 12/4'te tanığın duruşma salonu dışında video konferans, telekonferans veya diğer sesli ya da görüntülü iletişim araçları ile özel bir ortamda dinlenmesi sırasında tanığın sesi veya görüntüsünün değiştirilebileceğinden söz etmektedir[167].

TKK m. 9/2'de CMK 58/3'e atıf yapılmaktadır. Bu yapılan atfın mantığını anlamak oldukça güçtür. Çünkü hem TKK'ya göre başvurulabilecek tanık koruma tedbirlerinin koşulları TKK'da açıkça düzenlenmiştir hem de bu koşulların CMK m. 58/3 ve 58/4 hükmüyle çeliştiği açıkça görülmektedir. Yapılan atfı ses veya görüntü değiştirilerek tanık dinlemenin duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanı dinelmeye karar verilmesi hali ile sınırlı olacak şekilde anlamak gerekir. Yani, tanık hazır bulunma hakkı olanların bulunmadığı bir ortamda dinlenerek ses ve görüntüsü duruşma salonuna aktarılabilecektir. Fakat duruşma salonunda dinlenen tanığın yüzünün maskelenmesi, filtrelenmiş bir cam arkasından dinlenmesi, sesinin de bir mikrofon aracılığıyla değiştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan TKK m. 9/2 hükmü sorunlu olarak hukuk alanında varlığını korumaktadır[168]. Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz çeşitli araçlar vasıtasıyla ses ve görüntünün duruşma salonunda değiştirilmesi mümkün ise de tanığın beden dilinin kimliğini ortaya çıkarabilme tehlikesini bu tedbirler ortadan kaldırmayabilecektir.

3- Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.

167 TURHAN, s.402-403.
168 TURHAN, s.405.

4- Fiziki koruma sağlanması[169].

5- Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi[170]:

   a) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

   b) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmi belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

   c) Taşınır ve taşınmaz malvarlığı ile ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.

6- Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddi yardımda bulunulması[171].

---

169 Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesinin ç bendinde, Yönetmeliğin ise 14'üncü maddesinde fiziki korumaya dair detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, kolluk kuvvetleri veya koruma birimleri tarafından tanığın veya yakınlarının korunması, 24 saat esasına göre ve gerekirse teknik cihaz ve donanımlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilecektir. Tanık, yakın koruma, konutta koruma, işyerinde koruma, motorize veya yaya devriyeyle koruma ve çağrı üzerine koruma metodlarından biriyle korunabilecektir. Tanık koruma tedbirlerinin nihai amacının tanığın veya yakınlarının yaşamlarının, beden bütünlüklerinin, özgürlüklerinin ya da malvarlıklarının güvenliğinin sağlanması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmak olduğu düşünüldüğünde maliyeti yüksek olan diğer tedbirlere başvurmadan tanığın ya da yakınlarının fiziksel korunması ile nihai amacaulaşılabilecek ise en basit tedbirin uygulanması düşünülmelidir (DEĞİRMENCİ, s.103-104).

170 Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen bu hükümde herhangi bir açıklık olmadığından dolayı sayılan belgelerin ihtiyaç duyulanları değiştirilebileceği gibi hepsi de yeniden düzenlenebilir. Kanunumuzda karşılaştırmalı hukukta yer alan belgelere göre daha geniş kapsamlı bir sayım yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle kanunun lafzı itibariyle yorumu da kullanılarak, kanun metninde sayılan belgelerin sayımının sınırlı (numerus clausus) olmadığı sonucuna ulaşmak gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle eski kimliğinin tespit edilmesine yol açabilecek her türlü belgenin yeniden düzenlenmesi olanaklıdır (DEĞİRMENCİ, s.106).

171 Adalet Komisyonu, yasalaşma sürecinde kanun metninde yer alan "işe yerleştirme" tedbirini suistimallere yol açabileceğinden metinden çıkarmış, bu itibarla işi olmayan tanığın işe yerleştirilmesi gibi bir tedbir hukukumuzda yer almamaktadır. Fakat işi olan tanığa yeni hayatında aynı işi sürdürebilmesi maksadıyla yardım edilebilir. Tanık Koruma Kanunu'nda maddi yardım geçici olması kaydıyla düzenlenmiş ve kişinin kendi yaşamını idame ettirecek düzeyde gelire sahip olması halinde maddi yardıma son verileceği benimsenmiştir. (DEĞİRMENCİ, s.106-107). Tanıkların mahkemede dinlendikten ve tehlike geçtikten sonra normal yaşamlarına dönebilmeleri özellikle karmaşık dosyalarda uzun sürmektedir. Bu nedenle maddi yardımda bulunulması, tanıkların günlük yaşamlarını devam ettirebilmeleri açısından krıtik bir öneme sahiptir. Fakat, bu yardımın adeta bir ödül niteliğine dönüşmemesi de gerekmektedir. Bu nedenle yardım yapılırken,i

7- Çalışan kişinin işyerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi[172].

8- Yurtiçinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması[173].

9- Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde ve geçici olarak başka bir ülkeye yerleştirilmesinin sağlanması[174].

---

tanıklıktan önceki yaşam standardı dikkate alınmalı ve böylece yardım miktarı belirlenmeli, tanığın haksız yere zenginleşmesine izin verilmemeli ve tanıklıktan önceki yaşamından daha yüksek bir yaşam tarzı sunulmamalıdır. Aksi takdirde insanları tanıklık yapmaya yönlendirerek abartılı veya yalan tanıklık durumlarına rastlanmasına neden olunabilecektir (TURGUT, s.310, 311).

172 Tanığın özel sektörde çalışan bir kişi olduğu durumlarda işyerinin ya da iş alanının değiştirlmesinde birtakım problemlerle karşılaşılması mümkündür. Bu durumda işinden ayrılan tanığın hemen başka bir yerde çalışması sağlanamayabilir. Bir başka olasılık ise yeni işverenin bu kişileri istihdam etmek zorunda olup olmadığının tartışmalı olmasıdır. Tanık Koruma Kanunu'nun 12'inci maddesi kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda işbirliği ve yardımda bulunmakla yükümlü olduklarını düzenlemişken; bu yükümlülüğün gerçek ve tüzel kişilere tanımadıkları kişileri istihdam etmeleri konusunda bir yükümlülük getirmediği belirtilmektedir. Aksi halde mülkiyet hakkı ile çalışma ile sözleşme hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır. Görüldüğü gibi kamu kurumları arasında yapılacak değişim ise daha kolay ve sorunsuz olacaktır. Öğrencinin eğitim kurumunun güvenlik gerekçesiyle değiştirilmesinde ise, eğitim kurumlarının kendi mevzuatlarını gerekçe göstererek transfer işlemlerinin yapılmasınd zorluk çıkaracağı belirtilmektedir. Bu tür sorunları engellemek için eğitim kurumunun değiştirilmesi tedbirinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin yönetmelik düzeyinde de olsa bir düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır (TURGUT, s.311, 312).

173 Tanıklık yapmadan önceki dönem, tanık ve yakınlarının hayat ve vücut bütünlüklerinin en çok risk altında olduğu dönemdir. Bu krıtik dönemde tanık ve yakınlarının güvenliğini sağlamak için geçici olarak başka bir yere yerleştirilmeleri en etkin çözüm olmaktadır. Ancak Tanık Koruma Kanununun 5'inci maddesinin (d) ve devam eden bentlerinde düzenlenmiş olan koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verilebilmesi için tanıklığın yapılmış olması şartı aranmaktadır. Yani tanıkların tanıklık yapmadan önce söz konusu tedbirlerle korunmalarına bu durum bir engel oluşturmaktadır. Duruşmada tanıklık yapana dek geçici olarak başka bir yere yerleştirilerek kolaylıkla korunabilecek olan tanık için böyle bir tedbirin uygulanabilmesi yasal olarak olanaklı gözükmemektedir. Tanık bu durumda ancak kendi olanaklarıyla başka bir yere yerleşebilir. Tanık başka bir yere yerleşebilir ise o yerde fiziki koruma sağlanması mümkün olabilecektir. Oysa kanuna açık bir hüküm konularak tanıkların maheme huzurunda tanıklık yapacakları zamana kadar geçici olarak başka yere yerleştirilmeleri konusunda tanık koruma birimlerine açık yetki verilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir (TURGUT, s.313, 314).

174 BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m.32 ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi m.24, tanık ve yakınlarının başka bir ülkeye yerleştirilmesi tedbirine yer verilmiştir. Hukukumuzda tanıkların korunması tedbiri olarak başka bir ülkeye yerleştirilmesinin hukukî temeli TKK m.5/1-ğ, m.17 hükmüdür. (Detaylı bilgi için bkz. TURHAN, Tanıkların Korunması, s.209 vd.) Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, koruma altına alınan tanığın ülke içinde ya da dışında yeniden yerleştirilmesi ülke içinde yenşden yerleştirmede bir koşul aranmıyorken, ülke dışındaki yerleştirmede uluslararası anlaşma ve karşılıklılık ilkesine uygunluğun arandığı belirtilmektedir. Kanunumuzda tanık koruma

10- Fizyolojik görünümünün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi[175].

Yukarıda saydığımız yöntemlerden biri ya da birkaçı birlikte uygulanabilir. Aynı korumanın daha hafif bir tedbirle elde edilebildiği durumlarda ise bu gözönünde tutulur[176].

Tanık Koruma Kanunu'nda durum yukarıda izah ettiğimiz şekilde iken, CMK'da düzenlenen tedbirler ile diğer ilgili kanunlarda düzenlenen tedbirler bazı noktalarda farklılık gösterebilmektedir. CMK'nın 58'inci maddesinde tanığın korunmasına ilişkin tedbirler, yargılamada tanık olarak dinlenen kişilere yöneliktir, dolayısı ile yakınları kapsamamaktadır. Bu bakımdan Tanık Koruma Kanunu'nun yaklaşımından oldukça farklıdır. Ayrıca, tanık koruma tedbirleri bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarda uygulanacaktır. CMK'da düzenlenen tedbirler, tanığın kimliğinin saklı tutulması ve tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesidir[177]. CMK'nın 58'inci maddesine göre tanığın kendisi veya yakınları için kimliğinin ortaya çıkması ciddi ve ağır bir tehlike oluşturacaksa kimlikleri saklı tutulabilecektir. CMK'da düzenlenen bir diğer tedbir ise hazır bulunma hakkına sahip olan kişiler bulunmaksızın tanığın dinlenmesidir. Hazır bulunma hakkına sahip olan kişiler bulunmaksızın tanığın din-

---

tedbiri kapsamında tanığın yabancı bir ülkede yeniden yerleşim düzenlenmişken yeniden yerleştirildiği bu ülkede başka bir tanık koruma tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı belirtilmemiştir. Ancak tehdidin düzeyine göre tanığın bu ülkede de korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu durumda uygulanacak koruma tedbirleri yerleşimin sağlandığı ülkenin hukuk kurallarına ve karşılıklı anlaşmalara göre yapılacaktır (DEĞİRMENCİ, s.108, 109).

175 Tanık Koruma Kanununun 5'inci maddesinin gerekçesine göre tanığın fizyolojik görünümünün değiştirilmesi uygulanması düşünülecek en son tedbirdir. Dış görünümün değiştirilmesinden maksat, saçın uzatılması, sakal-bıyık bırakılması değildir. Gerçek kimliği deşifre olan ya da diğer koruma tedbirleri uygulandığı halde korunamayan ya da korunması mümkün görünmeyen tanıklar için son çare olarak bu tedbir uygulanabilir. Fizyolojik görünümün değiştirilmesi hem insanları psikolojik olarak çok derinden etkileyen hem de geri dönüşü olmayan bir yöntemdir. Diğer tedbirlere nazaran son derece yüksek maliyetlidir. Sayılan nedenlerle uygulanmadan önce hem tanık koruma kurulu hem de tanık tarafından alternatif yöntemlerin ve bu tedbirin sonuçlarının çok iyi gözden geçirilmesi gerekmektedir. Kanun metninde ayrıca bu tedbir uygulanan kişinin kimlik bilgilerinin de buna uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (TURHAN, Tanıkların Korunması, s.211; TURGUT, s.315).

176 CENTEL/ZAFER, s.430

177 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.610; ÖZTÜRK/TEZCAN/ ERDEM/SIRMA/ SAYGILAR/ALAN, s.293-294; CENTEL/ZAFER, s.433-434.

lenmesi şu iki halde mümkündür: Bunlardan ilki, tanığın ilgili kişilerin huzurunda dinlenmesi tanık için ciddi bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka şekilde önlenemeyecek olmasıdır. İkincisi ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının tehlikeye düşecek olmasıdır[178].

Diğer kanunlarda yer alacak tedbirlere bakacak olursak Terörle Mücadele Kanunu'nda terörle mücadelede görev alan veya terör örgütü mensupları hakkında yapılan yargılamaya iştirak eden kişlerin yanında terör suçlarının aydınlatılmasına yardımcı olan kişiler de koruma tedbirlerinin kapsamına alınmıştır. Bu kanunda yer alan koruma tedbirleri Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tedbirlere kıyasla tedbirin uygulanacağı kişiler ve suçlar yanında uygulanacak tedbirler bakımından daha dar kapsamlıdır[179]. PVSK'da sanık ve hükümlülerden arananların bulundukları yerleri bildiren ya da yakalanmasına yardımcı olanların kimliklerinin rızaları olmadıkça açıklanmayacağı ifade edilmiştir. Yine 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu'nun[180] 5'inci maddesinde bilgi verdikleri için haklarında söz konusu kanun hükümleri uygulanan kişilere gerekli kanun hüküümlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin izinleri olmadıkça ya da ihbarın niteliği haklarında suç oluçturmadığı müddetçe gizli tutulacağı ifade edildikten sonra ilgili kişiler hakkında koruma tedbirlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (m. 19/4)[181].

Hukukumuzda düzenlenmemiş ancak karşılaştırmalı hukukta çeşitli şekillerde yer alan koruma tedbirleri şöyledir: Silah ruhsatı verilmesi, tanığın işe yerleştirilmesi, tanığa tehlike nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı tanınması[182], tehlike nedeniyle tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesidir[183].

178 DEĞİRMENCİ, s.109-110. BALO, s.77-78.

179 DEĞİRMENCİ, s.110-111.

180 06.08.2003 tarih ve 25191 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

181 DEĞİRMENCİ, s.111. FEYZİOĞLU, s.271; CENTEL/ ZAFER, s.429, dn.235.

182 Anayasanın 17'inci maddesine göre herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Ciddi ve ağır bir tehlike karşısındaki tanığın ifade vermeye zorlanması ise insan haysiyetinin dokunulmazlığı ile bağdaşmaz. Ayrıca tanığın özel hayatı çerçevesinde kanunda açıkça düzenlememiş olan tanıklıktan çekinme imkanına sahip olması gerektiği savunulmaktadır (ŞAHİN, s.140-141). Aksi görüş ise, ilk görüşün Tanık Koruma Kanunu ve CMK hükümleri karşısında kabul edilemeyeceği yönündedir. Tersi durumda tanıkların büyük bir çoğunluğunun ciddi ve ağır tehlike ile karşı karşıya kaldıkalrını iddia ederek tanıklıktan çekinme haklarını kullanmak isteyecekleri düşünülmektedir (TURGUT, s.317).

183 TURGUT, s.315-319. Bu tedbirler arasında yer alan silah ruhsatı verilmesi ile tanığın

E) Tanık Koruma Kanunu Uyarınca Gizli Tanıkların Dinlenmesinde Uygulanacak Usuller

Tanık Koruma Kanunu CMK'ya ek olarak tanığın dinlenmesinde uygulanacak bazı usulleri belirlemiştir. Öncelilkle Tanık Koruma Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi esnasında CMK m. 58/2 ve 58/3 uygulanır. Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa dinleme sırasında tanığın görüntü ya da sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir. Tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek şekilde mahkeme tarafından belirlenecek bir usule göre dinlenmesine de karar verilebilir (m. 9/2-3). Bu şekilde tanığın dinlenmesi halinde verilen beyanlar hâkim tarafından tanığın kimliği gizli tutularak duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır. Tanık Koruma Kanunu hükümleri uyarınca tanığa doğrudan soru yöneltme hakkı çerçevesinde sorulacak soruların kanun kapsamında uygulanan tedbirlerle ölçülü ve tanığın kimliğinin ortaya çıkmasına engel olacak şekilde olmalıdır (m.9/4-5). Bu şekilde alınan ifade duruşma sırasında hazır bulunanların huzurunda verilmiş ifade hükmündedir (m. 9/6).

Tanık Koruma Kanunu'nun 6'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre tanık koruma kararının verilmesinde tanığın ve yakınlarının karşı karşıya olduğu tehklikenin ağırlığı ve ciddiliği, suçun önemi, alınacak tedbirin yaklaşık maliyeti, tanığın yapacağı açıklamalar ve tanığı psikolojik durumu gibi özellikler göz önünde bulundurulur. Tanık koruma kararı talebinde muhakkak gerekçe gösterilmeli hukuki ve fiili nedenlere açıkça yer verilmelidir (m. 6/4-b). Tanık koruma kararları gizlilik esaslarına riayet edilerek verilir (m. 10/1). Tanığın kendi rızası ile ilgili tedbirin uygulanmasını kabul etmesi gerekmektedir. Tanık Koruma Kanunu'nda koruma tedbirleri uygulanmadan önce tanıkla kurul arasında bir mutabakat metni imzalanması usulü düzenlenmiştir. Mutabakat metninde tanığın tedbririn uygulanmasını rızası ile istediği, uygulanacak tedbirin ya da tedbirlerin ne olduğu, süresi, tanığın

---

işe yerleştirilmesi Tanık Koruma Kanunu'nun taslak metninde yer almasına rağmen kötüye kullanılacağı ihtimalinden hareketle kanun metninden çıkarılmıştır.

ve kurulun yükümlülüklerinin neler olduğu, hangi durumlarda tedbirin sona erdirileceği yer alır (m. 15)[184].

Tanık Koruma Kanunu'nun 7'inci maddesi uyarınca koruma kararında şu hususlara yer verilir: 1- Korunmasına karar verilen tanığın kimlik ve adres bilgileri 2- Tanık olunan olay 3- Tanıklığa ilişkin bilgiler 4- Tedbirin şekli ve süresi 5- Kararın istem üzerine veya re'sen verilip verilmediği 6- Karara dayanak teşkil edecek hukuki ve fiili sebepler 7- Tanık anlatımlarının muhakemenin evrelerinde nitelik ve kapsamına göre sağladığı ya da sağlayacağı yarar 8- Soruşturma ve kovuşturma konusu olayla sınırlı ve orantılı olmak üzere karara esa alınabilecek diğer hususlar.

Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi, fiziki koruma tedbirlerine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı[185], kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısı veya tanığın istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir (m.6/1)[186].

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tanığın isteminin bulunması koşuluyla Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar kolluk amirinin yazılı emriyle geçici olarak fiziki koruma tedbiri alınabilir. Bu tedbir geciktirilmeksizin Cumhıriyet savcısının bilgisine sunulur (m. 6/2).

184 Turgut'a göre mutabakat metni yasal anlamda bir sözleşme değildir ve bu anlamda tanığa çeşitli haklar bahşetmez. Bu belgenin içeriği tanık ve yakınları ile ayrıntılı şekilde tartışılmalı soruşturma konusu olayın niteliği, tanık ve yakınlarının şahsi durumları dikkate alınarak uygulanacak tedbirler çerçevesinde içeriği belirlenmelidir. Tanık Koruma Kanunu'nda mutabakat metninin sadece tanık tarafından imzalanacağı anlaşılmaktadır. Yazara göre bu düzeneleme oldukça yetersiz olup, tanıkla birlikte koruma altına alınacak reşit yakınlarının da metni imzalaması gerekmektedir (TURGUT, s.353).

185 Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilecek tedbirlerden olan tanığın kimlik bilgilerinin gizli tutulması, fiziki koruma sağlanması ve cezaevinde bulunan tanığın güvenli bir yere yerleştirilmesi tedbirlerinin Cumhuriyet savcısı tarafından kararlaştırılmasının sanık hakları ve ceza muhakemesinin temel ilkeleri bakımından herhangi bir sorun teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. (TURGUT, s.336, 338).

186 Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından karar verilmeden önce kolluk tarafından tanığın mevcut durumunun, tanığa yönelik mevcur bir baskı bulunup bulunmadığının, tanığın psikolojik durumunu içeren bir değerlendirme raporu hazırlanacaktır. Hâkim ya da Cumhuriyet savcısı bu raporlara dayanarak tedbir kararı vermelidir (TURGUT, s.341).

F) Tanık Koruma Tedbirinin Süresi, Değiştirilmesi ve Kaldırılması

Tanık Koruma Kanunu'nun 8'inci maddesine göre tedbirlerin süresine, şeklinin değiştirlmesine, kaldırılmasına veya aynen devam etmesine re'sen ya da istem üzerine kararın uygulandığı tarihten başlamak üzere ve en geç birer yıl aralıklarla karar verilir. Tanığın:

1- Koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yanlış bilgi vermesi veya bildiği hususları açıklamaması

2- Koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yalan tanıklık ya da ifitradan mahkum olması

3- Önceki kimlik bilgileri ile ilgili kendisinden istenen bilgilerle ilgili yanlış beyanda bulunması

4- Koruma kararında belirtilen tedbirlere aykırı bir davranış içine girmesi

5- Koruma sebeplerinin ortadan kalkması hallerinde tanık koruma tedbiri kararı kaldırılabilir (m. 8/4).

Korunmasına karar verilen tanığın yaptığı yanıklıktan dolayı iftira ya da yalan tanıklıktan mahkûm olması veya koruma kararında belirtilen tedbirlere aykırı bir davranışta bulunması durumlarında tanık koruma tedbirlerinin uygulanması için yapılan giderleri karşılamak durumundadır (m. 21)[187].

Koruma tedbirinin kaldırılması halinde kişinin istemi üzerine durumunun tedbirden önceki hale getirlmesine tedbir kararını veren makam tarafından karar verilir. Eski hale getirilme durumunda bunun şekli, süresi, sonuçları kararı veren makamca ve hakkında tedbir uygulanacak kişi tarafından yapılacak işlemler ile diğer esas ve usuller yönetmelikte düzenlenmektedir (m.8/3).

Alınan kararlar hakkında tedbir uygulanan tanığa gecikmesizin bildirilir (m.8/5). Tedbirin uygulanmasına ilişkin karar ve diğer belgeler soruşturmada Cumhuriyet başsavcılığınca kovuşturmada mahkemece bu karara mahsus yerlerde gizlilik esaslarına uygun olarak

187 Tanığı meydana gelen zarardan hukuken sorumlu tutabiliyuor isek zararı karşılaması gerekmekte olup, hata sonucu oluşan zararları karşılama sorumluluğu yoktur (TURGUT, s.360).

saklanır[188]. Cumhuriyet başsavcılığınca veya mahkemece tanık koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin verilen karar veya diğer belgeler soruşturma ve kovuşturma konusu suç dışında başka bir makam veya mercie gönderilemez (m. 10/3).

VI) AİHM KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ TANIKLIK

AİHS'de tanık koruma ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Sözleşmenin 6'ıncı maddesi çerçevesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı tanıkların korunması bakımından yol gösterici olmaktadır[189]. AİHM, AİHS'nin 6'ıncı maddesinde düzenlenmiş olan şüpheli va sanık haklarını dikkate alıp soyut hükümler ile somut olayın özelliklerini mukayese ederek şüpheli ve sanık haklarının ihlal edilip edilmediği noktasını araştırmaktadır[190].

AİHS'nin 6'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrası, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek; savunma tanıklarının iddia tanıkları ile aynı koşullar altında çağrılmasını ve dinlenmesini düzenlemektedir. AİHM, yargılama sırasında tanığın kimliğinin gizli tutulmasının bazı sorunları da beraberinde getireceğine işaret etmektedir. Tanık beyanı mahkemenin verdiği kararın dayandığı asli delilse ve yargılamada dengeleyici güvenceler getiren bir usul düzenlenmemişse sözleşmenin ihlali söz konusu olabilmektedir[191].

Tanık koruma tedbirlerinin tanık beyanının güvenilirliğini zedelemesi ve savunma hakkını kısıtlaması noktasında adil yargılama hak-

188 Cumhuriyet savcılığı veya mahkemelerde tanık koruma defterleri ile diğer belgeler tanık koruma kartonu adı verilen dosya içinde muhafaza edilir. Bu kartonların ilgili Cumhuriyet savcısı veya hâkim nezaretinde özel bir kasada saklanması gerekir (Tanık Koruma Kanunu Yönetmeliği m. 19).

189 DEĞİRMENCİ, s.111-112; ALTIPARMAK Cüneyd, "Türk Hukukunda Tanık Koruma", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008, s.173.

190 ŞEN Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2011, s.231.

191 AİHM Sadak/ Türkiye davasında sözleşmeyi imzalamış olan devletin sanık aleyhine ifade veren tanıklara sanığın soru yöneltme hakkını sağlamak zorunda olduklarını belirterek Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesindeki dava sırasında sanıklar hakkında ifade veren aşiret reislerinin ne Mahkeme'de dinlenilmesi ne de başvurucularla yüzleştirilmesinin kabul edildiğini, ayrıca iddia makamının tanıkların DGM'deki duruşmaya katılmaları halinde nasıl bir tehlike ile karşı karşıya kalacaklarını da açıklmadığını belirterek madde 6/3-d'nin ve 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir (ALTIPARMAK, s.173).

kını etkileyebileceği düşünülmektedir[192]. Tanığın dinlenmesi sırasında şüpheli veya sanığın hazır bulunma ve tanıklara soru sorma hakkı bulunmaktadır. AİHM'e göre, bir delilin kabul edilebilirliği ulusal kanun koyucunun takdir hakkı içinde değerlendirilir. Söz konusu delil kaynağından elde edilenlerin değerlendirilmesi yerel mahkemekere ait bir yetkidir. Ancak tanığın kimliğinin gizli tutulması için tanığın tehdit altında olması olmazsa olmaz bir koşuldur. Ulusal mahkemeler sanığın, tanığın kimliğini öğrenme ile tanığın yaşam hakkı arasında adil bir denge kurmalıdır. Bu bakımdan AİHM gizli tanıkların ceza muhakemesinde dinlenmesine karşı değildir[193].

AİHM, kimi kararlarında tanıkların savunma tarafından duruşmada sorguya çekilmesinin mutlak bir hak olmadığını bu hakkın bazı durumlarda sınırlandırılabileceğini belirtmiştir[194].

AİHM'in içtihatlarında tanığın kimliğinin gizli tutulduğu, tanığın sadece hâkim tarafından sorgulandığı durumlarda savunmaya, tanığa soru sorma imkanı tanınmış olması durumunda sözleşmenin 6'ıncı maddesinin ihlal edilmeyeceği belirtilmektedir[195].

Mahkeme kimliği gizli tutulan tanığın beyanının yerel mahkeme tarafından hükme esas alınıp alınmayacağı ile ilgili kararlar da vermiştir. Mahkemeye göre sadece kimliği gizli tutulan tanık veya tanıkların beyanları esas alınarak mahkumiyet kararı verilmesi sözleşmeyi ihlal edecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere silahların eşitliğinden söz

192 DEĞİRMENCİ, s.113; ŞAHİN, Tanık Koruma, s.810.

193 DEĞİRMENCİ, s.114; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.364.

194 Baegen v. The Netherlands, Filkensieper v. The Netherlands ve Doorson v. The Netherlands kararları.

195 AİHM'in Kostovski v. Hollanda (20 Kasım 1989) kararında kimliği bilinmeyen iki tanığın ifadelerinin delil olarak kullnılması AİHS m. 6/3-d'ye aykırı bulunmuştur. Kimliği gizlenen tanıklardan birisi sadece polis bir diğeri de polis ve sulh hukuk hâkimi tarafından sanık ve avukatının yokluğunda dinlenmiştir. Gizli tanıklar duruşmalara katılmamışlardır. Böylece kimliği gizlenen tanılklara yargılamanın hiçbir aşamasında sanık ve avukatı tarafından soru sorulmasına ve açıklama yapmaya davet edilmelerine imkan tanınmamıştır. Mahkeme organize suçları önlemenin ve ortaya çıkarmanın güçlüğünün farkında olduğunu ve organize suçlar bakımından uygun sınırlamalar getirilebileceğini ifade etmektedir. AİHM, soruşturmada gizli tanık beyanının kullanılmasını ve kovuşturmada sırf bu beyanlardan hereketle sanığın cezalandırılmasının AİHS'nin 6'ıcı maddesinin 3'üncü fıkarsının d bendibi ihlal ettiğini beliertmektedir (ŞEN, s.231-233;). Aynı yönde Ulterperginter v. Autriche (24 Kasım 1996); Delta v. Fransa (19 Aralık 1990) kararları için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s.364 vd.; TURGUT, s.104-108.

edebilmemiz için mahkumiyet hükmünün kimliği gizli tutulan tanık dışında başka delillerle de desteklenmesi gerekmektedir[196].

AİHM'nin tanığın kimliğinin saklı tutulması ile ilgili koyduğu ölçütleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Tanığın kimliğinin gizli tutulabilmesi içi sanığın itham edildiği suçun ağırlığı tek başına yeterli değildir. Tanığın kendisinin ya da yakınlarının hayat ve vücut bütünlükleri bakımından somut bir tehlikenin bulunması zorunludur.
- Gizli tanığa soru sormak ve beyanındaki bilgileri ne şekilde edindiğini ortaya koyarak savunmanın tabığın güvenilirliğini sorgulama hakkı sınırlandırılmamalıdır.
- Gizli tanığın beyanının kullanılması suretiyle savunmanın güç duruma sokulması durumunda savunma hakkının başka usul tedbirleri ile güçlendirilmesi gerekmektedir.
- Mahkeme kararı tek başına gizli tanığın beyanına dayandırılmamalıdır[197].

Yukarıda bahsettiğimiz ölçütlerden yola çıkarak AİHM kararları bakımından TKK'nın şu şekilde değerlendirilmesi mümkündür: TKK m.4/2'de yer alan "ağır ve ciddi bir tehlikenin varlığı" koşulu AİHM kararları ile uyumludur. AİHM, tanık veya yakınlarının maddi ve manevi değerlerine yönelik bir tehlikenin varlığı halinde bu tehlikenin ağır ve ciddi olması koşuluyla tanığın kimlik ve adres bilgilerinin izlenebilmesini kabul etmektedir. Ancak uygulamada malvarlığına yönelik tehlikenin varlığı halinde fiziki koruma tedbirlerinin yeterli olmayacağı sonucuna varıldıktan sonra kimlik bilgilerinin gizlenmesi yoluna başvurulması Sözleşmeye aykırılığın önüne geçecektir. Yine TKK'nın tanığın kimliğinin gizlenmesi için tehlikenin, tanığın kendisi ya da onun yakını olan kişilere yönelik olması koşulu AİHM içtihatları ile uyumludur. CMK ve TKK'da kimliği gizlenen tanığın duruşmada dinlenmesi esansında sanık ya da müdafinin tanığa soru sorma hakkını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. TKK m. 9/10'a göre tanık

196 DEĞİRMENCİ, s.116.
197 DEĞİRMENCİ, s.116-117; bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÇİÇEK, s.71 vd.; ALTIPARMAK, s.174; ŞAHİN, Tanık Koruma, s.810 vd..

koruma tedbirleri savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz. AİHM savunma makamının en azından bir defa tanığa soru sorma ve onun güvenilirliğini sorgulayabilmek için yeterli ve gerekli imkâna sahip olmasına ayrıca önem vermektedir. TKK m. 9/7'ye göre kimliği gizlenen tanığın ifadeleri CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade niteliğindedir. Aynı maddenin 8. fıkrası hükmüne göre kimliği gizlenen tanık beyanı tek başına hükme esas teşkil edemez. Bu konuda AİHM'nin kanaati mevzuatımıza göre yumuşatılmış bir şekildedir. AİHM'ye göre, mahkûmiyet kararı tek başına ya da önemli ölçüde kimliği gizlenen tanık ifadesine dayandırılmamalıdır. Fakat kimliği tamamen gizli tutulan tanığın beyanı yeterli yan delillerle doğrulandıktan sonra sanığın mahkûmiyetinde kullanılabilir[198].

Tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesini AİHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile bağdaştırmak zordur. Ses ve görüntünün değiştirilmesi AİHS m. 6/3-d'de güvence altına alınmış olan soru sorma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Çünkü ses ve görüntüsü değiştirilen tanığın ifade esnasındaki beden dilinin muhakemeye katılanlar bakımından algılanması mümkün olmamaktadır. AİHM mahkûmiyet kararının tek başına ya da önemli ölçüde hakkında tedbir uygulanan tanık beyanına dayandırılmasının sözleşmeyi ihlal ettiği görüşündedir. Ancak TKK'ya göre ses ve görüntüsü değiştirilen tanık beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez ise de mahkûmiyet hükmünün önemli ölçüde böyle bir beyana dayandırılmasına engel bir hal bulunmamaktadır[199].

SONUÇ

Suçların beklenmedik zamanlarda işlenmesi, suç faillerinin delil bırakmamak adına dikkatli hareket etmeleri gibi hususların da etkili olduğu ceza muhakamesinde delil elde etmek oldukça zordur. Delil serbestisinin geçerliliğini koruduğu ceza muhakemesinde hukuk mu-

198 Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s.399-401.
199 TURHAN, s.405-407.

hakemesinden farklı olarak ceza hâkimi, tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın delilleri araştırabilir, delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edebilir. Bu bakımdan delillerin ceza muhakemesinde özel önemi bulunmaktadır. Tanık beyanı ise kimi dosyaların tek delili olması itibarıyla ayrı bir yere sahiptir.

TKK başvurulabilecek tedbirlerin kapsamını genişletmesine karşın kimi noktalarda CMK m. 58 hükmü ile çelişmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere çelişen noktalarda TKK'nın dikkate alınması gerekmekteyse de ceza muhakemesine ilişkin tanık koruma tedbirlerinin tamamının CMK'da yer alması çok daha yerinde bir düzenleme olacaktır. TKK'da yer alan hükümlerin, AİHM içtihatları çerçevesinde değerlendirildiğinde, mahkeme içtihatları ile büyük ölçüde uyumlu olduğu görülmektedir. Tanık koruma tedbirlerinin en tartışmalı olduğu kısım tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizlenerek dinlenmesi ve bu şekilde elde edilen beyanın hükme esas alınmasıdır. Bu durum sanığın savunma hakkı bakımından birtakım sorunları su yüzüne çıkarmaktadır. Bu nedenle öncelikle fiziki koruma tedbirlerine başvurulmalı şayet bu tedbirlerden yeterli sonuç alınamayacağı anlaşılırsa diğer ceza muhakemesi tedbirlerine başvurulmalıdır. Mevzuatımızda açıklık bulunmamakla birlikte AİHM içtihatları doğrultusunda tehlikeye maruz kalan tanığın korunması için birden çok tedbir bulunuyor ise bu tedbirlerden sanığın savunma hakkını en az zedeleyecek olan tedbir seçilmelidir.

Tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesini, AİHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı ile bağdaştırmak oldukça güçtür. Ses ve görüntü değiştirildiği takdirde tanığın ifade sırasındaki mimik ve jestlerinin öncelikle savunma makamı akabinde de muhakemeye katılanlar bakımından algılanması mümkün olmamaktadır. TKK m. 9/8'e göre hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil edemez ise de sanığın mahkûmiyetinin böyle bir beyana dayandırılmasına engel bulunmamaktadır. Ancak, AİHM içtihatları bu durumu m. 6 ile güvence altına alınmış olan iddia tanıklarına soru sorma ve sorgulama hakkının ihlali olarak kabul etmektedir. Bu konudaki uyumsuzluğun giderilebilmesi adına mahkemeler ses ve görüntü değiştirilerek ya da

kimliği gizlenerek dinlenen tanık beyanlarını mahkûmiyete esas almamalı ancak yan delillerle de desteklendikten sonra bu beyanlar hükme esas alınmalıdır.

Maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemli bir yere sahip olan tanık açıklamaları, tanıkların etkin şekilde korunmasının sağlanamaması nedeniyle güvenilirliğini yitirebilmektedir. Tanıklık kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görevdir. Tanık bir ispat aracıdır. Şüpheli ya da sanığın aleyhine tanıklık yapacak kişinin ve yakınlarının korunması ile sanık ve müdafinin savunma hakkı kapsamında tanıklara soru sorması arasındaki ilişkinin gözetilmesi oldukça önemlidir.

Hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyı esas alan bir hukuk devletinde tanıkların korunması bakımından tanığın yaşam hakkı ile serbestçe tanıklık yapabilme hakkı arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri ancak bir hukuk devletinde uygulanabilir. Tanıkların korunmasına dair olan hükümler savunma hakkını sınırlandıracak bir biçimde uygulanamaz.

Sanığın, tanığa soru sormak ve ifadesinin gerçeğe uygun olup olmadığını ortaya çıkarma konusunda yeterli ve etkili olanağa sahip olması gerekir. Tanık, haklı bir menfaat söz konusu ise duruşmada teşhis edilemeyecek şekilde dinlenebilir. Savunma, tanığın beyanının içeriği hakkında vasıta olmaksızın bilgi edinebilmeli ve tanığa doğrudan soru yöneltebilmelidir. Tanık koruma yöntemleri arasında uygulaması en kolay ve masrafsız yöntem olan tanığın kimlik bilgileri gizli tutularak dinlenmesi tedbirinin, silahların eşitliği ilkesi bakımından birtakım sorunlara yol açacağı açıktır. Gizli tanık dinlenmesi halinde tanıkların kimlik bilgileri birçok olayda Cumhuriyet savcısı tarafından biliniyor olacak, fakat tanığın güvenliğini sağlamak maksadıyla savunmadan gizlenecektir. Bir kişinin sırf tanıklık yapmış olması sebebiyle kendisine veya yakınlarına karşı bizzat sanık veya tanıdıkları tarafından saldırıda bulunulması halinde, elbette bu tehlikenin o kişilerin özel sorunları olduğu iddia edilemez. Söz konusu saldırının tek nedeni, bir kamu görevi olan tanıklık görevinin ifası olup, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğünü korumayı öngören Anayasal düzenlemeler, tanıklık yapmış olması sebebiyle yaşam ve vücut bütünlüğü tehlikeye girmiş olanlar açısından evleviyetle geçerlidir.

Adil yargılanma hakkı, tanıkların korku içinde olmadan güvenli bir şekilde tanıklık yapmalarını, bunu sağlamak için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını da kapsamına almaktadır. Tanığın haklarına öncelik tanındığında, savunma tarafı bir anlamda hiç tanımadıkları, hayali bir tanığın beyanı ile mahkûm edilecektir. Sanık haklarına öncelik verildiğinde ise, somut ve ciddi bir tehlike altında bulunan tanığın duruşmada aleni dinlenerek savunma tarafının boy hedefi haline gelmesi hali söz konusu olacaktır. Tanık, tanıklık yaptıktan sonra, sırf tanıklık yapmış olması nedeniyle katlanılması son derece zor olan yeni bir kimlikle eski hayatı ile olan tüm irtibatını koparark yeni bir yere yerleşme gibi tedbirlerin uygulanmasını kabul edecektir. Her iki durumda da adil yargılanma hakkının gereği olan sanık ve tanık haklarının elden geldiğince birbiri ile bağdaştırılması şarttır.

Tanık Koruma Kanunu hükümleri, çatışan bu menfaatleri bağdaştırabilecek birtakım çözüm yolları öngörmektedir. Buna göre, belli koşullar altında tanığın korunması için kimliği gizli tutularak dinlenmesi olanaklı olacak; ancak bunun karşılığında savunma tarafına tanığı sorgulama imkânı tanınacak ve bu biçimde dinlenen tanık beyanı tek başına veya belirleyici şekilde sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesinde kullanılamayacaktır.

CMK m. 58/5 uyarınca ise tanıkların korunması sadece bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından mümkündür. Bu suçlar CMK m. 250'de düzenlenmiştir. CMK iki tür koruma şekli belirlemiştir: Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin saklı tutulması ile tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi. Kanunun 5'inci maddesi, tanık için kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulabileceğini belirtmekte, fakat Yönetmeliğin 11'inci maddesinde ifade edilen kod isim kullanılmasına ilişkin hüküm sevk etmemektedir. Kanunda yer verilmeyen bir hükme Yönetmelikte yer verilmesi kanun yapma tekniğine aykırıdır.

Tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi kendisi ve yakınları için ağır ve ciddî bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecek ise hâkim hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığı dinleme konusunda takdir hakkına sahiptir. Bu gibi bir durumda tanığın beyanının alındığı sırada sesli ve görüntülü

aktarma yapılacaktır. Tanığın korunması sadece ceza muhakemesi işlemleri ile sınırlı olarak kabul edilir ve bu şekilde anlaşılırsa koruma amacına hizmet etmeyecektir. Bu bakımdan tanığın tanıklık görevini yaptıktan sonra da korunması zorunludur.

Hukukumuzda düzenlenmemiş ancak karşılaştırmalı hukukta çeşitli şekillerde yer alan koruma tedbirleri şöyledir: silah ruhsatı verilmesi, tanığın işe yerleştirilmesi, tanığa tehlike nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı tanınması, tehlike nedeniyle tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesi. Tanığa tanıklıktan çekinme hakkının tanınması, tanığın yaşam hakkının korunması bakımından önemli bir adım olacaktır. Her ne kadar tanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olması yaşam hakkı bakımından özellik gösterse de bu uygulama çok özellikli durumlara hasredilmelidir. Çünkü özellikle örgütlü suçlarda tanık sayısının azlığı ya da yokluğu da göz önünde bulundurulacak olursa, maddi gerçeğe ulaşma bakımından sıkıntılar yaşanabilecek, etkin bir ceza adaleti sisteminden uzaklaşılabilecektir.

AİHS'de tanık koruma ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Sözleşmenin 6'ıncı maddesi çerçevesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı tanıkların korunması bakımından yol gösterici olmaktadır. AİHM'nin içtihatlarında tanığın kimliğinin gizli tutulduğu, tanığın sadece hâkim tarafından sorgulandığı durumlarda savunmaya, tanığa soru sorma imkânı tanınmış olması durumunda, sözleşmenin 6'ıncı maddesinin ihlal edilmeyeceği belirtilmektedir. AİHM, tanık koruma tedbirlerinden olan tanığın kimliğinin gizli tutulmasının belirli suç tiplerine bağlanması durumunu yeterli görmemiş, tanığın kendisinin ya da yakınlarının hayat ve vücut bütünlükleri bakımından somut bir tehlikenin bulunmasını aramıştır. Bu nedenle, baştan bir katalog suç sayımı yerine somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulup bir değerlendirme yapılarak iş bu tedbire hükmedilmesi, basit suç tipleri bakımından da tanığın kendisinin ya da yakınlarının tehlike altında bulunması halinde dahi korunmalarını gündeme getirebilecektir. Mahkemenin, tanığın kimliğinin gizli tutulması ile ilgili getirdiği ölçütlerden olan, gizli tanığın beyanının kullanılması nedeniyle, savunmanın güç duruma girmesi halinde savunma hakkının başka usul tedbirleri ile güçlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü dikkate alınacak olursa; ülkemizde hali hazırda

yargılama süreci devam etmekte olan kimi davalar bakımından gelecekte mahkûmiyet kararlarının gelmemesi imkân dâhilinde değildir. Mahkemenin işaret ettiği usul tedbirleriyle ilgili mevzuatımızda bir açıklık bulunmadığı gibi mahkemelerimiz tarafından kıyas yoluna da gidilmemektedir.

KAYNAKLAR

ALTIPARMAK Cüneyd, "*Türk Hukukunda Tanık Koruma*", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008, s.171-179.

ARBİA Silvana, "*The International Criminal Court: Witness And Victim Protection And Support, Legal Aid And Family Visits*", Commonwealth Law Bulletin Vol. 36, No. 3, September 2010, 519–528.

ARNOLD Roberto, "*Witness Protection under Swiss Legislation: An Offspring of International Law*", Martinus Nijhoff Publishers, International Criminal Law Review 7 (2007), s.483-503.

BALO Yusuf Solmaz, "*Anonim Tanığın Dinlenmesi*", Terazi Hukuk Dergisi, S:34, Haziran 2009, s.69-82.

BEİJER Annemarieke/ LİEFAARD Ton, "A Bermuda Triangle? Balancing Protection, Participation and Proof in Criminal Proceedings affecting Child Victims and Witnesses", Utrecht Law Review, October 1, 2011, s.70-107.

CENTEL Nur, "*Adil Yargılanma Hakkı İle Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma*", TBB, Temmuz 2006.

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, İstanbul Kasım 2010.

ÇİÇEK İbrahim, Tanık Koruma Kanunu, İstanbul Ocak 2009.

ÇİÇEK İbrahim, "*5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve "Gizli Tanık"*, Terazi Hukuk Dergisi, S. 29, Ocak 2009 (Kısaltma: Gizli Tanık).

DEĞİRMENCİ Olgun, "*Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:83, Ankara 2009, s.73-122.

DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

DİNÇ Güney, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği*", TBB Dergisi, S. 57, 2005.

DİNÇ Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, Mart 2006.

DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

DONAY Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 1. Bası, İstanbul Mayıs 2009 (Kısaltma: Şerh).

DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta, İstanbul Ekim 2010 (Kısaltma: Yargılama).

ERDEM Mustafa Ruhan, "*Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması*", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 60, Temmuz 1995.

ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2004.

FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara Şubat 1996.

GEDİK Fırat, "*Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu*", Güncel Hukuk, S: 2-50, Şubat 2008, s. 12-17.

GOMIEN Donna, (çev. Serkan Cengiz/ Utku Kılınç), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, İzmir Barosu Yayınları, Ağustos 2008.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 'Adil Yargılama'*", AÜSBFD, İlhan Öztrak'a Armağan, C. 49, No: 1-2, Ankara Ocak-Haziran 1994 (Kısaltma: Adil Yargılama).

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama*" AÜSBFD İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 11, Ankara 1995.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında 'Demokratik Toplum' Ölçütü*", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2004.

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Kasım 2008.

KARAKEHYA Hakan, "*Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Arasındaki Yeri ve Ceza Muhakemesi Bağlamındaki Önemi*", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 5, Aralık 2007.

KARAKEHYA Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008 (Kısaltma:Duruşma).

KAUR Servinder, "*Potential Challanges in A Witness Protection Programme in Malaysia*", Pertanika Journal of Social Sciences & Humanities, Universiti Putra Malaysia Press, September 1, 2011, s.363-369.

KAZANCI EKER Behiye, "*Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma*", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:7, Temmuz 2006, s.158-167.

KİZİROĞLU Serap Keskin, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Aykırı Deliller*", Güncel Hukuk, Kasım 2007, S. 11.

KOCA Mahmut, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, S. 2, Aralık 2006, s. 207-225.

KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Ekim 2005.

KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, İstanbul Kasım 2009.

MOLE Nuala/ HARBY Catharina, Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları No: 3, Ankara 2003.

ÖZBEK Veli Özer, "*Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2006.

ÖZBEK Veli Özer, "*Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati*", HFSA, 16. Kitap, İstanbul 2007.

ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Nihat/ BACAKSIZ Pınar/ DOĞAN Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.

ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2011.

ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar), AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara 1995 (Kısaltma: Delil Yasakları).

ÖZTÜRK Bahri, "*Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri*", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA Özge/ SAYGILAR Yasemin/ ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer/YÜKSEL Erol Güngör, Açıklamaları-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008.

SCHROEDER Friedrich-Christian, "*Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi*", (çev. Cumhur Şahin), SÜHF Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Amağan, Konya 1996, s. 269-283.

SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.

SOYER GÜLEÇ Sesim, "*Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak "Halka Açıklık" İlkesi*", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 5, Aralık 2007, s. 73-103.

ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat, (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Ankara 2001.

ŞAHİN Cumhur, "*Türk Hukukundaki Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi*", Prof Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul Haziran 2004 (Kısaltma: Tanık Koruma), s. 803-828.

ŞEN Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2011.

TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", 2. Baskı, Ankara 2004.

TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2011.

TURGUT Bayram, Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Ankara 2010.

TURHAN Faruk, "*Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi*", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara 2009.

TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesindeki Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Seçkin, Ankara 2009, (Kısaltma: Tanıkların Korunması).

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Mart 2010.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara Eylül 2010 (Kısaltma: Temel Bilgiler).

Witness Security and Protection Grant Program Act of 2009-Report, Committed to the Committee of the Whole House on the State of the Union and ordered to be printed, USA, JUNE 8, 2009, s.1-6.

YAŞAR Osman, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza yargılama Yasası, C.I, Ankara 1998.

YENİSEY Feridun, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil*", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, S. 4, Ağustos 2007, s.5-60.

YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, 5.Bası, Nisan 2008 (Kısaltma:Şerh).

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, İstanbul Ocak 2007.

http://ehis.ebscohost.com

http://cmiskp.echr.coe.int

http://www.usatoday.com/news/washington/2004-03-19-terror-witnesses x.htm

http://www.hrschool.org

http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P81-86.pdf

KARAYOLUYLA EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE İŞ GÖRME AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ

THE QUALIFICATION LEGAL AND THE RELATION WITH TRANSACTION CONTRACTS OF CARRIAGE CONTRACT OF GOODS BY ROAD

Özlem TÜZÜNER*

Özet: Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle, tipik, ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen ve rızaî bir sözleşmedir. Taşıma senedi, sevk mektubu ve benzeri belgelerin, fonksiyonu ispat olup, bunların yokluğu, hukuka aykırı oluşu veya kaybolması, taşıma sözleşmesinin varlığını veya geçerliliğini etkilemez. Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısı bakımından, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinden ziyade, eser sözleşmesiyle, niteliği, kuruluşu ve sona ermesi açılarından benzerlik arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki nitelik, rızaî akit, iş görme amacı, taşıma sözleşmesi, eser sözleşmesi

Abstract: The carriage contract of goods by road, in terms of qualification legal, is a synallagmatic contract which is edited in law and concluded by consensus. The consignment note and other similar carriage documents, whose function is to prove, absence, irregularity or loss of those documents, shall not affect the existence or the validity of the carriage contract. The carriage contract of goods by road, as a matter of the relation with the purpose of transaction, left over representation or employment contracts, presents analogy to freelance contract.

Keywords: Qualification legal, contract which is concluded by consensus (is not real), purpose of transaction, carriage contract, freelance contract.

* Yrd. Doç. Dr., Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1- ÇALIŞMA KONUSUNUN SUNULMASI

Eşya taşımasının dünya tarihindeki en eski ve klasik şekli, kara taşımasıdır. İnsanoğlunun toplamadan avlamaya geçmesi üzerine, tekerleğin icadıyla birlikte, kara taşıma araçları kullanılmaya başlanmıştır[1]. Ancak ilkçağlarda, eşya sahibiyle eşyayı taşıyan kişi özdeştir[2]. İlkel dönemden modern yaşama geçişte, bireyin tehlikelerden kaçma içgüdüsü, taşımaya verilen önemi artırmıştır[3]. Ekonomik ve buna bağlı olarak sosyal düzen değiştikçe, eşya sahibiyle eşyayı taşıyan kişi ayrışmıştır. Böylece, sosyal ilişkileri şekillendiren sözleşmelere, eşya taşıma sözleşmesinin eklenmesi mümkün olmuş; diğer mesleklerden bağımsız bir meslek hâline gelen taşıyıcılığa hukuk düzenince müdahale gereksinimi doğmuştur[4].

Özellikle, ikinci dünya savaşından sonra ticarî faaliyetler ülkesel sınırları aşan bir boyut kazanmıştır. "Bu gelişmeye paralel olarak, eşya taşınmasının kapsamı, tekniği ve türleri değişmiş, taşımacılık faaliyeti ülke sınırları içinde cereyan eden bir faaliyet olmaktan çıkmıştır[5]. 1960'lı yıllarda konteyner taşımacılığı başlamış; böylece taşımacılığın rasyonalizasyonu sağlanmıştır[6]. Günümüzde, hava ve deniz yoluyla taşıma çok gelişmiştir. Yine de, karayolu metodu, diğer taşıma metotlarından daha yaygın bir mertebededir[7].

---

1 Wise C., The story of transport, 1944, Londra, s. 1-11. Ayrıca bkz. Atabek R., Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul, 1960, s. 3, 4. **Tüzün** N., Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara, 1968, s. 1-2.

2 Arkan S., Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 31.

3 Thaller E., Droit Commercial, Les Transport, Paris, 1910, s. 2. Taşıma faaliyetinin, hız, ücret, güvenlik ve süre açısından tarihsel gelişimi hakkında bkz. Thaller, s. 4-38.

4 Arkan, Sorumluluk, s. 31.

5 Kaya A., Karayolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmenin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 311-333, s. 331. Aynı yönde bkz. Arslan A., Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcıya Yükün Ziya ve/veya Hasarı Sebebiyle Yöneltilebilecek Sınırlı/Sınırsız Sorumluluk Hâlleri ve Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 89-118, s. 89. Şamlı Y. K., Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul, 2008, s. 5. Arkan S., Eşyanın Karayolu ile Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, 26-27 Ocak 1984, Maçka/İstanbul, Ankara, 1984, s. 6-21, s. 7, 8.

6 Deniz İ., Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunları, İstanbul, 1982, s. 14.

7 Avrupa Birliği'nde kara yoluyla taşımanın diğer taşıma metotlarının on katı daha yaygın olduğu yönünde bkz. Stevens H., Transport Policy in the European Union,

Taşıma faaliyetinin, beşerî, iktisadî, ticarî ve sosyal cepheleri bulunmaktadır. Bu faaliyet, ekonomik düzeni ulusal ve uluslararası boyutta canlandırmakta; tüketimi desteklemekte ve küreselleşmeyi güçlendirmektedir[8]. Taşıma, gelişmiş, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler arasında üretilenlerin tüketicilere dağıtılmasını kolaylaştırdığı ölçüde sosyal yöne hizmet etmektedir[9]. Kara taşımasının gelişmesiyle, karayolu kalitesinin ve ağır vasıta güvenliğinin gelişmesi doğru orantılıdır[10]. Fakat bugüne gelindiğinde, kaliteli karayolu ve güvenilir vasıta kâfi değildir; güvenilir ve yeknesak hukuk düzeni sektörün en önemli ihtiyacıdır. Bunun için, karayolu taşımasını düzenleyen mevzuat, gerek taşıyıcı, gerek gönderen ve gönderilen açılarından hukuk güvenliğini sağlayacak yeterlikte olmalıdır[11].

Doktrinde, taşıma hukukunun, karma bir hukuk dalı olduğu; ceza, idare, ticaret, vergi hukukları yanı sıra, medenî hukuku da ilgilendirdiği ifade edilmektedir[12]. Taşıma sözleşmesinin kamu hukuku veya özel hukuk kuralları uyarınca mı inceleneceği problemini, sözleşmenin doğası gereği taşıyıcının kişiliğine bağlayan; taşıyıcı, devlet memuru veya devlet kurumu ise, kamu hukuku kurallarının geçerli olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır[13]. Böylesine geniş kapsamlı bir alanda, çalışma konusunun sınırlarını netleştirmek gereklidir.

The European Union Series, Basıldığı yer: Çin, Kamuya sunulduğu yer: Avrupa Birliği, 2004, s. 102, 103.
Aynı yönde bkz. Rodière R., Le Contrat de transport de marchandises terrestre et aérien (France), Paris, 1977, s. 5-7, 54-73.
Aynı yönde bkz. Avrupa Birliği'nin Ulaştırma Politikası, İstanbul, 2003 (İktisadi Kalkınma Vakfı, No: 14), s. 8.
Fédération internationale des ouvriers du transport, Problèmes nationaux et internationaux de la politique des transports, Bâle (Suisse), 1958, s. 9.

8 Alter M., Droits des transports, Paris, 1996, s. 1-5.

9 Thaller, s. 44.

10 Wise, s. 10. Taşıma faaliyetiyle ekonomik gelişmenin her ülkede her zaman paralel olmadığı; meselâ İsviçre'de taşıma faaliyetinin gelişmediği ama ekonomik durumunun yerinde olduğu; fakat Almanya'da taşıma faaliyetiyle ekonomik durum arasında paralellik bulunduğu yönünde bkz. Thaller, s. 1, dpn. 1.

11 Avrupa Birliği taşıma politikasının ve kara taşıması uyumlaştırma hareketlerinin, gerek sosyal ve teknik, gerek ekonomik bakımdan nihaî amacının, taşıma hukukunun üye devlet vatandaşları nezdinde güvenilirliğini sağlamak olduğu yönünde bkz. Stevens, s. 106-109; Alter, s. 8-13.

12 Alter, s. 5.
Aynı yönde bkz. Özdemir T., Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, 2006, 1.

13 Thaller, s. 76-78.

Türk karayolunda eşya taşıma işleri, Türk Ticaret Kanunu'nda[14], Karayolu Taşıma Kanunu'nda[15], "*Karayolları Trafik Kanunu*"[16] ve "*Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'nde*[17] *(Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Anlaşma'da)*" düzenlenmiştir. CMR Konvansiyonu, taşıma faaliyetini tüm yönleriyle düzenlememiştir. Bu konvansiyonda düzenlenmeyen konularda Türk Ticaret Kanunu uygulama alanı bulacaktır[18]. Diğer taraftan, CMR Konvansiyonu, bütün karayoluyla eşya taşımalarına uygulanmamaktadır. Bu konvansiyonun uygulanması, bir dizi şartların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır[19]. Konvansiyonda belirlenen şartlar oluşmadığında, Türk Ticaret Kanunu'na başvurulmaktadır (TTK. m. 850 vd.). Böylece, bu çalışmanın konusu, yalnızca anılan mevzuat kapsamında akdedilen karayoluyla eşya taşıma sözleşmeleriyle sınırlandırılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nda, Karayolu Taşıma Kanunu'nda, Karayolları Trafik Kanunu'nda ve CMR Konvansiyonu'nda, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında açıklama bulunmaktadır. Fakat medenî hukuktan, özellikle eşya ve borçlar hukukun-

14 RG. 14.2.2011, S. 27846; 6102 sayılı Kanun (Türk Ticaret Kanunu şeklinde anılacaktır). RG. 9.7.1956, S. 9353; 6762 sayılı Kanun (6762 sayılı Kanun şeklinde kısaltılarak anılacaktır). 1956 yılından önce, kara nakliyesi iki kanunda, o dönemde yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nda (RG. 8.5.1926, S. 366; 818 sayılı Kanun) ve Ticaret Kanunu'nda (29.5.1926 günlü ve 865 sayılı) düzenlenmekteydi (BK. m. 431 vd.; 865 saylı TK. m. 890 vd.). Söz konusu yıllarda, anılan hükümlerden hangilerinin kara nakliyesine uygulanacağı sorun arz etmekteydi. Bu sorun hakkında ayrıntılı bilgi için 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde kaleme alınmış şu esere bkz. Belbez H., "*Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu*", dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2104.pdf; s. 387-402, s. 387, 388.

15 RG. 19.7.2003, S. 25173; 4925 sayılı Kanun. Ayrıca Karayolu Taşıma Yönetmeliği çıkarılmıştır (RG. 25.2.2004, 25384).

16 RG. 18.10.1983, S. 18195; 2918 sayılı Kanun.

17 RG. 14.12.1993, 21788; 3939 sayılı Kanun. Bu Anlaşma aşağıda CMR Konvansiyonu şeklinde kısaltılarak anılacaktır. CMR Konvansiyonu, 30.10.1995 tarihinden itibaren Türkiye'de uygulanmaya başlamıştır. CMR Konvansiyonu metni için bkz. RG. 4.1.1995, S. 22161. Ayrıca bkz. www.utikad.org.tr/db/files/CMR.pdf; www.und.org.tr/public/dokuman/CMR.pdf.

18 6762 sayılı Kanun döneminde bkz. Kaya, CMR-I, s. 312; Şamlı, s. 10.

19 Kaya, CMR-I, s. 313 vd.; Şamlı, s. 6 vd.; Arkan, İnceleme, s. 7-12. Ayrıca bkz. Akıncı Z., Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999, s. 21 vd. Aydın A., CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2006, s. 5 vd. Uslu M., CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2010, s. 34 vd. Yeşilova E., Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 22 vd.

dan hareketle, bu sözleşmenin hukukî niteliği belirlenebilir. Aşağıda sırayla, sözleşmenin hukukî niteliği ve iş görme amacını güden sözleşmeler arasındaki yeri konularına değinilecektir.

2- HUKUKÎ NİTELİĞİN BELİRLENMESİ

Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda, CMR Konvansiyonu'nda ve Karayolu Taşıma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu nedenle, isimsiz (atipik) değil, isimli (tipik) bir sözleşmedir.

"İhtiyaçların karşılanması amacı ile yapılan menkul satışı veya kiralama gibi malın doğrudan veya dolaylı zilyetlik devrini öngören sözleşmelerin ifası, bu malın bir yerden alınıp başka yere taşınmasını gerektirmektedir"[20]. Bu noktada, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, kronolojik olarak, satış veya kira gibi sözleşmelerin ifasını temin eden ardıl bir sözleşmeye tekabül etmektedir.

Taşıma sözleşmesi, çoğunlukla satış veya kira gibi sözleşmelerin akabinde akdedilse de, tek başına incelendiğinde, kendinden önce gelen sözleşmelerden amaç itibariyle farklıdır. Taşıma sözleşmesi, mülkiyetin devri veya kullandırma amaçlarını gütmemekte; bilakis eşya taşıma işinin görülmesi amacına yönelmektedir. *"Taşıyıcı, emtianın kendi koruması altında bir yerden diğer bir yere taşınması işini üstlenir"*. Bu sözleşmenin esas konusu, taşıma işinin görülmesinden ibarettir[21]. Diğer bir deyişle, eşyanın nihaî varma yerine ulaşmasına kadar yapılacak taşıma faaliyetinin bir bütün olarak üstlenilmesi söz konusudur[22]. Bu nedenlerle, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, mülkiyetin devri veya kullandırma amaçlarını değil, iş görme amacı güden bir sözleşmedir[23].

---

20 Özdemir, s. 1.

21 Kaya A., Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), Prof. Dr. Hıfzı Velidedeoğlu'na Armağan, İÜHFM, C. LVI, S. 1-4, Y. 1998, s. 239-267, s. 239.

22 Arkan S., Karma Taşımalarla İlgili Hukukî Sorunlar, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, s. 341-358, s. 346.

23 Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 22; Arkan, Sorumluluk, s. 29; Belbez, *"Nakil Sözleşmesi"*, s. 389, 390.
Aynı yönde bkz. Kaya A., Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1978, s. s. 28.

Kara yoluyla eşya taşıma sözleşmesi, nakil işinin görülmesi karşılığında ücret ödenmesini konu edindiği üzere, eksik iki tarafa borç yükleyen değil, tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatique*) bir sözleşmedir[24]. Nitekim sözleşmenin kanunî tanımında ücret, taşıma taahhüdünün karşılığı olarak anılmaktadır (TTK. m. 850/2). Türk Ticaret Kanunu'nun anılan fıkrasında, "*Taşıyıcı*" başlığı altında, aynı zamanda taşıma sözleşmesi tanımlanmaktadır. Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi üstlenmektedir. Buna karşılık, kural olarak gönderen, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanmaktadır.

Kanundaki tanıma paralel olarak, doktrinde karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları tespit edilmiştir: "*taşınacak eşya, taşıma ücreti ve anlaşma*"[25]. Taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarını bu şekilde açıklığa kavuşturan görüşe katılmak gerektiği düşünülmektedir. Diğer taraftan, bu sözleşmenin iki, üç, dört, beş veya sekiz unsuru bulunduğunu ileri süren farklı görüşler de dile getirilmelidir. Taşıma sözleşmesinin, "*taşıma işinin üstlenilmesi (taşıma taahhüdü) ve ücret*" unsurlarından ibaret olduğu açıklanmıştır[26]. Taşıma sözleşmesindeki mühim unsurların, taşıyıcının şahsiyeti, akdin ivazlı olması ve taşıyıcının taşıma taahhüdüne ihtimam mükellefiyetinden ibaret olduğu belirtilmiştir[27]. Yine, taşıma sözleşmesinin üç zorunlu unsurunun, "*yer değiştirme, taşıyıcının profesyonel karakteri ve taşıma operasyonun yönetilmesi*" hususlarından ibaret olduğu kaleme alınmıştır[28]. Taşıma sözleşmesinin dört unsuru bulunduğu: bunların, "*anlaşma unsuru, sübjektif unsurlar (taşıyıcı, gönderen ve gönderilen), objektif unsurlar (eşya ve ücret) ile metafizik unsurlardan (mesafe ve süre)*" oluştuğu ileri sürülmüştür[29].

---

24 Ülgen H., Uluslararası Taşımacılık ve Hukukî Sorunları, İstanbul, 1988, s. 1.
Aynı yönde bkz. Franko Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukukî Mahiyeti, Ankara, 1992, s. 11.
Şamlı, s. 9; Arkan, Sorumluluk, s. 10, 11; Tüzün, s. 15; Özdemir, s. 2; Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 17.

25 Belbez, "*Nakil Sözleşmesi*", s. 389, 390; Rodière, s. 53, 54; Kaya, Gecikme, s. 8; Özdemir, s. 3, 23.

26 Arkan, Sorumluluk, s. 10-16.
Aynı yönde bkz. Gençtürk M., Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul, 2006, s. 13, 14.

27 Tüzün, s. 13, 14.

28 Fransız Hukuku'nda bkz. Rodière R./Mercadal B., Droit du transport, Paris, 1990, s. 173 vd.

29 Thaller, s. 79 vd.

Ayrıca, "*taşıma, taşıt, taşıma taahhüdü, eşya veya yolcu taşıma, taşıyıcının yüke zilyet olması, taşıma işinin ticarî işletme faaliyeti ve meslek olarak icra edilmesi, ücret ödenmesi*" unsurlarından oluştuğu belirtilmiştir[30]. Taşıma sözleşmesinin beş unsuru bulunduğu; "*taşıyıcı, ücret, eşya veya yolcu, taşıma aracı, insan veya eşyanın yer değiştirmesi maksadı*" unsurlarından oluştuğu savunulmuştur[31]. Benzer şekilde, "*nakliyeciliği meslek ittihaz etmiş olmak, ücret, eşya, nakil vasıtası, taşıma müddeti, yer değiştirme serbest hareket ve yer değiştirme hususunun anlaşmanın özünü teşkil etmesi*" şeklinde sekiz unsurdan bahsedilmiştir[32].

Taşıma sözleşmesinin unsurları hakkında pek çok görüş ortaya konulmuştur. Burada, görüşlerin ayrıştığı noktaya odaklanılmalıdır. Görüşlerin hepsinde, ücret ve taşıma taahhüdü kabul edilmektedir. Ancak "*taşıyıcının yüke zilyet olması*" unsuru, taşıma sözleşmesinin rızaî akit olarak mı, yoksa aynî akit olarak mı nitelendirileceğiyle ilgilidir[33]. Doktrinde, gerek 6762 sayılı Kanun, gerek CMR Konvansiyonu bağlamında, taşıma sözleşmesinin aynî sözleşme olmadığı, rızaî akit olduğu belirtilmiştir[34]. Buna karşılık, yine 6762 sayılı Kanun döneminde, eşya taşıma sözleşmesinin aynî sözleşme olduğu ileri sürülmüştür[35]. CMR Konvansiyonu'na göre rızaî; Türk Ticaret Kanunu'na göre

30 Ülgen, Uluslararası Taşımacılık, s. 3-9.

31 Zeyneloğlu A., Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, 1980, s. 63-82.

32 Atabek, s. 24-29.

33 Aynî akit, eşya hukukuna giren sözleşme kavramları hakkında bkz. Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 189, 190.
Aynı yönde bilgiler için ayrıca bkz. Mertol C., Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2012, s. 9.

34 Atabek, s. 37; Kaya, Gecikme, s. 25-27; Kaya, CMR-I, s. 314; Kaya, CMR-II, s. 240, dpn. 8. Kaya, CMR-I, s. 314, 315. Aynı yönde bkz. Akıncı, s. 45, dpn. 50; Aydın, s. 6, 7; Uslu, s. 35; Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 21; Şamlı, s. 9.
Yeşilova E., CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DEÜHFD, C. 7, S. I, Y. 2005, s. 237-273, s. 240, 241, 1.4.2012 tarihinde http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-1/PDF/yesilova10.pdf adresinden erişildi. Fransız Hukuku'nda aynı yönde bkz. Rodière/Mercadal, s. 180. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Sorumluluk, s. 18.

35 Tüzün, s. 19; Aydın, s. 5.
Aynı yönde bkz. Ülgen H., Taşıma Hukuku, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s. 7, 10, 19. Bozer A., Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, Ankara, 1981, s. 180, 181.
Çim H., Uluslararası Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesine (CMR) Göre Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İzmir, 2006, s. 10, 11, 4.3.2012 tarihinde www.belgeler.com/blg/s4x/karayoluyla-uluslararasi-esya-tasima-sozlesmesine-cmr-gore-tasiyicinin-gecikmeden-dogan-sorumlulugu-ttk-ve-ttk-tasarisi-ile-mukayeseli-olarak-liability-of-tha-carrier-for-delay-in-delivery-according-to-the-

reel akit olduğu yönünde ayırt etme yoluna da gidilmiştir[36]. Ayrıca, taşıma sözleşmesinin ticarî hayattaki sakıncaları dikkate alarak rızaî akit şeklinde kabul edilmesi gerektiği; fakat fiilen teslimle de sözleşmenin kurulabileceği açıklığa kavuşturulmuştur[37]. Mevcut sözleşme tiplerine benzetilemeyeceği, nevi şahsına mahsus (*sui generis*) bir akit olduğu beyan edilmiştir[38]. Nihayet, 6762 sayılı Kanun, "taşıma akdinin *real* olduğunu değil, rızaî olarak ancak yazılı taşıma senedi ile kurulduğunu, böyle bir senet yok ise de eşyanın teslimi yani ifa hareketleri ile sözleşmenin kurulduğunu düzenlemektedir" görüşü kaleme alınmıştır[39].

Doktrindeki *de lege feranda* görüşlere de yer verilmelidir. Öncelikle, eşya taşıma sözleşmesinin 6762 sayılı Kanun'da aynî sözleşme olarak düzenlendiği; fakat rızaî bir sözleşme olarak düzenlenmesi gerektiği açıklanmıştır[40]. Ayrıca taşımaların genel olarak *real* akit şeklinde kabul gördüğü; ancak akitlerin esas itibariyle rızaî olduğu; rızaî olarak kurulmuş bir taşıma sözleşmesine aykırı bir şekilde eşyayı tesellümden kaçınma halinde taşıyıcının taşıma hukukuna aykırılıktan sorum-

---

convention-on-international-carriage-of-goods-by-road-making-comparative-analyses-with-t adresinden erişildi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
Canbolat A. G., Hava Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Kırıkkale, 2006, s. 19, 4.3.2012 tarihinde www.belgeler.com/blg/soh/hava-tasima-sozlesmelerinde-tasiyicinin-sorumlulugu-responsibility-of-the-air-carrier-in-air-carrier-agreements adresinden erişildi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
Eriş G., Kara Taşıma Hukuku (Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı), Ankara, 1996, s. 15, dpn. 14.
Karan H., Law on international carriage of goods, Ankara, 2006, s. 27. Aydın, s. 6. Thaller, s. 86.
Jané J./De O. A., The handbook of logistics contracts, A practical guide to a growing field, London, 2006, s. 63.

36 Aydın, s. 5, 6; Thaller, s. 86.
Aynı yönde bkz. Eriş G., Kara Taşıma Hukuku (Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı), Ankara, 1996, s. 15, dpn. 14. Karan H., Law on international carriage of goods, Ankara, 2006, s. 27.
Jané J./De O. A., The handbook of logistics contracts, A practical guide to a growing field, London, 2006, s. 63.

37 Arkan, Sorumluluk, s. 18, 19.
Aynı yönde bkz. Arkan S., *"Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler"*, Avrupa Birliği'nin Ulaştırma Politikası, İstanbul, 2003 (İktisadi Kalkınma Vakfı, No: 14), s. 313-326, 15.4.2010 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/305/2870.pdf adresinden erişildi.

38 Zeyneloğlu, 1980, s. 20; Zeyneloğlu, 1993, s. 32; Tüzün, s. 19.

39 Özdemir, s. 17, 19, dpn. 15.

40 Ülgen, Taşıma Hukuku, s. 237.

luluğuna gidilememesinin anlaşılır olmadığı yönünde çekince konulmuştur[41]. Nitekim bu öneriler pozitif hukukun akışını olumlu yönde etkilemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda, eşya taşıma sözleşmesinin rızaî akit olduğu hususu tereddüde yer vermeyecek şekilde hükme bağlanmıştır (TTK. m. 856/2).

Doktrine göre, Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıma sözleşmesinin aynî veya rızaî akit olup olmadığı yönündeki tartışmalara son verilmiştir[42]. 6762 sayılı Kanun döneminde, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi tanımlanırken navlun sözleşmesine ilişkin kanunî tanım (TK. m. 1016) dikkate alınmıştır[43]. Bu tanıma paralel olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda, navlun sözleşmesi ve karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi aynı şekilde tanımlanmıştır (TTK. m. 856/2; 1138/1).

Türk Ticaret Kanunu'na göre, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir (TTK. m. 856/2). Demek ki, taşıyıcı ve gönderenin iradelerinin taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde uyuşmasıyla bu sözleşme kurulmaktadır. Şu hâlde, eşya taşıma sözleşmesi aynî sözleşme değildir. Taşınacak eşyanın teslimi, kara yoluyla eşya taşıma sözleşmesinin kurucu unsuru değildir. *"Sorumluluğun eşyanın teslimi üzerine başlaması ise, sözleşmenin kuruluşuyla değil; hüküm ve sonuçlarıyla ilgilidir"*[44]. Diğer bir deyişle, *"eşyanın taşıyıcının muhafaza ve gözetimi altına sokulması sorumluluğun başlaması bakımından önemlidir"*[45].

"Borçlunun borçlandığı edim zaman içinde sürekli bir davranışla yerine getirilecekse buna sürekli edim denir"[46]. Her karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinde, ya belirli bir süre söz konusudur, ya da taşımanın münasip sürede tamamlanması beklenir[47]. Fakat taşıma edimi, belirsiz

41 Aydın, s. 5, dpn. 1.
42 Uslu, s. 36; Çim, s. 10, 11.
43 Arkan, Sorumluluk, s. 10; Franko, 3; Zeyneloğlu, 1993, s. 29; Atabek, s. 24; Çim, 10; Uslu, s. 36.
44 Eriş, s. 16. Aynı yönde bkz. Thaller, s. 83-85.
45 Kaya, CMR-II, s. 240, dpn. 8; Kaya, CMR-I, s. 315. Aynı yönde bkz. Zeyneloğlu, 1993, s. 42. Hava taşımasında aynı yönde bkz. Arslan, s. 90.
46 Eren, s. 99, 100.
Aynı yönde bkz. Antalya G. O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012, s. 37, 38. Kılıçoğlu A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 5.
47 Münasip taşıma süresinin, ticaret yaşamındaki emsal taşımalar referans alınarak

veya belirli süreç boyunca mütemadiyen ifa edilen bir edim olarak yorumlanamaz. Taşıma müddeti ne kadar uzun olursa olsun, bu sözleşme sürekli borç ilişkisi doğurmaz. Eşya taşıma sözleşmesi, nakil işinin bir defaya mahsus yerine getirilmesini konu edindiği üzere, sürekli edim değil, anî edim ihtiva eden bir sözleşmedir.

Doktrinde, eşya taşıma sözleşmesinin tek satıcılık sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğurmadığı belirtilmiştir[48]. Benzer şekilde, eser sözleşmesinde de, imal (meydana getirme) borcunun süreç gerektirmesinden yola çıkarak, bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu sonucu çıkarılamaz[49]. Ayrıca *"bir fabrikanın bir kamyon işletmesi ile anlaşarak üreteceği tüm malların o yıl içerisinde belli bir ücret karşılığında fabrikadan istasyona taşınmasını öngören bir sözleşmenin,*

---

makul ölçüde belirlenmesi gerektiği yönünde bir Fransız mahkeme kararı için bkz. Cass. 3. Civ. 10 Avril. 1973, Bull. Civ. III, no. 274; (Dutilleul C. F./Delebecque P., Contrats civils et commerciaux, Paris, 2001, s. 201'den naklen).
Münasip taşıma süresinin, taşıma sözleşmesinin özellikleri, taşınan eşyanın türü ve taşıtın niteliği kıstasları göz önünde bulundurularak saptanacağı yönünde bkz. Arkan, Sorumluluk, s. 63.
Aynı yönde bkz. Veziroğlu Y., Taşınan malın zarar görmesi ve geç teslim edilmesi hâllerinde taşıyıcının sorumluluğu, 4.3.2012 tarihinde www.veziroglu.av.tr/index.asp?PageID=33adresinden erişildi.
Gençtürk M., Ticaret Kanunu'nun 780. Maddesine Göre Eşya Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sınırlı ve Sınırsız Sorumluluğun Kapsamı, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), 4.3.2012 tarihinde www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=64 adresinden erişildi.
Münasip taşıma süresinin, münasip güzergâh seçilmesine bağlı olduğu; münasip güzergâhın ise, en hesaplı olan ve en sık kullanılan güzergâh olduğu yönünde bkz. Karan, s. 49.
Sözleşmede belirtilmemişse, taşıma süresinin öngörülemez olduğu; taşıyıcının hızına ve performansına bağlı olarak değişeceği yönünde bkz. Thaller, s. 448, 449.
Münasip taşıma süresinin, olağan trafik koşulları ile söz konusu taşıma aracının tabi olduğu trafik kuralları uyarınca minimum ve maksimum hız sınırlarının ortalaması dikkate alınarak hesap edilmesi gerektiği yönünde bkz. Alter, s. s. 59.
Gönderenin talimatları dolayısıyla taşıma süresi uzamışsa, uzayan sürenin, normal taşıma süresinin bitiminden itibaren, kamyonun teslim yerine varmasına kadar değil, kamyonun özgürleşmesine kadar hesap edilmesi gerektiği yönünde bkz. Alter, s. 59.

48 Battal A., Yeni Karayolu Taşıma Kanunu ve TTK Kapsamında Taşıma İşleri Tellallığı Mümkün müdür?, 4.3.2012 tarihinde http://w3.gazi.edu.tr/~battal/images/makale/makale37/tasima_isleri_tellaligi.pdf adresinden erişildi.

49 Ozanoğlu S. H., İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1-2, Y. 1999 (Haziran-Aralık), s. 1-55, s. 2, 3, 1.4.2012 tarihinde http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/3_4.pdf adresinden erişildi..

genel taşıma sözleşmesi olduğu" açıklığa kavuşturulmuştur[50]. Gerçekten, böylesine sözleşmeler, her taşıma işi vesilesiyle, ayrı ayrı taşıma sözleşmeleri doğuran çerçeve sözleşme niteliğindedir. Doğurdukları her taşıma sözleşmesi, müstakil olarak değerlendirildiğinde, sürekli edim değil, anî edim ihtiva eder.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme bakış açısıyla, taşıma sözleşmesi ile "*taşıma senedi*", "*yük senedi*" (ilmühaber) ve "*refakat*" isimli belgelere değinilmelidir.

Karayolu Taşıma Kanunu'nda, taşıma senetsiz eşya taşınması yasaklandığı hâlde; Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıma senetsiz eşya taşınması ihtimali düzenlenmektedir (KTK. m. 6/1, 7/5; TTK. m. 856). Karayolu Taşıma Kanunu'ndaki anılan hüküm düzen hükmü olup, taşıma senedi düzenlemenin bir zorunluluk olduğu varsayımından hareket etmektedir[51]. Böylesine düzen hükümlerine aykırı davranıldığında, yine hukuka aykırı bir sonuç doğar; ancak hukukî işlem hükümsüz olmaz. Bu tarz hükümlerde yasağa aykırı davranışın yaptırımı, belirli bir avantajdan mahrum kalma veya para cezası ödeme şeklinde ortaya çıkar[52]. Bu nedenle, taşıma senedi düzenlenmemesi, bir düzen hükmüne aykırılık mahiyetinde hukuka aykırılık doğurmakta; fakat bu hukuka aykırılık taşıma sözleşmesine sirayet etmemektedir.

Türk Ticaret Kanunu'na göre, taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine, üç özgün nüsha olarak hazırlanır. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü taşıyıcıda kalır (TTK. m. 856/1). Ancak taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları kâfidir. Türk Borçlar Kanunu[53] ve Türk Ticaret Kanunu'na göre, taşınacak eşya, taşıma faaliyeti ve ücret hakkında iki taraf anlaşınca sözleşme kurulmaktadır (TBK. m. 1; TTK. m. 856/2). Son anılan fıkra hükmü, taşıma senedi düzenlemesi ve eşya taşıma sözleşmesi akdedilmesi işlemlerini hukukî rejim itibariyle ayırt etmekte ve söz konusu iki hukukî rejimin birbirlerine bağımlı

50 Ülgen, Uluslararası Taşımacılık, s. 17.
51 Özdemir, s. 20, dpn. 17.
52 Oğuzman M. K./Barlas N., Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2011, s. 211.
53 RG. 4.2.2011, S. 27836; 6098 Sayılı Kanun (Türk Borçlar Kanunu şeklinde anılacaktır). RG. 29.4.1926, S. 359; 818 Sayılı Kanun (818 Sayılı Kanun şeklinde anılacaktır)

olmadığını ortaya koymaktadır[54]. Taşıma senedi, ispat vasıtası olup, bu sözleşmenin kurucu unsuru değildir[55]. "*Taşıma senedinin düzenlenmemiş olması, taşıma senedinde yer alması gereken kayıtların eksik yazılması veya bu belgenin kaybı taşıma sözleşmesinin geçerliliğine etkili değildir*"[56].

Türk Ticaret Kanunu'na göre, taşıma senedi, taşınan eşyaların alıcısı lehine tanzim edilen ve taşınan eşyaları temsil eden bir senettir (TK. m. 856). Her ne kadar, 6762 sayılı Kanun'un "*Taşıma senedi emre yazılı ise taşıyıcının imzaladığı nüshanın cirosu ve teslimi eşyanın mülkiyetini nakleder*" cümlesi Türk Ticaret Kanunu'na alınmamış olsa da, "*imza edenin, yer, zaman ve tutar bakımlarından belirli nakdî ödemelerde bulunmayı ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmeyi borçlandığı senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilirler*" hükmünün kâfi olduğu düşünülebilir (TK. m. 771/1; TTK. m. 831/1).

Taşıma sözleşmesinin hukukî rejimi borçlar hukukuna ait iken, emre ve hamiline yazılmış taşıma senedinin hukukî rejimi kıymetli evrak hukuku ile eşya hukukunu ilgilendirmektedir. "*Meselâ hamile yazılı taşıma senedinin teslimi, taşınan eşyanın teslimi demektir*"[57]. Diğer bir deyişle, emre veya hamiline yazılmış taşıma senedinin devri, eşya hukukuna özgü sonuçlar doğurur; senedin temsil ettiği eşyanın mülkiyetini de devreder.

---

54 Taşıma senediyle taşıma sözleşmesinin ayırt edilmesi gerektiği; taşıma senediyle taşıma sözleşmesinin sadece seçilen hukuk bakımından etkileşim hâlinde olduğu; taşıma senedinde seçilen hukukun senede konu edilen bütün taşıma ilişkisine sirayet edeceği yönünde bkz. De Wıt R., Multimodal Transport, Londra ve Hong Kong, 1995, s. 53.

55 Tüzün, s. 20; Kaya, CMR-I, s. 315; Uslu, s. 38, 39; Arkan, Sorumluluk, s. 19; Akıncı, s. 43; Yeşilova, İspat, s. 241, 242.
Aynı yönde bkz. Yılmaz O., CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma, İzmir, 2008, s. 46.

56 Kaya, CMR-I, s. 315. Aynı yönde bkz. Arkan, Sorumluluk, s. 19; Akıncı, s. 43.
Fransa Rouen İstinaf Mahkemesi'nin 16.6.1972 tarihli kararında sevk mektubunun düzenlenmemiş olmasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği yönünde bkz. European Transport Law, S. 7, s. 1040; Akıncı, s. 44'ten naklen.
Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 45; Yeşilova, Müteakip, s. 142, dpn. 61, s. 146; Yeşilova, İspat, s. 240, 241.

57 Mertol, s. 13; Belbez, "*Nakil Sözleşmesi*", s. 391, dpn. 17. Aynı yönde bkz. Poroy R./Tekinalp Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2010, s. 2, 7, 31, 34. Ayrıca bkz. Öztan F., Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2009, s. 12, 34.**Tekil** F., Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1980, s. 209. Konşimento bakımından aynı yönde bkz. Deniz, s. 48. Taşıma senedinin kıymetli evrak niteliği hakkında bkz. Yarg. 11. HD., 2006/12511 E., 2008/4997 K., 1.4.2012 tarihinde www.kararara.com/yargitay/11hd/k3387.htm adresinden erişildi.

CMR Konvansiyonu'nda, taşıma senedinin yerini alan sevk mektubunun kıymetli evrak niteliğinde olduğunu gösteren bir hüküm mevcut değildir. Konvansiyon'da yalnızca, "*taşıma mukavelesinin, sevk mektubunun düzenlenmesi ile gerçekleşeceği*" temenni edilmiştir. Fakat *"bu mektubun yokluğu, usule aykırı oluşu veya kaybolması, taşıma mukavelesinin varlığı ve geçerliliğini etkilemez. Sevk mektubu üç nüsha halinde düzenlenerek gönderici ve taşımacı tarafından imzalanır"*. Ayrıca, bu mektupta düzenlenmesi gereken bilgilere değinilmiştir (CMR m. 4, 5/1, 6, 9). Şartları gerçekleştiğinde, sevk mektubu, içerdiği hususların doğruluğu hakkında alelade bir karine doğurmaktadır[58]. Eğer CMR Konvansiyonu'ndaki taşıma senedi kıymetli evrak olsaydı, senedin devri yükün de devredilmiş sayılması sonucunu doğururdu. Öyleyse, Türk Ticaret Kanunu'nun aksine, CMR Konvansiyonu'nda, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının sevk mektubuna mündemiç olduğunu iddia etmek mümkün değildir[59].

Yük senedi ise, Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıma senedi hazırlanmadığı zaman, gönderenin istemi üzerine taşıyıcı tarafından imzalanıp gönderene verilmesi zorunlu olan bir belge olarak düzenlenmiştir (TTK. m. 859). Taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığı üzere, taşıma senedini ikame etmek üzere planlanan yük senedi, evleviyet ilkesine göre, taşıma sözleşmesinin zorunlu unsuru kabul edilemez. Taşıma senedi ile yük senedinin ortak yanı, her ikisinin de ispat fonksiyonu arz etmesidir[60]. Taşıma senedinin aksine, yük

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilova, İspat, s. 243 vd.

59 Akıncı, s. 43-45, 47, 48. Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 45, 46; Yeşilova, Müteakip, s. 142; Yeşilova, İspat, s. 241.

60 Taşıma senedi dışında kalan sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, teslim belgesi, teslim makbuzu, ordino, şartname, manifesto gibi evrakların, yalnızca taşıma sözleşmenin varlığını ve içeriğini ispatlamaya yaradığı; emtiayı temsil etmedikleri; kıymetli evrak olmadıkları yönünde bkz. Dutilleul/Delebecque, s. 659; Alter, s. 55; Thaller, s. 304.
Anılan evraklarda yazanın aksini ispatlamak için muhakkak benzeri başka bir yazılı evrak gerektiği yönünde bkz. Alter, s. 57.
Taşıma senedi de dâhil olmak üzere, kıymetli evrak niteliği olsun olmasın, taşıma senedine benzeyen bütün belgelerin sözleşmenin akdedildiğini ispatlamaya yaradığı yönünde bkz. Zeyneloğlu, 1980, s. 22, 96-98.
Taşıma senedinin taşıma ilişkisinin en esaslı delili olduğu yönünde bkz. Özdemir, s. 29.
Taşıma senedinin daha çok ispat işlevi gördüğü, başkaca işlevleri de bulunduğu yönünde bkz. Ülgen, Taşıma Hukuku, s. 237, 238; Aydın, s. 8; Özdemir, s. 29; Erdil Engin, Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, İstanbul, 2007, s. 48, 49.
Taşıma senedinin, her ne kadar çok önemli bir ispat vesaiki olsa da, yazılı taşıma

senedi, taşınan eşyaları temsil etme yeteneğinden yoksundur; sadece taşıma olgusunu ispat eden yazılı bir vesikadır. Diğer bir deyişle, kıymetli evrak şeklinde düzenlenmesi mümkün olmayan, sadece taşıma işinin başlangıç anını betimleyen yazılı bir evraktan ibarettir.

Taşıma ve yük senedinin, sözleşmenin kuruluş safhasını aydınlatma görevi bulunmaktadır. Buna ek olarak, sözleşmeye aykırılık ihtimalinin değerlendirilmesinde de aynı görevi haizdir. "*İki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur*" hükmü anılan senetlerin ispat fonksiyonu yerine getirdiklerine ve fakat sözleşmenin kurulmasıyla ilgili esaslı unsur olarak herhangi bir fonksiyon icra etmediklerine işaret etmektedir (TTK. m. 859).

Refakat belgelerine gelindiğinde, Türk Ticaret Kanunu'na göre, bunlar, gümrük belgeleri gibi, eşyanın taşınması taahhüdünün ifasına hizmet eden resmî nitelikte evraklardır (TTK. m. 860). Esasen refakat belgelerinin eşyanın tesliminden önce taşıyıcıya verilmemesi, göndereni Türk Borçlar Kanunu'na göre alacaklının temerrüdüne düşürmektedir (TBK. m. 106 vd.). Refakat belgeleri, ifa aşamasını ilgilendiren evraklardır. İfa aşamasına hizmet eden refakat belgelerinin, sözleşmenin kuruluşuyla ilgili olmadığı kolaylıkla ayırt edilebilmektedir[61].

---

sözleşmesinin yerini dolduramayacağı; çünkü taşıma senedinde, taşıma sözleşmesindeki her konuya ayrıntılı değinilemeyeceği yönünde bkz. Karan, s. 27.
Fransız mahkemelerinin taşıma senedine eşya taşıma sözleşmesi muamelesi yaptıkları; bu muamelenin yanlış olduğu; sırf taşıma senedinden yola çıkarak, taşıma sözleşmesinin akdedildiği sonucuna varılabileceği; fakat taşıma sözleşmesinin ifa edildiği sonucuna varılamayacağı yönünde bkz. Dutilleul/Delebecque, s. 659.
Taşıma senedinin ve yük senedinin, taşıma sözleşmesinin şeklinden ve esasından bağımsız, bambaşka bir doküman olduğu yönünde bkz. Rodière, s. 54; Jané Joan/De Ochoa Alfonso, s. 100.
Teslim belgesi üzerinde durulmadan ve altındaki imza araştırılmadan sonuca varılmış olmasını bozma sebebi sayan Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 26.10.1987, E. 2983, K. 5681; Eriş, s. 36, 37.
Ordinonun davalı adına düzenlenmesinin, taraflar arasında taşıma sözleşmesinin yapıldığını gösterdiği yönünde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 18.12.1987, E. 7333, K. 7372; Eriş, s. 41.
Taşıma ücretine ilişkin faturanın düzenleniş biçimi itibariyle taşıma sözleşmesinin yorumunda taşıyıcıyı bağladığı yönünde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 14.9.1992, E. 1500, K. 8974; Eriş, s. 51, 52. Deniz taşıması akabinde kara taşıması söz konusu olduğunda, karaya çıkış manifestosunun taşıma işini belgelendirdiği; karaya çıkış manifestosunun altını imzalayanın taşıyıcı sıfatını haiz olduğu yönünde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 27.2. 1995, E. 7761, K. 1716; Eriş, s. 91.

61 6762 Sayılı Kanun döneminde de, aynı esasların geçerli olduğu belirtilmelidir (TK.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki refakat belgelerine benzer şekilde, CMR Konvansiyonu'nda da, "*lüzumlu belgeler*" adı altında aynı konu hükme bağlanmıştır. Taşıyıcıya verilen bu tür belgelerin listesi, sevk mektubunda bulunması gereken bilgilerdendir (CMR. m. 6/2-g). "*Malların tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderici, lüzumlu belgeleri sevk mektubuna iliştirecek yahut da taşımacıya*" verecektir. Taşımacı bu belgelerle verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda değildir. Gönderici bu gibi belgelerin bulunmaması, yetersiz olması veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan, taşımacıya karsı sorumludur. Ancak taşımacının hatası veya ihmali görülen durumlar bu hüküm dışındadır. Sevk mektubunda belirtilen, bu mektuba ekli veya kendilerine verilen belgelerin kaybından veya hatalı kullanılmasından doğacak sonuçlardan taşımacı, komisyoncu gibi aynı derecede sorumludur (CMR. m. 11).

Doktrinde ise, söz konusu lüzumlu belgeler, "*tır karnesi*" örneği üzerinden değerlendirilmiştir. Sevk mektubu haricinde düzenlenecek diğer belgelerin ispat kuvveti ise, Konvansiyon anlamında bir ispat aracı olarak değil, genel ispat hukuku hükümlerine göre değerlendirilir. TIR-karnesi, gümrük işlemlerine ilişkin bir belge olup, üstlendiği fonksiyon, tasıma sözleşmesinde tarafların anlaştıkları hususları belgelemek değildir[62].

Her taşıma işinde, taşınan eşyanın bir alıcısı bulunur. Bu nedenle, gönderilen, eşya taşıma işinin süjelerinden biri olarak ortaya çıkar. Doktrinde, 865 sayılı Kanun döneminde, "*her nakil sözleşmesi, aynı zamanda üçüncü kişi, yani gönderilen lehine yapılmış bir sözleşmedir*" ifadesiyle, taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu savunulmuştur[63].

Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir

---

m. 762, 768). 6762 Sayılı Kanun'daki "*Fakat taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamam olur*" hükmü de, taşıma senedinin taşıma sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığını sağlamaktadır.

62 Koller, Art. 9 Rn.1; 8 Basedow, Munchener Kommentar, Art.9 Rn.2; Hill/Messent, s. 66 (Yeşilova, İspat, s. 240'tan naklen).

63 Belbez, "*Nakil Sözleşmesi*", s. 390. 6762 sayılı Kanun döneminde aynı yönde bkz. Arkan, Sorumluluk, s. 26; Ülgen Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 1987, s. 46, 47; Canbolat, s. 20; Tüzün, s. 15.

kişiye, onun yararına bir edim kararlaştırılmasıdır[64]. Türk Borçlar Kanunu'na göre, kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir (TBK. m. 129/1). Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez (TBK. m. 129/2). Üçüncü kişi yararına sözleşmede, alacaklı, kendi namına akit yapar ve fakat bu akitten doğan alacağını başkası yararına şart eder. Bu sözleşmede, alacaklı, ifayı talep edebilir; üçüncü kişi de, borçluya bildirimde bulunduktan sonra, alacaklı gibi ifayı talep edebilir; alacaklı, borçluyu ibra edemez; sadece üçüncü kişi, borçluyu ibra edebilir.

Doktrinde ifade edildiği üzere, "*gönderilenin tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan hakları kullanma yetkisi taşıma sözleşmesinin esas itibariyle tam üçüncü kişi lehine sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır*"[65]. Ne var ki, Her üçüncü kişiden bahseden sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, taşıma ilişkisinde, salt gönderilen adında bir süje bulunması gerekçesiyle, taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu düşünülmemelidir.

Her taşıma sözleşmesinde, eşyanın gönderilene teslim edilmesi edimi, taşıyıcı tarafından ve fakat gönderilen yararına üstlenilmektedir. Taşıyıcı, yalnızca eşyayı götürmeyi değil; aynı zamanda götürdüğü eşyayı gönderilene teslim etmeyi yüklenmektedir (TTK. m. 850/2). Gönderen ve gönderilen (veya alıcı) aynı kişiler olsa bile, Türk Ticaret Kanunu'nda ve CMR Konvansiyonu'nda bu kişilerin ayrı kişiler olduğu farz edilmiştir. Gönderilene tanınan hak ve yetkiler bu gerçeğe işaret etmektedir (TTK. m. 868/2, 871; CMR. m. 12/2, 30). Ne var ki, taşıma sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'na uygun şekilde üçüncü kişi yararına şart özellikleri arz etmesi için, gönderilenin veya onun tarafından yetkilendirilen alıcının, taşıma sözleşmesinden doğan haklarını kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, gönderenin, taşıyıcıyı ibra

64 Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s. 9. Aynı yönde bkz. Reisoğlu, s. 395; Kılıçoğlu, s. 554; Eren, s. 197. Oğuzman Kemâl M./Öz Turgut M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 2012, s. 415.

65 Ülgen, Hava Taşıma, s. 46.

edememesi ve borcun nitelik ve kapsamını değiştirememesi gerekirdi (TBK. m. 129/2). Oysa eşya taşıma sözleşmesinde, gönderenin, sözleşmeyi feshetme; taşıyıcıyı ibra etme; taşıma işini yarıda kestirip, geri dönülmesi yönünde talimat verme yetkileri bulunmaktadır (TTK. m. 865, 868/1). Gönderilen veya alıcı, eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce, yalnızca yapacakları alelade bir bildirimle, gönderenin bu yetkilerinin önüne geçemezler (TTK. m. 868/2; CMR. m. 12/2, 13/1).

Doktrinde, başkası lehine şart görüşü, özellikle "*gönderilenin ücret ödeme borcunu açıklayamadığı*" gerekçesiyle eleştirilmektedir[66]. Gönderilenin, kural olarak, taşıma sürecine hiç bir müdahalede bulunamadığı; bu süreç boyunca, ifayı talep etme yetkisini de haiz olmadığı belirtilmelidir. Gönderilen, yalnızca, "*eşyanın teslim yerine varması ile*" *talimat verme yetkisine kavuşmaktadır (TTK. m. 868/2). "Eşyanın teslim yerine varmasından sonra*" gönderilen haklara kavuşmakta ve aksine anlaşma olmadığı takdirde ücret ödeme borcu altına girmektedir (TTK. m. 871). "*Gönderen, bu hakların ileri sürülmesinde yetkili kalmaya devam eder. Gönderilenin veya gönderenin kendilerinin veya başkasının menfaatine hareket etmeleri farklılık yaratmaz*" cümlelerine yer verilmiş olması da, taşıma sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'na uygun şekilde üçüncü kişi yararına sözleşme tanımını tam olarak karşılamadığını ortaya koymaktadır (TTK. m. 871/1). Bu hususlar da, taşıma sözleşmesiyle üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki bağlantıyı zedelemektedir.

Görüldüğü üzere, taşıma sözleşmesi, üçünü kişi yararına sözleşme tanımıyla bire bir örtüşmemektedir. Diğer bir deyişle, eşya taşıma sözleşmesinin, üçünü kişi yararına sözleşme tanımından ayrı düştüğü özellikleri bulunmaktadır. Demek ki, taşıma senedi ile taşıma sözleşmesini ayırt etmek; taşıma sözleşmesinin gönderilen yararına akdedilen bir sözleşme olduğunu ifade etmek yerine, kıymetli evrak hukukunun genel prensiplerine göre, taşıma senedinin lehtarı veya hamilinden bahsetmek daha isabetli olabilir. Böylece, bu sözleşmeye, ancak yukarıda açıklanan çekinceleri koymak kaydıyla, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinin bahşedilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

66 Alter, s. 70.

3- İŞ GÖRME AMACINI GÜDEN SÖZLEŞMELERLE BAĞLANTININ İNCELENMESİ

Hizmet, vekâlet ve eser sözleşmeleri, iş görme amacını güden sözleşmelerden sayılmaktadır[67]. Bu grup sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin konusunu daima bir emek, yani insan faaliyeti teşkil etmektedir[68]. Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin, bu sözleşmelerle bağlantısı irdelenmelidir.

Doktrinde, 1950'li yıllara değin, taşıma akdinin, vekâlet, hizmet, depo (muhafaza) ve kira akitlerine benzetildiği; fakat bu görüşlerin değer görmediği aktarılmıştır. Çünkü taşıma sözleşmesinde, kira sözleşmesinden farklı olarak, eşyanın yer değiştirmesi söz konusudur; depo akdinden farklı olarak eşyanın muhafazası değil, taşınması aslî edimdir; hizmet akdinden farklı olarak, taşıyıcı gönderenin emri ve kumandası altında değildir; vekâlet akdinden farklı olarak, ücret esaslı unsurdur[69]. Ayrıca, 865 sayılı Kanun döneminde, eşya taşıma sözleşmesinin istisna sözleşmesi bağıtına yaklaştığı tespit edilmiştir[70]. 6762 sayılı Kanun döneminde de, aynı yönde görüş açıklanmıştır[71]. Nihayet, taşıma sözleşmesini, araç kirası sözleşmesinden ayırt eden unsurun taşıma taahhüdü olduğu ifade edilmiştir[72].

Vekâlet sözleşmesinde, ücret zorunlu unsur değildir; vekâlet ivazlı veya ivazsız akdedilebilir[73]. Hatta vekâletin tarihçesi, bu sözleş-

---

67 Akıntürk Turgut/Karaman Ateş Derya, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2011, s. 226; Ozanoğlu, s. 2. Aynı yönde bkz. Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010, s. 47. Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010, s. 24. Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2011, s. 7. Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s. 18. Özdemir Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (*Negotiorum Gestio*), Ankara, 2001, s. 19.

68 Yavuz/Acar/Özen, s. 7; Akıntürk/Karaman Ateş, s. 126; Özdemir, Vekâletsiz İş Görme, s. 94.

69 Atabek, s. 32, 33. Aynı yönde bkz. Tüzün, s. 16; Zeyneloğlu, 1980, s. 20; Zeyneloğlu, 1993, s. 31-32; Ülgen, Hava Taşıma, s. 45.

70 Belbez, "*Nakil Sözleşmesi*", s. 391, 392; Atabek, s. 33. Aynı yönde bkz. Ülgen, Hava Taşıma, s. 46.

71 Arkan, Sorumluluk, s. 30. Aynı yönde bkz. Alter, s. 74; Thaller, s. 310. Aksi yönde bkz. Tüzün, s. 17.

72 Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 13.

73 Atabek, s. 32; Yavuz/Acar/Özen, s. 532; Akıntürk/Karaman Ateş, s. 315; Eren, s. 195; Aral, s. 394; Zevkliler/Gökyayla, s. 478, 479. Aynı yönde bkz. Emiroğlu Haluk, Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (*Mandatum*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 1, s. 101-111, s. 101, 104, 105, 1.4.2012 tarihinde

menin aslen ücretsiz olarak, sevgi, saygı ve dostluk adına yapıldığını göstermektedir[74]. Oysa eşya taşıma sözleşmesinde, ücretin esaslı unsur olduğu hususu yukarıda açıklanmıştır. Bu sözleşme eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmayıp, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat hatır nakliyatında, ya ücretten hiç bahsedilmez; ya da hukukî manada karşı edim sayılmayacak kadar önemsiz bir miktar söz konusudur[75]. Gerçekten, benzin parasına iştirak şeklinde cüzi bir miktara değinilmiş olması, hatır nakliyatı kabulünü gerektirir[76]. Doktrinde, 6762 ve 818 sayılı kanunlar döneminde, ücretsiz taşımanın teknik anlamda taşıma sayılamayacağı; hatır taşımasının ticaret hukukuna değil, borçlar hukukuna tabi olduğu açıklığa kavuşturulmuştur[77]. Ayrıca, aynı kanunlar döneminde, oto stop taşıması örneğinden hareketle, hatır taşımasının teknik anlamda taşıma sayılamayacağı, taşıma sözleşmesinden bahsedilemeyeceği; hatır taşımasına, taşımaya ilişkin hükümlerin değil, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur[78]. Nihayet, CMR Konvansiyonu için de ücret zorunluluğu bulunduğu belirtilmelidir (CMR. m. 1/1, 6/1-ı). *"Ücretsiz yapılan taşımalar konvansiyonun kapsamında değildir. Ancak ücret kavramı geniş yorumlanmalı; para ile ölçülebilen sair menfaatler de bu kapsamda değerlendirilmelidir"*[79].

Ücretsiz taşımanın açıkça öngörüldüğü durumlar haricinde, ücret konusunda suskun kalınması doktrinde yorumlanmıştır. 6762 sayılı Kanun döneminde, tacirin ücret isteme hakkı dolayısıyla, ücret konusunda anlaşma bulunmasa bile, sözleşmenin taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[80]. Yargıtay da, *"taşıyıcının ekonomik yararı varsa, hatır taşımasından bahsedilemez"* yönünde içtihat-

http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2582.pdf adresinden erişildi.

74 Emiroğlu, s. 105.

75 Franko, s. 24-32.

76 Franko, s. 26; Kaya, Gecikme, s. 8; Eriş, s. 14; Erdil, s. 11.

77 Kaya, Gecikme, s. 8; Eriş, s. 14; Arkan, Sorumluluk, s. 15. Aynı yönde bkz. Kahya Mehmet, Taşıyıcının Malî Sorumluluğu ve CMR Sigortaları, İstanbul, 2007, s. 56; Erdil, s. 11; Aydın, s. 9; Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 19.

78 Zeyneloğlu, 1980, s. 68, 69.

79 Ülgen, Uluslararası Taşımacılık, s. 29; Ülgen, Hava Taşıma, s. 44, dpn. 15. Aynı yönde bkz. Arkan, Sorumluluk, s. 15; Arkan, İnceleme, s. 9; Kaya, CMR-I, s. 315; Aydın, s. 9; Uslu, s. 40; Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, s. 18.

80 Ülgen, Uluslararası Taşımacılık, s. 9.

ta bulunmuştur[81]. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu'na göre de, esaslı unsurlardan biri olan ücretin miktar olarak daha sonra netleştirilmek üzere kararlaştırılması mümkündür (TBK. m. 1, 2/1). Bu noktada, teknik anlamda tam iki tarafa borç yüklediği tespit edilen eşya taşıma sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen vekâlet akdinden ayrılmaktadır. Buna karşılık, ücret unsurunu zorunlu olarak ihtiva eden hizmet ve eser sözleşmelerine yaklaşmaktadır.

Vekâlette, vekil, kural olarak, borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür[82]. Vekilin şahsen ifa yükümlülüğü Türk Borçlar Kanunu'nda ifadesini bulmuştur (TBK. m. 506/1). "*Vekâlet akdinde, asıl olan vekilin işi bizzat ifasıdır. Böyle bir hususun taşıma akdinde mevzu bahis olmayacağı tabiidir*"[83]. Bu nedenle de, vekâlet ve taşıma sözleşmeleri ayrışmaktadır. Çünkü taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının taşıma edimini şahsen ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aksine, taşıyıcı kendi adamlarının ve yararlandığı kişilerin görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumludur (TTK. m. 879).

Vekâlette iş görme zaman kaydına bağlı olmaksızın borçlanılır[84]. Vekâlette zaman önem arz etmediği hâlde, hizmet sözleşmesinde zaman esaslı unsurdur[85]. Diğer taraftan, istisna ve hizmet sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Çünkü her ikisinde de, yüklenicinin ve işçinin edimlerinin karşılığı ücrettir[86]. Ücret ve zaman bakımından, hizmet ve taşıma sözleşmeleri arasında bağlantı kurulabilir. Çünkü taşıma işi doğası gereği süreç gerektirmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun "*Taşıma süresi*" başlıklı hükmü bunu teyit etmektedir (TTK. m. 873). Fakat eşya taşıma sözleşmesinin konusu, işçi sıfatıyla bir hizmetin ifası değildir. Taşıyıcı tacir sıfatıyla taşıma

81 Yarg. 19. HD., T. 12.10.1993, E. 11883, K. 6462; Eriş, s. 61
82 Aral, s. 410; Zevkliler/Gökyayla, s. 484, 363; Emiroğlu, s. 106.
83 Atabek, s. 32, 33.
84 Yavuz/Acar/Özen, s. 526; Zevkliler/Gökyayla, s. 484.
85 Akıntürk/Karaman Ateş, s. 315.
86 Akıntürk/Karaman Ateş, s. 307; Aral, s. 316; Zevkliler/Gökyayla, s. 483, 484; Ozanoğlu, s. 2. Aynı yönde bkz. Çalışkan İbrahim, İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, s. 349-365, s. 350, 1.4.2012 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9914.pdf adresinden erişildi. Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s. 513-555, s. 513, 1.4.2012 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2001_V_25.pdf adresinden erişildi.

işinin görülmesini üstlenmektedir[87]. Hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliği, iş görme ediminin işçi tarafından işverene bağımlılık ilişkisi içinde ifa edilmesidir[88]. Oysa Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıyıcının tacir olduğu kabul olunmuştur (TTK. m. 850/3, 3, 11, 12). Taşıyıcının bağımsız bir tacir olması, eşya taşıma sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden uzaklaştırmakta; bilakis eser sözleşmesine yaklaştırmaktadır.

Eser sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran iki husus, karakteristik edimin karşılığı olan ücret, iş görme ediminin sonuca yönelmiş olması ve yüklenicinin imalatı kendi yönetimi altında üçüncü kişilere yaptırabilmesidir[89]. Bu hususlardan ilki yukarıda incelenmiştir. Burada, eşya taşıma sözleşmesindeki iş görme ediminin sonuca yönelip yönelmediği tartışılmalıdır. Eser ve vekâlet sözleşmelerinde, "*bir emek harcama söz konusu olmakla beraber, eser sözleşmesinde önemli olan, salt emeğin harcanmış olması değil, fakat harcanmış olan emek sonucunda bir eserin yaratılmış olmasıdır*"[90]. Diğer bir deyişle, vekilin aksine yüklenici, bir bütün teşkil eden sonuç meydana getirme borcu altındadır[91]. Yüklenici, "*sonuç rizikosunu üzerinde taşıyan kimsedir*"[92]. Taşıma sözleşmesindeki taşıma edimi, eser sözleşmesindeki meydana getirme edimine tekabül etmektedir. Her iki sözleşme de, teslimle sonuçlanmaktadır[93]. Eser sözleşmesinde, meydana getirilen eser; taşıma sözleşmesinde taşınan eşya teslim edilir. Taşıma sözleşmesinde, "*eşyanın teslimi taşımanın tamamlanmasından sonra taşıyıcı ile gönderilenin ortak iradesi sonucunda eşyanın zilyetliğinin ve dolayısıyla eşya üzerindeki tasarruf imkânının varma yerinde gönderilene yahut sözleşme ya da sevk evrakla-*

87 Kaya, Gecikme, s. 8; Öztürk, s. 3; Arkan Sabih, Yolcu ve Eşya Taşımalarında Aracılık Faaliyetlerine İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine İnceleme, s. 313-320 4.3.2012 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/303/2847.pdf, adresinden erişildi, s. 314, 316. Yargıtay da taşıma isini mutlak ticarî iş olarak kabul etmektedir (Yarg. 11. HD, T. 04.03.1997, E. 1996/8567, K. 1997/1337; İBD., C.71, S. 10-11-12, s.952)

88 Yavuz/Acar/Özen, s. 385.

89 Yavuz/Acar/Özen, s. 523-527. Aynı yönde bkz. Akıntürk/Karaman Ateş, 315, 316; Çalışkan, s. 350, 363.

90 Akıntürk/Karaman Ateş, s. 315.

91 Yavuz/Acar/Özen, s. 438, 439, 526; Ozanoğlu, s. 2; Çalışkan, s. 363, 365; Aral, s. 317; Zevkliler/Gökyayla, s. 473.

92 Uçar, Teslim Kavramı, s. 24.

93 Eser sözleşmesinde teslim borcunun, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmediği; fakat zımnen varlığının kabul edildiği yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 454; Aral, s. 316; Ozanoğlu, s. 2; Uçar, Teslim Kavramı, s. 513.

rında hak sahibi olarak belirlenen kimseye sağlanmasıdır"[94]. Kararlaştırılan eşyanın bir yerden başka bir yere, tam ve sağlam olarak nakledilmesi ve gönderilene teslim edilmesi, gerçekleşmesi tesadüfî bir sonuç değildir, gerçekleşmesi amaçlanan bir sonuçtur. Nihayet, eser ve taşıma sözleşmelerinde, yüklenici ve taşıyıcı, kendi yönetimleri altında üçüncü kişilerden yardım alarak iş görme sonucunun gerçekleşmesini sağlayabilmektedir (TBK. m. 471/3; TTK. m. 879). Bu nedenlerle, eşya taşıma sözleşmesinin, sonuç rizikosunun yüklenilmesi bakımından, vekâletle bağlantısının kesildiği; eser sözleşmesine yaklaştığı sonucuna ulaşılmıştır.

Doktrinde, kara yoluyla eşya taşıma sözleşmesinin sona ermesi bakımından, ifa safhasında gelinen zaman noktasının gerekli kıldığı hakkaniyet ölçüsünde, sona ermenin geçmişe ve geleceğe etkileri hesap edilerek, dönme ve fesih kurumlarından dönüşümlü olarak yararlanılması gerektiği savunulmuştur. Hatta sırf bu nedenle, taşıyıcıya hapis hakkı tanındığı ifade edilmiştir[95]. Türk Ticaret Kanunu'nun, "*Gönderen tarafından fesih*" başlıklı hükmünde, "*Gönderen taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir*" denilmiş olması, bu görüşü sağlamaktadır (TTK. m. 865/1). Taşıma sözleşmesinin sona ermesi bu çalışma konusunun dışında kalmasına rağmen, hakkaniyet ilkesine binaen dönme ve fesih kuramlarından dönüşümlü olarak yararlanılması, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin sona ermesini anımsatmaktadır. Esasen gerek taşıma, gerek arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, ani edimli sözleşmeler olduğu üzere, eserin imal edilmiş veya taşımanın icra edilmiş kısmı kısmî ifa teşkil etmez[96]. Ancak taşıyıcının varma yerine yaklaşmış olması durumunda, taşıma sözleşmesinin geçmişe etkili sona erdirilmesi adalet duygusunu ne kadar zedeliyorsa; yüklenicinin inşaatı tamamlamaya yaklaşmış olması durumunda, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin geçmişe etkili sona erdirilmesi de adalet duygusunu o kadar zedelemektedir[97]. Dolayısıyla,

94 Kaya, CMR-II, s. 242.
95 Thaller, s. 427, dpn. 1.
96 Eser sözleşmesi yönünden bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 479; Aral, s. 316; Zevkliler/Gökyayla, s. 359.
97 Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin kural olarak ani edimli olduğu; ancak sona ermesinde, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin (TBK. m. 482-486) doğrudan uygulanmasının tereddütlere yol açtığı yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 486, 495. Ayrıca bkz. Resioğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,

sona ermelerinde yaşanan tereddütler açısından bakıldığında bile, taşıma ve eser sözleşmelerinin benzerlik arz ettiği düşünülebilir.

4- SONUÇ

Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle, tipik, ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen ve rızaî bir sözleşmedir. Taşıma senedi, sevk mektubu ve refakat belgelerinin, fonksiyonu ispat olup, bunların yokluğu, hukuka aykırı oluşu veya kaybolması, taşıma sözleşmesinin varlığını veya geçerliliğini etkilemez. Türk Ticaret Kanunu'na göre, taşıma sözleşmesinin kuruluşunda, teslim zorunlu unsur değildir. Bu nedenle, taşıma sözleşmesi aynî sözleşme olarak nitelendirilemez. Taşıma senedi, taşıma sözleşmesiyle bağlantılı, ancak bağımsız bir belge olup, taşınan eşyayı temsil etmekle kıymetli evrak özelliğini haizdir. CMR konvansiyonu bakımından da, sevk mektubu, taşıma sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Yalnız Türk Ticaret Kanunu'nun aksine, CMR Konvansiyonu'nda, sevk mektubu kıymetli evrak mertebesinde düzenlenmemiştir.

Her taşıma sözleşmesinde, eşyanın gönderilene teslim edilmesi edimi, taşıyıcı tarafından ve fakat gönderilen yararına üstlenilmektedir. Taşıyıcı, yalnızca eşyayı götürmeyi değil; aynı zamanda götürdüğü eşyayı gönderilene teslim etmeyi yüklenmektedir. Ancak eşya taşıma sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme teorisiyle tam olarak örtüşmemektedir. Gönderilenin, taşıma süreci boyunca, sözleşmeden dönme; taşıyıcıyı ibra etme; taşıma işini yarıda kestirip, geri dönülmesi yönünde talimat verme, ifayı talep etme yetkileri bulunmamaktadır. Gönderilen veya alıcı, eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce, yalnızca yapacakları alelade bir bildirimle, gönderenin yerine geçememektedir. Gönderilen, ancak eşyanın teslim yerine varmasından sonra, haklarını taşıyıcıya ileri sürme yetkisine kavuşmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki, *"Gönderilenin veya gönderenin kendilerinin veya başkasının menfaatine hareket etmeleri farklılık yaratmaz"* cümlesi de tereddütleri artırmaktadır. Bu nedenlerle, eşya taşıma sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'ndaki tanımıyla üçüncü kişi yararına sözleşmeyi tam olarak karşılamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

2011, s. 81, dpn. 12.

Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısı incelenmiştir. Vekâlet sözleşmesindeki vekilin bizzat ifa yükümlülüğü, ayrıca müvekkilin ancak aksine anlaşma varsa vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır. Hizmet sözleşmesindeki işçinin işverene bağımlı olarak iş görme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi arasında benzerlik kurulmasına engel olmaktadır. Buna karşılık, eser sözleşmesinde, yüklenicinin imalatı kendi yönetimi altında yardımcılarına yaptırabilmesi ve sonuç taahhüdünün bulunması, özellikle iş sahibinin imal borcu karşılığında ücret ödemekle yükümlü olması hususları, taşıma ve eser sözleşmeleri arasında benzerlik kurulmasını sağlamaktadır. Bu nedenlerle, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesi, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısı bakımından, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinden ziyade, eser sözleşmesiyle, niteliği, kuruluşu ve sona ermesi açılarından benzerlik arz etmektedir.

Taşıma sözleşmesinden doğan hak ve borçlara ilişkin ihtilaflar çözülürken, bu sözleşmeyi düzenleyen Türk Ticaret Kanunu hükümleri kâfi gelmezse, taşıma sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinden yararlanılabileceği ileri sürülmektedir. Bu yolun, Türk Medenî Kanunu[98] ve Türk Ticaret Kanunu'nun lafızları itibariyle de sağlandığı düşünülmektedir (TTK. m. 1; TMK. m. 1/1, 1/2; TBK. m. 646). Meselâ, taşıyıcının özen borcu bakımından aydınlatıcı bir sonuç doğmaktadır. Şöyle ki, "*Ziya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur*" hükmünün, "*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır*" hükmüyle açıklığa kavuşturulması mümkündür (TTK. m. 876/1; TBK. m. 471/2).

98 RG. 8.12.2001, S. 24607; 4721 sayılı Kanun.

KAYNAKLAR

Akıncı Ziya, Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999.

Akıntürk Turgut/Karaman Derya Ateş, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2011.

Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976.

Alter Michel, Droits des transports, Paris, 1996.

Antalya Gökhan O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012.

Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010.

Arkan Sabih, "*Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler*", Avrupa Birliği'nin Ulaştırma Politikası, İstanbul, 2003 (İktisadi Kalkınma Vakfı, No: 14), s. 313-326, 15.4.2010 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/305/2870.pdf adresinden erişildi (Arkan, Komisyoncu).

Arkan Sabih, Eşyanın Karayolu ile Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, 26-27 Ocak 1984, Maçka/İstanbul, Ankara, 1984, s. 6-21, (Arkan, İnceleme).

Arkan Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982 (Arkan, Sorumluluk).

Arkan Sabih, Karma Taşımalarla İlgili Hukukî Sorunlar, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, s. 341-358 (Arkan, Karma).

Arkan Sabih, Yolcu ve Eşya Taşımalarında Aracılık Faaliyetlerine İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine İnceleme, AÜHFD, C. 40, S. 1-4, s. 313-320, 4.3.2012 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/303/2847.pdf, adresinden erişildi (Arkan, Aracılık).

Arslan Arzu, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcıya Yükün Ziya ve/veya Hasarı Sebebiyle Yöneltilebilecek Sınırlı/Sınırsız Sorumluluk Hâlleri ve Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 89-118.

Atabek Reşat, Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul, 1960.

Aydın Alihan, CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2006.

Battal Ahmet, Yeni Karayolu Taşıma Kanunu ve TTK Kapsamında Taşıma İşleri Tellallığı Mümkün müdür?, 4.3.2012 tarihinde http://w3.gazi.edu.tr/~battal/images/makale/makale37/tasima_isleri_tellaligi.pdf adresinden erişildi.

Belbez Hikmet, Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2104.pdf; s. 387-402.

Bozer Ali, Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, Ankara, 1981.

Canbolat Ayşe Gül, Hava Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Kırıkkale, 2006, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 4.3.2012 tarihinde www.belgeler.com/blg/soh/hava-tasima-sozlesmelerinde-tasiyicinin-sorumlulugu-responsibility-of-the-air-carrier-in-air-carrier-agreements adresinden erişildi.

Çalışkan İbrahim, İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, s. 349-365, 1.4.2012 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9914.pdf adresinden erişildi.

Çim Halit, Uluslararası Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesine (CMR) Göre Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İzmir, 2006, 4.3.2012 tarihinde www.belgeler.com/blg/s4x/karayoluyla-uluslararasi-esya-tasima-sozlesmesine-cmr-gore-tasiyicinin-gecikmeden-dogan-sorumlulugu-ttk-ve-ttk-tasarisi-ile-mukayeseli-olarak-liability-of-tha-carrier-for-delay-in-delivery-according-to-the-convention-on-international-carriage-of-goods-by-road-making-comparative-analyses-with-t adresinden erişildi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

De Wıt Ralph, Multimodal Transport, Londra ve Hong Kong, 1995.

Deniz İnci, Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunları, İstanbul, 1982.

Dutilleul Collart François/Delebecque Philippe, Contrats civils et commerciaux, Paris, 2001.

Emiroğlu Haluk, Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (*Mandatum*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 1, s. 101-111, 1.4.2012 tarihinde http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2582.pdf adresinden erişildi.

Erdil Engin, Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, İstanbul, 2007.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

Eriş Gönen, Kara Taşıma Hukuku (Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı), Ankara, 1996.

Fédération internationale des ouvriers du transport, Problèmes nationaux et internationaux de la politique des transports, Bâle (Suisse), 1958.

Franko Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukukî Mahiyeti, Ankara, 1992.

Gençtürk Muharrem, Ticaret Kanunu'nun 780. Maddesine Göre Eşya Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sınırlı ve Sınırsız Sorumluluğun Kapsamı, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), 4.3.2012 tarihinde www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=64 adresinden erişildi (Gençtürk, Sorumluluğun Kapsamı).

Gençtürk Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul, 2006 (Gençtürk, Gecikmeden Doğan Sorumluluk).

Jané Joan/De Ochoa Alfonso, The handbook of logistics contracts, A practical guide to a growing field, London, 2006.

Kahya Mehmet, Taşıyıcının Malî Sorumluluğu ve CMR Sigortaları, İstanbul, 2007.

Kaya Arslan, Karayolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmenin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 311-333 (Kaya,CMR-I).

Kaya Arslan, Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1978 (Kaya, Gecikme).

Kaya Arslan, Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), Prof. Dr. Hıfzı Velidedeoğlu'na Armağan, İÜHFM, C. LVI, S. 1-4, Y. 1998, s. 239-267 (Kaya, CMR-II).

Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

Mertol Can, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2012.

Oğuzman Kemâl M./Turgut Öz M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, 2012.

Oğuzman M. K./Barlas N., Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2011.

Ozanoğlu Seçkin Hasan, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1-2, Y. 1999 (Haziran-Aralık), s. 1-55, 1.4.2012 tarihinde http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/3_4.pdf adresinden erişildi.

Özdemir Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (*Negotiorum Gestio*), Ankara, 2001 (Özdemir, Vekâletsiz iş Görme).

Özdemir Türkay, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, 2006.

Öztan Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2009.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2010.

Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

Rodière René, Le Contrat de trasport de marchandises terrestre et aérien (France), Paris, 1977.

Rodière Renè/Mercadal Barthélémy, Droit du transport, Paris, 1990.

Stevens Handly, Transport Policy in the European Union, The European Union Series, Basıldığı yer: Çin, Kamuya sunulduğu yer: Avrupa Birliği, 2004.

Şamlı Yetiş Kübra, Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul, 2008.

Tekil Fahiman, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1980.

Thaller Edmond, Droit Commercial Les Transport, Paris, 1910.

Tüzün Nejat, Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara, 1968.

Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003 (Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül).

Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s. 513-555, 1.4.2012 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2001_V_25.pdf adresinden erişildi (Uçar, Teslim Kavramı).

Uslu Murat, CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2010.

Ülgen Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 1987 (Ülgen, Hava Taşıma).

Ülgen Hüseyin, Taşıma Hukuku, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997 (Ülgen, Taşıma Hukuku).

Ülgen Hüseyin, Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul, 1988 (Ülgen, Uluslararası Taşımacılık).

Veziroğlu Yalçın, Taşınan malın zarar görmesi ve Geç teslim edilmesi hâllerinde taşıyıcının sorumluluğu, 4.3.2012 tarihinde www.veziroglu.av.tr/index.asp?PageID=33adresinden erişildi.

Wise Colin, The story of transport, Londra, 1944.

www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=64 adresinden erişildi.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2011.

Yeşilova Ecehan, CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DEÜHFD, C. 7, S. I, Y. 2005, s. 237-273, 1.4.2012 tarihinde http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-1/PDF/yesilova10.pdf adresinden erişildi (Yeşilova, İspat).

Yeşilova Ecehan, Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004 (Yeşilova, Müteakip).

Yılmaz Oğuz, CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma, İzmir, 2008.

Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010.

Zeyneloğlu Ahmet, Taşıma Hukuku, Ankara, 1993 (Zeyneloğlu, 1993).

Zeyneloğlu Ahmet, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, 1980 (Zeyneloğlu, 1980).

HALKOYLAMASI
PUBLIC REFARANDUM

Sercan Coşkun KULAK*

Özet: Halkoylaması Türk hukuk ve politikal sisteminde 2007 yılına kadar nadiren görünen bir kurumdur. Fakat referandumun bundan sonra da Türk politik ve anayasal sistemi açısından büyük rol oynayacağI açıktır. Gerçekten her yasama döneminde Türk politik ve akademik çevreler tarafından iktidar partisinin bazı düzenlemelerin kabul edilmesini garanti altına almak ve eleştirilerden kaçınmak amacıyla halkoylamasına başvurma konusunda meyili olduğu eleştirilmektedir. Başka ülkelerde olduğu gibi uzun zamandır demokratik standartları sorgulanan Türkiye'de de, halkın karar alma sürecine katılmasını sağlamanın, sistemin meşruluğu ve hesap verilebilirliği açısından uygun bir adım olduğu düşünülebilir. Fakat bununla birlikte halkoylamasına karşı sık sık ta eliştiriler de yönetilmektedir.Bu çalışmada halkoymasına ilişkin kanun incelenecek ve aksayan bazı yönleri açısından kimi önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Halkoylaması, Anayasa hukuku, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı.

Abstract: Public referandum is a mechanism that could hardly be seen in Turkish legal and political system up until 2007.However,it has been expected that referandum would play a significant role in shaping Turkish political and constitutional system.Due to the fact that every single legislation is heavily discussed in Turkish domestic political and academic circles, ruling parties tend to apply to public referandum in order to guarantee legitimacy of adopted bills and to avoid criticisms. In countries like Turkey whose democratic standart have been questioned for a long time, ensuring public participation in decision making process is considered a right step taken to provide legitimacy and accountability of the system. However, there are some criticisms for frequency of public referandum as well. In this study, law on referandum will be analysed and some recommendation will be made for its shortcomings.

Key Words: Public refarandum, constitutional law, constitutional court, president of republic

* Ankara 10. İdare Mahkemesi Hakimi

Giriş:

Halkoylaması kurumu, 1982 Anayasası ile ihtiyari olarak, bu Anayasa'nın 175. maddesini değiştiren 17/5/1987 tarih ve 3361 sayılı kanunla da hem ihtiyari hem de zorunlu bir yol olarak Türk Anayasa hukukuna girmiştir[1]. 175. maddenin ilk şeklinde, uygulanması daha güç koşulların gerçekleşmesine bağlanmış bu kurum 1987 yılında yapılan değişiklikle biraz daha kolaylaştırılmıştır. Gerçekten 1987 yılından önceki düzenlemeye göre bir anayasa değişikliğinin halkoylamasına sunulması Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakılmıştır. Ancak Cumhurbaşkanı'nın bu yetkiyi kullanabilmesi için önce anayasa değişikliğini bir kez daha görüşülmesi için Meclis'e iade etmesi ve Meclis'in kanunu aynen kabul etmesi gerekliydi. Aksi halde Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğini halkoyuna sunamazdı[2]. 1987 yılından sonra ise bu süreçte farklılaşmalar olmuştur. Buna göre Meclis üye tam sayısının 2/3 ile 3/5'i arasında kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar Cumhurbaşkanı'nca onaylanmak istese bile onaylanamamakta, ya meclise iade edilmekte ya da zorunlu olarak halkoylamasına sunulmaktadır. Yine doğrudan veya Cumhurbaşkanı'nın iadesi üzerine 2/3 çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar ise ancak Cumhurbaşkanı'nın takdirine bağlı olarak halkoylamasına sunulabilmektedirler. Bu durumda, Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğine ilişkin kanunu 15 gün içinde ya Meclise iade etmeli, ya yayımlanarak yürürlüğe girmek üzere Resmi Gazete'ye, ya da halkoyuna sunmak üzere yine Resmi Gazete'ye göndermelidir. Dolayısıyla birinci halde halkoylaması zorunlu bir yol, ikinci halde ise ihtiyari bir yol halini almaktadır. Son durumda, halkoylaması, yasama organının en az üçte iki çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı'nın birbirlerine ters düştükleri bir anayasa değişikliği üzerinde bir tür *"hakemlik referandumu"* işlevi görmektedir[3]. Çünkü, bu çoğunlukla kabul edilen bir anayasa değişikliği anayasa koyucunun gözünde minumum meşruiyet eşiğini zaten aşmıştır. Dolayısıyla, böyle bir değişikliğin Cumhurbaşkanı

1 Halkoylamasının daha geniş anlatımı için bkz.Kemal Gözler, "*Halkoylamasının Değeri*", AÜHFD, C. XL,1988, S.1-4, s.97.

2 Erdal Onar, 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, yy, Ankara 1993, s.94.

3 Erdoğan Teziç, "*Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi*", Anayasa Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1987, s.92.

tarafından doğrudan onaylanarak yürürlüğe sokulması mümkündür. Ancak burada anayasa koyucu Cumhurbaşkanı'na halkoylamasına sunma yetkisini tanıyarak önemli anayasa değişikliklerinin meşruiyetini artırma veya bu değişikliklerin tartışmalı ise bu tartışmalara son noktayı koyma imkanı vermektedir[4].

A)Halkoylamasının Yöntemi:

Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların halkoylamasına sunulması sırasında izlenecek yol ve yöntemlerin bir kısmı anayasanın kendisinde, bir kısmı da 3376 sayılı *"Anayasa Değişikliğinin Halkoylamasına Sunulması Hakkında Kanun"* da düzenlenmiştir.

1) Halkoylamasına Sunulacak Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanunun Resmi Gazete'de Yayımlanması:

Anayasa'nın 175. maddesinin 4. fıkrası uyarınca halkoylamasına sunulacak olan anayasa değişikliğine ilişkin kanunların Cumhurbaşkanı'nca Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmektedir. Ancak bu yayım sözkonusu kanunların yürürlüğe sokulması amacıyla değil halkoylamasına sunulması amacıyla yapılmaktadır. Uygulamada Resmi Gazete'de yayımlanan anayasa değişikliği kanunun altına bir dipnot düşülerek kanunun *"halkoylamasına sunulmak "* üzere yayımlandığı belirtilmektedir[5].

Uygulamadan bir örnek;

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASININ BAZI MADDELERİNDE

DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN

Kanun No. 5678 Kabul Tarihi: 31/5/2007

MADDE 1 – 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 77 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen *"beş"* ibaresi *"dört"* olarak değiştirilmiştir.

4 Levent Gönenç, Anayasa Değişikliklerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Geri Gönderilmesi ve Halkoylamasına Sunulması, Erişim:http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr, E.T 2/2/2010.

5 Kemal Gözler, *"Halkoylaması ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmi Gazetede Yayınlanması Sorunu"*, Yasama Dergisi, Sayı 7, Ekim- Kasım- Aralık 2007, s.7

MADDE 2 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasında geçen *"seçim tutanaklarını"* ibaresinden sonra gelmek üzere ve *"Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını"* ibaresi; son fıkrasında geçen *"halkoyuna sunulması"* ibaresinden sonra gelmek üzere, *"Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi"* ibaresi eklenmiştir.

MADDE 3 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 96 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz."……..

MADDE 7 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.*

Anayasanın 175. maddesinin 7. fıkrasında Meclis'in anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu kanunun halkoylamasına sunulması halinde, anayasanın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ile oylamaya katılanların istediği değişiklikler için istemediği değişikliklere de *"evet"* demesinin ya da istemediği değişiklikler için istediği değişiklere *"hayır"* demesinin önlenmesi amaçlanmıştır[6]. Ancak Anayasa'nın 175. maddesi ile sağlanan TBMM'nin anayasa değişikliğine ilişkin yasanın birlikte ya da ayrı ayrı oylanacak maddelerini belirleme olanağı, yasanın tümünün Cumhurbaşkanı'nca halkoylamasına sunulması durumunda gerçekleşebilecektir. Cumhurbaşkanı, Meclis üye tam sayısının üçte iki ya da daha fazla oyu ile yapılan anayasa değişikliğini tümüyle değilde sadece bazı maddelerinin halkoylamasına sunarak, diğerlerini onaylanmışsa[7] bu takdirde Meclis'in belirlemesi anayasada değişiklik yapan

---

* Cumhurbaşkanlığından alınan 15/6/2007 tarih ve B.01.0.KKB.01-18/D-1-2007-450 sayılı yazı uyarınca halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır.

6 Volkan Has, Anayasayı Değiştirme Süreci, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s.138.

7 Md 175/5-Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır.

tüm maddelere için değil, sadece halkoyuna sunulan maddeler için geçerli olacaktır[8]. TBMM'nin hangi maddelerin birlikte hangi maddelerin ayrı ayrı oylanacağını ilişkin kararı, Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliğine ilişkin kanunun hangi maddelerinin halkoylamasına sunulacağına ilişkin takdir yetkisine müdahale eden bir karar olmayıp, Cumhurbaşkanı'nın birden fazla maddeyi halkoylamasına sunması halinde; hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını belirlemektedir[9]. Öte yandan açıktır ki; anayasa değişikliği teklifi Meclis üye tam sayısının beşte üçle, üçte iki çoğunluğu arasında bir oyla kabul edilmiş ise bu takdirde teklifin tüm maddelerinin Cumhurbaşkanı tarafında iade edilmediği takdirde halkoylamasına sunulması zorunlu olduğu için bu takdirde Meclis'in yaptığı sıralamaya göre maddelere halkoyuna sunulacaktır[10].

Anayasa'nın 175. maddesinin Cumhurbaşkanı'na ve Meclis'e sağladığı olanaklar çerçevesinde 2001 Anayasa değişikliklerini içeren 4709 sayılı Yasa bakımından Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında bir anlaşmazlık yaşanmıştır. 4709 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanunun son maddesi, bu yasanın halkoylamasına sunulması halinde tümüyle oylanacağını öngörmekteydi. Bu hükmün dayanağı olarak, anayasa değişikliklerine ilişkin yasanın halkoylamasına sunulması halinde hangi maddelerin tümüyle hangi maddelerin ayrı ayrı oylanacağına meclisin karar vereceğine ilişkin Anayasa'nın 175. maddesinin 7. fıkrasında yer alan hüküm gösterilmekteydi. 4709 sayılı sayılı Kanun'un 27. maddesi dışındaki maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından 15 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 27. maddenin ise halkoylamasına sunulacağı kararı alınmıştı. Bu uygulamanın dayanağı ise anayasa değişikliğine ilişkin kanunun tümünün ya da gerekli görülen maddelerin Cumhurbaşkanı'nca halkoylamasına sunulabileceğine ilişkin Anayasa'nın 175. maddesinin 5. fıkrasıydı[11].

---

8 Erdal Onar, a.g.e, s.125-126, aynı yönde bkz; Sevtap Yokuş, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri, Bülent Tanör'e Armağan, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s.770.

9 Volkan Has, a.g.e, s.138-139.

10 Serap Hamzaoğlu, Türk Anayasalarında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Gazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993, s.88.

11 Sevtap Yokuş, a.g.e, s.770.

Cumhurbaşkanı sözkonusu hususla ilgili olarak TBMM'ye gönderdiği yazıda "*Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca 03.10.2001 gününde kabul edilen 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" incelenmiştir:*

Anayasa'nın 17.05.1987 günlü, 3361 sayılı Yasa'yla değişik 175. maddesinin;

Dördüncü fıkrasında, Meclis'ce, üye tamsayısının beşte üçü ile ya da üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın, Cumhurbaşkanı'nca Meclis'e geri gönderilmemesi durumunda halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilerek, zorunlu, Beşinci fıkrasında da, doğrudan ya da Cumhurbaşkanı'nın geri göndermesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin yasa ya da gerekli görülen maddelerinin Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabileceği belirtilerek, Cumhurbaşkanı'nın takdirine bağlı, halkoylaması öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, maddenin beşinci fıkrasında Cumhurbaşkanı'na, gerekli görmesi durumunda, Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın tümünü, maddelerinden kimilerini ya da bir maddeyi halkoyuna sunabilme yetkisi verilmiştir. Öte yandan, aynı maddenin yedinci fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların kabulü sırasında, bu yasanın halkoylamasına sunulması durumunda, Anayasa'nın değiştirilen kurallarından hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlayacağı belirtilmiştir. Bu fıkra, Anayasa'nın kimi maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 17.05.1987 günlü, 3361 sayılı Yasa'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında eklenmiş ve fıkranın getiriliş amacı, "Halkoyuna sunulmasının Anayasanın değiştirilen her hükmü için ayrı ayrı yapılması kararlaştırıldığı takdirde, oylama sonunda bazı hükümlerin benimsenmesi, bazılarının ise reddi mümkün olabilecek, böylece halkoylamasının daha sağlıklı şekilde sonuçlanması ve bazı hükümler reddedilmiş olsa bile hiç olmazsa benimsenen değişikliklerin yürürlüğe girmesi sağlanmış olacaktır" biçiminde açıklanmıştır. Anayasa'da değişiklik yapılmasının güçlüğü gözönünde bulundurulduğunda yedinci fıkra kuralının yerindeliği daha kolay anlaşılacaktır. Ancak, bu kuralın, Cumhurbaşkanı'nın yetkisini ortadan kaldıracak biçimde yorumlanması fıkranın getiriliş amacına uygun düşmeyecektir. Gerçekten, maddenin yedinci fıkrasının, beşinci fıkradaki düzenlemeden bağımsız olarak yorumlanması sonucu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliğine ilişkin gerekli gördüğü maddeleri

halkoyuna sunma yetkisi gözönünde bulundurulmadan yasanın halkoyuna sunulması durumunda tümünün oylanacağını kurala bağlaması, beşinci fıkrada Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkinin kullandırılmayacağı anlamına gelir ki, bu durum, Anayasa'nın ilgili kuralı ile bağdaşmaz.

Nitekim, Anayasa'nın 175. maddesini değiştiren 17.05.1987 günlü, 3361 sayılı Yasa'ya ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda, "İster ilk defa, isterse bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesinden sonra Anayasa değişikliği üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş ise Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilecektir. Burada getirilen en önemli yenilik, Cumhurbaşkanı'nın Kanunu tümüyle halkoyuna sunabilmesinin yanı sıra sadece bazı maddelerini de sunabilmesidir" denilerek, Cumhurbaşkanı'nın, madde ya da maddeleri gerektiğinde halkoyuna sunma yetkisi açık biçimde vurgulanmıştır. Bu nedenle, 175. maddenin beşinci ve yedinci fıkralarının birlikte yorumlanması ve Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilen yetkilerin birbirini engellemeyecek biçimde kullanılması en doğru ve Anayasa'ya en uygun çözüm olacaktır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'yı değiştiren yasanın madde ya da maddelerini halkoyuna sunma yetkisi karşısında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkisi, Anayasa'nın değiştirilen kurallarından "hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını" belirtmekten ibarettir.

Yukarıda belirtilen gerekçeler, 4709 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde yer verilen, "Bu Kanun yayımı tarihide yürürlüğe girer ve halkoylamasına sunulması halinde tümüyle oylanır" kuralı, Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisine dayanarak, Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın birden fazla maddesini halkoyuna sunması durumunda bu maddelerin tümünün birlikte halkoyuna sunulacağı anlamına gelmektedir[12]*."*ifadelerine yer vermiştir.

Doktrinde de genel olarak kabul edilen görüş Cumhurbaşkanı'nın Meclise gönderdiği yazıda yer alan görüşle aynı doğrultudadır[13]. Buna göre sözkonu 5. ve 7. fıkralar birlikte yorumlanmalıdır. 7. fıkranın 5. fıkradan bağımsız şekilde yorumlanması, Cumhurbaşkanı'nın ihtiyari olarak halkoylamasına gitme yetkisini kullanılamaz hale getirir. Cumhurbaşkanı'nın değişiklikleri halkoylamasına sunma yetkisinin, Meclis tarafından Anayasa'da belirtilen sebeplerden başka

12 Erişim;http://www.qsl.net/ta2iz/new_page_1.htm, 26/6/2009.
13 Erdal Onar, a.g.e, s.125; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.998; Volkan Has, a.g.e, s.141; Sevtap Yokuş, a.g.e, s.771.

bir sebep oluşturmak suretiyle engellenmesine yönelik yorumlar, Cumhurbaşkanı'nı, onayladığı anayasa değişikliklerini de halkoylamasına götürmek zorunda bırakacaktır[14].

Öte yandan, Cumhurbaşkanı'nın 4709 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanunun çerçeve 27.maddesiyle anayasanın 86.maddesinde yapılan düzenlemeyi halkoyuna sunması üzerine, halkoylamasını durdurma girişimleri meydana gelmiştir. Bu bağlamda hazırlanan yine 86.madde de değişiklik öngören tek maddelik anayasa değişikliği ile 21/11/2001 tarih ve 4720 sayılı kanun olarak kabul edilmiş ve bu sayede konusunun kalmaması nedeniyle başlamış olan süreç sona ermiştir[15].

2) Halkoylamasında Yüksek Seçim Kurulu'nun Yetkileri:

Anayasanın 67. maddesinde yer alan hüküm uyarınca, halkoylaması, seçimler gibi yargı yönetimi ve denetimi altında yapılmaktadır. 79.madde de bu denetim ve yönetim işlevinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir. Ayrıca 23/5/1987 tarih ve 3376 sayılı *"Anayasa Değişikliğinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun"*un 3. maddesinde belirtilen anayasa hükümlerine paralel düzenlemeler bulunmaktadır[16]. Gerçekten Kanun'un 3. maddesinde "*Halk oyuna sunulma işlemleri, Yüksek seçim kurulunun yönetim ve denetiminde seçim kurularınca yönetilir. Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulması için bütün tedbirleri alır ve hazırlıkları yapar. Kurul, halkoylamasının sağlıklı ve düzenli bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla gerekli ilke kararlarını almaya yetkilidir."* hükmü yer almaktadır. Yine aynı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "*Anayasa gereğince yapılacak olan halk oylamalarında bu Kanun hükümleri uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik edilir."* hükmü uyarınca anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunun halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanması ile birlikte oy verme gününe kadar 3376 ve 298 sayılı Kanunlar gereğince yapılması gereken işler Yüksek Seçim Kurulu'nca bir takvim halinde belirlenecektir. Buna göre halkoylamasının yapılacağı zaman 3376 sayılı Kanun'un 2.maddesinde hükme bağlanmıştır. Sözkonusu

14 Sevtap Yokuş, a.g.e, s.770-771.
15 Volkan Has, a.g.e, s.140-141.
16 Erdal Onar, a.g.e, s.103-104.

hükme göre halkoylaması ilgili anayasa değişikliğine ilişkin kanunun Resmi Gazete'de yayımını izleyen altmışıncı[17] günden sonraki ilk pazar günü yapılacaktır. Sözkonusu hükme paralel bir hükümde 298 sayılı Kanun'un 43. maddesinde yer almaktadır. Hükümde sandık seçmen listelerinin; oy verme gününden 120 gün önce seçmen kütüğünde kesinleşmiş mevcut bilgilere dayanılarak çıkarılacağı belirtilmektedir.

Ayrıca Yüksek Seçim Kurulu'nun sahip olduğu en önemli yetkilerden biri de anayasa değişikliğine ilişkin kanunun yürürlüğe girmesini sağlamasıdır. Çünkü, Türkiye'de halkoylamasına sunulacak anayasa değişikliği kanunları, TBMM tarafından kabul edildikten sonra, on beş gün içinde Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. Ancak bu yayımlanma ilgili kanunun yürürlüğe sokulması amacıyla değil, halkoylamasına sunulması amacıyla yapılmaktadır. Buna göre anayasa değişikliğine ilişkin kanun halkoylamasında kabul edilmezse hiçbir zaman yürürlüğe girememekte ve Resmi Gazete'de yayınlanmış olmakla kalmaktadır. Ancak halkoylamasında kabul edilirse yürürlüğe girmektedir. Uygulamada halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunun yürürlüğe girmesi için yeniden bir Resmi Gazete'de yayınlanması yoluna gidilmemektedir. Kanunun yürürlüğe girişi halkoylaması kesin sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından Resmi Gazete'de yayınlamasıyla olmaktadır[18].

Bu uygulamanın kanuni dayanağı, 23 Mayıs 1987 gün ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoylamasına Sunulması Hakkında Kanun'un 8. maddesidir. Bu maddenin ikinci fıkrasında *"Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurullarından gelen sonuçları birleştirerek ilan eder"* üçüncü fıkrasında da *"geçerli oyların yarısından çoğu 'Evet' ise, Anayasa değişikliği Türk Milleti tarafından kabul edilmiş olur"* denilmektedir. Yüksek Seçim Kurulu bu maddeye dayanarak halkoylamasının kesin sonuçlarının Resmi Gazete'de ya da TRT'de yayımlanmasına karar vermektedir. Yapılan ilanda genel geçerli oyların toplam sayısı, toplam *"Evet"* oyun adedi, toplan *"Hayır"* oyu adedi ve bunların yüzdeleri verilmektedir[19].

17 3/3/2010 tarihli ve 5955 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle bu maddede yer alan *"yüzyirminci günden"* ibaresi *"altmışıncı günden"* olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

18 Kemal Gözler, Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Resmi Gazete'de Yayımlanması Sorunu, s.7.

19 Kemal Gözler, Halkoylaması ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının

31 Mayıs 2007 gün ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un halkoylaması sonuçlarının yayınlandığı 31 Ekim 2007 tarih ve 26686 sayılı Resmi Gazete'deki Yüksek Seçim Kurulu kararına aşağıda yer verilmiştir:

Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığından:

Karar No : 873

İtiraz No :

…Kurulumuzun 30/07/2007 gün ve 741 sayılı kararına göre güncelleştirilerek 29/08/2007 günü itibariyle kesinleşen ve halkoylamasının Kurulumuza ulaşan resmi sonuçlara göre, gümrük kapılarında oy kullananlar dışında seçmen listelerinde toplam 42.665.149 seçmenin kayıtlı olduğu ve 135.075 sandıkta 28.794.216 seçmenin oy kullandığı tespit edilmiştir.

İllerde kullanılan 28.794.216 oy ile gümrük kapılarında kullanılan 25.103 oyun toplamı olan 28.819.319 (yirmi sekiz milyon sekiz yüz on dokuz bin üç yüz on dokuz) oydan 651.658 (altı yüz elli bir bin altı yüz elli sekiz) adedi, ilgili sandık kurullarınca kanun hükmü ve Anayasa Değişikliğinin Halk- oyuna Sunulmasına İlişkin 21 Ekim 2007 Pazar Günü Yapılacak Halkoylamasında Sandık Kurullarının Görev ve Yetkilerini Gösterir Örnek 135/1 sayılı Genelge gereğince geçersiz kabul edildiğinden, Türkiye geneli geçerli oyların toplam sayısı 28.167.661 (yirmi sekiz milyon yüz altmış yedi bin altı yüz altmış bir) olarak belirlenmiştir. Türkiye geneli geçerli oyların 19.422.714 (on dokuz milyon dört yüz yirmi iki bin yedi yüz on dört) adedinin "Evet" oyu, 8.744.947 (sekiz milyon yedi yüz kırk dört bin dokuz yüz kırk yedi) adedinin ise "Hayır" oyu olduğu, buna göre katılma oranının % 67,51; "Evet" oylarının geçerli oylara oranının % 68,95; "Hayır" oylarının geçerli oylara oranının % 31,05 olduğu birleştirme tutanağında beliren durumdan anlaşılmıştır…

Kemal Gözler halkoylaması sonucu kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunların, Yüksek Seçim Kurulu'nun halkoylaması sonuçlarını Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren yürürlüğe girmesinin eleştirmektedir. Gözler'e göre: Hukukumuzda kanunların yürürlüğe sokulması bakımından Yüksek Seçim Kurulu'nun bir yet-

---

Resmi Gazetede Yayınlanması Sorunu, s 8.

kisi yoktur. Bütün diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Türkiye'de kanunların yürürlüğe girmesi için kanun metninin devlet başkanı tarafından devletin resmi gazetesinde yayımlanması gerekir. Kaldı ki Türkiye'de Yüksek Seçim Kurulu kanunun metninin Resmi Gazete'de yayımlamamakta, halkoylaması sonuçlarını yayınlamaktadır. İkinci olarak halkoylamasına sunulan anayasa değişikliğine ilişkin kanun maddeleri ile halkoylaması sonucunda kabul edilen maddeler arasında farklılık olabilir. Keza halkoylamasına sunulan kanunda halkoylaması gününe kadar değişiklik yapılmış olabilir. Dolayısıyla anayasa değişikliğine ilişkin kanunun son hali Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayınlanmalıdır ki herkes anayasa değişikliği kanununun son halini kuşkusuz bir şekilde öğrenebilsin. Yine son olarak belitmek gerekir ki; halkoylaması sonucu kabul edilen ve halkoylaması kesin sonucunun Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girdiği kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunların metnin de *"kanunun yayımlandığı gün yürürlüğe girer"* ibaresi mevcuttur. Oysa ki kanun Resmi Gazete'de çok daha önce yayımlanmıştır. Bu durum dahi, kanun metninin Yüksek Seçim Kurulu'nun halkoylaması sonuçlarını açıkladıktan sonra bir kez daha Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğunu ortaya koymaktadır[20].

3) Anayasa Değişikliklerinin Halka Tanıtılması:

3376 sayılı Kanun halkoylamasına sunulacak olan anayasa değişikliğine ilişkin kanunların halka tanıtımının sağlanması amacıyla bazı hükümlere yer vermiştir. Kanun'un 5. maddesinde:

Anayasa değişikliklerinin halka anlatılmasında;

a) 298 sayılı Kanun'un propaganda serbestliğine ilişkin hükümleri, halkoylaması gününden önceki yedinci günden başlayarak uygulanır.

b) Anayasa değişikliklerinin açıklanması ve tanıtılması amacıyla; özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partiler ve Cumhurbaşkanı halkoylaması gününden önceki yedinci günden itibaren, hal-

20 Kemal Gözler, Halkoylaması ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmi Gazetede Yayınlanması Sorunu, 9- 10-11.

koylamasında önceki gün saat 18.00'e kadar radyo ve televizyonla aşağıdaki esaslara göre propaganda yapabilirler:

1- Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan partilere 10'ar dakikalık ikişer konuşma,

2- İktidar partisine veya partilerine 10'ar dakikalık birer, iktidar ortağı partilerden büyük olanına ilaveten 10 dakikalık bir konuşma, (iktidar partisinin konuşması siyasi partilerin konuşmalarının tamamlanmasında sonra yapılır. İktidar ortağı partiler bulunuyor ise son konuşma en büyük iktidar ortağı partiye aittir.)

3- Cumhurbaşkanı'na, dilerse birisi en sonda olmak üzere 10'ar dakikalık iki konuşma, hakkı verilir.

c) Anayasa değişikliğine dair kanun Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra TRT'de, (b) fıkrasında belirtilenler dışında bu konuya ilişkin başka yayın yapılamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer verildiği üzere 3376 sayılı Kanun, kimlerin radyo ve televizyonda propaganda yapabileceğini kendi düzenlemiş, buna karşılık diğer propaganda yolları için 298 sayılı Kanun'a atıfta bulunmuştur. Ancak 298 sayılı Kanun'un 49. maddesi propagandanın, oy verme gününden önceki onuncu günü sabahı başlayacağı hükmüne yer verirken, 3376 sayılı Kanun bu süreyi yedi güne indirmiştir. Bu nedenle de 298 sayılı Kanun'un 50, 51, 56 ve 57. maddelerinde düzenlenen açık ve kapalı yerlerde propaganda, hoparlörle propaganda ve el ilanı dağıtımı, yedi günlük süre içeresinde yapılacaktır[21].

Kanun; anayasa değişikliği kanununa ilişkin radyo ve televizyon yoluyla yapılacak tanıtım imkanının, sadece TBMM'de grubu bulunan siyasal partilere ve Cumhurbaşkanı'na tanımıştır. Cumhurbaşkanı'na tanınan konuşma hakkının da kullanılması zorunluluğu yoktur. Partilerden her biri onar dakikalık iki defa, iktidar partisi ayrıca onar dakikalık ek konuşma hakkına sahiptir. İktidarda birden çok parti varsa, bunlardan her biri ek onar dakikalık konuşma süresine sahip olup iktidardaki büyük partinin on dakikalık ek bir konuşma hakkı daha bulunmaktadır. Görüldüğü üzere kanunun iktidar partisine bir üstün-

21 Erdal Onar, a.g.e, s.107.

lük tanıdığı açıktır. Her ne kadar anayasa değişikliği teklifini hükümet önermiyor ve oylama gizli yapılıyorsa da TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gerektiği bir oylama sonucunda değişikliğin kabulünde iktidar partisinin en önemli rolü oynadığı açıktır. Bu durum karşısında da belirtilen öncelikleri normal karşılamak gerekir. [22].

Erdal Onar; radyo ve televizyon aracılığıyla propaganda yapabilme hakkının sadece Meclis'te grubu bulunan partilere tanınmış olmasının eleştirmektedir. Onar'a göre; bu durum halkın radyo ve televizyon aracılığıyla anayasa değişikliğine ilişkin bilgilendirilme imkanını çok daraltmaktadır. Bu konuda, 298 sayılı Kanun'un getirdiği ölçüt benimsenerek, sözkonusu imkanının o sırada seçim yapılsaydı o seçime katılabilecek siyasal partilere de tanınması yerinde olurdu[23].

B) Halkoylamasına Katılabilecek Olanlar:

Anayasanın 67/3. maddesinde; onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının, seçime ve halkoylamasına katılma hakkının olduğunu belirtilmiş ve bu hakların kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. 67. maddenin 23/7/1995 gün ve 4121 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki hali *"...Seçimlerin ve halkoylamasının yapıldığı yılda, ay ve gün hesaba katılmaksızın 20 yaşına giren her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir"* şeklindedir. Dolayısıyla sözkonusu değişiklikten önce halkoylamasına katılma yaşı 20 idi. 1987 yılından önce de aynı madde de yaş sınırı 21 olarak belirlenmiştir[24]. Aynı maddenin 5. fıkrasında silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağına yer verilmiştir. Yine 67. madde de 1995 değişikliklerinden önce oy kullanamayacaklar arasında *"ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutuklular"* da sayılmıştır. 298 sayılı Kanun'un 7. maddesinde de Anayasa'nın belirtilen hükümlerine paralel olarak oy kullanamayacaklar olarak yukarıda yer alanlar sayılmıştır. Ancak 298 sayılı Kanun'un 8. maddesinde oy kullanamayacaklara ek olarak kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olanlarında seçmen olamayacağı hükme bağlanmıştır.

22 Volkan Has, a.g.e, s.144.
23 Erdal Onar, a.g.e, s.110.
24 Erdal Onar; siyasi rüşt yaşının Türk Medeni Kanunu'nda yer alan rüşt yaşı ile aynı olması gerektiği görüşü için bkz; a.g.e, s.113.

C) Halkoylamasına Katılma Yükümlülüğü ve Yaptırımı:

Anayasa'nın 175. maddesinde :

"...Halkoylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahalli genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır." hükmü yer almaktadır. Böylece Anayasa'nın 175. maddesinde 1987 yılında yapılan değişiklikle seçimlere katılmayanlara karşı kanun koyucunun bir yaptırım öngörebilme yetkisi doğmuştur. Ancak bu düzenleme ile halkoylamasının demokratik niteliğinin zedelenmesi bir tarafa Anayasa'nın 67. maddesinde ifadesini bulan *"serbestlik"* ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Gerçekten Anayasa'nın 67. maddesinin ikinci fıkrası seçimler ve halkoylamasının serbest olduğunu hükme bağlamıştır. Serbestlik ilkesi kapsamında seçmenin oyunun dilediği yönde kullanabilmesinin yanı sıra oylamaya gidip gitmeme konusunda da hür iradeye sahip olması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır[25].

3376 sayılı Kanun da Anayasa'nın 175. maddesinin son fıkrası doğrultusunda oylamalara katılmama halinde ne tür tedbirlerin uygulanacağına ilişkin bir hüküm getirmektedir. 3376 sayılı Kanun'unun 6. maddesinin ikinci fıkrasında:"*...Seçmen kütüğünde ve sandık listesinde kaydı ve oy kullanma yeterliği bulunduğu halde halkoylamasına, hukuki veya fiili mazereti olmaksızın katılmayanlar, İlçe seçim kurulu başkanı tarafından onikibinbeşyüz lira para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, halkoylamasına gününden itibaren üç ay içinde hukuki veya fiili mazeretlerini bildiren ve mazereti İlçe seçim kurulu başkanlarınca geçerli görülenlerden bu para tahsil edilmez. İlçe seçim kurulu başkanınca verilen para cezası ile ilgili kararlar kesindir..."*hükmü yer almaktadır. Sözkonusu maddeye göre verilecek olan para cezaları kriminal anlamda birer ceza niteliği taşımamaktadır. Bunlar birer idari para cezasıdırlar[26].

Burada Anayasa'nın 175. maddesinin son fıkrasında *"kanunlan para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır"* hükmündeki *"her türlü tedbir"* kavramına içerisine nelerin girebileceği sorusu gündeme gelebilir. Her şeyden önce kanun koyucunun düşünebileceği kurumun *"tedbir"* niteliğinde olması gerekeceğinden ceza hukuku anlamında bir ceza öngörülemeyeceği açıktır. Dolayısıyla bu soruya; seçimlere ve halkoylamasına

25 Erdal Onar, a.g.e, s.121-122; Volkan Has, a.g.e, s.146; Serap Hamzaoğlu, a.g.e, s.89.
26 Erdal Onar, a.g.e, s.122.

katılmayanlara ilk seçim veya ilk halkoylamasında oy hakkı tanımamak ya da aday olmalarının yasaklamak gibi bir yaptırımı uygulanalabilir şeklinde cevap verilebilse de; seçime katılmanın ve aday olmanın anayasada açıkça güvenceye kavuşturulmuş bir hak olduğu dikkate alındığında, vatandaşların bu anayasal haklarından yoksun kılınabilmeleri için yine açık bir şekilde anayasa hükmünün bulunması gerektiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda da halkoylamasına katılmayı artırmak için para cezasının dışında öngörülebilecek başka bir yaptırım veya tedbir akla gelmemektedir[27]. Ancak kural olan bu durum karşısında istisna olarak aksi durumlarla da Türk anayasa hukukunda karşılaşılmıştır. Gerçekten 29/6/1981 ve 2485 sayılı *"Anayasanın Halkoylamasına sunulması Hakkında Kanun"* ile 1982 Anayasası halkoylamasına sunulmuştur. Sözkonusu kanunda yukarıda belirtilen *"her türlü tedbir"* kavramı kapsamında görülebilecek farklı durumlar düzenlenmiştir. Kanun'un 12. maddesinde oy verme kütüğünde ve sandık listelerinde kaydı ve oy kullanma yeterliliği bulunduğu halde hukuki veya fiilin herhangi bir mazereti olmaksızın halkoylamasına katılmayanların, anayasanın halkoylamasını takip eden beş yıl içerisinde genel ve ara seçimleri ile mahalli seçimlere ve diğer halkoylamalarına katılamayacakları, seçimlerde aday olamayacakları hükme bağlanmıştır[28]. Hükmüne yer verilen kanunun değerlendirilmesi yapılırken 1982 Anayasası'nın henüz yürürlükte bulunmadığı ve dönemin bir geçiş dönemi olduğu dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur. Kaldı ki sözkonusu kanunun sadece 1982 Anayasası'nın halkoylamasına sunulması sırasında uygulanacak hükümlere yer vermesi nedeniyle artık uygulaması da kalmamıştır.

Her ne kadar, yukarıda belirtildiği üzere anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar için yapılacak olan halkoylaması ile diğer seçimlere katılınmaması halinde karşılığı olarak idari para cezasını gerektiren tedbirler uygulanacağına ilişkin hükümler halen yürürlükte bulunmakta ise de sözkonusu hükümlere uygulamada tamamen riayet edildiğinden söz edilmez. Kaldı ki Yüksek Seçim Kurulu Başkanı dahi 5678 sayılı Kanun'un halkoylamasına sunulması sürecinde yaptığı bir açıklamasında; Anayasa'da ve yasalarda halkoylamasına katılım oranına ilişkin çoğunluk şartı bulunmaması ve katılımın yüzde 50'nin altında olması

27 Erdal Onar, a.g.e, s.124; Volkan Has, a.g.e, s.148.
28 Suna Kili-Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2000, s.251.

halinde dahi geçerli oyların yarısından fazlasının sonuç için yeterli olacağını belirtmiştir[29]. Gerçekten de 1982 Anayasası ve 3376 sayılı Kanun'da halkoylamasının geçerli olabilmesi için gerekli olan bir katılım asgari sınırı belirlenmemiştir. Ancak bu durumu oylamaya katılıp katılmamanın ihtiyari olduğu anlamına gelmez. Halen yürürlükte bulunan mevzuatımıza göre halkoylaması ile diğer seçimlere katılmak zorunludur hatta aksi durumda idari para cezasını gerektirin tedbirlerde uygulanabilir.

D) Halkoylamasının Sonuçlanması:

Anayasa'nın 175. maddesinin 6. fıkrasında:

"Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir." hükmü ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoylamasına Sunulması Hakkında Kanun'un 8.maddesinin son fıkrasında da:

"Geçerli oyların yarısından çoğu "Evet" ise, Anayasa değişikliği Türk Milleti tarafından kabul edilmiş olur." hükmü yer almaktadır.

Sözkonusu anayasa ve kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere halkoylamasına katılma konusunda asgari bir sınır aranmamakta, ilgili kanunun kabulü için sadece katılanların yarısından fazlasının *"Evet"* demesi yeterli görülmektedir.

Oysa ki Anayasa'nın 175. maddesini değiştiren 3361 sayılı Kanun'un teklifinde:

"Halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerine ait kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasına ilişkin oy verme kütüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan, oy verme hakkına sahip seçmenlerin en az yüzde altmışının halkoylamasına katılması ve katılanların yarısından çoğunun kabul oyu kullanmış olması gerekir" denilmekteydi. Anayasa Komisyonu ise sözkonusu hükmü değiştirerek aşağıda yer verilen şekle büründürmüştür:

"Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında geçerli oyların yarısından çoğunun "kabul" oyu olması ve bu kabul oylarının halkoylamasına ilişkin oy verme

29 Erişim;Www.nethaber.com/Politika/39695/YSK-Baskani-Aydin-Halkoylamasina-katilma-sarti , 16/7/2009.

kütüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan, oy verme hakkına sahip seçmenlerin üçte birinden az olmaması gerekir"

Görüldüğü üzere madde metninin her iki halinde de kanunun halkoylamasına kabul edilebilmesi için katılanların yarısından fazlasının *"kabul"* oyunu alması istenilmiş ayrıca da oylamaya katılanlar içinde asgari bir katılım oranı öngörülmüştür. Ancak TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında verilen önerge ile madde metni değiştirilmiş ve bugünkü halini almıştır.

E) Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliğine ilişkin Kanun Üzerinde Değişiklik Yapılabilir mi?

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 31/5/2007 tarihinde kabul edilen 5678 sayılı *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmuş ve bu nedenle de 16/6/2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanunun 6. maddesiyle 1982 Anayasası'nın 1982 geçici 18. ve geçici 19. madde eklenmiştir[30]. Bu maddeler ile Yüksek

30 MADDE 6 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.
"GEÇİCİ MADDE 18 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin son fıkrası, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılabilmesi için; çıkarılması gereken kanun hükümleri ile seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler bakımından dikkate alınmaz.
GEÇİCİ MADDE 19 – Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması, bu Kanunun Resmi Gazetede yayımını takip eden kırkıncı günden sonraki ilk Pazar günü, ikinci tur oylaması ise ilk tur oylamayı takip eden ikinci Pazar günü yapılır. Anayasanın 101 inci maddesi uyarınca gösterilen adaylar, yazılı muvafakatları ve Anayasanın değişik 101 inci maddesindeki şartları ihtiva eden ve diğer ilgili belgelerle birlikte ilk tur oylama tarihinden otuz gün önce Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına başvururlar. Adayların başvurularında eksik bilgi ve belgelerin tespit edilmesi halinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından, eksikliklerin giderilmesi için üç günlük kesin süre verilir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde adaylar, kendiliğinden adaylıktan çekilmiş sayılırlar. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca, Anayasanın 101 inci maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdıkları anlaşılan adaylara ilişkin kesin liste iki gün içinde ilan edilir ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına bildirilir.
Cumhurbaşkanı adayı gösterilen kamu görevlisi, aday gösterildiği tarihten itibaren görevinden ayrılmış sayılır. Görevinden ayrılan kamu görevlisinin Cumhurbaşkanı seçilememesi halinde görevine geri dönmesi konusunda ilgili kanun hükümleri uygulanır.
Birinci tur seçim sonuçlarının kesinleşmesinden ikinci tur oylamanın sonuçlanmasına kadar, ikinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki oy sıralaması esas alınarak sıradaki adayla doldurulması suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaş-

seçim Kurulu tarafından belirlenen takvim sonucunda halkoylamasının 21/10/2007 tarihinde yapılması ve gümrük kapılarında oy kullanılmasının da 11/9/2007 tarihinde başlatılmasına karar verilmiştir. Ancak anayasa değişikliği teklifinin Meclis tarafından kabul edilmesinden sonra 22/7/2007 tarihinde genel seçim yapılmış ve 4/8/2007 tarihinde yeni Meclis göreve başlamıştır. Anayasa'nın 102. maddesi halen yürürlükte bulunması nedeniyle, üçte iki oranındaki çoğunluk, Milliyetçi Hareket Partisi'nin Cumhurbaşkanı seçimine katılmasıyla sağlanmış ve Kayseri Milletvekili Abdullah Gül 28/9/2007 tarihinde 11. Cumhurbaşkanı seçilmiştir.

Bu durumda, halkoylamasına sunulan 5678 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki geçici 18. ve geçici 19. maddelerde öngörülen ve 11. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçiliş yöntemini belirleyen hükümlerin, sözkonusu kanun halkoylamasında kabul edilip de yürürlüğe girdiği zaman, hukuki bir kargaşaya yol açmaması için kaldırılmaları düşünülmüş ve bu düşünce 16/10/2007 tarih ve 5697 sayılı *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* gerçekleştirilmiştir. Bu kanun ile halkoylamasına sunulmuş ve gümrük kapılarında oy verilmesine de başlanılmış olan 5678 sayılı Kanun'dan 2 madde, halkoylamasının Türkiye genelinde gerçekleştirilmesinden 4 gün önce ve oy verilmeye başlamasından 36 gün sonra çıkartılmıştır[31].

Sözkonusu değişiklik Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde de çok fazla tartışma konusu olmuştur. Tunceli Milletvekili Kamer Genç bir önerge vererek değişikliğin anayasaya aykırı olduğunu belirtmiş ve

---

kanı seçilmiş olur.
Cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkin usûl ve esasların kanunla düzenlenmesine kadar, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile diğer kanunların bu maddeye aykırı olmayan hükümleri uygulanır."Resmi Gazete, 16 Haziran 2007, Sayı:26554.

31 Erdal Onar, 1982 Anayasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler, Prof.Dr Ergun Özbudun'a Armağan, C.2, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.538-539;Kemal Gözler, Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?, Prof.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s.558; Cem Eroğul, Anayasa Değişiklik Önerisinde Değişiklik Yapılması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 1, s.98-100.

teklifin metinden çıkartılmasını istemiştir. Bu önergenin reddedilmesi üzerine kürsüye çıkan Genç: *"Şimdi, ok yaydan çıkmış. Bir anayasa değişikliği getiriyoruz. Anayasa değişikliği değil, Anayasa'da olmayan maddelerin değiştirilmesini istiyoruz. Bir şeyin anayasa değişikliği olabilmesi için onun Anayasa'da olması lazım. Anayasa'ya konulmamış maddeleri değiştiriyorsunuz... Yani, siz anayasa değişikliği veriyorsunuz ama anayasa değişikliği olup olmadığını da incelemiyorsunuz. Bunda çok önemli hatalar var*[32]*."* ifadeleri ile anayasa değişikliğine ilişkin kanunu eleştirmiştir. Yine Eskişehir Milletvekili Hüseyin Tayfun İçli sözkonusu kanunla ilgili Meclis'te yaptığı konuşmasında *"...Bir kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmediği veyahut referanduma sunulmadığı takdirde Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer. Ama, böyle, halk oylamasına sunulan kanun metinleri, halk tarafından kabul edildikten sonra Yüksek Seçim Kurulu tarafından Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer. Değerli Anayasa Komisyonu Başkanımız anayasa profesörü. İçinizde, anayasa profesörü olan birçok değerli arkadaşlarımız var. Bu kanun yürürlüğe girmemiştir... Bakın, Anayasa Komisyonu metninin başlığını okuyorum değerli milletvekilleri: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi" oldu bunun başlangıcı. Yürürlüğe girmemiş bir kanun, "Anayasa değişikliği" diye Türk halkına yutturulmaya çalışılıyor... Hukuki ayıptır bu. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bundan sonraki çalışmalarda bu kanun teklifi kara bir sayfa olarak yer alacak; bunlara izin vermeyin. Bu bir kanun değişikliğinde, yürürlüğe girmemiş kanun değişikliğinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir kanun...Bakın, 5678 sayılı Yasa'nın 7'nci maddesi "Kanunun maddeleri tümüyle oylanır." diyor. Hani? Bu getirdiğiniz kanun teklifinde buna ilişkin bir değişiklik yok. O Kanun 7 maddeden ibaret ve o Kanun gereği 7 maddesi birlikte halk oylamasına sunulmuş, referandum takvimi başlamış, 11 Eylül'de oy kullanılıyor. Peki, maddenin 7'nci maddesini değiştirmeden nasıl böyle bir değişiklik yapabilirsiniz? Böyle bir değişiklik yapamazsınız.*[33]*"* ifadelerine yer vermiştir.

32 Erişim;http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yıl2/bas/b007m.htm, 13/7/2009.

33 Erişim;http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yıl2/bas/b007m.htm, 25/7/2009)

Belirtilen durum hukuki anlamda da bir tartışma oluşturmuştur. Gerçekten Cem Eroğul sözkonusu durumla ilgili olarak; TBMM anayasada yer almayan bir yetki kullandığını ve halkoylamasından beş gün önce halkın önüne yeni bir metin koyduğunu, Meclis'in herhangi bir kanun metnini halkoylamasına sunma yetkisinin bulunmadığını, bu yetkinin Anayasa tarafından sadece Cumhurbaşkanı'na verildiğini, Meclis'in de Anayasa da belirtilen kuralları aşarak bariz bir salahiyet tecavüzü gerçekleştirdiğini, Anayasa Mahkemesi'nce sözkonusu kanun hakkında *"yokluk"* kararı verilmesi gerektiği belirtmiştir[34]. Yine Erdal Onar, 21/10/2007 tarihinde oy kullanacakların 4 gün önce yürürlüğe giren 5697 sayılı Kanunla, 5678 sayılı Kanun'da neyin değiştirildiğini sağlıklı bir şekilde öğrenebilmelerinin zorluğunun hatta imkansızlığının açık olduğu ayrıca 11/9/2007 tarihi ile 16/10/2007 tarihleri arasında gümrük kapılarında oy kullanmış olan vatandaşların oyladıkları metinle, daha sonraki günlerde ve esas olarak 21/10/2007 tarihinde oylanacak metin arasında farklılık olduğu ve bununda oylamanın sonucuna etki edeceğini öne sürmüştür[35].

Sözkonusu durum Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı'nın talebi üzerine 17/10/2007 tarihinde Yüksek Seçim Kurulu'nca incelenmiş ve Kurul kararında:

"...5678 sayılı Yasa tümüyle halkoylamasına sunulmuş olup, madde madde oylamanın sözkonusu olmadığı, oy verenlerin de Kanunun tümüne evet ya da hayır oyu kullanacakları ve 28 Ağustos 2007 tarihinde yürürlükteki mevzuata göre Cumhurbaşkanı seçilmiş olduğu, daha sonra gümrüklerde oy kullanan vatandaşlarımızın da bu durumu bilerek oylarını kullanmış olmaları nedeniyle, iradenin fesada uğradığından söz edilmez. Öte yandan, halkoylamasının ertelenmesi halinde bugüne kadar kullanılmış bulunan oyların geçersiz sayılması sonucunu doğuracak bir kararın seçim hukuku ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle, daha önce ilan edilen takvimi işlemekte bulunan halkoylaması sürecinin ertelenerek yeniden bir halkoylaması takvimi belirlenmesine gerek görülmemiştir"[36] ifadelerine yer vererek halkoylamasının iptal edilmesine ilişkin istemi 6'ya karşı 5 oyla reddetmiştir.

---

34 Cem Eroğul, *"Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması"*, Cumhuriyet Gazetezi, 19/10/2007; ; Cem Eroğul, Anayasa Değişiklik Önerisinde Değişiklik Yapılması, s.102-104.

35 Erdal Onar, 1982 Anayasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler . s.540.

36 YSK'nın 17/10/2007 gün ve 861 sayılı kararı.

16.10.2007 gün ve 5697 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun" 110 milletvekili tarafından yokluğunun tesbiti, iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür[37]. Mahkeme kararında;

"…Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır. Anayasa bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği açıktır. Anayasa Mahkemesi 02.07.2007 günlü, E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında "Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanı'nın yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece 'var'lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler" ifadesini kullanarak, yokluğu ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir.

31.05.2007 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5678 sayılı 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Değişikliğin henüz yürürlüğe girmemiş olması bu

37 Anayasa Mahkemesi'ne sunulan dava dilekçesinde sözkonusu kanunun yokluğunun tesbiti ile ilgili istemin gerekçeleri yukarıda yer verilen Cem Eroğul'un düşüncesiyle aynı yöndedir. Davacı 110 milletvekili dilekçelerinde *"TBMM'nin 5697 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 üncü maddeleriyle halkoyuna sunulmuş bulunan 5678 sayılı Kanunda değişiklik yapma yetkisi olduğu söylenemez. Çünkü Anayasanın 175 inci maddesi halk oylaması sürecini ayrılamaz bir bütün olarak düzenlemiş; yasama organının halkoyuna sunulmuş bir kanun metninde değişiklik yaparak metne yabancı bir unsur sokmasına, metni başkalaştırmasına ve böylece halkoylaması sürecini bölebilmesine olanak verebilecek herhangi bir yetkiyi ne yasama organına ne de bir başka organa tanımadığı gibi, halkoyuna sunulmuş bir Anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun halkoylaması süreci içinde değiştirilebilmesinin koşul, yöntem ve gereklerini gösteren herhangi bir hüküm de getirmemiştir. Dolayısıyla, halkoylaması süreci başladıktan sonra bu süreç içerisinde, TBMM halkoyuna sunulan Anayasa değişikliğine ilişkin kanun metninde değişiklik yapacak olursa bu, kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanımıyla gerçekleştirilmiş bir işlem niteliğini taşır ve bu işlem yetki unsuru bakımından ağır bir sakatlıkla malûl hale girer. Bu bakımdan 5697 sayılı Kanunun, 5678 sayılı Kanunu değiştiren 1, 2 ve 3 üncü maddelerinin, yetkisizlik, bir başka değişle işlemin yetki unsurundaki ağır sakatlık nedeniyle "yokluğuna" hükmedilmesi gerektiği açıktır."* ifadelerine yer vermektedirler. Anayasa Mahkemesi'nin 27/11/2007 gün ve E:2007/99, 2007/86 sayılı kararı, Resmi Gazete 19/2/2008, Sayı;26972.

sonucu değiştirmemektedir. Yasanın yürürlüğe girmesi tali kurucu iktidar olarak TBMM'yi değil, diğer devlet organlarını ve bireyleri bağlayıcı olabilmesinin önkoşuludur. Anayasa'da TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisini kullanmasına, halkoyuna sunulan yasalar üzerinde tasarrufta bulunmama biçiminde bir istisna öngörmemektedir. Halkoyuna sunularak kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM, henüz referandumda oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahiptir.

...Cumhurbaşkanının iradesiyle halkoyuna sunulan 5678 sayılı Yasa'da 5697 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik yine Cumhurbaşkanı'nın iradesiyle yürürlüğe girmiş, değişen Yasa ise, Yüksek Seçim Kurulu'nun gözetim ve denetiminde gerçekleşen halkoylaması sonucunda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanı'nın halkoyuna sunma ve Yüksek Seçim Kurulunun halkoylamasına ilişkin genel yönetim ve denetim yetkisine müdahalesi söz konusu değildir." ifadelerine yer vermiştir[38].

Anayasa Mahkemesi kararı[39] doktrinde de çeşitli eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Onar; *"halkoyuna sunularak kabul edilen anayasa değişikliği hakkındaki bir kanunda yasama organının gerektiğinde değişiklik yapabilmesi, hatta o kanunun tümüyle kaldırabilmesi başka bir konudur, henüz sunulduğu halkoylaması süreci yürümekte olan anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunda, hele oy verme işlemi başlamışken değişikliğe gitmek başka birşeydir. İlkinde seçmenin iradesine bir müdahale sözkonusu değildir. Tamamlanmış, yürürlüğe girmiş bir anayasa değişikliği, usulüne uygun biçimde, yasama organı tarafından elbette ki değiştirebilir. Fakat sunulduğu, halkoylamasının sonucu henüz alınmamışken ve üstelik bazı vatandaşlar da*

38 Anayasa Mahkemesi'nin E:2007/99, 2007/86,27/11/2007 günlü kararı, Erişim; http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm, 7/7/2009.

39 Ergun Özbudun sözkonusu kararda Mahkemece *"yokluk"* müeyyidesine girilmemesini uygun gören yazısında şu cümlelere yer vermektedir.*"Türk pozitif anayasa hukukunda yokluk müeyyidesinin var olup olmadığı çok tartışmalıdır. Tek bir kanun metnine dayanmayan ve büyük ölçüde içtihatlarla oluşan idare hukukunun aksine, yazılı ve sert bir anayasa sisteminde anayasa normlarının temel kaynağının anayasanın kendisi olacağı kuşkusuzdur. Ne 1961, ne 1982 anayasaları, Anayasa Mahkemesi'nin yokluk kararı verebileceği konusunda açık veya dolaylı bir hüküm ihtiva etmektedir. Aksine, iptal kararlarının geriye yürümemesi, anayasa koyucunun, yokluk müeyyidesini amaçlamadığı yolunda bir kanıt olarak kabul edilebilir. Anayasanın açıkça tanımadığı bir yetkinin yorum yoluyla kazanılması mümkün değildir. Anayasa'nın 6'ncı maddesine göre "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz."* Erişim;http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=656332, 26/7/2009

oylarını kullanmışken, oylamanın devam ettiği bir evrede, kanun üzerinde değişikliğe gitmenin mümkün olmadığı[40]" görüşünü ileri sürmüştür. Yine Onar'la paralel doğrultuda görüşe sahip olan Cem Eroğul'da kararla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 'anayasa TBMM'nin yasama yetkisini yürürlükte olmayan yasalar yönünden sınırlamamış' derken, gerçekte kendi yürürlüğünü ileri bir tarihe bırakmış yasalar ile hiç yürürlükte olmayan yasaları aynı sınıfa sokmakta olduğunu, hiç yürürlükte bulunmayan bir yasa, ya hiç var olmayan ya da var olma sürecini henüz tamamlamamış olan bir yasa olma ıhtimali olan halkoylamasına sunulan yasa değişikliğinde değişiklik yapılması sözkonusu olamayacağını[41] belirtmiştir. Kemal Gözler'de konuyla ilgili olarak TBMM tarafından kabul edilen ve halkoylamasına sunulan bir anayasa değişikliğine ilişkin kanun henüz bu aşamada geçerlilik kazanmadığını, halkoylaması kabul edilirse geçerlilik kazanacağını dolayısıyla Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulan bir Anayasa değişikliğini, TBMM tarafından halkoylamasından önce değiştirilmesinin mümkün olmadığını savunmuştur.

Kanımızca da Anayasa Mahkemesi yukarıda özetine yer verilen kararında *"kanunun var olması"* ve *"kanunun yürürlüğe girmesi"* kavramlarının tanımlamasını yaparken hataya düşmüştür. Mahkemeye göre anayasa değişikliğine ilişkin kanunların halkoylamasına sunulması bir var olma koşulu değil yürürlük koşuludur dolayısıyla da Meclis'in iradesinden çıkmakla beraber kanun varlık kazanmakla beraber halk oylamasında kabul edilmesi ile birlikte yürürlük kazanabilecektir. Dolayısıyla da Meclis halkoylamsı ile kabul edilmiş bir kanunu yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olduğu gibi henüz halkoylamasına tabi tutulmamış ve yürürlüğe girmemiş bir deüişiklik üzerinde de değişiklik yapabilme yetkisine haizdir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere *"halk oylaması"* kurumu bizim anayasal sistemimizde bir yürürlük aracı değildir tam aksine bir varlık koşuludur. Halkoylamasına sunulan anayasa değişikliğine ilişkin kanunların hukuk aleminde varlık kazanmasını üç iradenın varlık gösterdiğini söyleyebiliriz. Bunlar 1) Meclis iradesi, 2) Cumhurbaşkanının iradesi 3) Halkın iradesi. Açıktır ki bu sınıflandırma yapılırken anayasa değişikliklerinin Meclis üye

40 Erdal Onar, 1982 Anayasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler, 542-543.

41 Cem Eroğul, Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması, s.110.

tamsayısının 3/5-2/3 aralığında dikkate alınmaktadır. Buna göre bu süreç içerisinde bahsi geçen üç iradenin açıklanması ile bir kanun yürürlüğe girmektedir. Zorunlu halkoylamasına sunulma aşamasında Cumhurbaşkanının iradesi bir şekli irade açıklanması olarak görülebilirse de halkoylamasına katılan seçmenlerinin sadece kanunun yürürlüğe içingerekli bir ara aşama olarak değerlendirilmesi bizce mümkün gözükmektedir. Söz konusu üç irade açıklamasının her biri sonuçta yürürlüğe girecek olan anayasa değişikliğine yönelik kanunun hukuk aleminde var olması için bir varlık koşuludur ve nihayet halk oylamasına sunulmuş ve fakat hakkında oylama yapılmamış olan bir kanun adayının hukuk aleminde doğmamaış olması nedeniyle üzerinde tekrar değişiklik yapılması hukuken olanaklı görünmemektedir.

SONUÇ

Halkoylaması bizim hukukumuzda pek sık başvurulan bir kurum değildir. Şimdiye kadar sadece 5 defa yapılmış ve bunlardan 2 tanesi askeri darbeler sonrasında hazırlanan anayasaların göstermelik halkın onayına sunulması olarak hukuk aleminde varlık kazanmıştır. Bu durumunda bir sonucu olarak halkoylaması kurumu ile ilgili karşılaşılan hukuksal sorunların çözümlenmesinde fazlaca bir devlet ve öğreti tecrübesinin olmadığı açıktır. Bu sonuca 2001 ve sonraki yıllarda yapılan 3 farklı halkoylamasında karşılaşılan aksaklıklara göz atılarak kolayca varılabilir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki; 1982 Anayasasında halkoylaması bir kurum olarak düzenlenmemiş sadece belli oylama çoğunlukları ile ilintili olarak Cumhurbaşkanının kimi zaman zorunlu kimi zaman ise ihtiyari olarak başvurabileceği bir hukuksal kavram olarak belirlenmiştir. Bu kavramın hukuk aleminde somutluk kazanması 3376 sayılı "Anayasa Değişikliğinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile olmuştur. Fakat çalışma içeriğinde de vurgulandığı üzere söz konusu kanun günün koşullarına göre halkoylaması kurumunun sorunsuz işlemesi ve azami katılımı sağlama açısından yeterli bir düzenleme olarak görülmemektedir. Bu duruma verilebilecek en öncelikli örnek halkoylamasına katılmama halinde yaptırım kararı verilmesi olarak gösterilebilir. Öncelikle bu kanunda günün koşullarına göre halkoylamasına katılma zorunluluğu hususunun yeniden tartışılması ve halen halkoylamasında oy kullanmanın bir zorunluluk olarak görülmesi gerektiği sonucuna varılması halinde bu durumun sağlanabil-

mesi için daha etkin yaptırım hükümlerinin düzenlenmesi gereklidir. Yine bilindiği üzere Anayasamıza göre kanunlar Resmi Gazete'de yayınlanmakla yürürlülüğe girmektedir. Fakat halkoylamasına sunulan kanun adayları ile ilgili olarak uygulamada farklı bir durum söz konusudur. Bu cümleden olarak halkoylamasına sunulan kanun adayları resmi gazetede yayımlanmakta fakat çalışma içeriğinde örneklerini de verdiğimiz üzere küçük bir not olarak bu kanunun halkoylamasına sunulmak üzere yayınlandığını belirtmekte ve halkoylaması yapıldıktan sonra halkoylaması sonuçlarının Resmi Gazete'de yayımlanması ile kanun yürürlüğe girmektedir. Kanımızca bu hususta 3376 sayılı Kanunla düzenlenmesi ve uygulamanın anayasaya uygun hale getirilmesi konusunda acilen yapılması gerekli değişikliklerden biridir. Nihayet çalışmanın son başlığı kapsamında incelenmiş olan halkoylamasına sunulan anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar üzerinde halkoylaması sonuçlanmadan önce hiçbir değişiklik yapılamayacağı yine 3376 sayılı kanun içeriğinde açıkça düzenlenerek 5678 sayılı Kanun ile yaşananlarla tekrardan karşılanması engellenmelidir..

KAYNAKLAR

Cem Eroğul, "*Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması*", Cumhuriyet Gazetezi, 19/10/2007.

Cem Eroğul, Anayasa Değişiklik Önerisinde Değişiklik Yapılması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 1.

Erdal Onar, 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, yy, Ankara 1993.

Erdal Onar, 1982 Anayasının 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler, Prof.Dr Ergun Özbudun'a Armağan, C.2, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Erdoğan Teziç, "*Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi*", Anayasa Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1987.

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

Kemal Gözler, "*Halkoylaması ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmi Gazetede Yayınlanması Sorunu*", Yasama Dergisi, Sayı 7, Ekim- Kasım- Aralık 2007.

Kemal Gözler, "*Halkoylamasının Değeri*", AÜHFD, C. XL,1988, S.1-4.

Kemal Gözler, Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?, Prof.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Levent Gönenç, Anayasa Değişikliklerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Geri Gönderilmesi ve Halkoylamasına Sunulması, Erişim:http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr, E.T 2/2/2010.

Serap Hamzaoğlu, Türk Anayasalarında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Gazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993.

Sercan Coşkun Kulak, Anayasayı Değiştirme Süreci ve Yargısal Denetimi, Gazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Sevtap Yokuş, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri, Bülent Tanör'e Armağan, Legal Yayınları, İstanbul 2004.

Suna Kili- Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2000.

Volkan Has, Anayasayı Değiştirme Süreci, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

Yararlanılan internet siteleri:

www.anayasa.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.yasayananayasa.ankara.edu.tr.

TMSF'NİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLI ALACAKLARINI TAHSİLDE YETKİSİNİ AŞMASI SORUNU

POWER EXCEEDING PROBLEM OF TMSF IN COLLECTION OF PRIVATE LAW ORIGINED CLAIMS

Barış BAHÇECİ*

Özet : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), batık banka alacaklarının tahsili için olağanüstü yetkilerle donatılmış bir kamu idaresidir. 4389 sayılı Kanunla bankaların dolanlı işlemlerle batmasına nedeniyle doğan alacakları fon alacağı olarak tanımlanmış, bu tür alacakların 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilmesi için TMSF'ye yetki verilmiştir. 6183 sayılı Kanun, kamu alacaklarının takibini düzenlemekte, özel hukuk kaynaklı alacakların tahsilinde uygulanan 2004 sayılı Kanuna kıyasla, borçlu aleyhine usul kuralları getirmektedir. Uygulamada TMSF'nin bazen özel hukuk kaynaklı alacakları da 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmeye çalıştığı görülmektedir. TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacaklarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmesi hukuka aykırıdır. Ayrıca TMSF'nin tahsilât sürecinde gönderdiği ödemeye çağrı mektubu ile alacağını bir ay içinde kesinleştirmesi ve hemen ardından ödeme emri göndermesi, iki ayrı işleme karşı aynı anda görünen iki ayrı dava açılması sonucunu doğurmakta ve mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere çoğaltmaktadır.

Anahtar Kelimeler: TMSF, 6183 sayılı Kanun, 4389 sayılı Kanun, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hukuku, Fon alacağı kavramı

Abstract: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) is a public administration having extraordinary authorities for the collection of receivables of the bankrupt banks. The receivables of the banks bankrupt due to the fraudulent transactions were defined as "the Fund receivables", pursuant to the Law No 4389, and the TMSF was authorized to collect such receivables pursuant to the Law No 6183. The Law No 6183 arranges the pursuance of the public receivables and has rules imposing stipulations against the debtor in comparison to the Law no 2004 applied in the collection of the receivables regulated under the private law provisions. In the practice, it is seen that the TMSF attempts to collect some of the receivables subject to the private law again pursuant to the Law No 6183. The collection of the receivables subject to private law by the TMSF pursuant to the Law No 6183 is indeed violation under the applicable laws. Besides, finalization of a debt by the TMSF through a notification letter during the collection period and submission of a payment order immediately thereafter causes filing two separate lawsuits at the same time against two separate transactions, and therefore increases the transaction burden of the courts.

Keywords: TMSF, Law no 6183, Law no 4389, Law of collection procedure of public receivables, The Fund receivables

* Yrd. Doç. Dr, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF ya da Fon) 1983 tarihli 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile T. Cumhuriyet Merkez Bankası bünyesinde kurulmuş, daha sonra varlığını bu KHK yerine çıkarılan 3182 sayılı Kanunla devam ettirmiştir. Fonun ilk ve asıl işlevi, bankacılık sistemine giren bankaların yatırdıkları primlerin işletilmesi ve bu şekilde elde edilen değerle, gelecekte sistemdeki bankaların batması halinde bu bankalarda bulunan mevduatların sigortalanması, bu şekilde mevduat sahipleri nezdinde bankacılık sistemine güven telkin edilmesidir. Fonun Merkez Bankasına ait temsil ve idare görevi, 3182 sayılı Kanunu ilga eden 4389 sayılı Bankacılık Kanunuyla 31.08.2000 tarihinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna (BDDK) intikal etmiştir.

1998 yılında Bank Ekspres ile başlayan ancak 1999 yılının sonlarından itibaren yoğunlaşan bankacılık krizi ile beraber, bankaların batmasının asıl nedeninin ekonomik krizden çok, banka hâkim ortaklarının kendi grup şirketlerine usulsüz krediler açmak başta olmak üzere bir takım muvazaalı işlemlerle olduğunun ortaya çıkmıştır. Bankalardan haksız bir biçimde edinilen ya da edindirilen kaynaklar sonucunda oluşan zararın, bankaların Fona devri ile kamunun sırtında kalması ve bu zararın tahsili için olağan takip yollarından daha güçlü bir mekanizma gerektiğinin anlaşılması üzerine, Fon, BDDK bünyesinden ayrılarak bugünkü nevi şahsına münhasır kimliğini edinmiştir.

Fon her ne kadar 3182 sayılı Kanun döneminde de oldukça güçlü yetkilerle donatılmışsa da, bankacılık sisteminde 1999 sonlarından itibaren yoğunlaşan bu derin sarsıntılar, 3182 sayılı Kanunu izleyen 4389 sayılı Kanunda bir takım değişiklik ve eklemeler yapılmasına neden olmuştur. 4389 sayılı Kanun başta 26.12.2003 tarihinde yayımlanan 5020 sayılı Kanun olmak üzere 4491, 4743 ve 4672 sayılı Kanun'larla yapılan eklemelerle değiştirilmiş, TMSF batık banka alacaklarının takip ve tahsili yönünde eskisine oranla çok daha ayrıntılı ve geniş yetkilerle donatılmıştır. TMSF'nin mevduat sigortacılığı işlevine, bu işlevi gölgede bırakacak daha etkin ve farklı bir işlev eklenmiş, (aynı yıllarda ortaya çıkan özel yetkili ağır ceza mahkemelerine benzer bir biçimde) adeta *"özel yetkili bir icra dairesi"*ne dönüşmüştür.

5020 sayılı Kanun'la banka kaynaklarını dolanlı işlemlerle kendilerine mal eden banka hâkim ortakları, yöneticileri ve bunların yakın hısımlarından olan alacakları *"fon alacağı"* şeklinde ayrı bir kavramla tanımlamış ve *"fon alacaklarını"* 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna dairesinde tahsil etme yetkisi TMSF'ye verilmiştir. 5228 ve 5354 sayılı Kanunlar fonun tahsilâta ilişkin yetkilerini daha da arttırmıştır. 5411 sayılı Kanun, geçici hükümle 4389 sayılı Kanunu, TMSF'nin olağanüstü tahsilât yetkilerini düzenleyen 15. Maddesi dışında yürürlükten kaldırılmış, dolayısıyla 4389 sayılı Kanunun konumuz açısından getirmiş olduğu yaklaşım değişmemiştir.

4389 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler (belirli bir konuda sistematik bir düzenleme yaklaşımı yerine, birbiri ile ilgisiz çok sayıda kanun maddesinde değişiklik ve ekleme yapan bir kanun çıkarılması şeklinde tezahür eden) *"torba kanun"* mantığı içinde yapılmıştır. 4389 sayılı Kanunda yapılan her bir değişiklik genel itibariyle Fonun tahsilât kabiliyetini arttırmayı ve Fon'un daha rahat hareket etmesini hedefleyen eklemeleri içermiştir. Yapılan bu ekleme ve değişiklikler Fon'u, 2004 yılı itibariyle kuruluş gayesi ve işlevi, devlet tarafından üstlenilen zararların, dolanlı işlemleriyle bankaların batmasına neden olan gerçek ve tüzel kişilerden tahsil edilmesi amacıyla, oldukça kuvvetli yetkilerle donatılmıştır.

Bununla beraber torba kanun mantığıyla verilen yeni yetkiler, Fon'a Türk idare hukuku ve özellikle de amme alacaklarının tahsili hukuku açısından çok muğlâk ve kanunlaştırma mahareti açısından yeterince başarılı olmayan bir takım sonuçlar doğurmuştur.[1] Özellikle bu çalışmaya konu 4389 sayılı Kanunun 15. maddesi aynı düz metin içerisinde bir biri ile tamamen alakasız hükümler içermiş[2], bu hü-

1 Örneğin Yıldırım'ın da işaret ettiği gibi Kanunun 135. Maddesi kendi içinde çelişkiler taşımakta, maddenin ilk fıkrasında TMSF'nin 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takip ve tahsil yetkisinin bir mahkeme kararından sonra mı doğacağı şeklinde bir anlam bulunmakla beraber maddenin daha sonraki fıkralarında böyle bir ön koşul aranmadığını gösteren ifadeler yer almaktadır: Yıldırm *"Tasaruuf Mevduatı Sigorta Fonunun Takip ve Tahsil Yetkisi"*, *Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, Beta yay., İstanbul 2006, s. 1073

2 Gerçekten bir sistematik kaygı gözetilmeden yapılan düzenlemede, 15. Madde Fonun her türlü vergi resim ve harçtan muaf olduğu cümlesiyle başlamakta, devamında herhangi bir paragraf/bend ayrımına gidilmeden, Fon alacaklarının tah-

kümlerin kaleme alınışındaki özensizlik aşağıda da değinileceği üzere maddenin anlatım ve yorumunu da oldukça güçleştirmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı hukuka aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.[3] Bir kısmı ise halen yürürlüktedir.

Biz bu makalede, varlığını halen sürdüren ve Fon'un bu düzenlemelere dayanarak uygulamasını yürüttüğü iki sorunlu alana dikkat çekmek istiyoruz. Bunlardan birincisi Fonun 6183 sayılı Kanuna göre tahsilât yetkisi bulunmadığı halde, halef olduğu özel hukuk kaynaklı alacaklarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmeye çalışması; ikincisi ise ilk sorunun sonuçlarını daha da ağırlaştıracak biçimde, özellikle özel hukuk kaynaklı alacaklarını hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilmesi zor bir süreçle kesinleştirmesidir. Bu çerçevede,

---

silinde 6183 sayılı Kanuna göre takip yapılabileceği belirtildmekte ve gene aynı biçimde devamla iflas masalarında Fon temsilcisinin de bulunacağı, Fonun sulh ve ibra yetkisinin olduğu, Fonun borçlulara yurtdışı yasağı koyma yetkisinin olduğu (buna ilişkin cümle daha sonra Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir) ve Fonun Devlet İhale Kanunu, Sayıştay Kanunu vb. hükümlere tabi olmadığı gibi, mevzuat tekniği açısından aslında farklı maddelerde düzenlenmesi gereken hususlar bend ayrımı dahi yapılmaksızın uzun bir düz yazı halinde madde metnine derç edilmiştir. Oysa daha önce yürülükte olan 3182 sayılı Bankacılık Kanunu Fonun yukarıda saydığımız yetkilerini 65. Maddesinde en azından farklı bendlerde ve daha açık bir biçimde düzenlemişti: http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/15015.html, 15.05.2012

3 Örneğin Fonun halef olduğu batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacaklarında borçlunun sahip olduğu usuli hakların budanarak Fona olağanüstü yetkiler tanıyan 4389 sayılı Kanunun 15/9 maddesi fıkrasına yapılan ek Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Gerçekten 4389 sayılı Kanunun 15. maddesinin (9) numaralı fıkrasına 5020 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle eklenen (e) bendinin birinci fıkrasıyla, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından başlatılan ve/veya Fon'a intikal eden bankalardan devir alınan ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yürütülen takiplerde borçlular tarafından yapılan tüm itirazların, satış dışında, takip işlemlerini durdurmayacağı belirtilerek, Fon kapsamına alınan banka borçlularının alacaklı Fon aleyhine yapacakları her türlü itiraz, satışa kadar engellenmiştir. Madde gerekçesinde, fıkranın borçlular tarafından yapılan gereksiz itiraz ve şikâyetler ile takibin durmasının önlenmesi, böylece tahsilâtın hızlandırılması amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi, hukuk devleti ilkesi kapsamında Anayasa'nın 2. Maddesine, hak arama özgürlüğü çerçevesinde Anayasa'nın 36. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda, "*Takip, tedbir ve tahsil işlemlerini durdurma yollarının kapatılarak yargı denetiminin engellenmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir, hukuk güvenliği ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz.*"denilmiştir. E. 2004/95, K. 2008/156, Kt 06.11.2008 Aynı yönde: E.2009/53, K 2011/19 Kt 20.01.2011

1. Öncelikle kamu alacaklarının tahsil usulü hukuku açısından amme alacağı özel alacak kavramını hatırlatmak ve özel alacakların tahsili hukukundan ayrı/üstün yönlerine değinmek,
2. TMSF'nin kendine dayanak gösterdiği 4389 sayılı Kanundaki *"fon alacağı"* kavramını irdelemek ve TMSF'nin özel hukuktan kaynaklı alacaklarda 6183 sayılı Kanuna dayanamayacağına dikkat çekmek ve son olarak
3. TMSF'nin *"Fon alacağı"* niteliği taşımayan batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacaklarını hatalı bir biçimde tahakkuk ettirdiğine ve bu kapsamda yaşanan yargısal süreçteki sıkıntılara değinmek istiyoruz.

1. Amme Alacağı-Özel Alacak Ayrımı ve Tahsil Hukuku Açısından Sonuçları

Bilindiği üzere Türk icra hukuku, ikili bir ayrıma dayanmakta, özel hukuktan kaynaklı alacakların takip usulü 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, amme alacaklarının takip ve tahsil usulü ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunla düzenlenmektedir.

6183 sayılı Kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddesi özel alacaklar ile amme alacakları ayrılmakta, 6183 sayılı Kanunun sadece amme alacaklarının tahsilinde uygulanacağı ortaya konulmaktadır. Kanuna göre, özel alacak- amme alacağı ayrımında esas alınacak iki ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kanun metninde de belirtildiği üzere sadece devlet, il özel idareleri ve belediyelerin amme alacaklısı olabilecekleridir. Bunun dışındaki kuruluşlar, başkaca konularda kamu gücünü kullanma yetkisine olsalar dahi, amme alacaklısı sayılamazlar.

Bununla beraber çeşitli kanunlarda, devlet, il özel idareleri ve belediyeler dışında kalan kuruluşların alacaklarının tahsilinde de 6183 sayılı Kanunun uygulanacağına yönelik atıflar yapılabilmektedir.[4] Ancak bu tür atıflar sadece diğer kuruluşlara ait alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanunda öngörülen cebri icra yollarının kullanılmasına

4 Serkan Ağar, *Vergi Tahsilatından Kaynaklanan İhtilaflar ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım yay. Ankara 2009, s. 24

olanak tanımakta, bu kuruluşlara ait alacakları amme alacağı statüsüne sokmamaktatır.[5]

Kaldı ki, bir alacağın salt devlet, il özel idaresi ya da belediyeye ait olması dahi bu alacağın 6183 sayılı Kanun kapsamında bir amme alacağı olarak tanımlanmasını ya da bu Kanun dairesinde tahsilini sağlamayacaktır. 6183 sayılı Kanunun 1. maddesine göre devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin sözleşmeden, haksız fiilden ve haksız iktisaptan kaynaklanan alacaklarının 6183 sayılı Kanunun kapsamına girmemektedir.

Dolayısıyla örneğin vergi alacağını tahsil edemeyen bir vergi dairesi ya da bir belediye, amme alacağı niteliğini taşıyan alacakları için 6183 sayılı Kanun dairesinde icrai işlem yürütebilecektir. Benzer bir şeklide prim alacağı için SGK, alacağı her ne kadar 6183 sayılı Kanun kapsamında bir amme alacağı sayılmasa da, 5510 sayılı Kanunun yaptığı açık atıfla[6] amme alacağı niteliği taşımayan alacağını 6183 sayılı Kanunda tanınmış yetkileri kullanarak tahsil edebilecektir.

Buna mukabil devlet, il özel idaresi ya da belediyeler dışındaki hiçbir kuruluşun alacağı 6183 sayılı Kanunun yaptığı tanıma göre amme alacağı niteliği taşımamaktadır. Özel bir kanun eliyle yapılmış açık bir atıf olmadıkça, bu alacakların 6183 sayılı Kanun dairesinde takibi mümkün değildir. Benzer bir biçimde devletin, il özel idarelerinin ya da belediyelerin ait araçların bir trafik kazası sonucunda doğan tazminat bedelleri, gayrimekullerinin kira sözleşmesinden doğan kira ya da bir cezai şart bedellerinin de 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeyeceği açıktır. Çözümünde özel hukuk kurallarının uygulanacağı bu kısım ihtilaflarda, tahsilât süreci de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yürütülecektir.

Pekiyi, bu ayrımın tahsilât safhasındaki pratikteki farkı nedir? Bu kapsamda her iki Kanun açısından izlenen sürece kısaca ve kabaca

---

5 Turgut Candan, "*Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacağından Sorumluluğu*", *Yaklaşım*, S 39 Mart 1996, s. 19

6 5510 sayılı Kanunun 88/16 hükmüne göre: Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır.

dikkat çekmek istiyoruz. Bilindiği üzere, 2004 sayılı Kanuna göre alacaklı talebi ile başlatılan adi (ilamsız) takiplere ilişkin ödeme emirlerine borçlunun itiraz etmesi üzerine takip durmakta, bu itirazın kaldırılması için, alacaklı dava açmak zorunda kalmaktadır. Oysa 6183 sayılı Kanuna göre gönderilen ödeme emirlerinde ise borçlunun dava açma dışında bir itiraz hakkı bulunmamakta, açılan dava işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmamakta, mahkemece yürütmeyi durdurma kararı alınmadığı sürece takip devam etmektedir.

Ayrıca idarenin gönderdiği ödeme emrine karşı açılan davanın kaybedilmesi halinde idare lehine %10 oranında haksız çıkma zammı doğmakta, uygulamada davadan feragat halinde dahi bu haksız çıkma zammının tahsiline gidilebildiği görülmektedir.[7]

6183 sayılı Kanun'a göre ihtiyati haciz yollarıyla mahkeme kararına dahi ihtiyaç duymadan hareket edebilen ve borçlunun tüm mallarına haciz koyarak ciddi bir yaptırım gücüne sahip olan idarenin, 2004 sayılı Kanun kapsamında aynı yetkileri kullanabilmesi çok daha zor ve masraflıdır. 2004 sayılı Kanun'a göre ihtiyati haciz için öncelikle bir mahkeme kararı gereklidir. Üstelik 2004 sayılı Kanun'a göre sürdürülen icrai işlemlerin kural olarak her biri için şikâyet yoluyla icra hukuk mahkemelerine başvurulabilmekte, her bir işlem için yeni bir dava açılabilmesi bu takip yolunu 6183 sayılı Kanun'a göre daha meşakkatli hale getirebilmektedir. Örneğin 2004 sayılı Kanun'a göre menkuller üzerine konulan haciz, satış talep edilmediği takdirde 1 sene içinde düşmekte iken, 6183 sayılı Kanun'a göre aynı çeşit mallar için 3 aylık sürede yapılması gereken satış talebi yapılmasa da, idarenin haczi baki kalmaktadır.[8]

---

7 Mustafa Akkaya, "*Haksız Çıkma Zammının Anayasaya Uygunluğu Sorunu*", *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, AÜHF yay, Ankara 2009, s 342, dn 5

8 6183 sayılı Kanun'un 84. Maddesi haczedilen menkullerin haciz tarihinin 3. Gününden itibaren 3 ay içinde satışa çıkarılacağını düzenlemektedir. Nitekim 2004 sayılı İcra İflas Kanun›un 110. maddesinde kanunda belirtilen süre içinde satışın istenmemesi halinde haczin düşeceği düzenlenerek, alacaklının satış istemeden haciz baskısını süresiz bir biçimde uzatmasına engel olunmakta, icra dosyasının sürüncemede kalmaması için alacaklı üzerinde bir tazyik uygulanmaktadır. Yargıtay içtihatlarında ise, 6183 sayılı Kanun›da öngörülen 3 aylık süre içinde satış istenmemesi halinde, haczin düşeceği şeklinde bir düzenleme olmadığı gerekçesinden hareketle, idarenin satış istemeden borçlunun menkul malı üzerine koyduğu haczi yıllarca sürdürebilmesine yol açılmaktadır. Örn Yargıtay 19 Hukuk Dairesi E 1992/1166, K 1992/937, Kt.26.03.1992; E 1995/7341, K 1995/7301, Kt 13.09.1995

Bu durum alacaklı idare için doğal olarak alacaklarını 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil etme eğilimi getirmekte, aslında 6183 sayılı Kanun kapsamına girmeyen alacakların dahi, bu kanun kapsamında değerlendirilerek usulsüz bir biçimde takip edilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

Nitekim aşağıda da değineceğimiz üzere TMSF de sıklıkla bu usulü hatayı yapmakta, özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil için de 6183 sayılı Kanun'u uygulamaya kalkmaktadır. Bu durum hiç şüphesiz çok sayıda ihtilaf ve tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

2. TMSF'nin Özel Hukuk Kaynaklı Alacaklarını 6183 Sayılı Kanun'a Göre Tahsili Sorunu

Fon, yukarıda da belirttiğimiz üzere 4389 sayılı Kanunda 5020 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle beraber, dolanlı işlemleri ile bankaların batmasına neden olan hâkim ortak, yönetici ve bunların yakınlarından bu zararları tahsille görevlendirilmiştir. Toplam 25 adet batık bankanın yeniden yapılandırma, tasfiye ve satış işlemlerini yürüten Fon aynı zamanda, bu bankaların diğer tüm alacaklarını da tahsil etmek gibi ağır bir yükün altına girmiştir.

Bu nedenle tahsil sistematiğine göre iki ayrı tahsilât dairesi kurulmuş, Birinci Tahsilât Dairesi *"fon alacağı"* olarak tanımlanan banka hâkim ortaklarının borçlarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsile yönelirken, İkinci Tahsilât Dairesi ise Fon'a intikal eden bankaların, özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil ve tasfiye görevini üstlenmiştir.[9]

9 Bu görev bölümü TMSF'nin resmi internet sitesinde yayınlanan 2004 yılı faaliyet raporundan anlaşılmaktadır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, s.40. http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSF_FR2004.zip, 15.01.2012 Raporda Fonun bugünkü kimliği ile etkin bir biçimde çalışmaya başladığı 2004 yılı itibariyle 188.345 bireysel borçlu dosyasına sahip olduğu görülmektedir. Bu dönem itibariyle özel hukuktan kaynaklı alacak niteliğinde 13.303 dava ve 8.477 icra dosyası derdesttir. Aynı dönemde banka hâkim ortakları ile Fonun taraf olduğu dava dosyası sayısı 2561, icra dosyası ise 762 adettir s. 56. Rapora göre 6183 sayılı kanun kapsamında yürüyen işlemler çerçevesinde batık bankaların hâkim ortaklarınca Fona karşı toplam 352 dava açılmıştır. Hâkim ortaklar dışında bankalara kredi borcu olan 188.435 adet bireysel borçlu bulunmakta, ayrıca kurumsal kredilerle ilgili 13.303 dava ve 8.477 icra dosyası devam etmektedir. S. 54 TMSF 2010 yılı faaliyet raporuna göre ise, Fon ile banka hâkim ortakları arasın-

2.1. TMSF Özel Hukuk Kaynaklı Bazı Alacaklarını 4389 Sayılı Kanunun 15/3 Maddeesi Hükmüne İstinaden 6183 Sayılı Kanun Dairesinde Tahsil Etmektedir

TMSF 2004 faaliyet raporunda açıkça, 2. Tahsilât Daire Başkanlığı'nca işlem yapılan bireysel ve kurumsal borçlulardan borçlarını ödemeyenler hakkındaki işlemlere hâkim ortak olmamalarına 6183 sayılı Kanun'a göre devam edilme kararı verildiği, bu kapsamda o dönem itibariyle sahip olunan yetkininin kullanılarak 17.184 kişiye yurtdışı çıkış yasağı konulduğu ifade edilmektedir[10].

Keza 2010 yılı faaliyet raporunda da hâkim ortaklara uygulanan işlemler ifade edildikten sonra hâkim ortaklar dışındaki kredi borçlularının bir kısmı hakkında da 6183 sayılı Kanun dairesinde işlem yapıldığı anlatılmaktadır[11].

Bu ihtilaflardan bir kısmı bir kamu tüzel kişiliği için pek de alışık olmadığımız bir biçimde medyaya da yansımıştır. Bunlardan konumuzla ilgili en çarpıcı örneklerden birinde, bir oyuncu, özel bir televizyon kanalı olan Star TV ile yaptığı anlaşma kapsamında peşin bir ödeme almış, fakat yapım gerçekleşmemiştir. Bu süreçte Uzan Grubu'nun sahibi olduğu Star TV'ye, Uzan Grubu'nun İmar Bankası kaynaklı borçları nedeniyle TMSF tarafından el konulmuştur. TMSF bu şekilde Star TV'nin alacaklarına halef olmuştur. Sözleşme gereği edimini getirmeyen oyuncudan alacaklı konumda bulunan Star TV'nin alacağı için TMSF tarafından 6183 sayılı Kanun dairesinde takibe geçilmiştir[12].

---

da 3885 adet dava 749 adet icra takip dosyası mevcutken, 2010 yılına gelindiğinde ise Fonun elindeki özel hukuk kaynaklı borç dosyalarının sayısının, varlık yönetim şirketine devirler ve çeşitli borç ödeme kampanyaları ile 38.627 adete indirildiği görülmektedir. 31.12.2010 itibariyle fonun hâkim ortaklar ile taraf olduğu dava sayısı 3885 (513ü fona karşı açılmış), icra takibi 749'dur. Kurumsal kredi dosyaları 283, bireysel kredilere ait dosya sayısı ise 38.621'dir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010 s.61-63http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSFFR2010.pdf, 15.01.2012

10 Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, s.40-41 Anayasa Mahkemesi, 4389 sayılı Kanun kapsamında TMSF'nin borçlularına yurtdışı çıkış yasağı koymasına imkân veren düzenlemeyi ölçülülük yasağına aykırı bularak iptal etmiştir. E. 2007/4, K.2007/81, Kt. 18.10.2007

11 Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010, s.55

12 *"TMSF Hülya Avşar'ın Bütün Banka Hesaplarına El Koydu"*, http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/10399483.asp, 15.01.2012, *"Hülya Avşar Paralarını Kurtaramadı"*, http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?DocID=10606599

Böylelikle sözleşmeden kaynaklı bir borç amme alacağı olarak nitelenmiş ve amme alacağı gibi 6183 sayılı Kanun dairesince tahsil edilmiştir.

TMSF bu tip uygulamalarında, 4389 sayılı Kanun'un 15/3 bendine dayandırmaktadır. Anılan hükme göre;

"14 üncü maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendi ile verilen yetkiler saklı kalmak kaydıyla, Fon kaynakları ile ***her türlü alacaklarının*** *ve hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a intikal eden bankaların; yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarından, bu ortakların yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya başkalarıyla birlikte elinde bulundurdukları şirketlerden ve iştiraklerinden, yönetim ve denetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcıları, kredi komitesi başkan ve üyeleri ile imzaları bankayı ilzam eden memurları ve bunların eş ve çocuklarından olan alacakları ile hisseleri Fona intikal eden diğer bankaların bunlardan olan alacaklarından Fon tarafından devralınanlar ile (7) numaralı fıkranın (b) bendinde belirtilen kişilere ait olup Fon tarafından devralınan alacakların* ***takip ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır****.*[13]*"*

Bu düzenlemeye dayanan TMSF, her türlü alacağını bu madde kapsamında değerlendirmekte, böylelikle her türlü alacağını tahsilde 6183 sayılı Kanun'u uygulamaya kalkmaktadır. Bu durumda Fon alacaklarının niteliği nedir sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere TMSF; devlet, il özel idaresi ya da belediye tüzelkişiliği içinde yer almadığına göre 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Fon alacaklarının amme alacağı sayılamayacağı açıktır. Bununla beraber 4389 Kanun'un Fon alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanacağı yönündeki düzenlemesi, Fonun hiçbir ayrım yapılmadan tüm alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu gücünü kullanan –devlet- dahil olmak üzere hiçbir kuruluşun –sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme dahil- tüm alacaklarını 6183 sayılı Kanun daire-

15.01.2012, *"Hülya Avşar TMSF'yi Kızdırdı"* http://www.hurriyet.com.tr/magazin/haber/8450410.asp 15.01.2012, Hülya Avşar TMSF ile Anlaştı http://www.yenisafak.com.tr/ekonomi/?t=14.11.2007&i=81823 15.01.2012

13 http://www.tmsf.org.tr/documents/mevzuat/tr/4389BK.pdf, 01.05.2012

sinde tahsil yetkisi bulunmazken, TMSF'nin her türlü alacağında 6183 sayılı Kanun'u kullanması mümkün müdür sorusu haklı olarak zihinlere takılmaktadır.

"Fon alacağı" yan yana iki ayrı kelime gibi değerlendirildğinde, hiçbir sınırlamaya tabi tutmaksızın TMSF'ye ait bir otomobilin trafik kazası sonucunda uğradığı zararın dahi 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği gibi bir sonuca ulaşılacak, *"Fon alacağı"* birbirini bütünleyen iki kelimeden oluşan bir kavram olarak görüldüğünde ve 6183 sayılı Kanun'un lafzı ve ruhu da gözetildiğinde ise *"fon alacağı"* kavramının TMSF'nin tüm alacaklarını kapsamayacağı sonucuna ulaşılacaktır.

2.2 TMSF'nin Dayandığı Yasal Mevzuat Özel Hukuk Kaynaklı Alacakların 6183 sayılı Kanun'a Göre Tahsil Edilmesine Elverişli Değildir

Gerçekten 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmü Kanun'un diğer maddelerinden bağımsız bir biçimde okunduğunda, ilk olarak Fonun her türlü alacağının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasına izin verildiği izlenimini doğurmaktadır. Oysa Kanunun sistematik yorumu halinde durum farklıdır. Özel hukuk kaynaklı alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilmek istenmesi 5411 ve mülga 4389 sayılı kanunlara aykırıdır.

4389 sayılı Kanun'da *"fon alacağı"* özel bir kavram olarak düzenlenmiş ve fon alacağı statüsüne giren alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceğini hüküm altına almıştır. Kanunun 15/-b bendi ile banka hâkim ortakları ve yöneticilerinin usulsüz kredilerle bankaların içini boşaltması ile doğan alacakların Fon alacağı sayılacağını hükme bağlamıştır[14].

14 "*Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlıklarını doğrudan veya üçüncü kişilere rehnetmek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak Fon alacağı sayılır.*

Kaldı ki, 4389 sayılı Kanun'da 5020 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, Fon alacağı yanında 15/a maddesi hükmü ile ayrıca bir de hazine alacağı kavramı ihdas edilmiş, böylelikle Fon birimlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, dolanlı işlemlerle bankalardan boşaltılan kaynakların 6183 sayılı Kanun dairesinde Hazine tarafından da takip edilebilmesine imkan tanınmıştır[15]. Hazine alacağı kavramını getiren düzenlemede, sadece muvazaalı işlemlerle elde edilen ya da edindirilen banka kaynaklarınından bahsedilmekte, batık bankalarla muvazaalı bir işlem yapmamakla birlikte, bu bankalara kredi borcu olan kişilerden olan alacakların hazine alacağı olarak nitelendirilmediği de dikkat çekmektedir.

4389 sayılı Kanun'da 6183 sayılı Kanun dairesinde takip edilebilecek başkaca fon alacaklarından da söz etmek mümkündür. Örneğin 15/2 maddesi hükmünde sözü geçen Fon tarafından kesilen para cezaları ya da bankaların ödemek zorunda oldukları sisteme giriş payları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."

15 *"Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankaların yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortaklarının kendi lehine kullandıkları her türlü banka kaynakları ve her ne ad altında olursa olsun kendilerine ait yurt içi ve yurt dışı şirket, finans kuruluşu, off-shore bankalara aktardıkları banka kaynakları ile eşleri, çocukları ve evlatlıkları ve bunların diğer kan ve kayın hısımları adına açılmış krediler ile bunlara aktarılan her türlü kaynak aktarımları veya bankaların hakim ortaklarının kendilerine veya şirketleri ile iştiraklerine rayiç bedelin altında ve muvazaalı yapılmış tüm devir ve temlikler, üçüncü kişilere yapılmış her türlü taşınır ve taşınmaz rehni ve ipotek gibi sınırlı ayni haklar ve bunlardan elde edilen nemalar, iştiraklerine ve bağlı şirketlerine ayni bankanın el değiştiren ortaklarının birbirlerine verdiği krediler ile aynı şekildeki bankaların karşılıklı birbirlerine verdikleri krediler, bankaya ve grup* şirketlerine yüksek bedelle satılmış tüm mal, hisse ve hizmetlerden veya bunlardan ve benzerlerinden elde edilen nemalar, uzun süreli kiralama veya finansal kiralama yolu ile kendisine aktarılan kaynak ve hizmetler, bankanın yönetim ve denetim döneminde yeterli ticari faaliyeti olmaksızın kaynak aktarımı amacıyla kurulmuş şirketlere verilen krediler ile bunlara aktarılan kira ve hizmet bedellerindeki nemalar, yurt dışı banka ve finans kuruluşları ile yapılan inançlı işlemler yolu ile aktarılan her türlü kaynaklar, bankalarının off-shore bankalarındaki yargı kararları nedeniyle ödedikleri mevduatları ve off-shore bankaların bankaya izinli veya izinsiz aktardığı off-shore mevduatlar, bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları, müdürlerinin kendileri, eşleri ve çocukları, evlatlıkları ile bunların diğer kan ve kayın hısımlarına aktarılan her türlü kaynakların tümü başkaca bir işleme gerek olmaksızın ***Hazine alacağı haline gelmiş sayılır.*** *Fon Kurulunun talebi üzerine görevlendirilen Hazine avukatlarınca da takip edilebilir."*

4389 sayılı Kanun'u, 15. maddesi dışında ilga eden 5411 sayılı Kanun'da da, aynı yaklaşım sürdürülmektedir. 5411 sayılı Kanun'un 101, 108 ve 130 maddelerinde Fonun kaynak ve alacakları sayılmıştır. Buna göre, Kanun'un 101. maddesiyle bankaların fona ödemeleri gereken katılma paylarının, Kanunun 108 maddesiyle, el konulan bankaların hâkim ortakları ve bunların yöneticilerine yöneltilecek takiplerin, 130 maddesiyle de idari para cezaları, mevduat ve katılım sigorta primlerinin ve kamu hukukundan doğan sair kalemlere ilişkin takiplerin 6183 sayılı Kanun'a göre takip edileceği düzenlenmiştir.

Böylelikle TMSF'ye devredilen bankaların tüm alacakları aynı hukuksal statüye alınmamış, banka hâkim ortağı, yöneticisi veya bunların yakın eş ya da çocukları olmayan üçüncü şahıs borçluların özel borçları için 6183 sayılı Kanun'un uygulanması düzenlenmemiştir. Bir başka değişle, hangi kalem alacakların *"fon alacağı"* sayılacağı 4389 sayılı Kanun'la belirlenmiş, banka hâkim ortağı üst düzey yöneticisi veya bunların eş ya da çocuğu olmayan ve dolanlı işlemlere dayanmayan üçüncü kişilere ait borçların Fon alacağı sayılacağına ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Buna rağmen, adi bir borç niteliği taşıyan ve banka hâkim ortağı yöneticisi ve bunların eş ya da çocuklarına ait olmayan borçların da fon alacağı gibi tahsil edilmek istenmesi hukuken doğru bir usul değildir.

Konuyu 6183 sayılı Kanun perspektifinden de ele almak mümkündür. 6183 sayılı Kanun'un Kanunun Şumulü (kapsamı) başlıklı 1. maddesi açık bir biçimde sözleşmeden, haksız fiilden ve haksız iktisaptan doğan kamu alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeyeceğini vaz etmektedir.

4389 sayılı Kanun'un 15/7-b bendinde yer verilen [16] banka kay-

16 Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlıklarını doğrudan veya üçüncü kişilere rehnetmek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak Fon

naklarının dolanlı işlemlerle banka hakim ortakları ve yöneticileri tarafından yapılan muvazaalı işlemlerle boşaltılması halinde, bu işlemler görünüşte bir sözleşmeye dahi dayansa, gerçek mahiyetleri farklı olduğundan, TMSF'ye bu kısım alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil yetkisi tanınmasında kanımızca hukuka aykırılık yoktur. Gerçektenbn, dolanlı işlemlerle elde edilen bu kısım haksız kazançlar hukuken geçerli sayılabilir bir sözleşmeye dayanmayacağı gibi, bu şeklide elde edilen haksız kazançların 4389 sayılı Kanun'da yapılan açık atıfla 6183 sayılı Kanun dairesinde tahsil edilebilir.

Oysa hiçbir dolanlı işlem olmaksızın batık bir bankadan aradaki kredi sözleşmesi gereğince kredi kullanan borçlunun bu borcunun bir sözleşmeden doğduğu açıktır. Dolayısıyla batık bankanın Fona intikal etmesi ile beraber alacaklı sıfatının kamuya geçmiş olması, bu alacağın 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği sonucunu doğurmayacaktır. Bir başka değişle, bir sözleşme kaynaklı alacak, eğer 4389 sayılı Kanun'da sayılan dolanlı bir işlem niteliği taşımıyorsa amme alacağı niteliği kazanamaz.

Fon'un her türlü alacağının amme alacağı kabul edilmesi halinde banka kaynaklarının dolanlı işlemlerle kullanılmasında hiçbir dahli olmayan herhangi bir bankadan otomobil ya da ihtiyaç kredisi almış kişilerin de 6183 sayılı Kanun'a göre takip edileceği gibi bir sonuç çıkar. Bir başka değişle, Fonun her türlü alacağının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil etmek istenmesi, halen faaliyette olan herhangi bir banka yerine örneğin İmar Bankası'ndan kullanılan (otomobil, ihtiyaç ya da konut) kredi nedeniyle borçlu olan ancak banka hakim ortakları ya da bunların yöneticisi eş ya da çocuğu olmayan herhangi bir kişi ya da şirketi, dolanlı işlemler yaptığı belirlenen banka hakim ortakları ile aynı kefeye sokmaktadır.

Üstelik bankalara borçlu olan çok sayıda kredi müşterisinin borç miktarının ihtilaflı olması, bu kişilerin aslında sorumlu bulunmadıkları tutarları 6183 sayılı Kanun'a göre ödemek durumunda kalmaları sonucunu doğurabilir. Gerçekten bir bankanın özellikle faiz hesabını

---

alacağı sayılır. Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. http://www.tmsf.org.tr/documents/mevzuat/tr/4389BK.pdf

hatalı yaparak müşterisini olması gerekenden daha fazla borçlu kabul etmesi ve bu bankanın daha sonra Fona intikal etmesi halinde, aslında hukuk mahkemelerinde çözülmesi gereken ihtilaf, bu alacağın Fon tarafından temlik alınması ile birden bire kamusal nitelik kazanacak ve esası itibariyle ilgisi olmadığı halde idari yargının incelemesine konu olacaktır. Özel hukuk kurallarına göre cereyan etmiş ve özel hukuk kurallarına göre çözülmesi gereken bir ilişkinin taraflardan birinin birden bire kamuya dönüşerek, borç iddiasının kamu hukuku kurallarına göre çözülmesi hukuk güvenliği açısından da kabul edilemez.

Nitekim İstanbul idare mahkemelerince ve Danıştay'ca verilen bazı kararlarda yukarıda ortaya koyduğumuz bu husus gözetilmiştir. Bazı mahkeme kararlarında, TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacak iddiaları için düzenlediği ödemeye çağrı mektupları ve ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davalarda, ihtilafın özüne girmeksizin usul yönünden davaları kabul ederek iptal kararları verilmiştir. Ulaşabildiğimiz farklı mahkemelerin konu ile ilgili verdikleri kararlarda, TMSF'nin tüm alacaklarını 6183 sayılı Kanun kapsamında tahsile kalkmasının hukuka aykırı olduğu farklı mahkemelerin verdiği gerekçeli kararlarda aşağıda yer verdiğimiz ve artık anonimleşmiş ifadelerle hüküm altına alınmıştır:

"4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. Maddesinin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen nedenlerle temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona devredilen bankaların kaynaklarının Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen çeşitli işlemlerle, dolaylı ya da doğrudan edinilmesi halinde edinilen ve edindirilen meblağın anılan Kanunun 15/3 maddesi gereğince 6183 sayılı Kanun'a göre takibi, ancak dolanlı işlemlerle banka kaynağını edinen kişiler hakkında uygulanması mümkün olup adı geçen Kanunun 15/3 maddesi incelendiğinde; Fon tarafından devralınan alacaklar sayma usulü ile teker teker belirtilmekte ve hisseleri kısmen ya da tamamen Fon'a intikal eden bankalardan Fon tarafından devralınan alacakların hangilerinin takibinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanacağının açıklandığı görülmektedir.

Bu itibarla temettü hariç ortaklık hakkı ile yönetim ve denetimi Fona'a devredilen bankaların Fon tarafından devralınan alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre Fon takibi ancak bu alacakların; hisseleri Fon'a devredi-

len bankanın kanunda belirtilen kişilerden olan alacakları ve yine hisseleri Fona devredilen diğer bankaların bu kişilerden olan alacakları ile 4389 sayılı Kanun'un 15/7-b maddesinde belirtilen alacaklar içerisinde yer alması halinde mümkündür.

Bunun dışında Yasa'da Fon'un devraldığı bankaların her türlü alacaklarının amme alacağı olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir[17]*."*

Danıştay'ın da benzeri bir yaklaşımı benimsediği görülmekte ve TMSF'nin 6183 sayılı Kanun'a göre bir takip yapabilmesi için öncelikle bu alacağın mutlaka Banka kaynaklarının dolanlı işlemlerle kullanılmasının tespit edilmiş olması gerektiğini de ortaya koymaktadır: "*Yasa kuralı (4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 7. fıkrasının (b) bendi-BB) uyarınca, Fon'a intikal eden bir bankanın tüm hak ve alacakları ve takip hakkı Fon'a geçmekte, böylece, devredilen bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının banka kaynaklarını kullanarak veya başka dolanlı işlemlerle edindikleri veya üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakları Fon alacağı sayılmakta, bu kişiler tarafından üçüncü kişilere yapılan hukuki işlemler hükümsüz kılınmaktadır. Bu bağlamda dava konusu uyuşmazlık incelendiğinde, anılan Yasa kuralları uyarınca davacının hukuki sorumluluğunun doğması için, öncelikle davacının, yönetim ve denetimi Fon'a intikal eden Egebank A.Ş.'nin doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortağı olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.*"[18]

---

17 Örneğin, İstanbul 7. İdare Mahkemesi 2010/1203 e 2011/789 k, 2009/1929 e 2010/1912 k, 2010/1203 e 2011/789 k, İstanbul 8. İdare Mahkemesi 2009/1949 e 2010/1769 k, 2010/1435 e 2010/1000 k, İstanbul 9. İdare Mahkemesi 2010/2466 e 2011/2277 k, 2011/583 e 2011/2278 k, İstanbul 2. İdare Mahkemesi 2009/1651e 2010/2012 k, 2009/1378 e 2010/2011 k, 2010/745 e 2010/2020 k, 2010/152 e 2010/2126 k, İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 2009/1320 e 2010/957 k, 2009/1064 e 2010/1109, 2010/1096 e 2010/1378 k, 2010/382 e 2010/1443 k, 2010/2255 e 2011/1346 k, İstanbul 3. İdare Mahkemesi 2010/490 e 2010/2125 k, İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2010/2160 e 2011/1312 k

18 Danıştay 13. Dairesi E. 2005/9553, K. 2007/207, Kt10.04.2007 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, 05.05.2012 Aynı yönde: *"(...) hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının banka yetkilileri veya görevlileri aracılığıyla veya değişik şekillerde banka kaynaklarını veya varlıklarını dolanlı şekilde edinmeleri veya edindirmeleri halinde, dolanlı şekilde edindirdikleri ve edindikleri para,mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan bu alacakların Fon alacağı sayılacağının kabulü karşısında, mahkemece;*

Bu durumda TMSF'nin batık bankaların hakim ortak, yönetici ve bunların eş ve çocukları dışındaki kişilerden olan alacakları Fon alacağı kapsamına girmemekte, özel hukuk kaynaklı bu alacakların tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu değil, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu hükümlerini uygulaması gerekmektedir.

Bunun yanında kabul etmek gerekir ki, TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil ederken dayandığı 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmü tartışma yaratacak biçimde *"her türlü fon alacağının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği"* gibi kanunlaştırma tekniği ve ifade yeteneği açısından hiç de başarılı olmayan bir anlatım sergilemektedir. Bu başarısız kanunlaştırmanın faturasının, TMSF ile batık bankalara borçlu olan çok sayıda kişi arasında gereksiz bir ihtilaf ve mahkeme süreci yaşamasına neden olmakta, harcanan mesai, yargı harcı ve diğer masraflarla beraber düşünüldüğünde bir hayli yüklü olduğunu düşünüyoruz.

Bu kapsamda dikkate sunulmamız gereken bir başka husus ise 4389 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 3182 sayılı Bankacılık Kanunu döneminde de batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacakları için 6183 sayılı Kanun'a göre takip yapılabilmesinin mümkün olduğu, hatta konuyu 3182 sayılı Kanun kapsamında değerlendiren Danıştay'ın da bu yöndeki işlemleri hukuka aykırı bulmadığıdır.

Gerçekten, 3182 sayılı Kanun da Fona devredilen batık banka alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsilini mümkün kılmış,[19] Kanunun geçici 9. maddesi ise TMSF yerine başka bir banka ile birleştirilen banka alacaklarının tahsilinde de aynı yetkinin kullanılmasına olanak tanınmıştır.[20] Bu şekilde Ziraat Bankasına devredilen İstanbul

---

ödemeye çağrı mektubunda sözü edilen kamu alacağının, davacı tarafından Banka kaynaklarının kullanılarak edinildiği veya edindirildiği hususu araştırılmaksızın verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay13. DAİRE E. 2006/1573K. 2006/3988T, Kt16.10.2006, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, 05.05.2012

19 *"64/2 Yukarıdaki tedbirlerin alınmasının istenilmesine bağlı olmaksızın Bakan bankanın yönetimini Türkiye cumhuriyet Merkez Bankası'nın da görüşünü alarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tevdi etmeye veya banka hakkında 68 inci madde hükümlerinin uygulanmasını talep etmeye yetkilidir."* http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1538.html, 15.05.2012

20 *"Geçici Madde 9 - Bu Kanunun 64 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan ve 6183 sayılı Kanunun uygulanması ile ilgili olan hüküm, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih-*

Bankası'nın özel hukuk kaynaklı alacaklarının bir kamu alacağına dönüştüğü kabul edilerek, Ziraat Bankasınca bu kısım borçların tahsili için 6183 sayılı Kanun kapsamında takip yapması mümkün kılınmıştır. Ziraat Bankasının bu şekilde yaptığı takipten doğan ihtilafın değerlendirildiği bir Danıştay kararında da yapılan uygulama Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmamıştır.[21] Dolayısıyla TMSF'nin özel hukuk kaynaklı batık banka alacaklarını tahsil yetkisinin 4389 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 3182 sayılı Kanun döneminde açık bir biçimde mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bankacılık krizi ile beraber TMSF'ye devredilen banka sayısının 25 adete ulaşması ve tahsile konu batık tutarın yüksekliği, TMSF'ye aynı yetkiyi tanımadığını düşündüğümüz 4389 sayılı Kanun dönemindeki uygulamanın daha yaygın bir hale gelmesine ve çok dikkat çekmesine yol açmıştır.

3. TMSF Alacak İddialarını Hukuk Güvenliği İlkesiyle Bağdaşmayan Bir Biçimde Kesinleştirmektedir

TMSF'nin özellikle yukarıda belirttiğimiz şekilde özel hukuk kaynaklı alacakları için 6183 sayılı Kanun'a göre takibe geçmesi halinde karşılaşılan bir başka sorun, alacak iddiasını cebri icraya hazır hale getirme usulünde yaşanmaktadır. Özellikle yukarıda dikkat çektiğimiz özel hukuk kaynaklı alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre takibi ihtimalinde, 6183 sayılı Kanun'a göre işletilen süreç hukuk devleti ve usul ekonomisi ilkeleri açısından kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurmaktadır.

---

ten önce Bakanlar Kurulu kararı ile bir bankaya devredilmiş veya birleştirilmiş bulunan bankaların üçüncü şahıslardaki alacaklarının tahsili hakkında da uygulanır."

21 "Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, davacı şirket ile dev redilen özel bir banka arasındaki özel hukuk ilişkisinden doğan borç, özel bankanın devri üzerine 3182 sayılı Bakanlar Kanununda yer alan dü zenleme gereği Kamu alacağı haline dönüşmüş olup; anılan yasal düzenle meye göre, alacaklı durumunda olan Ziraat Bankası, söz konusu alacakla rın takip ve tahsilinde 6183 sayılı Yasayı uygulamaya yetkili bulunmak tadır.
Öte yandan 3182 sayılı Yasada yer alan düzenleme karşısında, Ziraat Bankasının, İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde takip yapmış olması da, aynı alacağın tahsili için 6183 sayılı yasayı uygulamasına engel teşkil etmemektedir". Danıştay 10. Daire 1986/1162 e 1987/583 k 24.03.1987 Edip Şimşek, *Amme Alacakları Tahsil Uuslü Kanun Şerhi* 2. Baskı Alfa İstanbul, s. 333, 334 İlgili karar için ayrıca bkz: http://www.kararevi.com/karars/249874_danistay-10-daire-e-1986-1162-k-1987-583, 15.05.2012

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Fonun halef olduğu özel hukuk kaynaklı banka alacakları genellikle kişi ve kurumların herhangi bir dolanlı işlem yapmaksızın bankalardan çektikleri kredilerden kaynaklanmaktadır. Bu alacakların 6183 sayılı Kanun dairesinde tahsil edilmek istenmesi halinde Fon, takibe 6183 sayılı Kanun'un 37/2 hükmü dairesinde başlamaktadır. Düzenlemeye göre:

"Hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş âmme alacakları Maliye Vekâletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir."

Bu kapsamda bilindiği üzere idare genellikle ihbarname adı verilen bir belge ile borçluya borcunu bildirmekte ve ödemesi için bir süre tanımaktadır. TMSF alacaklarının ödenmesinde özel kanunlarda (4389 ya da 5411) özel bir süre öngörülmediği için, TMSF karar organı olan Fon Kurulu hazırladığı *"Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip Ve Tahsiline İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelikte"* konuyu 6183 sayılı Kanun'a atıf yaparak düzenlemiştir:

***"MADDE 18 –** (1) Kurul tarafından 6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsilatı kararlaştırılan ve vadesi belli olmayan alacaklarla ilgili olarak Kurul kararında belirtilen alacak miktarı üzerinden veya Kurul kararında miktar belirtilmemişse ilgili birimler tarafından belirlenecek tutar üzerinden 6183 sayılı Kanun'un 37 nci maddesine göre borcun bir ay içerisinde ödenmesi için borçluya ödemeye çağrı mektubu gönderilir."*

Görüldüğü üzere uygulamada genellikle ihbarname adını taşıyan, borçluya borcunu, ödeme süresini ve miktarını bildiren belge TMSF tarafından ödemeye çağrı mektubu olarak tanımlanmış ve ödemeye çağrı mektubu ile 6183 sayılı Kanun'da öngörülen bir aylık süre içinde borcun ödenmesinin istenmesi usulü benimsenmiştir. Alacak bu şekilde tahakkuk ettirilmekte, tanınan 30 günlük süre içinde borcun ödenmesi halinde 6183 sayılı Kanun'un 55/1 hükmüne göre, ödeme emri göndermekte ve cebri icra yoluna geçmektedir:

"Amme alacağını vâdesinde ödemiyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur."

Tahakkuk kavramı 6183 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlenmemişse de, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22. maddesi[22] ve öğretideki[23] tanımı çalışmamıza konu olaya uyarlarsak, tahakkukun amme alacağının ödenmeye hazır hale gelmesi olarak görmek mümkündür. Bu durumda, TMSF tarafından gönderilen ödemeye çağrı mektubunun tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde ile borç tahakkuk ettirilmekte ve tahsile hazır hale gelmektedir.

Bu durumda kamu alacağı niteliği taşımayan, ayrıca 6183 sayılı Kanun'a göre tahsili de mümkün bulunmayan bir alacak tahakkuk etmiş bir kamu alacağı gibi işlem görmektedir. Oysa tahsil işleminin sebep unsuru tahakkuktur [24]. Amme alacağı niteliği taşımayan bir alacağın tahakkuk etmesi mümkün bulunmadığından, gerek ödemeye çağrı mektubu, gerekse bu ödemeye çağrı mektubu ile tahakkuk ettirildiği düşünülen alacak için gönderilen ödeme emri hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Üstelik vergi kaynaklı kamu alacaklarının aksine, TMSF alacaklarında ihbarnamenin (ödemeye çağrı mektubunun) dava konusu edilmesi, tahakkukun gerçekleşmesini de önlememektedir. Gerçekten TMSF'nin göndermiş olduğu ödemeye çağrı mektuplarına karşı idare mahkemesinde açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmediği sürece tahsil aşamasına geçilmesinde bir engel bulunmamaktadır. TMSF merkezi İstanbul'da olduğu için İstanbul İdare Mahkemelerinde açılacak davada kısa sürede yürütmenin durdurulması kararı verilmesi fiilen mümkün değildir. Bu arada 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesi gereği tanınan bir aylık süre dolmakta ve TMSF gönderdiği ödeme emrini müteakip icrai işlemlere başlayabilmektedir.

Dolayısıyla borçlunun aynı borç için gönderilmiş bulunan hem ödemeye çağrı mektubuna hem de ödeme emrine karşı dava açması

22 Vergi Usul Kanunu Madde 22 : Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir.

23 Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Turhan yay., 20. Baskı, Ankara 2011, s. 106,

24 Ahmet G. Kumrulu, "*Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım*", *Akif Erginay'a Armağan*, AÜHF yay., 1981, s. 651

gerekmektedir. Bu durumda özünde aynı olan iki işleme karşı iki ayrı dava görülmekte ve sistem kısır döngü içinde idare mahkemelerini gereksiz yere daha fazla bir dosya yoğunluğu yaratılmaktadır.

Hatta mevzuat gereği trajik bir biçimde borçlu aleyhine doğan usuli sonuçlar katlanarak büyümektedir. Gönderilen ödemeye çağrı mektubuna dava açıldıktan sonra, gönderilen ödeme emrine karşı da dava açılması halinde yaşanan süreç buna örnektir. Gerçekten, ödeme emrine karşı açılan davanın tevzi edildiği mahkeme, aynı borç için daha önce gönderilen ödemeye çağrı mektubuna karşı da dava açılmışsa, elindeki dava dosyasını, dosyalar arasında bağlantı olduğunu gözeterek 2577 sayılı Kanun'un 38/1 hükmüne istinaden, ödemeye çağrı mektubuna karşı davanın açıldığı mahkemeye gönderilmek üzere İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'ne sevk etmektedir. Sevk işlemleri, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin bağlantı hakkında vereceği kararın beklenmesi ve dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi sürecinde geçen zaman dikkate alındığında ise yürütmeyi durdurma talebi hakkında bir karar verilmesi daha da uzamaktadır.

Böylelikle TMSF tarafından gönderilen ödeme emrine karşı 7 günlük dava açma süresi içinde dava açılmış olsa dahi, yürütmenin durdurulması hakkında karar verilebilmesi için, dava dosyasının uzun bir yolculuğa çıkması gerekmekte ve TMSF isterse henüz yürütmenin durdurulması kararı alınmasına fırsat kalmadan icrai işlemlerini tamamlayabilmektedir. Bu durum özellikle haciz yoluyla ticari faaliyeti felç edilebilecek borçlular açısından yargıya başvurmayı anlamsızlaştırmakta ve hak arama özgürlüğünü kâğıt üzerinde bırakmaktadır.

Keza aslında aynı konuyu esas alan ödemeye çağrı mektubu ve ödeme emri için iki ayrı dava açıldığından, TMSF kendisini her iki davada da ayrı ayrı savunmak durumunda kalmakta, özel hukuk kaynaklı alacak için bu işlemlerin yapılması hukuka aykırı olduğundan hem ödemeye çağrı mektubu hem de ödeme emri iptal edilmektedir. Bu iptal kararları gereği davacı vekiline aslında aynı ihtilafa dayalı iki ayrı dava için iki ayrı vekâlet ücreti doğmakta ve diğer yargılama masrafları ile beraber tüm bu külfet de kamunun sırtına kalmaktadır.

Sonuç:

Sözleşmeden kaynaklı kaynaklı alacakların, amme alacakları gibi kesinleştirilip tahsil edilemeyeceğini daha birinci maddesi ile ortaya koyan 6183 sayılı Kanun, 1953 tarihlidir. Geçen süre içerisinde 6183 sayılı Kanun'un lafzı ve ruhuna aykırı başkaca uygulamalar görülmüş olmakla beraber, sözleşmeye dayalı kamu alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeyeceği yönündeki 50 yıllık kural TMSF'nin 4983 sayılı Kanun'un 15/3 maddesine istinaden yaptığı uygulamalarla çok daha ağır bir biçimde ihlal edilmektedir. Danıştay'ın resmi internet sitesinde ve Kazancı veri tabanında yaptığımız araştırmada yukarıda yer verdiklerimiz dışında bu konuda yayınlanmış bir içtihada rastlanamamaktadır. Bu nedenle konunun berraklığa kavuşması için öncelikle Danıştay'ın 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmünün kapsamı konusundaki içtihadını daha kökleşmiş bir hale getirmesi ya da bu içtihadı kökleşmişse bunu yayınlaması gerektiğini düşünüyoruz.

Konunun yasal düzenlemeyle de çözüme kavuşması mümkün olabilir. Fakat bu konudaki düzenlemeler yukarıda da belirttiğimiz gibi genellikle kanunların sistematiği gözetilmeden, "*torba kanun*" mantığı içinde yapıldığı için yapılacak her yeni değişikliğin kanunların kalitesi açısından yeni riskler taşıdığı aşikârdır. Bu makaleye konu olan sorun da büyük ölçüde bir kanuni düzenlemenin başarılı olmayan anlatımından kaynaklanmıştır. Kanun yapmadaki bu eksikliğin maliyeti ise mahkemeler önünde açılan çok sayıda dava ve gereksiz ihtilafın yarattığı maddi ve manevi maliyetler olarak geri dönmektedir.

KAYNAKLAR

Serkan Ağar, *Vergi Tahsilatından Kaynaklanan İhtilaflar ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım yay. Ankara 2009

Turgut Candan, "*Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacağından Sorumluluğu*", *Yaklaşım*, S 39 Y. 1996

Ahmet G. Kumrulu, "*Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım*", *Akif Erginay'a Armağan,* AÜHF yay, Ankara 1981

Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku* Turhan yay., 20. Baskı, Ankara 2011

Edip Şimşek, *Amme Alacakları Tahsil Uuslü Kanun Şerhi* , Alfa yay., 2. Baskı, İstanbul 1996

Turan Yıldırım, "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Takip ve Tahsil Yetkisi" Mehmet Somer'in Anısına Armağan,* Beta yay., İstanbul 2006

Anayasa Mahkemesinin E. 2004/95, K. 2008/156 Kt. 06.11.2008 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2653&content=, adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi

Anayasa Mahkemesinin E. 2009/53, K. 2011/19 Kt. 20.01.2011 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3054&content= adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi

Anayasa Mahkemesinin E. 2007/4, K 2007/81 Kt 18.10.2007 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2483&content= , adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSF_FR2004.zip adresinden 15.01.2012 tarihinde erişildi

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010, http://

www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSFFR2010.pdf adresinden 15.01.2012 tarihinde erişildi

Yargıtay 19 Hukuk Dairesinin E. 1992/1166, K. 1992/937, Kt.26.03.1992 ve E 1995/7341, K 1995/7301, Kt 13.09.1995 kararları http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm adresinden 20.01.2012 tarihinde erişildi

Danıştay 13. Dairesinin E. 2005/9553 K. 2007/2071 sayılı kararınahttp://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

DANIŞTAY 13. DAİRE E. 2006/1573K. 2006/3988T. 16.10.2006 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

11.1.2011 GÜN ve 6099 SAYILI KANUN İLE 7201 SAYILI TEBLİGAT KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

AMENDMENTS MADE TO THE NOTIFICATION LAW NUMBERED 7201 WITH THE LAW NUMBERED 6099 AND DATED 11TH OF JANUARY, 2011

Cenk AKİL*

Özet: Tebligat, hukuki bir işlemin ilgilinin bilgisine sunulması için yetkili makamın, usulüne uygun biçimde yazıyla veya ilânla yaptığı bildirim işlemidir. Tebligatın gerek adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının hayata geçirilmesi gerekse usul ekonomisi bakımından önemi büyüktür. 11.1.2011 gün ve 6099 sayılı Kanun ile Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler kural olarak isabetlidir. Bununla birlikte, özellikle elektronik tebligat için gerekli alt yapı çalışmaları ivedilikle tamamlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, tebligat, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, usul ekonomisi.

Abstract: Notification is the act of statement which is done by the competent authority duly in written form or by announcement to the information of the concerned. The notification is crucial for actualization of the fair hearing which is an element of the right to a fair trial as well as for the judicial economy. The amendments made by the Law No. 6099 and dated 11.1.2011 in the Notification Law are incisive as rules. Yet, infrastructure works particularly necessary for electronic notification shall urgently be completed.

Keywords: civil procedure law, notification, right to a fair trial, fair hearing, judicial economy.

I. GENEL OLARAK

Tebligat kelimesinin kökünü oluşturan *"tebliğ"* kelimesi Arapça *"belağa"* kelimesinden türetilmiştir.[1] Tebliğ kelimesinin sözlük anlamı

* Dr.

1 Ahmet Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku*, 6. B., Ankara 2008, s. 19.

bildirme, haber verme, bildiridir.[2] Tebligat ise tebliğ kelimesinin çoğulu olup, hukuki bir işlemin, ilgili kimsenin bilgisine sunulması için yetkili makamın, yasa ve yöntemine uygun bir biçimde yazı ile veya ilânla yaptığı bildirim işlemidir.[3] Hukuki anlamda tebligat ile kastedilen ise, davaya ilişkin işlemleri o dava ile ilgili kişilere yazılı olarak bildirme ve bu bildirimin yapıldığının kanunun öngördüğü şekilde belgelendirilmesi işlemidir.[4] Tebligat, kısaca belgeli teslimattır.[5]

Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir (AY m. 36, I). HMK m. 27 uyarınca, kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim, her iki tarafı dinlemedikçe veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere uygun olarak davet etmedikçe hükmünü veremez. Buna göre, yargılamanın sağlıklı bir şekilde icra edilebilmesi, iddia ve savunma[6] haklarının etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi için öncelikle tarafların yargılamadan usulüne uygun bir biçimde haberdar edilmeleri gerekir.[7] Görüldüğü gibi bireylerin iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı hem anayasal hem de kanuni bazda güvence altına alınmıştır. Gerek bu hakların et-

2 http://tdkterim.gov.tr/bts/.

3 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. B., Ankara 1996, s. 794.

4 Erdoğan Moroğlu / Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, 2. B., İstanbul 1990, s. 19-20; Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, 2. B., İstanbul 2008, s. 21; Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. B., İstanbul 2009, s. 177; Muhammet Özekes, "*Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)*", *MBD*, 1998/66, s. 56-63, s. 56. Karş. Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. B., Ankara 2011, s. 760; Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. B., Ankara 2011, s. 195-196.

5 Ahmet Cemal Ruhi, "*Türkiye'den Yurtdışına Yapılan Tebligat*", *AÜEHFD*, 2003/1-2, s. 523-540, s. 523.

6 "*…Tebligat, tebliğ yapılacak kişiye bilinen en son adresinde yapılır (Tebligat Yasası md. 10). Tebliği alacak kişi bu adreste bulunmamışsa tebliğ memuru bulunabileceği yeri araştırır… Davada savunma hakkıyla sıkı sıkıya ilişkili olan adres araştırmasının davalının boşanmadan sonra nüfusa kayıtlı olduğu yer belirlenmeden zabıtaya davalının açık kimliği gösterilmeden yaptırılan bir inceleme ile sınırlı tutulması savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecek bir durum yaratabilir…*" (2. HD, E: 2000/3808, K: 2000/3900). Karar için bkz. Enver Karmış, "*Usulsüz Tebligat ve Memurun İşleminde İcra Müdürünün Sorumluluğu*", *İBD*, 2007/1, s. 53-73, s. 67.

7 Mustafa Oskay, "*Tebligat Hukuku ile İlgili Sorunlar*", *YD*, 1995/4, s. 500-511, s. 500; Ruhi-Yurtdışına Yapılan Tebligat, s. 524.

kin bir biçimde kullanılabilmesi[8] gerekse davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması (AY m. 141, I; HMK m. 30) bakımından tebligat çok önemli bir rol oynamaktadır.[9]

Tebligat, salt ilgilinin bir hukuki işlemden haberdar edilmesi demek olmayıp; aynı zamanda bu işlemin kanunda belirtilen koşullara uygun olarak yapıldığının da belgelendirilmesi işlemidir[10]. Bir hukuki işlemin tebligat olarak nitelendirilebilmesi için *"yazılı bildirim"* ve *"belgelendirme"* olmak üzere iki unsura ihtiyaç vardır.[11]

Tebligat, hukukumuzda asıl olarak 7201 sayılı Tebligat Kanunu[12] ile düzenlenmiştir. Bu kanunun uygulanmasını göstermek üzere bir de Tebligat Tüzüğü[13] çıkarılmıştır. Bunların yanı sıra Türkiye tebligat konusunda pek çok uluslararası sözleşme imzalamıştır.[14]

7201 sayılı Tebligat Kanunu pek çok kez değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden sonuncusu inceleme konumuzu oluşturan 11.1.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliktir. Bu değişiklik ile 11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı Kanun'un 1, 10, 11, 21, 23, 25/a, 29, 35, 36, 49 ve 60. maddelerinde değişiklik yapılmış, ayrıca Kanun'a 7a maddesi ile bir de geçici madde eklenmiştir. 6099 sayılı Kanun'un Hükümetin teklif ettiği metindeki *"Genel Gerekçesi"*nde, özetle, ülkemizde tebligatla ilgili problemler yaşandığı; tebligatın yargılamada temelini Anayasada ve temel insan haklarında bulan adil yargılanma hakkı ile onun bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı[15] ve bu çerçevede kişinin kendisi ile ilgili yargılamadan haberdar olma ve bilgilenme hakkı ile doğrudan ilgili olduğuna; tebligattaki yanlışlık, eksiklik ve usulsüzlüklerin adil

8 Deliduman, s. 14.

9 Mehmet Ruşen Gültekin, *Adil Yargılanma Hakkının Gerçekleşmesini Sağlayan Araçlardan Milletlerarası Tebligat ve İstinabe* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2006, s. 17. Bunun dışında, vergi ve idare hukuku bağlamında bir takım kamusal yetkilerin kullanılabilmesi de yetkili makam veya mercilerin ilgilisine usulüne uygun olarak tebligat yapmış olmaları koşuluna bağlıdır (Seyithan Deliduman, *Tebligat Hukuku Bilgisi*, 2. B., Ankara 2006, s. 14).

10 Ruhi, s. 17.

11 Muşul, s. 53.

12 RG.19.2.1959, sa. 10139.

13 RG. 5.12.1987, sa.10303.

14 Bu sözleşmelerin listesi için bkz. Timuçin Muşul, *Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı-Açıklamalı Tebligat Kanunu*, 4. B., İstanbul 2008, s. 895 vd.

15 Tebligatın hukuki dinlenilme hakkı bakımından taşıdığı önem hakkında daha geniş bilgi için bkz. Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 98 vd.

yargılanma hakkının ihlaline kadar varacak sonuçlar doğurabileceğine; tebligatın bir yandan güvenli ve doğru şekilde öte yandan mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve en basit şekilde yapılması gerektiğine; ayrıca, 25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda kabul edilen "*adres kayıt sistemi*" ile Tebligat Kanunu arasında uyum sağlanmasının gerekliliğine işaret edilmiş; ayrıca, Tasarı ile elektronik yolla tebligatın, yurt dışındaki Türk vatandaşlarına yapılacak tebligatta da daha basit ve kolay bir yolun kabul edilmiş olduğuna; keza uygulamada yerleşmiş olan ancak tam olarak kanuni temeli bulunmayan mahkeme, savcılık veya icra kalemlerinde yapılan doğrudan tebligatla ilgili kanuni düzenlemenin getirileceğine değinilmiştir.[16]

II. YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. TEBLİGATIN YAPILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda, 6099 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile[17] Tebligat Kanunu'nun 1. maddesinde geçen genel ve katma bütçeli daireler" ifadesi çıkartılmış bunun yerine "*10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri*" ibaresi getirilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile tebligat çıkartabilecek mercilerin kapsamı genişletilmemiş, sadece 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda kabul edilen yeni terminolojiye uyum sağlanmıştır. Bundan başka Tebligat K. m. 1'de geçen "*bilcümle tebligat*" ifadesini yerini "*elektronik ortam da dâhil tüm tebligat*" ifadesi almıştır. Bunun gerekçesi olarak da Tebligat Kanunu'na eklenen "*Elektronik Tebligat*" başlıklı 7/a maddesiyle, elektronik yolla tebligat yapılması yöntemi-

16 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

17 6099 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekildedir: - *Kazaî merciler, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır.*

nin de kabul edilmesi ve bu yeni tebligat usulüne temel oluşturmak üzere elektronik ortamda yapılacak tebligatın belirtilmesi gerekliliği gösterilmiştir.[18]

Yapılan kanun değişikliğinden önce tebligatın hangi araçlarla yapılabileceği meselesi, öğretide faks bakımından incelenmiş ve tebligat çıkaracak mercilerin (Tebligat K. m.1) muhataba doğrudan gönderecekleri faks ile tebligat yapabilmelerinin hukuken mümkün olmadığı, bu bağlamda, örneğin, davayı görmekte olan bir mahkemenin, davalının faksına doğrudan faks göndermesi ile geçerli tebligat yapılamayacağı dile getirilmiş ve buna gerekçe olarak gönderilen faksın muhatabın eline geçip geçmediğini fiilen ve hukuken tespit edebilme olanağının bulunmaması gösterilmiştir. Bu görüş sahipleri aynı sonucun elektronik posta bakımından da geçerli olduğunu savunmuşlardır.[19]

2. ELEKTRONİK TEBLİGAT

6099 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Tebligat Kanunu'na 7/a maddesi eklenmiştir. Buna göre, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Eğer ilgili, bir anonim, limitet ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise bu şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Elektronik yolla tebligatın yapılamaması halinde ise diğer usullerle tebligat yapılması mümkündür. Elektronik yolla yapılan tebligat, ilgilinin elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır. Elektronik tebligata ilişkin usul ve esaslar ise daha sonra çıkartılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

Hükümet gerekçesinde bu düzenleme ile elektronik iletişimin, klasik yöntemlere göre çok daha süratli ve çok daha az maliyetli bir iletişim yolu olduğu; maddede herkesin şu anda bir elektronik adres

18 Hükümet gerekçesi için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

19 Ejder Yılmaz / Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, 5. B., Ankara 2007, s. 190, 191; Ruhi, s. 77. Karş. Recep Akcan, "*Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebligat Yapılması (Tebligat Kanunu Madde 7 Üzerine İnceleme)*", (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C.1, s. 41-61), s. 59.

kullanmaması gibi hususlar dikkate alınarak, elektronik tebligatın kural olarak zorunlu olmaması esasının benimsendiği ifade edilmiştir[20]. Maddede her türlü elektronik adresten değil, *"tebligata elverişli"* bir elektronik adresten bahsedilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da tebligatın ulaşıp ulaşmadığı veya tarihi veya benzer hususları kontrol etmek bakımından elektronik tebligatın kontrol edilebilir ve güvenilir olması gerektiğine işaret edilmiştir.[21]

Hükümetin teklif ettiği metinde elektronik yolla tebligatın *"sermaye şirketleri"* bakımından zorunluluğu getirilmişken, Adalet Komisyonu, kabul ettiği metinde *"sermaye şirketleri"* yerine *"anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler"*den bahsetmiş ve böylelikle uygulamada sermaye şirketlerinin neler olduğu konusunda ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilebileceğini dile getirilmiştir.[22] Sermaye şirketleri ile şahıs şirketleri birbirinden kesin kriterlerle ayrılamadığından[23] şirketlerin ismen sayılması isabetli olmuştur.

Elektronik yolla tebligat zorunlu bir nedenle yapılamayabilir. Gerçekten de elektronik postaların engellenmesi, teknik altyapının zarara uğraması gibi istem dışı hallerin ortaya çıkması mümkündür. Bu tip hallerde uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından Tebligat Kanunu'nda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılabileceğinin kabul edilmesi yerinde olmuştur.

Elektronik tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağı hususunda Hükümet, teklif ettiği metinde, *"tebligatın ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunu"* kabul etmiş iken; Adalet Komisyonu bu süreyi *"beşinci günün sonu"* olarak değiştirmiştir. Kanımızca bu değişiklik, olası hak kayıplarının önüne geçilebilmesi bakımından daha isabetlidir.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda değişiklik yapan 6099 sayılı Kanun'a ilişkin Tasarı, Adalet Komisyonu'nda oyçokluğu ile kabul edilmiştir. Yazılan muhalefet şerhinde özellikle Tebligat Kanunu'nun

---

20 Aynı yönde: Yavuz Kaplan, *"Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku"*, *AÜHFD*, 2003/3, s. 199-227, s. 217.

21 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

22 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

23 Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, 11. B., İstanbul 2009, s. 23.

7/a maddesine ilişkin olarak getirilen itirazlar önemlidir: *"…(U)luslararası standartlara uygun bir kayıtlı elektronik posta sistemi alt yapısı kurulmadan, getirilen elektronik tebligat uygulaması hukuki sorunlar yaratabilecek mahiyettedir. İkinci madde ile eklenen madde 7-a önemli eksiklikler içermektedir. Bu eksikliklerin yönetmelikle giderilmesi yerine kanunda yer alması daha uygundur. Ayrıca, yıllardır üzerinde çalışıldığı ifade edildiği halde hala taslak halinde olan "kişisel verilerin korunması kanunun oluşturulmadığı koşullarda, elektronik tebligat uygulaması ortaya ciddi mahremiyet sorunları çıkartabilecek niteliktedir… Yapılacak elektronik ortamda dâhil tüm tebligat, bu kanun hükümlerine göre posta ve telgraf teşkilatı genel müdürlüğü veya memur vasıtası ile yapılır" ifadesi ile, elektronik tebligatın PTT tekeline bırakılması bazı yönlerden sakınca yaratabilecektir. Şöyle ki: -PTT'nin Ulaştırma Bakanlığı'na, dolayısıyla hükümete bağlı olması, güvenilirliği ve bağımsızlığı sağlanmış bir kuruluş tarafından denetlenmemesi nedeniyle, elektronik olarak yapılan tebligatın gizliliği ihlal edebilir. Böyle bir süreç manipüle edilebilir. –PTT'nin özelleştirilmesi gibi bir durum olursa mahremiyetin korunmasında farklı sorunlar yaşanabilir… Yönetmeliğe bırakılan birçok konunun aslında kanun metni içerisinde yer alması gerekir. Bu noktada eksiklikler kısaca aşağıdaki şekilde özetlenebilir; -Kayıtlı elektronik posta sistemi (KEPS) altyapısı olmadan yapılacak uygulamalar hukuki olarak geçersiz olabilir. –ETSI (Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü) standartlarına göre KEPS, altyapısı PTT tarafından kurulabilir; fakat, güvenilirliği ve bağımsızlığı sağlanmış bir elektronik tebligat hizmetini verebilmelidir. Kamu kurum ve kuruluşlarına ise kamu tüzel kişiliğine sahip tek bir kuruluş elektronik tebligat hizmeti sunabilir. – KEPS sistemine ilişkin önemli hususların yasa metninde belirtilmemesi ve yönetmeliğe bırakılması büyük bir eksikliktir. Hukuk devleti açısından hatalı ve yanlıştır…".*[24]

Elektronik tebligatın kabul edilmesi yargısal işlemlerin hızlanması bakımından çok isabetli olmuştur. Ancak bu yöntem uygulanmadan önce gerekli alt yapı çalışmaları muhakkak tamamlanmalıdır.[25] Bu

24 Muhalefet şerhi için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

25 Nitekim Alman Hukuku'nda da elektronik tebligatın, mahkemelerde yeterli elektronik veri tabanının oluşturulması, elektronik tebligat adreslerinin düzenlenmesi ve yeterli donanımın sağlanması halinde sağlıklı şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kaplan, s. 215.

bakımdan muhalefet şerhinde ileri sürülen görüşler de haklılık payı vardır. Bundan başka, Tebligat K. m. 7/a'da elektronik tebligatın nasıl yapılacağı konusu biraz daha detaylı bir biçimde düzenlenebilir;[26] özellikle, *"kişisel verilerin"* korunmasına yönelik bir hükme yer verilebilirdi. Bu konuların doğrudan doğruya yönetmeliğe bırakılması isabetli olmamıştır. Keza, tebligatın geçerliliği konusunda ortaya çıkabilecek olası tartışmaları engellemek için Alman Tebligat Reform Kanunu'nda olduğu gibi elektronik tebligatın *"alındı bilgisinin teyit edilmesi halinde"* geçerli olacağının maddeye eklenmesi önerilebilir.[27]

3. BİLİNEN ADRESTE TEBLİGAT YAPILMASI KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

6099 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine ikinci fıkra olarak *"Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak*

26 Bu konuda 2002 yılında yayınlanmış bir çevirinin altına düşünülen dipnotta yapılan açıklamaların bir bölümü elektronik tebligat açısından yön gösterici niteliktedir: *"…Türkiye'de internet yolu ile tebligat yapılabilmesi için öncelikle altyapının hazırlanması gerekir. Bu çalışma bir taraftan görevli personelin bilgisayar ve internet kullanımı konusunda hizmet içi eğitim verilerek diğer taraftan adli birimler internet bağlantısına sahip bilgisayarlarla donatılarak başlatılmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Türkiye çapında servis sağlayan internet sağlayıcı bir şirketle anlaşma yapmalı ve servis sağlayıcı tebligat için özel bir bölüm tahsis etmelidir. Bu sitede tebligat bilgileri 5 yıl süre ile muhafaza edilecek şekilde altyapı oluşturulmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılarak dava açan veya cevap dilekçesi veren kişi veya kişilerin normal adresleri yanında şayet varsa internet adresleri ile kendisine ulaşılabilecek cep telefonu numaralarını da yazmaları sağlanmalıdır. Bu şekilde internet adresini ve cep telefonu numarasını veren kişilere tebligat, internet yolu ile yapılmalı ve tebligatları olduğuna dair belirttikleri cep telefonuna mesaj gönderilmelidir. Ayrıca internet yolu ile tebligat için Tebligat Kanununda da yasal düzenleme yapılmalıdır. Adli birim internet yolu ile tebligatı şu şekilde yapabilir. Tebligat yapacak olan memur şifre ile internet servis sağlayıcı tarafından sağlanan sitenin tebligat bölümüne girecek, dosyada internet adresi bulunan kişiye tebligatı ve aynı zamanda tebligatı olduğuna dair internet kanalı ile ilgilinin cep telefonuna mesaj gönderecektir. Cep telefonundan mesajı alan ilgili, internet adresinden gönderilen tebligat dosyasını açar açmaz bu komut internet servis sağlayıcı tarafından tespit edilecek ve tebligatı gönderen birime tebligat alında şeklinde bildirilecektir. İnternet ve cep telefonu bildirildiği, cep telefonuna tebligatı olduğuna dair mesajı aldığı halde, internet yolu ile gönderilen tebligat mesajı ile ilgili dosyaya bakamayan kişi için özel bir yasal düzenleme getirilmelidir. Şöyle ki; cep telefonu mesajını aldığı halde yedi gün içinde internetten tebligat dosyasına bakmayan kişi, tebligatı almış sayılır. İnternet ve cep telefonu olmayan veya bunları aktif olarak kullanmayan veya kullanamayan kişilere klasik yollarla tebligat yapılmaya devam edilecektir…"*. Bkz. Astrid Staedler, *"Yeni Avrupa Tebligat Hukuku"* (Çev.: Ahmet Cemal Ruhi), (*AÜEHFD*, 2002, 1-4, s 353-376), s. 375-376.

27 Geylani Koca, *"Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi"* (*http://www.hukuki.net*, e. t. : 26.01.2011).

kabul edilir ve tebligat buraya yapılır" hükmü eklenmiştir. Bu hükme ilişkin Hükümet gerekçesinde bu düzenleme ile özellikle gerçek kişilerin adreslerinin tam olarak tespit edilememesi sebebiyle, resmi işlemlerde ve yargılama sürecinde yaşanan gecikmeler ile emek ve masraf kaybının önlenmesi amaçlandığı; 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun kabulü ile gerek Türkiye'de bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar, gerekse yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yerleşim yerlerinin kayıt altına alındığı; 5490 sayılı Kanuna göre yürütülecek iş ve işlemlerde bu sistemdeki adresin esas alınacağı hükme bağlanış olduğundan adres kayıt sistemindeki adresi kabul etmenin hem fiili hem kanuni bir zorunluluk haline geldiği; kabul edilen ek fıkra uyarınca da öncelikle yine bilinen adrese tebligat yapılacağı; böylelikle, ilgiliye daha kolay ulaşılabilecek bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması imkânının saklı tutulduğu; bununla birlikte söz konusu adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması halinde ilgilinin 5490 sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresinin bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligatın buraya yapılacağı; adres kayıt sistemindeki adres, kişinin, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan resmi tebligat adresi olarak kabul edildiği için ne tebligatı çıkartan merciin ne de posta memurunun başka bir adres araştırması yapmayacağı; bunun bir sonucu olarak, bilinen adrese yapılan tebligatın karşılıksız kalması halinde adres kayıt sistemindeki adrese yapılan tebligatın geçerli kabul edileceği; ilgilinin adres kayıt sisteminde de bir adresi bulunmuyorsa adres meçhul sayılarak Tebligat Kanunu'nun 28. maddesindeki araştırmanın ardından ilânen tebligat yapılacağı ifade edilmiştir.[28] Şu halde, yeni düzenleme karşısında, adres kayıt sisteminde bir adres mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılması ve adres araştırması yapılması mümkün değildir.

Ülkemizde şu an adrese dayalı nüfus kayıt sisteminin ne kadar etkin biçimde işlediği tartışmaya açık olduğundan, vatandaşların adresleri bu sisteme tam olarak girilmeden yukarıda bahsi geçen hükmün kabul edilmesi hak kayıplarına yol açabilecek niteliktedir. O nedenle düzenlemenin *Kanun'un yayımı tarihinde* yürürlüğe gireceğinin kabul edilmesi isabetli olmamıştır.

28 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

4. VEKİLE VE KANUNİ MÜMESSİLE YAPILAN TEBLİĞE İLİŞKİN MADDEYE YAPILAN EK

6099 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasından sonra *"avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmi çalışma gün ve saatleri içinde yapılır"* hükmü eklenmiştir. Buna gerekçe olarak Tebligat K.'nunda tebligatların resmi çalışma gün ve saatlerinde yapılması gerektiği konusunda bir düzenlemenin yer almadığı, avukatların resmi tatil gün ve saatlerinde genellikle işleri idame ettirdikleri yerde bulunmamaları nedeniyle hak kayıplarının oluşmasına yol açtığı, vekil aracılığıyla takip edilen işlerde asıl tarafa tebligat yapılamaması ve resmi tatil gün ve saatleri dışında vekillerin de işlerini sürdürdükleri yerde bulunamamaları gösterilmiştir. Bu ek ile uygulamada avukatların sıklıkla tebliğ memurlarından tebligat evraklarının adli tatil bittikten sonra getirmeleri yönündeki talepleri[29] kanuni dayanağa kavuşmuştur.

5. TEBLİĞ İMKÂNSIZLIĞI VE TEBELLÜĞDEN İMTİNAYA İLİŞKİN MADDEYE YAPILAN EK

6099 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre *"Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır."* Bu düzenlemeye ilişkin gerekçede 10. maddede yapılan değişiklikle birlikte, bilinen en son adrese çıkartılan tebligattan sonuç alınamazsa, adres kayıt sistemindeki adresin esas alınacağı ve başkaca araştırma yapılmadan tebligatın o adrese yapılacağı; böyle bir durumda, muhatabın adresi, adres kayıt sisteminde görülmek ve kaydedilmekle birlikte, kendisi o adreste hiç bulunmaz ya da sürekli olarak o adresten ayrılmış olur-

29 Ruhi, s. 131.

sa, tebliğ memurunun evrakı iade etmeyeceği ve 21. madde uyarınca tebliğ işlemlerini yapması gerekeceği; zira adres kayıt sistemindeki adresin nihai adres olarak kabul edileceği; muhatap, adresini değiştirmişse, bu değişikliği belirli bir süre içinde ilgili mercilere bildirmek zorunda olduğu; ilgilinin adres kayıt sistemindeki adresinde oturmamış olduğu veya sürekli olarak ayrıldığı tespit edildiğinde, tebliğ memurunun tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim edeceği[30] ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştıracağı; ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihin, tebliğ tarihi sayılacağı; bu durumda komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verme zorunluluğunun bulunmadığı; bu düzenleme ile ilgilinin gerçek adresini ilgili mercilere bildirmemesi durumunda, adres araştırması yapma zorunluluğunun ortadan kaldırıldığı ifade edilmiştir.[31]

Bu düzenleme hakkında 10. maddeye ilişkin olarak yaptığımız eleştiriler geçerlidir. Adrese dayalı nüfus kayıt sistemi ülkemizde henüz oturmamıştır. O bakımdan önce adrese dayalı nüfus kayıtların elden geçirilmesi ve bu kayıtlardaki eksiklerin tamamlanması gerekir. Bu düzenlemenin Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş olduğu düşünüldüğünde vatandaşların tebligat konusunda zarara uğrayabilecekleri öngörülebilir. Bundan başka, Kanun metninde yazılı olmamakla birlikte hükümet gerekçesinde tebligatın, komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verilmesinin zorunlu olmadığının dile getirilmesi de fevkalade hatalı olmuştur. Zira sayılan kişilerden birinin ilgiliye durumu bildirmesi ilgilinin olası hak kaybını önleyebilirdi. Bu nedenle, önceki düzenlemenin daha isabetli olduğu ve yeni düzenlemede böyle bir hükme yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu söylenebilir.

Tebligat K. m. 21'de muhatap yerine tebligatı alabilecek kişiler dışındakilerin muhatabın adresinden geçici ayrıldığına dair beyanla-

30 Acaba tebliği yapan memur henüz evrakı muhtar veya zabıtaya teslim etmediği halde tebliğ evrakının zabıta memurunda olduğuna dair bir ihbarname bırakmışsa bunun sonucu ne olacaktır? *Postacıoğlu*'na göre ilgili, ihbarnamede yer alan beyana uyarak zabıta memurundan tebligatı almışsa burada yapılan tebliğin usulsüz olduğu söylenemez. Zira bu şekilde tebliğden maksat tamamen elde edilmiştir (İlhan Postacıoğlu, "*Adresinde Bulunmayan Muhataba Yapılacak Tebliğ*", *İÜHFM*, 1972/1-4, s. 349-351, s. 351).

31 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

rı üzerine yapılacak işlem konusunda boşluk vardır. O nedenle 6099 sayılı Kanun hazırlanırken bu maddede muhatap yerine tebligatı alma yetkisi olmayanların beyanlarının da Tebligat K. m. 20 kapsamına alınması uygun olurdu.[32]

Tebligat K. m. 21'e yapılan ek ve bu maddede yapılan değişiklikten başka, ilgili ya da ilgili adına kendisine tebligat yapılabilecek bir kimse adreste bulunmakla birlikte tebellüğden imtina ediyorsa, tebliğ memuru, tebliğ evrakını muhatap veya muhatap adına kendisine tebligat yapabilecek kimselerin ayakları önüne bırakmak suretiyle tebligat yapması ve bu durumu tebliğ mazbatasına yazması konusunda bir değişikliğe gidilebilirdi.[33] Bu sayede adreste bulunmakla birlikte tebellüğden imtina edilmesi halinde yapılacak işlemler bakımından önemli ölçüde tasarruf sağlanmış olurdu.

6. TEBLİĞ MAZBATASINA İLİŞKİN MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE BU MADDEYE YAPILAN EK

6099 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrasının yedinci bendinde değişiklik yapılmıştır. Yeni düzenlemede eskisinden farklı olarak tebliğ mazbatasında *"adreste bulunmama sebebinin"* de mazbatada yer alması gerektiği ifade edilmiştir. Bu değişikliğe gerekçe olarak tebliğ mazbatasında yer alan hususların önemli olduğu; bu bağlamda, mazbatada tebligatın neden yapılıp neden yapılmadığının da belirtilmesi ve belgelendirilmesi gereği; özellikle adreste bulunmama sebebinin Tebligat Kanunu'nun 20 veya 21. maddelerinin hangisinin uygulanacağının tespiti bakımından önemi; tebligat görevlilerinin zaman zaman adreste bulunmama sebebini mazbataya açıkça yazmamaları gösterilmiştir. 6099 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle yapılan ek ile Tebligat Kanunu'nun 23. maddesinin bent sayısı sekizden dokuza çıkarılmıştır. 8. bent olarak eklenen yeni düzenlemeye göre, tebliğ mazbatasının tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı da ihtiva etmesi gerekir.

32 Nezih Sütçü, *"Adli Tebligatla İlgili Sorunlar"*, *İBD*, 2006/5, s. 1975-2006, s. 1995.
33 Ruhi, s. 468.

7. SİYASİ TEMSİLCİLİK ARACILIĞIYLA YABANCI ÜLKEDEKİ TÜRK VATANDAŞLARINA YAPILAN TEBLİGATA İLİŞKİN MADDEYE YAPILAN EK

Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesinin son fıkrasına 6099 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yapılan ek uyarınca, 25/a maddesine göre yargısal merciiler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu'na gönderilebilir. Bu düzenleme ile Türk vatandaşları bakımından, Adalet Bakanlığı'nın aracı olmadan, doğrudan ilgili temsilciliğe tebligatın gönderilmesi usulü kabul edilmiştir[34]. Bu sayede hem zaman hem de para kaybı önleneceği gibi Türk yargı organının yine 'Türk vatandaşı olan taraf için'[35] doğrudan Türk temsilciliğini kullanarak tebligat yapması hiçbir sakınca da doğurmayacaktır. Yeni düzenlemede "*gönderilebilir*" denerek, istisnai durumlarda yargı organının ilgili temsilciliğe doğrudan değil, Adalet Bakanlığı aracılığıyla da tebligatta bulunabilmesi yolunun tamamıyla kapatılmadığı dile getirilmiştir.[36]

Türkiye, 15.11.1965 tarihinde imzalanan "*Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme*"ye 9.7.1971 tarih ve 1483 sayılı Kanunla[37] katılmayı uygun bulmuş ve sözleşme 28.4.1972 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin (a) bendinde talep edilen devletin itiraz etmemesi durumunda bu sözleşmenin, adli belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere doğrudan posta vasıtasıyla gönderilmesine engel olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

---

34 Belirtmek gerekir ki, Türk vatandaşlarına, yurt dışındaki Türk konsoloslukları veya konsolosluk bulunmayan yerlerde büyükelçilik konsolosluk şubesi vasıtasıyla yapılan tebligatlarda, yurtdışı tebligat gideri hariç olmak üzere hiçbir masraf yatırılmasına gerek yoktur (Ahmet Cemal Ruhi, "*Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe İstemlerinde Masraf Gerektiren Durumlar*", *AÜEHFD*, 2005/3-4, s. 417-433), s. 417-418.

35 Burada yapılacak doğrudan tebligat sadece Türk vatandaşları içindir. Yabancılara yapılacak tebligat açısından 15.11.1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nin 10. maddesi özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu maddede bu konuda "*çekince ileri sürmeyen*" taraf devletlerde bulunan kişilere doğrudan tebligat yapılabilmesi olanağı açık tutulmuştur. Bkz. Ruhi-Yurtdışına Yapılan Tebligat, s. 535.

36 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

37 RG. 17.06.1972, sa. 14218.

8. İLÂN SURETİYLE YAPILAN TEBLİĞE İLİŞKİN MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

6099 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi değiştirilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca, ilân, ilgilinin öğrenmesini en emin bir şekilde sağlayacağı umulan ve varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde yayımlanan bir gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır. Şu halde, eski düzenlemeden farklı olarak gazete ile yapılan ilân ile yetinilmemiş; buna elektronik ortamda yapılan ilân da eklenmiştir. Böylelikle, ilgilinin kendisine yapılan tebligatı daha kolay öğrenebilmesi imkânı yaratılmıştır. Düzenleme hukuki dinlenilme hakkının hayata geçirilmesi bakımından isabetli olmuştur.

9. ADRES DEĞİŞTİRİLMESİNİN BİLDİRİLMESİ MECBURİYETİNE İLİŞKİN MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BU MADDEYE YAPILAN EK

Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi 6099 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Tebligat Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik uyarınca adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır[38]. Bu hükme ilişkin Hükümet gerekçesinde adresini değiştiren ancak yeni adresini yargı organına bildirmeyen kişinin, gerçek kişi olması durumunda, öncelikle onun adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılacağı; adres kayıt sistemi oluşturulmuş bulunduğundan, ayrıca adres araştırması yapılmayacağı; gerçek kişiler bakımından adres kayıt sisteminde bir adresin bulunmaması durumunda evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve bunun da tebligat tarihi sayılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik uyarınca daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır. Söz konu-

38 Bu ihtimalde ilgili, kapıya yapıştırılma tarihinde tebliğ evrakının içeriğini tam olarak öğrenmiş sayıldığından, evrakın tamamının kapıya yapıştırılmış olması gerekir (Sütçü, s. 2001).

su fıkraya ilişkin Hükümet gerekçesinde tüzel kişilerin adreslerinin, bir sicil veya resmi kayıtla belirli olması sebebiyle meçhul olmasının düşünülemeyeceği, bu bağlamda, daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlarındaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.[39]

Nihayet, 6099 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine bir fıkra daha eklenmiştir. Eklenen son fıkraya göre daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirimin adrese ulaştığının belgelendirildiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu düzenlemeye ilişkin Hükümet gerekçesinde, daha önce kendisine yurt dışında tebligat yapılan Türk vatandaşlarının da adres değişikliklerini ilgili yargı organına bildirmesi zorunluluğu kabul edilerek, bu değişikliğin bildirilmemesi durumunda önce adres kayıt sistemindeki adresine bakılacağı, zira yurt dışındaki Türk vatandaşları bakımından da adres kayıt sisteminde açık adres kaydı tutulduğu; adres kayıt sisteminde de yerleşim yerinin tespit edilememesi durumunda, bu kişinin yurt dışında daha önce usulüne uygun şekilde tebligat yapılan adresine, Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğunca Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesine göre gönderilen bildirimin adrese ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılacağı; bu yöntemin aynı zamanda Kanunun 25/a maddesindeki yöntemle uyumlu bir düzenleme olduğu dile getirilmiştir.

10. CELSE ESNASINDA VEYA KALEMDE TEBLİGAT YAPILMASINA İLİŞKİN MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

6099 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 36. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca, celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evra-

39 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf.

kın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdii, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatası düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu raporunda, uygulamada celse esnasında veya kalemde soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın taraflara tevdii tebliğ hükmünde olmasına ve bu işlem için ayrıca tebligat masrafına gerek olmamasına rağmen tebliğ masrafı yapılmış veya yapılacakmış gibi ayrıca tebligat masrafı talep edilmesi uygulamasının önüne geçmek amacıyla bu yönde bir değişiklik yapılmasının ve anılan hükmün eklenmesinin uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Gerçekten de uygulamada sıkça karşıladığı gibi celse esnasında yahut kalemde yapılan tebligat ucuz ve pratik bir yöntemdir. Yapılan değişiklik ile hukuki dayanağı olmayan bu usul kanunlaştırılmıştır. Bu şekilde tebligat yapılması halinde ayrıca tebliğ mazbatası düzenlenmesi de gerekmeyecektir. Bütün bu nedenlerle yapılan düzenlemenin isabetli ve uygulamanın ihtiyaçlarına uygun olduğu söylenebilir.

Celse esnasında veya kalemde tebligat yapılabilmesinin kabul edilmesiyle tebligatın ikinci unsuru olan belgelendirme işleminden vazgeçilmiştir. Zira bu durumda tebliği çıkaran ile kendisine tebliğ yapılan kimse arasında tebligat işlemini gerçekleştirecek üçüncü bir kişiye yer verilmediği için vasıtasız (aracısız=doğrudan) tebligat söz konusudur.[40]

11. TAPU İDARELERİNCE YAPILACAK TEBLİGATA İLİŞKİN MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Tebligat Kanunu'nun tapu idarelerince yapılacak tebligatı düzenleyen 49. maddesi, 6099 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Maddenin yeni haline göre tapuda kayıtlı taşınmazların veya miras, istimlâk, cebri icra veya mahkeme ilamı ile iktisapta bulunan hak sahipleri, adreslerini ve değiştirdikleri takdirde yenisini bildirmeye mecburdur. Davetiye veya tebliğ evrakı, bu suretle bilinen son adrese gönderilir. Hak sahiplerinin adres bildirmemeleri halinde adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresle-

40 Muşul, s. 568.

ri olarak kabul edilir. Maddeye ilişkin Hükümet gerekçesinde adres kayıt sistemi oluşturulduğu için, ikinci fıkradaki adres belirsizliği ve ilânen tebligat ihtiyacı ortadan kalktığından eski düzenlemenin kaldırıldığı, hak sahibinin adresinin bilinmemesi durumunda, adres kayıt sistemindeki adresin tebligat adresi sayılacağı şeklinde cümlenin eklendiği dile getirilmiştir. Eski düzenleme zamanında ise tapuda adresi bulunmayan veya mevcut adresine tebligat yapılamayan ve tebliğ memuru tarafından da yeni adresi tespit edilemeyen hak sahibine bu Kanun hükümlerine göre ilân suretiyle tebligat yapılacağı; ayrıca tapu idaresi tarafından ilânın bir nüshasının taşınmazın bulunduğu köy veya mahalle muhtarına, orada mutat olan şekilde ilân edilmek üzere tevdi edileceği ve bu suretle yapılan sonuncu ilân tarihinden itibaren onbeş günün dolmasıyla hak sahibine tebligat yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştı.

Taşınmazların vatandaşlar için taşıdığı ekonomik değer dikkate alındığında kanımızca hiç olmazsa adres kayıt sisteminde adresi bulunmayan ilgililer bakımından ilân suretiyle tebligat usulünden vazgeçilmemesi gerekirdi.

12. TÜZÜK (NİZAMNAME) MADDESİNE İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Tebligat Kanunu'nun *"Nizamname yapılması"* başlıklı 60. maddesi 6099 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre, Tebligat Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri, Maliye ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Böylelikle, Tebligat Tüzüğü yerine geçmek üzere bir yönetmelik hazırlanması öngörülmüştür. Burada Tebligat Tüzüğü'nün değiştirilmesi yahut yeni bir tüzük çıkarılması yerine tüzükle düzenlenmiş konuların doğrudan yönetmelikle düzenlenecek olması dikkat çekicidir. Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerin bir kısmı kişisel verilerle ve hukuki dinlenilme hakkıyla yakından ilgili ve çok genel kapsamlı olduğundan öncelikle bir tüzük çıkarılması vatandaşlara daha fazla hukuki güvence sağlayabilirdi.[41]

41 Karş. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 2. B., Bursa 2009, s. 1240.

13. TEKNİK ALTYAPININ KURULMASI, TÜZÜK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN GEÇİCİ MADDE

6099 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile bir geçici madde kabul edilmiştir. Bu madde uyarınca Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, elektronik ortamda yapılacak tebligatla ilgili her türlü teknik altyapıyı bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde kurarak faaliyete geçirecektir. 60. maddede belirtilen yönetmelik, bu maddenin yürürlüğü girdiği tarihi izleyen altı ay içinde hazırlanır. Anılan yönetmelik, yürürlüğe girene kadar Tebligat Tüzüğünün bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Mevzuatta, Tebligat Tüzüğüne yapılan atıflar 60. madde hükmü uyarınca çıkarılacak yönetmeliğe yapılmış sayılır. Hükümet gerekçesinde, Kanunun amacına ulaşabilmesi için en önemli hususun elektronik ortamda tebligatın yapılabilmesi için teknik altyapının zamanında yerine getirilmesi olduğu; kamu kurum veya kuruluşları ile kişiler arasında elektronik yolla yapılacak tebligatın hukuken ve teknik olarak güvenli ve geçerli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayan sistemin altyapısının PTT Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirileceği; böylelikle, hâlihazırda resmi tebligatı fiziki ortamda yapma görevi ve tekeline sahip olan PTT'ye elektronik tebligat konusunda da bu görevi tekel olarak yürütme hakkının verildiği dile getirilmiştir.

SONUÇ

Tebligat bireylerin adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı ve usul ekonomisinin hayata geçirilmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. 11.01.2011 gün ve 6099 sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve özellikle elektronik tebligatın kabul edilmesi kural olarak isabetlidir. Bununla birlikte gerek adres kayıt sisteminin gerekse elektronik tebligatın alt yapısı tümüyle tamamlanmadan ve kişisel verilerin korunması noktasındaki eksiklikler giderilmeden Kanunun bazı maddelerinin Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi eleştiriye açıktır.

KAYNAKLAR

Ahmet Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku*, 6. B., Ankara 2008.

Ahmet Cemal Ruhi, "*Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe İstemlerinde Masraf Gerektiren Durumlar*", *AÜEHFD*, 2005/3-4, s. 417-433.

Ahmet Cemal Ruhi, "*Türkiye'den Yurtdışına Yapılan Tebligat*", *AÜ-EHFD*, 2003/1-2, s. 523-540, (Ruhi-Yurtdışına Yapılan Tebligat).

Astrid Staedler, "*Yeni Avrupa Tebligat Hukuku*" (Çev.: Ahmet Cemal Ruhi), *AÜEHFD*, 2002, 1-4, s 353-376.

Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. B., Ankara 2011.

Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. B., Ankara 1996.

Ejder Yılmaz / Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, 5. B., Ankara 2007.

Enver Karmış, "*Usulsüz Tebligat ve Memurun İşleminde İcra Müdürünün Sorumluluğu*", *İBD*, 2007/1, s. 53-73.

Erdoğan Moroğlu / Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, 2. B., İstanbul 1990.

Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. B., Ankara 2011.

İlhan Postacıoğlu, "*Adresinde Bulunmayan Muhataba Yapılacak Tebliğ*", *İÜHFM*, 1972/1-4, s. 349-351.

Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 2. B., Bursa 2009.

Mehmet Ruşen Gültekin, *Adil Yargılanma Hakkının Gerçekleşmesini Sağlayan Araçlardan Milletlerarası Tebligat ve İstinabe* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2006.

Muhammet Özekes, "*Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)*", *MBD*, 1998/66, s. 56-63.

Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.

Mustafa Oskay, "*Tebligat Hukuku ile İlgili Sorunlar*", *YD*, 1995/4, s. 500-511.

Nezih Sütçü, "*Adli Tebligatla İlgili Sorunlar*", *İBD*, 2006/5, s. 1975-2006.

Recep Akcan, *"Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebligat Yapılması (Tebligat Kanunu Madde 7 Üzerine İnceleme)"*, (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C.1, s. 41-61).

Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, 11. B., İstanbul 2009.

Seyithan Deliduman, *Tebligat Hukuku Bilgisi*, Ankara 2006.

Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, 2. B., İstanbul 2008.

Timuçin Muşul, *Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı-Açıklamalı Tebligat Kanunu*, 4. B., İstanbul 2008.

Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. B., İstanbul 2009.

Yavuz Kaplan, *"Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku"*, *AÜHFD*, 2003/3, s. 199-227.

KUSURLULUK VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER

THE CULPABILITY AND THE REASONS THAT AFFECT CULPABILITY

Selami TURABİ*

Özet: Kusur veya kusurluluk, işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusundaki değer yargıları şeklinde tanımlanmaktadır. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Bu çalışmada kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kusur, Kusurluluk, Kusurluluğu etkileyen Haller, Kusurluluğu Azaltan Haller, Ceza Sorumluluğu, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler.

Abstract: Culpa or culpability can be defined as standards of judgments about an offender's liability of a performed activity. When there are reasons that affect culpability, the offender can have a reduced liability or can be excluded from liability. In this study, culpability and the reasons that affect culpability are analyzed in detail.

Keywords: Culpa, Culpability, the Reasons that affect Culpability, Criminal liability, the Causes that reduce culpability, the Causes which Reduce or Remove Liability,

Giriş

Ceza kanunumuzun 1. kitap, 2. kısım, 2. bölümünün başlığı; *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bölüm toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü.

(TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m .27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı(TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34) dır.

Yukarda belirtilen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında iki ayrı konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; kusurluluk ve Kusurluluğu etkileyen haller, ikincisi; hukuka uygunluk sebepleridir.

Kusur veya kusurluluk, işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusundaki değer yargıları şeklinde tanımlanmaktadır. Kusur yeteneği ise failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirmeyle ilgili bir durumdur.

Hukuka uygunluk sebepleri ise; ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiil, yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmıyorsa bu duruma hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir[1]. 5237 sayılı Kanun'da hukuka uygunluk sebepleri; Kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK.m.26/2) olarak dört ana grupta toplanmıştır.

Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler başlığı altında düzenlenen kimi kurumların hukuki nitelikleri tartışmalıdır. Bu durumu ceza kanunumuz madde gerekçesinde kabul etmektedir. Ancak konuların sonuçlarını dikkate alarak tüm konuları bu başlık

1 KUNTER, Nurullah; Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.108.; DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 12. Bası, İstanbul 1997, C.II, n.665.; ARTUK, Emin; Suç Genel Teorisi, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.207.; EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.549.; ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1970,s.84.; BAYRAKTAR, Köksal; Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998, s.68.; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s.350.; OKTAR, Salih; Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(İstanbul 26-27 Mart 1997) İstanbul 1998,, s.75.

altında toplamayı uygun gördüğünü açıkça ifade etmektedir. Bölüm başlığı tüm görüşleri kapsam içerisine almayı hedeflemiş olsa bile bu konudaki tartışmaların tam olarak bittiği söylenemez. Örneğin; bazı ülke kanunları zorunluluk hâlini bir hukuka uygunluk nedeni değil, sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesini, genellikle bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirken; bazı görüşler, bu durumda hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin bulunduğunu ve dolayısıyla, sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğunu ileri sürmektedirler. Keza, doktrin ve uygulamamızda *"suça etki eden neden"* olarak ifade edilen haksız tahrik, sorumluluğu azaltan sebep olarak değerlendirilmektedir.

Biz bu çalışmamızda hukuka uygunluk sebeplerini konu dışında tutarak sadece ceza kanunumuz açısından kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller üzerinde duracağız. Bu sebeple *"Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller"* isimli makalemiz iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kusur ve kusurluluk kavramı üzerinde durduk. İkinci bölümde ise kusurluluğu etkileyen halleri tek tek inceledik.

I- KUSUR VE KUSURLULUK KAVRAMI

Kusur veya kusurluluk kavramı 5237 sayılı TCK tarafından tam olarak tarif edilmemiştir[2]. Öğretide; *Dönmezer-Erman*[3]; *"manevi unsur cephesinden bakıldığında, failin kusurundan bahsediliyorsa fiil cephesinden de fiilin kusurluluğundan söz etmek gerekir"* şeklinde, Öztürk-Erdem-Özbek[4]; fiilin, isnat kabiliyeti bulunan bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek ve fakat en azından bilerek yapılması, *Artuk-Gökcen-Ye-*

2 Cezalandırılabilmede kusurun gerekliliği hakkında bkz.: HIRSCH, Hans Joachim; Kusur ilkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu, , in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler (Dıskussıonsbeıtrage Zum Entwurf Des Türkıschen Strafgesetzbuchs), (çev.Dr.Yener ÜNVER), Konya 1998, s.124.; Kusur ilkesi ve ceza hukukundaki Fonksiyonu için bkz.: HIRSCH, s.297. Ayrıca kusurla ilgili bkz. İÇEL,Kayıhan-A.Hakan EVİK; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007, s.169.; VİDAL VİDAL, Georges-MAGNOL, Josephe; Ceza Hukuku, Ankara 1946, (çev.Şinasi Z.DEVRİN),, s.124 vd.

3 DÖNMEZER - ERMAN, C.II, n.904.

4 ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5.bası, Ankara 2001, s.246.

nidünya ve Özgenç[5]; işlenen fiil nedeniyle kişideki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite istinaden gerçekleştirdiği eylem dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması gerekip gerekmediği hususundaki değer yargısı, *Centel-Zafer-Çakmut*[6]*;* failin eylemini (hareket ile neticeyi) kasten veya taksirle gerçekleştirmek, İçel-Evik[7], failin psişik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişki, *Koca*[8]*;* failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesi, fiilin faile kişisel olarak da isnat edilebilmesi, Özbek[9]*;* Failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesi şeklinde tarif ettikleri görülmektedir[10].

Doktrinde, sorumluluk ve kusurluluk kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. *Dönmezer-Erman*, kusurluluk kavramını, sorumluluk olarak algılayıp, sorumluluğu da kasttan doğan sorumluluk ve taksirden doğan sorumluluk olarak iki kategoride incelediklerini görüyoruz[11]. *Artuk-Gökcen-Yenidünya* ve Özgenç ise kusur veya kusurluluk başlığı altında bu kavramları yukarıdaki gibi tanımladıkları, 5237 sayılı TCK'da yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı yerine, hukuka uygunluk nedenlerini, hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirip sair halleri de kusurluluğu etkileyen haller olarak inceledikleri görülmektedir[12].

Kusurluluk kapsamı içerisine kastı ve taksiri dahil eden teoriler genel olarak incelendiğinde, failin hareketi istemesi temeli üzerine kuruldukları anlaşılmaktadır[13].

---

5 ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA, A.Caner; 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s.617 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, s.245 vd.

6 CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006, s.342.

7 İÇEL-EVİK, s.167.

8 KOCA, Mahmut; YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza hukuku Dergisi, (CHD), Y.1, S.1, s.119.

9 ÖZBEK, Veli Özer; CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s.274.

10 Konuyla ilgili teori ve görüşler için bkz.:EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Onüçüncü Baskı, Ankara 1995, C.1, s.487 vd.; VİDAL-MAGNOL, s.124.

11 DÖNMEZER-ERMAN, C.2, n.917, s.256.

12 ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.622.; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.247 vd.

13 DÖNMEZER-ERMAN, C.2, n.904 vd., s.241.

İsnat yeteneği ile kusur yeteneği kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığını görmekteyiz[14]. Doktrinde; *Dönmezer-Erman*[15], isnat yeteneği kavramını, fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken nitelikler bütünü, *Erem-Danışman-Artuk*[16], isnat yeteneğini, bir fiilin bir insana mal edilerek onun sorumlu sayılabilmesi için bulunması zaruri unsurlar topluluğu, *Yüce*[17] ise isnat yeteneğini, hak ile haksızlığı ayırabilme ve buna göre davranabilme yeteneği, *Artuk-Gökcen-Yenidünya*[18], *Hakeri*[19], *Artuk*[20], ise kusur yeteneği tabirini kullanarak, failin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme (idrak kabiliyeti) ve buna göre davranabilme yeteneğine sahip olmak şeklinde tanımladıkları görülmektedir[21].

Kanaatimizce; kusur yeteneği, failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirmeyle ilgili iken, isnat yeteneği ise daha geniş manada fiilin bir insana atfedilebilmesi veya onun fiil nedeniyle sorumlu veya sorumsuz sayılabilmesi için bulunması gereken unsurlar olarak tanımlamayı uygun buluyoruz. Kısaca İsnat yeteneğinin kusurluluktan önce geldiği, bir insana önce suç isnadının yapılabileceği ve ondan sonra failin kusurunun varlığı veya yokluğu incelenmesine geçilebileceği görüşündeyiz.

II- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLERİN HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Ceza kanunumuzun 1. kitap, 2. kısım, 2. bölümünün başlığı; "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" olarak düzenlenmiştir.

---

14 ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.618.; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.246 vd.; ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.247.; HAKERİ, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.200.

15 DÖNMEZER-ERMAN, C.2, n.845, s.178.; benzer görüş için bkz. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Ceza Hukuku Dersleri, (ders notları) Ankara 1981, s.78.

16 EREM - DANIŞMAN - ARTUK, s.438.

17 YÜCE, Turhan Tufan; Ceza Hukuku Dersleri, Manisa 1982, s.306.

18 ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.618.

19 HAKERİ, s.200.

20 ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ankara 2006, s.13.

21 PISAPIA, isnat yeteneği kavramı yerine "mesuliyet (sorumluluk) yüklenme kabiliyeti kavramını kullandığını görmekteyiz. Tanım ve detaylı bilgi için bkz. PISAPIA, Gıan Domenıco; İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Padova 1965 (çev. Dr.Atıf AKGÜÇ), s.27.

Söz konusu bölüm toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m .27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı(TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34) dır.

Yukarda belirtilen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında iki ayrı konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; kusurluluk ve Kusurluluğu etkileyen haller, ikincisi; hukuka uygunluk sebepleridir.

Kusurluluğu etkileyen haller;

1- Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK.m.27),

2- Yaş küçüklüğü (TCK.m.31),

3- Akıl hastalığı (TCK.m.32),

4- Sağır ve dilsizlik (TCK.m.33),

5- Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34),

6- Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28),

7- Mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2),

8- Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK.24.m.2/4),

9- Haksız tahrik (TCK.m. 29), ve

10- Çeşitli hata halleri (TCK.30/3-4) olarak belirtilmektedir[22].

22 ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.623.; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.257. *Vidal-Magnol,* konuyu kusurluluğu etkileyen haller şeklinde değil de, "*İsnat Kabiliyetini (cezai mesuliyeti) ve suçluluğu (cezai ehliyeti) kaldıran veya azaltan sebepler*" olarak bahsetmiştir. Detaylı bilgi için bkz. VİDAL-MAGNOL, s.148vd.; İtalyan yazar Pısapıa ise, "*mesuliyet kabiliyetini kaldıran sebepler*" şeklinde konuyu incelemiştir. Detaylı bilgi için bkz. PISAPIA, s.27.

Hukuka uygunluk sebepleri;

1- Kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1),

2- Meşru savunma (TCK.m.25),

3- Hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve

4- İlgilinin rızası (TCK.m.26/2) olarak dört ana grupta toplanmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanununda (YTCK), hukuki nitelikleri birbirinden son derece farklı hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluk ve kusurluğu etkileyen haller aynı başlık altında toplanmıştır. Ceza Kanununun yapımı çalışmalarında kimi akademisyenler bölüm başlığının *"Hukuka Uygunluk Nedenler ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler"* olarak iki kısım halinde düzenlenmesi talep etmişlerse de bu husus komisyon tarafından kabul edilmemiştir. Ancak bölüm başlığının *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* olması içerisinde yer alan kusurluluğu etkileyen hallerin olmadığı anlamına gelmemektedir. Biz de bu makalemizde bu konuya dikkat çekerek yalnızca kusurluluğu etkileyen halleri incelemek istedik.

III- HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ İLE KUSURLUĞU ETKİLEYEN HALLER ARASINDAKİ AYRIMIN ÖNEMİ

Hukuka uygunluk sebepleri; Ceza Kanunu tarafından yasaklanan bir fiil, yine Ceza Kanunu'nun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmıyorsa bu duruma *"hukuka uygunluk sebepleri"* denilmektedir.

Kusur veya kusurluluk, işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusundaki değer yargıları şeklinde tanımlanmaktadır. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır.

Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen haller arasında yapılacak bir ayrım, her şeyden önce yasa hazırlanırken belli bir suç teorisinden hareket edilip edilmediğinin tespiti bakımından önem-

lidir[23]. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında birçok maddesi bakımından çok büyük değişiklikleri beraberinde getirdiği gözlemlenmektedir. Yasanın özellikle Hata (TCK m. 30), İştirak (TCK m. 37-41) ile ilgili maddeleri ve yaptırımlar sistematiği yakından incelendiğinde bu değişiklikleri sadece madde bazlı değişiklikler olarak değerlendirme imkânı yoktur. Yasanın bu maddeleri takip edilen suç teorisi bakımından ciddi bir felsefe değişikliğine işaret etmektedir. Özellikle *"haksızlık"* teriminin suç teorisindeki sistematik anlamıyla beraber kanun metninde kullanılıyor olmasını bu değişimin doğrudan bir yansıması olarak görmek mümkündür[24].

Yasa koyucunun yasanın genelinde de esas aldığı suç teorisi bakımından Alman hukukuna paralel bir seyir izlediği gözlemlenmektedir. Ancak bugün için Alman hukuk çevrelerinde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebeplerin birbirinden tıpkı hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi keskin bir şekilde ayrılması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Hatta bizatihi Alman ceza hukukunun bugünkü suç genel teorisi anlayışının temelinin bu olduğu söylenilebilir[25]. Böylesine bir ayrımın gerekliliğine ilişkin görüşler her şeyden önce kurumların dayanmış olduğu felsefi noktaların farklılığından hareket etmektedir. Bu bağlamda ulaşılan pratik sonuçlarda farklılık arz etmektedir[26].

Yasa koyucunun yukarıda belirtilen maddelerde haksızlığı ve kusurluluğu birbirinden ayıran farklı bir suç teorisi anlayışından hareket ettiği iddia edilse de, 5237 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmalarını yürüten Adalet Komisyonunun Raporu'nda[27]; bu maddelerin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu belirtilmiş, öğretide ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmamak için bölümde söz konusu edilen hukuki

23 Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasında yapılacak ayrımla ilgili olarak geniş açıklama için bkz.: KEÇECİOĞLU Elvan; Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010.

24 KEÇECİOĞLU, s. 300.

25 KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.117.

26 KEÇECİOĞLU, s.300.

27 Detaylı açıklamalar için bkz. 08.03.2004 tarih 1/593 esas ve 60 karar numaralı Adalet Komisyonu Raporu.

kurumların salt hukuki sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir başlıklandırmaya gidildiği belirtilmiştir[28].Ancak madde gerekçeleri incelendiğinde yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili olarak yorum yapmaktan kaçınmadığı gerekçelerde maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili geniş açıklamalara yer verildiği görülmektedir[29].

5237 sayılı TCK yaptırımlar bakımından da önemli değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Yaptırımlar 5237 sayılı TCK'nın üçüncü kısmında *"Cezalar"* ve *"Güvenlik Tedbirleri"* olarak iki başlık altında toplanmıştır. Kusurluluğu etkileyen haller ile hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımda güvenlik tedbirlerinin önemi büyüktür. Kusursuzluk sebebiyle kişiye ceza verilmediği hallerde fiilin tipikliği ve kişinin tehlikeliği devam ettiği için kişi hakkında güvenlik tedbirin uygulanmaktadır.

Oysa bir eylemle ilgili olarak bir hukuka uygunluk sebebi varsa bu durumda fiil için ceza yaptırımı öngörülmediği gibi toplum açısından bir tehlikelilik de olmadığı için güvenlik tedbirine ihtiyaç duyulmamaktadır.

Yine yasa koyucunun CMK'nın 223. maddesinde bu kurumların hukuki niteliklerini ve bunun sonucu olan ayrımları dikkate alan bir tasnife gittiği gözlemlenmektedir. Bu maddede kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasında açık bir ayrım yapıldığı görülmektedir. Buna göre eğer yapılan yargılama sonunda olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğuna dair bir yargıya varılacak olursa beraat kararı verilecektir. Eğer hukuka uygunluk sebepleri değil de kişi hakkında kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunduğuna ilişkin bir yargıya varılacak olursa verilecek karar bu sefer ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar olacaktır. Yasa koyucunun burada artık hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında açık bir ayrıma gittiği gözlemlenmektedir.

---

28 Eleştiriler için bkz. ÖZBEK, "TCK İzmir Şerhi", s.274.

29 Söz konusu bölüm hazırlanırken Komisyona danışmanlık yapan akademisyenlerin, bölümün Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler olarak iki kısım halinde düzenlenmesi talebi komisyon tarafından kabul edilmemiştir. ÖZGENÇ, "*Gazi Şerhi*", s. 251.

IV- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER

Türk hukuku açısından kusur prensibi gereğince, kusurlu hareket etme yeteneği bulunmayan, hukuk kuralının anlamını bilmediği veya bilebilecek durumda bulunmadığı, hatta bilebildiği halde, ona uygun hareket edemeyecek durumda olan bir kimseye, ceza verilmemektedir.

Ceza kanunumuz kusurluluğu etkileyen hallere hukuka uygunluk sebepleri ve hatayı (TCK.m.30/1,2) eklemek suretiyle ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller olarak değerlendirmektedir.

Uygulamada ve öğretide kusurluluğu etkileyen haller;

1- Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK.m.27),

2- Yaş küçüklüğü (TCK.m.31),

3- Akıl hastalığı (TCK.m.32),

4- Sağır ve dilsizlik (TCK.m.33),

5- Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34),

6- Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28),

7- Mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2),

8- Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK.24.m.2/4),

9- Haksız tahrik (TCK.m. 29), ve

10- Çeşitli hata halleri (TCK.30/3-4) olarak belirtilmektedir30. Şimdi Kusurluluğu etkileyen bu halleri tek tek inceleyecek olursak;

---

30 ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.623.; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.257. *Vidal-Magnol,* konuyu kusurluluğu etkileyen haller şeklinde değil de, "*İsnat Kabiliyetini (cezai mesuliyeti) ve suçluluğu (cezai ehliyeti) kaldıran veya azaltan sebepler*" olarak bahsetmiştir. Detaylı bilgi için bkz. VİDAL-MAGNOL, s.148vd.; İtalyan yazar Pısapıa ise, "*mesuliyet kabiliyetini kaldıran sebepler*" şeklinde konuyu incelemiştir. Detaylı bilgi için bkz. PISAPIA, s.27.

1-Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması

TCK'nın 27'nci maddesi; "*[1] Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. [2] Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*" şeklindedir.

Madde ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasından bahsedilmekte ise de burada kastedilen hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasıdır[31]. Sınır kasten aşıldığında, örneğin, meşru savunmada bulunan kişi vaki saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak saldırganı öldürdüğü takdirde hukuka aykırılığın kalkmayacağı ve failin bu maddedeki herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacağı şüphesizdir[32].

Yukarıda verilen örnekte fail, maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Sınırın aşılmasındaki bu taksir kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de, bunun için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde indirim yapılarak faile taksirden dolayı ceza verilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkına ilişkin özel bir sınırın aşılması hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılması, fail bakımından mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir.

Hükümet Tasarısı'nda, maddenin ikinci fıkrası bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmişti. Oysa heyecan,

31 KOCA, s.146.
32 DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 309–310; İÇEL-EVİK, s.162.

korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için, fıkra metninin başına "*meşru savunmada*" ibaresi konulduğu görülmektedir.

2-Yaş Küçüklüğü

TCK'nın 31'inci maddesi; " *[1] Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. [2] (8.7.2005 T. 5377 sk değ.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fülin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fülin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fül için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. [3] (8.7.2005 T. 5377 sk değ.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fül için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.*" şeklindedir.

Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.

Suç oluşturan fiili işlediği sırada henüz oniki yaşını bitirmemiş olan çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Fiili işlediği sırada henüz oniki yaşını bitirmemiş olması, çocuk açısından kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. İzlenen suç ve ceza politikasının gereği olarak, bu gruba giren yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olmadığı normatif olarak kabul edil-

miştir. Çünkü bu çocuklar hakkında ceza yaptırımının uygulanması, cezanın özel önleme ve yeniden topluma kazandırma işlevi bakımından tamamen ters etki gösterecektir. Hatta bu çocuklarla ilgili olarak ceza kovuşturmasına ilişkin işlemlerin yapılması, psikolojik gelişimleri üzerinde olumsuz etkiler meydana getirebilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna sürüklenmiş olan bu çocuklarla ilgili olarak, sadece koruyucu ve eğitici nitelikte olan güvenlik tedbirlerine başvurulabilir.

Çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan oniki yaşını doldurmuş ve fakat henüz onbeş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş olup da henüz onbeş yaşını bitirmemiş olan kişilerin, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir.

Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır. Kusur yeteneği bulunmayan yaş küçüğü hakkında ceza tertibine yer olmadığına karar verilir. Ancak, bu kişiler hakkında koruyucu, eğitici ve yeniden topluma kazandırıcı nitelikte güvenlik tedbirlerine hükmedilir.

Çocuk hâkimi, işlediği suç açısından ceza sorumluluğunun olduğunu kabul ettiği yaş küçüğü hakkında ise kural olarak indirilmiş cezaya hükmedecektir.

Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir.

3-Akıl Hastalığı

TCK'nın 32'nci maddesi; "*[1] Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. [2] Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir*" şeklindedir.

Kusur yeteneğini etkileyen bir neden olan akıl hastalığının varlığı durumunda, kişi işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta veya işlediği fiille ilgili olarak irade yeteneği önemli ölçüde etkilenmektedir. Kişi bu durumda kusurlu olamayacağından, hakkında cezaya hükmedilemeyecektir. Ancak, fiili hukuka aykırı niteliğe sahip olduğundan, kişi hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine başvurulacaktır.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki, akıl hastalığı kişinin işlediği her fiil açısından algılama veya irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir. Örneğin, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi durumunda, malûl olduğu akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama ya da irade yeteneğini etkilemez.

Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti ile hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceğini, davranışlarını ne surette etkilediğini genel olarak belirleme, tıbbî bir konudur. Uzman bilirkişi bu hususu ortaya koyduktan sonra, akıl hastası olan kişinin somut olay açısından algılama veya irade yeteneğinin olup olmadığını, akıl hastalığının somut olay açısından kişinin bu yeteneklerini ne ölçüde etkilediğini normatif olarak belirleme görevi, hâkime aittir.

Hükümet Tasarısında akıl hastalığı durumunda kişinin kusur yeteneği, akıl hastası hakkında uygulanacak tedbirler ve bunların usu-

lü aynı maddede düzenlenerek, farklı konuları ilgilendiren hükümler tek bir madde içinde yer almaktaydı. Sistematik açıdan hatalı olan bu düzenleme değiştirilmiştir. Madde metninde sadece akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi düzenlenmiş; buna karşılık, akıl hastaları hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin ilgili bölümde düzenlenmesi uygun bulunmuştur.

4-Sağır ve dilsizlik

TCK'nın 33'üncü maddesi; "*[1] Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır*" şeklindedir.

İşitme yeteneğine doğuştan sahip olmayan veya küçük yaşta bu yeteneği tamamen yitiren insanın algılama yeteneği yeterince gelişmez.

Sağır ve dilsizin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde, suç oluşturan fiili işlediği sıradaki yaşı, ölçü alınmıştır. Böylece, sağır ve dilsizlerle ilgili olarak, yaş küçüklerinin sorumluluk rejimine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, sağır ve dilsizlerin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği daha geç gelişebileceği düşüncesiyle, ayrı bir yaş grubu sınıflandırması yapılmıştır.

Fiili işlediği sırada yirmibir yaşını doldurmuş olan sağır ve dilsizler açısından yaşın ceza sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığı kabul edilmiştir. Ancak, bu kişilerin işledikleri fiil açısından algılama veya irade yeteneğinin olup olmadığı yönünde ortaya çıkabilecek sorunla ilgili olarak, akıl hastalarına ilişkin sorumluluk rejiminin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

5-Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK'nın 34'üncü maddesi; "*(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlen-*

dirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz" şeklindedir.

Kişi, gerçekleştirdiği davranışın hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen bir nedenin etkisine bilinci olmaksızın veya iradesi dışında girmiş olabilir. Örneğin, caddede meydana gelen patlama sonucunda oradan geçen bir kişinin patlamanın etkisinde kalarak, geçici bir süre algılama ve irade yeteneğini tümüyle yitirmiş olabilir. Bu gibi durumda, faile yüklenebilecek bir kusurdan bahsedilemez. Yine geceleri uyurken kendiliğinden kalkıp gezen kişinin bu esnada başkasına ait bir mala zarar vermesinde faile izafe edilecek bir fiil bulunmamaktadır. Çünkü kişi uyku halinde iken hareket yeteneğini yitirmektedir.

Alkol veya uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemesine rağmen, yanılarak bu maddeleri almış olabileceği gibi, alkol veya uyuşturucu madde almaya zorlanmış da olabilir. Gerek bilmeyerek gerek zorla alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisindeyken işlenen suç açısından fail sorumlu tutulamamaktadır. Ancak geçici bir neden olarak istemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alınması dolayısıyla fail taksirli dahi olmamalıdır. Kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, algılama yeteneğini ortadan kaldırabilmektedir.

Kişi, önceden kararlaştırdığı suçu işlemeye başlamadan önce, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde alabilir. Keza, herhangi bir suç işlemeyi kastetmediği hâlde, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde almış ve bu maddelerin etkisinde iken bir suç işlenmiş olabilir[33]. Bu durumlarda, işlenen suç açısından kişi sorumludur[34].

---

33 Öğretide failin kendi iradesiyle kusur yeteneğini sona erdirdikten sonra işlediği suç teşkil eden bu tür eylemlere "serbestçe istenilen ama failin kusur yeteneğinden yoksun bulunduğu sırada işlenen fiiller" denilmekte ve "sebebinde serbest olan ya da aslında özgür olan hareketler" tabiri ile ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz.:ÜNVER, Yener; Sebebinde Serbest Hareketler, in: Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.801vd.; PISAPIA, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, s.27.

34 10.CD., 18.03.2002 tarih ve 01-30137/02-12230 karar sayılı ilamı; *"23.07.1999 tarihli olay tutanakları ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın müştekiye ait evin yola bakan*

6-Cebir veya Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

TCK'nın 28'inci maddesi; "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*" şeklindedir.

Ceza hukukunda suçların şahsiliği prensibi gereği suçu kim işlemiş ise o kişi cezalandırılır. Bunun istisnalarından birisi de TCK'nın 28'inci maddesidir. Yasa bu istisnayı koymakla bu kişilerin cezalandırılmasının önüne geçmek istemiştir. Kişi karşı koyamayacağı cebir ve şiddet veya ağır korkutma ve tehdit altında kalabilir. Kendisini çaresiz hissedebilir. Bu durumda suç işleyebilir. Örneğin PKK terör örgütünün kandırarak dağa çıkardığı bir kişi daha sonraları yanıldığını anlasa ve örgütten kurtulmak istemesine cebir ve tehditle örgütün elinden kurtulamamışsa ve ağır can tehdidi altında eylem yaparak suç işletilmişse o zaman TCK'nın 28'inci maddesi düşünülebilir.

7-Zorunluluk Hali

TCK'nın 25/2'nci maddesi; "*(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen füllerden dolayı faile ceza verilmez*" şeklindedir.

Zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir[35]. Burada kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu hakka yönelik tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete baş-

---

taraftaki pencere camını sarhoşluğunun da etkisiyle kırarak atılı suçları işlediği halde, mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi …" şeklindedir. (Karar özel arşivden alınmıştır.)

35 Mukayeseli hukuktaki durumu için bkz. GROPP, Walter; Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 s.217vd.; VİDAL-MAGNOL, s.264vd.; PISAPIA, s.152vd.

vurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması, tehlikenin ağır ve muhakkak olması gibi şartlar aranmaktadır. Ayrıca, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantılılık ilkesi de kabul edilmiştir.

8-Amirin Emri

TCK'nın 24/2'inci maddesi; "*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*" şeklindedir.

Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir.

Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz[36] . Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur.

Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine hiçbir surette izin vermemektedir. Bu durumda emri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamamaktadır.

---

36 Anayasamızın 137. maddesi; "*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır*" şeklindedir.

9-Haksız Tahrik

TCK'nın 29'uncu maddesi; "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir*" şeklindedir.

Haksız tahrik, Kanun'umuzda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumdaki etki altında bulunması olduğundan, söz konusu psikolojik hâller dikkate alınmıştır[37]. Gazap, hiddetlenme şeklinde de anlaşılmalıdır. Şedit bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hâli ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hâli de kapsamaktaydı. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanıldığı görülmektedir.

Suç işlerken hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Tahrik hükümleri gereğince bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla mağdur dışındaki kişilerin haksız tahrik altında kalamayacakları kabul edilerek indiriminden yararlanmaları önlenmiştir. Örneğin kendisine karşı hakaret edilen kişinin, kocası tarafından bu olay nedeniyle hakaret eden şahsın arabasının camının kırılması olayında haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır.

Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi tahrikle ilgili bir kararında; *"…fen bilgisi dersi öğretmenleri olan müştekinin mobiletinin benzin deposuna toz şeker atmak suretiyle zarar vermek isteyen sanıklar, tüm aşamalarda, müştekinin kendilerine sık sık gibi sözlerle küfür etmesi ve sebepsiz yere kendilerini döv-*

37 TUTUMLU, Mehmet Akif; Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Ankara 1999, s.22.; ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.282.; İÇEL-EVİK, s.226.; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s.383.

mesinden kaynaklanan öfkeyle atılı suçu işlediklerini belirterek, suçlarını samimi bir biçimde ikrar etmeleri karşısında; sanıkların müşteki hakkındaki söz konusu iddialarının doğruluğu halinde, müştekinin memurluk görevini yasaya uygun olarak yaptığının kabul edilmesi mümkün olamayacağından ve bu durumda sanıklar hakkında TCK.nun 516/2. maddesinin 1. bendi uyarınca değil, haksız tahrik altında kaldıklarının kabulü ile basit ızrar suçundan, TCK'nın 516/ilk ve 51. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekeceğinden…" bozulmasına karar verdiği görülmektedir[38].

10-Çeşitli Hata Halleri

TCK'nın 30'uncu maddesi; "*(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*" şeklindedir.

Madde metninde çeşitli hata hâlleri düzenlenmiştir[39]. Hata, failin tasavvuru ile gerçeğin birbirine uymamasını ifade etmektedir. Failin tasavvurunun konusu dış dünyaya ait bir şeye ilişkin olabileceği gibi, normatif dünyaya ait bir gerçekliğe ilişkin de olabilir. Dış dünyaya ilişkin bir şeyin, olduğundan farklı bir şekilde algılanması halinde *unsur yanılgısından* (tipiklik hatası), normatif dünyaya ilişkin bir gerçekliğin, olduğundan farklı bir biçimde değerlendirilmesi halinde ise, *yasak hatasından* bahsedilir. Kısaca unsur hatası (fiili hata) bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası (hukuki hata) bir değerlendirme hatasıdır[40].

38 Karar için bkz. Adalet İçtihat Bankası, Meşe Yazılım, Ankara.

39 Geniş bilgi için bkz. ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner; 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş 7. baskı, Ankara 2006, s.63.; İÇEL-EVİK, s.96vd.,218vd.; HAKERİ, s.288vd.; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s.389vd.; Mukayeseli hukuk için bkz.:JESCHECK, Hans-Hieinrich; 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler (Dıskussıonsbeıtrage Zum Entwurf Des Türkıschen Strafgesetzbuchs), (çev.Adem SÖZÜER), Konya 1998, s.31.; PISAPIA, s.97vd.; KEÇELİOĞLU, Elvan; Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 299vd.

40 TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, 8. Bası, Ankara 2005, s. 168, s. 217; DEVRİM, Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 23, 24.

Hatanın bilmemek veya yanlış bilmekten ibaret iki görünüm şekli söz konusudur[41]. Yanlış tasavvurun bağlantı noktasına (konusuna) göre hatanın çeşitli türleri vardır ve bunların hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. Yanlış veya eksik tasavvur kastı ortadan kaldırabilir, sadece kusur bakımından önem taşıyabilir veya cezalandırılabilirlik bakımından tamamen önemsiz de olabilir. Hata tipikliğin maddi şartlarına (suçun maddi unsurlarına) ilişkin ise, bu hata, kast üzerinde etkili olan bir hatadır. Buna karşılık hata tipikliğin hukuki değerlendirmesine (tipikliğin hukuki sonuçlarına) ilişkin ise, bu hata kusurluluk üzerinde etkilidir[42].

Buna göre hatayı, kastı ortadan kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Suçun maddi unsurlarında (m. 30/f. 1), suçun nitelikli unsurlarında (m. 30/f. 2), hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında (m. 30/f. 1, 3) hata halleri, kastı kaldıran hata halleridir. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata (m. 30/f. 3) ile haksızlık yanılgısı (yasak hatası) (m. 30/f. 4) ise, kastı kaldırmayıp, sadece kusurluluk bakımından önem taşıyan hata şekilleridir. Bunlar, kanun koyucunun *"hata"* başlıklı 30'uncu maddede düzenlemiş olduğu hata türleridir. Bu ayrıma kastı kaldıran hata türü olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin sınırındaki yanılgıyı da eklemek gerekmektedir. Böylelikle yeni kanunun sisteminde kastı kaldıran dört hata türünün bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır[43].

Suçun maddî unsurlarında hataya ilişkin düzenlemenin birinci fıkrada yer aldığı görülmektedir. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi başkasına ait bir malı kendisinin zannıyla kırması yoluyla imha etmesi eyleminde failin bilgisi gerçeğe uysaydı, işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

41 KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan; Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m. 27) *EÜHFD, C. XI, S. 1–2 (2007), s.*42
42 KOCA - ÜZÜLMEZ, s.42
43 KOCA - ÜZÜLMEZ, s.42

Suçunun maddî unsurlarında hata hâlinde, taksirle sorumluluk hali kabul edilmemişse fail sorumlu tutulamayacaktır. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa, taksirle işlenmiş bir suçtan bahsedilmektedir. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının malına zarar veren kişinin yanılgısında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda mala zarar verme suçu açısından taksir cezalandırılmadığı için ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Başka bir örnek verecek olursak av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. Bu sebeple suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yararlanması düzenlenmiştir.

Suçunun nitelikli unsurlarında yanılma hallerinde failin sorumluluğu için bu nitelikli hali bilmesi gereklidir. Örneğin, kişinin sivil plakalı ve hasmına ait olduğunu zannettiği bir araca zarar vermesi halinde bu aracın aslında bir kamu kuruluşuna ait olması durumunda fail hakkında nitelikli mala zarar verme suçuyla ilgili TCK 152/1-a maddesi uygulanmaz. Hatasından yararlanır ve basit mala zarar verme suçundan sorumlu olur.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin, bu yanılgısından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gereklidir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak, fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

SONUÇ

Ceza kanunumuzun 1. kitap, 2. kısım, 2. bölümünün başlığı; "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" olarak düzenlenmiştir. Başlık altında hukuki nitelikleri birbirinden son derece farklı iki ayrı konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller, ikincisi; hukuka uygunluk sebepleridir.

Kusur veya kusurluluk, işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusundaki değer yargıları şeklinde tanımlanmaktadır. Kusur yeteneği ise failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirmeyle ilgili bir durumdur. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır.

Uygulamada ve doktrinde kusurluluğu etkileyen haller; Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK.m.27), Yaş küçüklüğü (TCK.m.31),Akıl hastalığı (TCK.m.32),Sağır ve dilsizlik (TCK.m.33), Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34),Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28), Mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2), Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK.24.m.2/4), Haksız tahrik (TCK.m. 29), ve Çeşitli hata halleri (TCK.30/3-4) olarak belirtilmektedir.

Doktrinde kimi yazarlarca kusur yeteneği ile isnat yeteneği kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığını görülmektedir. Kanaatimizce; kusur yeteneği ile isnat yeteneği kavramları birbirlerinden tamamen farklı kavramlardır. Kusur yeteneği; failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirmeyle ilgili iken, isnat yeteneği ise daha geniş manada fiilin bir insana atfedilebilmesi veya onun fiil nedeniyle sorumlu veya sorumsuz sayılabilmesi için bulunması gereken unsurlar olarak tanımlamayı uygun buluyoruz. Kısaca İsnat yeteneğinin kusurluluktan önce geldiği, bir insana önce suç isnadının yapılabileceği ve ondan sonra failin kusurunun varlığı veya yokluğu incelenmesine geçilebileceği görüşündeyiz.

Hukuka uygunluk sebepleri ise; ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiil, yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmıyorsa bu duruma hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir. Ceza kanunumuza göre hukuka uygunluk sebepleri ise; kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK.m.26/2) olarak dört ana grupta toplanmıştır.

Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller hukuki nitelikleri gözetilerek tek bir başlık altında toplanmasına bir diyeceğimiz yoktur. Zira öğretide bu konu tartışmalıdır. Tartışmalı konulara girmeden TCK yasa koyucusu ile CMK yasa koyucusu arasındaki düşünce farkının olmaması gerektiği üzerinde durarak bu farklılığın ortadan kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Zira CMK yasa koyucusu bu iki kurumun hukuki niteliklerini nazara alarak farklı düzenlemelere gitmiştir. Özellikle CMK 223. maddenin 1.d fıkrasında hukuka uygunluk sebepleri durumunda beraat kararının verileceği hükme bağlanmıştır. Yine CMK 223. maddenin 3. fıkrasının a-b-c-d bentlerinde ise kusurluluğun olmadığı kabul edilerek ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verildiğinde hiç şüphesiz güvenlik tedbirine ilişkin hüküm verilebilecektir. Dolayısıyla buradaki fiillerin haksızlık özelliği devam etmektedir ve bunlar kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerdir.

TCK'nın hazırlanmasında yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleri konusunda bağlayıcı olmamak bakımından bir nitelemeye gitmediği belirtmiştir. CMK'nın ilgili maddelerinde ise yasa koyucu bu maddelerin hukuki niteliklerini açıkça ilgili madde de belirtmiş ve bu hukuki niteliklere farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Burada TCK yasa koyucusu ile CMK yasa koyucusu ayrı organlar değildir. Her iki ceza normu da kanun düzeyinde olduğuna göre TCK'nın ilgili bölüm başlığı ile CMK'nın hükümleri arasında paralellik sağlanmalıdır.

Hukukun tüm kurum ve kuralları birbirleri ile çelişmezlik ilkesi içerisinde kurgulanmalıdır.

KAYNAKLAR

ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1970.

ARTUK, Emin; Suç Genel Teorisi, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA, A.Caner; 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. bası, Ankara 2006.

ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, (CHD) Ankara 2006.

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner; 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş 7. baskı, Ankara 2006.

BAYRAKTAR, Köksal; Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006,

DEVRİM, Güngör; Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007

DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 12. Bası, İstanbul 1997, C.II, n.904.

EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Onüçüncü Baskı, Ankara 1995, C.1.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Ceza Hukuku Dersleri, (ders notları) Ankara 1981, s.78.

GROPP, Walter; Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989.

HAKERİ, Ceza Hukuku, Ankara 2007.

HIRSCH, Hans Joachim; Kusur ilkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler (Dıskussıonsbeıtrage Zum Entwurf Des Türkıschen Strafgesetzbuchs), (çev.Dr.Yener ÜNVER), Konya 1998.

İÇEL, Kayıhan - A.Hakan EVİK; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007.

JESCHECK, Hans-Hieinrich; 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler (Dıskussıonsbeıtrage Zum Entwurf Des Türkıschen Strafgesetzbuchs), (çev.Adem SÖZÜER), Konya 1998.

KEÇECİOĞLU Elvan; Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s.

KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.117.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan; Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m. 27) *EÜHFD, C. XI, S. 1–2 (2007),*

KOCA, Mahmut; YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza hukuku Dergisi, (CHD), Y.1, S.1,

OKTAR, Salih; Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(İstanbul 26-27 Mart 1997) İstanbul 1998,

ÖZBEK, Veli Özer; CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, s.245 vd.

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5.bası, Ankara 2001.

PISAPIA, Gıan Domenıco; İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Padova 1965 (çev.Dr.Atıf AKGÜÇ)

SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999,

TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, 8. Bası, Ankara 2005.

TUTUMLU, Mehmet Akif; Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Ankara 1999.

ÜNVER, Yener; Sebebinde Serbest Hareketler, in: Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999,

VİDAL, Georges-MAGNOL, Josephe; Ceza Hukuku, Ankara 1946, (çev. Şinasi Z.DEVRİN).

YÜCE, Turhan Tufan; Ceza Hukuku Dersleri, Manisa 1982.

ADLİYE BASIN SÖZCÜLÜĞÜ
MEDIA SPOKEMANSHIP OF COURTHOUSE

Barış DUMAN*

Özet: Kitle iletişim araçlarında yargı haberleri çok önemli yer tutmaktadır. Yargı haberleri çoğu zaman kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle birlikte anılmaktadır. Özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, ailenin korunması, adil yargılanma, masumiyet karinesi bu haberlerle birlikte gündeme gelmektedir. Bu tür haberlerin sunumunda insan onuru çok büyük anlam ifade etmektedir. Adliye basın sözcülüğü ülkemiz için yeni bir kurumdur. Bu makalede, adliye basın sözcülüğü ve yargı haberlerinin sunumu birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Basın özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, yargı haberi, soruşturmanın gizliliği, masumiyet karinesi, basın sözcüsü, adliye, etik

Abstract: A very important role in the judicial news mass media. Most of the time with news of their fundamental rights and freedoms of the Judiciary is called. Privacy, freedom of communication, family protection, a fair trial, the presumption of innocence comes up with this news. This kind of news report, the meaning of human dignity is very large. Press officer for the courthouse is an new institution in our country. In this article, media spokemanship of courthouse and presentation of judicial reports have been discussed with.

Keywords: freedom of the press, the right to a fair trial, judicial news, confidentiality of the investigation, presumption of innocence, press spokesman, courthouse, Ethic

A) GİRİŞ

Avrupa Birliğine uyum sürecinde, yargı-medya ilişkilerinin güçlendirilmesi başlığı altında Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı sorumluluğundaki projede, yargının bağımsızlığı ilkesi ve masumiyet karinesi çerçevesinde yargısal faaliyetler hakkındaki sağlıklı

* Dr., Kartal Cumhuriyet Savcısı.

bilgi akışını sağlamak amaçlanmaktadır. Bunun sağlanması yoluyla yargıya olan güvenin arttırılması ve insan hakları ile temel özgürlüklerin güçlendirilmesi hedeflenmektedir[1].

2011-2013 yıllarını kapsayan proje kapsamında, hakim ve savcılardan oluşturulacak basın sözcülüğü kurumunun yapılandırılması, adliyelerde medya ve halkla ilişkiler bürosunun oluşturulması, yargı-medya ilişkilerinin sağlıklı işleyişinin tesisi bakımından ulusal ve uluslar arası çalıştayların yürütülmesi, medyanın yargı haberlerini sunarken dikkate alacağı standartlara ilişkin ortak çalışmaların yapılması, muhabirlere gönüllülük esasına göre temel hukuk bilgisi verilmesi konusunda seminerler düzenlenmesi planlanmıştır.

Bu çalışmayla kitle iletişim özgürlüğü boyutunda, projenin önemli bir ayağı olan adliye basın sözcülüğü kurumunun önemi üzerinde durulacaktır.

B) KİTLE İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Kitle iletişim özgürlüğü, haber, fikir ve kanaatlerin basın, radyo, televizyon, sinema ve İnternet gibi kitle iletişim araçları vasıtasıyla serbestçe elde edilmesi ve yayılmasını ifade etmekte kullanılan bir kavramdır[2].

Kitle iletişim haberleşme araçlarından olan basın ve radyo-televizyon, hukukumuzda, birbirinden bağımsız olarak ayrı özgürlükler olarak mevzuatta yerini almıştır. Basın ayrı bir özgürlük olarak ele alınırken, diğer haberleşme araçları düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında düzenlenmiştir[3].

1982 Anayasası, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden farklı olarak basın özgürlüğünü, düşünceyi açıklama özgürlüğünden ayrı bir özgürlük olarak düzenlemiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 19. maddesine göre, "Herkesin düş*ünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri*

1 Bkz. http://www.abgm.adalet.gov.tr/ab_projeleri/yarg%C4%B1-medya.html
2 Gedik, Ömer: 1982 Anayasası Ve Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Kitle İletişim Özgürlüğü,Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2007, s.17.
3 4 Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 97.

her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de basın özgürlüğünü müstakil bir özgürlük olarak kabul etmemiştir. Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine göre, *"Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema isletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir."* Bu iki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere her iki metinde basın özgürlüğü düşünce ve ifade özgürlükleri bünyesinde kendine yer bulmuştur.

1982 Anayasası'nın 28. maddesi, basın hürriyeti başlığını taşımakta olup, bu madde:

"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

(İkinci fıkra mülga: 3.10.2001-4709/10 md.)

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.

Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıy-

la; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.

Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.

Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyet'in temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Basın hürriyetinin sınırlamalarının yer bulduğu 26. ve 27. madde ise, düşünceyi açıklama ve bilim-sanat hürriyetine paralel olarak:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Üçüncü fıkra mülga: 3.10.2001-4709/9 md.)

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek: 3.10.2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir. (madde 26)

Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasa'nın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir. (madde 27)

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi basın özgürlüğü başlığını taşımakta olup:

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir." hükmünü içerir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyon Yayınlarının Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanunun[4], yayın hizmeti ilkeleri başlığındaki 8. maddesi:

"1) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkrada yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri;

a) Türkiye Cumhuriyeti devletinin varlık ve bağımsızlığına, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı olamaz.

b) Irk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.

4 Bkz. 03/03/2011 tarih ve 27863 sayıl RG.

c) Hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamaz.

ç) İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.

d) Terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunamaz.

e) Irk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, özürlülük, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez.

f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz.

g) Suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz.

ğ) Çocuklara, güçsüzlere ve özürlülere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.

h) Alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz.

ı) Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilişinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur.

i) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.

j) Haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez.

k) Siyasî partiler ve demokratik gruplar ile ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz.

l) Genel sağlığa, çevrenin ve hayvanların korunmasına zarar verecek davranışları teşvik edemez.

m) Türkçenin, özellikleri ve kuralları bozulmadan doğru, güzel ve anlaşılır şekilde kullanılmasını sağlamak zorundadır; dilin düzeysiz, kaba ve argo kullanımına yer verilemez.

n) Müstehcen olamaz.

o) Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır.

ö) Bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya içeremez, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilemez veya ikramiye verilmesine aracılık edemez.

p) Medya hizmet sağlayıcı tarafından yapılan veya yaptırılan anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçların ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunludur.

r) Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez.

s) Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.

ş) Şiddeti özendirici veya kanıksatıcı olamaz.

(2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz.

(3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür." düzenlemesini getirmiştir.

Yukarıda konuyla ilgili olan bölümleri alınan ulusal mevzuat düzenlemelerine göre, radyo-televizyon kanalıyla yapılan yayınların etki bakımından, hem yapılan yayınların ani ve sarsıcı olmasından, hem de teknolojinin sınırlı sayıda frekans kullanımına imkân tanımasından ötürü oldukça önemli olmasından dolayı, basın-yayın faaliyetinin ser-

bestlik ilkesine bağlanmasına karşılık radyo-televizyon ile iletişimin izin sistemine bağlanması öngörülmüştür[5].

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde , "*Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir.*" şeklinde hükme yer verilmiştir.

C) KİTLE İLETİŞİMİN HABER BOYUTU

Kitle iletişim araçlarının, toplum üzerinde günlük yaşamın düzenlenmesi ve çevreyle etkileşim yönüyle sosyal; reklam yayını yönüyle ekonomik; siyasi düzenin korunması, siyasetçilerin sorumlulukları ve politik çevrelerin toplumsal taleplere kulak kabartması şeklinde siyasi ve halkın bilgi edinme hakkı çerçevesinde enformasyon boyutuyla yerine getirdikleri fonksiyonları bulunmaktadır[6]. Konumuz itibariyle enformasyon fonksiyonu kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

a) Haber Kavramı

Her toplumsal sistemde bir üst yapı kurumu olan kitle haberleşme araçlarının üstlendikleri role göre haber kavramının belirlenmesi söz konusu olmaktadır[7]. Farklı tanımlamaları yapılan habere ilişkin ortak nokta, insanların daima çevresinde olup bitenleri bilme,öğrenme kendi basına gelenleri duyurma, bunlar üzerine düşünme ve düşüncelerini iletme isteklerinin bir urunu olarak ortaya koymasıdır[8].

Kişisel ve toplumsal ilişkilerde ilgi sağlayan davranış ve sözler olarak tanımlanan haber, aslında olayların hikâyesi, özeti ve ya olaylar sonrası esastan ayrılmadan yeniden kurgusudur[9].

---

5 Gedik, s. 83; Salihpaşaoğlu, s.98.

6 Geniş bilgi için bkz. Özüpek, M. Nejat: Halkla İlişkiler Çalışmalarında Basının Rolü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 1996, s.18.

7 Aslan, Kemal: Haberin Yol Haritası, Ankara, 2002, s. 116.

8 Doğan, Z.Duygu: Doğru Haber Ve Bilgi Verme Görevi Doğrultusunda Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarının Basın Özgürlüğündeki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.70.

9 Bulut, Gülenay: Bir Halkla İlişkiler Aracı Olarak Televizyon Haberlerinin Gündem Oluşturmadaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008,s.27.

Haberin amacı, eylem ya da söylem şeklinde beliren olayın kitlelere duyurulmasıdır. Bir olayı diğer olaylardan ayırarak ona haber niteliğini kazandıran zamanlılık, yakınlık, insanın ilgisini çekme, çok sayıda kişiyi ilgilendirme, tekrarlanma, çatışma, güncellik gibi haber değerleri bulunmaktadır[10].

Girgin' e göre haber değeri, "*Kitle iletişim araçları yetkililerinin, eylem ya da söylemlerin üretimi, seçimi, biçimlendirilmesi ve yayımlanması sırasında kullandıkları profesyonel kodlardır*"[11].

Birçok olay içerisinden kendi ilgisine göre seçtiği olayları, tekrar kurgulayan gazeteci izleyiciye, okuyucuya ve dinleyiciye bu olayları haber olarak sunmaktadır[12].

b) Habere Ulaşma Hakkı

Kişilerin, haber, kanı, bilgi ve düşüncelere serbestçe ulaşabilmesi hakkı; kitle iletişim özgürlüğünün bir ülkede gerçekleşebilmesi için ilk şart ve en önemli ön koşuldur[13].Haber, düşünce ve bilgilere ulaşma hakkının bir anlam ifade edebilmesi; haber, düşünce ve bilgi kaynaklarının çeşitliliğine ve onlara ulaşma kanallarının açık olmasına bağlıdır[14]. Bu noktada basının en önemli haber kaynağını esas itibariyle devlet kurumları, bu kapsamda da özel olarak yargı merciileri oluşturmaktadırlar.

Kitle iletişim araçlarının çeşitliliği, vatandaşların habere farklı kaynaklardan ulaşabilmesi, demokrasi için önemli bir unsur olan bağımsız kamuoyunun oluşmasına zemin hazırlayacaktır[15].

c) Habere Yorum Hakkı

Aslında bu hak, ifade özgürlüğü ve düşünceyi yayma özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu hakkın kullanılması özellikle kamusal faaliyetlerin işleyişinin sağlıklı yürütülmesinde önemli yer tutar.

---

10 Doğan, s. 72.
11 Girgin, Atilla: Yazılı Basında Haber ve Habercilik Etiki, İstanbul 2000,s.79.
12 Doğan, s.77.
13 Gedik, s.25.
14 Salihpaşaoğlu, s.16.
15 Gedik, s.26.

d) Haberi Verme-Yayma Hakkı

Halkın gerçekleri öğrenme ve bilgi edinme hakkı, haberlerin serbestçe yayılabilmesi ve kitle iletişim araçlarında görev yapanlar tarafından bu özgürlüğün kullanılabilmesiyle gerçekleşebilmektedir.

e) Haber Verme Hakkının Sınırı

Vatandaşların bilgi edinme hakkına hizmet eden haber verme hakkı, iletişim özgürlüğünün temeli olmakla birlikte, kimi zaman demokrasinin vazgeçilmezi özel hayatın dokunulmazlığı gibi bir çok kişisel hak ve özgürlükle çakışmaktadır. Hal böyle olunca haber verme hakkının sınırsız olarak kullanılması başka hakların kullanılmasını engellediği noktada sınırlandırılacaktır. Aksi kabulle haber verme,yayma,yorum yapma hakkını sınırsız kabul etmek toplumsal barışa zarar verebilir.

Diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi haber verme özgürlüğünün de sınırlarının bir yandan hakkın doğasında var olan *"nesnel (örtülü-objektif) sınırlar"*, diğer yandan bu nesnel sınırların anayasalarda düzenlenmesiyle birlikte oluşan *"anayasal (açık) sınırları"*ndan bahsetmek mümkündür[16].

Ancak, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olan, özgürlüğün esas, sınırlamanın istisna olma özelliği haber verme hakkı için de temel değerdir.

Belirtilen hakkın doğası gereği, suça kışkırtıcı olmama, kişilerin şeref ve saygınlıklarını ihlal etmeme, iftira atmama gibi özellikleri kendiliğinden var olan sınırlarıdır.

Anayasal düzenlemelerle ise kitle iletişim özgürlüğü, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Bu çerçevede

16 Gedik, s.87.

söz konusu olacak sınırlama, yasal düzenlemeye dayanmalı, ölçülü olmalı ve hakkın özüne zarar vermemelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi de belirtilen özgürlüğü de kapsar şekilde sınırlama koşullarını yukarıdaki koşullarla kabul etmiştir.

Bu çerçevede verilen haber,

Kişilerin hayatı ve sağlığı gibi fiziksel özellikleri, özel hayat gibi manevi değerleri ve mesleki-ticari itibar şeklinde belirecek saygınlığa zarar verici boyutta bulunmamalı; kişinin bu değerleriyle bütünlük arz eden onuruna saldırı boyutunda örneğin hakaret,iftira teşkil edecek içerik taşımamalıdır.

Özel hayatın gizliliği kavramı Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Meclisi'nin 1970 tarihli ve 428 sayılı kararında tanımlanmış ve kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, "Özel hayatın gizliliği hakkı aslında kişinin en az müdahale ile hayatını sürdürmesi hakkını içerir. *Özel, aile ve ev hayatı, fizikî ve moral bütünlük, onur ve saygınlık, ki*şinin yanlış tanıtılmasından kaçınılması, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayımlanmaması, özel iletişimin kötüye kullanılmalara karsı *korunması, sır olarak verilen veya alınan bilgilerin açıklanmasının engellenmesi bu kapsam içerisinde yer alır."*[17].

Yine verilen haber, devletin ve toplumun korunması prensibiyle haber verme hakkı çatışabilmekte ve hakkın bu gerekçelerle sınırlanması yoluna gidilebilmektedir. Ancak, bu iki değer arasında denge kurmak her zaman kolay olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarda, bu sınırlamaya ilişkin olarak, aleniyet kazanan bir bilginin haber olarak yayımlanmasının yasaklanmaması, kamusal güvenlik için verilecek haberle ya da haber içeriği olarak ortaya konulacak düşünceyle açık ve potansiyel tehlikenin somut olarak ortaya konulması, şiddet ve isyana yönelik haberlerin yasaklanabileceği belirtilmektedir.

Kişisel haklar ve kamusal güvenlik gerekçesiyle getirilecek sınırlamalardan sonra ele alınacak son koşulda haber verme hakkının ahlakın korunması gerekçesiyle sınırlandırılmasıdır ki bu sınırlama toplum yapısı ve kültür düzeyiyle değişkenlik göstermektedir. Bu sınırlama uygulamada çoğunlukla müstehcenlik boyutuyla ele alınmaktadır.

---

17 Salihpaşaoğlu, s.54.

f) Haberin Gündem Oluşturmadaki Yeri

İnsanlar olan olayları ya da bilgileri her zaman ilk kaynağından öğrenemezler. Hal böyle olunca kitle iletişim araçlarının yaptıkları haberler insanların bilgi edinme hakkının en önemli kaynağıdır. Kitle iletişim araçlarının haber değeri verdiği olaylar kişiler için de haber değeri kazandığından, bir anlamda gündemi kitle iletişim araçları belirlemektedir. Algılanan haberle, kişiler gündemi takip etmekte, çevrede neyin olup bittiğini öğrenerek oluşan koşullara göre hareket kabiliyetlerini geliştirmektedirler. Kitle iletişim araçlarının istediği şekliyle olaylar hikayeleştirilerek ve ya özetlenerek ya da kurgulanarak servis edildiğinden bu haberi alan insanlarda olguyu bu var oluşla kabul etmektedir. Bu durum ise objektif ve gerçek haberciliğin ne denli önemli olduğunu ortaya koymak için yeterli bir gerekçedir. Toplumun gündemi doğru haberle oluşturulmalıdır.

Kitle iletişim araçları verdikleri haberlerle, bireylerin sosyal kimlik kazanmasına, yetişmesine, politik kararların yönlenmesine neden olmakla birlikte; bazı olaylara daha fazla haber değeri vererek, gündemin bu haberler üzerinde yoğunlaşmasına, halkın bu haberlere daha fazla itibar ederek üzerinde durmasına neden olmaktadır[18]. Bu etki, bazen olumlu bazen olumsuz, bazen güçlü bazen sınırlı olarak kamuoyunda kendisini göstermektedir.

g) Doğru Haber Verme Ödevi

Günlük hayatta yaşanmakta olan gerçekle, haber formatı içinde aktarılan gerçeklik kimi zaman farklı olmaktadır. Çünkü haber, çoğunlukla iletilen olayın ileten tarafından yapılan kurgusunu ya da olaya ilişkin özetini de içerir. Olayların yaşanan gerçekliğinden farklı olarak, haberin kurgulanmış gerçekliği ön plana çıktığı için eleştirel kuram çerçevesinde konunun ele alınması ve çeşitli etkenler çerçevesinde haberlerdeki gerçeklerin inşa edildiğinin bilinmesi gerekir[19].

Vatandaşların haber alma hakkıyla, kitle iletişim aracı çalışanlarının haber verme hakkı arasındaki dengeyi kurmak sadece koşulsuz gerçekliğin haber yapılması anlamına gelmeyecektir. Bunun kabulü

18 Bulut, s.47.
19 Bulut, s.28.

belki de sadece yargı kararlarının ya da idari kararların haber konusu yapılması anlamına gelecektir ki basın özgürlüğü bu durumda çok dar yorumlanmış olur.

Kitle iletişim araçlarından beklenen, olayı yukarıda belirtilen sınırlamalar çerçevesinde objektif olarak haber yaparak insanlara sunmasıdır. Aksi takdirde hak ihlalleri yaşanabilecektir.

Türk hukuk öğretisi ve genel anlamda mahkeme kararlarında, açıklanan haberin hukuka uygun sayılabilmesi için, gerçeklik, kamu yararı, toplumsal ilgi, güncellik, konuyla ifade arasında bağ ve ölçülülük, verilişinde kamu ilgi ve yararının bulunması unsurları aranmaktadır[20].

Burada önemli bir konuda haberin kaynağıdır. Habercinin birebir gözlemiyle doğan haberde kaynak habercinin bizzat kendisi olmakla birlikte çoğu zaman haber kaynağı ikincildir. Haberin doğruluğunu sağlayabilmek ve haberi oluşturan olguların arkasında yatan ama görünmeyen gerçeği gün ışığına çıkartabilmek amacıyla gazeteci ikinci el kaynaklara ulaşmak durumdadır. Haber ajansları, basın bültenleri, açıklamalar, kamu- özel sektör kuruluşları, oda, dernek, vakıf vs. alınan bilgi, belge verilerle oluşturulan haberlerin kaynakları ikinci el kaynaklar olarak adlandırılır[21].

h) Yargı Haberleri

Kitle iletişim araçlarında yargı haberleri çok önemli yer tutmaktadır. Sosyal ve siyasi fonksiyonlar çoğu zaman enformasyon fonksiyonuyla birbirine girmiş vaziyette sunulmakta, bu sunum da çoğu zaman adli mercilerin verdiği ya da vereceği kararlarla sarmanlanmaktadır. Yarı haberleriyse çoğu zaman kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili eylem ve işlemlerle birlikte anılmakta, özel hayatın gizliliği, haberleşme *hürriyeti, ailenin korunması,* adil yargılanma, masumiyet karinesi gibi bir çok ilke bu haberlerle birlikte olumlu ya da olumsuz olarak gündeme gelmektedir. Kişi özgürlükleriyle ilgisi nedeniyle, bu

---

20 GÖKCAN, Hasan Tahsin: Türkiye'de Medya Özgürlüğü, Cezai Sorumluluk ve Yargıtay Uygulaması, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar,, s.38.

21 Doğan, s.89.

tür haberlerin sunumunda insan onuru çok büyük anlam ifade etmekte olup, haberciler için hukukla bağlı kalınması noktasında en büyük özenin gösterilmesini hak eden haberler aslında bu tür haberlerdir[22].

Görülmekte olan bir davayla veya sürmekte olan bir soruşturmayla ilgili haber yaparken veya yorum yaparken haberciyi sınırlayan önemli ilke adil yargılanma hakkının bağımsız ve tarafsız yargı unsurundan kaynaklanmaktadır[23]. Verilen haberlerle kamuoyunda oluşan toplumsal yargı, yargı kararının önüne geçerek karar verme sürecindeki kişilerin tarafsızlığına ve olayın taraflarının adli yargılanma haklarına olumsuz etki etmemelidir. Haberin verilişi ve oluşacak algıda haberci bu konuya özen göstermelidir.

Yargı kararlarının haber konusu yapılmasında karar veren mercileri hedef gösteren, suçlayarak açık kimlik bilgisini veren yayınlardan kaçınılması gerekir. Yine bir şekilde elde edilen soruşturma ve yargılama konusu yargı mercilerince tanzim edilen tutanakların aynen aktarılması doğru bir uygulama değildir.

Haberlerin yorumla birlikte itham eder boyutta sunulması halinde, evrensel bir insan hakkı olan masumiyet karinesinin zedelenebileceği her zaman hatırda tutulmalıdır. Özellikle gözaltı, tutuklama, arama gibi koruma tedbirlerinin haber konusu yapılmasında sürecin devam ettiği, soruşturma ve yargılamanın sürdüğü, neticede kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın kimsenin suçlu ilan edilemeyeceği kuralına hassasiyet gösterilmelidir. Habere konu olan soruşturmanın ve yargılamanın ilerleyen aşamalarını da haber yapmak habercinin etik sorumluluğunda olup; suçla itham edilen kişinin beraat ettiği veya yüksek mahkemede mahkûmiyet kararının bozulduğu veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce haklı bulunduğu durumlar izlenmeli, habere bunlar da konu olmalı; yine hukuk yargılama süreci en başta haber konusu yapılmış ise, neticesi de aynı şekilde kamuoyuyla paylaşılmalıdır[24].

Yapılan yargı haberlerinin cezai boyutunun yanı sıra hukuka aykırılığı da değerlendirilecek bir konudur. Örneğin, bir adliye önünde

---

22 Atılgan, Elem Ümit: Yargı Haberleri, erişim için bkz. http://ilef.ankara.edu.tr/etik/yargi-haberleri/

23 Atılgan, http://ilef.ankara.edu.tr/etik/yargi-haberleri/

24 Atılgan, http://ilef.ankara.edu.tr/etik/yargi-haberleri/

yaşanan olayda yerde yatan vatandaşların nabzını kontrol için oradan geçmekte olan sıradan bir kişinin fotoğrafının olayla ilgili olmamasına karşın, konulması, resmin altına olayla ilişkilendirilerek isminin yazılması hukuka aykırı, tazminat konusu olabilecek bir haber olacaktır[25]. Yine, Yargıtay önüne gelen bir olayda, dava konusu yayında davacıların eşi ve babası olan bir kişinin gerçekleştirdiği terör eylemleri hakkında bilgi verilirken, bahsi geçen terör eylemlerinin faili olduğu görüntüsü verilerek davacı ve çocuğunun resminin ikamet adreslerinin verilmesinin kişilik haklarına zarar verdiğine hükmetmiştir[26].

D) SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Soruşturmanın Gizliliği başlığını taşıyan 157. maddesi *"Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. "* hükmünü düzenlemiştir.

Soruşturmanın gizliliği, basın özgürlüğü ile birlikte ele alındığında, kamunun bilgilenme hakkıyla birlikte, masumiyet karinesi,özel hayatın korunması,adil yargılanmak hakkı başta olmak üzere muhakeme ve infaza dair usul kurallarıyla korunan tüm hukuki hak ve ödevlerle birlikte değerlendirilecek geniş bir kavramdır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01/01/2006 tarih ve 26 nolu genelgesinin konusunu da Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturmalar sırasında basın ve yayın organlarına bilgi verilmemesi oluşturmaktadır. Yapılacak açıklamaların soruşturmaların sağlıklı yürütülmesine bazı sakıncalar doğurabileceği, soruşturmanın gayesine zarar verebileceği ve kamuoyunun yanlış anlamalarına ve yorumlara neden olabileceği olgusundan hareketle, suçsuzluk karinesi ve kişilik hakları gözününde bulundurularak kamuoyunun bilgilendirilmesi gerektiği düşünülen olaylarda gizliliğe aykırı olmadan, şüphelinin kesin olarak tespit edilen durum ve deliller toplandıktan sonra açıklamada bulunulabileceğine yer verilmiştir.

---

25 Sezgin, Ali: Yargıtay Uygulamasına Göre Medya Özgürlüğü ve Hukuki Sorumluluk, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplar-semp.pdf.rar,, s.31.

26 Sezgin, s.32.

E) AİHM KARARLARINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ – YARGI İLİŞKİLERİ

"Görsel,işitsel ya da yazılı basının her hangi bir suç ve ya mağdur/şüpheli hakkında her şeyi haber yapma özgürlüğü var mıdır?" sorusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansımıştır.

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi basın özgürlüğünden açıkça sözünü etmiyorsa da, AİHM, bu maddede ele alınan özgürlüklerin kullanılması bakımından basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir .

AİHM, ilk kez, basın yoluyla düşünceyi açıklama ve haberleşme özgürlüğünün ihlaline Sunday Times davasında karar vermiştir[27]. Bu davada Mahkeme, 1979 Nisan ayında, bir ilaca ve bununla ilgili davalara ilişkin bir makalenin yayınlanmasını engelleyen bir ihtarın 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. O tarihteki Contempt of Court'a (mahkeme emrini yerine getirme yükümlülüğüne) ilişkin İngiliz hukukuna göre alınan bu önlem, *"demokratik bir toplumda zorunlu"* sayılmamıştır. Sunday Times davasında, mahkeme, ifade özgürlüğünü basının kamuyu bilgilendirme özgürlüğü ile kamunun gerektiği gibi bilgilenme hakkı olarak bir arada değerlendirmiş olup, ilgili hukuki zorlukların farkında olmayan mağdur aileleri için, sorunun altında yatan bütün etkileri ve olası çözümleri öğrenmenin önemi vurgulanarak, bu bilgilerin yayılmasının yargının otoritesine karşı bir tehdit oluşturduğu mutlak surette tespit edilseydi, ailelerin bu bilgilendirmeden mahrum bırakılabileceği belirtilmiştir[28].

Hakim, savcı, avukat ve yargı organlarının isleyişiyle yakından ilişkili diğer kişiler gibi soruşturmanın gizliliğinden birinci derecede sorumlu olanlar ile adlî sistemin disiplin alanının dışında kalan kişi ya da taraflar arasında bir ayrım yapma gereği, soruşturmanın gizli-

---

27 Tezcan, Durmuş (Fransızcadan Çeviren): Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.Maddesine İlişkin Kararlar, 2002, 26/04/1979 tarihli karar, bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/turkish/CaseLaw_tr.pdf, s. 9

28 Palm, Elisabeth: AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar, s.19.

liği noktasında 22 Mayıs 1990 tarihli Weber/İsviçre kararında belirtilmiştir. Mahkeme verdiği kararda, görülmekte olan bir davaya ilişkin bilgileri bir basın konferansında açıklayarak, Vaud Kantonu Ceza Usul Kanunu'yla güvence altına alınan ön soruşturmanın gizliliğini ihlalden bir para cezasına çarptırılan bir İsviçreli gazeteciye ilişkin, bu mahkûmiyetin, düşünceyi açıklama özgürlüğüne yapılan müdahaleye ilişkin olarak izlenen yasal amacın gerçekleşmesi açısından *"demokratik bir toplumda zorunlu"* olmadığı ölçüde, 10. maddeyi ihlal ettiği sonucuna vardı. Mahkeme, bu bilgilerin daha önceki basın konferansında açıklandığını ve toplumun önceden bildiği olayların gizliliğini korumada artık yarar mevcut olmadığını ortaya koymuştur[29].

25/06/1992 tarihli Thorgeiir Thorgeirson/İzlanda kararında, Mahkeme, bir gazetede polisin sert davranışlarına ilişkin iki makale yayınlamaktan para cezasına mahkûm edilen başvurana ilişkin davasında, yapılan müdahalenin başkalarının şöhret ya da haklarının korunmasına ilişkin yasal amaçla oranlı olmadığı sonucuna vardı. Basının bazı sınırları aşmaması gereğine rağmen, toplumu ilgilendiren sorunlar hakkında haber ve fikir verme yetkisine sahiptir. Bu tür haber ve fikirleri yaymak görevi, toplumun bunları öğrenme hakkının karşılığını oluşturur [30].

Mahkeme, Worm/Avusturya kararında, 27/08/1997 tarihinde, adaletin iyi işleyiş amaçlarına uygun olarak belirlenen sınırları aşmamak kaydıyla, gözlemler dahil adli yargılamaların eleştirileri (analizleri), bunları duyurmaya yardım eder ve Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafında öngörülen duruşmaların aleni surette yapılmaması zorunluluğu ile bağdaşır; başvuranın yazısı adaletin iyi işleyiş amaçlarına uygun olarak belirlenen sınırları aştığı, davanın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğuna karar vermiştir[31]. Davada, bir gazetecinin, eski adalet bakan yardımcısının vergi kaçırma kovuşturmasına ilişkin yazdığı makalenin, yargılamayı yapan hakimlerin düşüncelerini, tarafsızlıklarını etkileyebileceğinden söz edilerek, basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı arasındaki dengeyi yargılama hakkı lehine bozmuştur[32]

29 Tezcan, s.11.
30 Tezcan, s.12.
31 Tezcan, s.14.
32 Palm, s.22.

25/07/2001 tarihli Perna davası, bir gazetecinin, bir savcıya karşı eleştirisel sözleri nedeniyle hakaretten mahkûmiyetine ilişkindi. Başvuran (davacı), yazısında onu mutlak *"bağlılık yemini yapmakla"* benzeterek, üst görevliyi siyasi militanlıkla suçluyordu. Ayrıca bir savcıyı kanıtlar olmaksızın bir devlet adamını *"mafyaya dahil olmaktan"* suçlamakla eleştiriyordu. Mahkemeye göre, bir savcının siyasi militanlığı, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin imajı tehlikeye sokuyordu ve bu gerekçeyle toplumsal yararı ilgilendiren önemli bir sorunu gündeme getiriyordu. Buna karşılık, gazeteci, ikinci grup sözlerle kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşmıştı. Çünkü, bu beyanlar, olaya dayalı temelden yoksundu.Bununla birlikte Mahkeme, basına karşı kabul edilen yaptırımlar, kesinlikle oranlı olmalı ve 10. maddenin korumasından yararlanabilen ifadeler korunarak, kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşan ifadeleri esas almalıdır. Sonuç olarak, başvuranın savcının siyasi militanlığına ilişkin cümlelerinden dolayı da mahkûm edilmiş olması sebebiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi[33].

Yukarıda belirtilen bir kısım kararlardan da anlaşılacağı üzere, problem soruşturma-yargılama sürecine ilişkin olarak, medyanın yayınlarına ne oranda kısıtlama getirilebileceğine ilişkin kesin çizgiler bulunmamaktadır. Basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının karşı karşıya geleceği durumlarda, bir hakkın tamamen korunurken diğer hakkın tamamen ortadan kaldırılmasının kabul edilmediği, medyanın etik değerlere uygun şekilde, doğru ve güvenilir bilgi sağlamak-sunmak için iyiniyetle hareket etmesinin vurgulandığı, basın özgürlüğüne sınırlı konularla kısıtlama getirilmesi gerektiği verilen kararlardan çıkarılabilir sonuçlardır[34].

F) İSVEÇ VE ALMANYA ÖRNEKLERİ

İsveç'te basın, adli vakalara ilişkin yapacağı haberleri ilk olarak resmi olarak öğrenme yoluna giderek, polisin kamuyu bilgilendirme ödevinden yola çıkmaktadır. Polisin yapacağı bilgilendirme sonrası, basın ulaşacağı haber kaynakları aracılığında bilgi ve belgelere ulaşır, soruşturmayla ilgili ele geçirdiği her türlü bilgi ve belgeyi yayınlar,

33 Tezcan, s.23.
34 Palm, s.23.

savcı ve savunma avukatıyla görüşmeye çalışır, iddianamenin mahkemeye sunulmasıyla tüm bilginin kamuya açılması sağlanır; mahkeme süreci de kamuya açıktır. Verilen haberlere ilişkin oluşturulan ortak etik değerler; haberlerin doğru ve bağlantılı olması, haber kaynağına ilişkin ifşa yasağı, suç mağduru ve kişisel bütünlüğe saygı, mahkemece verilecek karara kadar kanun önünde herkesin suçsuzluğu olarak sıralanabilir[35].

İsveç'te hakim,savcı ve mahkeme çalışanları basın mensuplarına karşı açık bir tutum izlemektedir. Örneğin, devam eden bir yargılamayla ilgili olarak bir basın mensubu (görüşlerini açıklamamak kaydıyla) mahkeme hakimiyle irtibat kurabilmekte, medyanın eleştirilerine yargı mensubu cevap verebilmekte; böylelikle medyanın kamu güvenliği de korunarak doğru haber vermesi sağlanabilmektedir[36]. Ancak mahkeme hakimi önündeki bir davayla ilgili olarak kararı ya da kararın gerekçesine ilişkin medyaya açıklama yapamaz; aksi tutumu tarafsızlığını zedeler, davanın sonraki aşamasına bakmasına engel teşkil eder. Savcılarda, soruşturma aşamasında devam eden soruşturmanın gizliliğini koruması gerekir. Davası mahkemenin önüne gelmekle, tüm kanıtlar ve elde edilen belgeler kamuya ve böylelilikle medyaya açılır.

Mahkeme temsilcilerinin medya temsilcileriyle teması, uyumlu ve profesyoneldir. Medya uygulama bilgisi, medya yönetimi ve medya eğitimi konusunda mahkeme hakim ve çalışanları eğitim alabilmektedir.

Almanya'da savcılık ve mahkeme başkanlığı ayrı birim olarak medyayla irtibat konusunda yönetici olarak bizzat kendisi ve ya görevlendireceği bir kişi görev alabilir. Bu kişiler sözcüdür ve yedekleri de izin vs durumlar için bulunmaktadır. Soruşturma için tehlike oluşturmayacak bilgilerin paylaşılması, ilgili savcı ve hakiminden sorulanaçıklanan konuda bilgi alınması, güvenilir bilgiye kamunun ulaşma

35 Sundsten, Petter: Gazeteci Gözüyle İsveç'te Yaygın Suç Haberleri, Sorunlar ve Olasılıklar, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar, s.77.

36 Heidenborg, Mari:İsveç'te Yrgı ve Medya İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya Ilişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar, s.109.

hakkının varlığına inanç, görsel-işitsel-yazılı basına çıkabilme, doğru-hızlı-herkese eşit hareket, karşılıklı güven sözcüler için esastır[37]. Adalet Bakanlığı basın birimi, yerel bu sözcülere biz açıklama yapacağız ya da doğrudan kendisine yapılan başvuruda yerelden bilgi alın şeklinde medyayı yönlendirebilmektedir. Küçük bir kısım mahkemelerin sözcüsü olmamakla birlikte, savcılık için çok fazla birimde sözcü bulunmaktadır.

G) ÜLKEMİZDE BASIN SÖZCÜLÜĞÜNE DUYULAN İHTİYAÇ

Kimi zaman yapılan yayınlarda haber kaynağı olarak adli merciler ya da adli kolluk personeli gösterilmekte, olayın kurgusu en netice kaynak olarak gösterilen yargı merciinin yorumuymuş gibi servis edilerek, belki de soruşturma-yargılama neticesi haber içeriğiyle örtüşmeyen kararların verildiği durumlar ortaya çıkmakta; bu durumda da kimi zaman gündem oluşturma teorisi nazara alındığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansıdığı üzere adil yargılama hakkına bile zarar verecek süreç yapılan haberlerle ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durum sadece haberin konusu kişi ya da kurumu değil kamusal barışa da zarar verebilecek boyut kazanabilmektedir.

Basın sözcülüğünü bu boyutuyla ele almaktayız. Kitle iletişim araçlarının artık en önemli haber kaynağı adliyeye intikal eden olaylar oluşturmaktadır. Adliye evvelinde kolluk birimlerinin Cumhuriyet başsavcılıklarının bilgisi ve talimatıyla müdahale ettikleri olaylar da gerek gazetelerin, gerekse radyo,televizyon ve internet portallarının haber değeri verdikleri olaylar olmaktadır. Politik konular, spor ve terör haberleri bir tarafa kişiler arasında yaşanan adli vakalar, kamu ya da özel tüzel kişilere yönelik adli faaliyetler sadece haber değil, habercilerin yorum köşelerinin de önemli bir dayanağı olmaktadır. Hal böyle olunca adli vakaya dayalı haberlerin doğru verilmesi önem arz etmektedir. Kitle iletişim araçlarının vereceği haberlerde haberin kaynağı olarak kimi zaman kolluk ya da adli kişiler gösterilmekte,

---

37 Mocken, Johannes: Almanya'da Yargı ve Medya İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar, s.146.

kimi zaman haber kaynağı bildirilmemekte, kimi zaman da olayın tarafları kaynak teşkil etmektedir. Ancak bunların hiç biri tam anlamıyla olayın objektif olarak kamuoyuna bilgi edinme hakkı çerçevesinde verilmesine yetmemektedir.

Soruşturmanın gizliliği başlığıyla verdiğimiz kısıtlamalar karşısında, işlemi yürüten adli mercii de kamuoyuna yapılan habere ilişkin bilgi verememektedir. İnsanların kendilerine sunulduğu kadar ve sunulduğu şekliyle aldığı haber, belki de yanlış ve eksik olmasına rağmen gündemi oluşturmaya devam etmektedir. Bu nedenle kamuoyunun kitle iletişim araçlarında haber konusu olan ya da konusu olabileceği öngörülen olaylarda standartları önceden oluşturulacak şekilde toplumun haber alma özgürlüğüne hizmet edecek şekilde ve soruşturma-yargılama faaliyetine zarar vermeden, hak ihlaline neden olmaksızın kamuyu bilgilendirmesi artık önemli bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacın da uluslar arası örnekleri de inceleme imkanı getirilerek özellikle büyükşehir sınırları içerisindeki adliyelerde görevlendirilecek basın sözcüsü savcı ve hakimleriyle giderilmesi, yargı-medya ilişkilerinin yeniden yapılandırılması ve kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi noktasında büyük hizmetler verecektir.

Her geçen gün yazılı ,gürsel ve işitsel basında yer alan adli nitelik arz eden haber konusu olaylarda, savcı ve hakimmiş gibi program sunucuları kendilerine rol biçmekte ve izleyen,okuyan ya da dinleyenler de bu kişinin verdiği şekliyle çoğu zaman algılama yapmaktadır. Bu durum çoğu zaman kişilik haklarını zedeleyici, suçsuzluk karinesine aykırı tutum izlenmesiyle paralel gelişmektedir.

Basın sözcülüğü kurumuyla sağlanacak doğru bilgi akışı, tüm bu olumsuz etkileri ortadan kaldıracaktır. Soruşturmanın gizliliği prensibi, adil yargılanma hakkı, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs etmeme gibi olgular kurumun tesisiyle daha sağlıklı bir şekilde işleyecektir.

H) HSYK' NIN BASIN SÖZCÜLÜĞÜ KONUSUNDAKİ FAALİYETLERİ

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi'nin 22/06/2011 gün ve 1057 sayılı kararı ile basın sözcüsü olarak belirlenen bir Cumuriyet başsavcısı, on Cumhuriyet başsavcı vekili ve dört Cumhuriyet savcısına yönelik ülkemizdeki yargı medya ilişkilerinin daha sağlıklı

bir zemine oturtulması, kamuoyunu yakından ilgilendiren soruşturma ve davalar hakkında doğru bir şekilde bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme yapılırken basın ve haber alma özgürlüğü, ifade özgürlüğü, soruşturmanın gizliliği ve masumiyet karinesi gibi temel ilkelerin de ihlal edilmemesi amacıyla basın sözcülüğü konusunda 19-22 Kasım 2011 tarihleri arasında Ankara'da eğitim düzenlenlenmiştir[38].

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesince görevlendirilen basın sözcüleri ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan ilgililerin basın sözcülüğü müessesesinin Hollanda örneğini yerinde görüp incelemek ve bilgi alışverişinde bulunmak üzere, 5-7 Aralık 2011 tarihlerinde Hollanda'nın Lahey kentinde bir dizi çalışma ziyaretlerinde bulunmuşlardır[39].

KAYNAKLAR

Aslan, Kemal: Haberin Yol Haritası, Ankara, 2002

Atılgan, Elem Ümit: Yargı Haberleri, erişim için bkz. http://ilef.ankara.edu.tr/etik/yargi-haberleri/

Bulut, Gülenay: Bir Halkla İlişkiler Aracı Olarak Televizyon Haberlerinin Gündem Oluşturmadaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008

38 Bkz. http://www.hsyk.gov.tr/resim_galerisi/basin_sozculugu/index.html

39 Bkz. http://www.hsyk.gov.tr/etkinlikler/ziyaretler/2011/aralik/hollanda_ziyareti/hollanda-ziyareti.html

Doğan, Z.Duygu: Doğru Haber Ve Bilgi Verme Görevi Doğrultusunda Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarının Basın Özgürlüğündeki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008

Gedik, Ömer: 1982 Anayasası Ve Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Kitle İletişim Özgürlüğü,Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2007

Girgin, Atilla: Yazılı Basında Haber ve Habercilik Etiki, İstanbul 2000

Gökcan, Hasan Tahsin: Türkiye'de Medya Özgürlüğü,Cezai Sorumluluk ve Yargıtay Uygulaması, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, erişim için bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Heidenborg, Mari:İsveç'te Yrgı ve Medya İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Mocken, Johannes: Almanya'da Yargı ve Medya İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Özüpek, M. Nejat: Halkla İlişkiler Çalışmalarında Basının Rolü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 1996

Palm, Elisabeth: AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri, Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Doktora Tezi, Ankara 2007

Sezgin, Ali: Yargıtay Uygulamasına Göre Medya Özgürlüğü ve Hukuki Sorumluluk, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Sundsten, Petter: Gazeteci Gözüyle İsveç'te Yaygın Suç Haberleri, Sorunlar ve Olasılıklar, Çağdaş Demokrasilerde Yargı Ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyumu, 24-25 Mayıs 2010, Ankara, bkz. www.humanlawjustice.gov.trUploadKitaplarsemp.pdf.rar

Tezcan, Durmuş (Fransızcadan Çeviren): Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.Maddesine İlişkin Kararlar, 2002, 26/04/1979 tarihli karar, bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/turkish/CaseLaw_tr.pdf

AVUKATLIK (VEKALET) ÜCRETİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

THE TAXATION OF ATTORNEY (SUCCESSION) FEE

İmdat TÜRKAY*

Özet: Mahkeme kararına istinaden karşı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücreti üzerinden gerekli gelir vergisi tevkifatının ödemeyi yapan tarafından yapılması; parayı tahsil eden avukatın da ödemeyi yapan adına serbest meslek makbuzu düzenlemesi gerekmektedir. Ayrıca, serbest meslek faaliyeti kapsamında tahsil edilen avukatlık ücreti üzerinden katma değer vergisinin hesaplanması gerekmektedir. Ancak, davayı kazanan tarafın avukatının, ücretli olarak çalışıyor olması durumunda, karşı taraftan alınan vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olmaması ve ücretli statüsündeki avukata intikal eden bu tutarların ücret olarak vergilendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Vekalet ücreti, ücret geliri, icra dairesi, serbest meslek kazancı, gelir vergisi tevkifatı, serbest meslek makbuzu, vekalet ücretinde KDV

Abstract: The income tax stoppage, which is required to be levied on attorney fee determined to be paid to the lawyer of opposite party with respect to the court decision, must be made by individual who pay it and the lawyer who receives money must issue self-employment voucher on the behalf of those who make those payments as well. In addition, the value added tax must be levied on attorney fee which is received within the scope of self-employment activities. However, the attorney fee received from opposite party must not be subject to the value added tax on condition that the lawyer of party that wins a lawsuit works as workman and this amount which is transferred to the lawyer must be taxed as wage.

Key Words: Attorney fee, wage income, execution office, self-employment income, withholding income tax, self-employment voucher

* Gelir İdaresi Müdürü

1. GİRİŞ

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre, serbest meslek faaliyeti kapsamında mahkeme ilamına göre karşı taraf avukatına ödenen veya icra dairelerince alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücreti, serbest meslek kazancı olarak gelir vergisi tevkifatına ve katma değer vergisine tabi tutulmakta, bazı durumlarda da ücret olarak vergilendirilmektedir. Mahkemelerce hükmolunan vekalet ücreti sonuç itibariyle davayı kazananın avukatına ödediği bedelin karşılığıdır. Avukat davayı kazanana serbest meslek mensubu olarak hizmet vermiş ise bu hizmet bedeli karşılığında tahsil edilecek tutarlar genel hükümler çerçevesinde avukat tarafından serbest meslek kazancı olarak yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir. Avukatın, belli bir ücret karşılığı değil de hizmet sözleşmesine dayanarak dava sonunda, müvekkil adına hükmedilen kazanımlardan yüzde pay almak suretiyle gelir elde etmesi de serbest meslek kazancı kapsamındadır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65'inci maddesinde; "*Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.*" hükmü yer almıştır. Bu hükme göre, dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücretinin serbest meslek erbabı olan avukatlara ödenmesi halinde, söz konusu vekalet ücreti serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecektir.

2. AVUKATLIK (VEKALET) ÜCRETİNİN MAHİYETİ

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 ile 166'ncı maddelerinde, avukatlık ücreti tanımlanmakta ve kaynakları itibariyle, sözleşmeye bağlı olarak iş sahibinden sağlanan vekalet ücreti ile dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenen vekalet ücreti olmak üzere iki ayrı vekalet ücreti tanımlanmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanunla[1] değişik 164'üncü maddesinin son fıkrasında, "*... Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet*

[1] 10.05.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." denilmiştir. Aynı Kanunun 168'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, "*Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır."*, 169'uncu maddesinde ise "*Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz."* denilmektedir. Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı/alacaklı taraf avukatına ödenen vekalet ücreti;

- Mahkeme veya icra veznesinin düzenlediği makbuz imzalanarak nakden,
- Bizzat karşı/borçlu tarafın, mahkeme veya icra dairesinin tespit ettiği vekalet ücretini elden (nakden) veya banka havalesi ile ödemesi,
- Mahkeme veya icra dairesinin, yargılama giderleri ile birlikte davayı kazanan müvekkile herhangi bir şekilde ödeme yapması ve müvekkilin de karşı/borçlu taraftan alınan vekalet ücretini avukata ödemesi, şekillerinde tahsil edilebilmektedir. [2]

Gelir vergisi açısından vergiyi doğuran olay gelirin elde edilmesidir. Gelir Vergisi Kanununda elde etme, vergiye tabi gelirin niteliğine göre farklı esaslara bağlanmıştır. Serbest meslek kazançlarında ise elde etme tahsil esasına bağlanmıştır. Şimdi bu genel prensip çerçevesinde vekalet ücretinin vergilendirilmesini; gelir vergisi tevkifatı, katma değer vergisi ve belge düzeni açısından değerlendirelim.

3. VEKALET ÜCRETİNİN SERBEST MESLEK KAZANCI OLARAK TEVKİFATA TABİ TUTULMASI

Gelir Vergisi Kanunu'na göre, her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti ise sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması-

[2] İmdat TÜRKAY, Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs/2012 Ankara, S.74

dır. Aynı Kanun'un 94'üncü maddesinin birinci fıkrasında ise maddede yer alan ödemeleri nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben gelir vergisi tevkifatı yapmaya mecbur olan kişi ve kurumlar belirtilmiş ve aynı maddenin 2/b numaralı bendinde, yaptıkları serbest meslek işleri dolayısıyla bu işleri icra edenlere yapılan ödemeler üzerinden % 20 oranında tevkifat yapılacağı hüküm altına alınmıştır. GVK'nın 96'ıncı maddesinde de, "*Vergi tevkifatı 94'üncü madde kapsamına giren nakten veya hesaben yapılan ödemelere uygulanır. Bu maddede geçen hesaben ödeme deyimi, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder. Vergi tevkifatı, ücretler dışında kalan ödemelerde gayrisafi tutarlar üzerinden yapılır. Kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan tarafından üstlenilmesi halinde bu vergi, bilfül ödenen miktar ile ödemeyi yapanın yüklendiği verginin toplamı üzerinden hesaplanır.*" hükmü yer almıştır.

Öte yandan, Avukatlık Kanunu'nun 164 ve 166'ncı maddelerinde, avukatlık ücreti tanımlanmakta ve kaynakları itibariyle, sözleşmeye bağlı olarak iş sahibinden sağlanan vekalet ücreti ile dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenen vekalet ücreti olmak üzere iki ayrı vekalet ücretinden söz edilmektedir. Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı/alacaklı taraf avukatına ödenen vekâlet ücreti yukarıda da belirtildiği üzere; mahkeme veya icra veznesinin düzenlediği makbuz imzalanarak nakden, bizzat karşı/borçlu tarafın mahkeme veya icra dairesinin tespit ettiği vekalet ücretini elden (nakden) veya banka havalesi ile ödemesi ya da mahkeme veya icra dairesinin yargılama giderleri ile birlikte davayı kazanan müvekkile herhangi bir şekilde ödeme yapması ve müvekkilin de karşı borçlu taraftan alınan vekâlet ücretini avukata ödemesi şekillerinde tahsil edilebilmektedir.

Bu hüküm ve açıklamalara göre, davanın kaybedilmesi sonucu mahkeme kararına istinaden karşı taraf avukatına ödenmesi gereken vekâlet ücretinin, doğrudan avukata yapılması halinde Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesi ve 12.01.2009 tarihli ve 2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı[3] uyarınca sorumlularca %20 nispetinde gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir. Ayrıca, karşı taraf aleyhine

[3] 03.02.2009 tarih ve 27130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hükmedilen vekalet ücreti ödemelerinin doğrudan avukatlara değil de icra müdürlüklerine yapılması durumunda da icra müdürlüklerine ödeme yapıldığı sırada vekalet ücreti ödemesinden gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir.[4] Buna göre, davayı kaybeden tarafın, mahkeme veya icra dairesinin tespit ettiği vekalet ücretini alacaklı tarafa doğrudan nakden ödemesi halinde, alacaklıyı temsil eden avukatın ücretli olmaması kaydıyla, ödeme yapan tarafın Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında sayılan kişilerden olması halinde, yapılan vekâlet ücreti ödemesi üzerinden gelir vergisi tevkifatının yapılması gerekir. Net ödenecek vekalet ücretinin ise; [Vekalet Ücreti+KDV (Vekalet ÜcretiX0,18)]-[Gelir Vergisi Tevkifat Tutarı (Vekalet ÜcretiX0,20)] formülüne göre bulunması mümkün bulunmaktadır.

Davayı kaybeden tarafından, mahkeme ilamına göre veya icra takibi sonucu karşı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücretinin avukat dışında alacaklı tarafa vekalet eden üçüncü bir kişiye nakden ödenmesi durumunda ise; bu vekalet alacağın tahsiline yönelik olduğundan, ödeme yapan tarafın Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan kişilerden olması halinde yapılan vekalet ücreti ödemesi üzerinden gelir vergisi tevkifatının yapılması gerekir. Söz konusu vekâlet ücreti ödemesi yapan borçlunun GVK'nın 94'üncü maddesinde sayılan tevkifat yapmakla sorumlu kişilerden olmaması veya herhangi bir sebeple tevkifat yapılmadan icra dairesine ödemede bulunulması halinde, elde edilen serbest meslek kazancı avukat tarafından yıllık beyanname ile beyan edilecek.

Bu arada, mahkeme kararında *"KDV hariç"* şeklinde bir ifadenin yer almaması nedeniyle vekalet ücretine katma değer vergisi dahil kabul edilerek iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle katma değer vergisi tutarının hesaplanması durumunda; vekalet ücreti ödemesi yapacak olan kişi veya kurumun Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesine göre tevkifat yapmak zorunda olanlar arasında bulunması halinde, ödenecek vekalet ücretinden katma değer vergisi tutarını çıkardıktan sonra kalan tutar üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapması gerekmektedir.

---

4 www.gib.gov.tr/Özelgeler/(İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 23.01.2012 tarih ve 255 sayılı özelgesi.)

4. VEKALET ÜCRETİNİN BELGELENDİRİLMESİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun *"Makbuz Mecburiyeti"* başlıklı 236'ncı maddesinde, *"Serbest meslek erbabı, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir."* hükmü yer almıştır. Dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilen vekalet ücretinin serbest meslek erbabı olan avukatlara mahkeme kararı veya icra kanalıyla ödenmesi sırasında gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması ve vekalet ücretini tahsil eden avukatın da ödemeyi yapan adına serbest meslek makbuzu düzenlemesi ve de düzenlenen bu belgede katma değer vergisinin hesaplanıp gösterilmesi gerekmektedir. Ödemeyi yapan kişi veya kuruluşun tevkifat yapmak zorunda olması durumunda, yapılan tevkifatın serbest meslek makbuzunda gösterilmesi zorunludur.

İcra dairelerince, alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücretlerinin belgelendirilmesine ilişkin gerekli açıklamalar 356 ve 375 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde yapılmış bulunmaktadır. İcra dairelerince alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücretinin belgelendirilmesi konusunda Maliye Bakanlığı'nca ilk olarak 356 Seri No.lu Vergi Usul Genel Tebliğinde[5] düzenleme yapılmıştı. Söz konusu Genel Tebliğin *"B-İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına Ödenmesine Karar Verilen Vekalet Ücretinin Belgelendirilmesi"* başlıklı bölümünde, icra dairelerince borçludan alınarak, müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin belgelendirilmesi hususunda tereddüde düşüldüğü belirtilmiş ve Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesinin Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak söz konusu avukatlık ücretlerinin belgelendirilmesinde;

- *İcra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az 2 nüsha serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve makbuzun avukatta kalan nüshasına da icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülerek, ödemeyi yapan memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacağı,*

[5] 23.02.2006 tarih ve 26089 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

- *Ayrıca, bu şekilde yetkili memura imzalattırılmadığı tespit edilen her bir serbest meslek makbuzu için ayrı ayrı Vergi Usul Kanunu'nun 352-II/7'nci maddesine göre söz konusu avukat adına usulsüzlük cezası kesileceği açıklanmıştı.*

2006 yılının şubat ayında yapılan bu düzenleme ile gelir vergisi stopajı açısından vergi kaybının önüne geçilmesi ve icra dairelerince ödenen vekalet ücretlerinden tevkifat yapılması amaçlanmıştı. Vekalet ücretini alan avukatların da serbest meslek makbuzu düzenlemeleri sağlanmış ve aksi durumda usulsüzlük cezası yaptırımı getirilmişti.

4.1. 356 Seri No.lu Vergi Usul Genel Tebliğinin (B) Bölümünün İptali İçin Danıştay'da Açılan Davalar

Maliye Bakanlığı tarafından 356 Seri No.lu Vergi Usul Genel Tebliğinin (B) bölümünde yapılan düzenlemeye karşı Tekirdağ Barosu Başkanlığı tarafından Danıştay'da iptal davası açılmış ve Danıştay 4. Dairesi tarafından verilen 20.06.2006 tarihli ve Esas No: 2006/2026 sayılı Karar ile söz konusu Genel Tebliğin konuya ilişkin (B) maddesinin yürütmesi durdurulmuştu. Daha sonra, Maliye Bakanlığı'nca Danıştay 4'üncü Dairesi'nin yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararına karşı Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'na itiraz edilmesi üzerine verilen 16.08.2006 tarih ve İtiraz No: 2006/14 sayılı karar ile itiraz kabul edilerek, yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına karar verilmişti. Böylece, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 16.8.2006 tarihli Kararı ile itiraz kabul edilerek, yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştı. İtirazı kabul eden Vergi Dava Daireleri Kurulu kararının gerekçesinde, esasa ve konuya ilişkin bir tartışmaya girilmemiş, sadece yürütmeyi durdurma kararının verilebilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinde aranan koşulların davada oluşmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu karardan sonra 356 Seri No.lu Genel Tebliğ ile yapılan düzenleme uygulanmaya devam etmiştir.

Daha sonra Bursa Barosu tarafından 356 Seri No.lu VUK Genel Tebliğinin (B) bölümünde yer alan düzenlemenin; VUK'un 236'ncı maddesine aykırı olduğu, avukatın müşterisi olmayan karşı taraftan yargı kararıyla hükmedilen vekalet ücretinin tahsili sırasında serbest meslek makbuzu düzenlenmeyeceği, düzenlenen belgenin de icra dairesi memuru onayı-

na tabi tutulmasının yasal olmadığı, VUK'un **mükerrer 257'nci maddesi ile yürütme organına yasama organının yerine geçme yetkisinin verilmediği, düzenlemenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir. Maliye Bakanlığı tarafından açılan bu iptal davasına karşı yapılan savunmada ise özet olarak; 356 Seri No.lu VUK Genel Tebliği ile serbest meslek faaliyeti olan avukatlık faaliyeti dolayısıyla elde edilen gelirin serbest meslek kazancı olması nedeniyle, icra dairesince borçludan tahsil edilen ve karşı taraf avukatına ödenen** vekalet ücretinin belgelendirilmesinin amaçlandığı, düzenlemenin yasal dayanağı olan VUK'un **mükerrer 257'nci maddesine uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği belirtilmiştir.**

Danıştay 4. Dairesince verilen 20.12.2006 tarihinde verilen kararda[6], VUK'un yetki başlıklı 257'nci maddesinde Maliye Bakanlığına verilen yetkiler belirtildikten sonra, maddede verilen yetkinin sınırlı olduğu ve yasada düzenlenmiş bir konuda idari düzenleyici bir işlemle yasadaki düzenlemeye ters düşen farklı bir uygulamanın getirilemeyeceği, bunun verginin kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmadığı açıklandıktan sonra özetle, "*…Açıklanan nedenlerle, davanın kısmen kabulüne 356 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin B-*İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına Ödenmesine Karar Verilen *Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi bölümünün, makbuzun avukatta kalan nüshasına da icra dairesine ödemenin yapılmış olduğuna dair şerh düşülerek ödemeyi yapan memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacağı, belirtilen şekilde memura imzalattırılmadığı tespit edilen her bir serbest meslek makbuzu için ayrı ayrı Vergi Usul Kanunu'nun 352-II/7 maddesine göre söz konusu avukat adına usulsüzlük cezası kesileceğine ilişkin kısmının iptaline; icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenleneceği kısmına ilişkin davanın reddine…20.12.2006 gününde oybirliği ile karar verildi"* şeklinde hüküm verilmiştir.

Danıştay tarafından verilen bu karar ile 356 Seri No.lu Tebliğde yer alan düzenlemenin sadece, "*Makbuzun avukatta kalan nüshasına icra dairesine ödemenin yapılmış olduğuna dair şerh düşülerek ödemeyi yapan*

6 Danıştay 4. Dairesinin 20.12.2006 tarih ve Esas No: 2006/2237, Karar No: 2006/3102 sayılı Kararı.

memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacağı, belirtilen şekilde memura imzalattırılmadığı tespit edilen her bir serbest meslek makbuzu için ayrı ayrı Vergi Usul Kanunu'nun 352-II/7'nci maddesine göre söz konusu avukat adına usulsüzlük cezası kesileceğine" ilişkin kısmının iptaline karar verilmiş; ancak icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenleneceği kısmına ilişkin davanın reddine karar vermiştir.[7]

4.2. Yargı Kararları Sonrasında Maliye Bakanlığı Tarafından 375 Seri No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Yapılan Düzenleme

356 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde, icra dairelerince borçludan alınarak, müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin belgelendirilmesine ilişkin olarak verilen yargı kararları dikkate alınarak alınarak, söz konusu belgelendirme işleminin ne şekilde yapılacağına ilişkin Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan 375 Seri No.lu Vergi Usul Genel Tebliği'nde[8] gerekli açıklamalar yapılmış bulunmaktadır.

Söz konusu Genel Tebliğin *"İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına Ödenmesine Karar Verilen Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi"* başlıklı 2'nci Bölümünde yapılan açıklamalara göre; *icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek olup, bir nüshası ödemeyi yapan memura verilecek; makbuzun avukatta kalan nüshasına ise icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülmesi ve ödemeyi yapan memur tarafından imzalanması şartı aranmayacaktır.* Görüldüğü üzere konu hakkında Danıştay tarafından verilen karara paralel olarak, vergi idaresince yapılan düzenlemeye göre;

- *İcra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan*

---

7 İmdat TÜRKAY, *"İcra Dairelerince Karşı Taraf Avukatına Ödenen Vekalet Ücretinin Belgelendirilmesi Konusunda Danıştay Kararı ve Vergi İdaresinin Düzenlemesi"*, Mali Pusula, Ekim 2007, S.34

8 11.09.2007 tarih ve 26640 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek ve bir nüshası ödemeyi yapan memura verilecektir.

- *Ancak, eski düzenlemede olduğu gibi makbuzun avukatta kalan nüshasına icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülmesi ve ödemeyi yapan memur tarafından imzalanması şartı aranmayacaktır.*

Sonuç olarak icra dosyasından tahsil edilerek avukata ödenen vekâlet ücreti ödemeleri için, alacaklı avukat tarafından en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek olup, yapılan ödemeler üzerinden, borçlu tarafın GVK'nın 94/1'inci maddesinde sayılanlardan olması halinde, katma değer vergisi hariç tutar esas alınmak suretiyle sözü edilen maddenin 2/b maddesine göre % 20 oranında tevkifat yapılması gerekmektedir. Bu konuda Vergi İdaresi de vermiş olduğu bir görüşünde; icra dairelerince ödenen vekâlet ücretinden gelir vergisi tevkifatının, borçlu tarafından icra dairesine ödeme esnasında yapılması gerektiği ve avukat tarafından icra dairesinden vekalet ücreti tahsil edilirken serbest meslek makbuzunun da borçlu tarafından kesinti yapılıp yapılmadığı bilgisine göre düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.[9]

5. VEKALET ÜCRETİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ UYGULAMASI

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesine göre serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisine tabi bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 20/1'inci maddesinde "*Teslim ve hizmet işlemlerinde matrahın, bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedel olduğu*", 27/5'inci maddesinde ise, serbest meslek faaliyetleri için ilgili meslek teşekküllerince tespit edilmiş bir tarife varsa, hizmetin bedelinin, bu tarifede gösterilen ücretten düşük olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Konuya ilişkin olarak 15 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin[10] "*Avukatlık Ücretleri*" başlıklı

---

9 www.gib.gov.tr/Özelgeler/(İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 19.08.2011 tarih ve GVK 94-1349 sayılı özelgesi.)

10 21.07.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

"*J*" bölümünde; "*Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi katma değer vergisinin konusuna girmemektedir. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzda alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir.*" açıklamasına yer verilmiştir.

Bu itibarla, avukatlara yapılan vekalet ücreti ödemeleri serbest meslek faaliyeti kapsamında katma değer vergisine tabi olup, düzenlenecek serbest meslek makbuzunda, mahkemece hükmolunan veya avukatlık asgari ücret tarifesinde belirtilen vekalet ücreti üzerinden ayrıca katma değer vergisi hesaplanması gerekmektedir. Ancak, mahkeme kararında "*KDV hariç*" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde vekalet ücretine katma değer vergisi dahil kabul edilecek ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle tespit edilen katma değer vergisi düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilecektir.[11]Buna göre, avukatların dava sonunda karşı taraftan tahsil ettikleri de dahil olmak üzere elde ettikleri bütün gelirler gelir serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmekte ve katma değer vergisine tabi bulunmaktadır. Öte yandan, mahkeme kararı gereğince veya icra kanalı ile avukata ödenen vekalet ücretini tahsil eden avukatın, Vergi Usul Kanununun 236'ncı maddesi hükmü uyarınca ödemeyi yapan adına serbest meslek makbuzu düzenlemesi ve düzenlenen bu belgede ayrıca katma değer vergisini de hesaplayıp göstermesi gerekmektedir.

Öte yandan, GVK'nın 61 ve izleyen maddelerinde düzenlenen "*ücret*" ödemeleri ise katma değer vergisinin konusuna girmemektedir. Avukatın, davayı kazananın ücretlisi olması halinde mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretleri nedeniyle katma değer vergisi hesaplanıp beyan edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ücretli statüsündeki avukata intikal eden bu tutarlar GVK'nın ücretlere ilişkin 61'inci ve izleyen maddelerine göre vergilendirilecektir. Mahkeme kararında, hükmolunan avukatlık ücretlerine katma değer vergisinin dahil olduğu veya katma değer vergisinin ayrıca ödeneceği vb. hükümler bulunması halinde, avukatlık ücreti serbest çalışan avukatlara intikal ediyorsa, yu-

[11] www.gib.gov.tr/Özelgeler (Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının 02.01.2012 tarih ve GİB.4.20.15.01-40-MUK-2011-45-3 sayılı özelgesi.)

karıda açıklandığı şekilde katma değer vergisi dahil toplam bedel üzerinden iç yüzde yoluyla katma değer vergisi hesaplanıp bizzat avukat tarafından mükellef sıfatıyla beyan edilecektir.

6. VEKALET ÜCRETİNİN İŞVEREN TARAFINDAN ÜCRETLİSİ DURUMUNDA OLAN AVUKATA ÖDENMESİ

GVK'nın 61'inci maddesine göre ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. GVK'nın 62'nci maddesinde ise işverenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. İşverenler tarafından, hizmet erbabına ücret ve ücret kapsamındaki ödemeler üzerinden kanunda belirtilen yasal indirimler yapıldıktan sonra gerçek usulde vergilendirme yapılmaktadır. Aynı Kanunun 65'inci maddesinde ise serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması olarak ifade edilmiştir.

Ücret-serbest meslek kazancı ayırımının önemi, vergilendirme ile ilgili ödevlerin yerine getirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Konu ile ilgili olarak 221 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde[12], serbest meslek faaliyetinin bir hizmet akdi kapsamında bir işverene tabi ve bir işyerine bağlı olarak sürdürülmesi halinde elde edilen gelirin **ücret olarak vergilendirileceği, bu durumdaki bir mükellefin defter tutma, makbuz düzenleme, katma değer vergisi ve geçici vergi yükümlülüklerinin söz konusu olmayacağı belirtilerek; g**elir vergisi beyannamesi verme yükümlülüğünün ise GVK'nın ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin hükümlerine göre yerine getirileceği açıklanmıştır.[13]Örneğin, serbest meslek erbabı olarak faaliyette bulunan Avukatın, bu işinin haricinde bilirkişilik faaliyeti nedeniyle ayrıca ücret geliri elde etmesi halinde; ödevli ücret geliri ve serbest meslek kazancını aynı anda elde etmiş olacaktır. Ödevli, avukatlık faaliyetinden dolayı elde ettiği serbest meslek kazancı için yıllık gelir

12 19.02.1999 tarih ve 23616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
13 İmdat TÜRKAY, a.g.k, S.22-23

vergisi beyannamesi verecek olup, GVK'nın 61/5'inci maddesine göre yapmış olduğu bilirkişilik faaliyetinden dolayı elde ettiği ücret geliri ise ücret hükümlerine göre vergilendirilecektir.

Bu hükümler uyarınca, avukatın işverene tabi ve onun emir ve talimatları dahilinde hizmet yapması ve karşılığında aylık belli bir ücret alması ve hizmetin *"hizmet akdine"* dayanması halinde, yapılan ödemeler bu hali ile ücret niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle, hizmet akdine dayalı olarak yapılan ve ücret niteliği taşıyan söz konusu ödemelerin serbest meslek kazancı olarak değil, ücret olarak vergiye tabi tutulması gerekmektedir.

Davacı avukatının, ücretli olarak davacının yanında çalışıyor olması ve mahkemelerce hükmolunan vekalet ücretinin davayı kazanan müvekkile ödenmesi durumunda, bu ödemelerden gelir vergisi tevkifatı yapılmayacaktır. Bu durumda, davayı kazanan müvekkilin gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olması halinde, karşı taraftan tahsil ettiği ücreti, ticari faaliyeti çerçevesinde elde edilen gelir olarak kayıtlarına alması ve bu konuda Vergi Usul Kanununda öngörülen belgeleri düzenlemesi gerekmektedir. Karşı taraftan alınan bu vekalet ücretinin işveren tarafından ücretlisi durumunda olan avukatına intikal ettirilmesi durumunda, ilgili olduğu ayın ücret matrahına dahil edilerek Gelir Vergisi Kanunu'nun ücret ile ilgili hükümlerine göre vergilendirileceği tabiidir.[14]

Buna göre, icra dairelerinin dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilen vekalet ücreti üzerinden, eğer avukat serbest meslek erbabı ise GVK'nın 94/2'nci maddesi gereğince tevkifat yapmaları, ancak avukat bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışıyorsa herhangi bir stopaj kesintisinde bulunmamaları gerekmektedir. Diğer taraftan kendisine hizmet akdi ile bağlı avukat çalıştıran mükellefler, bu avukatlar vasıtasıyla elde ettikleri vekalet ücretlerini; öncelikle kazançlarının tespitinde bir gelir unsuru olarak dikkate alacaklar, bu vekalet ücretlerini kendilerine hizmet akdi ile bağlı Avukatlara aktarmaları durumunda, bu tutarı ücret gideri olarak dikkate almaları ve bu şekilde aktarılan vekalet ücretini ücret ödemesi olarak gelir vergisi tevkifatına tabi tutmaları gerekmektedir.

---

14 Maliye Bakanlığının 16.04.2003 tarih ve 16442 sayılı özelgesi.

7. İŞVERENE BAĞLI OLARAK ÇALIŞAN AVUKATIN ARIZİ OLARAK KENDİ HESABINA AVUKATLIK HİZMETİ YAPMASI

Gelir Vergisi Kanununun 82'nci maddesinin 4'üncü bendinde arızi serbest meslek kazancının, *"Arızî olarak yapılan serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla tahsil edilen hâsılat"* olduğu hüküm altına alınmıştır. Konuyla ilgili olarak yayımlanan 356 ve 375 sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde; icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve bir nüshasının ödemeyi yapan memura verileceği açıklamalarına yer verilmiştir. Diğer taraftan, 221 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin *"Serbest Meslek Faaliyeti"* başlıklı bölümünün 9'uncu fıkrasında; *"Aynı şekilde, serbest meslek faaliyetinin arızi olarak yapılması halinde de, mükellefin katma değer vergisi ve geçici vergi yükümlülüğü bulunmadığı gibi defter tutma ve makbuz düzenleme zorunluluğu da söz konusu değildir..."* düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hüküm ve açıklamalara göre, ücretli olarak çalışılan avukatın, işverenden bağımsız olarak kendi nam ve sorumluluk altında bir avukatlık hizmeti vermesi karşılığında elde edilen kazanç arızi serbest meslek kazancı olarak değerlendirileceğinden, mahkeme kararına istinaden ödenecek vekalet ücreti karşılığında serbest meslek makbuzu düzenleme zorunluluğu bulunmamakta olup, söz konusu vekalet ücretinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesine göre %20 oranında tevkifat yapılması gerekmektedir. Ancak, kendi nam ve sorumluluk altında verilen avukatlık hizmetini devamlılık arz edecek şekilde yapılması, başka bir ifadeyle aynı yılda veya birbirini izleyen yıllarda birden fazla yapılması halinde, bu faaliyet serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilecek olup, bu faaliyet sonucu elde edilecek vekâlet ücreti karşılığında serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekmektedir.[15]

---

[15] www.gib.gov.tr/Özelgeler (İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 29.09.2011 tarih ve 1678 sayılı özelgesi.)

8. SONUÇ

Dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücretinin serbest meslek erbabı olan avukatlara ödenmesi halinde, vekalet ücretinin serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmesi ve ödeme üzerinden Gelir Vergisi Kanunu uyarınca %20 nispetinde gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması, ancak avukat bir hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışıyorsa herhangi bir stopaj kesintisinin yapılmaması gerekmektedir. Vekalet ücreti üzerinden gerekli gelir vergisi tevkifatının ödemeyi yapan tarafından yapılması, parayı tahsil eden avukatın da ödemeyi yapan adına serbest meslek makbuzu düzenlemesi gerekmektedir. Ayrıca, serbest meslek faaliyeti kapsamında tahsil edilen avukatlık ücreti katma değer vergisine de tabi olduğundan KDV'nin de hesaplanıp beyan edilmesi gerekmektedir. Ancak, davayı kazanan tarafın avukatının, kazanan tarafın yanında ücretli olarak çalışıyor olması durumunda, karşı taraftan alınan vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olmaması ve ücretli statüsündeki avukata intikal eden bu tutarların ücret ödemesi olarak vergilendirilmesi gerekir. Maliye Bakanlığınca 375 Seri No.lu VUK Genel Tebliği ile yapılan düzenlemeye göre, icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek ve bir nüshası ödemeyi yapan memura verilecektir.

KAYNAKLAR

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu

Gelir Vergisi Kanununa İlişkin Genel Tebliğler

http://www.gib.gov.tr/Özelgeler

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu

SEVİĞ Veysi, Avukatların Asgari Ücret Tarifesine KDV'nin Dahil Olduğu, Yaklaşım Dergisi, Sayı:135, Mart 2004

TÜRKAY İmdat, Serbest Meslek Kazancının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs/2012 Ankara

İmdat TÜRKAY, "*İcra Dairelerince Karşı Taraf Avukatına Ödenen Vekalet Ücretinin Belgelendirilmesi Konusunda Danıştay Kararı ve Vergi İdaresinin Düzenlemesi*", Mali Pusula, Ekim 2007, S.34

TÜRKAY İmdat, Serbest Meslek Kazancının Vergilendirilmesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mayıs 2007, S: 12

TÜRKAY İmdat, "*Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi*", Yaklaşım, Mart/2012

213 sayılı Vergi Usul Kanunu

KADIN VE AİLE BİREYLERİNE YÖNELİK ŞİDDETE KARŞI 6284 SAYILI KANUNUN GETİRDİKLERİ

CHANGES BROUHT BY THE LAW (LAW NO: 6284) IN RELATION TO FIGHT VIOLENCE AGAINST WOMEN AND FAMILY MEMBERS

Hüsamettin UĞUR*

Özet: Anayasa ve uluslararası sözleşmelere göre insanların yaşam hakkı ile ruh ve vücut bütünlüğünün sağlanması, aile hayatının korunması, kadın ve erkek eşitliğinin temin edilmesi, devletin pozitif yükümlülük olarak temel amaç ve görevidir. Bu açıdan can güvenliği bulunmadığını, şiddet gördüğünü belirten kişiye devlet "bu aile meselesidir" diyerek kayıtsız kalamayacağından, şiddetle mücadele edilmesi gerektiği tartışmasızdır. 6284 sayılı Kanun ile kadın ve aile bireylerine karşı şiddetle mücadele kurumsallaştırılmış, koruyucu ve önleyici tedbirler genişletilmiş, delil ve belge aranmadan derhal gerekli önlemlerin alınmasına imkân sağlanmış, şiddet failinin tedbir kararına aykırı davranması halinde yıllarca süren ceza yargılaması yerine derhal uygulanabilecek zorlama hapsi getirilmiş, kurumlararası koordinasyon ve eğitim öngörülmüştür. Ancak konunun hassasiyeti Kanun'un hatasız uygulanmasını gerektirmektedir. Kanun'un isabetsizce uygulanması, "şiddetle" sarsılan aile birliği için artçı şok etkisi yapabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Şiddet, Şiddet Uygulayan, Şiddet Mağduru, Şiddetin Önlenmesi, Koruyucu ve Önleyici Tedbirler, Destek Hizmetleri, Zorlama Hapsi.

Abstract: According to the Constitution and international conventions, the right to life, protection of physical and physiological integrity of people, protection of family life, ensuring gender equality are the main objectives and tasks of a state as a positive obligation. Thanks to the Law (Law No: 6284), fight violence

* Yargıtay 11. CD. Üyesi (7-8 Haziran 2012 tarihlerinde İstanbul'da yapılan ve bizim de katılarak *"Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Ceza Hukuku Araçlarıyla Korunması"* konulu tebliğ sunduğumuz *"İnsan Hakları Standartlarının Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu"*nda, Cumhuriyet savcıları ile Aile Mahkemesi Hâkimlerinin 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin tereddütlerini belirtmeleri, özellikle de zorlama hapsinin itiraza tabi olup olmadığı, dolayısıyla hangi aşamada infaz edileceğinin kendileri açısından en belirsiz husus olduğunu dile getirmeleri üzerine uygulayıcılara yönelik olarak bu makale yazılmıştır.)

against women and family members have been institutionalized and protective and preventive measures have been enlarged, it has become possible to take immediate measures without existence of evidence and document, custodial punishment necessary to be executed without delay has been introduced in place of long-lasting criminal proceedings launched upon violators' failure to respect the measure decided, and coordination between institutions involved and training have been foreseen. However, due to the sensitivity of the issue, the law is required to be implemented without any mistake.

Key words: Violation, violence perpetrators, violence victim, prevention of violence, protective and preventive measures, support services, custodial sentence

Giriş

Aile, toplumu oluşturan en küçük sosyal gruptur. En küçük (çekirdek) aile ise karı-koca ve varsa evlenmemiş çocuklardan oluşur.[1] Anayasamıza göre *"Aile, Türk toplumunun temelidir"* (m. 41). Sağlam bir toplumsal yapı için ne yapılsa azdır.

İnsanların temel hak ve hürriyetlerinin sağlanması, aile hayatının korunması, kadın ve erkek eşitliğinin temin edilmesi anayasal birer hüküm olarak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılarak[2] garanti altına alındığı gibi, ülkemizin imzalayıp onayladığı Uluslararası Sözleşmeler de insanların yaşama hakkını, güvenliğini, aile hayatının korunmasını, kadın-erkek ayrımcılığı yapılmamasını öngörür ve bunların temin edilmesini taraf devletlere pozitif yükümlülük olarak

---

1 21. Yüzyılın Eşiğinde Örf v Adetlerimiz (Türk Töresi), T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 1977 Ankara, s. 1, 3

2 *"Devletin temel amaç ve görevleri, …kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* **(Anayasa m. 5)** Kanun önünde eşitliğin düzenlendiği 10. maddede **ise** kadın erkek eşitliği vurgulandıktan sonra devlet, hukuken kabul edilen bu eşitliği fiilen sağlamakla yükümlü tutulmuştur: *"(Ek fıkra: 07/05/2004 -5170 S.K./1.mad) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(Ek cümle: 07/05/2010-5982 S.K./1. md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."* **(Anayasa m. 10/2)**

yükler.[3] Buna göre devletler bu hakları ihlal edemeyeceği (negatif yükümlülük) gibi bu hakların başkalarınca ihlal edilmemesi için gerekli tedbirleri almakla da (pozitif yükümlülük) görevlidirler. Bu açıdan tabiidir ki hayatının tehlikede olduğunu söyleyen veya temel özgürlükleri kısıtlanan kişiye devlet (görevlileri), "*bu aile meselesidir*" diyerek kayıtsız kalamaz, kalmamalıdır. Zaten 6284 sayılı Kanun'da şiddet olarak tanımlanan hemen her türlü eylem Türk Ceza Kanunu'nda [yaralama (m. 86-89), işkence ve eziyet (m. 94, 96), cinsel saldırı, cinsel istismar ve taciz (m. 102, 103, 105), ayırımcılık yapmak (m. 122), fuhuş ve dilencilik yaptırmak (m. 227, 229) kötü muamele (m. 232), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâli (m. 233) çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234)] suç olarak da düzenlenmiştir.

6284 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un konusu, aile içi şiddetin önlenmesi yoluyla ailenin korunmasıydı.[4] Kanun, "*aile içi şiddeti*" cezalandırıyordu ancak "*aile içi şiddet*"in tanımı yapılmamıştı. Kanun'un 2. maddesindeki suçun oluşması için, 1. maddede belirtilen şekilde eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin "*aile içi şiddete*" maruz kalması üzerine aile mahkemesi hâkiminin belli süreyle maddede sayılan tedbirlere hükmetmesinden sonra belirlenen sürede koruma kararına aykırı davranılmış olması gerekiyordu.

Kanun'un ilk halinde suçun faili "*kusurlu eş*"[5], suçun mağdurları da "*diğer eş veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri*" iken, 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu suçun faili "*kusurlu eş veya diğer aile bireyleri*", suçun mağdurları ise "*eşlerden biri veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya*

---

3 "*İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi*" (İHAS) m. 2, 5, 8. "*Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*" (CEDAW) m. 1, 16, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi (İstanbul) Sözleşmesi" m. 1, 4, 5 v.d.

4 Akın, Ali, "*Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış*" Adalet Dergisi, sayı 30, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20içerik/Ali%20Akın.htm E.T.: 1.5.2009)

5 "*4320 sayılı Ailenin Korunmasına dair Kanunda öngörülen yaptırım kusurlu eşe yönelik olduğu cihetle, sanık A. B.'ın anne ve babasına yönelik eyleminin TCK'nun 456/4 ve 457/2.maddeleri kapsamında değerlendirilmesi ve ...ana babaya karşı müessir fiil suçundan ayrı bir iddianame ile dava açılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 4320 sayılı kanuna aykırılıktan hüküm tesisi,*" (7. CD. 09.10.2002, 2002-14709 E., 2002-13457 K.)

mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri" şeklinde değiştirilmiş, böylece suçun fail ve mağdurunun kapsamı genişletilmişti.

4320 sayılı Kanun'un, resmen evli olmayan (dini nikâhla veya nikâhsız bir arada yaşayan) birey veya aileleri kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışıldığı gibi Yargıtay kararlarına da konu olmuştur.[6]

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Kararı

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, *"aynı çatı altında müşterek çocuk ve mağdurun babası ile sürekli birlikte yaşayan nikâhsız eş hakkında da bu kanun kapsamında koruma kararı verilip verilemeyeceği"* hususunu bir kararında ön mesele olarak ele alıp tartışmıştır. Özel Daire Kararında, Anayasası'nın 90/5. maddesine göre iç hukukumuzun uyulması zorunlu bir parçası olan uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını hatırlatılıp, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ve 4320 sayılı Kanun'da *"aile"* ve *"aile fertlerinin"* açıklayıcı bir tanımının bulunmadığı tespit edildikten sonra bu konudaki Anayasa kuralları ve milletlerarası andlaşma hükümleri ile AİHM kararları referans kabul edilerek, nikâhsız olarak mağdure ile evlenip aynı çatı altında bir çocukları ile birlikte yaşadıkları, hukuken evli görünmeseler de fiilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir hayat yaşadıklarından, İHAS'nin 8. maddesi ve AİHM'nin yerleşmiş kararlarına göre taraflar arasında korunmaya değer bir aile hayatı olduğuna karar vermiştir.

7. Ceza Dairesi, kararının gerekçesinde, *"Aile hayatı"* kavramının AİHM'nin bir çok kararında tanımlanıp unsurlarının gösterildiği, ayrıca, ülkemizin *"Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme"*yi de (CEDAW) imzalayıp onayladığı, anılan sözleşmenin 1. maddesine göre *"Kadınlara karşı ayrım deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları*

---

6 Gbi. Bkz.: Uğur, Hüsamettin; Uluslararası Sözleşmeler ve AİHM Kararları Işığında Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Gayrıresmi Evlilikler Hakkında Yargıtay Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 34, Haziran 2009

ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayrım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına geleceğini", 16. maddede ise *"Taraf Devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklarının"* düzenlendiği, bu durum karşısında, 4320 sayılı Kanun'un yalnızca nikâh bağına dayalı aileleri koruduğunun kabulünün, anılan sözleşmeye de aykırılık oluşturacağını vurgulamıştır.[7]

AİHM (OPUZ/Türkiye) Kararı

Nisan 1995 tarihinde başlayıp Mart 2002'ye kadar devam eden ve başvuranın annesinin öldürülmesiyle sonuçlanan olaylar zincirinin ele alındığı davada AİHM, AİHS'nin 2. maddesindeki *"Yaşama Hakkı"*nın, 3. maddesindeki *"İşkence Yasağı"*nın ve 14. maddesindeki *"Ayrımcılık Yasağı"*nın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[8]

Kararda, kovuşturma makamlarının bazı uygulamalarının *"esefle karşılandığı ve şaşkınlık içinde kalındığı"* belirtilerek, öfke, kınama ve şaşkınlık içeren subjektif duygu ve düşüncelerin karıştırılması uluslararası bir mahkemenin ciddiyeti ve tarafsızlığına gölge düşürse de bu durum ülke olarak böyle bir karara muhatap olmanın ayıbından bizi kurtarmamaktadır. Kararda, konumuz açısından şu önemli tespitlere de yer verilmiştir:

"…savcı ya da sulh ceza hâkimi, kendi inisiyatifiyle 4320 no.'lu Kanun'un 1. ve 2. Bölümleri'nde yer alan koruyucu tedbirlerden bir

---

7 **Yargıtay 7. CD., 7.4.2009, 2006/3351 E., 2009/4849 K.** Bu karar Terazi Dergisinin Haziran 2009 sayısında yargı kararları bölümünde (sehven 4. Ceza Dairesi kararı şeklinde gösterilerek ve bir sonraki sayıda da açıklayıcı düzeltme yapılarak) yayınlanmıştır. Özel Dairenin bu Kararı, itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na taşınmış ise de Genel Kurul, 4320 sayılı Kanun uyarınca verilmiş bulunan tedbir kararının içeriğinin ceza davası sırasında denetlenip denetlenemeyeceği*" konusunu ön sorun olarak görüşerek; ceza mahkemesinin, yapılan yargılama sırasında kesinleşmiş tedbir kararının içeriğini denetleme olanağı bulunmadığını, aile mahkemesince verilip kesinleşen tedbir kararının ihlal edildiğinin sabit olduğu somut olayda, 4320 sayılı Yasanın 2. maddesindeki suçun unsurlarının oluştuğundan, ayrıca 4320 sayılı Yasanın "resmi olmayan birliktelikleri de"* koruyup korumadığı yönündeki tartışmaya girmeye gerek görülmediği sonucuna vararak, itirazın değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Daire Kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ve dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine –oyçokluğuyla-karar vermiştir. **(CGK., 08.12.2009, 2009/7-131 E., 2009/284 K.)**

8 OPUZ – TÜRKİYE Kararı (3. Daire, 9 Haziran 2009, Başvuru no. 33401/02)

ya da birkaçının alınması talimatını verebilirdi. …uygulanan şiddetin seviyesi göz önüne alındığında, Cumhuriyet savcılığı başvuranın 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasını özel olarak talep etmesini beklemeden, kendi inisiyatifiyle söz konusu kanunun içerdiği tedbirleri uygulamalıydı.

"…AİHM, bu davadaki cezai soruşturmanın, o tarihte yürürlükte olan iç hukuk hükümleri kapsamında (eski Türk Ceza Kanunu'nun 456/4, 457. ve 460. maddeleri), kovuşturmanın başvuranın ve annesinin şikâyetlerini takip etmelerine bağlı olmasını ve sözkonusu hükümlerin 10 gün ya da fazla bir süre için rahatsızlık ya da iş göremezlik durumuyla sonuçlanmayan durumlarda kovuşturma makamlarının cezai soruşturmaya devam etmelerine izin vermemesini esefle karşılar. Yukarıda anılan hükümlerin ve genel itibarıyla yerel makamların, H.O.'ya yönelik cezai işlemlere devam etmemesinin, başvuranın annesini, yaşamının ve güvenliğinin korunmasından mahrum bıraktığını gözlemler. Diğer bir ifadeyle, o tarihte yürürlükte olan mevzuat, ve özellikle de en az on gün iş göremezliğe ilişkin şart nedeniyle, devlet her türlü aile içi şiddeti cezalandıran ve mağdurlara yeterli güvence sağlayan bir sistem geliştirmek ve bu sistemi etkin bir biçimde uygulamak şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. …devletin yaşamı tehlikede olan bir bireyi korumaya yönelik önleyici tedbirler almasına ilişkin pozitif yükümlülüğü ışığında, sicilinde şiddet eylemleri olan bir şüpheliyle karşı karşıya olan yerel makamların, başvuranın annesini korumak amacıyla durumun ciddiyetiyle bağdaşan özel tedbirler almaları beklenebilirdi. …Ancak bunun aksine, başvuranın annesinin sürekli korunma taleplerine karşın, polis ve sulh ceza mahkemesi, H.O.'nun yalnızca ifadesini almış ve kendisini serbest bırakmıştır. Yetkililerin, ifade almak dışında, yaklaşık iki hafta boyunca pasif kaldığı süre zarfında, H.O. başvuranın annesini öldürmüştür. …Dolayısıyla, AİHS'nin 2. maddesi kapsamında, başvuranın annesinin yaşama hakkını korumaya dair pozitif yükümlülüklerini yerine getirememişlerdir. …Ayrıca, AİHM, bu davada uygulandığı üzere, ceza hukuku sisteminin, H.O.'nun işlediği kanunsuz eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesini sağlayacak yeterli caydırıcı etkiyi haiz olmadığı kanısına varmıştır. …Sulh Ceza Mahkemesi›nin, başvuranı yedi yerinden bıçaklamasına karşılık olarak H.O.›yu, taksitlere bölünebilen, cüz'i bir para cezasına çarptırması karşısında şaşkınlık içinde kalmıştır. … bu davadaki yargı kararlarının, etkililikten yoksunluk ve belirli bir hoşgörü ortaya koyduğunu ve H.O.'nun yaptıkları üzerinde gözle görülebilir hiçbir önleyici veya caydırıcı etkisinin olmadığı… 4320 sayılı Kanun'un yürürlüğe

girdiği 14 Ocak 1998 tarihine kadar Türk hukukunun, savunmasız kişileri aile içi şiddete karşı korumayı amaçlayan idari ve güvenliği sağlayıcı tedbirler almamış olduğunu… Bu tarihten sonra dahi, ulusal makamların başvuranı eşine karşı koruyabilmek amacıyla sözkonusu kanunun sağladığı tedbirlere ve yaptırımlara başvurmadıkları …başvuranın fiziksel bütünlüğünün eşi tarafından ciddi biçimde ihlal edilmesine rağmen devlet yetkililerince caydırıcı koruma önlemlerinin alınmamış olması sebebiyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği, AİHM, yukarıda kaydedilenler ışığında, başvuranın itiraz edilemeyecek istatistik bilgilere dayanarak aile içi şiddetin esas olarak kadınları etkilediğine ve Türkiye'deki genel ve ayrımcı adli pasifliğin, aile içi şiddeti teşvik eden bir atmosfer yarattığına ilişkin prima facie bir göstergenin mevcudiyetini ispat edebildiği… (bu) pasifliğin, kasıtlı olmasa dahi, esas olarak kadınları etkilediğine ilişkin yukarıda kaydedilen tespitini göz önüne alan AİHM, başvuran ve annesinin çektikleri sıkıntının kadınlara karşı ayrımcılık türlerinden biri olan cinsiyete dayalı şiddet olarak kabul edilebileceği…"[9]

AİHM bu kararla, aile içi şiddet konusunda, gerekli tedbirleri almamak ve kadın mağduru koruyamamaktan dolayı ilk kez bir devleti (Türkiye'yi) tazminata mahkum etmiştir.[10]

6284 Sayılı Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi

4320 sayılı Kanun'un uygulamaya cevap vermediği düşünülerek, kadınlara yönelik şiddet eylemleri konusunda Türk yargısının AİHM tarafından "*esefle ve şaşkınlıkla*" karşılanan kötü uygulamalarının teşhir ve tescil edilmesiyle, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 8 Mart 2012 tarihinde (Dünya Kadınlar Gününde) TBMM'nde kabul edilerek, 20 Mart 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[11]

---

9 UYAP İçtihat Sorgu sayfasından alınmıştır. Parağraf: 145, 148, 153, 169, 170, 171, 176, 198, 200.

10 Moroğlu, Nazan, "*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi*", http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf E.T.:9.7.2012

11 Bir Milletvekili 8 Mart'ın güzel bir gün olmadığını şu şekilde açıklamıştır: "*8 Mart, 1857 yılında New York'ta bir tekstil fabrikasında çalışma koşullarının kötü olması nedeniyle grev yapan işçilerle ilgili bir gündür ve o işçiler, polis müdahalesi sırasında fabrikaya kilitlendiklerinden daha sonra çıkan yangında kendilerini kurtaramamış ve ölmüşlerdir. 129 tane ölen kadın adına, 1857 yılında olan bu olay, ta ki 1977'lerde dünyada kadınların, emekçi kadınların günü diye tespit edilmiştir. Dolayısıyla 8 Mart güzel bir gün değildir ama ben o zihniyeti çok da kınamıyorum çünkü maden ocağında ölenlere "Güzel öldüler." demekten çok farklı bir şey değildir.*" (TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem,

6284 sayılı Kanun'un görüşüldüğü TBMM'nde bir bayan milletvekilinin ifade ettiği gibi şiddet bir sağlık sorunu, halk sağlığı sorunudur. Aslında yaşananları anlatmada bu ifade yetersiz bile kalmaktadır. Bu bir cinnet halidir, sosyal hayatta cinnet yaşıyoruz. Sorun çok boyutlu ve karmaşık olduğundan, çözüm enstrümanlarının da çeşitli olması gerekir. Patalojik, psikolojik, sosyo-ekonomik ve daha birçok disiplin açısından maraz teşkil eden bir sorunun sadece yargısal yollarla, ceza hukuku araçlarıyla çözülmesi beklenemez, beklenmemelidir.[12]

Kanun'un 2. maddesinde *"Kanunun uygulanması ve uyulmasında esas alınacak temel ilkeler"* belirtilirken Anayasa ile yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin yanında *"Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"* (İstanbul Sözleşmesi)nin[13] de referans gösterilmesi (kanun gerekçelerinde ilgili uluslararası sözleşmelere atıfta bulunulması alışıldık bir durum olsa

---

2. Yasama Yılı, 75. Birleşim, s. 15 www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21142&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=74)

12 6284 sayılı Kanuna ilişkin Adalet komisyonu Raporu'nda da *"En temel insan hakkı olan yaşama hakkının korunması konusunda Devletin yükümlülükleri, sadece yasama faaliyeti ile kalmamalı, aynı zamanda bu yönde toplumsal bilincin uyandırılması ve geliştirilmesi amacıyla gereken her türlü koruyucu ve giderici tedbirin alınmasının gerektiği"* belirtilmiş, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanı da *"…bunu hazırlayan ve buna emek çekmiş bir Bakan olarak biliyorum ki uygulamada bunu hızlı bir şekilde çözmemiz çok kolay değil. Bu, topyekûn bir seferberlik istiyor, iyi bir zihinsel dönüşüm istiyor. … zihinlerimizi bu şekilde aydınlatmadığımız sürece, dünyanın en iyi, hakikaten en kapasiteli bir yasasını da çıkarmış olsak, … buna mutlaka toplumun inanması, bilincinin yükselmesi, farkındalığının artırılması gerektiğini"* vurgulamıştır. Öğretide de *"Ülkemizde çeşitli kesimlerin karşı karşıya kaldığı sosyal, kültürel, iktisadi sorunların ve eğitim seviyesinin düşüklüğünün aile içi şiddetin önemli sebeplerini teşkil ettiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, söz konusu sorunlar ortadan kaldırılmadığı sürece, tek başına kanuni düzenlemelerin, aile içi şiddet sorununun tam olarak çözülmesinde yeterli olamayacağı"* gerçeğine dikkat çekilmiştir. (Bayraktar, Köksal; Eroğlu, Fulya; *"Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İncəleme"*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Cilt VIII, Sayı: 2 (2011), Cilt IX, Sayı: 1 (2012), s. 111

13 *"Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi", 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalandığı için "İstanbul Sözleşmesi"* olarak da anılır. (Bu çalışmada sözleşme olarak anılacaktır) Türkiye, Sözleşmeyi ilk olarak imzalayan 20 ülkeden biri olup, TBMM tarafından 24.11.2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Kararı ile onaylanmıştır (8 Mart 2012 tarih ve 28227 sayılı Mükerrer Resmi Gazete). Şimdiye kadar onaylayan tek ülke Türkiye olup, sözleşmenin yürürlüğe girmesi için en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on devlet tarafından imzalanmasından sonraki üç aylık sürenin sonunu izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir (Sözleşme m. 75).

da doğrudan bir kanun metninde yer verilmesi) belki de bir ilktir. Zaten karşılaştırıldığında Sözleşme hükümlerinin büyük ölçüde 6284 sayılı Kanun'a yansıtıldığı görülecektir.

4320 sayılı Kanun'a göre aile bireylerinden birinin *"aile içi şiddete"* maruz kalması gerekiyordu ancak yasada şiddet tanımlanmamıştı. Uygulamaya da daha çok fiziksel şiddet yansıyordu. Aile içi şiddetin kristalize olduğu tipik olay, daha çok erkekten kadına yönelen fiziksel şiddet veya *"dayak"*[14] olsa da şiddetin bir çok çeşidi vardır. 6284 sayılı Kanun'da *"Kişiye, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar veren, fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış"* şiddet olarak tanımlanmıştır. Ayrıca şiddet eyleminin fail ve mağdurları ile bunlar hakkında verilecek önleyici tedbirler genişletilmiş, önceki yasada yer verilmeyen ve mülki amir ile hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbirler öngörülmüş, delil ve belge aranmadan derhal gerekli önlemlerin alınmasına imkân sağlanmış, yıllarca süren ceza yargılaması yerine derhal uygulanabilecek zorlama hapsi getirilmiştir.

Kanunun en belirgin özelliği şiddetle mücadeleyi kurumsal hale getirmesidir. Şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin olarak uygulanmasının izlenmesi bakımından çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esasına göre yürüten, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenecek olan,[15] şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulması öngörülerek (m. 14), şiddetten korunan kişiler kadar şiddet uygulayan kişilere de destek hizmetleri sunmakla görevlendirilmiş (m. 15/3), kurumlararası koordinasyon ve eğitim öngörülmüştür (m. 16).

Getirilen mali hükümlerle de (m 17-20) korunan kişilere koruyucu tedbirler kapsamında mülki amir tarafından geçici maddi yardım

---

14 Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları (Aralık 1993- Aralık 1994)" T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 2. Baskı, Aralık 2000, s. 1

15 Kanun'un 22. maddesine göre *"Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar altı ay içinde, Adalet, İçişleri, Maliye, Milli Eğitim ve Sağlık Bakanlıklarının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlık tarafından hazırlanan yönetmeliklerle düzenlenir."* Kanun'un 12 ve 14. maddelerinde *"Teknik araç ve yöntemlerle takibe ilişkin usul ve esaslar"* ile *"şiddet önleme ve izleme merkezlerinin çalışma usul ve esasları"* için çıkarılacak yönetmeliklerden söz edildiğine göre en az iki yönetmeliğin 20 Eylül 2012 tarihine kadar çıkarılmış olması gerekmektedir. Kanunun Uygulaması için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından şimdilik 19.04.2012 tarih ve 2012/13 sayılı Genelge yayımlanmıştır. (http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/haberler/s/99 E.T.: 9.7.2012)

yapılmasına karar verilmesi (m. 3) hâlinde, aylık net asgari ücrete endeksli olarak maddi yardım yapılması, bu Kanun hükümlerine göre önleyici tedbir kararları kapsamında hâkim tarafından nafakaya karar verilmesi ve tahsili, korunan kişi genel sağlık sigortalısı değilse ve bundan yararlanamıyorsa ya da tedavi yardımından yararlanamıyorsa bu hâllerin devamı süresince genel sağlık sigortalısı sayılması, kişinin rehabilitasyonu veya tedavi edilmesi gerekliyse bu hizmetlerin giderlerinin bakanlık bütçesinden karşılanması,

Bakanlığın, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilmesi hükme bağlanmıştır.

Tedbir Kararına Aykırılık Suç Olmaktan Çıkarılmıştır

4320 sayılı Kanun'da suç olarak düzenlenen tedbir kararına aykırılık, 6284 sayılı Kanun ile suç olmaktan çıkarılmış, yerine zorlama hapsi getirilmiştir. Bu durumda 4320 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan yerel mahkemelerde derdest olan veya karara bağlanıp temyiz incelemesi için Yargıtay'da bekleyen dosyalar için, zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın CMK'nun 223/9. maddesi uyarınca derhal beraat kararı verilmesi, kesinleşip infaz edilmekte olan ilâmların infazına son verilmesi, infaz için bekleyenler infaz edilmeden geri çekilmesi ve bu suçtan adli sicil kayıtlarının tekerrüre esas alınmaması gerekmektedir.

23. maddenin 3. fıkrasındaki "*Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4320 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararların uygulanmasına devam olunur*" ifadesinden maksat, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca (6284 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 20 Mart 2012 tarihinden önce verilen) koruma kararlarıdır. O kararlara 20 Mart 2012 tarihinden sonra aykırı davranan kimse hakkında tazyik hapsi verilebilecektir.

Kanunda Olmayan "Aile"nin Eleştirilmesi

6284 sayılı Kanun'un görüşüldüğü komisyonlarda, Meclis'te[16] ve

[16] "Şimdi, siz "*Aileyi koruyalım.*" derken aslında aile içerisindeki sorunları hep örtüyorsunuz çünkü aile içerisindeki hiçbir şey yansımıyor. Bu yaklaşımla yapılacak yasal düzenlemelerde ne yazık ki önce aile korunacak, sonra birey korunacak.

öğretide[17] en çok Kanun'da geçen *"Aile"* veya *"Ailenin Korunması"* kavramı eleştirilmiş, yasanın sadece resmî devlet nikâhıyla evli olanları koruduğu, imam nikâhlı eşleri, aralarında resmî nikâhı olmaksızın birlikte yaşayan sevgilileri veya eşcinsel birliktelikleri kapsamadığı öne sürülmüştür. Oysa tam tersine, Kanun adında *"Ailenin Korunması"* ibaresi geçse de, Kanun metninin hiçbir yerinde toplumun temeli olan, bu açıdan korunması gereken bir *"değer"* olarak *"ailenin korunmasına"* yer verilmemiştir.[18] Sadece **Adalet Komisyonu Raporu'nda** *"tedbirlerin uy-*

…Başta, kadın *"aile"* kavramı içerisine hapsedilerek tek başına yaşayabileceği ve birey olabileceği kabul edilmemekte, aile kavramı içinde değilse dikkate alınmayacağı ve korunmayacağı mesajı verilerek şiddete örtülü destek olunmaktadır.
…kanunun adının da *"Ailenin Korunması"* olarak başlaması, kadın şiddet görse de öncelikle aile birliğinin korunması, kolun kırılıp yen içinde kalması mesajını toplumsal zihniyete işlemektedir. Kadın şiddet görse de aile birliğinin devamına öncelik verilmektedir.
…kanunun adı *"Ailenin Korunması"* ile başlamakta, …Kanunun adı bile, kadını aileden sonra gören ve bu hâliyle korumak isteyen ya da aile içinde görmek isteyen bir yaklaşım hissedilmektedir.
Amacı kadına şiddeti önlemek, kadını korumak olan bu tasarının adı *"Ailenin Korunması."* Ne önemi var diyebilirsiniz, diyorsunuz da zaten ancak bu, kadını sadece aile ve sosyal politikalar bünyesinde hapsetmek, aile yaşamı dışındaki sorunları yok saymaktır.
…*"Ailenin korunması"* başlığını taşımaktadır kanun. Ailenin korunması ile kadının şiddetten korunması aynı şey değildir, farklı şeylerdir hatta bazen çelişkili şeyler olabilir. …Onun için ailenin korunması aslında kadının korunması anlamına gelmemektedir. Tam tersine, belki de, yani ilgili makamların ailenin işlerine karışabilmesi gerekir ki kadının korunması mümkün olabilsin.
Yasa teklifinin adı *"Ailenin Korunması …"* Öncelikle aileden kastımız nedir? Sadece resmî devlet nikâhıyla evli olanların oluşturduğu toplumsal birim mi? Eğer öyleyse bu bir ayrımcılığa işaret etmez mi? Bu durumda imam nikâhlı eşleri, aralarında resmî nikâhı olmaksızın birlikte yaşayan sevgilileri veya eşcinsel birliktelikleri nereye koyacaksınız? Bu tür bir beraberlik yaşayan çiftlerden birinin şiddet görmesi mümkün değil midir?" (TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, 75 ve 76. Birleşim)

17 *"Yasa'ya ilişkin temel eleştirilerden biri isimlendirmeye ilişkindir. Şiddetle mücadelenin "Ailenin korunması"* çerçevesinde ele alınması bireyi ve bireyin haklarını ikincil kılmaktadır." (Şener, Ülker, *"6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?"* Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı-TEPAV, www.tepav.org. E.T.: 9.7.2012 "Bilindiği gibi, Tasarı hazırlandığında adı *"Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasa Tasarısı"* iken Meclis'e sevk edilirken adı değiştirmiş ve *"Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı"* haline getirilmiştir. … Asıl olan adı değil, içeriğidir denilebilir. Ancak, kadını BİREY olarak görmeyen bir zihniyeti yansıtan yasanın adında olduğu gibi, uygulamasında da aynı zihniyetin hakim olabileceği endişeleri göz ardı edilmemelidir." (Moroğlu, Nazan, *"Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi"*, http://portal.ubap.org.tr)

18 Kanun'da *"aile bireyleri"*, *"aile mensubu"*, *"Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı"*, *"Aile mahkemesi hâkimi"*, *"aile konutu"*, *"ailenin geçimi"*, *"kişinin … ailesi, çevresi"* gibi ifadeler geçse de sosyolojik bir olgu, sosyal bir kurum, korunması gereken bir *"değer"* olarak *"ailenin korunmasına"* yer verilmemiştir. Dolayısıyla mevcut eleştiriler temelsiz olup, içinde su bulunmayan bardak etrafında fırtına koparmaya benzemektedir.

gulanmasında, en uygun ve orantılı olanının tercih edilmesi yoluyla, aile birliğinin devamının sağlanması gözetilmelidir" temennisi dile getirilmiştir.[19]

Aynı şekilde Kanun'un *"amaç, kapsam ve temel ilkeleri"* (m.1) ile tanımlara (m. 2) bakıldığında; Kanun'un amacının, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması olduğunun belirtilmesi yeterli görülmeyerek, Anayasa ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin de esas alınacağı vurgulanmış, yapılan tanımlarla da aile fertleri ve kadının yanında cinsiyeti ne olursa olsun *"bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler"* de şiddet mağduru sayılmıştır.

Adalet Komisyonu Raporu'nda da bu eleştiriler şu şekilde karşılanmıştır:

"Tasarı, salt evlilik birliğinden kaynaklanan şiddetin engellenmesi amaçlamamakta, aksine 4721 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş evlilik birliğine dayalı şiddet mağdurları ile evlilik birliği olmasa dahi kapsamda yer alan şiddet mağdurlarını koruma amacına yönelmektedir. Kaldı ki, 4320 sayılı Kanunun adı *"Ailenin Korunmasına Dair Kanun"* iken Tasarının adı *"Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı"* olduğundan, Tasarı ile sadece aile içi şiddetin engellemesinin amaçlandığı ve kadının korunmadığı yönündeki iddialar doğru değildir. Tasarı bir bütün halinde değerlendirildiğinde bu yöndeki yanlış algılama ve psikolojik direncin yersiz olduğu görülecektir.

Tasarı ile salt evlilik birliğinden kaynaklanan şiddetin engellenmesi değil, aksine 4721 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş bir evlilik birliğinden ari olarak maddede zikredilen şiddet mağdurları da korunduğundan, CEDAW'ın taraf Devletlere yüklediği *"kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın"* gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmaktadır." (s. 64)

19 TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, S. Sayısı 181, s. 64

Şiddet, Şiddet Çeşitleri ve Tanımlar

Kanun'da, Sözleşme'ye benzer şekilde çeşitli şiddet tanımlarına yer verilmişse de sözleşmeye nazaran özensiz ifade ve tanımlar içerdiği, belirsiz ve/veya yetersiz kaldığı, buna karşılık Kanun'daki şiddet (ve dolayısıyla kadına karşı şiddet) tanımının daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Örneğin;

Sözleşme'de toplumsal cinsiyet ve kadınlara karşı toplumsal cinsiyet temelli şiddet ayrıntılı bir biçimde tanımlanmış olmasına (m. 2, 3, 4, 6), ayrıca kadın örgütlerinin ve muhalefet milletvekillerinin taleplerine rağmen Kanun'da *"Toplumsal Cinsiyet"* tanımına yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.[20]

Sözleşme'de (m. 2) *"kadınlara yönelik şiddet, bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak anlaşılmaktadır ve ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar veya ıstırap veren veya verebilecek olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eylem ve bu eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma"* olarak; *"Aile içi şiddet"* ise *"aile içerisinde veya hanede veya, mağdur faille aynı evi paylaşsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi"* olarak tanımlanmıştır.[21]

Sözleşme'nin referans alındığı 6284 sayılı Kanun'da ise ilk iki kavrama karşılık gelen *"kadına yönelik şiddet"* ve *"ev içi şiddet"*, tanımına yer verilmiş (m. 2), sözleşmedeki *"kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet"* yerine ise salt *"şiddet"* kavramı tanımlanmıştır.[22]

---

20 Şener, Ülker, a.g.m. Ancak Kanun'da açıkça böyle bir şiddet kategorisine veya tanımına yer verilmese de *"kadına karşı şiddet"* tanımında geçen *"…kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık…"* ibaresi *"Toplumsal Cinsiyet"* ayrımcılığını da ifade etmektedir. Kaldı ki Türkiye, Sözleşme'yi onayladığından, Anayasa'nın 90. maddesine göre iç hukukun bir parçası (hatta ondan üstün) olmuştur. Ayrıca Kanun'un 1. maddesine göre de *"Bu Kanunun uygulanmasında …Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi … esas alınır."*

21 20.12.1993 tarih ve 44/104 sayılı Birleşmiş Milletler *"Kadınlara Yönelik Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri"*de ise (m.1) *"Kadınlara karşı şiddet, ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel ve psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi özgürlükten yoksun bırakma"* şeklinde tanımlanmış ve 2. maddede ise kadınlara karşı bazı şiddet örneklerine yer verilmiştir. ("Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele, Yayına Hazırlayan: Moroğlu, Nazan, CM Basım Yayın, Genişletilmiş 2. Baskı, Mart 2012, İstanbul, s. 214)

22 Buna göre; "Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar

Görüldüğü gibi Kanun'daki *"şiddet"* ve (bu tanımdaki her türlü tutum ve davranışın yöneldiği) *"kadına yönelik şiddet"* tanımı, Birleşmiş Milletler Bildirisi ve İstanbul Sözleşmesi'nden daha geniş ve kapsayıcıdır. Çünkü Birleşmiş Milletler Bildirisi, ne tanımda (m. 1), ne de örneklerde (m. 2) ekonomik ve sözel şiddeti açıkça kapsamamaktadır. İstanbul Sözleşmesi de daha yeni tarihli olmasına rağmen şiddetin bir türü olarak *"sözel"* şiddete açıkça yer vermemektedir. Kanun'da ise şiddet tanımı kadına yönelik şiddetin içine alınmakla (kadına yönelik şiddetin büyük ölçüde ev ve aile içinde meydana geldiği düşünüldüğünde) dolaylı olarak *"ev-aile içi şiddet"*in de kapsamı genişlemiş olmaktadır.

Sözleşmede *"kadınlara yönelik şiddet"* tanımlanırken *"ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin"* ifadesi kullanılırken; Kanun'daki şiddet tanımında *"toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen"* ifadesi Meclis'te eleştiri konusu yapılmıştır.[23] Gerçekten de *"kamusal veya özel alan"* ifadesi yeterli iken ayrıca toplumsal kelimesine gerek var mıydı? Kamusal alan hangi toplumsal alanı kapsamamaktadır? Veya toplumsal olup kamusal olmayan alan nedir?

Ev veya Aile İçi Şiddet

Tanımların yapıldığı 2. maddede sadece *"ev içi şiddet"* tanımında aile mensubu ifadesi geçmektedir. Ne *"kadına yönelik şiddet"* ve *"şiddet"* tanımında, ne de *"şiddet mağduru"* ve *"şiddet uygulayan"* tanımında evli (eş) olmak, aile bireyi olmak gibi bir unsura yer verilmemiştir. Aksine gayri resmi evlilikleri, birliktelik/beraberlikleri kapsayacak şekilde ta-

---

görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı,

Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı," ifade eder.

23 "Bakın, bu maddedeki şiddet tanımında toplumsal, kamusal ve özel alanda meydana gelen şiddet olarak bir tanım yapılıyor. *"Toplumsal alan, kamusal alan, özel alan."* … Bakın, kamusal alan, özel alan dışındaki, özel hayat dışındaki alandır, insanların ortaya çıktıkları, toplum hayatına karıştıkları alandır. Şimdi *"Toplumsal alan,"* yanına *"kamusal alan, özel alan"* derseniz bu kavramlar birbirine karıştırılmıştır derim; iyi düşünülmemiştir derim. (TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, 76. Birleşim, s. 53)

nımlar yapılmış, hatta *"şiddet"*, *"şiddet mağduru"* ve *"şiddet uygulayan"* tanımlarında *"kadın" "aile bireyi"* gibi sınırlayıcı ifadeler yerine *"kişiler"* denilmek suretiyle farklı cinsiyetten olan (eşcinsel v.b.) insanlar da Kanun kapsamına alınmıştır. Bunun da ötesinde ülkemizde çokça rastlanan, arkadaşlık, beraberlik teklifini kabul etmedikleri için şiddet gören, *"tek taraflı ısrarlı takip mağduru"* kimselerin de korunması amaçlanmıştır.

2. maddenin (b) bendinde *"Ev içi şiddet"* tanımlanırken *"…aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti"* ifade edeceğinin belirtilmesine karşın, aynı maddenin (d) bendinde *"Şiddet"*; *"kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış"* olarak tanımlanmıştır. Böylece herhangi bir kimsenin herhangi bir kimseye karşı şiddet kabul edilebilecek eylemlerine nazaran, aile fertlerinin şiddet olarak kabul edilebilecek eylemlerinin kapsamı isabetli bir şekilde daha dar tutulmuştur.

Öncelikle evde, aile fertleri arasındaki fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet hareketlerinin *"meydana gelmesi"* aranmıştır. Dolayısıyla dokunulmazlığı bulunan konutta, devamlı veya büyük ölçüde birlikte, samimi bir ortamda yaşayan aile bireylerinin, ani gelişen ve devamlılık arzetmeyen hareketleri, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar vermedikçe veya acı çektirmedikçe *"ev içi şiddet"* olarak kabul edilmemelidir. Ancak bu hareketler -ki ev içi şiddet sayılmayan sözlü tutum ve davranışlardır- aile bireyi olmayan kimseler tarafından yapılması şiddet olarak değerlendirilebilir.

Kanun'da *"aile içi şiddet"* yerine *"ev içi şiddet"* ifadesinin kullanması ve tanımda *"aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler"*den söz edilmesi dikkat çekicidir ve isabetli olmuştur. Her şeyden önce iki kavram farklıdır. Ev içinde olan bir şey aile içinde olmayabileceği gibi aile içinde olan her şey de evde olmayabilir. Buna göre bir evde sürekli veya günü birlik bulunan bir hizmetli, hastabakıcı, bahçıvan veya öğreticinin o evdeki diğer bireylerle olan ilişkisini ev içi şiddet tanımına göre değerlendirmek gerekir.

Aynı şekilde farklı hanelerde, evlerde kalsalar da aynı aile bireylerinin birbirlerine karşı bir konuttaki hareketleri de ev içi şiddete göre değerlendirilmelidir. Öte yandan ise ister aynı evde, isterse farklı evlerde otursunlar, aynı aile bireylerinin dışarıda bir yerdeki eylemleri 2. maddenin (b) bendindeki *"ev içi şiddet"* kapsamında değil, aynı maddenin (d) bendinde tanımlanan *"şiddet"*e göre değerlendirilmelidir. Çünkü aynı aile fertleri de olsa *"ev içi şiddet"* kapsamında sayılmayan, kabul ve hoş görülebilen eylemleri dışarıda, herkesin içinde kabullenmeleri beklenemez.

Şiddete Uğrama Tehlikesi veya Şiddet Uygulama İhtimali

Avrupa Konseyi (İstanbul) Sözleşmesi'nde, *"şiddete uğrayan"*lardan ve *"şiddet mağdurlarının korunması"*ndan söz edilip, bu kapsamda 50. maddede *"acil ve yerinde müdahale"* unsurlarına yer verilmiş, 51. maddede risk değerlendirmesinin neye göre ve nasıl yapılacağı gösterilmiş ve dahası 52. maddede *"ani tehlike"* durumlarında şiddet failinin *"yeterli bir süre zarfında"* ikametinden uzaklaştırılmasına imkân tanımıştır.

Kanun'da ise *"şiddete uğrama tehlikesi bulunan"* kişiler de kapsama alınmıştır (m 1). İlk bakışta olumlu gibi görünse de şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler (m. 2-1-g) hakkında önleyici tedbir kararları (m. 5) verilirken –ki bunların içinde konut dokunulmazlığının ihlali ve çalışma hürriyetinin engellenmesine yol açabilecek tedbirler de mevcuttur- şiddet uygulama tehlikesi, ihtimali neye göre belirlenecektir? Failin şiddet uygulayacağı hangi söz veya davranışından çıkarılacaktır? Kolluk görevlisi hangi durumda *"senin şiddet uygulama ihtimalin var?"* diyerek bir vatandaşı konutundan uzaklaştıracak veya yakalayarak konutuna girmesine engel olacaktır? Bu konuda *"açık, ani, yakın tehlike"* gibi bir unsura, kritere yer verilmemesi, uygulamada anayasada teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabilecek ve ciddi sorunlar doğuracaktır.

Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir (m. 7). Burada ihbarın zorunlu tutulması gerektiği düşünülebilirse de suçu bildirmeme suçunu düzenleyen TCK'nun 278. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği gözetildiğinde (yakın akrabalık durumu cezasızlık hali olarak düzenlenmeden) ihbarın zorunlu tutula-

mayacağı ortadadır.[24] Aynı durum kamu görevlileri için söz konusu değildir. Kamu görevlileri, bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür. Bu görevlerin gecikmeksizin yerine getirilmemesi ve ihbar yükümlülüğüne uyulmaması, TCK'nun 257 ve 279. maddelerinde düzenlenen *"Görevi Kötüye Kullanma"* ve *"Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi"* suçunu oluşturabilecektir.

Koruyucu Tedbir Kararları

Koruyucu tedbir kararları, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması amacıyla verilen kararlardır. 4320 sayılı Kanun'da koruyucu tedbir kararlarına yer verilmemişti. 6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinde mülkî amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları,[25] 4. maddede ise aile mahkemesi hâkimi tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları[26] örnek olarak sayılmıştır. Bu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilecektir.

---

24 TCK'nun 278. maddesinde *"suçu bildirmeme"* suçu düzenlenmiş idi. İptal kararının gerekçesine göre, suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrık tutulmadığından, madde Anayasa'nın 38/5. maddesindeki *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* hükmüne aykırıdır (30.06.2011, 2010/52 E., 2011/113 K.,) Bu Karar, 15 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girdiğinden TCK'nun 278. maddesi bütünüyle suç olmaktan çıkmıştır.)

25 Uygun barınma yeri sağlanması, Geçici maddi yardım yapılması, Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, Geçici koruma altına alınması, Gerekli olması hâlinde, … kreş imkânının sağlanması, Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunar. Mülkî amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar (m. 3)

26 İşyerinin değiştirilmesi, Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi (m. 4).

Konunun önemine binaen şiddetle mücadelenin kurumsal hale getirilmesi önemlidir. Ancak aynı konuda birden fazla makamın (yürütme ve yargı gibi iki farklı erkin) yetkili ve görevli kılınması bazı karışıklıkları ve problemleri de beraberinde getirebilecektir. Her şeyden önce iki başlılık söz konusudur. Böylesine netameli bir konuda iki tarafın topu birbirine atması, gelen muhatabı diğerine yönlendirmesi mümkün olabileceği gibi belki aynı konuda iki farklı yerden iki farklı karar da verilebilecektir. Ayrıca kamuoyunda oluşabilecek tepkiler ve *"görevi ihmal"* suçlamalarıyla karşılaşmamak endişesi, olur olmaz her müracaatta koruyucu tedbir kararı verilmesine yol açabilecektir.

Kanun'un *"Tedbir kararının verilmesi, tebliği ve gizlilik"* başlıklı 8/1. maddesine göre tedbir kararları, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir. Bu hükmü Kanun'un 3, 4 ve 5. maddeleri ile birlikte değerlendirmek gerekir. Örneğin, 4 ve 5. maddede ancak hâkim tarafından verilebilecek koruyucu ve önleyici tedbir kararları mülki amirler tarafından verilemez ve verilmesi istenemez.

Kararlar, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir.

Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz (m. 8/3). Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez.

Tedbir kararları, korunan kişiye ve şiddet uygulayana, tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tefhim veya tebliğ edilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir. Bunun amacı her şeyden önce kişilerin lehine ve aleyhine olarak verilen kararlardan bilgi sahibi olmasıdır. Lehine tedbir (koruma) kararı verilen kişi, bunun gereğinin yerine getirilmesi, infazı için; aleyhine karar verilen kimse de itiraz yasa yoluna başvurmak için karardan haberdar olmalıdır.

Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarı mutlaka yer almalı, böylece kişi hakkında verilen karar ve sonuçları hakkında hukuken aydınlatılmalıdır.

Gerekli bulunması hâlinde, tedbir kararı ile birlikte talep üzerine veya resen, korunan kişi ve diğer aile bireylerinin kimlik bilgileri veya kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgileri ve adresleri ile korumanın etkinliği bakımından önem taşıyan diğer bilgileri, tüm resmi kayıtlarda gizli tutulmalıdır. Bu halde yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmelidir. Bu bilgileri hukuka aykırı olarak başkasına veren, ifşa eden veya açıklayan kişiler hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır (m. 8/6). TCK hükümlerinden maksat, "*Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar"* bölümünde düzenlenen (m. 132 v.d.) suçlarıdır.

Önleyici Tedbir Kararları

Bu kararlar kural olarak ancak hâkim tarafından, şiddet uygulayan kişiler hakkında verilebilen kararlardır (m.5). Koruyucu tedbir kararları, şiddet mağdurlarını korumaya yönelik iken, önleyici tedbir karaları şiddet uygulayanın şiddetini önlemek veya şiddetin tekrarlanmamasını sağlamaya yöneliktir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Görüldüğü gibi maddede sayılan tedbirler tahdidi değil (sayılanlarla sınırlı olarak gösterilmemiş), tadadi olarak (örnekleme yoluyla) sayılmıştır. Verilecek tedbir kararı izlenebilir (denetlenebilir), uygulanabilir (infazı mümkün) olmalı ve kararın geçerlilik süresi net olarak belirlenmelidir.[27] Aksi halde geçerlilik süresi belirtilmeyen veya geçerlilik kazanmayan karara uyulmaması halinde zorlama hapsi uygulanamaz. Tedbir için öngörülecek süre altı ayı geçemez.[28]

---

27 *"Ailenin korunmasına dair 4320 sayılı yasanın 1. maddesinde Sulh Hukuk Hakiminin hükmedeceği tedbir kararında tedbir hükmünün tatbiki maksadıyla öngörülen süre altı ayı geçemez hükmü bulunmakta olup; ...Sulh Hukuk Mahkemesinin ...tedbir kararında süre bulunmadığı gözetilerek unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı,"* (Yargıtay 7. CD. 27.5.2002, 2002/7482 E., 2002/8253 K. Aynı yönde 3.6.2004, 2003/6648 E., 2004-7763 K., 27.10.2004, 2003/11360 E., 2004/11995 sayılı Kararlar)

28 Örneğin Bir Cumartesi günü meydana gelen şiddet olayı için o gün hâkime ula-

6284 sayılı Kanun'a göre verilecek tedbir kararının, mağdurun tek taraflı iddiası üzerine, şiddet uygulayanın dinlenmeden, hatta deliller toplanmadan verilebileceği ve tedbir kararına aykırı davranıldığına kanaat getiren mahkemenin (toplamda altı ayı geçmemek üzere) 3 günden 30 güne kadar zorlama hapsi verebileceği gözetildiğinde, 6284 sayılı Kanun'un hukuk devleti ilkesi ve masumiyet karinesini çokça ihlal edeceği açıktır. Bu açıdan Kanun'un kusursuz bir şekilde uygulanması gerekir.

Kanunun 8/3. maddesinde koruyucu tedbir kararının verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz" denilmesine karşın önleyici tedbir kararına ilişkin olarak sadece, bu kararın geciktirilmeksizin verileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin delil aranmasa da en azından mağdura yönelik 2. maddede şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlarda bulunulduğuna veya böyle bir tehlikenin varlığını gösteren yeterli şüphe (iz, emare) bulunmalıdır. Bu da gayet doğaldır, çünkü bir fiilin veya tehlikenin önlenmesi için onun mevcudiyeti söz konusu olmalıdır.

Tedbir Kararlarının Tebliği ve İtiraz

"*Koruyucu ve Önleyici Tedbirlere İlişkin Hükümler*"in düzenlendiği 3 ilâ 13. maddelerde bazen ayırım yapılmadan genel olarak tedbir kararından söz edilmekte, bazen de koruyucu veya önleyici tedbir olarak açıkça ifade edilmektedir. "*Tedbir kararının verilmesi, tebliği ve gizlilik*" başlıklı 8. maddenin 4. fıkrasında tedbir kararının, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edileceği, 5. fıkrada ise tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarının yapılacağı açıkça düzenlenmiştir.

şılamadığından, Kanun'un 5/2. maddesi uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle kolluk amirince şiddet uygulayan kimsenin müşterek konuttan derhâl uzaklaştırılması yönünde önleyici tedbir kararı verilmiş olsun. Kolluk amiri, en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü olan Pazartesi günü bu kararı hâkimin onayına sunmazsa veya sunulup da Hâkim tarafından 24 saat içinde (Salı günü 24 saatin dolduğu ana kadar) onaylamazsa tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Onaya sunulma veya onaylanma aşamasında –usulüne verilip, gerekli ihtaratı içeren ve muhatabın haberdar olduğu- tedbire aykırılık halinde zorlama hapsi verilebilir. Ancak yasal olarak geçerliliğini yitirdiği andan itibaren tedbire aykırı eylem nedeniyle zorlama hapsine hükmedilemeyecektir.

"İtiraz" yasa yolunun düzenlendiği 9/1. maddede koruyucu veya önleyici tedbir ayırımı yapılmadan *"bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı"* tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında itiraz edilen kararların hangi mahkemelerce karara bağlanacağına ilişkin itiraz usulü düzenlenirken, ilk anda sanki itiraza tabi kılınan kararların Kanun'un 3, 4 ve 5. maddelerine göre verilen bütün koruyucu ve önleyici tedbir kararları değil, sadece hâkim tarafından verilen *"tedbir kararları"* olduğunu düşündürmektedir.[29] Ancak yasanın bütünü (özellikle de 8 ve 9. maddelerin açık hükümleri) göz önüne alındığında bunun böyle olmaması gerektiği, Kanun'un 3, 4 ve 5. maddelerine göre verilen bütün koruyucu ve önleyici tedbir kararları için itiraz hakkı tanındığının kabulü gerekir. Türkiye'nin her yerinde aile mahkemesi olmadığından, bazı yerlerde de birden fazla aile mahkemesi bulunduğundan, 9. maddenin 2. fıkrası, bu gibi yerlerde itirazların hangi mahkemece karara bağlanacağına ilişkindir.

"Tedbir kararlarının bildirimi ve uygulanması" başlıklı 10. maddenin 5. fıkrasındaki *"tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez"* hükmü şu şekilde anlaşılabilir:

10. maddede, tedbir kararlarının uygulanması için, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirileceği, ilgili mercilere yapılan başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararların, şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetlerinin yerine getirilmesi (m. 15), kurumlararası koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması ile Bakanlığın, 20. maddede belirtilen davalara katılabilmesini temin etmek için alınan tedbir kararlarının bildirilmesi öngörülmüştür.

---

[29] "**Madde 9 –** (1) Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir.
(2) Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir."

Aynı şekilde Kanun'un 3 ve 4. maddeleri uyarınca, mülkî amir ve hâkim tarafından şiddet mağdurları hakkında verilecek koruyucu tedbir kararları, şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilmese de uygulanabilecektir. Bu kararlar, niteliği gereği şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin korunmasını temin etmeye dairdir. Ancak şiddet failine bir yükümlülük yüklemediğinden uygulanması için şiddet failine tebliği zorunlu değildir.

Sonuç olarak tedbir kararlarının ilgili kurum ve kuruluşlar ile şiddet uygulayana tebliğ edilmesi gerekir. Tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez ise de onların bu kararlara karşı iki hafta içinde yapabilecekleri itiraz hakkının süresini başlatmayacak ve bu süre bir şekilde kararın öğrenilmesi veya tebliğinden itibaren başlayacaktır.

İhlali halinde zorlama hapsi gerektiren önleyici tedbir kararında, aykırılık hâlinde zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarı da yer almalıdır. Kararda bu yönde bir meşruhat (açıklama) yoksa bu açıklama tebligat mazbatasına yazılmalıdır. Tedbir kararının sanığa tebliği zorunlu bir unsur değildir. Şiddet uygulayan kimsenin bir şekilde verilen tedbir kararından ve sonuçlarından haberdar olması yeterlidir. Bu nedenle muhatabın tedbir kararından haberdar olup olmadığı veya kararın kendisine tebliğ edilip edilmediği araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmelidir.[30] Aksi halde zorlama hapsinin verilmesi yasaya aykırı olacaktır.[31] Ayrıca zorlama hapsinin uygulanması için usulünce verilip halen geçerliliğini koruyan bir önleyici tedbir kararının varlığı şarttır. 4320 sayılı Kanun döneminde Yargıtay uygulaması bu yönde idi.[32]

---

30 7. CD. 25.5.2001, 8757 E., 9614/K.

31 Nitekim 4320 sayılı Kanun döneminde Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin uygulaması bu yönde olup, Aile Mahkemesinin verdiği koruma kararında kusurlu eşe koruma kararına uymaması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı ceza verileceğine dair ihtar-uyarı yapılmaması gerekçesiyle yerel mahkemece verilen beraat kararı ONANMIŞTIR. **(7. CD. 17.11.2009, 2007/7377 E., 2009/14013 K.)**

32 *"Müşteki N. G.'in talebi üzerine; ...Sulh Hukuk Mahkemesince ... verilen koruma kararı sanığa 29.8.2000 tarihinde tebliğ edildiği ve suç tarihinde koruma kararının süresinin bittiği, yine ...Sulh Hukuk Mahkemesince ...verilen koruma kararının da sanığa tebliğ edilemediği gözetilmeden, sanığın 3.3.2001 ve 11.6.2001 tarihli eylemleri nedeniyle hakkında 4320 sayılı yasaya muhalefetten mahkumiyet kararı verilmesi,"* **(7. CD., 14.6.2004,2003/5528 E., 2004/8178 K.)**

Zorlama Hapsi, Niteliği ve Sonuçları

Zorlama hapsi ya da pozitif hukukumuzdaki benzeri yaptırımlardan olan tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi cezalar bir suç karşılığı değil, bir tedbire, kurala uymaya, yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak veya bu yükümlülüklerin ihlali halinde karşılığında öngörülen bir yaptırımdır.[33],[34]

İşte 6284 sayılı Kanun'da da şiddet uyguladığı için hakkında 5. madde uyarınca önleyici tedbir kararı verilen kimsenin bu karara aykırı hareket etmesi halinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla **zorlama (tazyik) hapsine** tabi tutulacaktır (m. 13).[35] Zorlama hapsinin koruyucu tedbir kararlarına aykırılık halinde de verilebileceği düşü-

33 Buna benzer hükümler **CMK**'nun 60 ve 203. maddeleri ile 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun 151/2 ve 253/2. maddelerinde mevcut olup tanıklıktan veya yeminden sebepsiz olarak çekinen tanığa ve duruşmanın düzenini bozan kişilere disiplin hapsi öngörülmüştür. **İcra ve İflas Kanunu**'nun 76. maddesi ise mal beyanında bulunmayan borçlunun, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunacağı hükmünü içermektedir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinde ihtiyati tedbir kararına muhalefet eylemi suç iken, **HMK**'nda aynı eylem için bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi getirilmiştir (m. 398).

34 Madde gerekçesinde "*zorlama hapsi, diğer bir deyimle tazyik hapsinin, bir kişiyi kendisine düşen yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlamak amacıyla verilen bir yaptırım*" olduğu bunun CMK'nun 2. maddesinde tanımlanan disiplin hapsinin sonuçlarını doğurduğu belirtilerek, bir suç karşılığında öngörülen ceza olmayıp yaptırım altına alınmış bir fiil olduğu, dolayısıyla, niteliği ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla, disiplin hapislerinin sonuçları için geçerli olan seçenek yaptırımlara çevrilemediği, ön ödeme uygulanmadığı, tekerrüre esas olmadığı, şartla tahliye hükümlerinin uygulanmadığı, ertelenemediği ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmediği açıklanmıştır. (TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 181, s. 9) Adalet Komisyonu Raporunda ise "*amacın özellikle kasten öldürme gibi neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesi olduğu, bu nedenle şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla ilgili tedbir kararlarının süratle alınmasına ve etkin bir biçimde uygulanmasına yönelik yeni bir sistem olarak zorlama hapsinin öngörüldüğü, bunun bir suç karşılığı uygulanan ceza yaptırımı değil şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlamayı amaçlayan önleyici nitelikte müessese olduğu, Mevcut uygulamada, tedbir kararlarının gereklerine aykırı davranılması halinde oluşan suç nedeniyle açılan ceza davalarının uzun sürmesi ve öngörülen hapis cezasının ise çok nadiren uygulanması dolayısıyla caydırıcılık etkisi olmadığı yönündeki eleştirilerin zorlama hapsi ile giderildiği*" vurgulanmıştır. (TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 181, s. 65)

35 "*Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde... zorlama hapsine tabi tutulur.*" cümlesinde açıkça bir ifade zaafiyeti görülmektedir. Doğrusu şu şekilde olabilirdi: "*Bu Kanun hükümlerine göre şiddet uyguladığı için hakkında tedbir kararı verilen kimse, bu kararın gereklerine aykırı hareket ederse... zorlama hapsine tabi tutulur.*"

nülmemelidir. Yukarıda tedbir kararlarının tebliği ve itiraz bahsinde açıklandığı gibi, Kanun'un 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen koruyucu tedbir kararları niteliği gereği şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin korunmasını temin etmeye dairdir. Kendisine 5. maddedeki yükümlülükler gibi doğrudan bir yükümlülük yüklemediğinden, şiddet failinin doğrudan doğruya bu kararın gereklerine aykırı davranması da mümkün değildir. Zaten 13. madde bir bütün halinde göz önüne alındığında, tazyik hapsi gerektiren tedbir kararına aykırı davranışın, 5. madde uyarınca verilen ve muhatabı şiddet faili olan önleyici tedbir kararı olduğu anlaşılacaktır.

Unutulmamalıdır ki zorlama hapsine tabi tutulan husus, önleyici koruma kararına aykırı davranmaktır. Bu açıdan şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasındaki ailevi, sosyal, ekonomik v.b. ilişki ile şiddetin niteliği dikkate alınarak buna göre en uygun tedbir veya tedbirlere karar verilmelidir. Tedbir kararı verilirken, şiddet olayı ve bunu doğuran (psikolojik, sosyolojik, ekonomik) nedenler iyi analiz edilmeli, özellikle taraflar aynı ailenin fertleri (karı-koca, kardeş v.b.) ise ailede sevgi, saygı, birlik ve beraberliğin esas olduğu gözetilip, mağdur kadar şiddet uygulayan da düşünülerek; muayene ve tedavisinin sağlanması (m. 5/1-h), hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlanarak, sonucuna göre öfke kontrolü, stresle başa çıkma, davranışlarını değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılması; alkol, uyuşturucu gibi madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olması, meslek edinmesine yönelik faaliyetlerde bulunması (m. 15/3) sağlanmalıdır. Aksi halde sadece şiddet mağduru düşünülerek, hemen ilk etapta zorlama hapsinin yolunu açacak önleyici koruma kararı verilmesi, belki de taraflar arasındaki şiddeti daha da tırmandıracaktır.

Gerek tedbir kararı verilmesi, gerekse zorlama hapsinin uygulanması şikâyete bağlı kılınmadığı gibi zorlama hapsine karar vermek konusunda Hakime takdir yetkisi de tanınmamıştır. Ancak hâkime, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre 1. defada üç gün ile on gün arasında zorlama hapsine karar vermesi için takdir hakkı tanınmıştır (m. 13/1). Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında ise, zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi (verilen bir koruma kararına bağlı olarak) altı ayı geçemeyecektir (m. 13/2).

Örneğin; hâkim, şiddet uygulayanın müşterek konuttan derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi yönünde tedbir kararı vermiş olsun. Şiddet uygulayanın mağdurun okuluna, işyerine yaklaşması veya iletişim araçlarıyla rahatsız etmesi halinde zorlama hapsi verilemeyecektir. Çünkü tedbir kararının gereklerine aykırılık oluşmamıştır. Ancak bu durumda hâkim, resen veya talep üzerine mevcut tedbirin şeklini değiştirebilir, yeni ve ilave tedbir kararı verebilir (m. 8/2).[36] Aynı şekilde bir tedbir kararının ilk kez ihlali halinde en fazla 10 gün, 2 ve sonraki her ihlalde en fazla 30'ar gün süreyle zorlama hapsi uygulanabilecek, ayrıca geçerli bir tedbir kararı süresince kaç ihlal gerçekleşirse gerçekleşsin zorlama hapsinin toplam süresi 6 aydan fazla olamayacaktır.[37]

Aykırı davranışın ayrıca suç oluşturup oluşturmaması önemli değildir. Koruma kararına aykırılık ayrıca bir suç oluşturuyorsa soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin hükümler saklıdır (m.6).[38] Ancak suç soruşturması nedeniyle, (örneğin kasten eşini, çocuğunu yaralayan kimse hakkında) tutuklama kararı verilmişse, artık bu Kanun kapsamında koruma kararı verilmesi gerekmeyeceğini düşünüyoruz.

---

36 Doktrinde Aile Mahkemesi Hakiminin talep olmasa da olayın özelliklerine uygun olarak gereken tedbirleri resen takdir ederek karar verebileceği belirtilse de aksi görüş olarak, aile mahkemesinden önlem kararı verilmek üzere talepte bulunulduktan sonra ilgilinin vazgeçmesi ya da Cumhuriyet başsavcılığı resen önlem kararı talebinde bulunmuş ise şiddete maruz kalan mağdurun mahkemeye başvurarak önlem kararını istemediğini bildirmesi üzerine; "vazgeçme nedeni ile tedbir kararı verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerektiği, aksi takdirde aile ilişkilerine zarar verileceği ifade edilmiştir. (Ruhi, Ahmet Cemal; *Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Es ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması*, 2004, Erzincan, AÜEHFD, cilt: VIII, sayı: 1–2. s. 536, aktaran; Beyazıt, Özgür; Beyazıt, Arzu; *4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler*, Adalet Dergisi, Mayıs 2011, Sayı: 40, s. 48

37 Meclis'te "*Peki altı aylık süre dolduğunda, 7'nci kez yaptığında, aynı işi yaptığında, aynı şekilde rahatsız ettiğinde ve koruma tedbirlerine uymadığında ne olacak? İşte bu nedenle şiddet uygulayıcılığını ısrarlı hâle getirmiş olan kişiler açısından ne yazık ki bu yasada yetersizlikler vardır.*" "*Zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.*" ibaresinin kaldırılmasını öngörmekteyiz. Niçin altı ayla sınırlı olsun, bunun izahı güçtür." şeklinde eleştiriler yöneltilmişse de bu husus 9 ay için de, 1 yıl için de söz konusu olacaktır. Unutulmamalıdır ki, 6284 sayılı Kanun'da şiddet olarak tanımlanan hemen her türlü eylem, başta da belirtildiği gibi TCK'nda suç olarak da düzenlenmiştir.

38 Suç soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulması demek, birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği anlamına geldiği kadar, biri uygulanırken ötekinin gözardı edilmemesi, ikisinden en uygun ve/veya öncelikli olanının seçilmesi demektir.

Fakat tutuklanmasına rağmen cezaevinden tehditler savuran, şiddet içeren söz ve davranışlarda bulunmaya devam eden şüpheli veya sanık hakkında bu tür davranışlarda bulunmaması yönünde koruyucu tedbir kararı verilebilecek midir? Buna ihtiyaç olacak mıdır? Kanun'un 2/1-d maddesi fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışın yanında, şiddetle sonuçlanması muhtemel hareketleri de şiddet saymaktadır. Böyle bir ihtiyacın doğduğu düşünülerek tedbir kararı verilip, bu karara aykırı davranılması halinde tutuklu sanık hakkında zorlama hapsine karar verilebilecek midir? Verilirse infazı ne şekilde nasıl gerçekleştirilecektir? Tutuklamaya son verilerek zorlama hapsinin infazına geçilebilir mi? Ya da tutukluluk halinin sona ermesinden sonra mı zorlama hapsi infaz edilebilecektir? Kanaatimce şiddet eylemi failin tutuklanmasıyla sonuçlanan bir suç soruşturmasına yol açmışsa artık burada ceza hukuku enstrümanlarının devreye sokulması, bu araçların kullanılması gerekir. (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100/2-b-2 ve 109/3-i maddelerindeki tutuklama ve adli kontrol uygulaması gibi...)

Çocuklar ve Sorumluluğu Bulunmayan Kimseler Hakkında Zorlama Hapsi Verilebilir mi?

3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre 18 yaşını doldurmayan kişi çocuktur (m. 3). TCK'na göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir (m. 31).

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre ise onbeş yaşını doldurmamış çocuklar ile akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanamaz (m.11)

6284 sayılı Kanun'da şiddet uygulayan için öngörülen zorlama hapsi ne bir suç karşılığında öngörülen hapistir, ne de Kabahatler Ka-

nunu kapsamında uygulanan bir yaptırımdır. CMK'na göre duruşmanın düzenini bozduğu için salondan çıkarılan kimsenin direnç göstermesi halinde uygulanan disiplin hapsine benzemektedir. CMK'nun 203/3. maddesine göre ise çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz. Buna göre 6284 sayılı Kanun kapsamında, 18 yaşını bitirmeyen (çocuk) ile işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan kimselere zorlama hapsi verilemeyeceğini düşünüyoruz. Ancak ÇKK hükümleri kapsamında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilebilir veya çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanabilir (m. 5-14).

Denilebilir ki; 6284 sayılı Kanun'a göre verilen zorlama hapsi de çocuklara ve akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirleri gibi bir tedbirdir. Suç ve kabahat karşılığı bu gibi kimselere ceza verilemese de bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir. Özel yasada şiddet uygulayan fail için öngörülen zorlama hapsi de bu niteliktedir. Fakat unutulmamalıdır ki suç ve kabahat karşılığı ceza verilemediğinde uygulanan güvenlik tedbirleri içinde *"hapis"* yoktur. Bu gibi tedbirler, tedavi edici, koruyucu, eğitici niteliktedir.

Zorlama Hapsine Karşı Kanun Yolu

Kanun'da zorlama hapsinin tebliğ edilip edilmeyeceği ve buna karşı kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 9. maddenin 1. fıkrasında herhangi bir ayırım yapılmadan *"verilen kararlara karşı"* itiraz edilebileceği belirtilmekle zorlama hapsinin de itiraza tabi kılındığı, 1. fıkranın 2. fıkradan ayrı ve bağımsız bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir ise de; 1 ve 2. fıkranın birbirini tamamlayan hükümler olduğu, ilkin tedbir kararlarının itiraza tabi olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada itiraz usulünün düzenlendiği açıkça anlaşılmaktadır.

Bu durumda tedbir kararının gereklerine aykırı hareket eden (veya ettiğine kanaat getirilen) kimseye 1. defada üç gün ile on gün arasında, aykırılığın her tekrarında ise onbeş günden otuz güne kadar zorlama hapsi verilebileceği (m. 13/1-2) ve buna karşı bir kanun yolu (itiraz) veya başka türlü bir denetim mekanizmasının öngörülmemesi nedeniyle çok defa yasaya aykırı olarak insanların hürriyetinin tahdit edilebilmesi (özgürlüğünün kısıtlanması) mümkün olabilecektir.

6284 sayılı Kanun'un özel bir yasa olduğu, usul hükümlerini de içinde barındırdığı, dolayısıyla artık bu konuda genel yasalar olan CMK veya HMK hükümlerinin gözetilemeyeceği düşünülebilirse de kanaatimce Kanun'da açıkça yer verilmese de zorlama hapsine karşı itiraz hakkının tanınması gerekir. Fakat itiraz infazı durdurmamalıdır. Tıpkı bir koruma tedbiri olan tutuklamada olduğu gibi.

Kanundaki Belirsizlikler, Aşırılıklar ve Anayasaya Aykırılık Sorunu

6284 sayılı Kanun'da bazı hususlarda belirsizlik bulunduğu, bazen gereksiz ifadeler kullanılarak aşırıya kaçıldığı, hukuk devleti ilkesi (ve bunun uzantısı olarak açıklık, belirlilik ilkelerini), adil yargılanma hakkını, masumiyet karinesini, hak arama özgürlüğünü zedeleyici hükümler içerdiği görülmektedir. Örneğin;

1- Çocuklar ve davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan kimselerin durumuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu gibi kimseler hakkında zorlama hapsi verilebilir mi? Aynı şekilde karşılıklı olarak birbirlerine şiddet uygulayan kişilerin durumu nasıl değerlendirilecektir? TCK'nun 129. maddesindeki gibi şiddetin haksız fiilden kaynaklanması veya karşılıklı olması haline göre bir düzenlemeye ihtiyaç var mıdır? [39] Bu durumda ikisi için de tedbir ve tedbire aykırılık halinde zorlama hapsi verilebilir mi? Bunlar evli ve çocuklu karı koca ise çocuklar ne olacaktır? *"Bu yasa kadını değil öncelikle aileyi koruyor"* eleştirisinde bulunanlar bu konuda ne düşünmektedir?

2- Kanun'da *"şiddete uğrama tehlikesi bulunan"* kişiler de kapsama alındığına göre şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler hakkında önleyici tedbir kararları (m. 5) verilirken şiddet uygulama tehlikesi, ihtimali neye göre belirlenecektir? Kolluk

---

39 "**Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret**
MADDE 129. - (1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.
(2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.
(3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

görevlisi hangi durumda *"senin şiddet uygulama ihtimalin var?"* diyerek bir vatandaşı konutundan uzaklaştıracak veya yakalayarak konutuna girmesine engel olacaktır? Bu konuda *"açık, ani, yakın tehlike"* gibi bir unsura, kritere yer verilmemiştir. Dolayısıyla uygulamada anayasada teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin (örneğin konut dokunulmazlığının ihlali) sözkonusu olabilecektir.

3- *"Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz"* hükmü (m. 8/3) her türlü hukuksuzluğa yol açma potansiyelini taşıyan, şiddeti önlemenin ötesinde tetikleyebilecek bir düzenlemedir. Bir başka ifadeyle *"delilsiz-belgesiz"* verilmiş bir tedbir kararı, uygulamada kötüye kullanılabilecek veya mağduriyetlere neden olabilecek, her an için *"sorgusuz-sualsiz"* bir zorlama hapsine dönüşebilecektir.

4- Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez (m. 10/5).[40] Hızlı ve çok çeşitli iletişim vasıtalarının olduğu günümüzde bu gibi hükümlere yer verilmesi yerine telefonla bilgi verme, kısa mesaj, e-posta gibi yollarla yapılacak bildirimler geçerli kılınabilirdi. Nitekim 4320 sayılı Kanun'a göre verilen koruma kararının kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli (geçici) bir tedbir niteliğinde olduğu, itiraz ve temyiz yasa yoluna tabi bulunmadığı uygulamada kabul edilse de[41] bu husus öğretide eleştirilmişti.[42]

---

40 Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi tefhim veya tebliğ edilmese de uygulanabilecek olan tedbir kararları, Kanun'un 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen, mülkî amir ve hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararlarıdır. Aykırı davranılması halinde zorlama hapsi gerektiren ve ancak Hâkim tarafından verilecek olan önleyici tedbir kararının –bir şekilde haberdar olunmamışsa- muhataba mutlaka bildirilmelidir (m. 8/4).

41 *"Bu kanunun amacı aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları koruma olduğu sevk gerekçesinde açıklanmıştır. Hatta Aile Mahkemesi, mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurusunun hemen ardından tanık yada karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlama yükümlülüğü de bulunmamaktadır. ... Görüldüğü üzere bu karar kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. …Geçici tedbir niteliğinde olan bu kararın itiraza tabi olmadığı da Kanunun Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında kabul edilmiş, kanun bu hali ile kesinleşmiştir. Şu halde 4320 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan kararları, …hakimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir."* **(2. HD., 12.07.2004, 2004/8367 E, 2004/9372 K.)**

42 *"4320 sayılı Kanundan doğan bir talep üzerine Aile Mahkemesinin hükmettiği tedbire*

5- Zorlama hapsi için üst sınır altı ay olarak belirlenirken, ilk seferde aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar, sonraki her tekrarda onbeş günden otuz güne kadar olacağı belirtilmiştir. Böylece zorlama hapsine karar verecek hâkimlerin takdir alanı daraltılarak uygulama birliğinin sağlanması kolaylaştırılmıştır. Buna benzer düzenleme hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları, özellikle *"müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi"* (m. 5/1-b) için de getirilmeliydi. Her ne kadar Kanun'un 8/2. maddesinde *"... resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir"* hükmü varsa da önce 3, 5, 6 ay olarak verilebilecek konuttan uzaklaştırılma tedbirinin süresinin daha sonra duruma göre azaltılması veya kaldırılması, doğabilecek olumsuzlukları önlemeyebilir. Bunun yerine ilk olay ve tekrarlanmasına göre kademeli olarak artan sürelerin öngörülmesi, hem uygulama birliği açısından, hem de psikolojik açıdan daha uygun olurdu.[43]

6- Zorlama hapsine karşı bir kanun yolu (itiraz) veya başka türlü bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Kanunkoyucu, eğer zorlama hapsine karşı herhangi bir kanun yolu öngörmediyse bunu açıkça belirmeliydi. Hukukta açıklık ve belirlilik ilkesi çok önem-

---

itiraz yolunun bulunmadığını kabul etmek pek çok zaman telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilir. Zira, boşanma ortamında eşler sağduyulu düşünemezler ve pek sıklıkla düşmanlık duyguları ile hareket ederler. Bunun böyle olmadığının ispatı her zaman eş yada eşlere fırsat olarak tanınmalıdır." (Köseoğlu, Bilal, Ailenin Şiddetten Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, Sayı:77, s. 338), "...koruma kararını öğrenen, şiddet uyguladığı ileri sürülen kişinin kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde aynı mahkemeden kararın yeniden incelenmesini isteyebileceği, başvurunun kararın uygulanmasını durdurmayacağı ve mahkemenin başvuruyu ciddi görmesi halinde, en hızlı biçimde karşı tarafa tebligat gönderilerek duruşma yapılacağı hususu yasaya eklenmelidir. (Karınca, Eray, Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Yıl:1, Sayı: 3, Ekim 2010, s. 337, 338)

43 Çünkü niteliği itibariyle zaten ne psikoloji, ne sosyoloji, ne de pedagoji veya kriminoloji ilmiyle bağdaşmayan, ceza kanunlarından asırlar önce çıkarılan *"sürgün"* cezası gibi bir tedbirin kabullenilmesi çok zordur. Medyaya yansıyan olaylara bakıldığında evden uzaklaştırılma tedbirinin şiddeti önlemeden çok, yeni şiddet olaylarına, hatta cinayet ve intiharlara neden olduğu görülmektedir. Sadece bu konuda ne kadar anket, söyleşi, araştırma yapılsa azdır.

lidir.[44] Anayasanın **"Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması"** başlıklı 40. maddesine göre, **"**Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 03/10/2001-4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."

Aksi halde mevcut düzenleme Anayasa'nın 2. maddesindeki *"hukuk devleti"* ve 36. maddesindeki *"adil yargılanma hakkı"* ilkelerine aykırı olacak, *"savunma hakkı"* ile *"hak arama hürriyeti"* kısıtlanmış olacaktır.

7- Kanun'a *"koru, önle, uyar, hapset"* mantığı hakimdir. Tabii ki işin *"asılını faslını"* araştırarak zaman kaybedilmeyecek acil durumlarda mağdur korunacak, şiddet önlenecek, şiddet uygulayan uyarılacak ve gerekirse hapsedilecektir. Ancak özellikle aile içi şiddet olaylarında koruyucu ve/veya önleyici tedbirler alındıktan sonra işin aslı esası araştırılıp sorun doğru teşhis edilmezse, çözüm tedavi edici olmayacaktır. Bu açıdan hiç olmazsa aile içi şiddet olaylarında Kanun'un 15/3. maddesi uyarınca şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri kapsamında şiddet uygulayan kişi hakkında sosyal araştırma raporu hazırlanıp sunulması zorunlu kılınmalı, hâkimin takdirine, talebine bağlı tutulmamalıdır.

8- Kanun'un 20. maddesine göre *"Bakanlık, …şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir."* Burada *"idarî, cezaî, hukukî her tür dava"* ifadesi yeterliyken ayrıca *"çekişmesiz yargı"* ifadesinin kullanılmış olması fazlalık olmuştur. Çünkü çekişmesiz davalar da bir tür hukuk davalarıdır[45] ve *"idarî, cezaî, hukukî her tür dava"* ifadesinin içindedir.

---

44 Nitekim tebliğin sunulduğu sempozyuma katılan Cumhuriyet savcıları ile Aile Mahkemesi Hâkimleri, zorlama hapsinin itiraza tabi olup olmadığı, dolayısıyla hangi aşamada infaz edileceğinin kendileri açısından en belirsiz husus olduğunu dile getirmişlerdir. Bu hususun ileride yargısal kararlarla açıklığa kavuşturulacağı ve uygulama birliğinin sağlanacağı düşünülebilirse de bunun ancak yıllar sonra olabileceği, bu arada uygulamada haksız yere çok insanın zorlama hapsine tabi tutulacağı unutulmamalıdır.

45 HMK'nun 382. maddesinde "çekişmesiz yargı"ya konu olan dava ve kararlar tek

Sonuç

Yanlış inanç ve geleneklere dayanan alışkanlıklar, kanun zoruyla da olsa kolayca değiştirilememektedir. Geçmişten günümüze devam eden başlık parası, töre cinayetleri, düğünlerde israf gibi uygulamalar varlığını sürdürmektedir. Şiddet ise önlenemediği gibi dozunu arttırmakta ve yaygınlaşmaktadır. Çünkü fert, toplum ve devlet olarak aynı yanlışı sürdürerek tek eğitim aracı olarak yasaklamayı ve cezalandırmayı seçmekteyiz. Bu açıdan Kanun'un aile içindeki şiddete karşı yetersiz kalacağını ve olumsuz sonuçlar doğurabileceğini, *"şiddetle"* sarsılan aile birliğinin, bu Kanun'a göre isabetsizce verilmiş tedbir ve zorlama hapsinin bir çeşit artçı şok etkisi yapmasıyla aile birliğini olumsuz etkileyebileceğini düşünüyorum. Ancak yasama organının görevi kanun çıkarmak, yargının görevi ise uygulamaktır. Hâkim ve Cumhuriyet savcıları, beğenmese de mevcut yasaları uygulamakla görevlidir. Kanun'da öngörüldüğü gibi, şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararlarının **insan onuruna yaraşır** bir şekilde yerine getirilmesine özen gösterilmelidir (m. 1/2-c).

Bu Kanun bir *"Yengeç Kanun"* olmamalı ve şiddeti tırmandırmamalıdır. Tedbir olarak verilebilecek onlarca seçenek varken, hemen ilk anda ve Kanun'un tanıdığı en üst sınırı esas alarak bir kimsenin 6 ay süreyle evinden uzaklaştırılmasına karar verilmesi ne psikoloji, ne sosyoloji, ne de kriminoloji ilmiyle izah edilebilir. Bu gibi kararların, intihar, cinayet ve hatta toplu katliamlara neden olduğu medya arşivlerinde saklıdır.

Kanun uygulamada hata kabul etmeyecektir. Ancak her şeyden önce yukarıda belirtildiği gibi Kanun'daki *"koru, önle, uyar, hapset"* mantığı buna engeldir. Ali Fuat Başgil'in ifadesiyle *"en iyi kanun bile acemi ellerde bir zulüm kılıcı haline gelir."* Şu husus çok önemlidir ve mutlaka araştırmacılara yol gösterecek şekilde istatistikleri tutulmalıdır: Hakkında tedbir kararı verilen (şiddet uygulayan) hakkında kaç olayda Kanun'un 15/3. maddesi uyarınca destek hizmetleri sunulmuştur? Her bir destekleyici hizmetten elde edilen sonuçlar nedir? Zorlama hapsine tabi tutulan kimseler bundan sonra ne yapmıştır? Bir başka

---

tek sayılarak gösterilmiştir. Uygulamada çekişmesiz yargı davasına katılma (müdahil olma) pek rastlanan bir durum değildir.

ifadeyle tedbir kararı, destekleyici hizmet ve zorlama hapsi şiddet uygulayan üzerinde caydırıcı olabilmiş midir? Sağlıklı bir veri tabanı oluşturularak bu soruların cevabı belli aralıklarla kamuoyuyla paylaşılmalıdır.

Sadece aile içinde ve kadına yönelik değildir şiddet. Şiddet sokakta, trafikte, işyerinde, kışlada. Dahası hiç olmaması gereken okulda, yurtta, huzurevinde, hastanede... şiddet her yerde. Bunun analizi iyi yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

Akın, Ali, "*Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış"* Adalet Dergisi, sayı 30, (www.yayin.adalet.gov.tr)

Bayraktar, Köksal; Eroğlu, Fulya; "*Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme*"**,** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Cilt VIII, Sayı: 2 (2011), Cilt IX, Sayı: 1 (2012)

Beyazıt, Özgür; Beyazıt, Arzu; 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler, Adalet Dergisi, Sayı: 40, Mayıs 2011

Karınca, Eray, Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Yıl:1, Sayı: 3, Ekim 2010

Köseoğlu, Bilal, Ailenin Şiddetten Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:77, Temmuz-Ağustos 2008

Moroğlu, Nazan, "*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi*", http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf

Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları (Aralık 1993- Aralık 1994)" T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 2. Baskı, Aralık 2000

Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele, Yayına Hazırlayan: Moroğlu, Nazan, CM Basım Yayın, Genişletilmiş 2. Baskı, Mart 2012, İstanbul

Örf ve Adetlerimiz (21. Yüzyılın Eşiğinde-Türk Töresi), T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 1997, Ankara

Ruhi, Ahmet Cemal; Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması, 2004, Erzincan, AÜEHFD, cilt: VIII, sayı: 1–2.

Şener, Ülker, "*6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?*" Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı-TEPAV (www.tepav.org)

Uğur, Hüsamettin; Uluslararası Sözleşmeler ve AİHM Kararları Işığında Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Gayrıresmi Evlilikler Hakkında Yargıtay Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 34, Haziran 2009

ADALET VE İÇİŞLERİ BAKANLIKLARININ KURUMSAL ETKİNLİĞE KAVUŞTURULABİLMESİ İÇİN ÖNERİLER

PROPOSALS FOR ESTABLISHING ORGANIZATIONAL EFFECTIVENESS FOR THE MINISTRY OF JUSTICE AND MINISTRY OF INTERIOR

Hasan DURSUN*

Özet: Türkiye'de tüm kamu organlarının çağcıl ilkeler doğrultusunda kurumsal olarak yeniden yapılandırılmasına büyük gereksinim bulunmaktadır. Bahsedilen yeniden yapılandırmanın başarılabilmesi için Japonya'da yapıldığı gibi Başbakan başkanlığında kamu yönetimi reformu konseyi kurulmalıdır. Yeniden yapılandırma sürecinde, Adalet Bakanlığının adaleti yönetmeye değil lojistik destek vermeye, İçişleri Bakanlığının ise güvenlikten ziyade kamu yönetimi görevlerine odaklanması tasarlanmalıdır.

Anahtar Sözcükler: Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kurumsal Yeniden Yapılanma, Kamu Yönetimi Reformu.

Abstract: There are huge needs to institutional reorganization all Turkish public administrations on lighting modern principles. To attain aforementioned reorganization with the head of Prime Ministry a public administration reform council has to be established as it was in Japan. In reorganization process, it has to be designed that Ministry of Justice not to administer the justice and give to her logistical supports and Ministry of Interior has to be filled with public administration duties rather than security.

Key Words: Ministry of Justice, Ministry of Interior, Institutional Reorganization, Public Administration Reform.

61. Hükümet Programı'nda; bakanlıkların yeniden düzenlenmesi başta olmak üzere önümüzdeki dönemde merkezi idare reformlarına ağırlık verileceği, *"idarenin bütünlüğü ilkesinden"* hareketle, bir yandan yerel yönetimleri hizmet odaklı bir anlayışla daha da güçlendirirken, diğer yandan merkezi idarenin strateji geliştirme, standart koyma, izleme ve denetleme fonksiyonlarının geliştirileceği ifade edilmektedir.[1]

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Doktora Öğrencisi.

Hükümet Programı'nın bu ifadesinden kamu yönetimi reformunun yapılacağı ima edilmektedir. Ülkede bir kamu yönetimi reformu yapılmasına mutlak gereksinim bulunmasına karşın söz konusu programda yazılan hususlar bizce çok fazla bir anlam ifade etmemektedir. Zira kamu yönetimi reformu bu zamana kadar neredeyse tüm Cumhuriyet hükümetlerinin programlarında yer almasına karşın[2] uygulamaya yansımamış dolayısıyla başarısız kalmıştır. Uygulamaya yansımayan veya gerektiği ölçüde yansımayan kamu yönetimi reformunun metinlerde yer almasının fazla bir kıymetinin olmadığı ortadadır.

3 Kasım 2002 seçimleriyle kurulan AKP hükümetleri dönemlerinde de konuya eylem planlarında bile yer verilmesine karşın kamu yönetimi reformu yapılamamıştır. Gerçekten de 58 ve 59 uncu Hükümetlerin Acil Eylem Planının Kamu Yönetimi Reformu kısmının KYR-18 kod numaralı eyleminde "*Devlette Genel Kurumsal Yapının Gözden Geçirilmesi çalışması yapılarak kamu yönetimini düzenleyen temel kanunların değiştirilmesine yönelik düzenlemeler gerçekleştirilecek*" şeklinde bir hüküm öngörülmüş, hükmün açıklama kısmında ise "*Bu değişikliklerin temel amacı, kamu yönetimini vatandaş ve sektör odaklı olarak yeniden yapılandırmak ve kamudaki teşkilat yapısını sadeleştirerek karar alma sürecini hızlandırmak ve kamu harcamalarını azaltmaktır. Hükümet programında detaylı olarak ifade edilen, devletin değişen rolüne uygun olarak tüm kamu kurum ve kuruluşlarının görev, yetki ve işlevlerinin gözden geçirilerek kurumların asli görevlerini yerine getirmelerinin sağlanacağı bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir. Bu çalışmanın sonucuna göre, Bakanlık düzeyinde de olmak üzere bazı kuruluşların kaldırılması, bazılarının birleştirilmesi ve bazı yeni kuruluşların da oluşturulması gerecektir*" şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir.

KYR-18 kod no'lu eyleminin gerçekleştirilmesi; bir başka deyişle, devletin kurumsal yapısının yeniden yapılandırılmasına yönelik düzenlemelerin 1 yıl içerisinde bitirilmesi öngörülmesi ve bu sürenin 3 Aralık 2003 tarihinde dolmasına rağmen bu zamana kadar Devletin kurumsal yapısına dönük olarak genel bir düzenleme yapılamamış, sadece bazı bakanlıkların kurumsal yapısı konusunda o da yapay ol-

---

1 Bkz. 17 Temmuz 2011 tarih ve 27997 sayılı Resmi Gazete, s. 10.

2 Hükümet programlarında kamu yönetimi reformu konusunda yer alan hükümler konusunda bilgi için bkz. Acar Muhittin. Hükümet Programları ve Kalkınma Planlarında Kamu Yönetimi Yaklaşımları, DPT Yayınları, Ankara 1991.

mak üzere bir takım düzenlemeler[3] yapılmıştır. Ancak bu zamana kadar yapılmış olan düzenlemeler yetersiz ve kısmi olup, devletin genel kurumsal yapısının yeniden düzenlenmesine olan gereksinim artarak büyümektedir.

12 Haziran 2012 tarihinde yapılan milletvekili seçimlerinden çok kısa bir süre önce[4] devlet bakanlıklarının kaldırılması ve Aile ve Sosyal Politikalar,[5] Avrupa Birliği,[6] Bilim, Sanayi ve Teknoloji,[7] Çevre, Orman ve Şehircilik,[8] Ekonomi,[9] Gençlik ve Spor,[10] Gıda, Tarım ve Hayvancılık,[11] Gümrük ve Ticaret,[12] Kalkınma[13] Bakanlıkları ile Doğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi ile Konya Ovası Projesi Bölge Kalkınma İdare Başkanlıkları'nın[14] kurulması da kamu yönetiminde bir reform sayılamaz. Çünkü yapılan bu düzenlemeler kamu yönetimine bütüncül bir açıdan yaklaşılması yerine kısmi nitelikteki düzenlemelerdir.

Kanımızca Türkiye'de kamu yönetimi reformunun yapılamamasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, merkezi idare ile yerel yönetimler arasındaki reform konusundaki ayrılmaz birlikteliğin göz ardı edilmesi ve olaya bütüncül açıdan yaklaşılamamasıdır. Daha

---

3 Örneğin, 16.4.2003 tarih ve 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Kültür ve Turizm Bakanlıklarının birleştirilmesi.

4 Az sonra bahsedilecek olan bakanlıklar ile idarelerin teşkilatına dair kanun hükmünde kararnamelerin seçimden 4 gün önce, daha açık olarak 8 Haziran 2011 tarih ve mükerrer 27958 sayılı Resmi Gazetede yayımlanması siyasal etik açısından uygun olmamıştır. Zira bu KHK'lerin yayımlanmasından dört gün sonra Türkiye'de milletvekili seçimi yapılmıştır. Çok kısa süre sonra seçim yapılacak bir ortamda bu şekilde teşkilat düzenlemelerinin yapılması siyasi etik açısından yerinde olmadığı gibi kamu yönetimi açısından da yerinde değildir. Siyasal etik açısından yerinde değildir, zira seçimin sonucundan önceden tam olarak emin olmak olanaklı olmadığından seçim sonrası böyle bir düzenlemenin yapılması gerekirdi. Kamu yönetimi açısından uygun değildir çünkü bu şekildeki organizasyon düzenlemelerinin geniş bir şekilde tartışılıp ondan sonra KHK ile değil kanunla yasalaştırılması yoluna gidilmesi gerekirdi.

5 3.6.2011 tarih ve 633 sayılı KHK.

6 3.6.2011 tarih ve 634 sayılı KHK.

7 3.6.2011 tarih ve 635 sayılı KHK.

8 3.6.2011 tarih ve 636 sayılı KHK.

9 3.6.2011 tarih ve 637 sayılı KHK.

10 3.6.2011 tarih ve 638 sayılı KHK.

11 3.6.2011 tarih ve 639 sayılı KHK.

12 3.6.2011 tarih ve 640 sayılı KHK.

13 3.6.2011 tarih ve 641 sayılı KHK.

14 3.6.2011 tarih ve 642 sayılı KHK.

açık bir deyişle, devletin genel kurumsal yapısının yeniden düzenlenmesine ilişkin çalışmalarda göz önüne alınması gereken nokta; devletin genel kurumsal yapısı ile yerel yönetimler arasında birbirinden ayrılmaz bir bağın bulunmasıdır. Bu çerçevede, özeksel (merkezi) idare tarafından yürütülmekte olan bir kısım hizmetler yerel yönetimlere devredilmelidir. Bir başka deyişle, kamusal hizmetlerin özeksel yönetimden yerel yönetimlere doğru aktarılması ilkesi dikkate alınarak özeksel yönetimden yerel yönetimlere yetki ve görev aktarımı sağlanmalıdır. Yerel yönetimlere yetki ve görev aktarımı sağlanmadan devletin genel kurumsal yapısını etkin bir şekilde düzenlemek olanaklı gözükmemektedir. Ancak, Türkiye'de yerel yönetimler oldukça zayıf bir konumda bulunduğundan yetki ve görev aktarımı yapılmadan önce yerel yönetimleri yönetsel ve mali açılardan güçlendirecek önlemlerin alınması gerekmektedir. Daha somut bir deyişle, bu hizmetlerin yerel yönetimlerce verilmesine ilişkin devir gerçekleştirilirken, yerel yönetimlerin personel, örgüt, görev ve yetki açısından yerinden yönetim ilkesine uygun olarak güçlendirilmesi, özeksel yönetimin taşra kuruluşlarında görev yapan personel ile ödenek, araç ve gereçlerin de yerel yönetimlere aktarımı sağlanması gerekir.[15]

Diğer yandan, devletin kurumsal yapısını etkin kılabilmek açısından yerel yönetimler temelinde bir takım yapısal önlemlerin alınması da kaçınılmaz gözükmektedir. Öncelikle Türkiye'de il ve ilçelerin kurulması nesnel bir takım ölçütlere (en az nüfus miktarı, yüzölçümü, ilçe sayısı gibi) bağlanılmalı ve sadece bu ölçütlere uyan yerleşim yerleri il ve ilçe olarak kabul edilmelidir. İl ve ilçeler bu şekilde belirlendikten sonra illerde, il özel idareleri kaldırılarak valinin başkanlığında İl Yerel Yönetimi kurulmalı, ilçelerde ise kaymakamın başkanlığında İlçe Yerel Yönetimi kurulmalı, bucak uygulamasına ise son verilmelidir.[16]

Türkiye'de kamu yönetimi reformu çabalarının başarısız olmasının ikinci nedenini, kararlı bir siyasi iradenin bulunmaması oluşturur. Bu bağlamda, kamu yönetimi reformunun yapılacağının hükümet

15 Bu konularda geniş bilgi için bkz. Kamu Yönetimi Araştırması (kaya) Yerel Yönetimler Araştırma Grubu Raporu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1992, s. 53-67.

16 Yerel yönetim reformunun nasıl olması gerektiği konusunda fazla bilgi için bkz. Yerel Yönetimler Taslağı, TÜSİAD, Yayın No. TÜSİAD-T/97-207, İstanbul 1997, s. 40-52, 89-91.

programlarında yer alması siyasal iradenin bulunduğunu göstermez. Kanımızca, kararlı bir siyasal iradenin bulunduğundan bahsedebilmek için Japonya'da olduğu gibi başbakanın başkanlığında ve başbakanın idari reform konusunda uzman kişilerden seçeceği bir reform konseyi kurulmalı ve o konseyin önerileri doğrultusunda kamu yönetimi reformuna girişilmelidir.[17]

Bu incelemede, Japonya'da adalet ve içişleri konularında yapılan kurumsal düzenlemelerden Türkiye'ye nasıl uyarlanabileceği konusunda bir denemeye girişilecektir. Bu bağlamda, önce, Adalet ve İçişleri Bakanlıklarının görevleri ve kurumsal yapıları incelenecek ve söz konusu bakanlıkların kurumsal yapısının etkinleştirilmesi yönünde bir takım önerilerde bulunulacaktır. İncelemede, Adalet ve İçişleri Bakanlıklarının seçilmesinin nedeni, adalet ve iç işleri hizmetlerinin etkin bir şekilde sunumunda kurumsal örgütlenmenin iyi bir şekilde düzenlemesinin yaşamsal bir önem taşıması ve söz konusu iki bakanlığın birbirleriyle yakın bir işbirliği ve dayanışma yoluyla görevlerini yapmaları zorunluluğudur.

I- ADALET BAKANLIĞI

Bu kısımda Adalet Bakanlığı'nın teşkilatı ve görevleri, ana hizmet birimleri, diğer kurumsal yapısı ile adalet hizmetlerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için söz konusu bakanlık temelinde alınması gereken kurumsal önlemlere yer verilecektir.

1-a) Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri

Adalet Bakanlığının teşkilat ve görevleri; 29.3.1994 tarih ve 2992 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Kanunun adı, Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'dur. Kanuna göre, Adalet Bakanlığı teşkilatı; merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlardan oluşmaktadır. Adalet Bakanlığının bağlı kuruluşları, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ile Adli Tıp Kurumu olup, ilgili kuruluşu Türkiye Adalet Akademisi'dir.

---

17 Japonya'daki idari reform konseyinin yapısı hakkında bkz. Dursun Hasan. Japon Merkezi İdare Yönetimi, DPT Yayınları, Ankara, 1999, s. 117.

Kanun ile Adalet Bakanlığı'na aşağıdaki hususlar görev olarak yüklenmiştir;

a) Kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak, ceza infaz ve ıslah kurumları, icra ve iflas daireleri gibi her derece ve türdeki adalet kurumlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek,

b) Bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konularında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na teklifte bulunmak,

c) Kamu davasının açılması ile ilgili olarak kanunların Adalet Bakanına verdiği yetkinin kullanılması ile ilgili çalışma ve işlemleri yapmak,

d) Avukatlık ve Noterlik Kanunlarının Bakanlığa verdiği görevleri yapmak,

e) Adli sicilin tutulması ile ilgili hizmetleri yürütmek,

f) Türk Ticaret Kanunu ile Ticaret Sicili Tüzüğünün Bakanlığa verdiği görevleri yapmak,

g) Adalet hizmetlerine ilişkin konularda, yabancı ülkelerle ilgili işlemleri yerine getirmek,

h) Adalet hizmetleriyle ilgili konularda, gerekli araştırmalar ve hukuki düzenlemeleri yapmak, görüş bildirmek,

i) Bakanlıklarca hazırlanan kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarının Başbakanlığa gönderilmesinden önce Türk hukuk sistemine ve kanun yapma tekniğine uygunluğunu incelemek,

j) İlgili mevzuat hükümlerine göre infaz ve ıslah işlerini düzenlemek,

k) İcra ve iflas daireleri vasıtasıyla, icra ve iflas işlemlerini yürütmek,

l) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır.

b) Adalet Bakanlığının Ana Hizmet Birimleri

Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda, Adalet Bakanlığının ana hizmet birimleri şu şekilde gösterilmektedir;

a) Ceza İşleri Genel Müdürlüğü

b) Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
c) Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü
d) Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü
e) Kanunlar Genel Müdürlüğü,
f) Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
g) Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü

Bakanlığın ana hizmet birimlerinin görevleri; 2992 sayılı Kanunda gösterilmiştir.

c) Adalet Bakanlığının Danışma ve Denetim Birimleri ile Yardımcı Birimleri

Adalet Bakanlığı'nın danışma ve denetim birimleri 3 adet olup 2992 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinde, yardımcı birimleri ise 7 adet olup Kanun'un 17 nci maddesinde sayılmıştır.

d- Adalet Bakanlığı'nın Kurumsal Etkinliğe Kavuşması Yönünde Öneriler

1- Adalet Bakanlığının mevcut kurumsal yapısı; yargı bağımsızlığı ilkesine aykırıdır. Adalet Bakanlığı'nın kurumsal yapısının yargı bağımsızlığı ilkesine uygun bir hale getirebilmek için; Adalet Bakanlığı'nın organizasyonel yapısının yargıya lojistik destek veren bir konuma sokulması mutlak bir gereksinimdir. Adalet Bakanlığı ismi adaletin yönetimi gibi bir anlam taşıdığından Adalet Bakanlığı'nın isminin Adli İşler Bakanlığı olarak değiştirilmesi gerekir. Bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığı tarafından, değil adaletin yönetilmesi adalete yapılabilecek en küçük bir etkinin bile adaleti bozmak için yeterli olduğu unutulmamalıdır.

2- Türkiye'de yargı bağımsızlığını sağlayabilmek için yargı birliğine geçilmesi mutlak bir gereksinimdir. Yargı birliğini sağlayabilmek için Sayıştay'ın yargı organı niteliğinin kaldırılması; Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kaldırılması, temyiz mahkemesi olarak sadece, o da ismi Türkiye Temyiz Mahkemesi değiştirilmek kaydıyla Yargıtay'ın bırakılması gerekir.

Yargı birliğine geçildikten sonra; Türkiye Temyiz Mahkemesine bağlı olarak Japonya'da olduğu gibi, Türkiye Adalet Akademisinin ismi değiştirilerek Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsü, Adalet Memurları Eğitim ve Araştırma Enstitüsü, Tecil ve Koşullu Salıverilme Görevlileri Eğitim ve Araştırma Enstitüsü şeklinde 3 adet enstitünün kurulması gerekir.[18]

Yine yargıçlar hakkında not verme ve yer değiştirme uygulamasından vazgeçilmeli, ayrıca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görevleri ile yargısal yönetim ile yargı alanında ilkeler belirleme görevleri, Türkiye Temyiz Mahkemesine bırakılmalıdır.[19]

3- Savcılık kaldırılmalı, savcılığın yerine kurulması gereken Sav Avukatlığı Kurumunun ise Adalet Bakanlığı ile her türlü ilişkisinin kesilerek Polis Teşkilatının ilgili olduğu devlet bakanlığı ile ilişkilendirilmesi gerekir. Bu önerinin gerekçesi aşağıda ayrıntılı olarak anlatılmaktadır.

4- Adalet Bakanlığı'nın bütün danışma ve denetim birimleri ile Maliye Bakanlığı Muhakemat Genel Müdürlüğü kaldırılarak onların yerine Adli İşler Bakanlığında genel sekreterlik oluşturulmalıdır. Genel sekreterlik altında; Sekreterlik Hizmetleri Dairesi, Personel Dairesi, Finans Dairesi, Dava Planlama ve Eşgüdüm Dairesi, Hukuk Davaları Dairesi, İdari Davalar Dairesi, Vergi Davaları Dairesi, Fikri Haklar Davaları Dairesi, Gönenç Dairesi Başkanlıkları şeklinde 10 adet daire başkanlığı oluşturulmalıdır.[20]

Genel Sekreterlik; Bakanlığın tüm genel müdürlükleri ile diğer birimlerinin işleri arasında genel bir eşgüdüm sağlamalı, mahkeme, cezaevi ve diğer birimlerin yapılması ve onarım işleriyle uğraşmalı ve Hazineyi ilgilendiren hukuki ve idari davaların takibi işleriyle uğraşmalıdır.[21]

5- Adalet Bakanlığı'nın Hukuk ile Ceza İşleri Genel Müdürlüğü dışında bütün ana hizmet birimleri kaldırılarak; Bakanlık bünyesinde;

---

18 Krş., Justice in Japan Supreme Court of Japan, General Secretariat of the Supreme Court of Japan, 2003,s. 8.

19 Karşılaştırma ve fazla bilgi için bkz. Justice in Japan Supreme Court of Japan, s. 7 vd.

20 Krş., Organization of The Government of Japan, Administrative management Bureau, Ministry of Public Management, Home Affairs, Post and Telecommunications, Tokyo 2002, s. 51.

21 Organization of The Government of Japan, s. 51.

Yargısal Sistem Genel Müdürlüğü, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Islah Genel Müdürlüğü, Rehabilitasyon Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Göç ve Göçmen Genel Müdürlüğü şeklinde 7 adet ana hizmet birimi kurulmalıdır.[22]

6- Adli İşler Bakanlığı bünyesinde kurulması gereken Yargısal Sistem Genel Müdürlüğü; yargısal sistem ve diğer sistemlerle ilgili kanun ve diğer düzenleyici işlemlerin hazırlanması, araştırılması ve çalışmalar yapmakla görevli kılınmalıdır. Bunun yanında, Genel Müdürlük, Bakanlığın çalışma alanı ile ilgili işlerde yayınlanan kanun ve diğer düzenleyici işlemler ile mahkeme kararlarını toplama ve güncelleştirme işiyle uğraşmalıdır.[23]

7- Adli İşler Bakanlığı bünyesindeki Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü; nüfus kütüklerinin tutulması, şirket ve emlakçılar ile noterlerin kayıt işiyle uğraşmalı ve hukuk işleriyle ilgili mevzuat ve yönetsel talimatların hazırlanması işiyle görevli kılınmalıdır.[24]

8- Adli İşler Bakanlığı bünyesindeki Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ise ceza hukuku ile ilgili yasa ve diğer mevzuatın taslağını hazırlama işiyle uğraşmalı, ceza soruşturmalarındaki karşılıklı uluslararası yardım işleriyle suçluların ve kaçakların geri verilmesi işleriyle görevli kılınmalıdır.[25]

9- Adli İşler Bakanlığı bünyesinde kurulması gereken Islah Genel Müdürlüğü; mahkemece bir sosyal hizmet kurumuna yatırılması öngörülen suçlu çocukların söz konusu kuruma teslimi, mahkemece suç işleyen çocukların tanı ve sınıflandırma için bir kuruma gönderilmesinin istendiği durumlarda o istemi yerine getirilmesi, "*rehberlik önlemleri*" arasında yer alan, kadınların, Kadın Rehberlik Kurumuna teslimi işlerini yürütmek ve mahkemenin huzurunu bozan kişilere karşı mahkemenin verdiği tutma kararının gereğini yerine getirilmesi gibi mahkemenin çeşitli ceza emirlerinin yerine getirilmesini de içeren suç faillerinin yaptırıma ve önleme tabi tutulması konusundaki işlerini yapmakla görevli kılınmalıdır.[26]

---

22 Geniş bilgi için bkz. Organization of The Government of Japan, s. 51-53.
23 Geniş bilgi için bkz. Organization of The Government of Japan, s. 51.
24 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 51.
25 Krş., Organization of The Government of Japan, s. 51-52.
26 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 52.

10- Adli İşler Bakanlığı bünyesinde kurulması gereken bir diğer genel müdürlük Rehabilitasyon Genel Müdürlüğü olmalıdır. Rehabilitasyon Genel Müdürlüğü; cezası ertelenen ile şartla salıverilen mahkûmlar üzerinde gözetim ve denetimle ilgili işleri yapmalı, cezaevi yerine bir kuruma yerleştirilen kişilerin çevreye uyumunun ön hazırlık işleri ile erken salıverilen kişilerin çevresel uyumlarına yardımcı olmalı ve cezasını çeken mahkumların acil *"iyileştirme"* (rehabilitasyon) gereksinimlerini karşılamakla görevli kılınmalıdır. Bunun yanında Genel Müdürlük, mahkûmlara özel af çıkarılması konusundaki işleri yapmakla görevlendirilmeli ve söz konusu genel müdürlük suç önleme kampanyası ve diğer faaliyetleri de düzenlemelidir.[27]

3.7.2005 tarih ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile kurulan Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurullarının kaldırılarak Adli İşler Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak Japonya'da olduğu gibi Suçluları Rehabilitasyon Özeksel (Merkezi) Komisyonu da kurulmalıdır. Komisyonun görevi; özel af, cezanın hafifletilmesi, cezanın çektirilmesinden vazgeçilmesi, belirli kişilerin haklarının iade edilmesi konularında Adli İşler Bakanlığına görüş vermeli, Adli İşler Bakanlığının taşra örgütü olarak kurulması gereken erteleme ve koşulla salıverilme bürolarının verdiği kararları gözden geçirme yetkisiyle donatılmalıdır. Söz konusu komisyon; Adli İşler Bakanlığı tarafından önerilecek ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onanacak beş üyeden oluşmalı ve kararlarını oy çokluğu ile almalıdır. Komisyonun üyelerinin siyasal tarafsızlığını sağlamak için en fazla üçü daha önce aynı siyasi partiye üye olabilmelidir. Bununla birlikte, Komisyon bağımsız bir şekilde görev yapmalı ve Adli İşler Bakanlığına serbest bir şekilde tavsiyeler önerebilmeli ve kararlarını kolaylıkla iletebilmelidir.[28]

11- Başbakanlığa bağlı olan İnsan Hakları Başkanlığı kaldırılarak, Adli İşler Bakanlığı bünyesinde İnsan Hakları Genel Müdürlüğü kurulmalıdır. İnsan Hakları Genel Müdürlüğünün Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmasının birçok haklı nedeni bulunmaktadır. Bunlardan iki-

27 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 52.
28 Bkz. Criminal Justice in Japan, Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI), Tokyo Tarihsiz, s. 10.

sine burada değinilecektir. Birincisi, çağcıl ülkelerin birçoğunda Adalet Bakanlığının, hukuk devleti ilkesinin ülkede tam olarak gerçekleştirilmesinden birinci derecede sorumlu bir organı olarak, insan haklarının korunması yönünde çaba göstermesi gereğidir. Diğer gerekçe ise şudur: Anayasa'nın 112 nci maddesi gereği başbakanın görevi; bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini sağlamaktır. Buna rağmen günümüzde Başbakanlık bünyesinde birçok ana hizmet birimi kurulmuş ve çeşitli kuruluşların Başbakanlığa bağlı ve ilgili kuruluş olarak ilişkilendirilmesi yoluna gidilmiş, kısacası Başbakanlık bir hizmet bakanlığına çevrilmiştir. Başbakanlığın hizmet bakanlığına dönüşmesi yüzünden başbakanlar anayasal görevlerini etkin bir şekilde yerine getirememektedirler. Bu açıdan İnsan Hakları Başkanlığının, Başbakanlıktan çıkartılması yerinde olacaktır.

İnsan Hakları Genel Müdürlüğü; insanların temel haklarını korumak, insan hakları ihlallerini soruşturmak ve gerekli önlemleri almak, insan hakları alanında danışmanlık hizmeti vermek, insan haklarına saygı konusunda kişileri aydınlatıcı çalışmalara destek vermek ve davanın taraflarından yoksul olanlara verilen hukuki yardımları yönetmek gibi görevlerle donatılmalıdır.[29]

12- İçişleri Bakanlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nün göç ve göçmenler konusundaki yetkileri kaldırılarak; Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulması gereken Göç ve Göçmen Genel Müdürlüğüne devredilmesi yerinde olacaktır. Göç Genel Müdürlüğü; yabancılar ile Türkiye'ye giriş ve çıkış yapan kimselerin giriş ve geçiş iznini vermek, Türkiye'de ikamet eden yabancıların oturum durumlarını incelemek, sınır dışı etme, mülteci statüsünün tanınması ve yabancıların kayıt edilmesi gibi göç ve göçmen sorunlarıyla uğraşmakla görevli olmalıdır.[30]

13- 3.7.2005 tarih ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile adalet komisyonunun bulunduğu yerlerde oluşturulan denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlükleri ile koruma kurullarının kaldırılarak Adli İşler Bakanlığının taşra örgütü olarak bölgesel ve yerel nitelikte erteleme ve koşullu salıverilme örgütleri kurulmalıdır. Japonya'da olduğu gibi bölgesel ve yerel örgütlerde çalışacak görevliler için nitelik, eğitim

29 Organization of The Government of Japan, s. 52.
30 Organization of The Government of Japan, s. 52-53.

ve statü olarak aynı koşullar aranmalıdır. Daha somut bir deyişle, Japonya'da olduğu gibi bölgesel ve yerel erteleme ve koşullu salıverilme örgütlerinde çalışacak kamu görevlileri liyakat esasına göre Adli İşler Bakanlığı tarafından istihdam edilmeli ve görevlilerini, Kamu Personeli Seçme Sınavından (KPSS) geçer not alan psikolog, pedagog, sosyoloji, hukuk veya kamu yönetimi mezunları oluşturmalıdır.[31]

14- Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsüne alınacak hukukçuları seçme işiyle uğraşmak üzere, Adli İşler Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak Hukukçuların Sınav Yönetimi Komisyonu kurulmalıdır. Söz konusu komisyonun görevi, Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsüne kabul edilecek hukukçuların sınavıyla ilgili işleri yürütmek olmalıdır.[32]

2- Adli Tıp Kurumu

Adli Tıp Kurumu'nun görev ve yetkileri 14.4.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile düzenlenmiştir. Kurum Adalet Bakanlığı'na bağlıdır. Bu kısımda; Adli Tıp Kurumunun görevleri ile adli tıp hizmetlerinin etkinliğe kavuşturulması yönünde alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

a) Adli Tıp Kurumunun Görevleri

14.4. 1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 2 inci maddesine göre Adli Tıp Kurumu'nun görevleri şunlardır;

a) Mahkemeler ve hâkimlikler ile savcılar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşleri bildirmek,

b) Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini Tıpta uzmanlık Tüzüğü çerçevesinde vermek,

c) Adli tıp ve adli bilimler alanlarında çalışmaları yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adli tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,

d) Adli tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermektir.

---

31 Krş., Criminal Justice in Japan, s. 10-11.

32 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 53.

b- Adli Tıp Kurumu Hakkında Öneriler

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın merkezi günümüzde İstanbul'da kurulmuş bulunmaktadır. Başkentin tanımı gereği bir kamu kurum veya kuruluşunun merkezi Ankara'da olmalıdır. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın merkezinin İstanbul'da bulunması Anayasanın 3. Maddesinin son fıkrasında ifade edilen Türkiye Cumhuriyetinin başkentinin Ankara olduğu kuralına açıkça aykırıdır.[33]

Yargıç veya Cumhuriyet savcılarının istemi üzerine adli tıpla ilgili konularda resmi bilirkişi makamı olan Adli Tıp Kurumu, günümüzde Adalet Bakanlığı'nın bağlı bir kuruluşu olarak örgütlenmiştir. Her ne kadar bilirkişinin verdiği görüş ve mütalaa yargıcı bağlamasa da uygulamada Adli Tıp Kurumu'ndan alınan görüş ve mütalaaların neredeyse tamamı yargıçlar tarafından bağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Verdiği görüş ve mütalaaların neredeyse tümü yargıçlar tarafından bağlayıcı olarak kabul edilen Adli Tıp Kurumu'nun Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapması, Kurum'un tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Diğer yandan, tıp hizmetleri ile adli tıp hizmetleri arasında birbirinden ayrılmaz ölçüde bir bağ bulunduğundan adli tıp örgütlenmesi ile genel tıp örgütlenmesinin beraber olarak düşünülmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir. Bu açıdan Adli Tıp Kurumu'nun, Sağlık ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıkları yerine kurulması gereken Sağlık, Çalışma ve Gönenç Bakanlığı ile ilişkilendirilmesi daha yerinde olacaktır.

Adli Tıp Kurumu hizmetlerinin en tarafsız bir biçimde yürütüldüğü konusunda kanı oluşturabilmek için Adli Tıp Kurumu'nun Sağlık, Çalışma ve Gönenç Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak örgütlendirilmesine özen gösterilmelidir.

3- Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu

Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu; 6.8.1997 tarih ve 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu'nun Kuruluş ve İdaresine İlişkin Kanun ile kurulmuştur. Kurum, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmaktadır.

---

[33] Başkentin hukuksal niteliği konusunda fazla bilgi için bkz. Dursun Hasan. Ankara'nın Başkent Olmasının Hukuksal Anlamı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Mart-Nisan 2008, s. 352-384.

Kanun'un amaç başlıklı 1 nci maddesinde; hükümlü ve tutukların meslek ve sanatlarının korunup geliştirilmesi veya bir meslek ve sanat öğrenmeleri amacına yönelik olarak çalışmalarını sağlamak üzere, işyurtları açmak ve bunların bütün mali ve idari işlerini bir merkezden düzenlemek ve yönetmek amacıyla söz konusu kurumun kurulduğu ifade edilmektedir. Bu kısımda; Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu'nun organları ile ceza infaz kurumları ile tutukevleri işyurtları hizmetlerinin etkinliğe kavuşturulması yönünde alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

a) Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Organları

6.8.1997 tarih ve 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve İdaresine İlişkin Kanun'un 3 üncü maddesine göre söz konusu kurumun organları; İşyurtları Kurumu Yüksek Kurulu ve Daire Başkanlığı ile iş yurtlarıdır.

b- Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu Hakkında Öneriler

Mahkûmların çalışması, mahkûmun uğrayabileceği birçok ruhsal hastalıklardan kurtulmasına olanak sağlayacağından ve mahkûm işgücünden yararlanmak infaz sisteminin bir parçasını oluşturacağından iş yurtları konusuna özel bir önem verilmesi gerekmektedir.

Ancak bu alanda gereksiz bir organ yaratmamak ve iş yurtlarında mahkûmun çalıştırılması esası cezaların infazının ayrılmaz bir parçasını oluşturacağından Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu kaldırılmalı, iş yurtları hizmetleri Islah Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmelidir.

Diğer yandan, şimdi uygulandığı gibi sadece açık ceza infaz kurumlarında iş yurtları kurulmamalı, her tür ceza infaz kurumlarında iş yurtları kurulması uygulamasına gidilmesi gerekir. Daha somut bir deyişle, 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun ceza infaz kurumlarını; kapalı, yüksek güvenlikli, kadın kapalı, çocuk kapalı, gençlik kapalı, açık ceza infaz kurumları şeklindeki ayrımından kaçınılarak, Japonya'da olduğu gibi ceza evleri yatak kapasitesine göre büyük, orta ve küçük cezaevleri

şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmalı, üç tür cezaevi bünyesinde de iş yurtları kurularak tüm mahkûmların çalıştırılması esası getirilmelidir. Bu arada tutukevleri bünyesinde hiç bir şekilde iş yurtları kurumunun kurulmaması ve cezaevleri bünyesinde kurulacak iş yurtlarında ise tutukluların rızaları alınmadan çalıştırılması uygulamasına gidilmemesi gerekir. Çünkü tutukluların rızası olmadan çalıştırılması, uluslararası sözleşme ve düzenlemelerce yasaklanmıştır.

4- Türkiye Adalet Akademisi

Türkiye Adalet Akademisi; 23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu ile kurulmuştur. Akademi, Adalet Bakanlığı'nın ilgili kuruluşudur. Akademi, tüzel kişiliğe sahip, bilimsel, yönetsel ve mali özerkliğe sahiptir. Bu kısımda; Türkiye Adalet Akademisi'nin görevleri ve organları ile Türkiye Adalet Akademisi hakkında öneriler üzerinde durulacaktır.

a) Türkiye Adalet Akademisinin Görevleri

Türkiye Adalet Akademisi'nin görevleri Kanun'un 5 inci maddesinde gösterilmiştir. 5 inci maddeye göre Akademinin görevleri;

Eğitim

a) Adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcıları ve noterler ile adalet hizmetlerine yardımcı personelin ve talep halinde avukatların, meslek öncesi ve meslek içi eğitimi ve gelişmesi için kursalar açmak; belli alanlarda uzmanlık programları, seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek; sertifika ile değerlendirilecek eğitim ve öğretim programlarını uygulamak; hukuk ve adalet alanında ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları eğitim planlarının ve araştırma projelerinin yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,

b) Hukuk ve adalet alanını ilgilendiren eğitim ve öğretim çalışmaları hakkında ilgili kurum, kuruluş ve kurullara görüş bildirmek.

2. Danışma ve yardım:

Ulusal ve uluslararası hukuk ile adli ve mesleki konular hakkında danışmanlık hizmeti vermek ve görüş bildirmek.

3. İnceleme, araştırma ve yayın:

a) Toplum ihtiyaçlarına uygun olarak mevzuatın geliştirilmesi ve bu yönde çalışmaların yürütülmesi bakımından araştırmalar yapmak, araştırmalara dayanan önerilerde bulunmak, yayınlar yapmak, gerekirse taslaklar hazırlamak.

b) Hukuk ve adalet alanını ilgilendiren konularda inceleme ve araştırmalar yapmak, yaptırmak; bu konularda seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek; yayınlar yapmak ve bu gibi çalışmaları desteklemek.

c) Uluslararası kurum ve kuruluşların hukuk ve adalet alanındaki gelişmelerle ilgili yayınlarını takip etmek, gerekli görülenleri tercüme ettirerek yayımlamak; Türk hukuk ve adalet alanında faydalı olan yabancı eserler için hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği ve diğer ilgili kurum, kuruluş ve kurullarla işbirliği yağarak çeviri plânı hazırlamak ve bu plânın gerçekleştirilmesine yönelik tedbirleri almak.

4. Dokümantasyon:

Türkiye ve diğer devletlerdeki hukuk ve adalet alanını ilgilendiren belgelerin, mevzuatın, mahkeme kararlarının ve yayınların ilgililerin faydalanmasına sunulmasını sağlamak üzere bir bilgi ve belge merkezi, bilgi bankası ve kütüphane kurmak; Türk hukuk ve adalet bibliyografyalarını hazırlamak, hazırlatmak ve bunları yayımlamak.

5. Meslek öncesi eğitim ve staj:

a) Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının meslek öncesi eğitimlerinin hazırlık ve son dönemlerini bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre yürütmek.

Askeri yargı hâkim ve savcıları ile noterlerin ve talep hâlinde avukatların stajlarında meslek öncesi eğitim programları düzenlemek.

6. Diğer görevler:

Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir.

b) Türkiye Adalet Akademisinin Organları

23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 7 inci maddesinde Akademi'nin organları:

a) Başkanlık

b) Genel Kurul

c) Yönetim Kurulu

d) Denetim Kurulu olarak saptanmıştır.

c) Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Öneriler

Türkiye Adalet Akademisi; Adalet Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak örgütlendirilmiştir. Söz konusu akademinin ismi, Japonya örneğine uygun olarak Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsü şeklinde değiştirilmeli ve Adalet Bakanlığı ile her türlü ilişkisi kesilerek Türkiye Temyiz Mahkemesine bağlanmalıdır.

Yine Japonya'da olduğu gibi Hukukçuların Sınav Yönetimi Komisyonu tarafından düzenlenecek hukuk sınavını geçen kişiler, Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsünde öğrenci olarak meslek eğitimine tabi tutulmalıdır.

Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsünde öğrenciler; Japonya'da olduğu gibi 4 aşamalı bir meslek eğitimine tabi tutulmalıdır. Bunlar; a) 4 aylık hazırlık eğitimi, b) 16 ay süren staj eğitimi, c) dört ay süren toplu eğitim dönemi d) bitirme sınavı aşamalarıdır.[34]

Bitirme sınavını geçen kimseler, yargıç olmak istiyorsa Yargıtay'a, sav avukatı olmak istiyorsa Sav Avukatlığı Kurumuna, avukat olmak istiyorsa çalışacağı yerdeki baroya, noter olmak istiyorsa Adalet Bakanlığına başvurmalı, söz konusu kuruluşlar tarafından ilgili kişi mesleğine başlatılmalıdır.

Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsünde bu şekilde bir meslek eğitimi verilirse, öğrencilerin yalnız uygulama bakımından değil, eşanlı olarak kuramsal bakımdan da daha iyi yetişmesi sağlanacak, adalet ve yargı hizmetlerinde görev alacaklar arasında meslek bütünlüğü bulunduğu bilinci yerleştirilmiş olacaktır. Meslek eğitimindeki birlik dolayısıyla yargıç, sav avukatı, serbest avukat ve noterler arasındaki ilişkiler sağlam bir temele dayandırılacak, böylelikle olası sürtüşmelerin en aza indirilmesi sağlanacaktır.[35]

---

34 Bu konuda fazla bilgi için bkz. Karayalçın Yaşar. Türkiye Adalet Akademisi Niçin ve Nasıl Kurulmalıdır, Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Sevinç Matbaası, 1972, s. 29 vd.

35 Krş., Karayalçın, s. 30.

Adalet Eğitim ve Araştırma Enstitüsü bünyesinde görevine uygun olarak Genel Müdürlük, Genel Sekreterlik, Hukukçu Eğitim Merkezi ve Araştırma Merkezi şeklinde organlar kurulmalı, diğer tüm organları kaldırılmalıdır. Bir başka deyişle Enstitü, isminden de anlaşılacağı üzere sadece mesleki eğitim göreviyle donatılmamalı, araştırma görevine de sahip kılınmalıdır. Kısacası Japonya'da olduğu gibi Enstitü hukuk ve yargı alanında çeşitli araştırma faaliyetini de yürütmelidir.

II- İÇİŞLERİ BAKANLIĞI

Bu kısımda İçişleri Bakanlığının teşkilatı ve görevleri, ana hizmet birimleri, diğer kurumsal yapısı ile kamu yönetimi ve iç hizmetlerin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için söz konusu bakanlık temelinde alınması gereken kurumsal önlemlere yer verilecektir.

1-a) İçişleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri

İçişleri Bakanlığının teşkilat ve görevleri 14.2.1985 tarih ve 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kanuna göre, İçişleri Bakanlığı teşkilatı; merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı kuruluşlardan oluşmaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın bağlı kuruluşları; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'dır.

14.2.1985 tarih ve 3152 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde Bakanlığın görevleri şu şekilde belirtilmiştir;

a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak,

b) Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak,

c) Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek,

d) Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak,

e) Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek,

f) Yurdun iç politikasına, il ve ilçelerin genel ve özel durumları ile ilgili değerlendirmeler yapmak ve bakanlar kuruluna tekliflerde bulunmak,

g) Ülkenin idari bölümlere ayrılması, il ve ilçelerin genel idarelerini, mahalli idareleri ve bunların merkezi idare olan münasebetlerini düzenlemek,

h) Nüfus ve vatandaşlık hizmetlerini yürütmek,

i) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır.

b) İçişleri Bakanlığının Ana Hizmet Birimleri

3152 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde Bakanlığın ana hizmet birimleri;

a) İller İdaresi Genel Müdürlüğü,

b) Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü,

c) Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü,

d) Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı

e) Dernekler Dairesi Başkanlığı olarak sayılmıştır.

c) İçişleri Bakanlığının Danışma ve Denetim Birimleri ile Yardımcı Birimleri

İçişleri Bakanlığının danışma ve denetim birimleri 4 adet olup 3152 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinde, yardımcı birimleri ise 4 adet olup Kanunun 20 nci maddesinde sayılmıştır.

d- İçişleri Bakanlığı'nın Kurumsal Etkinliğe Kavuşması Yönünde Öneriler

1- Türk kamu yönetimi alanındaki yapısal ve işlevsel bozuklukları gidermek ve kamu yönetiminde tutarlılık ve bütünlük sağlamak, özeksel yönetim ile yerel yönetimler arasındaki ilişkileri sağlam bir kurumsal ve yasal temele bağlamak üzere İçişleri Bakanlığının isminin Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

2- İçişleri Bakanlığı'nın tüm danışma ve denetim birimleri kaldırılarak Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde Genel Sekreterlik kurulmalıdır.

Genel Sekreterlik; temel politikaların hazırlanması, kanun ve diğer düzenleyici işlemlerinin oluşturulması, değiştirilmesi ve kaldırılması dâhil Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığının yönetimini gözetlemeli ve bütçe, organizasyon, personel ve mali işlerle uğraşmalıdır.[36]

3- İçişleri Bakanlığı'nın tüm ana hizmet birimleri kaldırılarak Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde Özeksel Yönetim Çalışanları Özlük Hakları Genel Müdürlüğü, Yönetsel Yönetişim Genel Müdürlüğü, Yönetsel Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Yerel Yönetim Genel Müdürlüğü, Yerel Yönetim Çalışanları Özlük Hakları Genel Müdürlüğü, Seçim genel Müdürlüğü, Yerel Yönetimler Finansmanı Genel Müdürlüğü ve Yerel Vergiler Genel Müdürlüğü kurulmalıdır.[37]

4- Devlet Personel Başkanlığı kaldırılarak söz konusu başkanlığın görevleri, kurulması gereken Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesindeki Özeksel Yönetim Çalışanları Özlük Hakları Genel Müdürlüğü'ne devredilmeli ve ayrıca Genel Müdürlük şu görevleri de yerine getirmelidir:

a) Özeksel kamu görevlileri sistemiyle ilgili araştırma, rapor hazırlama ve planlama işlerini yapmak,

b) Özel görevlerde bulunan kamu görevlilerinin ücretleri konusunda çalışmalar yapmak,

c) Başka yönetsel organların görev alanı dışında kalan hususlarda, özeksel kamu görevlilerinin personel yönetimi konusunda çalışmalar yapmak,

5- Başbakanlık bünyesinde oluşturulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kaldırılarak Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken diğer bir genel müdürlük, Yönetsel Yönetişim Genel Müdürlüğü olmalıdır. Söz konusu genel müdürlüğün görevi; a) Genel nitelikli yönetsel sistemlerdeki temel işleri planlama, b) Organizasyon yapısında eşgüdüm ve planlama, kamu kurumlarının norm kadro ve yönetsel işlerini belirleme, c) idari organların ve onların norm kadrolarının oluşturulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması kararlarını gözden geçirmek, d) bütün kamu kurumları

36 Organization of The Government of Japan, s. 68.
37 Organization of The Government of Japan, s. 40.

tarafından paylaşılan kamu bilişim sistemlerini yönetmek ve geliştirmek, e) Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kamu kurum ve kuruluşları tarafından uygulanması ve icra edilmesinden doğan sorunlar konusunda karar vermek, f) Yakında yasalaşacağı kestirilen Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanunun kamu kurum ve kuruluşları tarafından uygulanması ve icra edilmesinden doğan sorunlar konusunda karar vermek olarak belirlenmelidir.[38]

6- Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken başka bir genel müdürlük; Yönetsel Değerlendirme Genel Müdürlüğü olmalıdır. Yönetsel Değerlendirme Genel Müdürlüğünün görevi; a) Oluşturulması gereken Politika Değerlendirme Sisteminin planlanması ve Devlet Politika Değerlendirme Ağı konusunda eşgüdüm sağlama, b) Başbakanlık ve Bakanlıkların politikalarını bütüncül ve kapsamlı bir şekilde değerlendirme, Başbakanlık ve Bakanlıkların her biri tarafından yapılan Politika Değerlendirmesinin nesnelliğini ve sıkılığını sağlamak üzere değerlendirme yapma, c) Kamu kurumlarının faaliyetlerini inceleyip değerlendirerek gerekli tavsiyelerde bulunma, d) Kamu tarafından sübvansiyon verilen veya devredilen özel programları inceleme, e) Kamu kurum veya kuruluşlarından sübvansiyon alan veya yetkilendirilen programlar hakkında doğabilecek yurttaş yakınsamalarının en iyi şekilde nasıl giderileceğine dair uygulamaları belirlemek olarak saptanmalıdır.[39]

7- Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken bir diğer genel müdürlük; Yerel Yönetim Genel Müdürlüğü olmalıdır. Yerel Yönetim Genel Müdürlüğü; yerel yönetimlerin kurulması ve genel olarak faaliyetlerinin planlanması, tasarlanması ve kılavuzluk yapılması konularında görevli kılınmalıdır. Yine, Genel Müdürlük, etkin bir yerel özerkliği gerçekleştirme ilkesinden hareketle, yerel yönetimlerle ilgili veya yerel yönetimler üzerinde etki doğurabilecek konularda özeksel yönetime görüş vermekle görevli kılınmalıdır. Son olarak, Genel Müdürlük, anakentlere uygun yerel yönetim sistemlerinin tasarlanması ve her bir yerel yönetim organının rasyonel büyüklüğünü belirleme gibi konularda da yetkili kılınmalıdır.[40]

38 Krş., Organization of The Government of Japan, s. 41.
39 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 41.
40 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 42.

8- Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken bir başka genel müdürlük; Yerel Yönetim Çalışanları Özlük Hakları Genel Müdürlüğü'dür. Genel Müdürlüğün görevi; yerel yönetim personel sistemlerinin planlama ve tasarımıyla uğraşmalı, yerel yönetimlere personel yönetimi konusunda destek sağlamalı ve onlara ülke çapındaki konularla ilgili bilgi sağlamalıdır.[41]

9- Yüksek Seçim Kurulu kaldırılarak; söz konusu kurulun yargısal işleri adliye mahkemelerine, yönetsel işleri ise Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde kurulması gereken Seçim Genel Müdürlüğüne verilmelidir. Seçim Genel Müdürlüğü; Seçim Kanunları çerçevesinde özeksel veya yerel seçimler için çeşitli seçim sistemlerinin araştırılması, planlaması ve tasarımıyla görevli kılınmalı, adil ve düzgün bir seçimi geliştirebilme doğrultusunda çaba göstermeli ve siyasi partilerin ile diğer siyasal kuruluşların seçim işlerinde hükümet komiseri sıfatıyla temsilci bulundurmalıdır.[42]

10- Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken bir diğer genel müdürlük, Yerel Yönetimler Finansmanı Genel Müdürlüğü olmalıdır. Genel Müdürlüğün görevi; değişik yerel yönetimlerin finansal sistemlerinin planlanması ve tasarımı, ülkedeki tüm yerel yönetim kuruluşlarını kapsayıcı yerel yönetimlere özeksel idareden verilen vergi paylarının dağıtımını yapmak, yerel kuruluşların tahvil ihracına izin vermek, yerel teşebbüsler dâhil yerel mali yönetimlere kılavuzluk hizmeti vermek, bölgesel gelişme için öngörülen mali yardım programlarını planlama ve uygulamak, yerel yönetimlerin finansmanı için istatistikî çalışmalar yürütmek, veri toplamak ile araştırma ve çalışmalar yapmak olarak belirlenmelidir.[43]

11- Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığı bünyesinde oluşturulması gereken son bir genel müdürlük, Yerel Vergiler Genel Müdürlüğü olmalıdır. Yerel Vergiler Genel Müdürlüğü; yerel yönetimlere veri konusunda yetki veren kanunların yönetimi, yerel vergi sistemlerinin planlaması ve tasarımı, yerel vergi yönetimine kılavuzluk ve sabit değerlerin iyi bir şekilde değerlendirilmesi için standart belirlemek olarak saptanmalıdır. Bunun yanında, Genel Müdürlük, özeksel idareden

41 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 42.
42 Krş., Organization of The Government of Japan, s. 42.
43 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 42.

yerel yönetimlere transfer edilen vergi paylarıyla, yerel yönetimlere yapılacak yardımlar konusundaki işleri yapmakla da yükümlü kılınmalıdır. Son olarak, Genel Müdürlük, yabancı ülkelerle bağı bulunan yerel vergilerle ilgili işleri yapma yetkisiyle de donatılmalıdır.[44]

12- Başbakanlık Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü kaldırılmalı, bunların yerine Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak Yangın ve Felaket Yönetimi Teşkilatı Müsteşarlığı oluşturulmalıdır. Yangın ve Felaket Yönetimi Teşkilatı Müsteşarlığı; yangın ve felaketlerden korunmayla ilgili kanunların yönetiminden, ülkenin tümünde geçerli olmak üzere yangın ve felaket yönetimi sistemlerinin planlama ve tasarımından, yerel yönetimlerin itfaiyeci personelinin eğitim ve öğretiminden ve yangın önleme konusunda deneysel çalışmalar yapmakla yükümlü kılınmalıdır. Bunun yanında, Genel Müdürlük, yangın söndürme mekânlarının geliştirilmesi, yangınla mücadele, ambulans, kurtarma faaliyetleri ve yerel yönetimlerin felaket önleme faaliyetleri konusunda rehberlik hizmeti vermekle de yükümlü kılınmalıdır.[45]

2- Emniyet Genel Müdürlüğü

Bu kısımda Emniyet Genel Müdürlüğü'nün teşkilatı ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nün etkinliğini sağlamak açısından alınması gereken kurumsal önlemlere yer verilecektir.

a) Emniyet Genel Müdürlüğü'nün Teşkilatı

Güvenlik teşkilatı ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nün teşkilatı; 4.6.1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu ile gösterilmiştir. Polisin görev ve yetkileri ise 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile düzenlemiştir. 4.6. 1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 1 inci maddesinde ülkenin genel emniyet ve asayiş işlerinden İçişleri Bakanının sorumlu olduğu belirtilerek Emniyet Genel Müdürlüğünün İçişleri Bakanlığı'na bağlı olduğu örtük bir şekilde ifade edilmiştir. 3201 sayılı Kanunun 16 ncı maddesine göre Emniyet Genel Müdürlüğü; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluşmaktadır.

44 Bkz. Organization of The Government of Japan, s. 43.
45 Krş., Organization of The Government of Japan, s. 50-51.

b- Emniyet Genel Müdürlüğü'nün Kurumsal Etkinliğe Kavuşması Yönünde Öneriler

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün İçişleri Bakanlığı ile her türlü ilgisinin kesilerek müsteşarlık olarak özerk bir yapıda örgütlendirilmesi ve bir devlet bakanı ile ilişkilendirilmesi yerinde olacaktır. Emniyet Genel Müdürlüğünün İçişleri Bakanlığı'na bağlı olması polis üzerinde siyasal baskı olduğu savlarını gündeme getirmekte ve söz konusu bakanlık, kamu yönetimi ile yerel yönetimler ve diğer alanlarda görevlerinin bulunması nedeniyle güvenlik konularına fazla vakit ayıramamaktadır. Ayrıca, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacak olan Sav Avukatlığı Müsteşarlığı'nın da, polis teşkilatı ile aynı devlet bakanlığıyla ilişkilendirilmesi gerekir. Kanımca ancak bu şekildeki bir kurumsal düzenlemeyle suçla etkin bir savaşım verilebilir.

Polisin organizasyon yapısı düzenlenirken Japonya polis teşkilatının organizasyon yapısının dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu konuda Japonya'nın örnek alınmasının iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Japonya tüm kamu yönetiminde 2001 yılında köklü bir değişiklik yapmıştır. Bu açıdan en yeni kamu yönetimi reformu, bu arada polis teşkilatı organizasyon reformu Japonya'da yapılmıştır. İkincisi ise Japonya'nın kamu yönetiminde reform yaparken çağcıl kamu yönetiminin tüm ilkelerinin dikkate alınmış olmasıdır.[46]

Japonya'da olduğu gibi Polis Teşkilatı Hakkında Kanun çıkartılarak Polisin Merkez Teşkilatını; Ulusal Kamu Emniyeti Komisyonu ve Polis Teşkilatı Müsteşarlığı oluşturmalıdır.[47]

3) Savcılık Teşkilatı Temelinde Alınması Gereken Önlemler

Suçlarla etkili bir savaşım verilebilmesi amacıyla alınması gereken ikinci kurumsal önlem; savcılık teşkilatının kaldırılarak, polisin ilişkili olduğu aynı Devlet Bakanlığı ile ilişkilendirilmesi gereken Sav Avukatlığı Kurumunun kurulmasıdır. Bu önerinin gerekçeleri aşağıda belirtilmektedir.

---

46 Japonya'daki kamu yönetimi reformunun içeriği konusunda fazla bilgi için bkz. Dursun, Japon Merkezi İdare Yönetimi, , s. 109-132.

47 Ulusal Kamu Emniyeti Komisyonu ve Polis Teşkilatı Müsteşarlığının nasıl düzenlenmesi gerektiği hakkında fazla bilgi için bkz. http://www.npa.go.jp/english/kokusai/pdf/02.pdf, Erişim tarihi, 3.2.2006.

Hukukun üstünlüğü ilkesi, silahların eşitliği olarak adlandırılabilecek savunma avukatı ile iddia avukatının eşit konum ve rollere sahip olmasını ve öyle bir görünüm verilmesini gerektirir. Savcılık kurumu mevcut olduğu müddetçe Türkiye'de silahların eşitliği ilkesini yaşama geçirebilmek kolay değildir. Bu açıdan savcılığın kaldırılarak, serbest avukat ile eşit konumda bulunacak sav avukatının kurulması gerekir.

Diğer yandan, sav avukatının gözetimi altında polisin suç soruşturma ve kovuşturmasını yürütmemesi de suçla mücadele açısından zayıflık doğurmaktadır. Bu kanıya adalet İstatistiklerinin incelenmesi sonucu da ulaşılabilir. Gerçekten de özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Cumhuriyet savcılarının ceza mahkemelerine açtıkları davalar hakkında, sanıklar bakımından verilen kararların dağılımının incelenmesinden %50 dolaylarında (genellikle %45 - %55 arasında) bir mahkûmiyet kararı elde edilebildiği, bir başka deyişle Cumhuriyet savcıları tarafından mahkemeye açılan her iki davadan yaklaşık birisinin boş yere açıldığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki Japonya'da ceza mahkemelerine açılan davalarda sanıklar hakkında %100'e yaklaşan (%99 civarında) oranda mahkûmiyet kararı elde edilmektedir. Kanımca bunun temel nedenlerinden birisi, Japonya'da suç soruşturma ve kovuşturmalarının savcı gözetimi altında polis tarafından yürütülmesidir.

Bu çerçevede; savcılığın bünyesinde taşıdığı olumsuzluklardan kurtulmak için Cumhuriyet savcılığı kaldırılarak Sav Avukatlığı Kurumu oluşturulmalı ve Sav Avukatlığı Kurumu ile Ulusal Kamu Emniyeti Komisyonu ve Polis Teşkilatı Müsteşarlığı aynı bakanlık (Devlet Bakanlığı) ile ilişkili hâle getirilmelidir. Kurumsal açıdan yapılacak bu düzenlemeyle birlikte bütün suçların soruşturma ve kovuşturması sav avukatının gözetiminde polis tarafından yapılmasının yolu açılarak mahkemeye açılacak ceza davalarında sanıklar bakımından daha fazla bir yüzdeyle mahkûmiyet kararı elde edilebilecek ve sav avukatı ile serbest avukat arasında *"silahların eşitliği"* ilkesi tam olarak sağlanacaktır.

Sav avukatı ve polis aynı devlet bakanlığı ile ilişkili hâle getirilebilirse, polisin görev ve sicil olarak kime bağlanması gerektiği tartışmaları biteceği gibi birden çok coğrafi bölgeyi kesen suçların soruşturma ve kovuşturmasını yürütmek üzere kurulması savunulan Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı kurulmasına da gerek kalmayacaktır.

4) Jandarma Genel Komutanlığı

Bu kısımda jandarmanın görevleri, konuş ve kuruluşu ile Jandarma Genel Komutanlığı hakkında önerilere yer verilecektir.

a) Jandarmanın Görevleri ile Konuş ve Kuruluşu

Jandarmanın görevleri 10.3.1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanunun 4 üncü maddesinde, Jandarma Genel Komutanlığı'nın Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bir parçası olduğu, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim yönünden Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığı'na bağlı olduğu, ancak Jandarma Genel Komutanı'nın bakana karşı sorumlu olduğu ifade edilmiştir. 2803 sayılı Kanun'un 7 nci maddesinde jandarmanın görevleri genel olarak şu şekilde gösterilmiştir:

a) Mülki görevleri

Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmak,

b) Adli Görevleri;

İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek,

c) Askeri görevleri;

Askeri kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığı'nca verilen görevleri yapmak,

d) Diğer görevleri;

Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla jandarmaya verilen görevleri yapmaktır.

2803 sayılı Kanunun 5 nci maddesinde Jandarmanın konuş ve kuruluşu hakkında şöyle bir hüküm bulunmaktadır:

"Jandarma Genel Komutanlığı Teşkilatı; görevin özelliği ve Türk Silahlı Kuvvetlerindeki esaslara uygun olarak kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir.

Jandarma Genel Komutanlığı'nın kuruluş ve kadrolarıyla konuş yerleri, Genelkurmay Başkanlığı'nın görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı'nca düzenlenir. Ancak seferberlik ve savaşta kuvvet komutanlıkları emrine girecek birliklerin kuruluş, kadro ve konuşlarının düzenlenmesinde Genelkurmay Başkanlığının onayı alınır.

Emniyet ve asayiş ile görevli jandarma birliklerinin kuruluş ve konuşlarının düzenlenmesinde zorunlu haller dışında mülki taksimat esas alınır. Ancak hizmette verim ve etkinliğin sağlanması amacıyla birden çok ili içine alan bölgelerde teşkilatlanma da göz önünde bulundurulur".

b- Jandarma Genel Komutanlığı Hakkında Öneriler

Jandarma Genel Komutanlığı yapısal olarak askeri bir birimdir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, 2803 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde; Jandarma Genel Komutanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bir parçasını teşkil ettiği, silahlı kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığı'na, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetler yönünden İçişleri Bakanlığı'na bağlı olduğu belirtilmiştir. 2803 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin de vurguladığı gibi Jandarma Genel Komutanlığı yapısal olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bir unsurudur.

Askeri bir birim olan Jandarma Genel Komutanlığının, İçişleri Bakanlığı ile ilgisi kesilerek sadece askeri görevi bulunmalı, kural olarak, herhangi bir mülki ve adli görevi bulunmamalıdır. Bu önerinin dayanağı aşağıda açıklanmaktadır:

Sınır güvenliğinin asker tarafından sağlanması dışında Türkiye'nin her yerinde sadece polisin iç güvenlik gücünü oluşturması gerekir. Mevcut sistemde, il ve ilçelerdeki mülki sınır kavramı esas alınarak mülki sınırlar içinde polis, mülki sınırlar dışında ise jandarma güvenlik fonksiyonuna sahip bulunmaktadır. Hâlbuki Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bir unsurunu oluşturan jandarmanın kural olarak iç güvenlik ve adli hizmetleri görmemesi gerekir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin, bu arada jandarmanın temel fonksiyonu savunma hizmetini yerine getirmektir. Güvenlik ve savunma hizmetlerinin gerek gayesi gerekse teknikleri birbirinden önemli ölçüde farklılık gösterdiğinden, kural olarak kolluk görevini, güvenlik fonksiyonu görmek üzere yetiştirilen polisin yerine getirmesi gerekir.

Yine Türkiye'nin bir kısım coğrafi alanında polisin, diğer bir kısmında ise jandarmanın kolluk yetkisine sahip olması polis ile jandarma arasında eşgüdüm sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Eşgüdüm sorununun ise suçlarla savaşımı etkinsizleştireceği açıktır.

Bu çerçevede, Jandarma Genel Komutanlığı'nın İçişleri Bakanlığı ile her türlü ilişkisinin kesilerek, her yönüyle salt bir askeri birim olarak örgütlendirilmelidir. Bu bağlamda, Jandarma Genel Komutanlığı şeklinde müstakil bir yapılanmadan vazgeçilmeli, jandarmanın Kara Kuvvetleri Komutanlığı'nın içerisinde örgütlendirilmesi sağlanarak ona sadece sınır güvenliğini sağlamak görevi verilmelidir.

5- Sahil Güvenlik Komutanlığı

Bu kısımda Sahil Güvenlik Komutanlığının görevleri ile kadro ve kuruluşu ve Sahil Güvenlik Komutanlığı hakkında önerilere yer verilecektir.

a) Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın Görevleri ile Kadro ve Kuruluşu

Sahil Güvenlik Komutanlığı; 9.7.1982 tarih ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ile kurulmuştur. 2692 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde; Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşu içerisinde olduğu, barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığına bağlı bulunduğu belirtilmiştir. 2692 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre Sahil Güvenlik Komutanlığının görevleri şunlardır;

A) Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün sahillerinde, iç suları olan Marmara Denizi, İstanbul ve Çanakkale boğazlarında, liman ve körfezlerinde, karasularında, münhasır ekonomik bölgesi ile ulusal ve uluslararası hukuk kuralları uyarınca egemenlik ve denetimi altında bulunan deniz alanlarında, kanunlarla kendisine verilen görevleri uygulamak ve yetkileri kullanmak.

B) Deniz yolu ile yapılan her türlü kaçakçılık eylemlerini,

1.25.4.1973 tarih ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'na aykırı eylemleri,

2.18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri yasak bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na aykırı eylemleri,

Önlemek, izlemek, suçluları yakalamak, gerekli işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç vasıtalarını yetkili makamlara teslim etmek.

C) Liman Sınırları dışında:

1. 19.4.1926 tarih ve 815 sayılı Türkiye Sahillerinde nakliyatı bahriye (Kabotaj) ve Limanlarda karasuları Dâhilinde İcrai Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun'a
2. 9/4/1937 tarih ve 3222 sayılı Telsiz Kanunu'na
3. 10.6.1946 tarih ve 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'a,
4. 24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa,
5. 3/5/1928 tarih ve 1234 sayılı Hayvanların Sağlık Zabıtası hakkında Kanuna
6. 15/5/1957 tarih ve 6968 sayılı Zirai Mücadele ve Zirai Karantina kanununa,
7. 22/3/1971 tarih ve 1380 sayılı Su ürünleri Kanununa,
8. 15/7/1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanununa,
9. 15/7/1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri hakkında kanuna,
10. 6/11/1981 tarih ve 2548 sayılı Gemi Sağlık Resmi Kanununa,
11. 12/3/1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununa,
12. Seyir güvenliği ile demirleme, bağlama, avlanma, dalgıçlık ve bayrak çekme ile ilgili hükümlere,
13. Deniz ve hava araçları ile denizlerdeki tesislerden yapılacak her türlü kirletmelerle ilgili hükümlere,
14. Yukarıda belirtilen konulara ilişkin uluslararası antlaşmalara,

Aykırı eylemleri önlemek, izlemek, suçluları yakalamak, gerekli işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç vasıtalarını yetkili makamlara teslim etmek.

D) Deniz ve Kıyılarda Görülecek Başıboş Mayın, Patlatıcı Madde ve Şüpheli Cisimlerin Yok Edilmeleri Hakkında 17/5/1948 tarih ve 5202 sayılı Kanunun uygulanmasında gerekli tedbirleri alarak ilgililere haber vermek,

E) Deniz seyir yardımcılarının ilgili hükümlere göre çalışma durumlarını, yetkili kuruluşlarca konulan deniz engelleri ile batık işaretlerinin sürekliliğini izlemek, kontrol etmek, görülen aksaklık ve noksanlıkları ilgililere bildirmek.

F) Uluslararası Denizde Arama ve Kurtarma Sözleşmesinin öngördüğü düzeyde arama ve kurtarma görevlerini icra etmek.

G) Karasularımıza giren mültecileri silah, mühimmat ve sair harp vasıtalarından arıtmak ve bu mülteciler ile onların nezdindeki silah, mühimmat vesair harp vasıtalarını ilgililere teslim etmek.

H) Görev alanları içinde genel güvenlik kuvvetlerince takibi gerekli suçlarla, karada başlayıp denizde devam eden yukarıda belirtilen suçlar dışındaki suçların izlenmesinde ve suçluların yakalanmasında güvenlik kuvveti olarak diğer güvenlik kuvvetlerine yardım etmek, gerektiğinde bu suçlara el koymak ve suçluları yakalayıp yetkili makamlara teslim etmek.

2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 6 ncı maddesinde Sahil Güvenlik Komutanlığının kadro ve kuruluşu hakkında şöyle bir hükme yer verilmiştir.

Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatı; görevin özelliği ve Türk Silahlı Kuvvetleri'ndeki esaslara uygun olarak kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir.

Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın kuruluş ve kadroları, Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca düzenlenir.

Bu kadrolarda gösterilmek üzere iki amiral kadrosu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 49 uncu maddesinde yer alan Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nın rütbe kontenjanlarına dâhildir.

b) Sahil Güvenlik Komutanlığı Hakkında Öneriler

Sahil Güvenlik Komutanlığı yapısal bağlamda askeri bir birimdir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, 2692 sayılı Kanun'un 2 nci mad-

desinde; Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşu içerisinde olduğu, barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığı'na bağlı bulunduğu belirtilerek, Sahil Güvenlik Komutanlığının yapısal olarak Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde olduğu vurgulanmıştır.

Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın, 2692 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde sayılan görevleri, tipik olarak güvenlik iş görüsüne (fonksiyonuna) ait olduğundan söz konusu görevler polis tarafından yerine getirilmesi gerekir. Daha somut bir deyişle, Sahil Güvenlik Komutanlığı kaldırılmalı, söz konusu komutanlık tarafından yerine getirilen görevler polise devredilmelidir.

6- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Güvenlik Komutanlığı

Bu kısımda Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı'nın görevleri ile kuruluşu ve Müsteşarlık hakkında önerilere yer verilecektir.

a) Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı'nın Görevleri ile Kuruluşu

Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı; 17.2.2010 tarih ve 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile kurulmuştur. Müsteşarlık, İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuştur. 5952 sayılı Kanunun 6 ncı maddesine göre Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı'nın görevleri şunlardır:

Terörle mücadele alanında; politika ve stratejiler belirlenmesine yönelik çalışmalar yürütmek ve bu politika ve stratejilerin uygulanmasını izlemek, güvenlik kuruluşları ve istihbarat birimlerinden gelen stratejik istihbarat değerlendirmek ve ilgili birimlerle paylaşmak, gerekli araştırma, analiz ve değerlendirme çalışmaları yapmak veya yaptırmak, güvenlik kuruluşlarına ve ilgili kurumlara stratejik bilgi desteği sağlamak ve bunlar arasında eşgüdümü temin etmek, kamuoyunu bilgilendirmek ve halkla iletişimi sağlamak, uluslararası gelişmeleri Dışişleri Bakanlığı ve ilgili kurumlarla işbirliği içinde izlemek ve değerlendirmek, inceleme ve denetleme yapmak ya da yaptırmaktır. Müsteşarlığın güvenlikle ilgili operasyonel bir görevinin olmadığı yine bu maddede belirtilmiştir.

5952 sayılı Kanun'da; sekretarya görevleri Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı tarafından yerine getirilecek olan Terörle Mücadele Koordinasyon Kurulu'nun kuruluşu düzenlenmiş ve Müsteşarlığa bağlı olarak İstihbarat Değerlendirme Merkezine yer verilmiştir. Yine, Müsteşarlığın ana hizmet birimleri olarak; Planlama, Koordinasyon ve Sosyal Destek Daire Başkanlığı, Araştırma-Geliştirme Daire Başkanlığı, İletişim Daire Başkanlığı ve Dış İlişikliler Daire başkanlığı kurulmuş, Danışma birimleri olarak Strateji geliştirme Daire Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği ve Müsteşarlık Müşavirlerine yer verilmiş, yardımcı hizmet birimi olarak ise İnsan kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanlığına yer verilmiştir.

b) Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Hakkında Öneriler

Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı; terörle mücadele alanında askeri birimlerin de görev alması esası üzerine organize edilmiştir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere terörle mücadele alanında yalnızca polis yetkili olmalıdır. Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının, 59522 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinde sayılan görevleri, tipik olarak güvenlik iş görüsüne (fonksiyonuna) ait olduğundan ve söz konusu görevlerin yalnızca polis tarafından yerine getirilmesi gerektiğinden Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı (ve Terörle Mücadele Koordinasyon Kurulu) kaldırılmalı, söz konusu Müsteşarlık tarafından yerine getirilen görevler bütünüyle polise, daha somut bir deyişle, kurulması gereken Ulusal Kamu Emniyeti Komisyonu ve Polis Teşkilatı Müsteşarlığına devredilmelidir.

7) Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

Bu kısımda Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü hakkında genel bir bilgi verilecek, ayrıca Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nün kurumsal etkinliğe kavuşturulması açısından önerilere yer verilecektir.

a) Genel Olarak

Türkiye ve Orta Doğu Amme idaresi Enstitüsü (TODAİE), 8 Mayıs 1952 tarihinde, Türkiye ile Birleşmiş Milletler arasında 1952 yılında

yapılan bir teknik yardım anlaşmasına uygun olarak 1953 yılında kurulmuş; 1958 yılında 7163 sayılı kuruluş kanunu ile bilimsel, mali ve yönetsel özerklik ve tüzel kişilik kazanmıştır.[48]

TODAİE'nin yönetim organlarını; Genel Müdürlük, Genel Sekreterlik, Yönetim Kurulu, Yürütme Kurulu, Yayın Kurulu, Akademik Kurul, Kütüphane Komisyonu, Öğretim ve Yetiştirme Şubesi Program Kurulu ve Sürekli Eğitim Merkezi (SEM) Program Kurulu oluşturmaktadır.[49]

Enstitü'nün görevleri 7163 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde gösterilmiş olup söz konusu görevleri yerine getirebilmek amacıyla TODAİE bünyesinde üç adet akademik birim kurulmuştur. Bunlar; Öğretim ve Yetiştirme Şube Müdürlüğü, Araştırma ve Yardım Şube Müdürlüğü, Derleme ve Yayın Şube Müdürlüğüdür.[50]

Öğretim ve Yetiştirme Şube Müdürlüğü; kamu yönetimi alanında kısa ve uzun süreli eğitim programları düzenleyerek insan gücünü geliştirmeyi amaçlamaktadır. Kamu Yönetimi Lisans Üstü Programları (yüksek lisans ve doktora), kısa süreli seminerler ve eğitim programları ile *"Kamu Diplomasisi Kursu"* bu birim tarafından planlanmakta ve Öğrenci İşleri Müdürlüğü ile Sürekli Eğitim Merkezi Müdürlüğünün destek çalışmaları ile uygulanmaktadır.[51]

TODAİE'nin bir diğer akademik birimi olan Araştırma ve Yardım Şube Müdürlüğü; kamu yönetimi ile ilgili genel akademik ve uygulamaya yönelik araştırmalar yapmak ve kamu yönetimi ile ilgili konularda gerektiğinde görüş bildirmek, kamu yönetimi reformuyla ilgili araştırmalar yapmak ve öneriler geliştirmek, kamu yönetimi ile ilgili öğretim malzemesi hazırlamak ve geliştirmek görevlerini yerine getirmektedir.[52]

---

48 Fazla bilgi için bkzz. Karayalçın, s. 58.

49 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1.hakkimizda.php?Baslik=2, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

50 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1.hakkimizda.php?Baslik=88, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

51 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/ogretim.php?Baslik=15, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

52 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/arastirma.php?Baslik=17, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

TODAİE'nin son akademik birimi Derleme ve Yayın Şube Müdürlüğü'dür. TOADİE araştırma ve eğitime yönelik bir kuruluş olduğu için derleme ve yayın etkinlikleri de onun en önemli çalışmaları arasında yer almaktadır. Enstitü, Derleme ve Yayın Şube Müdürlüğü eliyle, sadece kamu yönetimi alanında olmayıp, iktisat, işletme, sosyoloji, matematik ve istatistik gibi bilim dallarını kapsayacak şekilde bu zamana kadar yaklaşık 350 kitap yayınlamıştır.[53]

Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde çeşitli merkezler de bulunmaktadır. Bu merkezlerden birisi, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi'dir. Bu merkez 1975 yılında *"İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi"* adıyla kurulmuş olup 2010 yılında Merkezin çalışma alanına *"vatandaşlık çalışmaları"* eklenmiştir. Merkez, yayımlanan Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Vatandaşlık Çalışmaları Merkezi Yönetmeliği[54] ile *"Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Vatandaşlık Çalışmaları Merkezi"* adıyla araştırma ve yayın faaliyetlerini sürdürmektedir.[55]

TODAİE bünyesinde oluşturulan bir başka merkez, kısa adı (YYAEM) olan Yerel Yönetimler Araştırma ve Eğitim Merkezi'dir. Bu merkez 1989 yılında kurulmuştur.[56] Merkezin görevi; merkezi idare, ulusal düzey, yerel yönetimler ve bağlı kuruluşlarında çalışanlara yönelik eğitim ve yetiştirme programları düzenlemek, bu kuruluşlara danışma hizmeti sağlamak, yerel yönetimlerin geliştirilmesine, daha etkili ve verimli çalışmalarına katkıda bulunacak araştırma ve etkinlikleri planlamak ve yürütmektir. Bundan başka söz konusu merkez, amaçları çerçevesinde yerel yönetimlere yönelik olarak araştırma, yardım, eğitim ve yayın alanlarında da etkinliklerini sürdürmektedir.[57]

TODAİE bünyesinde oluşturulan bir başka merkez, kısa adı (SEM) olan Sürekli Eğitim Merkezi'dir. Bu merkez 2000 yılında ku-

---

53 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/derleme.php?Baslik= 20, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

54 Bkz. 20.2.2010 tarihi ve 27499 sayılı Resmi Gazete.

55 Merkez hakkında fazla bilgi için bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/ihadm.php?Baslik=39, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

56 Bununla birlikte, Merkez hakkındaki Yönetmelik 15.6.2009 tarih ve 27259 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

57 Merkez hakkında fazla bilgi için bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/yyaem.php?Baslik=48, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

rulmuştur. Merkezin görevi; kurum ve kuruluşların hizmet içi eğitim gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik olarak istemde bulundukları çeşitli kurs, seminer ve benzeri türde sürekli eğitim niteliğindeki hizmetleri yürütmek, kısa süreli uzaktan eğitim programları yoluyla kamu kesimi personelinin yeterliliklerini geliştirici etkinlikler düzenlemek, TODAİE'nin ilgi alanı içerisinde bulunan konularda kısa süreli eğitim projeleri planlamak ve düzenlemektir. Merkezin ayrıca, sürekli eğitime ilişkin kuramsal gelişme ve uygulamaları izleme, program geliştirme, çözümleme ve değerlendirme gibi görevleri de bulunmaktadır.[58]

TODAİE bünyesinde kurulan bir diğer merkezin, eDevlet Merkezi (eDEM) olduğunu belirtmek gerekir. Resmi kuruluşunu Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü eDevlet Merkezi Yönetmeliği'nin yayımlanması[59] ile tamamlayan eDEM, eDevlet ve kamu bilişimi konularında; kurumsal ve uygulamalı eğitim etkinliklerinde bulunmak, araştırmalar yapmak, yapılan araştırmaları desteklemek ve teşvik etmek, yayın faaliyetlerinde bulunmak, yatırım ve dönüşüm projelerinin hazırlanması, izlenmesi ve performanslarının değerlendirilmesi konularında danışmanlık ve yardım hizmeti sunmak, bilgi ve deneyimlerin paylaşılacağı platformlar oluşturmak, ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla karşılaştırmalı çalışmalar yapmak, değişim programları ve inceleme gezilerinde bulunmak, ulusal ve uluslararası bilimsel toplantı, "*sempozyum*" (bilgi şöleni), konferans ve benzeri etkinlikler düzenleme görevlerini yerine getirmektedir.[60]

TODAİE'de kurulan son merkez, Dış İlişkiler Merkezi'dir. Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Dış İlişikler Merkezi Yönetmeliği[61] ile kurulan merkezin kısa ismi TODİM'dir. TODİM'in görevleri Yönetmeliğin 4. maddesinde sayılmıştır. Buna göre merkez; dış ilişkiler konusunda; kuramsal ve uygulamalı eğitim etkinliklerinde bulunmak, araştırmalar yapmak, araştırmaları desteklemek ve

58 Merkez hakkında fazla bilgi için bkz.(http://www.todaie.gov.tr/sem.php?Baslik= 51, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

59 Bkz. 15.6.2009 tarih ve 27259 sayılı Resmi Gazete.

60 Bkz.(http://www.todaie.gov.tr/v1/edem.php?Baslik=89, Erişim Tarihi, 18.7.2011).

61 Bkz. 15.6.2009 tarih ve 27259 sayılı Resmi Gazete.

teşvik etmek, yayın faaliyetlerinde bulunmak, yatırım ve dönüşüm projelerinin hazırlanması, izlenmesi ve performanslarının değerlendirilmesi konularında danışmanlık ve yardım hizmeti sunmak, bilgi ve deneyimlerin paylaşılacağı platformlar oluşturmak, ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla bilimsel toplantı, bilgi şöleni, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, Enstitünün diğer ülkelerdeki benzer kurumlar ve kamu yönetimi alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilişkilerini geliştirmesine ve mevcut olan ilişkilerin sürdürülmesine yardımcı olmak, TODAİE Teşkilat Kanunu'nda Enstitünün amaçları arasında sayılan kamu yönetimi konusunda bölgesel *"koordinasyon"* (eşgüdüm) merkezi görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

b) Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü'nün Kurumsal Etkinliğe Kavuşması Yönünde Öneriler

1- Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nün isminin Orta ve Yüksek Kademe Yöneticilik Eğitim ve Araştırma Enstitüsü şeklinde değiştirilmesi ve söz konusu enstitüye sadece yönetici yetiştirme görevinin verilerek, bu görev doğrultusunda kurumsal bir yapıya kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu önerinin gerekçesi aşağıda anlatılmaktadır.

Anayasanın 128 nci maddesinin son fıkrasında; üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının, kanunla özel olarak düzenleneceği ifade edilmektedir. Buna rağmen üst kademe yöneticilerin yetiştirilme usul ve esaslarını gösteren bir kanun bu zamana kadar çıkartılamamış, kamu görevlisinin üst kademe yöneticiliğine atanmasında yaygın bir şekilde akraba, eş dost ve parti yandaşlarını kayırma olgusuyla karşılaşılmıştır.

Yüksek kademe yöneticilerinin yetiştirilmesi konusunda kanımca Fransa'nın örnek alınması uygun olacaktır. Fransa'da, 1945 yılında kurulmuş bulunan Ulusal Yönetim Okulu (ENA) yüksek kademe yöneticisi olabilmek için bitirilmesi zorunlu bir okuldur. Eğitim süresi 2,5 yıl olan Ulusal Yönetim Okulu programına zor bir yarışma sınavı sonucunda iki türü öğrenci alınmaktadır. Bunlar, a) Yüksek öğrenim

görmüş, 30 yaşından küçük kimseler, b) Yüksek öğrenim görmüş ve en az 5 yıl çalışmış kamu görevlileri.[62]

Fransa'da, Ulusal Kamu Yönetimi Okulu siyasi bakımdan yansız olup, her türlü siyasi etkiye kapalı bir konumdadır. Ulusal Yönetim Okuluna yapılan giriş sınavı, siyasal yandaş kayırmacılığı (patronaj), dost veya arkadaş kayırmacılığı (kronizm) ve akraba kayırmacılığına (nepotizm) kapalı olup, bu durum Fransa'da yönetim üzerindeki her türlü siyasal ve yönetsel etkinin en aza indirilmesine yol açmaktadır.[63]

Anayasal buyruğa (md. 128) uyum sağlayabilmek açısından özel bir kanun çıkartılarak özeksel ve yerel yönetimlerde daire başkanı ve üstü görevlere getirilecek kimselerin Orta ve Yüksek Kademe Yöneticilik Eğitim ve Araştırma Enstitüsünü bitirme koşulu aranmalı, Enstitüyü bitirmeyen hiç kimse, daire başkanı ve daha üst görevlere getirilmemelidir.

2- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayıyla 27 Kasım 2002 tarihinden itibaren İçişleri Bakanlığı ile ilgilendirilmiştir. Bu ilişkilendirme yerinde olmakla birlikte, söz konusu enstitü, 61. Hükümet Döneminde garip bir şekilde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak yapılandırılmıştır. Bu uygulamadan vazgeçilerek, TODAİE'nin kurulması gereken Kamu Yönetimi ve İç Sorunlar Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu kanuna bir hüküm konulması işlerin etkin yürütülmesi açısından fayda sağlayacaktır.

3- Orta ve Yüksek Kademe Yöneticilik Eğitim ve Araştırma Enstitüsü'nün değişmesini önerdiğimiz görevine uygun olarak Enstitü bünyesinde; Özeksel Yönetim Yöneticilik Merkezi, Yerel Yönetim Yöneticilik Merkezi ve Kamu Yönetimi Araştırma Merkezi şeklinde üç adet merkez kurulmalı, diğer tüm merkezler ile Genel Müdürlük ve Genel Sekreterlik dışındaki tüm birimlerin kaldırılması gerekir. Ayrıca Enstitü'nün, üniversiteler tarafından düzenlenmesi gereken yüksek lisans ve doktora programlarını düzenlemesini engelleyici yasal önlemler de alınmalıdır.

---

62 Ergun Turgay ve Polatoğlu Aykut. Kamu Yönetimine Giriş, Dördüncü Yayım, TODAİE Yayını No.241, Ankara 1992, s. 243.

63 Fazla bilgi için bkz. Ergun ve Polatoğlu, s. 243.

SONUÇ

Türkiye'de kamu finansmanının 1990'lı yıllardan itibaren sürgit çok kritik bir durumda bulunması, uluslararası alanda dev bir rekabetin yaşanması, siyasetçi ve bürokratların bulaştığı çeşitli skandallar yüzünden Devlete olan güvenin azalması gibi olaylar Devletin genel kurumsal yapısını saran koşulların oldukça ciddi olduğunu göstermektedir. Türkiye, Avrupa ülkeleri arasında en genç nüfusa sahip bir ülkedir. Türkiye Cumhuriyeti, 2001 yılı Şubat ayında tarihinde görülmemiş bir krizle karşılaşmış ve krizin olumsuz etkileri 2005 yılı sonu itibariyle bile tam olarak ortadan kaldırılamamıştır. Bundan da öte, iletişim alanındaki hızlı gelişmeler, Doğu Bloğu'nun çökmesi, dünyayı tek bir sisteme doğru götürmektedir. Diğer yandan bilişim sistemlerindeki çok hızlı ilerlemeler, kamu hizmetlerinin geliştirilmesi ve kaliteli olması yönünde inanılmaz fırsatlar sunmaktadır.[64]

Günümüz 21 inci yüzyılında kamu yönetiminden ne gibi iş görüselliğin beklendiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede yurttaş odaklı bir kamu yönetimine geçilerek idarenin iş görüselliğinin yeniden belirlenmesi oldukça fazla önem taşımaktadır. 21 inci yüzyılın gereklerine uygun yeni bir Türk toplumu oluşturulması gerektiğinden artık yönetsel reform için daha fazla beklenilmemesi gerekir.[65]

Bu hususa ek olarak, daha önce yönetim, bürokratik olarak merkezi ve kapalı bir yapıda kurulmuş iken, şimdi dikkatler yurttaş-odaklı bir yönetsel yapı üzerine yoğunlaşmıştır. Yurttaş odaklı bir yönetsel yapı elde etmek için yönetsel bir reformun yapılması mutlak bir zorunluluktur. Bundan da öte, yurttaşa yönetsel reform gereksinimi ve reformun sonuçları hakkında da yeterli bir bilgi verilmesi, reform çabalarının başarıya ulaşması açısından yaşamsal derecede önem taşımaktadır.[66]

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu 1923 yılından beri adalet ve kamu yönetimi sektörlerinde özellikle insan gücü bakımından çok önemli gelişmeler kaydedilmesine rağmen söz konusu sektörlerin kurumsal sorunları Cumhuriyet'ten bu yana çözüme kavuşturulama-

64 Krş. Dursun, Japon Merkezi İdare Yönetimi, s. 115.
65 Krş. Dursun, Japon Merkezi İdare Yönetimi, s. 115.
66 Krş., Dursun, Japon Merkezi İdare Yönetimi, s. 115.

mıştır. Kanımca, Japonya örneğine uygun olarak hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda Adalet Bakanlığı'nın ve çağcıl kamu yönetimi anlayışına uygun olarak İçişleri Bakanlığı'nın kurumsal sorunlarının çözüme kavuşturulması mutlak bir gereksinimdir. Japonya; çağcıl ilkeler doğrultusunda 2001 yılında başarılı bir kamu yönetimi reformunu yürürlüğe koymuştur. Japonya'nın yapmış olduğu reformun Türkiye açısından pek fazla değer ifade edemeyeceği savı geçerli değildir. Çünkü liberalleşme ve küreselleşme akımı sonucu dünya ülkelerinin sorunları ve çözüm yolları büyük bir benzerlik taşımaktadır. Bu açıdan Türkiye'de de adalet ve kamu yönetimi alanlarındaki ağır kurumsal sorunlara mutlaka bir çözüm getirilmelidir. Aksi takdirde Cumhuriyetle birlikte adalet ve kamu yönetimi alanlarında özellikle işgücü açından elde edilen kazanımlar, kurumsal yapının bozukluğu dolayısıyla verimli bir şekilde kullanılamayacağı için pek fazla anlam ifade etmeyecektir.

KAYNAKLAR

Acar Muhittin. Hükümet Programları ve Kalkınma Planlarında Kamu Yönetimi Yaklaşımları, DPT Yayınları, Ankara 1991.

Criminal Justice In Japan. Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI), Tokyo Tarihsiz.

Dursun, Hasan. Japon Merkezi İdare Yönetimi. DPT Yayınları, Ankara, 1999.

..... Kamuda Toplam Kalite Yönetimi (TKY) Uygulamasında Elde Edilen Faydalar. Türk İdare Dergisi, Mart 2004, Sayı:442.

..... Ankara'nın Başkent Olmasının Hukuksal Anlamı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Mart-Nisan 2008,

Ergun Turgay ve Polatoğlu Aykut. Kamu Yönetimine Giriş. Dördüncü Yayım, TODAİE Yayını No.241, Ankara 1992.

Günday Metin. İdare Hukuku. Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.

Justice In Japan Supreme Court of Japan. General Secretariat of the Supreme Court of Japan 2003.

Kamu Yönetimi Araştırması (kaya) Genel Rapor. Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1991.

Kamu Yönetimi Araştırması (kaya) Yerel Yönetimler Araştırma Grubu Raporu. Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1992.

Karayalçın Yaşar. Türkiye Adalet Akademisi Niçin ve Nasıl Kurulmalıdır, Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

Organization of The Government of Japan. Administrative management Bureau, Ministry of Public Management, Home Affairs, Post and Telecommunications, Tokyo 2002.

Yerel Yönetimler Yasa Taslağı. TÜSİAD. Yayın No. TÜSİAD -T/97-207, İstanbul 1997.

HUKUK EĞİTİMİNDE FARKLI BİR YAKLAŞIM: BİR BANKA HUKUKU DERSİNİN ARDINDAN

LAW EDUCATION WITH A DIFFERENT APPROACH: AFTER A BANKING LAW LESSON

Ozan CAN*

Özet: Başta ülkemiz olmak üzere, dünyanın gereksinim duyduğu hukukçu tipi değişmiştir. Artık diyalektik düşünce ile olaylara bakan, araştırma yeteneği gelişmiş, bilimsel metodu her durumda uygulayan hukukçulara ihtiyaç vardır. Çünkü her alanda olduğu gibi hukukta da bilgi gitgide derinleşmektedir. Bu derin bilgi deryasında boğulmamak için hukukçunun bu ilkeleri içeren iyi bir eğitim alması gerekmektedir. Geleneksel model olarak adlandırabileceğimiz, bir kitaba bağlı kalan öğretim üyesinin ders anlattığı sistemin bu ilkeleri ne kadar barındırdığı şüphelidir. Bu nedenle, hukuk fakültelerinde geleneksel model ile eğitim öğretim yanında farklı yaklaşımların uygulanması kaçınılmazdır. Öğretim üyesinin yönlendirici bir rol oynadığı, öğrenci odaklı, araştırmayı teşvik eden, ortak çalışmanın sergilendiği, öğrencilerin okuma, yazma ve sunma tekniğinin geliştirilmesini hedefleyen bir eğitimin geleneksel modele göre daha yararlı sonuçlar doğurabileceği düşünülmektedir.

Anahtar Sözcükler: Hukuk Fakülteleri, hukuk eğitimi, hukuk öğrencisi, banka hukuku, eğitim modelleri, ödev uygulaması, arasınav, yılsonu sınavı.

Abstract: The type of legal counsellor needed in many countries in the world, particularly in our country has already changed. The legal counsellors who make assessments in dialectical manner with ability to research and apply scientific methods in any case, are now needed. It is because, as in the case of other fields of specialization, knowledge gets deeper and deeper in view of legal counsellors. In order not to be drowned in the sea of knowledge, the legal counsellors should be well trained. The traditional method, in other words, the system in which the academicians present their lecture based on the books, is still a matter of doubt in view of the principles concerned. Therefore, it is inevitable to apply dissimilar approaches in education at the Faculty of Laws, in addition to the traditional models. It is considered that the educational system in which the academicians play guiding role, promoting student-focused researches through team (group) studies, thus developing reading, writing and presentation skills of the students may lead to much affirmative results when compared with the traditional model.

Keywords: Faculty of Law, legal education, student of Law, banking Law, education models, homework, exams of the courses.

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

2001 yılının Ekim ayında başlayan akademik hayatımın pek de kısa sayılmayan asistanlık dönemi nihayet bittiğinde, tarih 2012'nin 27 Şubatını gösteriyordu. 10 yılı aşkın süredir asistan olarak gerek uygulama (pratik) gerek teorik derslerin yürütülmesinde hocalarımıza yardım ettim. Yardımcı doçent olduğumda üzerime resmî olarak aldığım ilk ders, 3. sınıfın ikinci yarıyılında okutulan seçmeli ders niteliğindeki, 2 kredilik, banka hukuku dersi idi. Bu nedenle banka hukuku, benim için çok anlamlıdır. Tabiri caiz ise banka hukuku, ilk göz ağrım sayılır.

Bu zamana kadar hep kürsü hocalarımızın sistemini takip ederek ders anlatmışken, kadro tahsisi yapıldıktan 2 gün sonra, banka hukuku dersinin tarafıma verildiğini öğrenince, sudan çıkmış balığa döndüm. Artık sazı elime vermişlerdi.

Öğrenciye en yüksek seviyede nasıl ders anlatırım, o ağır ve teknik hukukî sorunları öğrencileri sıkmadan ne şekilde zevkli hale getiririm düşüncesi, beni, değişik arayışlara itti. Öğrencilik hayatından ben de yeni ayrıldığımdan, öğrencilerin bakış açısını, düşüncelerini, neyi sevip neyi sevmediklerini taptaze yaşayan biri olmak, bu konuda bana en iyi rehber olmuştur.

Öğrenciler genellikle şunları sevmez:

Derste kitaba tamamen bağlı olan hoca sevilmez, hele hele kitabı satır satır okuyan hoca hiç hoş karşılanmaz, çünkü hukuk fakültesine gelmiş her öğrenci okuma yazma bilmektedir. Öğrenci, "*hoca, derste kitabı okuduğu için derse girmeye gerek yoktur*" kanısını taşırlar. Öğrenciler, çok hızlı konuşan hocaları iyi dinlerler, fakat bu tür hocalardan çok az şey anlarlar. Bu tür hocaların dersleri ve sunumları kelebek etkisi yaratır.

Öğrenciler, ağır ağır ders anlatan hocaları da pek sevmezler. Cümlelerin sonunu kendisi tamamlayan öğrenci, "*ben hocadan daha iyi biliyorum*" düşüncesiyle derse girmeyi pek tercih etmez.

Bunlara daha birçok şeyi ekleyebiliriz.

Ders anlatmak zordur. Aslında zoru başarsanız dahi bazı derslerin niteliği gereği, öğrenciler o derse ısınamazlar. Ele alınan konuların çok teknik, kendilerinden uzak, işlerine yaramayacak nitelikte bilgi yığını olduğunu düşünürler. Bu düşünce, hoca, dersi iyi anlatsa da, öğrencilerin derse yaklaşmasına engel olur.

Banka hukuku da çok teknik bir alandır. Zira banka hukuku, sadece hukuk değil, içinde işletme, ekonomi hatta psikolojiyi barındıran, disiplinler arası bir hukuk dalı sayılır. Böyle bir dersin sunumunda başarı için salt hukuk bilgisine sahip olmak da yetmez. Hukuk fakültelerinde özel hukukçular, özellikle de ticaret hukukçularına yıkılan bu ders, esasında birçok kamu hukuku kurum ve kavramlarını bünyesinde barındırmaktadır. Bu yönüyle öğretide banka hukukunun kamu hukuku içinde yer aldığı ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bu nedenle özel hukukçular için banka hukuku zor bir alan sayılır. Dolayısıyla kamu hukuku ilkeleri bilinmeden tam bir banka hukuku bilgisi ve ders anlatımı sağlanamaz. Hâl böyle olunca, dersi sevilir bir duruma getirme, salt dersi anlatmış olmak için anlatmamak amacıyla, özel bir yöntem izlemem gerektiğini düşündüm. Bu düşünce beni, ders işleme ve yürütmede yeni bir metot uygulamaya yöneltti.

Sanatın işlevi için söylenen "*sanat sanat için değil, toplum içindir*" sözünü, derse uygulayarak, mademki "*ders de ders için değil, öğrenci içindir*", o halde, öğrenci odaklı, başka bir deyişle, öğrenciyi merkeze alarak ve uygulama ve teoriyi kaynaştırarak bir ders yürütme modeli uygulamaya karar verdim.

Eğitim öğretim uygulamalarında geleneksel model olarak nitelendirebileceğimiz ve hocanın genellikle bir kitaba bağlı kalarak, karşısındaki öğrenci kitlesine hitap ettiği, bu hitabetinin de karşısındakiler tarafından ne kadar anlaşıldığını tespit etmek için yılsonunda bir sınavın yapıldığı modelin, artık 21. yüzyıl hukuk fakültelerinde etkinliğini yitirdiğinin, işlemediğinin farkına vardım. Çünkü siz ne kadar iyi bilirseniz biliniz, öğrenciye dersi dinlemek dışında bir sorumluluk yüklemez iseniz, yani öğrenciyi eğitim-öğretime dâhil etmez, aktif hâle getirmez iseniz, o eğitim-öğretim başarılı olamaz. Bunun sonucunda ise, sadece önüne konan bilgileri alan bir öğrenci profili ortaya çıkar. Bunun yerine, işine yarayacak bilgileri kendisi bulan ve önüne getiren, daha sonra o bilgiyi arkadaşları önünde sunarak diğer öğrencilerle paylaşan, sunum sonrası eleştirileri ve soruları karşılayabilen, bütün bu çalışmaların sorumluluğunu üstlenip bu sorumluluğun ve emeğin hazzını hisseden bir öğrenci modelinin daha yerinde olduğu kanısıyla derslere girmeye başladım.

Ders Dönemi

Öncelikle ilk dört hafta ders anlattım. Bu derslerde verdiğim ders ise, daha çok, kanun kullanmayı öğretmek idi. Hukukun bir bütün olduğunu, kamu hukuku, özel hukuk, işletme, iktisat, sosyoloji gibi ayrımların aslında yapay ayrımlar olduğunu, hepsinin bilgiye ulaşmayı kolaylaştırmak amacıyla insanlar tarafından yapıldığını göstermek için, derse katılan tüm öğrencilerden 1982 Anayasası, Medeni Kanun, Türk Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve dersle ilgili olabilecek diğer kanunları getirmelerini salık verdim. Kas yapmak dışında, bunun birçok yararı olmuştur. Amaç, ders işlenirken tüm kanunların işe yarayabileceğini ve bunların kullanılması gerektiğini öğretmek idi. Elbette sadece bu kanun metinlerinin getirilmesini sağlamadım, onlardan her ders yararlandık. Örneğin, banka hukukunun temel kavramlarını anlatmış olduğum ilk derste, bankanın hangi hukukî alanları ilgilendirdiğini, kanunlardaki hükümlere bakarak göstermiş oldum. 1982 Anayasa'sının 48. maddesinin banka hukuku ile ilişkisine değindik. Bu bağlamda, bankanın özel teşebbüs olduğunu, bu maddeye dayalı olarak banka kurmanın temelde serbest olduğunu öğrendik. Özel teşebbüs niteliğindeki bankaların aynı maddeye göre sözleşme özgürlüğüne de sahip olduğunu, sözleşme özgürlüğünün banka sözleşmelerindeki etkisine değindik. Gerçekte 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun sevk nedeninin yasama organına 1982 Anayasa'sının bir görev olarak yüklendiğini, 167. maddenin 1. fıkrasına[1] bakarak çıkardık. Tük Ticaret Kanunu'na yönelerek, bankaların TTK anlamında bir ticarî işletme, tacir olup olmadığını, unvanının nasıl oluşturulduğunu çözümledik. Bankacılık suçlarını, bu suçlarda kanunilik ilkesinin ne anlama geldiğini, Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine bakarak irdeledik. Müşterinin banka ile yapmış olduğu kiralık kasa sözleşmesinin niteliğini, tarafların hak ve sorumluluklarını, bankanın sorumsuzluk kayıtlarını, kredi kartına ödenen kart ücretinin sebepsiz zenginleşmeye göre mi yoksa sözleşmeye dayalı olarak alınacağını, Borçlar Kanunu'nu inceleyerek tespit ettik. Daha birçok kanun metnine başvurduk. Böylece, öğrenciler, bir hukuk dersinde tüm mevzuat hükümlerine bakmayı, düzenlemeler arasında bağ kurmayı öğrenmiş oldu.

---

1 1982 Anayasası madde 167/f.1: Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Yine, bu süreçte, Bankacılık Kanunu'nun ilk 10 maddesini öğrencilerle beraber inceledik. Özellikle amaç ve kapsam maddesi üzerinde önemle durdum. Bunu gerçekleştirirken, öncelikle, madde metnini en az iki öğrenciye yüksek sesle okuttum. Ancak kanun okumanın, roman okumaya benzemediğini göstermek için özel bir çaba sarf etmek zorunda kaldım. Kanun maddesi iyi okunmaz ise iyi anlaşılamaz kuralını, nihayet, 3. haftanın sonunda yerleştirmeyi başarmıştım. Artık kanunu her okuyan öğrenci sözcük vurgusuna önem vermekte idi.

Okumadan sonra, amaç ve kapsam maddesinin ne anlama geldiğini, neden kanunlarda amaç ve kapsam maddesine yer verildiğini irdeledik. Kanunun 1. maddesinde yer alan amaçların neler olduğunu tek tek sıraladık ve Bankacılık Kanunu'ndaki hangi düzenlemenin hangi amaca hizmet için getirildiğini sorguladık. Böylece, kanunda düzenlenmiş olan her bir maddenin hangi amaca hizmet ettiğini tespit edebilen bir öğrenci kitlesi ortaya çıktı. Amaç maddesinin, Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrası[2] ve 167. maddesinin 1. fıkrası ile ilişkisini ortaya koyduk. Bankacılık Kanunu'nda yapılacak bir değişikliğin ne zaman anayasaya aykırılık taşıyabileceğini, Anayasa ve 5411 sayılı Kanunun amaç maddesi kapsamında irdeledik.

Bu irdelemeler yapılırken, yorum yöntemlerinden yararlandık. Öncelikle lafzi yorumdan başladık. Lafzi yoruma alıştırmak için, her bir sözcüğün eleştirisinin yapılması için öğrencileri teşvik ettim. Hangi sözcüğün teknik olarak yanlış kullanıldığını, amaçsal yorum çerçevesinde, sözün yerindeliğini sorguladık. Yine, amaçsal yorum kapsamında, eleştiri yapmayan bir toplumun fertleri olan öğrencilerin, eleştirel gözle bakma yeteneğinin gelişmesine özen gösterdim. Örneğin, amaç maddesinde yazılanların yeterli olup olmadığını tartışmaya açtım. Başka ne tür amaçlar yazılabilirdi, sorusunu tartışmaya açtım. Kısaca, maddelerin özüyle ve sözüyle (lafzen ve ruhen) yorumlanması için çaba sarf ettim. Öncelikle lafzın esas alınması gerektiği, çünkü ilk lafız ile karşılaşıldığı, bu anlamda, ilk olarak lafza misafir olunduğu, daha sonra, özle muhatap olunduğunu gösterdim. Bu yönüyle Medeni Kanun'un 1. maddesinin anlamını ortaya koymuş oldum. Bazen sözün, öz ile çelişebileceğini,

[2] **1982 Anayasası madde 48/f.2**: Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

bu durumda özün tercih edilmesi gerektiğini vurguladım[3]. Bu sayede yorum yöntemlerine giriş için bir kapı aralamış olduk. Yorum metotlarının neler olduğunu belirterek, hangi metodun ne zaman kullanılacağını ortaya koydum. Dersimiz birden hukuk metodolojisine bürünmüştü. Ayrıca lafzî olarak bir kanun maddesinin tanımlama, örnekleme, sınırlı sayma, açıklama şeklinde kaleme alınabileceğini izah ederek, her bir maddenin hangi yazım tekniği ile kaleme alındığını tespit etmiş olduk. Bu kanun yazma teknikleri ile kıyas, cezaî hükümler, istisnaî hükümler, dar yorum, genişletici yorum ilişkisine değindim. Kanunda geçen *"gibi, vs., benzeri"* ifadelerin örnekleme metoduna işaret ettiğine, cezaî hükümlerde örnekleme metodunun olamayacağını, çünkü bunun, suç ve cezalarda kanunilik ve kıyas yasağı ilkesini zedeleyebileceğini, Anayasa, Türk Ceza Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesini ile ilişki kurarak gördük.

Ayrıca derste her bir öğrencinin banka hukuku ile ilgili bir Yargıtay kararı, gazete, dergi haberi getirmesini ve bu dokümanların saklandığı bir banka hukuku dosyası hazırlamalarını istedim. Böylece, yılsonunda ellerinde banka hukuku ile ilgili yargı kararlarının, gazete haberlerinin, banka ile yaptıkları herhangi bir sözleşme metninin, bilimsel makale ve yazıların bulunduğu bir dosyalarının olmasını hedefledim. Bu dosya, bir hukuk alanı ile ilgili olarak mezuniyet sonrasındaki ileriki iş yaşamlarında kullanacakları bir kitapçık niteliği taşımakta idi.

Esasında her bir dersin, her bir konunun boşa anlatılmadığını, anlatılanların çok uzakta ve sanal ortamda olmadığını göstermek amacıyla banka ile ilişkisi bulunan tüm öğrencilere ödev verdim. Ödev, banka kartı veya kredi kartı olan öğrencilerin bu kartlara ilişkin sözleşmeleri edinmeleri idi. Öğrencilerin hemen hemen hepsinin kartı olmasına rağmen hiçbirinde sözleşme bulunmadığını gördüm. Tüm öğrencilere ilgili düzenlemelere dayanarak bankadan sözleşmeyi talep etmeleri gerektiğini söyledim. Diğer derste bazı öğrenciler bunu alıp gelmişlerdi. Hatta bazı öğrenciler, kanunu yanlarında götürmüş ve banka müdürü ile sözlü tartışmaya dahi girmişlerdi. Ama sözleşmeyi talep eden tüm öğrenciler bunu almayı başarmıştı.

---

[3] Bu sözümüzü, yargı kararı ile desteklemek için, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 74/2017 Esas ve 74/2830 Sayılı Kararı'nı okuduk. Kararda, "Çağdaş hukukta sözüne göre (lafzi) yorum terk edilmiş onun yerine öze (amaca) yönelik yorum esas alınmıştır. Doğr*u ve hakka uygun olan da budur"* denilmektedir.

Bir öğrenci kredi kartı ile ilgili olarak bir gazete haberi getirmişti. Haberde, kredi kartı için kesilen yıllık ücretin alınabileceği yazılıydı. Öğrencilerin çoğunun kredi kartı vardı ve bu parayı ödüyordu. Ben de kredi kartı sahibi olduğumu ve bu bedeli ödemediğimi, bunun usulünü ve dayanaklarını anlatınca şaşırdılar. Buna ilişkin bazı Yargıtay kararları getirdim ve derste okuttum. Daha sonraki derste birçok öğrencinin kendisinin ve ailesinin kartından kesilen parayı geri aldığını öğrendim. Öğrenciler, övünerek bu durumu anlatıyorlardı. Bazı öğrenciler burs nedeniyle kesilen kart parasını dahi almışlardı.

İlk dört hafta banka hukuku etrafında, esasında hukukun bir bütün olduğunu, özel hukuk, kamu hukuku gibi bir ayrımın çok da önemli olmadığını, kanun kullanmanın önemini, kanunu yorumlama metotlarını, hukukun yaşamın kendisi olduğunu, hak arama yollarını öğretmiş oldum. Anlatılan derslerde öğrenciler bu teorik bilgilerle kalmamışlar, uygulamada haklarını aramaya koyulmuşlar ve başarı elde etmişlerdi.

Ara Sınav (Vize)

4. haftanın sonunda ara sınav gelmişti. Başarı ile gittiğine inandığım metodun sınavlarda da aynen sürdürülmesi gerektiğini düşündüğümden, özel bir sınav şekli uygulamaya karar verdim. Madem ki hitabet sanatı sergilemeden, öğrenci ile birlikte bilgiye elimizdeki temel kaynaktan, yani mevzuattan ulaştık, neden sınavda da aynı metodu uygulamayayım diye düşündüm. İş yaşamında hiç kimsenin size mevzuata bakmayı yasaklaması mümkün değilken, -aksine, hukukçudan kanuna bakarak görüş bildirmesi, konuşması beklenir- asıl görevi sadece teoriye (nazari ilim deryasına) gömülmek değil, ülke gereksinimlerine cevap verebilecek yetenekli hâkim, savcı, avukat, kısacası hukuk neferleri[4] yetiştirmek olan biz öğretim üyelerinin, öğrencilerin tam da mevzuat kullanmayı öğrenmesi gerektiği bu yıllarda, özellikle de sınavlarda, mevzuatı yasaklamamanın hiçbir anlamı olmadığını düşünüyordum. Buna istinaden tüm sınavlarımda mevzuatın serbest olmasına karar verdim ve sınav sorularını, mevzuattan yararlanmalarını sağlayacak şekilde hazırladım. Öğrencilerin, sınavda da yanlarında 1982 Anayasası, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Borçlar

4 Hirsh, Ernst: Pratik Hukukta Metod, 3. Bası, Ankara 1978, s. 4.

Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu başta olmak üzere işlerine yarayacağını düşündükleri tüm kanun metinlerini getirmelerini istedim ve bunlardan yararlanmanın serbest olduğunu sınav talimatında belirttim.

Sınavda 4 soru sordum. Sorular şunlardı.

1. *Banka, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda tanımlanmamakla birlikte, kısaca, mevduat toplama, kredi verme veya bankanın tekelinde bulunan işlemlerle uğraşan anonim şirket şeklinde tanımlanabilir.*
   a. *Bu tanıma göre, banka işletmesi, bir ticarî işletme midir?*
   b. *Banka tacir midir, neden?*
2. *Türkiye'de bir bankanın kuruluşu için izin şartı göz önüne alındığında (5411 s. Kanun m. 6), yasal koşulları taşımayan veya izin almayan bir anonim şirket, mevduat toplama, kredi verme veya bankaların tekelinde bulunan bir işlemle uğraşırsa, banka olur mu? Eğer yanıtınız hayır ise, hukuki statü açısından nasıl bir durum (tacir, tacir sayılanlar, tacir gibi sorumlu olan vs.) söz konusu olur?*
3. *Bankacılık Kanunu'nun ana taşıyıcı kolonlarından biri olmasına rağmen "banka" tanımlanmamıştır. Bu tercihin nedenini yazarak, yerinde olup olmadığını tartışınız.*
4. *5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Kapsam" başlığını taşıyan 2. maddesinin son fıkrasında, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler tatbik olunur" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemedeki "genel hükümler" ile" kastedilen nedir? Açıklayınız.*

Sınav soruları ile karşılaşan tüm öğrencilerin hemen yanlarında getirdikleri kanunlara sarıldıklarına tanık oldum. Her biri, değişik kanun metinlerini inceliyordu. Sınav bittiğinde sonucun nasıl olacağını merak ediyordum. Bu yüzden hemen sınav kâğıtlarını okumaya başladım. Öncelikle şunu fark ettim ki, öğrenciler cümle kurmakta çok zorlanmaktaydılar[5]. Devrik cümleler çoğunlukta idi. Hâlâ hukuk dili ile bir cevaplandırma yapmakta güçlük çektikleri görülüyordu.

[5] Bunun nedeni, ilkokul yıllarından başlayarak, eğitim sistemimizin sadece okumaya, anlamaya ve test tekniğine dayanmasıdır. Eğitim faaliyeti içerisinde, düşündüğünü yazıya dökme, maalesef, önemli bir yere sahip değildir. Bu yüzden, kalemi tutuk öğrenciler ortaya çıkmaktadır.

Sınav kâğıtlarını okuduğumda çok da parlak bir sonuç ile karşılaşmadım. Normal ve ikinci öğretimde toplam 115 öğrenciden sadece 9 kişi geçer not olan 60 ve yukarısı not almıştı. Bu oran yüzde 10 bile değildi. Kanun kullanmayı bilen öğrenciler için bu sorular gayet kolay sayılırdı. Ancak, çıkan sonuç, öğrencilerin, hâlâ hukukî soru ve sorunların kanunda yazan yanıtlarını bulmakta zorlanmakta oldukları idi. Bu durum, bir sözcüğün anlamını bilmeyen öğrencinin sözlük kullanma becerisinin olmaması ile ifade edilebilir.

Sınav sonunda öğrenciler de tepkiliydi. Çoğu, düşük not aldığından yakınmakta idi. Sınav sonrası ilk derste sınav sorularını çözmeye karar verdim. Sadece sorularla ilgili olan maddeleri açıp okudum. Böylece, öğrenciler aslında sınavda neden kötü not aldıklarını anlamışlardı.

Ödev Uygulaması

Sınav sonrasında uyguladığım ders işleme ve sınav metodunu sürdürüp sürdürmeme hususunda tereddüdüm oluşmuştu. Ancak her yiğidin bir yoğurt yiyişinin olduğunu, en azından farklı bir şekilde ders işlenebileceğine ve bu yöntemin öğrenciler için yararlı olacağına inandığımdan, sonuna kadar aynı çizgide ilerlemeye karar verdim.

Kanun kullanmayı ve maddeleri lafzen ve ruhen incelemeyi öğrettiğim metodun ardından 3 veya 4'er kişilik gruplara ödevler dağıttım. Bu ödevlerin konuları Bankacılık Kanunu'nun temel kavram ve müesseseleri idi. Örneğin, finansal holding şirketleri, İMF, Türk bankacılık sektörü ve yapısı, saklama hizmetleri, kredi kartları, banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, bankacılık suçları, leasing, faktöring, katılım bankaları, mevduat bankacılığı, TMSF gibi konulardı.

Ödevlerin en az yirmi kaynak ile yazılmasını, dipnot kullanılmasını, kaynakçasının bulunmasını, 15 sayfadan az kaleme alınmamasını, yani, lisansüstü eğitimde öğrencilerin hazırlamak zorunda oldukları ödevler şeklinde hazırlanmasını istedim. Tabi ki ilk derste bir ödevin nasıl hazırlanması gerektiğini ayrıntısıyla açıkladım. Öğrenciler öncelikle konularıyla ilgili tüm kaynakları bulacaklar, bu kaynakları getirecekler, ben inceledikten sonra uygun kaynakları belirleyeceğim ve sonra, içindekiler kısmı hazırlanıp bana gönderilecek, ben de içindekiler kısmına onay verdikten sonra yazma aşamasına geçilecekti. Hazırlanan ödevlerin sunum tarihinden bir hafta önce ileti yoluyla

bana gönderilmesini istedim. Böylece gönderilen metinde düzeltmeler yapıp, bazı önemli noktalara işaret ettim. Öğrenciler, bu düzeltmeleri yaptıktan sonra hazırladıkları ödevin fotokopisini, sunum yapacakları günden 2 gün önce, kırtasiyeye bırakacak, diğer öğrenciler ise, bu ödevleri edinip, inceleyerek derse katılacaklardı. İşlemesini istediğim sistem buydu. Birkaç haftalık acemilikten sonra sistem yavaş yavaş işlemeye başladı.

Öğrenciler ödevlerini hazırlayıp yolladılar, düzeltme yapıp tekrar yolladım ve gruptaki her bir öğrencinin 5'er dakika sınıf önünde ödevlerini sunmalarını sağladım. Öğrencilerden sunumu iyi olan da vardı orta derecede olan da. Ancak tüm öğrencilerin sınıf önünde kendi hazırladıkları ödevleri sunmalarını istedim. Bu sayede, iş yaşamında kitle önünde sunum yapacak olan öğrencilere, şimdiden bunu alıştırmaya çalıştım. Öğrencilerin hem medenî cesareti hem kendine güvenleri arttı.

Öğrenciler ödevi sunduktan sonra, dinleyenlerin sunum yapanlara soru sormalarını sağladım. Böylece, ödevlerin benimsenmesini, diğer öğrencilerin ödevleri inceleyip gelmelerini, dinlemelerini ve anlamalarını teşvik etmeye çalıştım. Arkadaşlık hukukundan kaynaklı olsa gerek, öğrenciler, sunum yapanlara soru sormaktan önceleri çekiniyordu. Ancak zamanla bunu aştık. Sunum yapanlara sorular soruluyor, onlar da bu soruları ödevleri kapsamında cevaplandırıyorlardı.

Ayrıca soru-cevabın ardından, dinleyen öğrencilerden ödev ile ilgili eleştiri getirmelerini istedim. Eleştirel bakışın temel alındığı bir kanun inceleme sistemini ödevlere uygulamamak olmazdı. Eleştiriye açık olmak, yapılan eleştirilere cevap vermek veya kabullenmenin büyük bir erdemlik olduğunu hissettirmeye çalıştım. Tabi ki bir iki hafta, ödevlere yönelik ben eleştiri getirdim. Ödevlerin şekil ve esas yönünden eksikliklerini anlattım. Daha iyi bir ödev için neler yapılması gerektiğini tek tek sıraladım. Bu derslerde öğrenciler atıflarındaki yanlışlıkları, bölümlendirmenin anlamını, ödev hazırlama sistematiğini, ödev hazırlayan ve sunan arkadaşlarının ödevleri üzerinde sıcağı sıcağına gördüler. Birkaç hafta sonra sistem oturmaya başlamıştı. Ödevi sunan öğrencilere arkadaşları soru soruyor, sonra ödevi eleştiriyorlardı. Böylece, hemen hemen tüm öğrenciler, kitle önünde sunum yapmış, ödevleri kapsamında sorulara ve eleştiriye maruz kalmışlardı.

Dönem sonu bittiğinde, elimizde yaklaşık 30 ödev konusu vardı. Tüm ödevlerden sorumlu olunduğu belirtildikten sonra, ara sınav (vize) benzeri bir sınav yapılacağını söyleyip, yılsonu (final) sınavı için soru hazırlamaya başladım.

Yılsonu (Final) Sınavı

Artık hasadın vakti gelmişti. Finaller, hasat gibidir. Dönem boyunca emek harcayarak belirli bir sistematik çerçevesinde ders anlatılmış, ödev hazırlatılmıştı. Öğrencilere verilen emeğin karşılığı notlara göre anlaşılacaktı.

Yılsonu sınavı da test olmayacak, öğrencinin düşünme, araştırma, bulma ve yazma yeteneğinin gelişmesine hizmet edecekti.

Sınavda şu soruları sordum:

Soru 1. *Banka hukuku dersinde hazırlamış olduğunuz ödev hakkında lütfen genel olarak bilgi veriniz.*

***Soru* 2.** *Banka hukuku dersinde neler öğrendiğinizi ve banka hukuku dersinin, bir hukukçu olarak size ne kattığını yazınız. Özellikle meslek hayatınıza adım attığınızda, banka hukuku ile ilgili hukukî bir sorunla karşılaştığınızda, ödevinizi hazırlama aşamasında edindiğiniz deneyim, sorunun çözümünde size nasıl bir katkı sağlayacaktır?*

***Soru* 3.** *Son yıllarda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın merkezinin İstanbul'a taşınması konusu tartışılmaktadır. Bankanın merkezinin İstanbul'a taşınmasının 1982 Anayasası'nın 3. maddesine aykırı olup olmadığını tartışınız. 1982 Anayasası Madde 3- Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Millî marşı "İstiklal Marşı"dır. Başkenti Ankara'dır.*

***Soru* 4.** *BDDK Başkanı Tevfik Bilgin, 2008 yılında, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu ve Genç Finansçılar Öğrenci Topluluğu tarafından davet edildiği 'Türk Bankacılığı Sektörü Mevcut Durum ve Beklentileri' konulu konferansta, yabancı bankaların sektördeki payının yüzde 40'larda olduğu Türkiye'de, yabancı bankalarla ilgili bir stratejisi oluşturulması gerektiğini belirtmiştir.*

Bankacılık sektöründe yabancı bankaların payı, 2008 yılı itibariyle, Yunanistan'da yüzde 20, Almanya'da yüzde 5, İtalya'da yüzde 8, İspanya'da

yüzde 10, Hollanda'da yüzde 10, Danimarka'da yüzde 17, Avusturya ve Fransa'da yüzde 19; Avrupa Birliği dışındaki ülkelerden Amerika'da yüzde 19, Japonya'da yüzde 6.7, Avustralya'da yüzde 17, Kanada'da yüzde 4.8 olduğu görülmektedir.

Türk Bankacılık sektöründe Halkbank ve Ziraat Bankasının özelleştirilmesi sık sık konuşulan konulardandır. Bu bankaların yabancılara satışının Türk bankacılık sektörüne ne gibi bir etkisi olabilir? Bankacılık Kanunu'nun amacı, 1982 Anayasası'nın 48. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" hükmü ve diğer kanunî düzenlemeler göz önüne alınmak suretiyle tartışınız.

Sınavı öğrenci odaklı olarak değerlendirdiğimizde, 25 puanlık bir sorunun hazırlanan ödevlerden olduğu, bu ödevi hazırlayan öğrencinin, deneyimini anlattığı ikinci soruyu da rahatlıkla yapacağı düşünüldüğünde 50 puanı alacağı garantidir. Nitekim, öyle de oldu. Ödevi hazırlayan her öğrenciye 1. soru için istisnasız 25 puan verdim. 2. soru için de aynı şekilde, tam puan verdim. Diğer sorulara gelince, gerçekte bu tür soruların doğru cevabının bulunmadığı kanaatindeyim. Elbette 3. soru için Türk idare teşkilatının yapısı, anayasa hükmünün yorumlanması, bu bağlamda, dar yorumun veya geniş yorumun tercih edilmesi mümkün olabilir. Taşınma işleme, hükmün içini boşalttığından bahisle anayasaya aykırı görülebilir veya başkent kavramının dar yorumlanmaması gerektiğinden anayasaya aykırı olmadığı ileri sürülebilir. Önemli olan ekonomik, ticari, sanayi vb. bakış açısıyla değil, hukuki mülahazalarla bir cevap vermektir. Bu şekilde verilen her tür yanıta tam puan verdim. Asıl istediğim, hukukçunun hukuki bakış açısıyla yanıt vermesiydi. Yürürlükte bulunan bir hükmü, ekonomik, turizm, hatta turist sayısına göre değerlendirme yapanlara maalesef, puan vermedim. Elbette hukukî düzenlemelerin altında da ekonomik, sosyolojik vs. nedenler yatabilir. Ancak ne tür neden olursa olsun, kanunî düzenlemeleri yorumlarken hukukî yorumlara sadık kalmak gerekir. Bu soru ile başka bir şeyi de hedefledim. Hukukçu sadece kanunları incelemez, ülkenin tartışma konularını da hukukî bir bakış açısıyla yorumlar. 3 ve 4. sorularım ile bunu vermeye çalıştım. Ülkede ekonomistler, sivil toplum kuruluşları temsilcileri veya adını sayamadığımız birçok kişi ve kurum bir konuda tartışırken, hukukçunun, ülke sorunlarından uzak kalması, bu sorunları hukukî çerçevede tartışmaması olağan bir durum değildir.

Öğrencilerin emekle hazırladıkları ödevler çerçevesinde 50 puan, hukukî bir zeminde ve bakış açısıyla cevaplandırdıkları diğer iki soru için de 50 puan olmak üzere, çoğunluğun iyi bir puan alacağını bekliyordum. Gerçekten de öyle oldu. 22 kişi yılsonu sınavından kalmış, diğer öğrenciler geçmişti. Bu 22 öğrencinin ise, hemen hemen derslere hiç devam etmeyen ve ödev hazırlamayan öğrenciler olduğu görülüyordu.

Sınav kâğıtlarını değerlendirirken özellikle 2. sorunun yanıtını çok merak ediyordum. Acaba banka hukuku dersinde neler öğrenmişlerdi ve banka hukuku dersinin, bir hukukçu olarak onlara kattığı şey neydi? Meslek hayatına adım attıklarında, banka hukuku ile ilgili hukukî bir sorunla karşılaştıklarında, ödevi hazırlama aşamasında edindikleri deneyim, sorunun çözümünde onlara nasıl bir katkı sağlayacaktı. Buna ne yanıt vermişlerdi?

Öğrencilerin verdikleri yanıtlar genellikle şöyleydi.

- *Ders sayesinde ezberden ziyade, yorum gücünün geliştiği,*
- *Öğrenci merkezli bir sistem izlenmesinin yararlı olduğu,*
- *Derste ve ödevlerde, yanlış da olsa, fikirlerin a*çıklanması gerektiği,
- *Herhangi bir sorunla karşılaşıldığında, kapsamlı ve ayrıntılı bir araştı*rmanın yapılması gerektiği,
- *Gazetelerin ekonomi sayfasını hukukçuların da okumasının gerektiği,*
- *Araştırmanın ne kadar zevkli olduğunun farkına varıldığı,*
- *Ödev hazırlamanın araştırma yeteneğinin ortaya çıkmasını sağladığı,*
- *Farklı kaynaklardan aynı konuyla ilgili yorum farklılıklarının, konuyu aydınlatabilmek açısından yararlı olduğu,*
- *Word programında ödev yazmanın* önemli olduğu
- *Analitik* düşünmenin geliştiği,
- *Bir sorunu çözerken, nereden başlanması ve hangi aşamaların takip edilmesi gerektiğinin öğrenildiği,*
- *Banka hukuku ile ilgili hür türlü dava ve sorunun, ödev hazırlama metodu yardımıyla, rahatça çözülebileceği,*

- *Yazım ve imla kuralları*na dikkat edilmesi gerektiği,
- *Toplum huzurunda konuşabilme yeteneğinin edinildiği,*
- *Bir hukukçu olarak sorgulama ve eksiklikleri görme yetisi kazanıldığı,*
- *Banka hukuku dersi sayesinde 3 yıldır gerçek anlamda bir araştırma ve kaynak soruşturma işinin yapılmış olduğu,*
- *Derste yapılan teorik ve uygulamayla ilgili tartışmalarla ilk defa hukuk öğrencisi olduğumun farkına varıldığı,*
- *Hoca olmanın zorluklarından olan öğrencilere hitap etmenin ne denli zor olduğunun yaşanarak öğrenildiği,*
- *Grup çalışması ve çok yanlı bakış* açısıyla ödev*lerin hazırlandığı,*
- *Ödevi hazırlarken bir plan dâhilinde hareket edip, kaynakları tarayıp bulmak, bunları tasnif edip konuyla ilgili planları seçip almak ve sonuç olarak, ortaya bir taslak çıkarmakla, bir konu araştırmasında nasıl hareket edileceğinin öğrenildiği,*
- *Kelimelerin anlamının ne kadar önemli olduğunu ve aslında kullanılan kelimelerin birçoğunun anlamının bilinmediği ve bu sebeple, çoğu şeyin öğrenilemediği ya da yanlış öğrenildiği,*
- *Bir konu hakkında araştırarak öğrenmenin, onun ayrıntılarına inilmesinin, bunun, salt ders anlatan hocanın dinlenilmesinden daha zevkli ve daha öğretici olduğunun öğrenildiği,*
- *Artık, ileride ortaya* çıka*bilecek sorunlar bilindiğinden, kısa süre önce iptal ettirilen kredi kartıyla ilgili bankaya gidip, bankadan, herhangi bir borcun olmadığına dair yazı alındığı,*
- *Araştırma yapılırken, banka hukuku kitaplarının ne kadar çok olduğunun farkına varıldığı ve banka hukuku aslında daha çok üzerinde durulması gereken bir ders olduğu,*
- *Ödev çalışmasında, hangi kaynaklara bakılması gerek ya da sadece bulunan kaynak veya bilgiler değil, kişinin kendi yorumunu da katma konusunda bakış açısının geliştiği,*
- *Hazırlanan ödevin, akademik anlamda bir çalışmanın nasıl hazırlandığını öğrettiğini,*
- *Üç yıllık fakülte hayatında en çok zorlayan, ancak en büyük katkıyı sağlayan dersin banka hukuku dersi olduğu,*

- *Kitapların ve tezlerin öyle kolay yazılmadığını, bunların gerek teknik gerek sabır gerekse araştırma anlamında yoğun emek ürünü olduğunun görüldüğü,*
- *Ödevin, gelecek yıl hazırlanacak olan tezde yardımcı olacağı*[6]
- *Sadece bilgi depolama olarak değil, normal bir vatandaşın da öğrenmesi gereken bilinçlenme dersi olduğu,*
- *Sorunu çok fazla kaynaktan araştırmak gerektiğini ve bilginin sonsuz bir deniz olduğunun görüldüğü,*
- *Ödevde, ülkemizdeki yabancı banka oranlarını, bunların milli bankalarımıza oranına şahit olunduğu, bunun, bankacılık alanında da yabancılaşmayı getirdiği,*
- *Daha önce konu ile ilgili hususlarda eseri olan yazarların haklarının ihlâl edilmemesi gerektiği,*
- *İlk defa bir sınava, motor gibi notları, konuları ezberlemeden de bir şeylerin öğrenilebileceğini anlayarak gelindiği, kitabı, kanunu ezberlemenin kolay, ama onu uygulayabilmenin zor olduğu, bu ödevler ve dersin, kanunu yorumlamayı öğretici nitelikte olduğu,*
- *Hukukun her dalının aslında ayrı bir bölüm olmadığının, hep birlikte bir bütünlük arz ettiğinin görüldüğü,*
- *Bir hukukçunun sorumluluk sahibi ve bunun bilincinde olması gerektiği, ödevleri hazırlarken bu sorumluluk bilincinin daha da yerleştiği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nde aşırı bir emek verildiği, Enstitü'deyken epeyce yaşlı bir hoca*[7] görüldüğü *ve her sabah orada olduğu ve hep bir şeyler okuduğunun öğrenildiği, gerçekten akademisyen ruhlu doğmanın böyle bir şey olduğunun farkına varıldığı,*
- *Akademik çalışmanın ne kadar değerli olduğunu ve emek verip bunu sunan insanlara daha fazla saygı duyulması gerektiği,*

---

6 Banka hukuku dersi fakültemizde 3. sınıf seçmeli derstir. 4. sınıfta öğrenciler. güncel hukukî sorunlar adı altında 2 kredilik zorunlu bir ders almaktadırlar. Öğrenciler, bu derste, sadece bitirme tezi niteliğinde bir çalışma yapmakta ve çalışmaya göre not almaktadır.

7 Bahsi geçen hocamız, Ankara Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalından emekli olan Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'dır. Karayalçın, hâlâ Enstitü binasının son katındaki odasında çalışması sürdürmekte ve her gün Enstitü Kütüphanesi'nde araştırma yapmaktadır.

- *Ödev ve bilgi sayesinde, kimsenin, kimseden haksız bir menfaat saylayamayacağının öğrenildiği,*
- *Ödevler sayesinde, hayatın ve bilginin yalnızca "google"dan ibaret olmadığını gösteren bir öğretim ve eğitim dönemine tanık olunduğu,*
- *Ödev ve ders sayesinde her şeye eleştirel bakabilmeyi, tek açıdan bakmamayı, aksi görüşlere değinmenin insana objektiflik kattığını,*
- *Derste klasik ders tekniğinin dışına çıkılarak konuları öğrencilerin anlatmasının, bir kitaptan değil de birden fazla kaynaktan yararlanarak hazırlanması, gerçekten bir üniversite öğrencisi ve bir hukukçu olarak hissetmeyi sağladığı,*
- *Bu ders ve hazırlanan ödev sayesinde, Ziraat Bankası gibi büyük bir kuruluşun kesmiş olduğu kart ücretlerini geri alınabildiği, mevduat bankalarına yatırılan bir miktar paranın 10 yıl içinde aranıp sorulmaması durumunda fona aktarılmasıyla ilgili olarak ilerde mutlaka karşılaşacağı ve bu konuda mutlaka bir dava açılması gerektiği,*
- *Ödev sırasında internet bankacılığının yakından öğrenildiği, artık bankamatikte veya bilgisayarla işlem yaparken önce çıkan yazıları dikkatlice okunduğu, en önemlisi banka görevlilerinin "bu böyle, sözleşme böyle" gibi açıklamalarına kanılmaması gerektiği,*
- *Kaynakları bularak ve onları özümseyerek yazıldığı, fikir hırsızlığını en aza indirgemenin öğrenildiği,*
- *Ders ve ödev sayesinde, artık bir banka veznesi etrafındaki diğer müşterilere göre ayrıcalıklı hissedildiği,*
- *Bankaların kredi kartı için ücret isteyemeyeceğinin öğrenildiği ve bu sayede bankaya başvurarak kesilen paranın geri verilmesinin talep edildiği, hatta ailedeki diğer kişilerin de paralarının aynen geri alındığı,*
- *Güncel konularda bilgi sahibi olunduğu, bu edinilen bilgiler sayesinde ilk işinin kredi kartımdan alınan yıllık kullanım bedeli ücretine itiraz etmek ve geri almak olduğu,*
- Öğrenilen *bilgilerle bizden daha az şey bilen banka görevlilerine de hukuku bizim öğretmemiz gerektiği,*

öğrenciler tarafından ifade edilmiştir.

Bütünleme Sınavı

Bütünleme sınavına 22 öğrenci girmişti. İlk sorunun doğru yanıtı 40 puan, diğerleri ise 60 puandı. Bu puanlama sistemi ile ödev yapmayan öğrencilerin 60 puan üzerinden sınava girmesini sağladım. Böylece bir öğrenci ödev hazırlamamış olsa dahi diğer soruları tam olarak yanıtlarsa 60 puan alacaktır. Dolayısıyla değişik mazeretleri nedeniyle ödev hazırlayamayan öğrencilere de bir fırsat vermek istedim. Sınav metodu olarak yine, mevzuat serbestti ve ondan yararlanmalarını sağlamaya yönelikti.

Sorular şu içerikte idi.

Soru 1. *Banka hukuku dersinde hazırlamış olduğunuz ödev konunuz hakkında lütfen, genel olarak bilgi veriniz.*

Soru 2. *Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesi çerçevesinde Kanun'un amaçlarını yazarak, her bir amaca hizmet eden, kanunda 3 tane hüküm bulunuz. Örneğin, "Kanunun 1. maddesindeki yer alan amaçlardan biri A'dır. Kanunun 23. maddesi, bu A amacına hizmet etmektedir. Kanunun 34. maddesi, B amacına hizmet etmektedir" şeklinde yanıt verilecektir.*

Soru 3. *Bankacılık Kanunu'nun 8. maddenin 1. fıkrasının d bendinde, banka kurucu ortaklarının maddede sayılan suçlardan hükümlü bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Acaba bu bendin sonunda "ve sair, gibi, ve benzeri suçlardan hükümlü bulunmaması" şeklinde bir ibare getirilebilir miydi? Getirilirse hukukî sonucu ne olabilir?*

Soru 4. *Bankacılık Kanunu'nun 8. maddenin 1. fıkrasında, banka kurucu ortaklarının işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması gerektiği öngörülmüştür.*

Sizce bir banka kurucu ortağı hangi şartlarda işin gerektirdiği dürüstlüğe ve yeterliliğe sahip olur? Özellikle, 8. maddenin d bendi ile bağlantı kurarak, hükme yönelik ne gibi bir eleştiri getirebilirsiniz?

Bütünleme sınavı sonunda kalan öğrenci sayısı 5'ti. Bu rakam, sıfırcı bir hoca olmadığımı da ortaya koymuş oldu. Dönemin sonunda sınıfın yüzde 95'i başarı ile dersi geçmişti.

Banka Hukuku Dersinin Ardından Genel Bir Değerlendirme

Yaklaşık 14 hafta boyunca belirli bir sistematik çerçevesinde öğrenci odaklı ve sorgulayan, araştıran ve ortaya somut bir şeyler koyan öğrenci yetiştirmek amacıyla gayrette bulundum. Aslında yılsonu sınavının 1. ve 2. soruları tüm dönemin öğrenciler tarafından nasıl anlaşıldığını anlamaya yönelikti. Ben de öğrencilerin ne düşündüğünü, izlediğim yöntemin doğru olup olmadığını tespit edecektim. Bu yönüyle yılsonu sınavı benim için de bir sınav anlamını taşımaktaydı.

1 ve 2. soru çerçevesinde öğrenciler tarafından ifade edilen tüm bu görüşler, bana, takip ettiğim ders işleme ve ödev hazırlatma yönteminin yerinde olduğunu hissettirdi. Ben, ilk akademik sınavımdan kendi adıma geçer[8] puan aldığımı düşünüyordum. Tüm bu uygulamaları yapmasaydım nasıl olurdu diye düşündüm. Derse önceden hazırlanır, temel kavramları elimden geldiğince anlatır ve sınavda da anlattığım konuların öğrenciler tarafından ne derece hatırlandığını ölçmeye yönelik bir sınav yapardım herhalde[9]. Böylece öğrenciler derse aktif olarak katılmaz, emek harcamaz, hocanın bilgisi çerçevesinde hukukî kavram ve kurumları görür, kütüphanenin, araştırmanın anlamını bilmez ve -burada ifade etmeden geçemeyeceğim- 1. sınıfta hukuk metodolojisi dersini takip ettikleri kitabın yazarı olan sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın meslek aşkına tanık olamazlardı. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde üzerime kayıtlı ilk resmi dersimde, Ankara Hukuk Fakültesi'nde doktora yaptığım yıllarda tanıştığım ve hâlâ hazzını dimağımda hissettiğim bu eğitim-öğretim modelini, lisans düzeyinde ders verdiğim kürsüde, öğrencilerime sunduktan sonra, bu modelin lisans düzeyinde de başarı ile uygulanabileceği sonucuna vardım.

---

8 Bu cümlede kullanılan *"geçer"* sözcüğü, geçme notu olan 60'ı ifade eder şekilde bilinçli olarak seçilmiştir. Bunun yerine 'iyi' veya 'pekiyi' sözcüğünü kullanmadım. Zira ülkemiz bilim ve hukuk eğitimini hayatında, katedeceğimiz daha nice yollar olduğunu,- halk deyimiyle, daha çok ekmek yememiz gerektiğini- düşünüyorum. Bu anlamda, hedefimizin mükemmele ulaşmak olduğunu burada zikretmeliyim.

9 Çünkü maalesef eğitim öğretimde çok fazla metot yoktur ve kullanılan metotlar da genellikle öğretim üyesi odaklı ve sınavlar da ezbere dayalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.03.05.2011
E.2011/6-68
K. 2011/74

* **Kuşkudan sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi**

* **Yağma; malın zilyedinin ya da üçüncü bir şahsın, cebir ve tehdit kullanılarak bir malı teslime ya da malın alınmasına karşı direnmemeye zorlanmasıdır. Aynı ortak unsurlara sahip hırsızlık ve yağma suçlarını birbirinden ayıran ek unsur, malın alınması sırasında cebir veya tehdit kullanılmasıdır.**

(5237 sayılı TCY'nın 141, 142, 148)

Nitelikli yağma suçundan sanık K.G.'nin 5237 sayılı TCY'nın 149/1-c-h, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesince 12.01.2010 gün ve 242-5 sayı ile verilen kararın sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 02.02.2011 gün ve 22785-1041 sayı ile, hükmün oyçokluğu ile onanmasına karar verilmiş, Daire Başkanı C.A. ve Daire üyesi A.K. ise, eylemin 5237 sayılı TCY'nın 142/2-b maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunu oluşturacağından bahisle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 14.03.2011 gün ve 173875 sayı ile;

"İtiraza konu uyuşmazlık; sanığın eyleminin yağma suçunu mu, yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğuna ilişkindir.

Yağma; malın zilyedinin ya da üçüncü bir şahsın, cebir ve tehdit kullanılarak bir malı teslime ya da malın alınmasına karşı direnmemeye zorlanmasıdır. Aynı ortak unsurlara sahip hırsızlık ve yağma suçlarını birbirinden ayıran ek unsur, malın alınması sırasında cebir veya tehdit kullanılmasıdır. Bu cebir veya tehdit, malın zilyedini ya da üçüncü bir kişiyi malın teslimine zorlamak veya malın alınmasına karşı gösterdiği direnci kırmak ya da direnç göstermesini engellemek amacıyla yapılmalıdır. Mağdurda yaratılan zorlama etkisi ciddi, önemli ve almaya karşı beklenen ya da gösterilen mukavemeti kırmaya da uygun olmalıdır. Mağdurun elinde veya üstünde taşıdığı bir eşyanın, mağdurun direnmesine fırsat kalmadan, ani bir hareketle çekilip alınması durumunda, yağma suçunun cebir unsurundan söz edilemez. Başka bir anlatımla yağma suçunun oluşumu için, mağdurun direnç göstermesi, bu direncin kırılması amacıyla cebir uygulanması, ya da en baştan mağdurun direnebileceği öngörülerek direnmesini engellemek amacıyla zor kullanılması şarttır.

Somut olaya bakıldığında; suç tarihinde, saat 19.20 sıralarında, yolda yürümekte olan yakınanın önüne çıkan sanık, ani bir hareketle yakınanın boynundaki kolyeyi sert bir şekilde çekip koparark kaçmıştır. Yakınan 13.10.2009 tarihli ilk ifadesinde, sanığın elini boğazına attığını, kolyesini sert bir şekilde çekerek kopartıp kaçtığını ifade etmektedir. Mahkeme huzurdaki 12.01.2010 tarihli ifadesinde ise sanığın bir elini boğazına attığını, diğer eliyle kolyesini sert bir şekilde çekip koparark aldığını söylemektedir.

Sanık ister yakınanın ilk ifadesinde olduğu gibi tek eliyle kolyeyi çekip almış olsun, isterse ikinci ifadesinde dile getirdiği biçimde tek elini boğazına götürüp diğer eliyle kolyeyi çekip almış olsun, her iki durumda da amacı yakınanın direncini kırmaya değil, malı çekip almaya yöneliktir. Olay ani bir şekilde gerçekleşmiş, yakınan direnmeye fırsat dahi bulamamıştır.

Dosyada bulunan raporlara göre, yakınanın boynunun sol tarafından bulunan kızarıklık ve ekimozun kolyenin çekilip alınması sırasında oluştuğu açıktır. Yakınanın direndiğine, sanığın bu direnci kırmak amacıyla cebir uygulandığına ilişkin hiçbir iddia ve delil de bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden, yağma suçundan hüküm kurulması isabetsizdir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının

kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın, şikayetçinin boynundaki kolyesini çekip almak şeklinde gerçekleşen eyleminin yağma suçunu mu, yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

13.10.2009 günlü tutanakta; *"13.10.2009 günü saat 19.20 sıralarında 4732-4734 kod nolu motorsikletli polis timleri olarak devriye görevimizi ifa ederken ilimiz idaresinde bulunan Çamlıca Kavşakta bir bayanın yardım istemesi ve bir şahsı koşarak takip ettiği görülmüş, şahıs tarafımızdan takip edilerek M. Otel önünde yakalanmış, şahıs tarafımızca muhafaza altına alınarak ismini sonradan öğrendiğimiz N.Ö. isimli bayan yanımıza gelerek muhafaza altına aldığımız kendi beyanına göre A.-S. oğlu Diyarbakır 1994 doğumlu K.G.'yi eliyle göstererek kendisine ait kolyeyi çaldığını ve kaçtığını beyan etmesi üzerine şüphelinin üst araması yapıldığında sağ pantolon cebinde D… harf yazılı takribi 45 cm uzunluğunda kopuk vaziyette sarı renkli metal kolyenin elde edildiğinin"* belirtildiği,

Şikayetçi hakkında Diyarbakır Adli Tıp Şube Müdürlüğünce düzenlenmiş olan 23.10.2009 günlü raporda; *"Diyarbakır Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 13.10.2009 tarih ve 11946 sayılı raporunda; darp nedeniyle getirilen şahsın fizik muayenesinde; şahısta darp-cebir izine rastlanmadığı, boyun sol tarafından kızarıklık ekimoz tespit edildiği, bildirildiğine;*

Kafatası kemiklerinde kırık, travmatik kafa içi değişim, herhangi bir iç organ büyük damar ya da sinir lezyonu tarif edilmediğine göre;

Kişide tarif edilen yaralanmasının,

1-Kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı,

2- Kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu,

3- Kişinin vücudunda herhangi bir kemik kırığının tarif edilmediği" kanaatinin bildirildiği,

Olay sırasında sanık K.G.'nin yanında bulunan ve açık kimlik bilgileri tespit edilememiş olan M. isimli kişi hakkındaki soruşturmanın ayrılmasına karar verildiği,

Anlaşılmaktadır.

Şikayetçi N.Ö. olayın hemen sonrasında kollukta; *"13.10.2009 günü saat 19.20 sıralarında işten çıkıp ikametime giderken Çamlıca Kavşağa geldiğim esnada ismini polis merkezinde öğrendiğim K.G . isimli şahıs elini boğazıma attı, kolyemi sert bir şekilde çekerek koparıp kaçmaya başladı. Şahıs kaçarken orada bulunan polis memurları olaya müdahale edip şahsı kolyemle birlikte yakaladılar. Şahsın boğazımı tahriş etmesi nedeniyle doktor raporu alıp polis merkezine ifade vermek için geldim. Burada polis memurları bana şahsın almış olduğu kolyemi teslim ettiler. Olayla ilgili beni mağdur eden K.G. isimli şahıstan şikayetçiyim ve uzlaşmak istemiyorum"* şeklinde,

12.01.2010 günlü duruşmada ise; *"Olay günü saat 19.20 civarlarında işten çıkarak yürüyordum. Çamlıca Kavşağına geldiğim sırada, daha önceden tanımadığım ve şu anda huzurda duran çocuk bir elini boğazıma attı ve diğer eliyle kolyemi sert bir şekilde çekip kopartarak kaçmaya başladı. Bu sırada başka bir şahsın da kaçtığını gördüm, çocuk da bu şahsın birlikte olduklarını düşünüyorum. Ancak diğer şahsın gözcülük yapıp yapmadığını bilmiyorum. Çocuk kaçarken orada bulunan polis memurları olaya müdahale ettiler ve çocuğu yakaladılar. Aramada çocuğun üzerinde benim kolyem ele geçirildi ve kolyemi bana teslim ettiler. Ben, çocuktan şikayetçiyim, ancak davaya katılmak istemiyorum"* biçiminde anlatımda bulunmuş,

Kısmi çelişki sebebiyle sorulduğunda; *"Benim hazırlıkta alınan beyanım da genel olarak doğrudur, ancak olayın şoku ile fazla ayrıntılı olarak anlatmadım, ikinci çocuktan bahsetmedim, biraz evvel verdiğim beyanım daha ayrıntılıdır, olayda ikinci şahıs daha vardı, ancak ikinci şahsı kaçarken gördüm. Benim kolyem hatırladığım kadarıyla 22 ayar altındır, annem bana doğum günü hediyesi olarak almıştı, alındığı gün de bu şekilde eyleme maruz kaldım"* demiştir.

Tüm aşamalarda suçlamayı kabul eden sanık K.G. özetle; *"Olay günü M. isimli arkadaşım ile beraber geziyordum. Galeria civarındaydık. Bana hitaben 'bayanın boynunda bulunan kolyesini al' diye söyledi. Ben kabul etmedim. Israr edince ben de bayanın boynunda bulunan kolyesini çekip aldım. Kolye hemen koptu. M. kaçtı, iki sokak arkada polisler beni yakaladı.*

Ben kolyeyi çekip alırken bayanın boğazından yaralanıp yaralanmadığını bilmiyorum. Bayanın boynundan almış olduğu kolye üzerimde çıktı" şeklinde savunmada bulunmuştur.

Hırsızlık suçunun temel şekli, 5237 sayılı TCY'nın 141. maddesinde; zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak şeklinde düzenlenmiş,

Anılan Yasanın 142. maddesinde hırsızlık suçunun nitelikli hallerine yer verilmiş, maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde de; suçun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi hali nitelikli hırsızlık suçu olarak yaptırıma bağlanmış, aynı fıkranın son bendinde ise (b) bendinde belirtilen suçun, beden veya ruh sağlığı bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi cezanın ağırlatıcı nedeni olarak belirtilmiştir.

Yağma suçu ise, 5237 sayılı TCY'nın 148 ila 150. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, Yasanın 148. maddenin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli, 2. fıkrasında senedin yağması, 3. fıkrasında cebir karinesine yer verilmiş, 149. maddesinde nitelikli yağma, 150. maddesinde de kişinin hukuki bir ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla yağma ile yağmada değer azlığı yaptırıma bağlanmıştır.

Yağma suçunun temel şekli, 5237 sayılı Yasanın 148. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre kişinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslime veya alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılması yağma suçunu oluşturur.

Başka bir anlatımla yağma; başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malı, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak suretiyle almaktır. Bu itibarla "zor yoluyla hırsızlık" bir kişiye karşı kullanılan icbar araçlarıyla haksız bir menfaat elde etmek, şeklinde de tanımlanmıştır.

765 sayılı TCY'nda "gasp" olarak adlandırılan yağma, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Hırsızlık ile yağma suçları aynı ortak unsurlara salip olup, ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle yağmanın, hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur, malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır.

Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının evrensel ilkelerinin birisi de "kuşkudan sanık yararlanır" (in dubio pro reo) ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından gözönünde tutulması gereken herhangi bir meseleye ilişkin kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku belirmesi halinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık K.'nin tüm aşamalarda suçlamayı kabul etmesi ve suça konu kolyenin de sanığın üzerinde ele geçirilmiş olması karşısında, şikayetçiye ait kolyenin olay günü sanık K. ve yanında bulunan ancak açık kimlik bilgileri tespit edilemeyen M. isimli kişi tarafından alındığı konusu da herhangi bir duraksama bulunmamakta olup, suça konu kolyenin alınması sırasında şikayetçiye yönelik herhangi bir cebir, şiddet veya tehdit fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun tespiti gerekmektedir. Görgü tanığı bulunmayan somut olayda, bu hususun da şikayetçinin aşamalardaki anlatımları ile sanığın savunmalarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi olanaklıdır.

Şikayetçi N.Ö.'nün olayı takiben sıcağı sıcağına verdiği kolluktaki ifadesi ile sanığın samimiyetinden kuşkuya düşecek bir tutarsızlık görülmeyen tüm aşamalardaki savunmaları karşısında; şikayetçinin önceki ifadesini genişleterek yargılama aşamasındaki "sanık bir eli ile boğazımı tutarken, diğer eli ile boynumdaki kolyeyi sert bir şekilde koparıp aldı" şeklindeki anlatımının kuşkulu hale geldiği, eylemin gerçekleştirme şekline ilişkin bu kuşkunun da "kuşkudan sanık yararlanır" (in dobio pro reo) ilkesi uyarınca sanık yararına yorumlanması, dolayısıyla da eylemin sanığın savunduğu şekilde, şikayetçinin boğazı tutulmaksızın boynundaki kolyenin sert bir şekilde çekip koparılarak alınması suretiyle gerçekleştirildiğinin olayın oluş ve cereyan tarzına uygunluk arz ettiğinin kabulünün gerektiği,

Diğer taraftan kolyenin sert bir şekilde çekilerek alınması üzerine doktor raporunda da belirtildiği üzere şikayetçinin boynunda kızarıklık oluşması nedeniyle yağma suçunun zor unsurunun gerçekleş-

tiğinin kabulü olanaklı olmayıp, bu hususun 5237 sayılı TCY'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Bu itibarla sanığın, şikayetçinin boynundaki kolyeyi tek eliyle sert bir şekilde çekip almak şeklinde gerçekleşen eylemi, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-b maddesine uyan nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğundan, Yargıtay C.Başsavcılığının suç niteliğine yönelik itirazının kabulü ile, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün suç niteliğindeki yanılgı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.

Bununla birlikte, yerel mahkeme hükmünün suç niteliğindeki yanılgı nedeniyle bozulmasına karar verilmiş olması ve sanığın tutuklu kaldığı süre gözönüne alındığında tahliyesine karar verilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan yedi Kurul Üyesi ise; *"sanığın yağma suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü isabetli olup, bu nedenle itirazın reddine karar verilmelidir"* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 02.02.2011 gün ve 22785-1041 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA,

3- Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin 12.01.2010 gün ve 242-5 sayılı hükmünün suç niteliğindeki yanılgı nedeniyle BOZULMASINA,

4- Sanığın tutuklu bulunduğu bu suçtan TAHLİYESİNE, başka bir suçtan hükümlü veya tutuklu bulunmadığı takdirde derhal salıverilmesinin temini için Yargıtay C.Başsavcılığına yazı yazılmasına,

5- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 03.05.2011 günü yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.19.04.2011 * E.2011/5-20 K. 2011/59

Uyma kararı, ara kararı niteliğinde olmayıp, davanın esasını çözümleyen kararlardandır. Bozmaya uymakla, yerel mahkemenin bozma kararında gösterilen esaslara göre işlem yapıp karar verme ödevi doğmaktadır. Sonradan bu kararın bir kısmından veya tamamından açıkça ya da zımnen geri dönülerek ilk hükmün aynen veya yeniden kurulması, uyma kararının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz.

Cinsel istismar suçundan sanık T.F.P.'nin katılanlardan E.P.'ye yönelik eylemi nedeniyle TCY'nın 103/1-3. madde ve fıkraları uyarınca 6 yıl hapis, katılan S.P.'ye yönelik eylemi nedeniyle de TCY'nın 103/1-3-4-6 ve 43. maddeleri uyarınca 28 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 19.03.2009 gün ve 42-83 sayılı kısmen re'sen temyize tabi olan hükmün, sanık müdafii ile katılanlar vekilleri tarafından da temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 29.12.2009 gün ve11956-15084 sayı ile;

"5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinde öngörülen cezanın miktarı da gözetilerek, suçun sonucunda mağdurelerin beden ve ruh sağlığında bozulma meydana gelip gelmediğinin Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan görüş alınarak saptanması gerekirken, Kocaeli Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalından alınan 31.07.2008 ve 29.12.2008 günlü raporlar ile yetinilerek yazılı şekillerde hükümler kurulması,

Kabule göre de; 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddeleri uyarınca tayin edilen 18 yıl hapis cezasının 43. madde uyarınca 103/1, 103/3, 103/4. maddelerin uygulanmasıyla belirlenen ceza miktarı olan 13 yıl 6 ayın 3/4'ü oranında artırımı sırasında ayların yıllara tahvili sonucu 27 yıl 13 ay 15 gün yerine 28 yıl 1 ay 15 gün hapis olarak fazla cezaya hükmolunması,

5237 sayılı TCK.nun 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük kızlarına karşı cinsel istismar suçlarını işlediğinin anlaşılmasına göre cezaların infazından sonra başlamak üzere aynı Yasanın 53/5. maddesi uyarınca hükmolunan cezanın yarısından bir katına

kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 16.03.2010 gün ve 52-60 sayı ile;

"*Adli Tıp Kurumunun randevu günlerini beklemenin adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu, kaldı ki mahkememizce Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Dahili Bilimleri Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan ve Yargıtay bozma ilamında belirtilen her iki bilirkişi raporunun da mahkememize yeterli ve teknik bilgiyi verir nitelikte bulunduğu, bu durum karşısında yasa gereği resmi bilirkişi sayılan Yükseköğretim Kurumunun bir uzmanlık kurulunu yetersiz görerek mutlaka Adli Tıp ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmasını zorunlu kılan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin bu yöndeki bozma ilamının usul ve yasaya uygun olmadığı*" gerekçesiyle katılanların beden ve ruh sağlıklarının bozulması yönünden Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden görüş alınmasına ilişkin bozma nedenine direnmiş, diğer bozma nedenlerine ise uymak suretiyle hüküm kurmuştur.

Sanığın, katılan S.P.'ye yönelik eylemi nedeniyle re'sen temyize tabi olan hükmün sanık, sanık müdafii, Cumhuriyet savcısı ile katılanlar vekilleri tarafından da temyiz edilmesi üzerine Yargıtay C. Başsavcılığının 01.04.2011 gün ve 271997 sayılı *"bozma"* istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; cinsel istismar suçu nedeniyle katılanların beden ve ruh sağlığında bozulma meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi bakımından Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş alınması gerekip gerekmediğine ilişkin ise de; öncelikle bozmaya eylemli olarak uyan yerel mahkemenin sonradan bu kararından dönerek önceki hüküm gibi karar vermesinin olanaklı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

İncelenen dosyada;

Yerel mahkemece bozma kararından sonra yapılan yargılamada, 05.02.2010 günlü duruşmaya hazırlık tutanağının 4 numaralı ara kararında, bozma kararının gereğini yerine getirmek üzere, "*ATK (6) İhtisas Dairesi Başkanlığına faks çekilerek çocuk mağdureler E.P. ve S.P.'nin maruz kaldıkları iddia olunan cinsel istismar eylemleri nedeniyle, beden ve ruh sağlıklarının bozulup bozulmadıklarına ilişkin raporlar alınacağından, adı geçen mağdureler için ATK'dan muayene gününün istenmesine*" şeklinde karar verildiği, ara karar gereği Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu Başkanlığına katılanların muayene gününün bildirilmesi için yazı yazıldığı, böylece Özel Daire kararına eylemli olarak uyulduğu, gelen cevabi yazıda muayene gününün 06.07.2011 olarak bildirildiği, 16.03.2010 tarihli oturumda da bildirilen randevu gününün uzunluğunun makul sürede yargılanma hakkını ihlal edeceği gerekçesi ile ara karardan vazgeçilerek önceki gibi hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nun 17.04.2007 gün ve 325-100 sayılı kararı ile yerleşik uygulamasına göre, uyma kararı, ara kararı niteliğinde olmayıp, davanın esasını çözümleyen kararlardandır. Bozmaya uymakla, yerel mahkemenin bozma kararında gösterilen esaslara göre işlem yapıp karar verme ödevi doğmaktadır. Sonradan bu kararın bir kısmından veya tamamından açıkça ya da zımnen geri dönülerek ilk hükmün aynen veya yeniden kurulması, uyma kararının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz.

Bu itibarla, Özel Daire bozma ilamına eylemli olarak uyduktan sonra dönülemez nitelikteki bu karardan dönerek ilk hükümdeki gibi karar veren yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.03.2010 gün ve 52-60 sayılı hükmünün BOZULMASINA,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 19.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.26.04.2011
E.2011/10-37
K. 2011/71

* **Çek bedeli hem yazı, hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur.**
* **Adaletin tam olarak gerçekleştirilmesi için öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek tüm kanıtların araştırılıp tartışılması zorunludur.**

(6762 sayılı Türk Ticaret Yasası m. 730/2, 588/1)

Karşılıksız çek keşide etmek suçundan sanık C.Ö.'nün 3167 sayılı Yasanın 16. maddesi uyarınca 114.313 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve aynı Yasanın 16/3. maddesi uyarınca bir yıl süre ile çek hesabı açmasının yasaklanmasına ilişkin, Kartal 4. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 20.02.2007 gün ve 644–151 sayılı hüküm, sanık tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 29.06.2010 gün ve 5091–16478 sayı ile düzeltilerek onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 03.02.2011 gün ve 2005 sayı ile;

"Türk Ticaret Kanununun 692/2 ve Borçlar Kanununun 83 üncü maddesi hükümlerine göre, çekin belirli bir meblağın kayıtsız şartsız havalesini ihtiva etmesi gereklidir. Çek bedeli Türk Lirası veya yabancı para olarak gösterilebilir. Yabancı para üzerinden keşide edilen çeklerde, üzerinde 'aynen ödeme' kaydı bulunmadığı sürece muhatap banka, ödemeyi çekin ibraz edildiği tarihteki yabancı paranın Türk Lirası karşılığı olarak yapar. Keşideci, Türk Lirası hesabına verilen çek defterine, yabancı para üzerinden çek keşide edebilir. Muhatap banka, bu çekin karşılığını, ibraz tarihinde Türk Lirası olarak ödeme yapabilir. Hamilin yabancı para olarak ödeme istemesi ve muhatabın kabul etmemesi halinde, çeke karşılıksız kaydı konulacaktır.

Çekteki bedeller hem yazı, hem de rakamla gösterilmişse ve bedeller arasında fark var ise hangi miktara itibar edileceği, Türk Ticaret Yasasında belirlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun 730/1 inci maddesinde, poliçede gösterilen bedeller arasındaki farklara müteallik 588 inci maddenin çek hakkında da tatbik olunacağı, 588/1 inci maddesinde, poliçe bedeli hem yazı, hem de rakamla gösterilip iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunacağı belirtilmektedir.

Dosyanın tetkikinde; çek üzerinde ödemeyi şarta ve asıl borç ilişkisine bağlayan kayıt gözükmemektedir. Ayrıca borcun çekte rakamla yazılı bulunan miktar olduğuna ilişkin sanık beyanına da rastlanmamıştır. Suça konu çek bedeli, yabancı para üzerinden belirlenmiştir. Çek örneğinde bedel rakamla '140.000. USD Doları,' yazı ile 'One hundred fourty USA Dolar' olarak gösterilmiş, ibraz anında çek hesabında '0' USD Doları mevcut olduğu yazılmıştır.

Rakam ve yazı ile gösterilen bedeller arasında fark bulunduğu müşahede edilmiştir.

Bu nedenle çek aslı, ya da ibraz anındaki muhatap banka tarafından alınmış onaylı örneği getirtilip, gerektiğinde bilirkişi görüşüne başvurulup, yazı ile belirtilen miktar kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanıp, kayıtsız şartsız havaleyi ihtiva eden bedel belirlenmelidir.

Ayrıca muhatap bankadan ibraz anında çek hesabında ne kadar para olduğu sorulup, bedelin Türk Lirası veya yabancı para karşılığı olup olmadığı belgeleri ile saptanmalıdır. Çek bedelinin karşılıksız kaldığı anlaşıldığında, yazı ve rakamla gösterilen bedeller arasındaki farklılıkta, yazı ile gösterilen meblağa itibar olunarak sanık hakkında adli para cezası tespit olunmalıdır.

Açıklamalar karşısında, 5271 sayılı CMK'nın 308. maddesi uyarınca, sanık lehine Yüksek Dairenin kararına itiraz etmek gerekmiştir.

Bu sebeplerle, Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 26.09.2010 gün ve 2009/5091 E., 2010/16478 K. sayılı düzeltilerek onama kararının kaldırılarak, dosyanın 10. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmesi" gerektiği görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın karşılıksız çek keşide etmek suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; 6762 sayılı Türk Ticaret Yasasının 588/1. maddesindeki, "*poliçe bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedele itibar olunur"* dü-

zenlemesi karşısında, yargılamaya konu çek üzerinde rakam ve yazı ile gösterilen bedeller arasında fark bulunması nedeniyle çek aslı ya da ibraz anında muhatap banka tarafından alınan onaylı örneği getirtilerek, bilirkişi incelemesi yapılıp, çek üzerinde yazı ile belirtilen miktarın kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanması ve ayrıca muhatap bankadan, ibraz anında çek hesabında ne kadar para bulunduğu sorulup, bedelin Türk Lirası veya yabancı para karşılığı olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanığın, aralarındaki iş ilişkisi nedeniyle imzalamış olduğu, üzerinde herhangi bir rakam bulunmayan boş çeki şikâyetçiye verdiği, şikâyetçinin de üzerine rakamla 140.000 Dolar, yazı ile ise, Türkçe karşılığı yüzkırk Dolar anlamına gelen "One hundred fourty USA Dolar" yazarak çeki bankaya ibraz ettiği, ancak çekin arkasındaki açıklamaya göre muhatap banka nezdinde herhangi bir karşılığının bulunmadığı, sanığın usulüne uygun tebligata rağmen düzeltme hakkını da kullanmadığı,

Sanığın savunmasında; şikâyetçiye 80.000 Lira borcu bulunduğunu, imzaladığı dört adet çeki şikâyetçiye verdiğini, şikâyetçinin çeklerden ikisini 140.000'er Dolar olarak doldurduğunu, suça konu çekin yazı ile belirtilen kısmına ise 140 Dolar yazıldığını, şikâyetçi aleyhine menfi tespit davası açtığını ve ihtiyati tedbir kararı alındığını belirttiği,

Ancak yerel mahkemece bu konuda herhangi bir araştırma yapılmadığı ve *"her ne kadar bankadan gelen cevapta, yazı ile bildirilen 140 Dolar miktarın kabul edilmesi gerektiği bildirilmiş ise de; şikâyetçinin, maliye kontrolörlerine verdiği dilekçede, sanıktan alacağını 680.000 Dolar olarak bildirdiği, ayrıca kredi alımına ilişkin olarak 120.000 Lira zararı olduğunu beyan ettiği, bu hale göre, sanık ile şikâyetçi arasındaki ticari ilişki ve halin olağan akışı değerlendirildiğinde, çek bedelinin 140.000 Dolar olduğu, 140 Dolarlık yazı ile yazımın, zuhulen yabancı dil bilgisi eksikliğinden yazılmış olduğu, çekteki bedelin 140.000 Dolar olarak dikkate alınması gerektiği, ayrıca sanık tarafından imzalandığının hem rapor, hem de bizzat sanık savunmasında sabit olduğu, bu nedenle açığa atılan imzanın sonuçlarına katlanması gerektiği"* biçimindeki gerekçe ile sanığın, yeniden değerleme oranları da dikkate alınarak, 4814 sayılı Yasayla değişik 3167 sayılı Yasanın 16.

maddesi uyarınca 114.313 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ve aynı Yasanın 16/3. maddesi uyarınca da bir yıl süreyle çek hesabı açmasının yasaklanmasına karar verildiği,

Sanığın temyizi üzerine Özel Dairece hükmün düzeltilerek onandığı,

Anlaşılmaktadır.

Yargılamaya konu çekin, sanık tarafından imzalanarak boş bir şekilde şikâyetçiye verildiği, söz konusu çekte rakam ve yazı ile gösterilen çek bedelleri arasında fark bulunduğu ve üzerinde tahrifat da yapılmadığı hususlarında herhangi bir duraksama bulunmamakta olup uyuşmazlık bu bedellerden hangisine itibar olunacağı noktasında toplanmaktadır.

Çek üzerinde rakam ve yazı ile belirtilen bedeller arasında fark bulunması durumunda hangisine itibar edileceği, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasasının 730/2. maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 588/1. maddesinde borçlunun tahrifat iddiasında bulunmaması koşuluyla *"çek bedeli hem yazı, hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur"* denilmek suretiyle çözüme kavuşturulmuştur.

Ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut gerçeğin, her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı CYUY, gerekse 5271 sayılı CYY, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bunun sonucu olarak, hüküm kesinleşinceye kadar, inceleme olanağı bulunan kanıtların ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleştirilmesi için öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek tüm kanıtların araştırılıp tartışılması zorunludur.

Somut olayda sanığın, çek bedelinin, yazı veya rakamla yazılı olan miktarlarından hangisi olduğuna dair açık bir kabulü bulunmadığı gibi, çek üzerindeki imzanın kendisine ait olduğunu, diğer yazıların ise kendisine ait olmadığını belirterek, buna ilişkin olarak da başka bir soruşturma kapsamında alınan ekspertiz raporunu ibraz ettiği gözetilerek, çek aslının ya da ibraz anındaki muhatap banka tarafından alınan onaylı örneğinin getirtilip, gerektiğinde bilirkişi görüşüne baş-

vurulup, savunmada belirtilen menfi tespit dava dosyayı da celp edilerek, çek bedelinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanması, ayrıca çekin ibrazı anında hesapta Türk Lirası veya yabancı para karşılığının bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile karar veren yerel mahkeme hükmü ile bunu düzelterek onayan Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29.06.2010 gün ve 5091-16478 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA,

3- Kartal 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.02.2007 gün ve 644-151 sayılı hükmünün BOZULMASINA,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 26.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITEE

T. 27.05.2011

E. 2011/22

K. 2011/207

* **Dava sonunda kararla tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haciz edilemez.**

* **Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetini elinde tutabilir.**

* **Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili hesap varsa uygun sürelerde yazı ile bildirilir**

(Av.K. m.164/son, 166/1; TBB Meslek Kuralları 43)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçi H.C.'nin vekilliğini üstlendiği halde vekillik görevini yerine getirmediği, şikâyetçinin vekili sıfatıyla B.C. hakkında Kınık Asliye Hukuk (Aile Mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesinin 06.12.2005 tarihli ve 2005/193 sayılı kararına istinaden aylık 80,00.-TL. sı olmak üzere 1.040,00.-TL. sı birikmiş nafaka alacağını yargılama gideri ve faizi ile birlikte tahsili için Bergama İcra Müdürlüğünün 2006/291 Esas sayılı dosyası üzerinden başlattığı icra takibinde 13.02.2006 tarihli reddiyat makbuzu ile 1.520,00.-TL. sı tahsil etmesine rağmen şikâyetçiye sadece 620,00.-TL. sı ödeyip kalanı uhdesinde tuttuğu, ayrıca şikayetçi vekili sıfatıyla B.C. aleyhine Bergama 1.Asliye Hukuk (Aile Mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesinin 2006/217 Esasında kayıtlı açtığı tedbir nafakasının dava sonucunda 07.12.2006 tarihli

2006/140 Karar sayılı kararla hükmonulan 150,00.-TL. sı tedbir nafakasının tahsili için hiçbir işlem yapmadığı, iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, Bergama İcra Müdürlüğünün 2006/291 Esas sayılı dosyasından tahsil ettiği 1.520,00.-TL. sını şikâyetçinin köyüne haber göndererek büroya çağırdığını, dosyaya para yatmadan önce ihtiyacı için istemiş olduğu 150,00.-TL. sını kestikten sonra 586,00.-TL. sını ödediğini böylece şikâyetçiye 736,00.-TL. sı ödeme yapmış olduğunu, daha sonra şikâyetçinin yeniden tedbir nafakasının arttırılması için dava açmasını istediğini, Bergama 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin (Aile Mahkemesi sıfatıyla) 2006/217 Esas sayılı davayı açtığını, dava devam ederken Kınık Asliye Hukuk Mahkemesinde (Aile Mahkemesinde) şikayetçinin eşi tarafından 2006/122 Esas sayılı boşanma davasının açıldığı ve boşanma davasına katıldığını, tedbir nafakası sebebiyle kazanılan bedel için davalı B.C.'den haricen 1.000,00.-TL.sı tahsil ettiğini bu bedelin 500,00.-TL.sını hemen, kalanını da gelince tekrar ödeme yapacağını söylemesine rağmen şikayetçinin Savcılığa suç duyurusunda bulunduğunu, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 43.maddesindeki bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi ve hapis hakkının orantılı olarak kullanılmadığından ayrıca kesinleşen uyarı cezası nedeniyle tekerrür hükmünü uygulayarak Avukatlık Yasasının 134, 136/2, 135/3 maddeleri gereğince şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından duruşma talepli olarak itiraz etmiştir. Ancak Kurulumuzda duruşmalı inceleme ancak Avukatlık Yasasının 157/2 fıkrası gereğince işten veya meslekten çıkarma, tedbiren işten yasaklama kararlarına karşı mümkün olduğundan, şikâyetli avukat hakkında kınama cezası tayini sebebiyle duruşma yapılması yasal olarak mümkün olmadığından şikâyetli avukatın duruşma yapılmasına ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, disiplin kovuşturması şikâyetçinin 01.02.2007 tarihli Bergama Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyeti üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 04.06.2007 tarihli "olur"u ile açılan kovuşturma sonucunda, Bergama

Ağır Ceza Mahkemesinin görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle açılan 2008/57 Esas, sayılı kamu davasında Mahkemesi 2009/30 Karar sayılı ve 15.04.2009 tarihli kararında şikayetli avukatın görevini kötüye kullanma suçu işlediğine ilişkin yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle CMK nın 223/2-e maddesi gereğince yüklenen suçtan sanığın/şikayetlinin beraatına karar verilmiş, kararın 24.04.2009 tarihinde kesinleştiği ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın, şikâyetçinin vekili olarak Kınık Asliye Hukuk Mahkemesinin (Aile Mahkemesinin) 2005/193 Esas sayılı kararına istinaden aylık 80,00.-TL. sı olmak üzere 1.040,00.-TL. sı birikmiş nafaka alacağını yargılama giderleri ve faizi ile birlikte tahsili için Bergama İcra Müdürlüğünün 2006/291 Esas sayılı dosyası üzerinden başlattığı icra takibinde 13.02.2006 tarihli reddiyat makbuzu ile 1.520,00.-TL. sı tahsil ettiği, şikayetçiye 736,00.-TL. sı ödeme yaptığı, kalan 784,00.-TL. sını vekâlet ücreti olarak alıkoyduğu, Avukatlık Yasasının 164/son maddesi uyarınca "Dava sonunda kararla tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haciz edilemez." ve 166/1. maddesi uyarınca "Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetini elinde tutabilir." Hükümlerine yer verildiği, dosyada bulunan bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi şikâyetli avukatın hak ettiği vekâlet ücretinin yedinde kalan paradan daha fazla olduğu, anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukatın Bergama 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/217 Esas, 2006/140 Karar sayılı dosyasında müvekkili şikâyetçi lehine hüküm olunan 150,00.-TL. sı tedbir nafakasının tahsili yönünden herhangi bir işlem yapmadığı iddiası da, şikayetçinin icraya konulması için talimat vermemesi, mahkeme kararının şikayetçiye 26/01/2007 tarihinde tebliğ edilmesi, şikayetçinin 01/02/2007 tarihinde ise şikayetli avukatı şikayet etmesi ve 27/03/2007 tarihinde de azil etmesi karşısında, şikayetçiye nafakasını bir an önce alabilmesi için haricen ödeneceği konusunda anlaşma yapıldığı ve anlaşma uyarınca 1.000,00.-TL. sı ödemenin yapılmış olduğuna ilişkin iddianın inandırıcı olmadığı kanaatine varılmıştır.

Avukatlık Yasası 140/3.maddesinde "Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanun hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır." hükmü yer alır.

Kesinleşen Bergama Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/30 Karar sayılı ilamında şikâyet konusu eylem nedeniyle şikâyetli avukat aleyhinde yeterli, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığından sanık/şikâyetli avukat tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat kararı verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulunun Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralarının 43.maddesinde yer alan "müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili hesap varsa uygun sürelerde yazı ile bildirilir." Hükmünü şikayetli avukatın ihlal ettiğini kabulle şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, şikayetli avukatın icradan tahsil ettiği bedeli kısmen ve hemen ödemesi, kendisine hesaplaşma için uygun zaman tanınmadan şikayet ve azil edilmesi, kesinleşen Bergama Ağır Ceza Mahkemesinin beraat kararının gerekçesi, şikayetçi için Bergama ve Kınık Asliye(Aile) Mahkemelerinde şikayetli avukatın tedbir nafakası davalarını açması, Kınık Asliye (Aile) Mahkemesinde şikayetçi aleyhine açılan boşanma davasını takip etmesi, Bergama İcra Müdürlüğünde icra takibi yaparak görevini yerine getirmesi nazara alındığında şikayetli avukatın Avukatlık Yasası ve Meslek Kurallarına aykırı eylemi tespit edilememiş ve eyleminin disiplin suçunu oluşturmadığı kanaatine varılmıştır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin sucunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve birden fazla kesinleşen disiplin cezası olmamasına rağmen tekerrür hükümleri uygulanarak kınama cezası tayininde hukuki isabet görülmemiş Kınama cezasının kaldırılarak şikâyetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olamadığına" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun **"Kınama Cezası Verilmesine"** ilişkin kararın **KALDIRILMASINA**, Şikâyetli Avukat K.B. hakkında **DİSİPLİN CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA** oy birliği ile karar verildi.

T.27.05.2011 * Beş yıllık dönem içerisinde iki veya daha çok disiplin cezasına gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır.

E. 2011/23

K.2011/308

(Av.K. m.136/2; 157/7)

Ordu Barosu Disiplin Kurulu tarafından şikâyetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesine aykırı davranması sebebiyle 29.12.2009 tarih, 2009/4 Esas ve 2009/12 Karar sayılı kararı ile "500,00.-TL. sı para cezası ile cezalandırılmasına" karar verilmiş, şikayetçi ve şikayetli avukatların itirazları üzerine Kurulumuz 15.10.2010 günlü, 2010/250–547 sayılı kararı ile şikayetli avukatın disiplin sicilinde bulunan ve tekerrüre esas kınama ve para cezası sebebiyle Baro Disiplin Kurulu kararındaki "500,00.-TL. sı para cezası verilmesine" ilişkin kararının "3 ay süre ile işten çıkarma cezasına" çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar verilmiş, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 05.01.2011 günlü kararı ile onaylanmayarak dosyanın bir kere daha görüşülmek üzere Kurulumuza gönderilmesine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığının 05.01.2011 günlü onaylamamaya ilişkin gerekçesinde; Şikayetli avukatın davacı asil sıfatıyla müşteki aleyhine 16.12.2008 tarihinde açtığı tazminat davasına ilişkin olarak Baroya 08.01.2009 tarihli dilekçe ile bildirimde bulunduğu nazara alındığında, şikâyet edilen avukatın eyleminin sabit olup Meslek Kurallarının 27/2.maddesine aykırılık teşkil ettiği ve disiplin cezasını gerektirdiği,

Şikayet edilen avukatın sicilinde disiplin kovuşturmasına konu eylemin işlendiği 16.12.2008 tarihinden geriye doğru beş yıllık dönem içinde 18.03.2005 ve 07.11.2008 tarihlerinde kesinleşmiş para cezalarının bulunması karşısında Birliğiniz Disiplin kurulunun Avukatlık kanununun 136/2.maddesi uyarınca tekerrüre esas cezasının para cezası olduğuna dair değerlendirmesinin yerinde bulunduğu,

Ancak, tekerrür nedeniyle bir derece ağır ceza verilirken Avukatlık Kanununun 158.maddesi uyarınca eylemin niteliği hangi cezayı gerektiriyorsa bu cezanın bir derece ağırının tayin edilmesi gerektiği, her

suç işlenişinde önceki cezanın bir üstü cezanın verilemeyeceği, aksi takdirde verilen cezanın eylem ile orantılı olmaması ve hak ve nesafet kurallarına aykırı olması sonucunu doğuracağı nazara alındığında Birliğiniz Disiplin Kurulunca Meslek Kurallarının 27/2.maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan şikayet edilen Avukatın eyleminin 136/1.maddesi uyarınca kınama cezasını gerektirdiği ve tekerrür uygulaması neticesinde de para cezası tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden önceki cezanın bir üstü ceza tayin edilerek üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğu..." bildirilmiştir.

Adalet Bakanlığının onaylamamaya ilişkin gerekçesi kovuşturma konusu dosya ile birlikte tekrar incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikâyetli avukatın sicilinde 16.03.2002 tarihinde Kurulumuzca onanarak kesinleşen kınama cezası, 18.03.2005 tarihinde Kurulumuzca onanarak kesinleşen 300,00.-TL. sı para cezası" ve 07.11.2008 tarihinde Kurulumuzca 400,00.-TL. sı para cezasına çevrilmiş olan para cezası bulunmaktadır.

Avukatlık Yasasının 136/2 maddesinde göre, 5 yıllık dönem içerisinde iki veya daha çok disiplin cezasına gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır hükmü bulunmaktadır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi Yasanın maddesi hiçbir yoruma yer vermeksizin iki veya daha fazla disiplin suçu işleyen avukata bir öncekinden daha fazla ceza verileceğini kabul etmekle, bu husus tartışma dışında tutulmuştur.

Her ne kadar Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Avukatlık Yasasının 158.maddesine dayanılarak eylemin niteliği hangi cezayı gerektiriyorsa bu cezasının bir derece ağırının tayin edilmesi gerektiği nedeniyle dosya Kurulumuza gönderilmişse de, Avukatlık Yasasının 136/2.maddesinde eylemlerin niteliğinden bahsedilmeyerek, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve Baro Disiplin Kurullarının gösterilen delilleri soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir edecekleri, disiplin cezalarının verilmesinde avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete

uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkelerini göz önünde tutacakları kabul edilmiştir. Madde metninden, Bakanlığın onaylamamaya ilişkin gerekçesinde bildirilen "*… cezanın eyleme uygun olarak verileceği ve tekerrür halinde bu cezanın bir üst sınırdan tayin edilmesi gerektiğine dair hiçbir düzenleme bulunmadığına*" ilişkin değerlendirmesine yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Bakanlığın onaylamamaya ilişkin gerekçesinde bildirilmiş olan Danıştay 8.Dairesinin 1993/1293 Esas, 1994/680 Karar sayılı ve 02.03.1994 tarihli kararı "Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile ilgili olup, özel bir yasa olan Avukatlık Yasasında tekerrür ile ilgili olarak yapılmış olan 136/2.maddesinin özel bir düzenleme olmakla, kovuşturma konusu olayda Avukatlık Yasasının 136/2,maddesinin uygulanmasının zorunluluğu karşısında, adı geçen Danıştay kararının dosyamıza uygunluğunun bulunmadığı, anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle, Bakanlığın onaylamamaya ilişkin gerekçesinin kabul edilmeyerek, Kurulumuzun 15.10.2010 günlü, 2010/250–547 sayılı kararı ile şikâyetli avukatın disiplin sicilinde bulunan ve tekerrüre esas kınama ve para cezası sebebiyle Baro Disiplin Kurulu kararındaki "500,00.-TL. sı para cezası verilmesine" ilişkin kararının "3 ay süre ile işten çıkarma cezasına" çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına ilişkin kararımızda yasaya ve hukuka aykırılık görülmediğinden direnilmesine karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığının 05.01.2011 tarihli onaylamamaya ilişkin gerekçesinin kabul edilmemesine, Baro Disiplin Kurulunun "500,00.-TL. sı Para Cezası Verilmesine" ilişkin 29.12.2009 tarih, 2009/4 Esas ve 2009/12 karar sayılı kararı kararının "3 Ay Süre İle İşten Çıkarma Cezasına" çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına ilişkin kararımızda ISRAR EDİLMESİNE, Avukatlık Yasasının 157/7.maddesi uyarınca Bakanlığa bilgi verilmesine, oybirliği ile karar verildi.

T. 27.05.2011 * Eksik inceleme nedeniyle bozma
E. 2011/26 (5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu)
K.2011/310

Şikayetli avukatın, Yozgat 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2009/8 Esasında kayıtlı olarak açtığı davadaki dava dilekçesinin, şikâyetçinin daha önceden beri aynı nitelikteki davalarda, uzun yıllardaki bilgi, araştırma ve birikimi sonucu oluşturduğu ve bir örneğini sunduğu dilekçenin büyük oranda birebir kopyalanması biçiminde olduğu, 30 sayfadan ibaret ve kaynaklarını da gösterdiği dilekçesinin bu tür davalarda yaptığı çalışma ve araştırmalar ile geliştirildiği, şikâyetli avukatın kendisinin izni ve bilgisi olmaksızın dilekçesinin %90'nını oluşturacak biçimde kopyaladığı, dilekçenin eser niteliğinde olup şikâyetli avukatın eyleminin de intihal olduğu, avukatlık mesleğinin saygınlığı ile meslektaşlar arası dayanışmaya aykırı bulunduğu, iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemde disiplin suçu oluşturan bir husus bulunmadığı kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetçi avukat, şikâyet dilekçesinde, şikâyet konusu dava dilekçesinde davacı vekilleri olarak isimleri geçen Avukat O.D. ve Avukat İ.I.S. hakkında da şikâyetçi olmuş ise de, Baro Yönetim Kurulu tarafından, bu avukatların dilekçede imzalarının bulunmaması sebebiyle haklarından diplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, bu karar yapılan tebligatlar üzerine itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayet konusu dilekçesinin, şikayetçi avukatın da vekillerinden olduğu A.T. Dayanışma Derneği tarafından bu tür davalar için geliştirilmiş bir dilekçeden yararlanılarak hazırlandığını, şikayetçi avukatın bu dernek yöneticileri ve Avukatı Ü. T. ile birlikte resimlerinin gazetelerde yer aldığını, aynı türdeki davalarda dava dilekçelerinin aynı hukuki dayanaklara göre hazırlanması için gerekli bilgilerin dernekte toplandığını, dernek avukatlığını yapanların da hazırladıkları dilekçeleri derneğe de verdiklerini, şikayetçinin, kendisinin uzun yıllardır mesleki çalışmasının ürünü ve eser

niteliğinde olduğunu iddia ettiği dilekçe örneğini dernekten aldığını ve hazırladığı dilekçeleri de yine paylaşılmak üzere derneğe verdiğini, kendisinin de aynı biçimde gönüllü olarak çalıştığını, ayrıca iddia edildiği gibi dilekçede bulunan açıklama ve ifadelerin kanun metinleri ile SPK tarafından düzenlenen rapordan alındığını, şikayetçi avukatın dilekçesinden alındığı iddia edilen bölümlerin de şikayetçi tarafından SPK raporundan birebir kopyalanan kısımlar olduğunu, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, disiplin kovuşturması aşamasında dosyaya sunulan belgelere dayanarak başkaca inceleme yapmaksızın, ceza tayinine yer olmadığına karar vermiş, karar şikayetçi avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararının gerekçesinde, "Şikayetçinin dilekçesinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre "eser", şikâyetlinin de bu eseri sahibinin izni ve icazeti olmaksızın kullandığının tespiti, eylemin disiplin yaptırımına bağlanmasının koşuludur" dedikten sonra, dayanak aldığı bilimsel makaleden de hareketle, şikâyet konusu dilekçenin "eser" niteliğinde olduğuna dair bir karar sunulmadığı, bu hususun şüpheli olduğu ve şüpheden şikâyetli yararlanır ilkesi uyarınca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Gerçekten de, bir yazılı metnin 5846 Sayılı Yasa anlamında "eser" niteliğinde olup olmadığına karar vermek ancak bu yönde kurulmuş özel ihtisas mahkemelerinde görülebilecek bir dava ile tespit edilebilecek bir husus olup, disiplin incelemesi içerisinde hem de disiplin kurullarınca karara bağlanabilecek bir husus değildir.

Bu nedenle, şikâyet konusu dilekçenin "eser" niteliğinin tespitinin, "eylemin disiplin yaptırımına bağlanmasının koşulu" olarak kabul etmek de mümkün değildir.

Disiplin Kurulları tarafından araştırılması gereken husus, eylemin maddi olgu olarak tam olarak tespitinden sonra, tespit edilen eylemin Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırılık oluşturup oluşturmadığına bakmaktır.

Şikayetli avukatın savunmalarında belirttiği, şikâyetçinin kendisinin uzun yıllardır bu tür davalarda yaptığı çalışmaların sonucunda oluşturduğu dava dilekçesinin, izni ve bilgisi olmaksızın kullanıldığı

iddiasının doğru olmadığı, bu tür dilekçelerin A. T. Dayanışma Derneği tarafından yapılan araştırma ve çalışmalar sonucunda oluştuğu, dernek yetkilisi ve Avukatı Ü.T.'nin bu bilgileri topladığı, şikâyetçi avukatın da dilekçesini derneğe verdiği, kendisinin şikâyet konusunda kullandığı bilgilerin de Dernek tarafından verilen örnekten yararlanılarak hazırlandığı, şeklindeki savunmalarının araştırılması gerekmektedir.

Şikâyetli avukat bu savunmalarına delil olarak, bazı gazete haberleri ile Dernek tarafından gönderilen yazı fotokopisini sunmuş, durumun Dernekten araştırılması ve Avukat Ü.T.'nin dinlenmesini talep etmiştir.

Bu nedenlerle, Avukat Ü.T.'nin yazılı veya sözlü bilgisine başvurulması, Dernekten, dernek üyeleri adına açılan davalarda dava dilekçelerinin hazırlanması hususunda vekalet verilen avukatlara hangi belge ve bilgilerin aktarıldığı, avukatların Dernek ile ve birbirleri ile ilişkileri konusunda bilgi alınmasından sonra oluşacak duruma göre, şikâyetli avukatın eyleminin başka bir meslektaşın emek ve çabasından yararlanma niteliğinde ve Avukatlık Yasası ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir iken, bu yönde bir inceleme yapılmaksızın karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamış, eksik inceleme nedeni ile kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatın itirazlarının kabulü ile Baro Disiplin Kurulu'nun "Ceza Tayinine Yer Olmadığına" ilişkin kararının, BOZULMASINA oybirliği ile karar verildi.

BÜYÜK DAİRE

GÄFGEN – ALMANYA

(Başvuru no. 22978/05)

SONKARAR

Bu metinde 3 Haziran 2010 tarihinde Mahkeme İçtüzüğünün 81. maddesine göre düzeltme yapılmıştır.

STRAZBURG

1 Haziran 2010

Bu sonkarar kesindir, fakat yazım düzeltmelerine tabi tutulabilir.

Gäfgen – Almanya davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Büyük Dairesi aşağıdaki yargıçlarla toplanmıştır:

Başkan:	Jean-Paul Costa,
Üyeler:	Christos Rozakis,
	Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Anatoly Kovler,
Ljiljana Mijović,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
George Nicolaou,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Ann Power,
Nebojša Vučinić,

Yazı İşleri Müdürü: Erik Fribergh.

18 Mart 2009 ve 24 Mart 2010 tarihlerinde kapalı olarak müzakerelerde bulunan Mahkeme, 24 Mart 2010 tarihinde aşağıdaki sonkararı kabul etmiştir.

USUL

1. Bu dava, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine göre, bir Alman vatandaşı olan bay Magnus Gafgen ("başvurucu") tarafından 15 Haziran 2005 tarihinde Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bir başvurudan (no. 22978/05) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, bir erkek çocuk olan J.'nin nerede olduğuyla ilgili polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifa-

desinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlandırmama hakkını içeren Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.

3. Başvuruyla ilk önce Mahkeme'nin Üçüncü Dairesi ve daha sonra Beşinci Dairesi görevlendirilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü md. 52(1)). Başvuru 10 Nisan 2007 tarihinde, Beşinci Daire heyeti tarafından kısmen kabuledilebilir bulunmuştur. Bu heyet şu yargıçlardan oluşmuştur: *Başkan* Peer Lorenzen, *Üyeler* Snejana Botoucharova, Volodymyr Butkevych, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Renate Jaeger, ve ayrıca *Daire Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek.

4. 30 Haziran 2008 tarihinde kararı açıklanan Beşinci Daire heyeti ise şu yargıçlardan oluşmuştur: *Başkan* Peer Lorenzen, *Üyeler,* Rait Maruste, Volodymyr Butkevych, Renate Jaeger, Isabelle Berro-Lefèvre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Zdravka Kalaydjieva, ve ayrıca *Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek. Heyet oybirliğiyle, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümetin ilk itirazı hakkında bir karar vermenin gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu heyet, bire karşı altı oyla, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesi ihlali mağduru olduğunu iddia edemeyeceğine karar vermiştir. Bu heyet ayrıca, bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

5. Başvurucu, 19 Eylül 2008 olup Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından 26 Eylül 2008 tarihinde alınan dilekçeyle, Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddialarını sürdürerek, bu davanın Sözleşme'nin 43. maddesine ve Mahkeme İçtüzüğünün 73. maddesine göre Büyük Daire önüne götürülmesini talep etmiştir. Büyük Daire içindeki Kurul, 1 Aralık 2008 tarihinde bu talebi kabul etmiştir.

6. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 27(2) ve (3). fıkraları ile Mahkeme İçtüzüğünün 24. maddesine göre belirlenmiştir.

7. Başvurucu ve Hükümet, esas hakkında birer dilekçe (memorial) vermişler ve her biri diğerinin dilekçesini yazılı olarak cevapla-

mıştır. Ayrıca, Beşinci Daire Başkanı tarafından davanın yazılı aşamasına katılmalarına izin verilen J.'nin babası Frederich von Metzler ve annesi Sylvia von Metzler'in (Sözleşme md. 36(2) ve İçtüzük 44(2)) üçüncü taraf olarak görüşleri alınmıştır. Bu kişiler Frankfurt'ta avukatlık yapan E. Kempf ve H. Schilling tarafından temsil edilmişlerdir. Ayrıca, Başkanın yazılı sürece katılmasına izin verdiği Londra merkezli hükümet dışı bir uluslararası insan hakları örgütü olan Redress Trust'tan üçüncü taraf olarak görüşü alınmıştır (Sözleşme md. 36(2) ve İçtüzük 44(2) ve (3)). Bu kuruluş, Müdür C. Ferstman ve Danışman L. Oette tarafından temsil edilmiştir. Taraflar bu görüşleri cevaplamışlardır (İçtüzük md. 44(5)).

8. 18 Mart 2009 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük md. 59(3)).

Duruşmada hazır bulunanlar:

(a) *Hükümet adına*

A. WITTLING-VOGEL, *Ministerialdirigentin*, Federal Adalet Bakanlığı,

Temsilci

J. A. FROWEIN, Max Planck Enstitüsü Karşılaştırmalı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Müdürü (emeritus) *Avukat*,

M. BORNMANN, Savcı, *Danışman*

J. KOCH, Bölge Mahkemesi Yargıcı, *Danışman*

(b) *Başvurucu adına*

M. HEUCHEMER, avukat, *hukukçu*,

D. SCHMITZ, avukat, *Danışman,*

B. VON BECKER, avukat, *Danışman,*

J. SCHULZ-TORNAU, avukat, *Danışman*

S. STRÖHM, *Asistan*

M. BOLSINGER, *Asistan*

Mahkeme Heuchemer ve Frowein'ın açıklamalarını ve sorulan sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

9. Başvurucu 1975 doğumlu olup, halen Almanya'nın Schwalmstadt Cezaevinde hükümlüdür.

A. J.'nin kaçırılması ve polis soruşturması

10. J., Frankfurt'ta bankacı bir ailenin en küçük erkek çocuğudur. J., bir hukuk öğrencisi olan başvurucuyu, ablasının tanıdığı bir kişi olarak biliyordu.

11. Başvurucu 27 Eylül 2002 tarihinde, o tarihte on bir yaşında olan J.'ye ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırmış ve evine götürmüştür. Başvurucu daha sonra J.'yi boğarak öldürmüştür.

12. Başvurucu daha sonra J.'nin anne babasının evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta J.'nin kaçırıldığını ve kaçıranlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçıranların bir milyon Euro'yu aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebilecekleri yazılmıştır. Başvurucu daha sonra J.'nin cesedini arabayla Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel bir mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına bırakmıştır.

13. Başvurucu 30 Eylül 2002 gecesi 01:00 sularında fidyeyi tramvay istasyonundan almıştır. Bu andan itibaren polis başvurucuyu izlemiştir. Başvurucu paranın bir kısmını bankadaki hesabına yatırmış ve bir kısmını da evde gizlemiştir. Aynı gün öğleden sonra Frankfurt havaalanında polis tarafından yüzükoyun yere yapıştırılarak yakalanmıştır.

14. Başvurucu yaşadığı şok ve aldığı yüzeysel bereler nedeniyle havaalanındaki bir doktor tarafından muayene edildikten sonra Frankfurt Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüştür. Polis M. başvurucuya, çocuk kaçırma suçu işlediğinden şüphelenildiği için gözaltına alındığını söylemiş ve şüpheli olarak susma ve bir müdafii ile görüşme hakkına sahip olduğunu hatırlatmıştır. Daha sonra polis M., J.'nin yerini tespit edebilmek amacıyla başvurucuyu sorgulamıştır. Bu arada başvurucunun evinde yapılan aramada, fidyeden

elde ettiği paranın yarısı ile suçun planlanmasına ilişkin bir not bulunmuştur. Başvurucu, çocuğun kendisini kaçıran bir başka kişi tarafından tutulduğunu dolaylı olarak söylemiştir. Başvurucunun talebi üzerine, saat 23:30'da avukat Z. ile yarım saat görüşmesine izin verilmiştir. Daha sonra başvurucu, F.R. ve M.R. adlı iki kişinin çocuğu kaçırdıklarını ve göletin kenarında bir kulübede sakladıklarını söylemiştir.

15. 1 Ekim 2002 sabahı erken saatlerde, polis M. henüz göreve gelmeden önce, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı Bay Daschner (D.), bir başka polis Ennigkeit'e (E.), kaçırılan çocuğun yerini söylemesi için başvurucuyu ağır acı verecek bir muamele ile tehdit etme ve gerekiyorsa kendisine böyle bir muamelede bulunma talimatı vermiştir. D'nin başkanı olduğu birimdeki memurlar, daha önce bu tür bir muamelede bulunmayı defalarca reddetmişlerdir (bk. ayrıca aşağıda parag. 47). Bunun üzerine polis E., başvurucuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan, dayanılamayacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağını söylemiştir. Başvurucuya göre bu memur, daha sonra kendisini dev gibi iki siyah adam ile aynı hücreye kapatarak, kendisine cinsel saldırıda bulunmalarını sağlamakla tehdit etmiştir. Bu memur ayrıca elleriyle defalarca göğsüne vurmuş ve bir keresinde başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvurucuya sorgulama sırasında fiziksel saldırıda bulunulduğu ve cinsel saldırıya tabi tutma tehdidinde bulunulduğu iddialarını reddetmiştir.

16. Tehdit edildiği muamelelere tabi tutulmaktan korkan başvurucu, on dakika kadar sonra J.'nin cesedinin yerini söylemiştir.

17. Daha sonra başvurucu, polis M. ve birkaç polisle birlikte bir arabayla Birstein'e götürülmüştür. Başvurucu, polis E. ile birlikte gitmeyi reddetmiştir. Polis olay yerine bir video kamera getirilmesi için beklemiştir. Daha sonra başvurucu, amir konumundaki polisin talimatları doğrultusunda, ayrıca bu sırada videoya kaydedilirken, cesedin tam bulunduğu yeri göstermiştir. Polis J.'nin cesedini, başvurucunun dediği gibi Birstein yakınında bulunan bir göletteki iskelenin altında bulmuştur. Başvurucu, cesedi bıraktığı yere ağaç parçacıkları üzerinde çıplak ayakla yürümeye zorlan-

dığını ve polisin talimatları üzerine cesedin tam yerini göstermek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Hükümet, başvurucunun ayakkabısız yürümek zorunda kaldığı iddiasına karşı çıkmıştır.

18. Polis, yaptığı kriminal inceleme sonucu, Birstein yakınlarındaki göletin kenarında başvurucunun arabasına ait tekerlek izleri tespit etmiştir. Başvurucu, Birstein'dan döndükten sonra dedektif polis M.'nin yaptığı sorgu sırasında, J.'yi kaçırdığını ve öldürdüğünü ikrar etmiştir. Daha sonra polis, başvurucunun götürdüğü yerlerde J.'nin okul kitaplarını, sırt çantasını, J.'nin giysilerini ve fidye mektubunu yazmak için kullandığı daktilonun içinde bulunduğu konteynırı bulmuştur. 2 Ekim 2002'de J.'nin cesedinde yapılan otopsi, J.'nin boğularak öldürüldüğünü teyit etmiştir.

19. Emniyet Müdürlüğüne dönüldükten sonra, başvurucunun annesinin tuttuğu fakat o sabah emniyete geldiğinde görüştürülmediği avukat En. ile başvurucunun bu kez görüşmesine izin verilmiştir.

20. 1 Ekim 2002 tarihinde polis tarafından düzenlenen bir nota göre, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D., o sabah J. eğer hayatta ise, yiyeceği bulunmadığı ve hava soğuk olduğu için yaşamının tehlikede olduğuna inandığını söylemiştir. Müdür Yardımcısı D., çocuğu kurtarmak amacıyla, iz bırakılmayacak şekilde başvurucuya ağır acı verileceği tehdidinde bulunması için polis E.'ye talimat vermiştir. Bu muamelenin tıbbı gözetim altında yapılacağı belirtilmiştir. D. ayrıca, bir başka polise başvurucuya verilmek üzere "gerçeği söyletme serumu" bulması için talimat verdiğini kabul etmiştir. Bu nota göre, başvurucuya yönelik tehditte bulunmanın amacı, kaçırma olayıyla ilgili ceza soruşturmasının derinleştirilmesi değil, sadece çocuğun yaşamını korumaktır. Aslında acı vermekle tehdit edilen başvurucunun daha sonra J.'nin cesedinin bulunduğu yeri söylemesi üzerine, başkaca bir şey yapılmamıştır.

21. 4 Ekim 2002 tarihinde polis hekimi tarafından verilen raporda, başvurucunun sol kürek kemiğinin altında 7x5 santim boyutlarında bir kan oturması, bereler ve sol kolunda ve dizinde kabuk bağlamış yaralar tespit edilmiştir. 7 Ekim 2002 tarihli raporda da, 2 Ekim 2002 tarihli muayenenin ardından başvurucunun sol göğsünde 5x4 santim boyutlarında iki kan oturması ile sol kolunda, dizlerinde ve sağ bacağında lezyonlar ve kabuklu yara, ayakların-

da su toplaması görülmüştür. Rapora göre bu hafif izler, bu yaralara muayeneden bir kaç gün önce sebebiyet verildiğini göstermektedir. Bu yaraların sebebi tam olarak belirlenememiştir.

22. Başvurucu, 4 Ekim 2002'de polise, 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde savcıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir.

23. Başvurucunun 1 Ekim 2002'de kötü muamele tehdidi nedeniyle Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'yi ve polis E.'yi savcılığa şikayet etmesi üzerine, Frankfurt savcısı bu kişiler hakkında cezai soruşturma başlatmıştır.

B. Başvurucu aleyhindeki ceza davası

1. Frankfurt Bölge Mahkemesi önündeki yargılama

(a) Delillerin kabuledilebilirliği ve muhakemeye devam edilmemesiyle ilgili ilk başvurular

24. Duruşmanın ilk günü olan 9 Nisan 2003 tarihinde, müdafi ile temsil edilmekte olan başvurucu, muhakemeye devam edilmemesi[1*] için bir ilk başvuruda bulunmuştur. Başvurucu bu talebini, ikrarda bulunmadan önce, polis E. tarafından kendisine ağır acı vermekle ve cinsel saldırıda bulunulmakla tehdit edilmiş olmasına dayandırmıştır. Başvurucu bu muamelenin, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine (bk. aşağıda parag. 61) ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu belirtmiş ve aleyhindeki iddianamenin iade edilmesini istemiştir.

25. Başvurucu alternatif olarak, 1 Ekim 2002 tarihinde kendisine uygulanan şiddet tehdidinin etkileri sürdüğü sırada (*Fortwirkung*) soruşturma makamlarına verdiği ifadelere bu ceza davasında dayanılmayacağına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir. Başvurucu ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi ihlal edilmek suretiyle ikrarı alındıktan sonra soruşturma makamları tarafından çocuğun cesedi gibi bulgulara ulaşıldığı için, "zehirli ağacın meyvesi zehirli olur" ("*Fernwirkung* ") deyişi gereği, bu bul-

---

1 [to discontinue the criminal proceedings: iddianamenin iadesi, Ç.N.]

guların delil olarak kullanılmasının yasak olduğunu belirten bir beyanda bulunulmasını istemiştir.

26. İlk başvuruyla ilgili olarak, Frankfurt Bölge Mahkemesi 9 Nisan 2003 tarihinde, başvurucunun muhakemeye devam edilmemesi talebini reddetmiştir. Bölge Mahkemesi, başvurucunun dilekçesinde, dedektif polis E.'nin kendisini, J.'nin nerede olduğunu söylememekte direnecek olursa, iz bırakmadan daha önce hiç yaşamadığı şekilde katlanılmaz acılar verecek olan bir uzmanın helikopterle emniyete gelmekte olduğunu söyleyip tehdit ettiğini belirttiğini kaydetmiştir. Polis E, bu tehdidi güçlendirmek için helikopter pervanesinden çıktığı anlaşılan bir ses dinletmiştir. E. ayrıca başvurucuyu, kendisine anal yoldan cinsel saldırıda bulunacak olan iki tane dev gibi "Zenci" ile aynı hücreye kapatmakla ve doğduğuna pişman etmekle tehdit etmiştir. Bölge Mahkemesi, başvurucunun mağdurun nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini kabul etmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, başvurucunun cinsel saldırıyla tehdit edildiğinin veya başka bir şeyden etkilendiğinin kanıtlamadığı sonucuna varmıştır. Başvurucunun acıyla tehdit edilmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine ve ayrıca Anayasanın 1. maddesine ve 104(1). fıkrasına (bk. aşağıda parag. 59-60) aykırı olup, Sözleşme'nin 3. maddesini de ihlal etmiştir.

27. Ancak Bölge Mahkemesi, başvurucunun anayasal haklarına aykırılık bulunmasına rağmen, bu durumun ceza davasının görülmesini engellemediğini ve dolayısıyla davaya devam edebileceğini söylemiştir. Bölge Mahkemesine göre, söz konusu sorgulama yönteminin kullanılması, kanunen yasaklanmış olmasına rağmen, ceza davasının görülmesini engelleyecek kadar savunma haklarını kısıtlamamıştır. Bir yandan başvurucuya isnat edilen suçların ağırlığı ve öte yandan soruşturmada gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemin ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ceza davasına devam edilmesini engelleyecek kadar hukukun üstünlüğüne istisnai ve hoş görülemeyecek bir aykırılık bulunmamaktadır.

28. Frankfurt Bölge Mahkemesi başvurucunun ikinci başvurusuyla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3) fıkrasına gereğince, başvurucunun poliste, savcılıkta ve sorgu yargıcı önünde

verdiği ifadelerin ve ikrarların ceza davasında delil olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü bunların yasaklanmış sorgu yöntemleriyle elde edildiklerini belirtmiştir.

29. Bölge Mahkemesine göre, 1 Ekim 2002 tarihinde dedektif polis E., çocuğun nerede olduğunu söylemeyecek olursa katlanılmaz acı vermekle başvurucuyu tehdit etmek suretiyle, Kanunun 136a(1). fıkrası anlamında yasak sorgu yöntemleri kullanmıştır. Bu nedenle başvurucunun bu yasak sorgu faaliyetinin bir sonucu olarak verdiği her ifade, kabuledilebilir olmayan bir delildir. Bu delil dışlama (*Beweisverwertungsverbot*) işlemi, sadece yasadışı tehditten hemen sonra verilen ifadeleri değil, ama Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin ihlalinin sonuçları devam ettiği sürece, o günden itibaren soruşturma makamlarına verilen bütün diğer ifadeleri de kapsar.

30. Bölge Mahkemesine göre, yasak yöntemlerin kullanılması suretiyle sebep olunan usulsüzlük ancak, başvurucunun sonraki ifadesi sırasında, acıya tabi tutma tehdidinin bir sonucu olarak verdiği önceki ifadelerinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağı şeklinde kendisine bir bilgi verilmiş olması halinde giderilebilirdi. Ancak başvurucuya sadece ifade vermeme hakkı bulunduğu söylenmiş, başvurucuya hukuka aykırı elde edilen delillerin kabuledilebilir olmadığına dair bir bilgi verilmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun sonraki ifadelerini vermeden önce yapılan bilgilendirme, bir "nitelikli bilgilendirme" (*qualifizierte Belehrung*) olmamıştır.

31. Ancak Bölge Mahkemesi, delil olarak kabul edilmeyecek şeyleri söz konusu bu ifadelerle sınırlamıştır. Bölge Mahkemesi, yasaklanmış yöntemlerle kendisinden alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasından dışlanacaklarına ve kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunulması için başvurucunun yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Bölge Mahkemesi şöyle demiştir:

"Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine aykırılığın, bir ifade sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmamasını gerektirecek kadar geniş bir etkisi yoktur. Mahkememiz, müelliflerin ve mahkemelerin uzlaştırıcı (*Mittelmeinung*) görüşlerine katılmaktadır; buna göre, olayın içinde bulunduğu özel şartlar içinde

menfaatler dengelenmelidir; bu denge bakımından özellikle temel haklara ilişkin maddeler gibi, hukuk düzeninin açıkça ihlal edilip edilmediği ve soruşturma konusu suçun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Mevcut olayda fiziksel şiddet uygulama tehdidi şeklinde sanığın temel haklarına yöneltilen müdahalenin ağırlığı ile bir çocuğun öldürülmesi şeklinde sanığa isnat edilen ve soruşturulması gereken suçun ağırlığı tartıldığında söz konusu suç, sanığın ifadesinin bir sonucu olarak özellikle çocuğun cesedinin bulunması ve daha sonra yapılmış otopsi gibi bulguların kullanılmaması talebi karşısında ağır basmaktadır."

(b) Bölge Mahkemesinin hükmü

32. Yukarıda anlatılan duruşmanın ilk oturumunda başvurucunun ön başvurularına ilişkin verilen kararın ardından yargılamaya devam edilmiştir. Başvurucu ertesi gün verdiği ifadede J.'yi öldürdüğünü kabul etmiş, fakat başlangıçta böyle bir şey yapmak istemediğini söylemiştir. Başvurucunun müdafi başvurucunun ikrar etmekle, 1 Ekim 2002 tarihinde kullanılan sorgulama yöntemlerine rağmen, işlediği suçun sorumluluğunu üzerine almak istediğini söylemiştir. Yargılama ilerledikçe, başvurucunun ilk ifadesinin bir sonucu olarak elde edilmiş olan ve dışlanmasını istemiş olduğu bulgular, duruşmada ortaya koyulmuştur. Başvurucu, 28 Temmuz 2003 tarihindeki son oturumda, çocuğu başlangıçtan itibaren öldürmek istediğini kabul etmiştir. Başvurucu ikinci ikrarını, "bu ağır suçu kabul etmiş olmasının tek yolu" ve "çocuğun öldürülmesinden dolayı mümkün olan en büyük özür" olarak tanımlamıştır.

33. Frankfurt Bölge Mahkemesi 28 Temmuz 2003 tarihinde başvurucuyu, başka şeylerin yanında, mağdurun ölümüne sebep olacak şekilde zorla kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum etmiştir. Bölge Mahkemesi suçun azami cezayı gerektiren özel bir ağırlığa sahip olduğunu belirterek, başvurucuya ömürboyu hapis cezası vermiştir (bk. aşağıda parag. 63).

34. Bölge Mahkemesi, duruşma sırasında başvurucunun susma hakkı ve önceki ifadelerinin delil olarak kullanılmayacağı konusunda yeniden bilgilendirildiğini ve böylece gerekli olan nitelikli bilgilendirmenin yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, nitelikli bilgilendir-

menin ardından, J.'yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiştir. Başvurucunun duruşma sırasında suçun planlanmasıyla ilgili beyanları, mahkemenin olayları tespitinde tek temel değilse bile esaslı bir temel oluşturmuştur. J.'nin ablasının ifadesi, fidye mektubu ve başvurucunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili bir not, başvurucunun bu beyanlarını doğrulamıştır. Suçun işlenişiyle ilgili maddi olayların tespiti, münhasıran başvurucunun yargılama sırasındaki ikrarına dayandırılmıştır. Diğer bulgular, başvurucunun doğru söylediğini göstermiştir. Bu bulgular arasında çocuğun ölüm sebebi hakkında otopsi raporu, çocuğun cesedinin bulunduğu göletin kenarında başvurucunun arabasının lastik izleri ve fidyeden elde edilip evde bulunan ve banka hesabına yatırılan paraların yer aldığı belirtilmiştir.

35. Bölge Mahkemesi suçunun ağırlığını değerlendirirken, başvurucunun on bir yaşında bir çocuğu öldürmüş olduğunu ve kendisi için yarattığı zengin ve başarılı genç avukat imajını korumak için bir milyon Euro fidye istediğini gözlemlemiştir. Bölge Mahkemesi, başvurucunun herşeyin kanıtlanmasından sonra ikrarda bulunduğu ve bu ikrarının "hiç değeri bulunmadığı" şeklinde savcılığın ve iddia makamı yanında davaya katılanların görüşlerine katılmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrası uyarınca önceki ikrarları delil olarak kullanılamamış olmasına rağmen, başvurucunun duruşmada tam bir ikrarda bulunmayı istemiş olması, hafifletici bir faktördür. Ancak başvurucu bu ikrarı vermemiş olsaydı bile, mağdurun ölümüne sebebiyet verecek şekilde zorla kaçırma suçundan mahkum olabilirdi. Başvurucu, fidyeyi aldıktan sonra polis tarafından izlenmiş, fidyeyle elde edilen paraların bir kısmı oturduğu dairede ve bir kısmı banka hesabında bulunmuştur. Dahası, J.'nin cesedinde yapılan otopsi, çocuğun boğularak öldürüldüğünü kanıtlamıştır. J.'nin cesedinin bulunduğu yerde, başvurucunun arabasının tekerlek izleri tespit edilmiştir.

36. Bölge Mahkemesi ayrıca, başvurucunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinde yasaklanmış sorgulama yöntemleriyle sorgulanmış olduğunu tespit etmiştir. Bölge Mahkemesine göre, Frankfurt dedektif polisi D. ile polis E.'nin bu tehditler nedeniyle suçlu olup olmadıkları veya ne ölçüde suçlu oldukları, kendileri

aleyhinde devam eden soruşturmanın sonucunda belli olacaktır. Ancak bu görevlilerin iddia konusu yasadışı eylemleri, başvurucunun işlediği suçu hafifletmemiştir. Yürütme organına mensup polislerin yanlış hareketleri, yargı organının maddi olayları hukuka göre değerlendirmesini engellemez.

2. Federal Adalet Mahkemesi önündeki yargılama

37. Başvurucu ertesi günü, mahkumiyet kararına karşı Federal Adalet Mahkemesine temyizde bulunmuştur. Başvurucu, Bölge Mahkemesinin 9 Nisan 2003 tarihli kararında, muhakemeye devam edilmemesine dair ön başvurusunu reddetmesi nedeniyle şikayetçi olmuştur. Bölge Mahkemesi ayrıca, yasaklanmış yöntemlerle alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasında kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunmayı da reddetmiştir. Başvurucu 9 Nisan 1993 tarihli temyiz talebinin gerekçeleriyle birlikte, bu başvurularının birer kopyasını da eklemiştir. Başvurucu ayrıca, muhakemeye devam edilmemesi ile polisin kendisine karşı işkence tehditleriyle ilgili başvurusunu reddeden 9 Nisan 2003 tarihli Bölge Mahkemesi kararını ve Federal Adalet Mahkemesinin delil dışlamanın ve muhakemenin engellenmesinin "ötesine sıçrayan" tutumuyla ilgili gelişmekte olan içtihatlarını eklemiştir ("*dass ein derartiges Verhalten das Verwertungsverbot 'überspringt' und ein Verfahrenshindernis begründet*").

38. Federal Savcı 9 Mart 2004 tarihinde verdiği mütalaada, başvurucunun temyizinin açıkça temelsiz olduğunu belirterek reddedilmesini istemiştir. Savcı, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmış olmasının ceza davasının görülmesini engellemediğini iddia etmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi sadece, açıkça sıralanmış olan yasak yöntemlerle elde edilen bulguların delil olarak dışlanmasını öngörmüştür. Oysa başvurucu Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasına aykırılık şikayetinde bulunmamıştır. Her halükarda böyle bir şikayetin hiçbir temeli yoktur; çünkü Bölge Mahkemesi, başvurucunun önceki ifadelerinin delil olarak kabul edilmeyeceğine dair bilgilendirmede bulunduktan sonra, başvurucunun sadece duruşmada verdiği ikrarı kullanmıştır.

39. Federal Adalet Mahkemesi, 21 Mayıs 2004 tarihli kararıyla her hangi bir gerekçe göstermeden başvurucunun temyiz talebini temelsiz bularak reddetmiştir.

3. Federal Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama

40. Başvurucu 23 Haziran 2004'te Federal Anayasa Mahkemesine şikayette bulunmuştur. Başvurucu dava konusu olayları ve itiraz konusu kararları özetledikten sonra, 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından sorgulanma biçimiyle ilgili olarak Anayasanın 1(1). fıkrasının ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu, çocuğun nerede olduğunu söylemeyecek olursa, işkence ve cinsel saldırıyla tehdit edildiğini belirtmiştir. Bu muamele, olayın şartları içinde, Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkenceyi oluşturur ve Anayasanın 104(1). fıkrasına aykırıdır. Bu muamele ayrıca, söz konusu maddelerin merkezinde yer alan ve Anayasanın 1. maddesindeki mutlak bir hak olan insan onuru hakkını ihlal eder. Bu haklı gösterilemeyecek insan hakları ihlalleri, öldürme suçuyla ilgili ceza davasının görülmesini ve yasak yöntemlerle ikrar alınması sonucu elde edilen delillerin kullanılmasını engellemeliydi.

41. Federal Anayasa Mahkemesi 14 Aralık 2004'te üç yargıçlı bir kurul olarak toplanmış ve başvurucunun anayasa şikayetini kabuledilemez bulmuştur.

42. Anayasa Mahkemesine göre ilk olarak başvurucu, ceza mahkemelerinin muhakemeye devam edilmemesiyle ilgili taleplerini reddetmiş olmalarından şikayet etmiş, ancak bu şikayetini yeterince temellendirememiştir. Anayasa Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin polisin başvurucuya acı tehdidinde bulunmasının Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesini ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini ve başvurucunun Anayasanın 1(1). fıkrası ile 104(1). fıkrasının ikinci cümlesine aykırı davranıldığını söylediğini gözlemlemiştir.

43. Ancak dava dışında temel hakların ihlal edilmiş olması, ceza mahkemesinin yargılama sırasında yaptığı tespitlere dayanarak verdiği bir kararın anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmez. Mevcut olayda ceza mahkemeleri, polis tarafından

kullanılan soruşturma yöntemlerinin yasak olduğunu tespit etmişler, fakat bu tespitten çıkarılacak hukuki sonuçlar konusunda başvurucudan farklı düşünmüşlerdir. Ceza mahkemeleri söz konusu davranışların bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin kullanılamayacağı, fakat ceza davasının devam etmesine karşı özel bir engel bulunmadığı görüşünü kabul etmişlerdir.

44. Anayasa Mahkemesine göre, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasıyla oluşan usule ilişkin kusurun, ceza mahkemeleri tarafından telafi edildiği söylenebilir; çünkü ceza mahkemeleri bu şekilde elde edilen ifadelerin kabulünü yasaklamışlardır. Bu yasak, ilgili kişinin haklarına aykırılıkları telafi etmek için, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasında öngörülmüştür. Ancak ceza davasının görülmesine engel oluşturabilecek önemli usule ayrılık koşulları kanunda yer almamıştır. Bu durumda başvurucu, söz konusu soruşturma yöntemlerinin niçin sadece bu suretle elde edilmiş ifadelerin kullanılmasını yasaklamakla kalmaması, fakat ayrıca aleyhindeki ceza davasının görülmesine karşı bir engel oluşturması gerektiğini açıklayamamıştır.

45. Federal Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, başvurucunun Bölge Mahkemesinin tehdit altında alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen bulguların davadan dışlanması talebini reddetmesiyle ilgili olarak başvurucunun yaptığı anayasa şikayetini de temelsiz bulmuştur. Anayasa Mahkemesi başvurucunu bu meseleyi Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğunu belirtmiştir.

46. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı 22 Aralık 2004'te başvurucunun avukatına tebliğ edilmiştir.

C. Sonraki olaylar

1. Polisler aleyhindeki ceza davası

47. Bölge Mahkemesi 20 Aralık 2004'te, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D. ile polis E. hakkında kararını açıklamıştır. Bölge Mahkemesi, 1 Ekim 2002 sabahı D.'nin, polis tutanağında gösterildiği şekilde, başvurucuya acı vererek sorguya tabi tutulması emri verdiğini belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 20). Böylece D., J.'nin kaçırılması olayını soruşturan kendisine bağlı birimlerin başkanlarının tavsiyelerine aykırı davranmıştır. Bu birimlerin başkanları,

D.'nin daha önce 30 Eylül 2002'de ve daha sonra 1 Ekim 2002 sabahı verdiği bu yöndeki emirlerine iki kez karşı çıkmışlardır. Birim başkanları bu emirlere direnmişler, bunun yerine başvurucuyu bir kez daha sorgulamayı ve J.'nin ailesiyle yüzleştirmeyi önermişlerdi. Daha sonra D., başvurucunun işkenceyle tehdit edilmesi ve gerekirse işkence yapılması konusunda E.'ye talimat vermiştir. Acı verme işlemi, tıbbi gözetim altında, iz bırakmadan, emniyete helikopterle getirilecek olan başka bir eğitimli polis tarafından yapılacaktır. Polis doktoru, D.'nin emrinin yerine getirilmesi sırasında bulunmayı kabul etmiştir. Bölge Mahkemesi, bu muamelenin amacının, başvurucu tarafından saklanmış olan ve D.'nin yaşamının büyük risk altında olduğuna inandığı J.'yi kurtarmak olduğunu kaydetmiştir. Bu nedenle E., D.'nin emrettiği tarzda başvurucuyu tehdit etmiş ve gerçeği söyletme serumu verileceğini bildirmiştir. Yaklaşık on dakika sonra, başvurucu J.'yi Birstein yakınlarındaki göletteki iskelenin altına gizlediğini ikrar etmiştir.

48. Bölge Mahkemesi bu sorgu yönteminin hukuka uygun olmadığını gözlemlemiştir. Bölge Mahkemesi, Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu ihlal eden bu yöntemin kullanılmasının 'gerekliliği' savunmasını reddetmiştir. İnsan onuruna saygı, Anayasanın 104(1). fıkrasının ikinci cümlesinin ve Sözleşme'nin 3. maddesinin de merkezinde yer almaktadır. İnsan onurunun korunması mutlak olup, hiçbir istisnaya veya menfaatlerin dengelenmesine izin vermez.

49. Frankfurt Bölge Mahkemesi, dedektif polis E.'yi, memurun görevi sırasında zor kullanması suçundan mahkum etmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, günlüğü 60 Euro'dan 60 gün karşılığı para cezası vermiş ve sanığı uyararak bu cezayı ertelemiştir. Sanık erteleme süresi içinde başka bir suç işleyecek olursa, bu para cezasını ödeyecektir. Bölge Mahkemesi ayrıca, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'yi de görevi sırasında astı E.'yi zor kullanmaya teşvik ettiği için mahkum etmiş, günlüğü 90 Euro'dan 120 gün karşılığı para cezası vermiş ve cezayı ertelemiştir. Başvurucu bu dava sırasında tanık olarak ifade vermiştir.

50. Bölge Mahkemesi sanıkların cezasını belirlerken önemli hafifletici nedenler bulunduğunu kabul etmiştir. Bölge Mahkemesi, sanıkların tek kaygılarının J.'nin yaşamını kurtarmak olduğunu ve üst

makamlara ve kamuoyuna karşı sorumlulukları gereği ağır baskı altında bulunduklarını göz önünde tutmuştur. Sanıklar o sırada çok yorulmuş olup, çok gerilimli ve heyecanlı bir durumdadırlar. Sanıkların daha önce mahkumiyetleri yoktur. Ayrıca, polis soruşturma dosyasındaki tutanağa göre Emniyet Müdür Yardımcısı D., eylemlerini açıklamak ve kabul etmek suretiyle sorumluluğu üstlenmiştir. Dava uzun bir süre devam etmiş ve yoğun bir medya ilgisiyle karşılaşmıştır. Sanıkların mesleki kariyerleri zarar görmüştür; çünkü D., Hessen İçişleri Bakanlığına nakledilmiş, E. ise suçları soruşturma görevinden alınmıştır. Ayrıca sanıkların davası gibi çelişkili bir olay, bir Alman ceza mahkemesi tarafından ilk kez değerlendirilmiştir. Öte yandan Bölge Mahkemesi, D.'nin E.'ye emir vermesinden önceki gece de güç kullanılması emri verdiği için spontane hareket etmiş olmamasını, ağırlaştırıcı bir faktör olarak dikkate almıştır. Ayrıca sanıklar, başvurucunun öldürme suçundan mahkum edilmesini risk altına sokmuşlardır. Bölge Mahkemesi son olarak, bu olayda kamu düzeninin korunması gereğinin para cezalarının infaz edilmesini gerektirmediğini belirtmiştir. Sanıkların mahkumiyetleri vasıtasıyla, bir devlet görevlisinin bilgi edinmek için güç kullanılması emri vermesinin hukuka aykırı olduğu açıklanmıştır.

51. Bu karar, 20 Aralık 2004'te kesinleşmiştir.

52. Daha sonra D., Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanı olarak atanmıştır.

2. İdarenin sorumluluğuyla ilgili başvurucunun açtığı dava

53. Başvurucu 28 Aralık 2005 tarihinde, Hesse *Eyaleti*ne karşı tazminat davası (official liability) açabilmek için adli yardım almak üzere Frankfurt Bölge Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu polis soruşturması sırasında uygulanan yöntemler nedeniyle travma gördüğünü, psikolojik tedavi ihtiyacı içinde olduğunu iddia etmiştir.

54. Frankfurt Emniyet Müdürlüğü 27 Mart 2006 tarihinde bu başvuruya karşı verdiği cevapta, 1 Ekim 2002 sabahı E.'nin başvurucuyu sorgularken yaptığı muamelenin hukuken zorlama olarak nitelendirilemeyeceğini ve görevi kötüye kullanma oluşturmadığını savunmuştur.

55. Frankfurt Bölge Mahkemesi 28 Ağustos 2006 tarihinde başvurucunun adli yardım talebini reddetmiştir. Başvurucu bu karara karşı Üst Mahkemeye başvurmuştur.

56. Frankfurt Üst Mahkemesi, 28 Şubat 2007 tarihinde başvurucunun üst başvurusunu reddetmiştir. Bölge Mahkemesi tarafından gösterilen gerekçeleri benimseyen Üst Mahkemeye göre, özellikle polisler D. ve E. başvurucuyu tehdit ederken, dokunulmaz olan insan onurunu ihlal etmişler ve böylece resmi görevlerine aykırı davranmışlardır. Ancak Üst Mahkemeye göre başvurucu, işkence tehdidi ile manevi zarar arasındaki nedensellik bağını kanıtlayabilecek durumda değildir. Bu memurların yaptıkları tehdit, bir çocuğun öldürülmesinin yarattığı travma ile karşılaştırıldığında ihmal edilebilir düzeydedir. Kaldı ki, başvurucunun dediği gibi polis E. kendisini tartaklamış, başını duvara çarpmasına sebep olmuş veya göğsünde bere oluşturacak şekilde bir kez vurmuş olsa bile, böylesi fiziksel bir zarar, tazminat ödemeyi gerektirmeyecek kadar hafiftir. Dahası, işkence tehdidiyle insan onurunun ihlal edilmiş olması, başvurucuya tazminat ödenmesini gerektirmez, çünkü başvurucunun ifadelerinin delil olmaktan dışlanması ve polislerin mahkum edilmeleri, başvurucuyu yeterince tatmin etmiştir.

57. Başvurucunun yaptığı anayasa şikayeti, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 19 Ocak 2008 tarihinde kabul edilmiş, Üst Mahkeme kararı bozulmuş ve dosya yeniden Üst Mahkemeye gönderilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme, adli yardım talebini reddetmekle, mahkemeye başvurma konusunda eşitlik ilkesini ihlal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme, başvurucunun işkence tehdidini kanıtlayamayacağını söylemekle spekülasyonda bulunmuştur. Ayrıca başvurucunun sorgu sırasında aldığını iddia ettiği fiziksel yaraların öneminin az olduğunu söylemek kolay değildir. Dahası, başvurucunun tatmin edilmiş olmasına rağmen insan onurunun ihlal edilmiş olması nedeniyle tazminat alma hakkı bulunup bulunmadığı zor bir hukuki sorun olup, bu konuda temyiz mahkemesinin emsal kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu mesele adli yardım davasıyla karara bağlanamaz.

58. Dava, dosyanın gönderildiği Frankfurt Mahkemesi'nde halen devam etmektedir.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK, ULUSLARARASI KAMU HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE UYGULAMA

A. İç hukuk hükümleri

1. Anayasa

59. Anayasanın insan onurunun korunmasıyla ilgili 1(1). fıkrası şöyledir:

"İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve korumak, bütün devlet kuruluşlarının görevidir."

60. Anayasanın tutulan kişilerin haklarıyla ilgili 104(1). fıkrasının ikinci cümlesi şöyledir:

"Tutulan kişiler, maddi veya manevi kötü muameleye tabi tutulamaz."

2. Ceza Muhakemesi Kanunu

61. Ceza Muhakemesi Kanununun yasak sorgu yöntemleri (*verbotene Vernehmungsmethoden*) ile ilgili 136a maddesi şöyledir:

"(1) Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır.

(2) Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme (*Einsichtsfähigkeit*) yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır.

(3) Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.

3. Ceza Kanununu

62. Ceza Kanununun 211. maddesine göre, bir kimsenin öldürülmesinde açgözlülük, ihanet veya başka bir suçu gizlemek gibi ağırlaştırıcı unsurların bulunması halinde, bu öldürme nitelikli öldürme [murder] olarak nitelendirilir. Nitelikli öldürmenin cezası ömür boyu hapistir.

63. Ceza mahkemesinin sanığın suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu söylemesi, başka şeylerin yanında, sanık hakkında daha sonra verilebilecek koşullu salıverme kararı üzerinde etkisi olabilir. Ceza Kanununun 57a maddesi, hükümlü hapis cezasının on beş yılını çekmiş ise, kamu güvenliği bakımından haklı görülmesi ve sanığın suçu cezasının infazının devamını gerektirmemesi halinde, ömür boyu hapis cezasının kalan kısmının askıya alınabileceğini söylemektedir.

B. Uluslararası kamu hukuku hükümleri

64. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen (39/46 sayılı karar) ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin bazı hükümleri şöyledir:

Madde 1

"1. Bu Sözleşme bakımından "işkence", bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz."

Madde 15

"Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimsenin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması hariç, hiç bir yargılamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar."

Madde 16

"1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza terimleri koyularak uygulanır."

C. Diğer insan hakları izleme organlarının ve ulusal mahkemelerin pratikleri

1. İşkence tehditlerinin hukuki niteliği

65. İşkence ve diğer insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağının yerine getirilmesini izleyen bir çok kuruluş, bir kimseyi fiziksel yaralamaya tabi tutma tehditleri bağlamında bu yasağın kapsamı konusunda açıklamalarda bulunmuşlardır.

66. İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi, 27 Kasım 2003 tarihli *Maritza Urrutia – Guatemala (Esas, Onarımlar ve Giderler)* kararında (Seri C No. 103) şöyle demiştir:

"85. Mahkeme, Maritza Urrutia hukuka aykırı ve keyfi olarak tutulu bulunduğu sırada devlet görevlilerinin kendisine yaptıkları muamelelerle ilgili olarak, mağdur olduğu iddia edilen bu kişinin başına bir başlık geçirildiğinin, uyumasını engelleyen ışığı yanan ve sesi sonuna kadar açık bir radyonun bulunduğu bir odada yatağa kelepçeyle bağlandığının kanıtlandığı kanaatindedir. Maritza Urrutia ayrıca, çok uzun süren sorgulamalara tabi tutulmuş, bu

sorgular sırasında kendisine işkence izleri taşıyan veya çatışmada öldürülmüş kişilerin fotoğrafları gösterilmiş ve ailesinin kendisini aynen bu halde bulacakları söylenerek tehdit edilmiştir. Devlet görevlileri ayrıca, eğer işbirliği yapmayacak olursa, kendisini işkenceyle veya aile üyelerini veya kendisini öldürmekle tehdit etmişlerdir. Bu amaçla devlet görevlileri, kendisine kendisinin ve ailesinin fotoğraflarını ve kendisinin eski kocasına yazdığı mektupları gösterilmiştir (yukarıda parag. 58.6). Son olarak Maritza Urrutia, bir video filminde yer almaya zorlanmış, daha sonra iki Guatemala televizyon kanalında yayımlanan bu filmde kendi iradesine aykırı olarak beyanlarda bulunmuş, burada söylediklerini salıverildikten sonra yapılan bir basın toplantısında onaylamaya zorlanmıştır (yukarıda parag. 58.8 ve 58.9). ...

92. Fiziksel veya psikolojik işkencenin her biçimini mutlak surette yasaklayan uluslararası hukuk düzeni gelişmiştir; psikolojik işkenceyle ilgili olarak, bir kimseyi fiziksel biçimde zarar verici muamelelerle tehdit etmenin veya bu muamelelere tabi tutmaya yönelik gerçek bir tehlikenin moral bir ıstırap verdiği belirli koşullarda, bunun 'psikolojik işkence' olarak görülebileceği kabul edilmiştir. ...

98. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, devletin Maritza Urrutia'ya karşı Amerikan Sözleşmesi'nin 1(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak 5. maddesini ve İşkenceye karşı Amerikan Sözleşmesi'nin 1 ve 6. maddelerini ihlal ettiği sonucuna vardığını açıklar.

67. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalar hakkında Genel Kurula sunulan 3 Temmuz 2001 tarihli raporunda (UN Doc. A/56/156) şöyle demektedir: "*İnsan Haklar Komitesinin Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesi hakkında 20 No.'lu Genel Yorumunda söylendiği gibi, Özel Raportör Hükümetlere işkence yasağının sadece fiziksel acılara sebep olan eylemlerle ilgili olmadığını, ama ayrıca gözdağı ve diğer tehdit biçimleriyle mağdura zihinsel ıstırap veren eylemlerle de ilgili olduğunu hatırlatmak ister*" (§3). Raportör, "*fiziksel işkence tehdidinin kendisinin de işkence oluşturabileceğine*" işaret etmiştir (§7). Raportöre göre ayrıca, "*ölüm tehditleri gibi, mağdurun veya üçüncü bir kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik ciddi ve güvenilir tehditler, zalimane, insanlıkdışı*

veya aşağılayıcı muamele ve özellikle mağdur kanun adamlarının elinde bulunduğu zaman işkence bile oluşturabilir" (§8).

68. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Estrella – Uruguay* davasında (şikayet No. 74/1980) kabul ettiği Görüşünde, bir piyanist olan şikayetçinin "yıkıcı faaliyetlerini kabul etmeye zorlamak için, ağır fiziksel işkenceye ve ellerinin elektrikli testere ile kesileceği tehdidi gibi psikolojik işkenceye tabi tutulduğunu tespit etmiştir (§8.3). İnsan Hakları Komitesi şikayetçinin, Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesini ihlal eden bir işkenceye tabi tutulduğunu kabul etmiştir (ICCPR) (§ 10).

2. İşkence veya diğer yasak kötü muameleler sonucu elde edilen delillerin kabulü: dışlama kuralı

(a) Sözleşme'ye Taraf Devletler

69. Mahkeme'nin önündeki materyaller, Sözleşme'ye Taraf Devletlerde dışlama kuralının kapsamı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını göstermektedir.

(b) Diğer insan hakları izleme organları

70. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, işkence veya zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza (ICCPR md. 7) hakkında 30 Mayıs 1982 tarihli 7 No.'lu Genel Yorumunda şöyle demiştir:

"1. ... Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte yorumlanan 7. maddeden çıkan sonuca göre devletler, belirli bir kontrol sistemi vasıtasıyla etkili bir koruma sağlamak zorundadırlar. Kötü muamele konusundaki şikayetler yetkili makamlar tarafından etkili bir biçimde soruşturulmalıdır. Suçlu bulunanlar cezalandırılmalı; mağdur olduğunu iddia edenler, kendilerine tazminat ödenmesini sağlayacak yollar dahil, etkili hukuk yollarına sahip olmalıdırlar. Kontrolü etkili kılacak koruyuculardan bir tanesi de ... işkence veya Sözleşme'nin 7. maddesine aykırı diğer muameleler yoluyla elde edilen ikrarların veya diğer delillerin mahkemeler tarafından kabul edilmemesini sağlayan hükümlerdir. ..."

71. İşkence veya zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele

veya ceza hakkında 7 No.'lu Genel Yorumun yerine daha sona 10 Mart 1992 tarihli Genel Yorum geçirilmiştir. Bu Yorumda şöyle denmektedir:

"12. İşkence veya diğer yasak muamelelerle elde edilen ikrarların veya diğer ifadelerin bir davada delil olarak kabulünün kanun tarafından yasaklanması, Sözleşme'nin 7. maddesindeki ihlallerin caydırılması bakımından büyük önem taşır."

72. Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin uygulanmasını izleyen İşkenceye Karşı Komite, 11 Mayıs 1998 tarihli Almanya hakkında Sonuçlandırıcı Gözlemlerinde (doc. no. A/53/44) şu tavsiyede bulunmuştur: "Sözleşme'nin 15. maddesinin katı bir şekilde uygulanması için özen gösterilmeli ve doğrudan veya her türlü davada dolaylı olarak işkenceyle elde edilmiş bütün delillerin karar verecek olan yargıcın önüne gelmesi kesinlikle engellenmelidir" (bk. §193).

(c) Diğer devletlerin mahkemeleri tarafından verilen kararlar

73. Zehirli ağacın meyvesi doktirini olarak anılan, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerinin bir sonucu olarak öğrendikleri bilgilerin her hangi bir biçimde sanığın aleyhine olarak kullanılması yasağı, Amerika Birleşik Devletleri hukuk geleneğine derin bir şekilde kök salmıştır *(bk. örneğin, U.S. Supreme Court, no. 82-1651, Nix v. Williams, 11 Haziran 1984 tarihli karar, 467 U.S. 431 (1984), s. 441 vd.; U.S. Supreme Court, no. 82-5298, Segura v. United States, 5 Temmuz 1984 tarihli kararı, 468 U.S. 796 (1984), s. 796-97 ve 815; ve U.S. Supreme Court, no. 07-513, Herring v. United States, 14 Ocak 2009 tarihli kararı, 555 U.S. ... (2009), II. A. kısım ve diğer referanslar)*. Bu yasak, zorlamalı ikrarlarla elde edilen bilgiler için de geçerlidir *(bk. zorlamayla ilgili olarak U.S. Supreme Court, no. 50, Blackburn v. Alabama, 11 Ocak 1960 tarihli karar, 361 U.S. 199, s. 205-207, ve U.S. Supreme Court, no. 8, Townsend v. Sain, 18 Mart 1963 tarihli karar, 372 U.S. 293 (1963), s. 293 ve 307-309)*; bunun anlamı, eğer ikrar ek bir delil elde edilmesine yol açmışsa, ikrarla birlikte, bu delil de mahkeme tarafından kabuledilmez *(krş. yukarıda geçen Nix , s. 441, ve yukarıda geçen Segura, s. 804)*. Bununla birlikte bir delil ancak, hukuka aykırılığın delilin bulunmasında etkili bir neden olması

halinde, dışlanır. Bir başka deyişle, hukuka aykırı eylem "olmasaydı" delilin bulunamayacağı gösterilecek olursa, o delil dışlanır. Polisin hukuka aykırı eylemi ile delilin bulunması arasındaki bağlantı, kusuru dağıtacak kadar birbirinden uzak ise, dışlama kuralı uygulanmaz. Örneğin, polisin delili bulmak için bağımsız bir kaynağa dayanması halinde *(bk yukarıda geçen Nix, s. 441-44, ve yukarıda geçen Segura, s. 796-97, 804-05 ve 815'teki diğer referanslar)* veya bir anayasa hükmü ihlal edilmemiş olsaydı delil sonuçta ve kaçınılmaz olarak zaten bulunacak idiyse *(bk. yukarıda geçen Nix, s. 441-44)*, delil dışlanmaz.

74. Dışlama kuralı diğer hukuk düzenlerinde de uygulanmaktadır. Güney Afrika Yüksek Mahkemesi yakın tarihli 10 Nisan 2008'de *Mthembu v. The State* (case no. 379/2007, [2008] ZASCA 51) kararında şöyle demiştir:

"Özet: Suç ortağından işkenceyle alınan ifade (ve bu ifadeden ulaşılan maddi deliller) kabuledilemez ...

33. ... Hilux ve metal kutu, hırsızlık suçunda temyiz edene karşı iddia makamının önemli maddi delilleridir. Daha öncede söylediğim gibi, kural olarak bu delil dışlanamaz, çünkü bir anayasal hakkın ihlalinden bağımsız olarak mevcuttur. Fakat bunlar, Ramseroop'a polis tarafından işkence yapılması sonucu bulunmuşlardır. Bunların her halükarda bulunacakları ileri sürülmemiştir. Eğer ileri sürülmüş olsaydı, davanın sonucu farklı olabilirdi.

34. Ramseroop, işkencenin ardından evinde metal kutunun bulunmasından hemen sonra polise ifade vermiştir. Ramseroop'un daha sonra ifadesini iradi olarak vermiş görünmesi, Hilux ve metal kutu konusundaki ifadede yer alan bilginin işkenceyle alındığı gerçeğini değiştirmez. ... dolayısıyla, kendisine yapılan işkence ile mahkemeye sunulan delilin niteliği arasında çözülemez bir bağ vardır. İşkence, delili temizlenemez bir biçimde lekelemiştir. ...

36. Ramseroop'un Hilux ve metal kutuyla ilgili ifadesini delil olarak kabul etmek, polisin kendisinden bu konudaki bilgiyi elde etme tarzına gözlerimizi kapamamazı gerektirir. Daha da önemlisi bu, yargısal bir sürece 'ahlaki kirlenmişliği' karıştırmak anlamına gelir. Bu durum 'yargısal sürecin bütünlüğünden ödün ver-

mek olacak (ve) adalet teşkilatını itibarsızlaştıracaktır'. İşkenceyle alınmış ifadenin delil olarak kabulü, uzun dönemde ceza adalet sistemi üzerinde sadece çürütücü bir etkiye sahip olur. Bana göre kamu yararı, bu tür bir delilin yargılamanın adilliği üzerinde bir sonuç doğurup doğurmadığına bakılmaksızın, delilin dışlanmasını gerektirir.

37. Bütün bu gerekçelerle, Ramseroop'un Hilux ve metal kutuyla ilgili ifadesinin delil olarak kabuledilemez olduğu kanaatindeyim. ..."

KARAR GEREKÇESİ

I. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

75. Başvurucu 1 Ekim 2002 tarihinde polis sorgusu bağlamında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvurucu halen Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdurluk statüsü bulunduğunu iddia etmiştir. Bu madde şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

76. Hükümet ise bu görüşe karşı çıkmış ve başvurucunun artık Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini savunmuştur.

A. Başvurucunun mağdurluk statüsü

77. Sözleşme'nin 34. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Mahkeme, bu Sözleşmede ve Protokollerde beyan edilen haklarının bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerin,... yaptıkları başvuruları alabilir. ..."

78. Mahkeme, başvurucunun sorgulanması sırasında ne tür bir muamele gördüğünü ortaya çıkarmadan ve bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ağırlığını değerlendirmeden, başvurucunun başlangıçta Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sahip olduğu mağdurluk statüsünü daha sonra kaybedip kaybetmediği sorusuna yanıt veremeyeceğini belirtmiştir. Tüm bunlardan sonra yetkili makamların cevabı incelenebilir.

1. Tartışma konusu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığı

(a) Daire kararı

79. Daire, başvurucunun Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'nin talimatı üzerine polis E. tarafından J.'nin nerede olduğunu söylemesi için ağır acı verecek şekilde fiziksel şiddet kullanma tehdidinde bulunulduğunu kabul etmiştir. Daire, başvurucunun sorgulama sırasında yapıldığını iddia ettiği diğer tehditlerin veya fiziksel yaralamaların, makul kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Olayın içinde bulunduğu bütün koşulları göz önünde tutan Daire, bu şiddet tehdidini, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlıkdışı bir muamele olarak nitelendirmiştir.

(b) Tarafların görüşleri

(i) Başvurucu

80. Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde dedektif polis E. tarafından sorgulanırken, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan bir muameleye tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Dedektif polis E., eğer J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa, "hayatı boyunca hiç çekmediği dayanılmaz bir acı" vermekle tehdit etmiştir. Dedektif polis E. bu acının, bir helikopterle emniyete gelmekte olan ve özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından iz bırakmadan verileceğini söyleyerek tehdit etmiştir. Dedektif polis E., bu tehdidini güçlendirmek için bir helikopter pervanesinden çıktığı sanılan sesler dinletmiş ve işkence acısını grafikle ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır. Başvurucu o sırada somut adımların atılmaya başlandığını, çünkü daha sonra polis doktorunun da teyit ettiği gibi, işkence sırasında bilincini kaybetmesini veya işkencenin her hangi bir iz bırakmasını önlemek için işkence sırasında hazır bulunacağını söylediğini iddia etmiştir.

81. Başvurucu ayrıca, cinsel saldırıyla tehdit edildiğini, iki tane iri yarı "Zenci" ile aynı hücreye kapatılacağının ve bunların kendisine anal yoldan saldıracaklarının söylendiğini iddia etmiştir. Sorgulama sırasında kendisine fiziksel yaralar da verilmiştir. E. bir çok kez göğsünden kendisine vurmuş, çeşitli bereler oluşturmuş ve bir

keresinde kendisini itmiş ve kafasının duvara çarpmasına sebep olmuştur. Başvurucu bu iddialarını destekleyen 4 ve 7 Ekim 2002 tarihlerinde polis doktorları tarafından verilmiş iki rapor sunmuştur (bk. yukarıda parag. 21). Başvurucu bu olaydan sonra iradesine aykırı olarak Birstein'e götürüldüğünü ve cesedi bıraktığı yere doğru ağaçlıklı alanda ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığını ve polisin emriyle cesedin yerini tam olarak gösterdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Birstein'den dönerken diğer delillerin de yerini göstermeye zorlanmıştır. Başvurucu, J.'nin öldüğünü öğrendikleri halde polis tarafından tehdit edildiğini ve dolayısıyla sırf cezai soruşturmayı ilerletmek amacıyla kendini suçlandırmaya zorlandığını iddia etmiştir.

82. Başvurucu Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Sözleşme'nin özellikle 1 ve 15. maddelerine (bk. yukarıda parag. 64) atıfta bulunarak, ikrar elde edilmek üzere tabi tutulduğu muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

(ii) Hükümet

83. Hükümet, Daire önünde dediği gibi, başvurucunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Ancak Hükümet, başvurucunun sadece J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini vurgulamıştır. Hükümet başvurucuya cinsel saldırıda bulunulduğunu dair diğer tehditleri reddetmiştir. Hükümet, başvurucunun yaralarının söz konusu sorgulama sırasında sebebiyet verildiği ve Birstein'de ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddialarını da reddetmiştir. Başvurucunun cildindeki lezyonlar Frankfurt havaalanındaki yakalama sırasında oluşmuştur. Hükümet başvurucunun şimdiye kadar E.'nin göğsüne sadece bir kez vurduğunu ve başının duvara sadece bir kez çarpıldığını iddia ettiğini vurgulamıştır. Ulusal mahkemeler başka tehditlerin ve yaraların kanıtlanmadığını tespit etmişlerdir.

84. Hükümet ayrıca polisler D. ve E.'nin, yaşamı büyük risk altında olduğunu düşündükleri J.'nin yaşamını korumak için söz konusu sorgu yöntemlerine başvurduklarına işaret etmiştir. Hükümete göre bu polisler o sırada J.'nin aslında ölmüş olduğunu bilmiyorlardı.

(iii) Davaya katılanlar

(α) J.'nin anne babası

85. J.'nin anne babası Hükümetin görüşlerini benimsemişlerdir. J.'nin anne babası, başvurucunun köprücük kemiğinin altındaki yaralar dahil çeşitli yaralarının 1 Ekim 2002 tarihindeki sorgu sırasında meydana geldiğinin, şimdi ilk kez burada iddia edildiğine işaret etmişlerdir. Ancak başvurucu daha önce bu yaraları 30 Eylül 2002 tarihinde yakalanma sırasında meydana geldiğini kabul etmiştir. Bu kabul, başka şeylerin yanında,başvurucu aleyhindeki cezai soruşturma ve yargılamayı ele alan, kendisinin 2005 yılında yayımladığı kitabında yer almaktadır (*Allein mit Gott – der Weg zurück* ("Alone with God – The Way Back"), s. 57-61). Başvurucu, 30 Eylül 2002 tarihinde yakalama sırasında kendisine verilen yaraları göstermek için, kitabın "Yakalanma" başlıklı bölümüne polis doktoru tarafından verilen 4 Ekim 2002 tarihli sağlık raporunun (bk. yukarıda parag. 21) bir kopyasını koymuştur. Şimdi kendisi aynı raporu, yaraların sorgu sırasında verildiği iddiasını desteklemek üzere kullanmaktadır. Dolayısıyla kendisinin yaraları 1 Ekim 2002 tarihli sorguyla ilgili değildir.

(β) Redress Trust

86. Red Trust adlı kuruluş, özellikle *Yunanistan* davası (*1969) 12 Yearbook 170, s. 461*) ile *Akkoç – Türkiye* davasında (*no. 22947/93 ve 22948/93, §25 ve 116-17, ECHR 2000-X*) Sözleşme organlarının yaptıkları tespitlere dayanarak, belirli bir eylemin işkence oluşturabilmesi için, fiziksel yaralamaya sebebiyet verilmiş olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Zihinsel tahribatın kendisi de yaygın bir işkence biçimidir. Dahası Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı bir eylemle sırf tehdit etmenin bile, bu maddeyi ihlal edebileceğini teyit etmiştir (*katılan burada 25 Şubat 1982 tarihli Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık kararına, §26, Seri A no. 48 atıf yapmaktadır*). Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (bk. yukarıda parag. 66), BM İşkence Özel Raportörü (bk. yukarıda parag. 67) ve BM İnsan Hakları Komitesi (bk. yukarıda parag. 68) gibi değişik uluslararası organlar da, ağır fiziksel yaralama tehdidinin, olayın içinde bulunduğu şartlara ve ilgili kişi üzerinde yarattığı sonuca

göre, işkence veya diğer bir kötü muamele biçimi oluşturabileceğini belirtmişlerdir. Her halükarda, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından işkence ve diğer kötü muameleler arasında ayrım yapmak gereksizdir; çünkü Sözleşme'nin 3. maddesi, Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Sözleşme'nin 1, 15 ve 16. maddelerinden (bk. yukarıda parag. 64) farklı olarak, işkenceye benzer diğer yasak kötü muamele biçimlerine farklı hukuki sonuçlar bağlamamıştır. Redress Trust, diğerleri ile birlikte *Labita – İtalya* davasına *([BD], no. 26772/95, §119, ECHR 2000IV)* atıfta bulunarak, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olduğunu ve mağdurun tutumu veya olayın şartlarını dikkate alan her hangi bir sınırlama ve haklı gösterilebilecek bir hal bulunmadığını vurgulamıştır.

(c) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

87. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme'nin diğer maddelerinden farklı olarak, herhangi bir istisna hükmüne ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşme'nin 15(2). fıkrasına göre askıya alma hükmüne yer vermemektedir *(bk. Selmouni - Fransa [BD], no. 25803/94, §95, ECHR 1999-V; ve yukarıda geçen Labita kararı, §119)*. Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme'nin işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir *(bk. 15 Kasım 1996 tarihli Chahal – Birleşik Krallık kararı, §79, Reports of Judgments and Decisions 1996-V; ve yukarıda geçen Labita kararı, §119)*. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından başvurucunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur *(bk. V. – Birleşik Krallık [BD], no. 24888/94, §69, ECHR 1999-IX; Ramirez Sanchez – Fransa [BD], no. 59450/00, §116, ECHR 2006-IX; ve Saadi - İtalya [BD], no. 37201/06, §127, ECHR 2008...)*.

88. Bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruh-

sal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlıdır *(bk. 18 Ocak 1987 tarihli İrlanda – Birleşik Krallık kararı, §162, Seri A no. 25; ve Jalloh – Almanya [BD], no. 54810/00, §67, ECHR 2006-IX)*. Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik *(krş. inter alia, 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy – Türkiye kararı, §64, Reports 1996-VI; Egmez - Kıbrıs, no. 30873/96, §78, ECHR 2000XII; ve 30 Eylül 2004 tarihli Krastanov – Bulgaristan kararı, no. 50222/99, §53)*, ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği *(krş. örneğin yukarıda geçen Selmouni, §104; ve Egmez, §53)*, dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

89. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi 'insanlıkdışı' muamele olarak nitelendirmiştir *(bk. yukarıda geçen Labita, §120; ve yukrıda geçen Ramirez Sanchez, §118)*. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi 'aşağılayıcı' muamele olarak kabul etmiştir *(bk. inter alia, Keenan – Birleşik Krallık, no. 27229/95, §110, ECHR 2001-III, ve yukarıda geçen Jalloh, §68)*.

90. Belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verirken, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayrım yapılmış olmasına dikkat edilmelidir. Daha önceki davalarda da kaydedildiği gibi, Sözleşme'nin böyle bir ayrım yapmaktaki amacının, çok ağır ve zalimane ıstıraplara sebep olan kasdi insanlıkdışı muamelelere özel bir damga vurmak olduğu görülmektedir *(bk. yukarıda geçen İrlanda – Birleşik Krallık, §167; yukarıda geçen Aksoy, §63; ve yukarıda geçen Selmouni, §96)*. Muamelenin ağırlığının yanında, Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin işkenceyi bilgi elde etme, cezalandırma veya korkutma amacıyla ağır acı veya ıstırap veren ve kasden işlenen bir fiil olarak tanımlayan 1. maddesinde olduğu gibi, işkencede bir kasıt unsuru bulunur *(bk. yukarıda geçen Akkoç, §115)*.

91. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmanın da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddeye girebileceğini hatırlatır. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlıkdışı muamele oluşturabilir *(krş. yukarıda geçen Campbell ve Cosans, §26)*.

92. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracağı delilleri değerlendirirken, 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelerden de ulaşılabilir *(bk. yukarıda geçen Jalloh, §67; ve yukarıda geçen Ramirez Sanchez, §117)*. Mahkeme, özellikle bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair aklın alabileceği şekilde açıklama yapmanın devlete düştüğüne, devletin bunu yapamamasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir mesele doğuracağına karar vermiştir *(krş. 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi – Fransa kararı, §110, Seri A no. 241-A; 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch – Avusturya kararı, §34, Seri A no. 336; yukarıda geçen Aksoy, §61; ve yukarıda geçen Selmouni, §87)*.

93. Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğu zaman, Mahkeme çok titiz bir inceleme yapmalıdır *(bk. 2 Kasım 2006 tarihli Matko – Slovenya kararı, no. 43393/98, §100; ve 24 Temmuz 2008 tarihli Vladimir Romanov kararı, no. 41461/92, §59)*. Ancak iç hukukta bu konuda bir dava görülmüş ise, kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin işi olduğundan, Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir *(bk. Klaas – Almanya, 22 Eylül 1993, §29, Seri A no. 269; ve Jasar - "Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti", no. 69908/01, §49, 15 Şubat 2007)*. Mahkeme ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecek sağlam unsurların bulunması gerekir.

(ii) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

(α) Mahkeme'nin maddi olayları değerlendirmesi

94. Mahkeme, başvurucunun 1 Ekim 2002'de tabi tutulduğu muameleyi değerlendirirken, o sabah sorgunun yapıldığı sırada başvurucunun J.'nin nerede olduğunu söylememesi halinde, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'nin talimatları üzerine polis E. tarafından katlanılmaz acı vermekle tehdit edildiğinin taraflar arasında tartışmalı olmadığını kaydeder. Herhangi bir iz bırakmayacak olan bu muamele, bu amaç için özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından yapılacak olup, kendisi helikopterle Emniyet Müdürlüğüne gelmek üzeredir. Bu muamele tıbbi gözetim altında yapılacaktır. Gerçekten de bunun, Frankfurt Bölge Mahkemesi tarafından başvurucu aleyhindeki ceza davasında (bk. yukarıda parag. 26) ve polisler aleyhindeki ceza davasında (bk. yukarıda parag. 47) kanıtlandığı kabul edilmiştir. Polis soruşturma dosyasındaki D.'nin tuttuğu nota (bk. yukarıda parag. 47) ve D. aleyhindeki ceza davasında ulusal mahkemenin tespitlerine göre, D. bu tehdidi gerekirse 'gerçeği söyleten serum' yardımıyla gerçekleştirmeyi amaçlamış ve tehdidin gerçekleştirilmesinin yaklaştığı konusunda başvurucuya uyarıda bulunulmuştur.

95. Emniyet Müdür Yardımcısı D., son olarak başvurucuyu işkence ile tehdit etme emri vermeden önce, kendisine bağlı birim amirlerine başvurucuya gerekirse güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğinden, kendisinin emri spontane bir eylem olarak görülemez, bu eylemde açıkça kasıt unsuru vardır (bk. yukarıda parag. 47). Ayrıca başvurucunun sorgu odasında tutulu bulunduğu sırada kelepçeli olduğu (bk. yukarıda parag. 57) ve dolayısıyla korunmasız ve kısıtlı bir durumda bulunduğu anlaşılmaktadır. Ulusal mahkemelerin yaptıkları tespitleri ve önündeki materyalleri göz önünde tutan Mahkeme, J.'nin yaşamının kurtarılabileceğine inanan polislerin bu sorgulama yöntemine başvurduklarına ikna olmuştur.

96. Mahkeme, başvurucunun sorgulama sırasında fiziksel saldırı ve yaralama ile cinsel saldırıyla tehdit edildiğini de iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümetin karşı çıktığı bu iddiaların makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmış olup olmadığını değerlen-

dirirken, başvurucunun sunduğu tıbbi belgeleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucunun sorgu sırasında saldırı iddialarının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir. Bu belgeler, aslında başvurucunun göğsündeki bereleri tıbbı muayeneden önceki gün aldığını göstermektedir.

97. Bununla birlikte Mahkeme, başvurucunun yaralarının sebebine ilişkin Hükümetin açıklamaları yanında, J.'nin anne babasının bu noktadaki görüşlerini de kaydeder. Hükümet ile J.'nin anne babası, başvurucunun 2005'te yayımlanan kitabındaki beyanlarına dayanarak, başvurucunun cildindeki lezyonlar dahil aldığı bütün yaraların, yakalama işlemi yapılırken yüzüstü yatırıldığı sırada meydana geldiğini iddia etmişlerdir (bk. yukarıda parag. 13 ve 14). Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun ek iddialarının kanıtlanamadığını belirttiklerini kaydeder. Başvurucunun fiziksel yaralarını sorgu sırasında aldığını, en azından Mahkeme önünde iddia ettiği kadar, delilleri dinleyen ve değerlendiren ulusal mahkemeler önünde iddia etmediği anlaşılmaktadır (bk. yukarıda parag. 26). Dahası tıbbi belgeler, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir açıklama getirmemektedir (bk. yukarıda parag. 21).

98. Yukarıda anlatılanlar karşısında Mahkeme, başvurucunun sorgu sırasında fiziksel saldırılara ve yaralara ilişkin şikayetleri yanında cinsel istismar iddiasının, makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna varmaktadır.

99. Mahkeme ayrıca, başvurucunun Birstein'de ayakkabısız olarak odunlar üzerinde yürütülmek ve doğrudan cesedin bulunduğu yeri göstermeye ve diğer bulguları açıklamaya zorlanmak suretiyle Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümet bu iddialara da karşı çıkmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerine göre, başvurucunun sorgudan sonra J.'nin cesedini sakladığı gölete polislerle birlikte gelmeyi kabul ettiğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 17). Başvurucunun Birstein yolunda hazır bulunan polisler tarafından J.'nin cesedinin bulunduğu yeri tam olarak göstermesi için sözlü olarak tehdit edildiğine dair bir belirti yoktur. Ancak, başvurucunun Birstein'deki delilleri göstermesinin, Emniyet Müdürlüğünde yapılan tehditlere bağlı olup olmadığı veya ne ölçü-

de bağlı olduğu meselesi, Sözleşme'nin 6. maddesi altında karara bağlanması gereken bir meseledir. Tıbbi belgelerde başvurucunun ayak altlarında şişlikler ve su toplamaları bulunduğu belirtildiğinden, Mahkeme başvurucunun ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir (bk. yukarıda parag. 21). Ancak önlerindeki delilleri inceleyen ulusal mahkemeler, başvurucunun ulusal mahkeme önündeki davanın başlangıcında dile getirmediği bu iddiaları kanıtlanmış görmemişlerdir (bk. yukarıda parag. 26). Doktorların muayeneleri bu yaraların sebebini ortaya koymamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun bu konudaki iddialarının makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığını kabul etmemektedir.

100. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun J.'nin yerini söylemesini sağlamak için 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından, yukarıda 94-95. paragraflarda anlatıldığı şekilde dayanılmaz bir acıya tabi tutulmakla tehdit edildiğinin kanıtlandığını kabul etmektedir.

(β) Muamelenin hukuksal niteliği

101. Mahkeme, E.'nin başvurucuya yaptığı muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğinin Hükümet tarafından kabul edildiğini kaydeder. Ancak Mahkeme, başvurucunun işkence gördüğüne dair ciddi iddialarını ve Hükümetin başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybettiğine dair savunmalarını göz önünde tutarak, bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek kadar asgari bir ağırlığa sahip olup olmadığına ve eğer sahip ise nasıl nitelendirileceğine dair kendi değerlendirmesini yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu konuyla ilgili olarak kendi içtihatlarında gösterdiği faktörleri (bk. yukarıda parag. 89-91) dikkate alan Mahkeme, başvurucunun tabi tutulduğu muamelenin süresini, başvurucu üzerinde fiziksel ve zihinsel etkilerini, kasten yapılıp yapılmadığını ve bu muamelenin amacını ve yapıldığı bağlamı sırasıyla inceleyecektir.

102. Mahkeme, söz konusu muamelenin süresiyle ilgili olarak, kötü muamele tehdidi altında yapılan sorgunun yaklaşık 10 dakika sürdüğünü kaydeder.

103. Bu muamelenin fiziksel ve zihinsel etkileri konusunda Mahkeme, daha önce J.'nin bulunduğu yeri söylemeyen başvurucunun sakladığı çocuğun nerede olduğunu, tehdit altında ikrar ettiğini kaydeder. Bundan sonra başvurucu, soruşturma boyunca J.'nin ölümü hakkında ayrıntılı bilgi vermeyi sürdürmüştür. Bu durumda Mahkeme, başvurucunun sorgu sırasında uğradığı kasıtlı kötü muamele tehditlerinin gerçek ve yakın bir tehlike oluşturduğunu ve başvurucuda önemli ölçüde korku, elem ve ıstıraba sebep olmuş kabul edilebileceği kanaatindedir. Ne var ki başvurucu, bu muamelenin uzun süreli olumsuz psikolojik sonuçlar doğurduğunu gösteren tıbbi belgeler sunmuş değildir.

104. Mahkeme ayrıca, bu tehdidin spontane bir eylem olmadığını, fakat kasıt oluşturacak tarzda, hesaplanmış ve tasarlanmış bir eylem olduğunu gözlemlemektedir.

105. Mahkeme, bu tehdidin amacıyla ilgili olarak, J.'nin bulunduğu yer hakkında bilgi almak için başvurucunun kasten böyle bir muameleye tabi tutulduğuna ikna olmuştur.

106. Mahkeme ayrıca, başvurucunun kasıtlı ve yakın bir tehdide, kanun adamlarının gözetimi altındayken, anlaşılan kelepçeliyken ve tabii korunmasız bir durumdayken tabi tutulduğunu kaydeder. D. ve E.'nin devlet görevlileri olarak görevleri sırasında hareket ettikleri ve gerekirse tıbbi gözetim altında ve özel olarak eğitilmiş bir görevliyle tehdidi gerçekleştirmeyi düşündükleri açıktır. Dahası, D.'nin başvurucunun tehdit edilmesine ilişkin emri, spontane bir karar değildir, çünkü D., daha önce de birkaç kez bu emri verdiği halde astlarının bu emirlerine uymamalarından giderek daha fazla rahatsızlık duyduktan sonra, E.'ye bu emri vermiştir. Bu tehdit, J.'nin hayatının önemli ölçüde tehlikede olduğuna inanan polislerin yoğun bir baskı altında oldukları, giderek tansiyonun ve gerilimin yükseldiği bir ortamda meydana gelmiştir.

107. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesi ile Mahkeme'nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk

altında olsa bile, işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş olan Sözleşme'nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.

108. Başvurucunun tabi tutulduğu muameleyi karakterize eden faktörleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucudan bilgi almak için kendisine yapılan gerçek ve yakın bir tehdidin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek asgari ağırlık düzeyine ulaştığına ikna olmuştur. Mahkeme'nin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 1. maddesindeki tanıma atıfta bulunan kararlarına ve Redress Trust'ın atıfta bulunduğu uluslararası insan hakları izleme organlarının görüşlerine göre, işkence hem fiziksel ve hem de zihinsel ıstırabı kapsadığından, bir işkence tehdidi de işkence oluşturabilir. Özellikle fiziksel işkence korkusunun kendisi, zihinsel işkence oluşturabilir. Ancak belirli bir fiziksel işkencenin psikolojik işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele oluşturup oluşturmadığına dair nitelendirmenin, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara ve özellikle uygulanan baskının ağırlığına ve verilen ıstırabın yoğunluğuna bağlı olduğu konusunda geniş bir uzlaşma bulunduğu anlaşılmakta ve Mahkeme de böyle düşünmektedir. İşkence tespit ettiği olaylar ile başvurucunun olayını karşılaştıran Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun tabi tutulduğu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlıkdışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu, fakat işkence eşiğine ulaşmak için gerekli zalimlik düzeyine varmadığı kanaatindedir.

2. Başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybetmiş olup olmadığı

(a) Daire kararı

109. Daire, başvurucunun artık Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini kabul etmiştir. Da-

ire, ulusal mahkemelerin hem başvurucu aleyhindeki ceza davasında ve hem de polisler D. ve E. aleyhindeki ceza davasında, sorgulama sırasında E. tarafından başvurucuya yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini açıkça kabul ettiklerini tespit etmiştir. Ayrıca başvurucu bu ihlal nedeniyle ulusal düzeyde yeterince tatmin edilmiştir. Kendisine yapılan muameleye karışan iki polis mahkum edilip cezalandırılmışlar ve mesleki kariyerleri zarar görmüştür. Olayın içinde bulunduğu bu koşullarda, söz konusu mahkumiyetlerin, tazminat dışında bir tarzla yeterli bir giderim sağladığı düşünülmelidir. Ayrıca soruşturmada yasak yöntemlerin kullanılması, başvurucunun duruşma öncesinde verdiği ifadelerin yargılamada delil olarak kabul edilmemesi şeklinde bir yaptırımla sonuçlanmıştır.

(b) Tarafların görüşleri

(i) Başvurucu

110. Başvurucu Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdurluk statüsünü kaybetmediğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre ulusal mahkemeler Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmemişlerdir. Ulusal mahkemeler 3. maddeye sadece başvurucunun şikayetlerini ve başvurularını reddederken değinmişlerdir.

111. Başvurucu ayrıca, işkence yasağına aykırılığın yeterince giderilmediğini iddia etmiştir. D. ve E.'nin mahkum edilmelerinden kişisel bir kazancı olmamıştır; kaldı ki bu polislere çok az bir para cezası verilmiş, üstelik cezaları ertelenmiş ve kendilerine disiplin cezası bile verilmemiştir. Üstelik D. mahkumiyetten sonra terfi ettirilmiştir. Başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleden doğan zararlarının tazmini için idareye karşı açtığı dava, mahkemeler önünde hala devam etmekte olup henüz bir tazminat almamıştır. Başvurucu ayrıca, ancak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale (*status quo ante*) dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkumiyetini ve verilebilecek azami cezanın verilmesini

sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması giderim için yeterli değildir; çünkü bir kez maddi deliller kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir.

(ii) Hükümet

112. Hükümet Büyük Daire'den, başvurucunun mağdurluk statüsü bulunmadığına dair Daire'nin tespitini onaylamasını istemiştir. Üç Alman mahkemesi, yani başvurucuya karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi ile polislere karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmişlerdir. Bu mahkemeler insan onurunun dokunulmazlığını ve bir kimsenin yaşamı tehlikede olsa bile işkencenin yasak olduğunu vurgulamışlardır.

113. Hükümete göre başvurucu yeterli bir giderim elde etmiştir. İki polis ceza davasında mahkum edilmişler ve ceza almışlardır. Hükümet bir polis için zorlamada bulunma nedeniyle yargılanmanın ve mahkum edilmenin çok ciddi bir konu olduğunu vurgulamıştır. Dahası, her iki polis de görevlerinden uzaklaştırılmışlardır. Hükümet, başvurucunun henüz tazminat almadığını kabul etmiştir; ancak başvurucu ulusal mahkemeler önündeki tazminat davasını Mahkeme'ye başvuru yaptıktan sonra açtığından, iç hukuktaki bu davanın devam ediyor olmasının, mağdurluk statüsünün kaybıyla ilgili olarak dikkate alınamayacağını iddia etmiştir. Kaldı ki Frankfurt Bölge Mahkemesi sadece 1 Ekim 2002 tarihindeki ikrarı değil, ama aynı zamanda başvurucunun duruşma öncesinde polis, savcı ve bir yargıç önünde verdiği bütün sonraki ikrarlarını da dışlamıştır. Ancak başvurucu, önceki ikrarlarının delil olarak kullanılmayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra, duruşmanın ikinci gününde ve henüz her hangi bir delil ortaya koyulmadan önce yeni ve tam bir ikrarda bulunmuştur.

(iii) Katılanlar (Redress Trust)

114. Davaya üçüncü taraf olarak katılan Redress Trust, uluslararası içtihatlarda işkence veya diğer yasak kötü muamele olaylarında yeterli bir telafi için, hepsinin bir arada bulunması gerekmese de, özellikle şunların arandığını söylemiştir. İlk olarak, kötü muame-

leden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek bir soruşturma yapılmalıdır (*katılanın diğerleriyle birlikte, atıf yaptığı Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan kararı, 28 Ekim 1998, §102, Reports 1998VIII*). İkinci olarak devletler, işkence ve diğer yasak kötü muameleleri işleyenleri etkili bir şekilde cezalandıracak ve ileride yeniden suç işlemelerini önleyecek nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmakla yükümlüdürler (*katılan karşılaştırma için atıf yaptığı Nikolova ve Velichkova – Bulgaristan kararı, no. 7888/03, 20 Aralık 2007, §63*). Üçüncü olarak, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk yollarının bulunması da gerekir. Mahkeme'nin kendisini de sürekli olarak, ağır ihlal olaylarında sadece bir karar vermiş olmanın yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını söylemiş ve manevi tazminata hükmetmiştir (*katılan atıf yaptığı örneğin Selçuk ve Asker – Türkiye kararı, 24 Nisan 1998, §117-118, Reports 1998-II*). Dördüncü olarak, işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, gayri iradi biçimde verilmiş ikrarların dışlanması gerekir. Beşinci olarak, devlet yasak eylemin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır.

(c) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

115. Mahkeme, bir Sözleşme ihlaline karşılık giderim sağlamanın, ilk önce ulusal makamların görevi olduğunu hatırlatır. Başvurucunun iddia edilen ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorunu, Sözleşme organları önündeki yargılamanın her aşamasında gündeme gelebilir (*bk. diğerleri arasında, Siliadin – Fransa, no. 73316/01, §61, ECHR 2005-VII; ve Scordino – İtalya (no. 1) [BD], no. 36813/97, §179, ECHR 2006V*). Başvurucu lehine bir karar veya tedbir, kural olarak, ulusal makamlar açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme ihlalini kabul etmedikçe ve ihlale karşılık bir giderim sağlamadıkça, Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından başvurucunun 'mağdurluk' statüsünün kalkması için yeterli değildir (*bk. diğerleri arasında, Eckle – Almanya, 15 Temmuz 1982, §66, Seri A no. 51; Dalban – Romanya [BD], no. 28114/95, §44, ECHR 1999-VI; yukarıda geçen Siliadin, § 62; ve yukarıda geçen Scordino (no. 1), §180*).

116. Mahkeme, Sözleşme'deki bir hakkın ihlalini telafi etmek için uygun ve yeterli giderimin genel olarak, özellikle Sözleşme ihlalinin niteliği göz önünde tutularak, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğu kanaatindedir (*krş. yukarıda geçen Scordino (No. 1), §186*). Mahkeme, devlet görevlilerinin kasten Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamelede bulunduğu olaylarda yeterli bir giderim için, iki tedbirin gerekli olduğunu sürekli olarak söylemiştir. İlk olarak, devlet yetkilileri, sorumluların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapmış olmalıdırlar *(bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Krastanov, §48; Çamdereli – Türkiye, no. 28433/02, 17 Temmuz 2008, §28-29; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §79 ve 81)*. İkinci olarak, gerektiği taktirde başvurucuya tazminat ödenmeli *(bk. yukarıda geçen Vladimir Romanov, §79; mutatis mutandis, yukarıda geçen Aksoy, §98; ve (hem de 13. madde bağlamında) Abdülsamet Yaman – Türkiye, no. 32446/96, 2 Kasım 2004, §53)* veya en azından başvurucunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat isteyebilme ve alabilme imkanı bulunmalıdır (*krş. mutatis mutandis, 2. maddeyle ilgili olarak yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §56; ve Yeter – Türkiye, no. 33750/03, 13 Ocak 2009, §58*).

117. Tam ve etkili soruşturma konusunda Mahkeme, bir kimsenin, polis veya devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ağır bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki 'Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır' şeklindeki devletin genel yükümlülüğüyle birlikte yorumlandığında, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiğini hatırlatır *(bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Assenov ve Diğerleri, §102; yukarıda geçen Labita, §131; yukarıda geçen Çamdereli, §36-37; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §81)*. Bir soruşturmanın pratikte de etkili olabilmesi için, devletin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı uygulamaları cezalandıran hükümler koyması bir ön koşuldur (*krş. mutatis mutandis, M.C. – Bulgaristan, no. 39272/98, §150, 153 ve 166, ECHR 2003-XII; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §57; ve yukarıda geçen Çamdereli, §38*).

118. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin ulusal düzeyde giderimi için tazminat şartıyla ilgili olarak Mahkeme sürekli bir biçimde, tam ve etkili bir soruşturmanın yanında devletin gerekirse başvurucuya tazminat ödenmesine hükmetmesini veya en azından başvurucunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat istemesine ve elde etmesine imkan vermesini gerektirdiğini belirtmiştir (bk. atıflar için yukarıda parag. 116). Sözleşme'nin diğer maddeleri bakımından Mahkeme daha önce de, başvurucunun mağdurluk statüsünün, Mahkeme önünde şikayetçi olduğu maddi olaylar dikkate alınarak, ulusal düzeyde hükmedilen tazminat miktarına dayanabileceğini belirtme fırsatı bulunmuştur (*bk. Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili bir şikayet bakımından örneğin, Normann – Danimarka [k.k.], no. 44704/98, 14 Haziran 2001; ve yukarıda geçen Scordino (no. 1), §202; Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili bir şikayet bakımından Jensen ve Rasmussen, [k.k.], no. 52620/99, 20 Mart 2003*). Bu tespitler, kıyasen (*mutatis mutandis*), Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili şikayetlere de uygulanır.

119. Kasten kötü muamele olaylarında Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık, sadece mağdura tazminat ödenmesiyle telafi edilemez. Çünkü devlet görevlilerinin kasten kötü muamelede bulunmaları halinde yetkililer, sorumluların kovuşturmalarını ve cezalandırmalarını sağlamaksızın sadece tazminat ödemekle yetinecek olurlarsa, devlet görevlilerinin bazı hallerde kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını fiili bir cezasızlıkla istismar etmeleri mümkün olacak ve genel işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağı, temel bir öneme sahip olmasına rağmen, pratikte etkisiz kalacaktır (*bk. bir çok karar arasından yukarıda geçen Krastanov, §60; yukarıda geçen Çamdereli, §29; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §78*).

(ii) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

120. Mahkeme ilk önce, ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme'ye aykırılığı kabul etmiş olup olmadıklarını incelemelidir. Mahkeme bu bağlamda, Frankfurt Bölge Mahkemesinin başvurucu aleyhindeki ceza davasında 9 Nisan 2003 tarihinde verdiği kararda açıkça, başvurucudan ifade almak için kendisine acı verme tehdidinde bulunmanın sadece Ceza Muhakemesi Kanu-

nunun 136a maddesine göre yasak sorgu yöntemlerini kullanma oluşturmadığını, ama bu tehdidin ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun 136a maddesini destekleyen Sözleşme'nin 3. maddesini de göz ardı ettiğini söylediğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 26). Federal Anayasa Mahkemesi de, Bölge Mahkemesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin tespitine gönderme yaparak, başvurucunun insan onurunun ve tutulan kişileri kötü muameleye tabi tutma yasağının (Anayasanın 1. maddesi ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesi) göz ardı edildiğini gözlemlemiştir (bk. yukarıda parag. 42). Buna ek olarak Frankfurt Bölge Mahkemesinin polisleri mahkum eden 20 Aralık 2004 tarihli kararında, bu tür soruşturma yöntemlerinin gerekli bir eylem olarak haklı görülemeyeceğini, çünkü 'gerekliliğin', Anayasanın 1. maddesinde mutlak olarak korunan insan onurunun ihlali için bir savunma oluşturamayacağını, insan onurunun Sözleşme'nin 3. maddesinin de kalbinde yer aldığını belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 48). Bu durum karşısında, Daire'nin bu konudaki tespitlerine katılan Büyük Daire, bu mesele hakkında kendilerinden karar verilmesi istenen ulusal mahkemelerin açıkça ve hiç tartışmasız bir biçimde, başvurucunun sorgusunun Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul ettiklerine ikna olmuştur.

121. Mahkeme, ulusal makamların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle başvurucuya uygun ve yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadıklarını değerlendirirken, ilk olarak ulusal makamların sorumlular hakkında Mahkeme'nin içtihatlarına uygun bir şekilde tam ve etkili bir soruşturma yapıp yapmadıklarını belirlemelidir. Mahkeme daha önce bu konuda birkaç kriteri göz önünde tutmuştur. İlk olarak, yetkililerin sorumluları belirleme ve kovuşturmada kararlılıklarını değerlendirme açısından, etkili soruşturmada önemli faktörler, soruşturmanın sürati *(krş. diğeleri arasında, yukarıda geçen Selmouni, §78-79; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §59; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §85)* ile soruşturmanın gidişatıdır *(krş. Mikheyev - Rusya, no. 77617/01, 26 Ocak 2006, §109; ve Dedovskiy ve Diğerleri - Rusya, no. 7178/03, 15 Mayıs 2008, §89)*. Ayrıca yapılan soruşturmalar ve soruşturmaları izleyen ceza davası, uygulanan yaptırımlar ve verilen disiplin cezalarıyla birlikte, çok önemli olduğu kabul edilmiştir. Yürürlükteki yargı sisteminin

caydırıcı etkisi ve yargı sisteminden kötü muamele yasağı ihlallerinin önlenmesinde oynaması istenen rol, hayati bir öneme sahiptir (*krş. Ali ve Ayşe Duran – Türkiye, no. 42942/02, §62; yukarıda geçen, Çamdereli, §38; ve yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §60 vd.*).

122. Mahkeme, mevcut olayda polisler D. ve E. aleyhindeki ceza soruşturmalarının, başvurucunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanmasından üç dört ay kadar sonra açıldığını ve polislerin bu tarihten iki yıl kadar sonra nihai bir kararla mahkum edildiklerini kaydeder. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin diğer faktörlerin yanında davanın uzun sürmesini de göz önünde tutarak sanıkların cezalarını azaltmış olduğunu kaydetmekle birlikte (bk. yukarıda parag. 50), bu soruşturmaların ve ceza davasının Sözleşme'deki standartları karşılayacak kadar, yeterince süratli olduğunu kabule hazırdır.

123. Mahkeme ayrıca, polislerin başvurucuyu Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir şekilde sorgulamaları sırasındaki eylemleri nedeniyle, Alman Ceza Kanunu hükümleri gereğince, zorlama ve zorlamayı teşvik suçlarından suçlu bulunduklarını gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme, polislerin bu suçlar nedeniyle sadece çok az ve tecil edilen cezalarla cezalandırıldıklarını kaydeder. Mahkeme bu bağlamda, bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin (*bk. Öneryıldız – Türkiye [BD], no. 48939, §116; ve Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, §147, ECHR 2005-VII*) veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini hatırlatır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesine göre ve Sözleşme'nin hakları teorik veya görünüşte değil ama pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığı ilkesi uyarınca, devletin kendi egemenlik alanında bulunanların haklarını koruma yükümlülüğüne yeterince uymasını sağlamak zorundadır (*bk. yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §61*). Bundan çıkan sonuca göre Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamelelerine karşılık uygun yaptırmaları seçmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu kabul etmekle birlikte, gözetim fonksiyonunu sürdürmeli ve eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylara müdahale etmelidir. Aksi taktirde devletin etkili bir soruşturma yapma gö-

revi anlamını büyük ölçüde kaybedecektir (*bk. yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §62; krş. ayrıca yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran, §66*).

124. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin D.'nin ve E.'nin cezalarını karara bağlarken çeşitli hafifletici sebepleri dikkate almış olmasını gözden kaçırmamaktadır (bk. yukarıda parag. 50). Mahkeme bu davanın, keyfi ve vahşice eylemlerde bulunan devlet görevlilerinin bu eylemleri gizlemeye çalıştığı ve Mahkeme'nin infaz edilebilir bir hapis cezası verilmesinin daha uygun olacağını düşündüğü diğer bazı davalarla (*krş. örneğin yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §63; ve yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran, §67-72*) karşılaştırılabilir olmadığını düşünmektedir. Bununla birlikte, birine günlüğü 60 Euro'dan 60 gün ve diğerine günlüğü 120 Euro'dan 90 gün karşılığı sembolik para cezaları verilmesi ve daha sonra bu cezaların ertelenmesi, davalı devletin cezalandırma pratiğine uygun olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için yeterli bir karşılık olarak görülemez. Sözleşme'nin çekirdek haklarından birinin ihlaliyle açıkça orantısız olan böyle bir ceza, gelecekte zor durumlarda kötü muamele yasağının ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip değildir.

125. Mahkeme, verilen disiplin cezalarıyla ilgili olarak, hem D. ve hem de E.'nin soruşturma ve yargılama sırasında, suçların soruşturulması ile doğrudan ilgili olmayan birimlere nakledildiklerini kaydeder. D. daha sonra, Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanlığına atanmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamele ile suçlandıkları zaman, soruşturma veya yargılama sırasında görevlerinden alınmalarının ve mahkum edilmeleri halinde meslekten çıkarılmalarının önemli olduğunu defalarca belirttiğini hatırlatır (*bk. örneğin yukarıda geçen Abdülsamet Yaman, §55; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §63; ve yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran, §64*). Mahkeme bu davadaki olayların, yukarıda belirtilen davalardaki olaylarla karşılaştırılabilir olmadığını kabul etmiş olsa da, yine de D.'nin daha sonra bir polis biriminin başına atanmış olmasının, yetkililerin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın ağırlığına yeterince karşılık verip vermedikleri konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu tespit eder.

126. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin ulusal düzeyde tazminat ödenmesi suretiyle telafi edilmesi konusunda ise Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak uğradığı zararlara karşılık tazminat almak üzere başvurduğunu kaydeder. Ancak başvurucunun tazminat davası için adli yardım başvurusunun üç yıldır halen devam ettiği, henüz bir duruşma yapılmadığı ve talebin esasıyla ilgili bir hüküm verilmediği anlaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin ağırlığını dikkate alarak, pratikte manevi zararlara karşılık Sözleşme'nin 41. maddesine gereğince tazminata hükmettiğini belirtir (*bk. diğer kararlar arasında, yukarıda geçen Selçuk ve Asker, §117 ve 118*).

127. Her halükarda Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etkili olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatindedir. Özellikle tazminat davasındaki aşırı gecikme, hukuk yolunu etkisiz kılacaktır (*krş. Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'makul süre' şartına uymama nedeniyle tazminat davası bakımından yukarıda geçen Scordino (No. 1), §195*). Mahkeme, başvurucunun talebinin esası hakkında ulusal mahkemelerin üç yıldan fazla bir süredir karar vermemiş olmalarının, mevcut olayda tazminat davasının etkililiği konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu tespit eder.

128. Mahkeme ayrıca başvurucunun, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin, ancak bu maddenin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen bulguların yargılama sırasında dışlanmasıyla telafi edilebileceğini ileri sürdüğünü kaydeder. Mahkeme, kendi içtihatlarının mevcut halinde, bir davalı devletin görevlilerinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden kötü muamele olaylarında devletin ulusal düzeyde yeterli bir giderim sağlayabilmek için soruşturma ve tazminat şartlarına uymasının hem gerekli ama hem de yeterli olduğuna kanaat getirdiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 116-119). Ne var ki Mahkeme ayrıca, Sözleşme'deki bir hakkın ihlalini telafi için hangi giderim tedbirinin uygun ve yeterli olduğu meselesinin, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu tespit etmiştir (bk. yukarıda parag. 116). Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvurucu hakkındaki bir ceza davasında

kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymamıştır.

129. Ancak mevcut olayda Mahkeme'nin bu mesele hakkında karar vermesi gerekli değildir. Mahkeme'nin bu aşamada, soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle sorgulamanın başvurucunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığını incelemesi gerekmez. Yukarıda yaptığı tespitler ışığında Mahkeme, her halükarda ulusal makamlar tarafından alınan farklı tedbirlerin, kendisinin içtihatlarında ortaya koyulan giderim şartını tam olarak karşılamadığı kanaatindedir. Bu nedenle davalı devlet, başvurucuya Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden muamele için yeterli bir giderim sağlamamıştır.

130. Buradan çıkan sonucu göre, başvurucu hala Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında 3. maddenin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia edebilir.

B. Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluk

131. Mahkeme, başvurucunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanırken, J.'nin yerini söylemesi için işkence ile tehdit edildiğini ve bu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan insanlıkdışı muamele oluşturduğu şeklinde yukarıdaki tespitlerine (bk. §94-108) göndermede bulunur.

132. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

133. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiye sadece kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen delilin kabul edilmesinin ve kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Herkes, ... hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, ... adil ... olarak yargılanma hakkına sahiptir. ...

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgari şu haklara sahiptir: ...

(c) kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma ..."

A. Büyük Daire önündeki davanın kapsamı

134. Başvurucu Büyük Daire önünde ayrıca, 1 Ekim 2002 tarihinde aleyhindeki deliller toplanıncaya kadar bir müdafi ile görüşmesinin kasten engellendiğini söylemiştir. Mahkemenin içtihatlarına göre Büyük Daire önüne getirilen 'dava', Daire tarafından kabuledilebilir bulunmuş olan başvurudur *(bk. diğerleri arasında, K. ve T. – Finlandiya [BD], no. 36590/97, §141, ECHR 2001-VII; Göç – Türkiye [BD], no. 36590/97, §36, ECHR 2004XI; Cumpana ve Mazere [BD], no. 33348/96, §66, ECHR 2004XI)*. Daire 10 Nisan 2007 tarihli kararında, başvurucunun müdafi ile görüşmeyle ilgili şikayeti bakımından Sözleşme'nin 35(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde iç hukuk yollarını tüketmediğini tespit ettiğinden, Büyük Daire'nin bu konuyu inceleme yetkisi yoktur.

B. Hükümetin ilk itirazı

135. Hükümet, başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesi altındaki diğer şikayetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümete göre başvurucu, aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesi ve yasak yöntemlerle soruşturma sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmaması konusundaki şikayetlerini ulusal mahkemeler önünde gereği gibi dile getirmemiştir.

1. Daire kararı

136. Daire bu itirazı Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetin esasıyla birleştirerek incelediğinden ayrıca karar vermeyi gerekli görmemiş ve 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (bk. Daire kararı, parag. 86).

2. Tarafların görüşleri

(a) Hükümet

137. Hükümet, Daire önündeki yargılamada ileri sürdüğü gerekçeleri Büyük Daire önünde de ileri sürerek, başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümet ilk olarak, başvurucunun aleyhindeki ceza yargılamasının adil olmadığı, çünkü kendisine karşı yapılan tehditler nedeniyle muhakemenin devam etmemesi gerektiği iddiası konusunda, Federal Anayasa Mahkemesinin başvurucunun anayasal şikayetini yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulduğunu söylemiştir. Hükümete göre, Anayasa hukukunun niçin sadece polisin yaptığı sorgulama sırasında verdiği ifadenin dışlanmasını gerektirmekle kalmayıp, aynı zamanda muhakemenin devam ettirilmemesini de gerektirdiğini açıklamak başvurucuya düşer.

138. İkinci olarak başvurucu, belirli bulguların kabuledilebilir bulunmaması talebinin reddedilmesi konusundaki şikayetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edildiği gibi başvurucu, Federal Adalet Mahkemesi önündeki yargılamada usul kurallarının gerektirdiği şekilde, muhakemenin devam ettirilmemesi başvurusundan tamamen ayrı olarak Birstein'ın de bulunan delilin kullanılmasıyla ilgili bir itirazda da bulunduğunu ayrıntılı bir şekilde ortaya koymamıştır. Federal Savcının başvurucunun yaptığı temyizin kapsamını değerlendirirken, başvurucunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasının ihlalini iddia etmediği şeklindeki 9 Mart 2004 tarihli beyanı, başvurucu tarafından düzeltmemiştir.

(b) Başvurucu

139. Başvurucu bu görüşe karşı çıkmış ve iç hukuk yollarını tükettiğini iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyiz başvurusunda, delillerin toplanma tarzı nedeniyle ceza muhakemesinin devam etmemesini amaçlayan çok geniş bir başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun bu geniş başvurusu, kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin kabuledilebilirliğinin dar yorumlanmasını da içermektedir. Başvurucu temyiz dilekçesine, 9 Nisan 2003 tarihli ön başvurularının

kopyalarını da eklemiştir. Başvurucunun temyiz başvurusu gerekçe gösterilmeden Federal Adalet Mahkemesi tarafından redddedilmiştir.

140. Başvurucu ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesine daha sonra yaptığı şikayette iddiasını bütünüyle kanıtladığını savunmuş, bu mahkemenin başlıca kararlarına atıflarla muhakemenin devam etmemesi ve söz konusu bulguların dışlanması taleplerinin reddedilmesinin nasıl olup da Anayasanın 1 ve 104. maddelerindeki haklarını ihlal ettiği konusunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

141. Hükümet daha önce Daire önünde başvurunun kabuledilebilirliğiyle ilgili cevap dilekçesinde aynı itirazlarda bulunduğu için (bk. Daire kararı, parag. 84), Büyük Daire de Mahkeme İçtüzüğünün 54 ve 55. maddelerine göre ilk itirazları inceleme yetkisine sahiptir *(bk. N.C. – İtalya [BD], no. 24952/94, §44, ECHR 2002-X; Azinas - Kıbrıs [BD], no. 56679/00, §32 ve 37, ECHR 2004III; ve Sejdovic - İtalya [BD], no. 56581/00, §41, ECHR 2006-II)*.

142. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin amacının Sözleşmeci Devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlaller henüz Mahkeme önünde ileri sürülmeden önce, bu ihlalleri önleme ve düzeltme imkanı vermek olduğunu hatırlatır (*bk. diğerleri arasında, Civet – Fransa [BD], no. 29340/95, §41, ECHR 1999VI*). Sözleşme'nin 35(1). fıkrası belirli bir esneklikle ve aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır; ama bu fıkra başvuruların, sadece yetkili ulusal mahkemelere yapılmasını ve verilmiş olan kararlara karşı başvuru için düzenlenmiş olan etkili hukuk yollarına başvurulmuş olmasını gerektirmez. Ama ayrıca, daha sonra Mahkeme önüne getirilmesi düşünülen şikayetleri, iç hukukta belirlenen şekil şartlarına ve süre kurallarına uygun olarak, en azından özü itibarıyla bu mahkemeler önünde ileri sürülmüş olmasını gerektirir (*bk. diğer kararlar arasında, 19 Mart 1991 tarihli Cardot – Fransa kararı, §34, Seri A no. 200; ve 13 Kasım 2003 tarihli Elçi ve Diğerleri – Türkiye kararı, no. 23145/93 ve 25091/94, §604 ve 605*).

143. Sonuç olarak, başvurucunun yaptığı bir usul hatası nedeniyle üst başvurusunun kabul edilmemesi halinde, iç hukuk yolları tüketilmiş olmaz. Ancak, başvurucu iç hukukta öngörülen şekil kurallarına uymamış olmasına rağmen yetkili makam yine de üst başvuruyu esastan incelemiş ise, artık iç hukuk yollarının tüketilmediğine karar verilemez (*krş. diğerleri arasında Mitropolia Basarabiei Si Exarhatul Plaiurilor ve Diğerleri – Moldava (k.k.), no. 45701/99, 7 Haziran 2001; Skałka – Polonya (k.k.), no. 43425/98, 3 Ekim 2002; Jalloh – Almanya (k.k.), no. 54810/00, 26 Ekim 2004; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §52*).

144. Mahkeme, başvurucunun kendisinden alınan ikrarların doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmiş olması nedeniyle aleyhindeki ceza davasının adil olmadığından şikayet ettiğini gözlemlemektedir. Başvurucu bu meseleyi, özellikle Bölge Mahkemesine 9 Nisan 2003 tarihinde yaptığı ön başvurularında özel olarak dile getirmiş ve hukuka aykırı yöntemlerle ifade alındığı için soruşturma makamları tarafından öğrenilen bulguların ceza davasında kullanılmamasına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir (bk. yukarıda parag. 25). Mahkeme, başvurucunun Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyizde, söz konusu başvuruya atıfta bulunduğunu ve mahkemenin verdiği kararın bir kopyasını sunduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 37). Fedaral Adalet Mahkemesi başvurucunun temyizini gerekçe göstermeden temelsiz bularak reddetmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, içtihatların gereklerine uygun olarak, başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetini özü itirabarıyla Fedaral Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmüş olduğuna ikna olmuştur. Ayrıca Mahkeme, Federal Savcının başvurucunun temyizinin kapsamına dair muhtemelen farklı yorumunun Federal Adalet Mahkemesi tarafından benimsenmiş olup olmadığı konusunda bir spekülasyonda bulunamaz. Başvurucu, Federal Anayasa Mahkemesi önünde de, soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olmasının elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılmamasını gerektirdiğini iddia etmiş olduğundan (bk. yukarıda parag. 40), Mahkeme başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetini ulusal mahkemeler önündeki bütün bir yargılama boyunca ileri sürmüş olduğunu kabul eder.

145. Mahkeme ayrıca, başvurucunun bunlara ek olarak, Bölge Mahkemesi, Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi önünde, kendisi aleyhindeki ceza davasının devam etmemesi gerektiğini, çünkü soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanıldığını iddia ettiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 24, 37 ve 40). Başvurucunun bu talebi, yukarıda belirtilen (bk. parag. 144) başvurusuyla birlikte, soruşturma aşamasında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delilin yargılama sırasında kullanılmasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Federal Anayasa Mahkemesi başvurucunun şikayetini yeterince kanıtlayamadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur. Ancak Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararında, polisin soruşturma aşamasında başvurucuya acı verme tehdidinin, Anayasada yer alan insan onurunu ve başvurucuyu kötü muameleye tabi tutma yasağını ihlal ettiğinin kabul edildiğini kaydeder. Anayasa Mahkemesi ayrıca, soruşturma sırasında anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olması nedeniyle oluşan usul sakatlığının, tehdit altında verilen ifadelerin ceza mahkemeleri tarafından yargılamadan dışlanması suretiyle yeterince düzeltiğini ve ayrıca ceza davasına devam edilmemesini gerektirmediğini söylemiştir (bk. yukarıda parag. 42-44). Mahkeme bu gözlemler sonucunda, başvurucunun aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesiyle ilgili anayasa şikayetinin en azından kısmen özü itibarıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği kanaatindedir. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı da kabul edilemez.

146. Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği ihlalleri düzeltme fırsatının ulusal mahkemelere verildiğini tespit eder ve Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varır.

C. Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk

1. Daire kararı

147. Daire, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Daire, soruşturma sürecinde yasak yöntemlerle sorgulamanın devam eden etkisi nedeniyle, başvurucunun yargılama öncesinde soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin Bölge Mah-

kemesi tarafından kullanılmadığını gözlemlemiştir. Ancak ulusal mahkeme, başvurucudan alınan ifadelerin dolaylı bir sonucu olarak elde edilen bazı bulguları kullanmıştır. Daire, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı vasıtalarla alınan bir ikrarın meyvesi olarak elde edilen bulguların kullanılmasının, tıpkı ikrarın kendisinin kullanılmasında olduğu gibi, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkaracağına dair güçlü bir karine bulunduğu kanaatindedir. Ancak olayın özel şartları içinde başvurucunun mahkumiyeti için asıl temel, yargılama sırasında verdiği yeni ikrar olmuştur. Tartışma konusu maddi deliller (real evidence) dahil olmak üzere diğer bulgular, sadece bir yan (accessory) delil niteliğinde olup, sırf ikrarın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılmışlardır.

148. Daire, tartışma konusu bulguların kabulü karşısında, başvurucunun duruşmada ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığına ikna olmamıştır. Başvurucu avukat yardımı aldığı iç hukuktaki davada, pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmayı istemiştir. Yargılama sırasında ikrarların farklılaşmış olması, savunma stratejisinin değiştiğini göstermektedir. Başvurucu ayrıca, yargılama sırasında tartışma konusu maddi delile itiraz etme imkanı bulmuştur. Daire, Bölge Mahkemesinin bu delili kabul etmeye karar verirken bütün menfaatleri tartma imkanı bulduğunu kabul etmiştir.

149. Bu unsurlar karşında Daire, tartışma konusu bulguların kullanılmasının, başvurucunun yargılanmasını bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirmediği sonucuna varmıştır.

2. Tarafların görüşleri

(a) Başvurucu

150. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen maddi delillerin kabul edilmesinin, ceza davasını Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal eder hale getirdiğini ileri sürmüştür. Bu deliller bir kez kabul edilince, artık savunma hakkından bütünüyle yoksun bırakılmıştır. Başvurucu ayrıca, kendini suçlandırmama ilkesiyle sağlanan korumadan da yoksun kalmıştır. Başvurucu, Birstein'da ve Birstein'dan dönerken bulunan delillerin, kendisini bunların nerede olduklarını göstermeye zorlayan polisin emriyle elde edil-

diklerini iddia etmiştir. J.'nin cesedini gizlediği yere doğru ağaçlar arasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlanmıştır. Cesedi gizlediği yere doğru gidişi ve sonra cesedi bulması sırasında video kaydının yapılmış olmas, Birstein'deki olayların çocuğu kurtarmakla ilgili değil, ama mahkumiyetini sağlamayı amaçlayan bir delil bulmakla ilgili olduğunu göstermektedir.

151. Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin mahkumiyet kararının verilmesinde sadece birer yan delil değil, ama belirleyici deliller olduklarını iddia etmiştir. Başka isnadlarda bulunulabileceği halde, nitelikli öldürme isnadında bulunabilmek ve bu suçtan mahkum edebilmek için, ikrar sonucu el edilen kendini suçlandırıcı deliller mutlaka gerekliydi. O sırada polisi bu delile götüren başkaca temiz bir yolun bulunduğu varsayımı geçerli değildir. Polisin bunları başka bir yoldan bulup bulamayacağı, tamamen bir spekülasyondur.

152. Başvurucuya göre, ilk derece mahkemesi yargılamanın hemen başında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillerin dışlanması talebini reddettiği için, bu noktadan itibaren yargılamanın sonucu önemli ölçüde belirlenmiştir. Artık bundan sonra susma hakkına dayanma veya J.'nin kazaen öldüğünü iddia etme veya cezanın hafifletilmesi umuduyla ilk aşamada tam bir ikrarda bulunma gibi savunma stratejileri etkisiz hale gelmiştir. Başvurucu, duruşmanın ikinci gününde sadece kısmen ikrarda bulunmuş ve dışlanmasını istediği bulguların duruşmada sunulmasından sonra yargılamanın sonunda J.'yi kasten öldürdüğünü kabul etmiştir. Gerçekten de, iddia makamı ve savcı yardımcıları cezanın hafifletilmesi ihtimaline karşı çıkarken, kendisinin zaten kanıtlanmış olan şeyleri ikrar ettiğine işaret etmişlerdir.

153. Ayrıca başvurucuya göre, sorgulama yöntemi ister işkence isterse insanlıkdışı muamele olsun, Sözleşme (başvurucu burada özellikle Mahkeme'nin yukarıda geçen Jalloh kararına atıf yapmaktadır) ve uluslararası kamu hukuku kuralları (ICCPR md. 14 ve BM İşkenceye karşı Sözleşme md. 15 ve 16), işkence ve insanlıkdışı muamele mutlak yasağı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bütün delillerin dışlanmasını gerektirmektedirler. Ulusal mahkemelerin ve Dairenin görüşlerinin aksine, Sözleşme'nin 3. maddesindeki

mutlak hakkın korunması, mahkumiyete varılması gibi yararlarla dengelenemez, dengelenmemelidir. Söz konusu delillerin dışlanması, kural olarak, işkence ve kötü muamele içeren bütün teşviklerin ortadan kaldırılması ve uygulamada bu tür davranışların önlenmesi için zorunludur.

(b) Hükümet

154. Hükümet ise Büyük Daire'den, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine dair Daire kararını onaylamasını istemiştir. Hükümet, söz konusu delilin elde edilme tarzıyla ilgili olarak, başvurucunun Birstein'de veya dönüş sırasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı veya başkaca tehditlere tabi tutulduğu iddiasını reddetmiştir.

155. Hükümet, Bölge Mahkemesinin yargılamanın başlangıcında Birstein'da bulunan söz konusu bulguları davada delil olarak kullanmaya karar verdiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte başvurucu, mahkeme önünde susabileceği veya yalan ifade verebileceği halde, suçun sorumluluğunu üzerine almak istediği için yargılama sırasında pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmak istediğini söylemiştir. Hükümete göre başvurucu, dava mahkemesinin kendisine haklarını hatırlatmasından sonra duruşmanın ikinci günü ikrarda bulunmuş olup, bu ikrardan anlaşıldığına göre J.'yi kasten öldürmüştür. Duruşmadaki ilk ikrarı ile ikinci ikrarı arasında fark küçük olup, ilk ikrarında sadece J.'yi öldürmenin başlangıçta kendi planının bir parçası olduğu kabulüne yer vermemiştir. Bu ek kabul öldürmenin kanıtlanması konusunda gerekli bir unsur değildir.

156. Hükümet başvurucunun mahkumiyetinin yargılama sırasında iradi olarak verdiği ikrara dayandığını vurgulamıştır. J.'nin cesedi ve ceset üzerinde yapılan otopsi raporu ile göletin yakınındaki başvurucunun arabasının tekerlek izleri gibi, Birstein'e gidişten sonra elde edilen bulgular yan delil niteliğinde olup, sadece başvurucunun duruşmada verdiği ikrarın doğruluğunu test etmek için kullanılmışlardır. Bu, başvurucuyu mahkum eden Bölge Mahkemesi kararında açıkça söylenmiştir.

157. Hükümet, Sözleşme'nin 6. maddesinin delillerin kabuledilebilirliği konusunda her hangi bir kural getirmediğini, bu meselenin

esas itibarıyla ulusal hukukların bir düzenleme konusu olduğunu kaydetmiştir. Hükümet, Sözleşme'ye göre bir katile karşı ceza kanununu uygulamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Çocuk kaçıran bir katilin mahkum edilmesinde çok büyük bir kamu yararı vardır. Hükümet ayrıca, "zehirli ağacın meyvesi"nin kullanılmasının yasaklanmasında çok ileriye giden Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin içtihadının da çok dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin *Nix v Williams* (11 June 1984 (467 U.S. 431) adlı öncü kararında (bk. yukarıda parag. 73), usule aykırı bir soruşturmadan sonra bulunan ceset, olayın şartları içinde her halükarda bulunacak idiyse, cesedin delil olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Mevcut olayda da durum böyledir; J.'nin cesedi başvurucunun daha önce gittiği bir yerde saklanmış olup, ceset er ya da geç bulunacaktı.

(c) Katılanlar

(i) J.'s anne babası

158. J.'nin anne babasına göre, başvurucunun yargılanması sırasında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri yerine getirilmiştir. Başvurucu duruşmada hiçbir zaman ikrara zorlandığını söylememiş, fakat mağdurun ailesine saygısı nedeniyle ve serbestçe ifade vermekte olduğunu tekrarlamıştır. J.'nin anne babası, başvurucunun duruşmanın ikinci gününde J.'yi kaçırmadan önce öldürmeyi planlamadığını inkar etmekle birlikte, J.'yi boğarak öldürdüğünü ikrar ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucu daha sonraki ifadesinde çocuğu daha en başta öldürmeyi planladığını kabul etmiştir.

159. J.'nin anne babası ayrıca, başvurucunun hazırlık soruşturması aşamasındaki beyanlarının dışlanmış olmasının ardından kendisine susma ile ikrarda bulunma arasında tercih imkanı verildiğini ve her şeyin olduğu gibi ortaya çıkmış olmadığını söylediğini vurgulamışlardır. Başvurucu, dava mahkemesinin hükmü üzerinde hafifletici bir etkisi olmayacağının farkında olduğu halde, tam ve serbestçe ikrarda bulunduğunu iddia etmiştir. Daha sonra başvurucu tarafından çıkarılan (*Alone with God – The Way Back*) adlı kitapta, duruşmadaki ikrarına polisteki sorgusunun sebep olduğunu ima

eden her hangi bir söz yoktur. Başvurucu bu kitapta, duruşmada yeni bir ikrarda bulunmasının saikiyle ilgili olarak, pişmanlığını ifade etmek istediğini tekrarlamıştır. Böylece başvurucu, ikrarının alacağı ceza üzerinde bir etkisinin olmama riskine rağmen, bu risk gerçekleşmiştir, eylemlerini bütün ayrıntılarıyla anlatmıştır.

(ii) Redress Trust

160. Redress Trust, işkence veya kötü muameleyle elde edilen delillerin kabul edilmesini yasaklayan dışlama kuralının (exclusionary rule) varlık nedeninin şu noktalara dayandığını söylemiştir: (i) işkence sonucu elde edilen ifadenin güvenilir olmaması; (ii) işkencenin uygar değerlere tecavüz etmesi; (iii) dünyanın her yerinde işkenceyi teşviki ortadan kaldırma amacına sahip bir politika bulunması; (iv) temel hakların korunmasını sağlama gereği; (v) yargılama sürecinin bütünlüğünü koruma gereği.

161. İşkence veya insanlıkdışı muameleyle elde edilen ifadelerin bir davada delil olarak kabulü, bir çok uluslararası belge tarafından yasaklanmıştır. Redress Trusta'a göre, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin özellikle 15. maddesi biraz daraltmış olmasına rağmen (bk. yukarıda parag. 70), dışlama kuralının sadece ikrarları değil ama aynı zamanda işkence altında alınan bir ifadenin sonucu olarak bulunan türev delilleri de kapsadığı savunulabilir. Örneğin BM İnsan Hakları Komitesi 30 Mayıs 1982 tarihli Genel Yorumunda (No. 7), işkence yasağının etkili bir şekilde kontrol edilebilmesi için, hem ikrarların ve hem de işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ile elde edilen diğer delillerin yargılama sırasında kabuledilemez görülmesinin büyük önemi bulunduğunu söylemiştir (bk. yukarıda parag. 70). Güney Afrika Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin 10 Nisan 2008 tarihli *Mthembu v. The State* kararına göre de, işkenceden türetilen maddi deliller dahil, işkenceyle elde edilen delillerin herhangi bir şekilde kullanılması, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirir (bk. yukarıda parag. 74). Bu, diğer kötü muamele biçimlerine de uygulanmalıdır. Mahkeme'nin *Jalloh* (§99 ve 104-107) ile *Harutyunyan* (no. 36549/03, §63) kararları da aynı yöne işaret etmektedirler.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

162. Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince kendi görevinin, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'ye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu hatırlatır. Bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hatalar, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça, bu hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği konusunda bir hüküm getirmemiştir; bu mesele öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusudur (*bk. Schenk – İsviçre, 12 Temmuz 1988, §45-46, Seri A no. 140; Teixeira de Castro – Portekiz, 9 Haziran 1998, §34, Reports 1998IV; ve Heglas – Çek Cumhuriyeti, no. 5935/02, §84, 1 Mart 2007*).

163. Dolayısıyla, kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin iç hukuk açısından kabuledilebilir olup olmadığına karar vermek Mahkeme'nin işi değildir. Cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dahil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliklerinin incelenmesini de içerir (*bk. diğerleri arasında, Khan – Birleşik Krallık, no. 35394/97, §34, ECHR 2000V; P.G. ve J.H. Birleşik Krallık, no. 44787/98, §76, ECHR 2001-IX; ve Allan – Birleşik Krallık, no. 48539/99, §42, ECHR 2002IX*).

164. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu doğmaz; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyaç azalır (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37; yukarıda geçen Allan, §43; ve yukarıda*

geçen Jalloh, §96). Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem bağlamaktadır (*krş. özellikle, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37*).

165. Tespit edilen Sözleşme ihlalinin niteliğinin incelenmesi konusunda ise Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bilginin delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği meselesinin, başvurucunun savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu delilin kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak karara bağlanabileceğini hatırlatır (*krş. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, § 35-40; yukarıda geçen P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §77-79; ve 6. maddenin ihlali bulunmamış olan Bykov – Rusya [BD], no. 4378/02, §94-98, ECHR 2009-...,*). Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kullanılması konusunda farklı bir düşünce devreye girer. Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkumiyet üzerinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur (*bk. İçöz – Türkiye (k.k.) no. 54919/00, 9 Ocak 2003; yukarıda geçen Jalloh, §99 ve 104; Göçmen – Türkiye, no. 72000/01, §73-74, 17 Ekim 2006; ve yukarıda geçen Harutyunyan, §63*).

166. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence (*krş. Örs ve Diğerleri – Türkiye, no. 46213/99, §60; yukarıda geçen Harutyunyan, §63, 64 ve 66; ve Levinta - Moldava, no. 17332/02, §101, 104 ve 105*) veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler (*krş. Söylemez - Türkiye, no. 46661/99, §107, 122-124, 21 Eylül 2006; ve yukarıda geçen Göçmen, 73-74*) sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiğini tespit etmiştir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının sanığın mahkumiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır (*ibid*).

167. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise Mahkeme, şiddet fiillerinin, en azın-

dan işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin bir sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Bunun dışında bir sonuç, Sözleşme'nin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder, başka bir deyişle, 'vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter' *(bk. yukarıda geçen Jalloh, §105)*. Mahkeme *Jalloh* kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununu çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibid., §107-108*).

168. Susma hakkı ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda Mahkeme, bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil muhakeme usulü kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası standartlar olduğunu hatırlatır. Bunların varlık nedeni, başka şeylerin yanında, sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Özellikle kendini suçlandırmama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsayar (*bk. diğerleri arasında, Saunders – Birleşik Krallık, 17 Aralık 1996, §68, Reports 1996-VI; Heaney ve McGuinness – İrlanda, no. 34720/97, §40, ECHR 2000-XII; ve yukarıda geçen Jalloh, §100*).

(b) Bu ilkelerin mevcut davada uygulanması

169. Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki kendini suçlandırmama ilkesi ve sanık haklarıyla ilgili gerekler, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının özel yönleri olarak görüldüğünden, Mahkeme şikayetleri bu iki fıkrayı birlikte ele alarak inceleyecektir (*krş.*

diğer kararlar arasında, Windisch - Avusturya, 27 Eylül 1990, §23, Seri A no. 186; Lüdi – İsviçre, 15 Haziran 1992, §43, Seri A no. 238; Funke – Fransa, 25 Şubat 1993, §44, Seri A no. 256A; ve yukarıda geçen Saunders, §68).

170. Yukarıdaki ilkeler ışığında Mahkeme, başlangıçtan itibaren Sözleşme'deki hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılmasına karşı çıkmış olan başvurucu aleyhindeki ceza davasının bir bütün olarak adil sayılıp sayılamayacağını incelerken, ilk olarak, söz konusu Sözleşme ihlalinin niteliğine ve bu ihlalle elde edilen tartışma konusu delilin kapsamına bakmak zorundadır. Mahkeme, başvurucunun ifadesinin, 1 Ekim 2002 sabahı E. tarafından sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle alındığı konusundaki tespitine (yukarıda parag. 108) gönderme yapar. Mahkeme ayrıca başvurucunun Birstein'de veya Birstein'a giderken ya da gelirken, maddi delilin yerini söylemesi için ikinci bir kez tehdit edildiğine dair bir belirti bulunmadığı sonucuna (yukarıda parag. 99) varmıştır.

171. Mahkeme, Bölge Mahkemesinin, Birstein'de ve Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra verdiği ifadeler dahil, başvurucunun ifadelerini sorgulama sırasında yapılan tehditlerin devam eden etkisiyle verdiğini ve dolayısıyla kabuledilemez olduklarını (bk. yukarıda parag. 29) tespit ettiğini, ama bu ifadelerin bir sonucu olarak öğrenilen maddi delilleri kabuledilebilir bulduğunu kaydeder. Mahkeme, tartışma konusu maddi delilin ulusal mahkemeler önündeki davada, başvurucudan alınan ifadelerin bir sonucu olarak soruşturma makamları tarafından öğrenilen bir delil olarak nitelendirildiğini kaydeder (uzun erimli etki ("*Fernwirkung*") – bk. yukarıda parag. 31). Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesine göre yapacağı değerlendirme açısından, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı sorgulanması ile başvurucunun ifadelerinin bir sonucu olarak bulunan J.'nin cesedi ve sonra alınan otopsi raporu, başvurucunun arabasının gölet kenarında bıraktığı tekerlek izleri, J.'nin sırt çantası, elbiseleri ve başvurucunun daktilosu gibi toplanan maddi deliller arasındaki nedensellik ilişkisinin belirleyici olduğu kanaatindedir. Bir başka deyişle, tartışma konusu maddi deliller, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden polis tarafından yapılan sorgunun doğrudan bir sonucu olarak toplanmıştır.

172. Ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından bir mesele ancak, 3. maddeyi ihlal eden yöntemle elde edilen delilin, başvurucu aleyhindeki ceza davasından dışlanmaması halinde doğar. Mahkeme, başvurucunun soruşturma sırasında tehdit veya tehdidin süren etkisi altında verdiği ikrarlardan hiçbirinin Bölge Mahkemesi tarafından kabul edilmediğini kaydeder. Ancak Bölge Mahkemesi, duruşmanın başında başvurucunun talebini reddetmekle, soruşturma makamlarının başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelenin süren etkisi altında verdiği ifadelerin bir sonucu olarak topladıkları bulguların kabul edilmemesi talebini de reddetmiştir (bk. yukarıda parag. 31).

173. Mahkeme'den, işkence oluşturmayan fakat Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı insanlıkdışı muamele olarak nitelendirilen bir fiil sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adilliği üzerinde doğurduğu sonuçları incelemesi istenmiştir. Yukarıda da gösterildiği gibi (bk. yukarıda parag. 166-167), Mahkeme bugüne kadar verdiği kararlarda, bu tür bir delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı her zaman adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği sorununu henüz çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilsin) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının ve hem de işkence fiillerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve otomatik bir şekilde Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 166-167).

174. Mahkeme, Sözleşmeci Devletler ile başka devletler ve diğer insan hakları izleme organları arasında, delil dışlama kuralının uygulama alanı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını kaydeder (bk. yukarıda parag. 69-74'teki referanslar). Ayrıca, yasak sorgu yöntemlerinden bağımsız olarak, tartışma konusu delilin daha sonraki bir aşamada bulunup bulunmaması gibi faktörlerin bu tür delilin kabuledilebilirliği üzerinde etkisi olabilir.

175. Mahkeme ayrıca, birbirleriyle yarışan farklı hakların ve menfaatlerin bulunduğunun farkındadır. Bir yandan, genellikle güvenilir

ve zorlayıcı maddi delilin ceza davasından dışlanması, suçun etkili bir şekilde kovuşturulmasını engelleyecektir. Hiç kuşku yok ki, suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve ayrıca halkın, suçluların yargılanmalarında ve cezalandırılmalarında menfaatleri vardır; mevcut olayda bu menfaat çok büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca mevcut olay şu özelliği de taşımaktadır: tartışma konusu maddi delil, ceza soruşturmasını derinleştirme amacı taşımamaksızın, bir çocuğun yaşamını kurtarmak ve böylece Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan başka bir çekirdek hakkı korumak için uygulanan yasak sorgu yöntemleriyle türetilmiştir. Öte yandan sanık, ceza davasında adil yargılanma hakkına sahiptir; ulusal mahkemelerin Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan olan 3. maddedeki insanlıkdışı muamele yasağının ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen delili kullanmaları halinde, bu hak bakımından bir sorun doğar. Aslında, yargısal usulün bütünlüğü ve böylece hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş uygar toplumların değerlerlerinin muhafaza edilmesinde de hayati bir kamu yararı vardır.

176. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yukarıda sözü edilen menfaatleri göz önünde tutmakla birlikte, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hakkı içerdiğini de kaydeder. Bu hak mutlak olduğundan, soruşturulmakta olan suçun ağırlığı veya etkili bir cezai kovuşturma yapılmasındaki kamu yararı gibi başka menfaatlerle dengelenemez; dengelenmesi halinde, bu hakkın mutlaklığı zedelenir *(krş. ayrıca, mutatis mutandis, yukarıda geçen Saadi – İtalya, §138-139)*. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanan kötü muameleye tabi tutulmama şeklindeki mutlak hakkın korunmasından ödün verilerek, ne insan yaşamının korunması ve ne de cezai mahkumiyete varılması mümkündür; çünkü bu noktada ödün verilmesi, söz konusu değerleri feda eder ve adaletin işleyişine olan güveni zedeler.

177. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, Sözleşme gereğince, insan öldüren bir kişiye karşı Ceza Kanununu uygulamak ve böylece yaşama hakkını korumak zorunda olduklarına dair savunmasını da kaydeder. Gerçekten de Sözleşme, yaşama hakkının Sözleşmeci Devletler tarafından korunmasını gerektirmektedir (*bk. diğer kararlar arasında Osman – Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, §115-116, Reports*

1998VIII). Ne var ki Sözleşme, devletleri Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki insanlıkdışı muamele yasağını ihlal eden bir davranışla veya bütün sanıkların Sözleşme'nin 6. maddesine göre sahip olduğu haklara aykırı bir tarzda yaşama hakkını korumaya zorlamamaktadır *(krş. mutatis mutandis yukarıda geçen Osman, §116)*. Mahkeme, mevcut olayda devlet görevlilerinin, zor ve stresli bir durumda ve bir yaşamı korumaya çalışırken hareket ettiklerini kabul eder. Ancak böyle bir durum, devlet görevlilerinin maddi delili Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde ettikleri gerçeğini değiştirmez. Dahası, adil yargılanma hakkına saygı, tam da en ağır cezalar söz konusu olduğunda, demokratik toplumlar tarafından mümkün olan en yüksek düzeyde sağlanır *(krş. Salduz - Türkiye [BD], no. 36391/02, §54, ECHR 2008-...)*.

178. Bununla birlikte, 3. maddeden farklı olarak, Sözleşme'nin 6. maddesi mutlak bir hak içermemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, 3. maddeye aykırılığın bir sonucu olarak elde edilen deliller bakımından bir ceza davasında ne gibi tedbirlerin gerekli ve yeterli olacağını belirlemelidir. Mahkeme'nin içtihatlarında ortaya çıktığı üzere (bk. yukarıda parag. 165-167), bu tür delillerin kullanılması yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur. Tabii ki, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında, Sözleşme'nin 3. maddesinde mutlak bir şekilde yasaklanmış bir fiille elde edilen delilin kabulü, bu yasağın mutlaklığına rağmen, kanun adamlarını bu tür yöntemleri kullanmaya teşvik edebilir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen maddi delil Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak alınan ifadeden 3. maddeyi ihlal bakımından daha uzak olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı yöntemlerin kullanılmasına karşı bireylerin etkili bir şekilde korunması, kural olarak, bu maddi delilin yargılamada kullanılmamasını gerektirebilir. Aksi taktirde bir bütün olarak yargılama adil olmayan bir duruma gelir. Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının ve hem de ceza davasının adilliğinin, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir.

179. Mahkeme, mevcut olayda Bölge Mahkemesinin başvurucu tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvurucunun duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandırdığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvurucunun kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesinde belirleyici olduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 34). Ayrıca Bölge Mahkemesi, başvurucunun mahkum edilmesinde ve cezalandırılmasında rol oynayan suçun planlanmasıyla ilgili maddi olaylara ilişkin tespitlerini de esas itibarıyla yeni ikrara dayandırmıştır. Yargılama sırasında kabul edilen ek deliller, ulusal mahkeme tarafından başvurucunun suçluluğunun kanıtlanması için değil, fakat sadece başvurucunun ikrarının doğruluğunu test etmek için kullanılmıştır. J.'nin ölüm nedenine ilişkin otopsi sonuçları ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerde başvurucunun arabasının bıraktığı tekerlek izleri, işte bu ek deliller arasında yer almıştır. Ulusal mahkeme ayrıca, başvurucudan tehdit altında alınan ilk ikrardan bağımsız olarak, başvurucunun fidyeyi almasından itibaren polis tarafından gizlice izlenmesi ve yakalanmasından hemen sonra oturduğu evin aranması suretiyle toplanan doğrulayıcı delillere dayanmıştır. J.'nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu, başvurucunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili not ile başvurucunun evinde ve banka hesabında bulunan ve fidyeden elde edilen paralar, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle kirlenmemiş olan deliller arasında yer almıştır (ibid).

180. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya doğrulayıcı ve lekesiz maddi delillerle birlikte, başvurucunun kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına temel oluşturduğu kanaatindedir. Tartışma konusu maddi deliller, başvurucunun suçluluğunun kanıtlanması ve cezalandırılması için gerekli olmayan ve kullanılmamış olan delillerdir. Bu durumda, tartışma konusu maddi deliller bakımından yasak sorgulama yöntemlerinden başvurucunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren nedensellik zincirinin kırıldığı söylenebilir.

181. Bu tespitler ışığında Mahkeme ayrıca, soruşturma sürecinde meydana gelen Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun yargılanması sırasındaki ikrarı üzerinde bir etkisi olup olmadığını

incelemelidir. Başvurucu Mahkeme'ye yaptığı başvuruda, etkisi olduğunu söylemiştir. Başvurucu dilekçesinde, Bölge Mahkemesinin duruşmanın başında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen maddi delillerin dışlanması talebini reddettiği zaman, yargılamada artık ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını belirtmiştir.

182. Mahkeme ilk olarak, duruşmanın ikinci gününde ikrarda bulunmadan önce başvurucuya susma hakkının hatırlatıldığını ve suçlamalar hakkında daha önce verdiği ifadelerden hiç birinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağının söylendiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mevzuatın ve pratiğin, kötü muamele vasıtasıyla elde edilmiş ikrarlara bir sonuç bağladığına *(krş. Hulki Güneş – Türkiye, no. 28490/, 95, §91, ECHR 2003-VII; ve yukarıda geçen Göçmen, §73)* ve başvurucunun durumunun bu noktada Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki duruma döndürüldüğüne ikna olmuştur.

183. Dahası, bir müdafi ile temsil edilen başvurucu, duruşmanın ikinci gününde ve duruşmanın sonunda verdiği ifadelerde, 1 Ekim 2002 tarihindeki olaylara rağmen, suçunun sorumluluğunu almak üzere ve pişmanlık saikiyle serbestçe ikrarda bulunduğunu vurgulamıştır (bk. yukarıda parag. 32). Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin kullanılmaması girişimi sonuçsuz kalmasına rağmen, ikrarda bulunmuştur. Dolayısıyla Mahkeme'nin, başvurucunun gerçeği söylemediğini, Bölge Mahkemesi yargılamanın başında tartışma konusu maddi delilleri kullanmamaya karar vermiş olsaydı başvurucunun ikrarda bulunmayacağını ve bu nedenle ikrarın sanık haklarını ortadan kaldıran tedbirlerin bir sonucu olarak görülmesi gerektiğini kabul etmesi için bir sebep yoktur.

184. Her halükarda Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, başvurucunun duruşmanın son gününde verdiği ikinci ikrar, öldürme suçundan mahkum edilmesinde hayati bir öneme sahip olup, ikrarda bulunmamış olsaydı, bu suçtan suçlu bulunmayabilirdi (bk. yukarıda parag. 34 ve 35). Başvurucunun ikrarında, tartışma konusu maddi deliller tarafından kanıtlanabilecek şeylerle alakası olmayan birçok ek unsur da yer almıştır. Maddi deliller, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ve başvurucunun

Birstein'deki gölete gittiğini gösterdiğinden, başvurucunun ikrarı J.'yi öldürme kastını ve ayrıca ardındaki saiki de kanıtlamıştır. Bu unsurlar karşısında Mahkeme, yargılamanın başında söz konusu delillerin kullanılmaması talebinin reddedilmesinden sonra başvurucunun sessiz kalamayacağına ve ikrardan başka bir savunma seçeneği bulunmadığına ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, soruşturma sürecinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması üzerinde etkisi bulunduğuna da ikna olmamıştır.

185. Sanık hakları konusunda Mahkeme, başvurucuya yargılama sırasında söz konusu maddi delillerin kabulüne itiraz etme fırsatı verildiğini ve başvurucunun bu fırsatı kullandığını, Bölge Mahkemesinin de bu delilleri kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisi bulunduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvurucunun sanık hakları bu yönden de göz ardı edilmiş değildir.

186. Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasında kendini suçlandırmama hakkının korumasından yoksun bırakıldığını iddia ettiğini kaydeder. Yukarıda söylendiği gibi, bir kimsenin kendini suçlandırmama hakkı, iddia makamının sanık aleyhindeki iddiasını, sanığın iradesi hilafına baskı ve zorlama metotlarıyla elde edilen delillere başvurmadan kanıtlayacağını varsayar. Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun mahkumiyetini, başvurucunun suçluluğunu kanıtlamak üzere söz konusu maddi delillere başvurmadan, yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarına dayandırdığına dair yukarıdaki tespitlerine göndermede bulunur. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucu aleyhindeki davada kendini suçlandırmama hakkına uygun davranıldığı sonucuna varmaktadır.

187. Mahkeme, başvurucuyla ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlıkdışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvurucunun mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurucunun sanık haklarına ve kendini suçlandırmama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu kabul edilebilir.

188. Buna göre Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkraları ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

189. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

"Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder."

A. Zarar

190. Başvurucu maddi veya manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmemiş, başvurusunun amacının ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanmak olduğunu vurgulamıştır. Hükümet bu konuda bir yorumda bulunmamıştır.

191. Bu nedenle Mahkeme zararlar için tazminata hükmetmemiştir. Başvurucunun giderim için talep ettiği özel tedbir konusunda ise Mahkeme, yukarıda Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından varılan sonuç göz önünde tutulduğunda, başvurucunun ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanma veya dosyasının yeniden açılması talebinin bir temeli yoktur.

B. Ücretler ve masraflar

192. Başvurucu belgeler sunarak, Daire önündeki taleplerini tekrarlamış ve Bölge Mahkemesinin kendisini ödemeye mahkum ettiği miktarın kendisine geri ödenmesini istemiştir. Bu miktar 72,855.60 Euro'dur. Başka şeylerle birlikte, bu miktarın kapsadığı avukatlık ücreti ile uzman görüşü ve diğer tanığın masraflarından hangilerinin Sözleşme'deki hakların ihlaline karşılık hükmedilmiş görülmesine karar verip vermemeyi Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır. Başvurucu, temyiz başvurusu ile Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayette bulunmak için ödenen ücretlerin (miktarı belirtmemiştir), sırf Sözleşme'deki hakların ihlalini düzeltmek için ödendiğini iddia etmiştir.

193. Kendisine adli yardım verilmiş olan başvurucu, Mahkeme önündeki yargılama sırasında ücretler ve masrafları için 22,647.85 Euro talep etmiştir. Fatura ve fişle belgelenen bu ücretler ve masraflar, avukatlık ücretlerini, ulusal mahkemelerdeki dava dosyalarına erişmek ve hukuk uzmanlarının hazırladığı raporlara karşılık

ödenen ücretleri, fotokopi giderleri ile seyahat, iaşe ve konaklama masraflarını, ulusal mahkemeler önündeki diğer davalar için yapılan masrafları içermektedir.

194. Hükümet başvurucunun talepleri konusunda Büyük Daire önünde bir yorum yapmamıştır. Hükümet Daire önünde ise, Bölge Mahkemesinin başvurucunun ödemesine hükmettiği giderlerin Sözleşme'deki hakların ihlalini önlemek veya gidermek için katlanılmış olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama için katlandığı masrafın miktarını belirtmemiştir. Eğer başvurucunun Sözleşme'deki haklarının ihlali tespit edilmesinden sonra dosya ulusal mahkemeler önünde yeniden açılacak olursa ve başvurucu beraat edecek olursa, o zaman Bölge Mahkemesi önündeki yargılama giderleri hakkındaki karar gözden geçirilecektir.

195. Hükümet talep edilen avukatlık ücretlerinin makullüğünü Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır.

196. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, ücretler ve masrafların gerçekten ve gerekli olarak yapılmış ve miktar bakımından makul olduğu kanıtlanmadıkça, Sözleşme'nin 41. maddesine göre ücretlere ve masraflara hükmedilmez. Ayrıca yargılama giderleri sadece ihlal tespitiyle ilgili oldukları ölçüde istenebilir (*bk. örneğin Beyeler – İtalya (adil karşılık) [BD], no. 33202/96, §27, 28 Mayıs 2002; Kafkaris - Kıbrıs [BD], no. 21906/04, §176, ECHR 2008...; ve Şahin - Almanya [BD], no. 30943/96, §105, ECHR 2003VIII*).

197. Mahkeme, ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında katlanılan ücretler ve masraflar konusunda, başvurucunun Bölge Mahkemesinin gördüğü aleyhindeki ceza davasındaki masrafların ne kadarının kendisinin Sözleşme'deki hakkının ihlalini önleme çabasına bağlanabileceğine dair takdiri Mahkeme'ye bıraktığını kaydeder. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine iç hukuktaki soruşturma sırasında uygun davranılmadığını tespit etmekle birlikte, başvurucu aleyhindeki ceza davasında Sözleşme'nin gereklerine uyulduğu sonucuna varmıştır. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini gidermeyi amaçlayan ulusal makamlar önündeki bütün muhakemeler için katlanılan giderler için bir miktar belirmediğinden, Mahkeme bu başlık altında giderlere hükmedemez.

198. Mahkeme önündeki yargılama giderleri konusunda ise Mahkeme, başvurucu talep edilen miktarın bir kısmının gerekli olmadan yapıldığı ve bütünü itibarıyla aşırı olduğu kanaatindedir. Ayrıca başvurucunun Mahkeme önündeki iddiaları, ancak kısmen başarılı olmuştur. Bu nedenle Mahkeme, başvurucuya bu başlık altında 4,000 Euro ödenmesine ve miktardan Avrupa Konseyinden adli yardım olarak alınan 2,276.60 Euro'nun düşülmesine, toplam olarak 1,723.40 Euro ve başvuruya yüklenebilecek vergilere hükmedilmesi gerektiği kanaatindedir.

C. Gecikme faizi

199. Mahkeme, gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan miktar üzerinde ödenmesinin uygun olduğu kanaatindir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayeti konusunda Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Altıya karşı on bir oyla, başvurucunun Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal "mağduru" olduğunu iddia edebileceğine;
3. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Altıya karşı on bir oyla,Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine;
5. Yediye karşı on oyla,
   (a) davalı devletin başvurucuya üç ay içinde ücretler ve masraflar için 1,723.40 Euro (bin yedi yüz yirmi üç) ve başvurucuya yüklenen vergileri ödemesine;
   (b) yukarıda belirtilen üç aylık süreden sonra ödeme yapılıncaya kadar, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan basit faiz miktarının işletilmesine;
6. Başvurucunun adil karşılıkla ilgili diğer taleplerinin reddine;

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce ve Fransızca yazılan bu karar, 1 Haziran 2010 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açıklanmıştır.

Erik Fribergh	Jean-Paul Costa
Yazı İşleri Müdürü	Başkan

Sözleşme'nin 45(2). fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğünün 74(2). fıkrası gereğince, aşağıdaki ayrık görüşler bu sonkarara eklenmiştir:

(a) Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri;

(b) Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri;

(c) Yargıçlar Kovler[2], Mijović, Jaeger, Jočiene and López Guerra'ın katıldıkları yargıç Casadevall'ın kısmen muhalif görüşü.

J.-P.C.
E.F.

[2] 3 Haziran 2010 tarihinde düzeltilmiş ve yargıç Kovler'in adı eklenmiştir.

YARGIÇLAR TULKENS, ZIEMELE AND BIANKU'NUN BİRLEŞİK KISMEN FARKLI GÖRÜŞLERİ

(Çeviri)

1. Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili olarak, başvurucunun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında "mağdur" olduğunu iddia edebileceği ve sonra 3. maddenin ihlal edildiği şeklinde kararda ulaşılan sonuca[3] katılıyoruz. Ancak başvurucunun mağdurluk statüsü konusunda bizim gerekçemiz, çoğunluğun benimsediği gerekçeden farklıdır.

2. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, Mahkeme'nin başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybetmiş olup olmadığını belirlemesi için, ulusal makamların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiasını kabul etmiş olup olmadıklarını ve bir giderim sağlamış olup olmadıklarını incelemesi gerekir.

3. İhlal hiç kuşkusuz kabul edilmiştir, çünkü yargısal makamlar açıkça, kullanılmış olan yöntemlerin "kötü muamele" oluşturduğunu ve Anayasanın 1. maddesi ile Sözleşme'nin 3. maddesine göre mutlak olan insan onurunun ihlali için bir savunma oluşturmayan "gereklilik" sebebiyle haklı gösterilemeyeceğini kabul etmişlerdir.

4. Ancak karar, uygun ve yeterli bir giderim sağlanmadığı kanaatinde olup, bu kanaatini polislerin mahkumiyetiyle sonuçlanan ceza davasının görülmesindeki kusurlara dayandırmıştır. Karar, başvurucuyu işkenceyle tehdit eden polisler hakkındaki cezai soruşturmanın Sözleşme'nin gereklerine uygun görmekle birlikte, polislere verilen *cezalar* bakımından aynı şey geçerli değildir. Karar, bu cezaların suçun ağırlığı bakımından "yeterli olmadığı" ve "açıkça orantısız" olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre bu cezalar "gelecekteki zor durumlarda kötü muamele yasağı ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip değildir" (karar, parag. 123 ve 124).

---

[3] Ancak Sözleşme'nin 6. maddesi konusunda, çoğunluktan farklı olarak, bu maddenin ihlal edildiği kanaatindeyiz ve Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik muhalif görüşlerine atıfta bulunuyoruz.

5. Tabi ki devletin cezalandırma görevinin kapsamıyla ilgili Mahkeme'nin bu değerlendirmesi yeni olmayıp, önceki bir çok kararında görülebilir. Ancak bize göre özellikle bu davada üç sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ceza verme, ceza adaletinde en nazik ve en zor iştir. Bir çok faktörün dikkate alınmasını ve ayrıca ilgili kişiler, olaylar ve durumlarla bilgi sahibi olmayı ve olaya yakınlığı gerektirir. Bu normal olarak ulusal mahkemelerin işi olup Mahkeme'nin işi değildir; Mahkeme bu sürece ancak mutlaka gerekli olan olaylarda ve azami dikkatle karışabilir. İkinci olarak, Mahkeme'nin daha ağır cezaların caydırıcı etkiye sahip olduğuna dair bir varsayım kurarken, bir illüzyon oluşturma ve sürdürme riski içinde olup olmadığını merak ediyoruz. Cezaların (genel veya bireysel olarak) önleyici etkileri uzun zamandır geniş çaplı, özellikle verilere dayanan çalışmaların ve araştırmaların konusudur. Bu çalışmalar bu etkinin sınırlı değilse bile göreli olduğu sonucuna varmaktadırlar[4]. Son olarak, cezanın kendisini de hak ve özgürlükler için bir tehdit olduğu gerçeğini örtme pahasına, cezanın hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet ettiği hallerde, ceza hukukunun temel bir kabulü olan ikincillik (subsidiarity) ilkesini gözden kaçırmamalıyız. Cezalandırma silahını kullanmak sadece, tehlikede olan menfaatleri veya değerleri korumak için başka vasıta bulunmaması halinde kabul edilebilir.

6. Mahkeme, Sözleşme'nin hakları teorik ve kağıt üzerinde değil, ama pratik ve etkili bir şekilde koruduğunu tekrarlamaktan hiçbir zaman yorulmamaktadır. Ancak mevcut olayda polisler aleyhinde görülmüş olan ceza davası, Sözleşme'yle korunan çekirdek hakların bir kısmını oluşturan 3. maddenin gelecekteki ihlallerini engellemenin tek vasıtası mıdır? Böyle düşünmüyoruz.

7. Kararda da hatırlatıldığı gibi Mahkeme'nin içtihatlarına göre, bir Sözleşme ihlali için giderimin uygunluğu ve yeterliliği, olayın içinde bulunduğu bütün koşullar göz önünde tutularak değerlendirilmelidir (bk. karar, parag. 116). Mevcut olayda tespit ve kabul edilen Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için en uygun gi-

---

4 G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 59 et seq.; P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2nd edition, 2001, pp. 458 et seq.

derim biçimi, Sözleşme'nin ihlali suretiyle elde edilen delilin *yargılamadan dışlanması* olurdu. Bu yapılmadığı için, başvurucunun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında "mağdur" olduğunu iddia edebileceği sonucuna varıyoruz.

8. Bununla birlikte, Mahkeme yaptığı analizin sonunda, ek bir tedbir olarak delil dışlama ihtimalini prensip olarak ortadan kaldırmadığını gözlemlemek ilginçtir: "Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvurucu hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymamıştır" (bk. yukarıda parag. 128 sonu).

YARGIÇLAR ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU VE POWER'IN BİRLEŞİK KISMEN MUHALİF GÖRÜŞLERİ

1. Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediği şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz. Bize göre Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiştir, çünkü Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak sağlanan maddi delil, başvurucu aleyhindeki ceza davasında delil olarak kabul edilmiştir. Bu delilin kendini suçlandırıcı koşullarda elde edilmiş olması, ihlali şiddetlendirmiştir.

2. Bir ceza davasında, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş bir delilin kabulü, temel ve hayati önemde bir ilke sorunu doğurur. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle elde edilen ikrarın kabulü söz konusu olduğunda Mahkeme'nin içtihadı açıktır (ifadeler ister işkence isterse insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele suretiyle alınmış olsun, hiçbir zaman kabul edilemez); işkence olmadığı halde yine de 3. madde kapsamına giren bir muamelenin sonucu olarak elde edilmiş başka tür delillerin ("maddi delil") kabul edilmesinin yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları meselesi çözümü beklemektedir. Sorunun çözümü zor olmakla birlikte, mevcut olay Büyük Daire'ye, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delil bakımından dışlama kuralının kapsamı hakkında karar verme fırsatı vermiştir. Mahkeme, çok açık bir tarzda, sanığın eylemi ne olursa olsun Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından adilliğin hukukun üstünlüğüne saygıyı varsaydığını ve 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delilin tabi ki dışlanmasını gerektirdiğini beyan ederek, bu soruya kategorik bir cevap verebilirdi. Sözleşme'nin mutlak bir hükmünün ihlalin bir sonucu elde edilmiş delili kabul eden ve bir ölçüde bu delile dayanan bir ceza yargılaması, evleviyetle adil bir yargılama olamaz. Mahkeme'nin temel insan hakları alanında bu son hududu geçme konusunda gösterdiği isteksizlik, üzüntü vericidir.

3. Mahkeme'nin içtihatlarında, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal suretiyle elde edilen delillerin kabulünün, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan haklarda olduğu gibi, her zaman Sözleşme'deki diğer hakların ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulünden farklı

mütalaa edildiği açıktır.[5] Şimdiye kadar Mahkeme, usul koruyucuları bulunsa bile, niteliği ve kaynağı baskı ve zorlamayla lekelenmiş materyallere dayanmanın adaletsiz olacağını görüşünde olmuştur[6]. Şiddet, vahşet veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı işkence[7] veya kötü muamele[8] olarak nitelendirilebilecek başka fiiller sonucu elde edilen *ifadelerin* kullanılması, bu delillerin başvurucunun mahkumiyetini sağlamasında belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, her zaman yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirir. Bu ilkenin diğer delil türlerine de aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. *Jalloh – Almanya* kararında Mahkeme, mahkumiyet açısından belirleyici olmasa bile, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen bir delilin kabulünün, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından bir sorun doğurabileceğini belirtmiştir.[9] O davanın şartları içinde, işkence oluşturmayan ama yine de Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir fiil sonucu elde edilen maddi delilin, yargılamayı otomatik olarak adil olmayan bir duruma getirip getirmediğine dair genel sorunu cevapsız bırakmıştı.[10] Ne yazık ki, bu davada çoğunluk tarafından verilen cevap ve benimsenen gerekçe, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan mutlak hakların etkililiğini zayıflatma riski içermektedir. Mahkeme'nin içtihadında, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele mutlak yasağının ihlali suretiyle elde edilen ifadelerin kabulü ile aynı yolla elde edilen diğer deliller arasında bir ayrım başlatılmıştır. Bu ayrıma katılmak güçtür.

4. Mevcut davada çoğunluk, yargılamada kabul edilen başvurucu aleyhindeki maddi delillerin, polis tarafından 'Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden sorgulamanın doğrudan bir sonucu olduğu-

---

5 bk. *Schenk - İsviçre*, 12 Temmuz 1988, Seri A no. 140; *Khan – Birleşik Krallık*, no. 35394/97, ECHR 2000V; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, no. 44787/98, ECHR 2001IX; *Allan – Birleşik Krallık*, no. 48539/99, ECHR 2002IX; *Perry – Birleşik Krallık*, no. 63737/00, ECHR 2003IX (alıntılar); *Jalloh - Almanya* [BD], no. 54810/00, ECHR 2006IX; ve *Bykov – Rusya* [BD], no. 4378/02, ECHR 2009…

6 bk. *Perry – Birleşik Krallık (k.k.)*, no. 63737/00, 26 Eylül 2002.

7 *Harutyunyan - Ermenistan*, no. 36549/03, §63, 66, ECHR 2007VIII.

8 *Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, §§ 74-75, 17 Ekim 2006.

9 *Jalloh – Almanya* [BD], no. 54810/00, §99, ECHR 2006IX.

10 *Ibid.*, §107.

nu' kabul etmiştir (parag. 171). Bu yasak muamelenin ardından alınan ikrarın bir sonucu olarak, en önemli delilin bulunduğu yere gidilmiş, polisin talimatı üzerine başvurucu cesedin bulunduğu yeri göstermiş (bu olayın görüntüsü çekilmiş) ve böylece başvurucu kendini suçlandırıcı delilin bulunmasına yardımcı olmuştur. Daha sonra kabul edilen bu delilin ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında sunulduğu, incelendiği ve bu delile dayanıldığı ve Bölge Mahkemesinin kararında atıfta bulunulduğuna dair bir kuşku yoktur (parag. 32 ve 34). Yukarıda anlatılanlara rağmen, çoğunluk yine de başvurucunun yargılanmasının adil olduğu, çünkü başvurucunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren 'nedensellik zincirinin kırıldığı' (parag. 180) sonucuna varmıştır. Çoğunluğun tespitlerine ve gerekçesine katılmıyoruz.

5. Gözaltına almadan cezalandırmaya kadar, ceza muhakemesi birbiriyle bağlantılı organik bir bütün oluşturur. Bir aşamada meydana gelen bir olay, bir başka aşamada ortaya çıkan bir olayı etkiler ve bazen belirler. Adaletin gerekleri ve şüphelinin mutlak nitelikteki insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, bize göre, soruşturma aşamasında oluşan bir ihlalin olumsuz sonuçlarının yargılamadan bütünüyle silinmesini gerektir. Bu yaklaşım, daha önce kural olarak, ceza davasının hazırlanmasında soruşturmanın önemini incelerken, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin yargılamada ele alınacak suçun çerçevesini belirleyeceğini söyleyen Mahkeme tarafından da teyit edilmiş ve vurgulanmıştır. Mahkeme, gözaltında bir müdafi ile görüşmenin kısıtlanmasıyla ilgili *Salduz – Türkiye* kararında, daha sonra verilen hukuki yardımın ve sonraki yargılamanın çelişmeli olmasının, gözaltında geçen süre içinde meydana gelen kusurları düzeltmeyeceğini tespit etmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline karar vermiştir.[11] Eğer bir müdafie danışma hakkının ihlali ile ilgili durum böyle ise, bir şüphelinin insanlıkdışı muameleye tabi tutulmama hakkının ihlali ve daha sonra böyle bir ihlal sonucu elde edilen delillerin ceza davasında kabulüyle karşılaşıldığında, aynı gerekçe tabii ki daha güçlü bir şekilde uygulanır.

---

11 *Salduz v. Turkey* [BD], no. 36391/02, §58, ECHR 2008-…

6. Çoğunluğun çalışma biçimi, muhakemeyi organik bir bütün olarak görmek yerine, varılan sonucun (öldürme suçundan mahkumiyet ve azami ceza) izlenen yoldan (Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulü) etkilenmemesi için, muhakemeyi çeşitli bölümlere ayırmak, ayrıştırmak ve analiz etmek şeklinde olmuştur. Bize göre, böyle bir yaklaşım sadece biçimci değil, ama aynı zamanda gerçeklerden de uzaktır; çünkü bu yaklaşım, ceza davasının yürütüldüğü pratik bağlamı ve bir muhakeme sürecinde işleyen dinamikleri bütünüyle görmezden gelmektedir. Çoğunluk görüşü, nedensellik zincirini 'kırdığı'nı söylediği ikrarın, başvurucunun suçlandırıcı delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinden hemen sonra verildiğini ve bütün delillerin duruşmada sunulmasından sonra ayrıntılı olarak tekrar edildiğini görmezden gelmektedir. Başvurucu bu delillerin yargılamadan dışlanmasını sağlayamayınca, polislerin emri üzerine yerini gösterdiği ve suçluluğunu açıkça ortaya koyacak tıbbi ve diğer güçlü delillerin dava mahkemesinin önünde olduğunu görmüştür. Hem savcının ve hem de J.'nin anne babasının avukatlarının, başvurucunun ikrarının 'hiçbir değeri olmadığı' şeklindeki iddialarını biz de söylemek istiyoruz; çünkü başvurucu, kanıtlanacak her şeyin kanıtlanmasından sonra ikrarda bulunmuştur. İşte problemin özü buradadır ve bu konudaki savunmalara katılmamak güçtür.

7. Bize göre, delillerin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmelerinin ve daha sonra yargılamada kabul edilmelerinin, davanın daha sonraki seyrinde ve sonucu üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığı söylenemez. Başvurucunun sadece duruşma öncesinde verdiği ifadelerin dışlanmasının, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin sebep olduğu kusurun düzeltilmesinde bir yararı olmuşsa bile sadece çok küçük bir yararı olmuştur. Suçlandırıcı deliller bir kez kabul edildiğinde, başvurucunun savunma özgürlüğü bütünüyle değilse bile önemli ölçüde kısıtlanmış olur ve kendisine isnat edilen suçlardan mahkumiyeti kaçınılmaz hale gelir. Davaya katılan iddia taraflarının yargılamanın hemen başında, başvurucunun kendini etkili bir şekilde savunma yeteneği üzerinde ciddi şüphe bulunduğunu söyleyerek bu kaçınılmazlığı dile getirmeleri, görüşümüzü teyit etmektedir.

8. Ne başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması ve ne de bu ikrarın doğruluğunu ortaya koymak için zorlamayla alınmış delillere görünüşte sınırlı bir şekilde dayanılmış olması, böylesi lekeli materyallerin delil olarak kabul edilmesinin sebep olduğu açık yargılama kusurunu düzeltebilmiştir. Başvurucunun temel nitelikteki adil muhakeme hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın tek yolu, tartışma konusu delilleri dışlamak ve iddia makamının elinde bulunan kirlenmemiş delillere dayanarak (bk. §35), belki zorla kaçırma ve öldürme gibi isnadlarla yargılamaya devam etmek olabilirdi. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal suretiyle elde edilen delillerin ceza davasında kabul edilmesine izin vermek, kaçınılmaz olarak, bu maddenin sağladığı korumayı zayıflatır ve korumanın ne kadar ileri gideceği konusunda belirli bir kararsızlığa işaret eder.

9. Mahkeme'nin ilk kez, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği hallerde bu maddenin yasakladığı eylem türleri arasında, en azından yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları bakımından bir ikilik başlatmasını rahatsız edici buluyoruz. Aslında Mahkeme, şüpheliye insanlıkdışı muamele uygulamak suretiyle elde edilen maddi delillerin yargılamada delil olarak kabul edilebileceği ve bu delillerin davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmuyorsa, böyle bir yargılamanın yine de 'adil' görülebileceği sonucuna varmıştır. Eğer bir etkisi olmuyorsa, bu delilleri kabul etmenin amacı nedir? Ve niçin şimdi aynı gerekçe işkenceyle elde edilmiş maddi deliller için kural olarak uygulanmasın? Örneğin bir işkence mağdurunun yargılama sırasında ikrar etmesi, işkence ile mahkumiyet arasındaki nedensellik zincirini kırıyorsa, niçin yargılamanın başında bu delillerin kabul edilmesine izin verilip, nedensellik zincirinin kırılması beklenmesin? Yanıt açık. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu toplumlar, doğrudan veya dolaylı veya başka bir biçimde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle mutlak bir şekilde yasaklanmış muamelelerin işlenmesine hoşgörü göstermezler, bunları onaylamazlar. Ne Sözleşme'nin 3. madde metni ve ne de Sözleşme'nin başka bir maddesi, işkenceye bağlanan sonuçlar ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye bağlanan sonuçlar arasında bir ayrım yapmaktadır. Dolayısıyla bize göre, insanlıkdışı muameleyi sonuçları itibarıyla işkenceden farklı görmenin hukuki bir

temeli yoktur. Ne 'nedensellik zincirinde bir kırılma' ve ne de zihinsel yapılandırma, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kabulü halinde meydana gelen yanlışın üstesinden gelebilir.

10. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hak içerdiğini ve bu hakkı Sözleşme'nin 15(2). fıkrasına göre olağanüstü hallerde bile askıya almanın mümkün olmadığını söylemiştir.[12] Bu hak mutlak olduğundan, bu hakkın bütün ihlalleri ağırdır, bize göre yasağın mutlaklığını güvence altına almanın en etkili yolu, Sözleşme'nin 6. maddesi söz konusu olduğunda dışlama kuralını sert bir şekilde uygulamaktır. Böyle bir yaklaşım, insanlıkdışı muamele yapmaya cesaretlendirilmiş olan devlet görevlilerinde, böylesi yasak bir eylemde bulunmanın boşu boşunalığı konusunda bir tereddüt bırakmaz. Bu yaklaşım, kendilerini şüphelilere Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdaşmayan bir tarzda muamele etme konusunda potansiyel dürtü veya hevesten yoksun bırakır.

11. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalleri söz konusu olduğunda, dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasından çıkacak sonuçların farkındayız. Bazen güvenilir ve güçlü delillerin de dışlanmak zorunda kalınabileceğini ve bunun bir suçun kovuşturulması üzerindeki etkisini bu suretle yumuşatabileceğini kabul ediyoruz. Ayrıca bu tür delillerin dışlanması, sanığın başka ceza alacakken daha hafif bir ceza almasıyla sonuçlanabilir. Ancak böyle bir durum meydana gelecek olursa, sanığın bu 'avantaj'dan yararlanmasının sorumluluğu, tabii ki, saikleri ne olursa olsun, görevlilerinin insanlıkdışı muamele yapmalarına izin veren ve böylece sonraki ceza davasını yumuşama riski altına sokan devlet yetkililerindedir.

12. Suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve genel olarak halkın, suç faaliyetlerinde bulunanların kovuşturulmasında ve cezalandırılmalarında menfaatleri bulunduğunu da biliyoruz. Ancak bize göre, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu uygar toplumla-

---

12 bk. *diğeri arasında*, *Chahal – Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, §79, *Reports* 1996-V; *V. – Birleşik Krallık* [BD], no. 24888/94, §69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez – Fransa* [BD], no. 59450/00, §116, ECHR 2006-IX; ve *Saadi – İtalya* [BD], no. 37201/06, §127, ECHR 2008…

rın değerlerinin muhafazasında da, aynı şekilde hayati, zorlayıcı ve yarışan bir kamu yararı vardır. Bu tür toplumlarda, amacı ne olursa olsun, bireylerin insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarına hiçbir şekilde izin verilemez. Buna ek olarak, yargısal usulün bütünlüğünün sağlanmasında ve sürdürülmesinde çok önemli bir kamu yararı vardır; mutlak nitelikteki bir insan hakkının ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamada kabulü, bu usulün bütünlüğünü zayıflatır ve tehlikeye sokar. Bize göre, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan insanlıkdışı muameleye tabi tutulma şeklindeki mutlak hakkın zayıflatılması pahasına suç faaliyetleri soruşturulamaz ve bireyin mahkumiyeti sağlanamaz. Aksini kabul etmek, çekirdek değerleri feda etmek ve adalet dağıtmayı itibarsızlaştırmak anlamına gelir.

13. Çoğunluk ile birlikte, devlet görevlilerinin hayli zor ve yoğun bir durumda hareket ettiklerini kabul ediyoruz. Ancak bu durum, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ederek maddi delil elde ettikleri ve bu delillerin de daha sonra başvurucunun yargılandığı ceza davasında kullanıldığı ve kararda bunlara dayanıldığı gerçeğini değiştirmez. Mevcut olayda durum çok önemli olmakla birlikte, mutlak değerler işte tam da bu kriz zamanlarında dimdik durmalıdır.

YARGIÇLAR KOVLER[13], MIJOVIĆ, JAEGER, JOČIENĖ VE LÓPEZ GUERRA'IN KATILDIĞI YARGIÇ CASADEVALL'IN KISMEN MUHALİF GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Bu davada başvurucunun mağdurluk statüsü ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali konusunda çoğunluğun vardığı sonuçlara katılamadığım için üzgünüm. Bu dava tabi ki başvurucunun meşru hakları bakımından hassas bir davadır, ancak on bir yaşında bir çocuğun öldürülmesi gibi çok ciddi ve trajik bir durumla uğraşan soruşturma makamları bakımından daha da hassa ve zor bir davadır.

2. Başvurucuya karşı uygulanan şiddet tehditlerinin Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanmış insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğu konusunda bir tartışma yoktur. Bu durum Alman yargısal makamları tarafından resmen kabul edilmiştir. Frankfurt Bölge Mahkemesi, *başvurucudan ifade almak için kendisine acı verme tehdidinde bulunmanın sadece Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine göre yasak sorgu yöntemlerini kullanma oluşturmadığını, ama bu tehdidin ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun 136a maddesini destekleyen Sözleşme'nin 3. maddesini de göz ardı ettiğini* söylemiş, Federal Anayasa Mahkemesi de *başvurucunun insan onurunun ve tutulan kişileri kötü muameleye tabi tutma yasağının göz ardı edildiğini* tespit etmiştir (bk. karar, parag. 120).

3. Daire verdiği kararda, ulusal mahkemelerin bir ihlal bulunduğunu kabul etmelerinin ve söz konusu olaylara karışan iki polisin mahkum edilmelerine ve cezalandırılmalarına bakarak yeterli bir giderim sağlamalarının ardından, artık başvurucunun 3. maddenin ihlal mağduru olduğunu iddia edemeyeceğine karar vermiştir. Bu davada varılan bu sonucu destekliyorum.

4. Büyük Daire çoğunluğu, Dairenin tespitlerini onaylarken, ulusal mahkemelerin *başvurucunun sorgusunu Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini açık ve tartışmasız bir biçimde kabul etmiş* olduklarını (karar, parag. 120 sonu); soruşturma ve kovuşturmanın Sözleşme'de

---

13 3 Haziran 2010 tarihinde düzeltilmiştir: Yargıç Kovler'in adı eklenmiştir.

yer alan standartları karşılayacak ölçüde yeterinci hızlı ve özenli davrandıklarını (bk. parag. 121 ve 122); ve *polislerin Alman ceza hukukuna göre zorlama ve zorlamaya teşvik suçlarından suçlu bulundukları*nı (bk. karar, parag. 123 başı) kabul etmiştir. Ancak Büyük Daire çoğunluğu yine de başvurucunun mağdur olduğunu iddia edebileceği sonucuna varmıştır.

5. Bu değerlendirmenin esas itibarıyla verilen cezaların hafifliğine dayandığı anlaşılmaktadır. Çünkü:

   – polisler yargılandıkları ceza davasında "*açıkça orantısız*" ve "*sembolik*" nitelikte (bk. parag. 124) "*sadece hafif ve ertelenmiş cezalarla*" cezalandırılmışlar (bk. parg. 123);

   – suçların soruşturulmasıyla doğrudan bağlantılı olmayan nakillerini içeren disiplin cezaları da çok hafiftir, çünkü polisler *soruşturma ve kovuşturma sırasında görevlerinden alınmamışlar* veya mahkum edildikten sonra meslekten çıkarılmamışlardır (bk. parag. 125).

6. Bu olayın şartları için de göz önünde tutulması gereken olay şudur: sorgulamadan sonra emniyet müdür yardımcısı D., olayların nasıl geliştiğini anlattığı ve bunların gerekçesini ve hatta kendisine göre haklılığını gösterdiğini söylediği bir notu polis soruşturma dosyasına koymuştur; ulusal mahkemeler (Bölge Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesi) Anayasanın ve Sözleşme'nin ihlal edildiğini açıkça söylemişlerdir; iki polis suçlu bulunarak cezai ve disiplin yaptırımlarına tabi tutulmuş olup, artık bu cezaların miktarının konuyla ilgisi yoktur. Mahkeme açıkça keyfi olaylar dışında, "bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini" belirtmiştir (bk. karar, parag. 123). Bu yargısal sınırlılık tutumu için, kişinin mahkum edilmesiyle sonuçlanan ceza davasını iyi bilmeme ve mahkum edilen kişilerin Mahkeme önündeki yargılamada yer almamaları gibi, yerinde gerekçeler bulunmaktadır.

7. Verilen cezaların ağırlığı kriterini uygulayan Mahkeme çoğunluğunun, başvurucunun artık mağdur olarak görülmemesi için ne

kadarlık bir ceza verilmiş olması kabul edebileceği merak konusudur. Başka bir deyişle, başvurucunun mağdurluk statüsü, polislere verilen cezanın ağırlığına mı dayanmalıydı? Bana göre cevap "hayır"dır.

8. Bu, ek olarak tazminat ödenmesi gereği sorununu bırakmakta ve başvurucu tarafından açılan idarenin sorumluluğuyla ilgili davanın etkililiğini şüpheye düşürmektedir (bk. parag. 126 ve 127). Bu noktada iki gözlemim var: (a) başvurucu ulusal düzeydeki tazminat davasını, Mahkeme'ye yaptığı başvurunun Hükümete iletilmesinden ve adli yardım talebinin kabul edilmesinden sonra, yani iddia konusu zararın doğmasından üç yıl sonra açmıştır, ve (b) ulusal mahkemeler önündeki dava henüz devam etmekte olup, bu hukuk yolunun etkililiğine veya çıkacak olan sonucuna zarar vermenin gereği yoktur. Ayrıca başvurucunun manevi tazminata hükmedilmesini istememiş olması da çok anlamlıdır (bk. parag. 190).

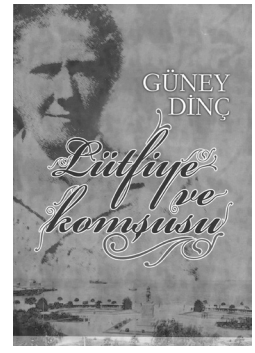
9. Kararın hüküm fıkralarınının hangi yararlı amaca hizmet ettiği konusunda da bir sorun doğmaktadır. Son tahlilde, Büyük Daire çoğunluğu, Alman mahkemelerinin, yani Frankfurt Bölge Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesinin, 2003 ve 2004 yıllarında verdikleri üç kararda açıkça ve hiç tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kabul ettiklerini onaylamakla yetinmiştir. Çocuğun nerede olduğunu açıklaması için işkenceyle tehdit edilmiş olan başvurucu, *Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı insanlıkdışı muamele*ye tabi tutulmuştur (bk. yukarıda parag. 131). Bu açık konu hakkında hepimiz, yani ulusal yargısal makamlar, Hükümet, başvurucu ve Mahkeme'nin yargıçları hemfikiriz.

10. Sonuç olarak bu sonkarar, başvurucuya bir adil karşılık hükmü bile vermeyecektir.

LÜTFİYE VE KOMŞUSU

Güney Dinç

Roman, Cumhuriyet Kitapları



İzmir Barosu önceki başkanlarından ve Türkiye Barolar Birliği önceki yönetim kurulu üyelerinden Güney Dinç, kendiş aile tarihinden yine özgün bir kitapla okuyucunun karşısına çıkıyor.

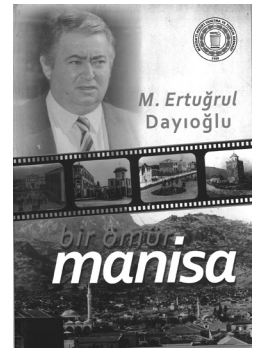
Lütfiye ve Komşusu, daha önce yayımlanan "Kartpostallarla Balkan Savaşı 1912-13" adlı özgün eserin devamı niteliğinde. Bu sefer kitap, tarihi özel mektuplarla bezemektedir. İlk kitabın kahramanı Çanakkale Savaşı'nda şehit olan Mehmet Naili Bey Lütfiye'nin kocası… Ve roman, Lütfiye'nin Balkan ve Dünya Savaşının acımasız mücadelelerinden süzülerek ulaştığı Karşıyaka'da kavuştuğu huzurlu ve dingin yaşamın bu sefer İkinci Dünya Savaşı ile dalgalanmasının öyküsü.

Zevkle okunan, bır hukukçu yazarın romanını meslektaşlarımıza zevkle, gururla önermekteyiz.

BİR ÖMÜR MANİSA

M.Ertuğrul Dayıoğlu

Manisayı Mesir'i Tanıtma ve Turizm Derneği yayını



(www.manisaturizmdernegi.com.)

M.Ertuğrul Dayıoğlu, Manisa Barosu'nun olduğu gibi Manisa'nın da renkli şahsiyetlerinden biridir.

Politikacıdır.

Avukattır.

Dağcıdır.

Hoş sohbettir.

Doğrucu Davut'tur. Kendi deyimi ile onuncu köyde oturmaktadır ve onbirinci köyün bulunmadığının bilincindedir.

Kitap kurdudur.

Manisa'da iki dönem yaptığı Belediye Başkanlığı anılarını kitaplaştırmış. Manisa'yı, sosyal yaşamını, okullarını, mezarlıklarını… anlatıyor başlangıçta. 1940-50 yıllarındaki taşra yaşamını sunuyor okuyuculara.

Kitap Belediye Başkanlığı anıları ile devam ediyor. Öğretici pek çok olay içeriyor.

Donanımlı bir aydının siyasete bakışını örneklerle gözler önüne seriyor. En önemlisi koltuğa yapışmadan siyaset yapmanın faziletini öğretiyor.