SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

Ar. Gör. Muharrem ÖZEN (*)

GİRİŞ

Kişilerin yargılama makamları önünde serbestçe ve hiç bir endişenin etkisi altında kalmaksızın haklarını iddia edebilmeleri veya kendilerini savunabilmeleri imkanının sağlanması zorunludur. Hukuk düzeninin kişilere böyle bir imkanı tanımaması halinde iddia ve özellikle savunma serbestçe yapılamayacak ve yargılamada hedeflenen gerçeğe ulaşmada söz konusu olamayacaktır.

İddia ve savunma serbestliği, bu görevlerin yapılması sırasında kullanılan kelimeler ve verilen yazılı belgeler yüzünden cezalandırılmayı gerektirir. Zira iddia ve savunma görevini yapan kimse, acaba kullandığım sözler veya sunduğum yazılı belgeler suç sayılır da cezalandırılır mıyım diye endişe ederse, söyleyeceklerinin bir kısmını söylemekten korku yüzünden vazgeçebilir, yani iddia ve savunma görevini hakkıyla yerine getiremez (1).

Savunma dokunulmazlığı sadece ceza yargılaması makamlarından olan savunma makamını ilgilendirmez. Onun ilgi alanı daha geniştir (2). Ayrıca yalnız ceza mahkemesine özgü bir kurum da değildir. Medeni muhakemede de geçerli olan, oradaki yargılamayı da içeren bir kurumdur. Bu durum inceleme konumuzu oluşturan TCK.nun 486. maddesindeki düzenlemeden de açık olarak anlaşılmaktadır.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

(1) KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 8 İstanbul 1986, s. 221.

(2) ERİŞ, Uğur: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, Hukuksal Niteliği, ABD. 1978, S? 6 (yıl 35), s. 939.

Anayasamızın "Hak Arama Hürriyeti" başlığı altında 36. maddesinde "herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" derken savunma hakkını iddia ile birlikte "hak arama özgürlüğü" içerisinde değerlendirmiştir (3). Bununla birlikte, iddia ve savunmanın niteliği ceza yargılamasında değişiklik arzeder. Gerçekten iddia kamusal bir makam olan savcı tarafından devlet adına yapılır. Ayrıca hak değil, ödevdir (4). Savunma ise Anayasada düzenlenen temel haklardandır. Ceza muhakemesinde iddia makamı iddialarını çok geniş ortaya koyma imkanına sahiptir. Oysa savunma makamında yer alan gerek sanık, gerekse müdafii bir iddiaya karşı kendini korumak durumundadır. Bu koruma ise yapılacak savunmanın içtenliği ve etkinliğine bağlı olarak gerçekleşecek ya da gerçekleşmeyecektir. Öyle ise savunma içten ve etkin olmalıdır (5). Savunmanın içten ve etkin olabilmesi için bunu anayasal bir hak olarak tanımak yeterli değildir. Ayrıca ona etkin bir güvence sağlamak, daha doğrusu savunmanın etkinliğini temin etmek zorunludur (6). Bu gereksinimi TCK.nun 486. maddesinde öngörülen savunma dokunulmazlığı karşılamaktadır.

Bu çalışmanın konusu TCK.nun 486. maddesinde hükme bağlanan savunma dokunulmazlığıdır (7). Gerçekten kanunumuz bu kuruma yer vermiş ve tarafların veya vekillerinin yargı mercileri önünde sarfettiği sözlerden veya yazılardan dolayı cezalandırılmayacağını hükme bağlamıştır. Bu kurumun uygulanabilmesi için sübjektif ve objektif olmak üzere çeşitli sınırları bulunmaktadır. Yani bu hükümden yararlanabilmek için kanunun öngördüğü hususların gerçekleşmesi zorunludur. Çalışmamızda konu-

(3) Bu hususta bkz.. EREM, Faruk: Anayasa ve Savunma Hakkı, ABD., 1963, s. 183. Aynı yazar: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, B. 6., Ankara 1986, s. 165; YÜCE, T. Tufan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, s. 39 vd.

(4) KUNTER: s. 165; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 939.

(5) EREM, Faruk: Müdafaa Masuniyeti, Ankara 1956, s. 1.

(6) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 940.

(7) Bu kuruma çok çeşitli adlar verildiği görülmektedir. Kimileri "müdafaa masuniyeti", kimileri "müdafaa bağışıklığı", kimileri ise "adli masuniyet" ya da "yargısal muafiyet" adını vermektedir. Biz kurumun asıl amacının savunma hakkını etkin bir şekilde gerçekleştirmek olduğunu kabul ettiğimiz için "savunma dokunulmazlığı" terimini kullanmayı daha uygun bulduk.

yu üç paragraf altında inceleyeceğiz. Birinci paragrafda kurumun esası ve hukuki niteliği ortaya konacaktır. İkinci paragrafda savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için kanunun öngördüğü sınırlamaların nelerden ibaret olduğu ve anlamları objektif ve sübjektif sınırlamalar başlığı altında incelenecektir. Üçüncü ve son paragrafda ise savunma dokunulmazlığının hüküm ve neticeleri ele alınacaktır. Burada kanunun öngördüğü disiplin tedbirleri, hakaret veya sövme teşkil eden yazı ve sözlerin tutanaktan çıkarılması ve tazminat konuları incelenecektir.

§ 1. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ ESASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ ESASI

Savunma dokunulmazlığının esasının neden ibaret olduğunun belirlenmesi yerinde olur. Zira bu konuda kabul edilecek düşünce farklı sonuçlara varılmasına yol açacaktır. Bu konuda değişik düşünceler bulunmaktadır. Kimilerine göre, yargılama makamları önünde söylenen sözlerden ve yazılardan dolayı tarafların ve temsilcilerinin cezalandırılmamasının nedeni zarurettir (1). Gerçekten her zaman ve her yerde, uygarlığın ilk devirlerinden beri ve bugünkü mevzuatta "zaruret halinde başkalarının haksız bir saldırısına karşılık veren doğal savunma hakkını kullanmış olur" ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Çünkü, bu, insanla birlikte doğmuş olan ve herhangi bir kanundan önce kamu vicdanının kabulünü kazanmış, tanınmış olan bir hakdır (2). Buna paralel olarak, bunun gerçek rasyonel esasını, mahkemede iddia ve savunmaların gereğince yapılmasında aramak gerekir, denmektedir. Bu düşünceye göre, muhakemede herkesin sahip olduğu gerektiğinde karşı tarafın saldırılarını reddetmek ve kendisini

(1) ALABAY, Rifat: Müdafaa Masuniyeti, AD., Ankara 1938, s. 1723.

(2) ALABAY: s. 1723. İtalyan Yargıtayı 1907 yılında vermiş olduğu bir kararda bu hükmün "taraflar adli makamlar huzurunda ihtilaf ve niza dolayısı ile sebep ve delillerini beyan ve izhar ederlerken hukuk ve menfaatlerinin haleldar olmaması veya zarar görmemeleri için tahkiri tazammun etseler bile söylemek veya yazmak zaruri olduğu veya faydalı bulunduğu takdirde en geniş müdafaa hürriyetine malik olmaları fikrinde mülhem olduğuna" karar vermiştir.

savunmak, yani uyuşmazlık konusu için yararlı olduğu takdirde kayıtsız ve şartsız, endişesiz, serbest bir şekilde hareket etmek ihtiyaç ve zaruretinden başka bir şey değildir (3).

Kimileri ise, tarafların tartışmanın şiddet ve hararetinden sakin ve soğukkanlılıklarını kaybettiklerini ve kendilerini tutamayacak bir duruma geldiklerini ve böylece, hakaret teşkil eden sözlere başladıklarını ileri sürmektedir. Bu düşünce sonuçta savunma dokunulmazlığının esasını bir tür tahrike dayandırmaktadır (4). Bu düşünce eleştirilmiş ve denmiştir ki, savunma her zaman bir tartışma havası içinde gerçekleşmemekte, tersine çoğu kez soğukkanlılıkla söylenmekte ve hatta mahkeme salonlarından uzak ve karşı tarafın bulunmadığı yerlerde düşünülerek yazılmaktadır (5). Öyle ise savunma dokunulmazlığını bir tahrik olarak açıklamak mümkün değildir.

Diğer bazı yazarlar da savunma dokunulmazlığının "imtiyaz" dan başka bir şey olmadığını iddia etmektedir (6). Belirtelim ki, bu düşünce doğru değildir. Çünkü dokunulmazlıktan yararlanan kişiler sadece vekil ve müdafiler değildir. Bunlardan başka taraflar, müşavir ve kanuni temsilciler de yararlanmaktadır. Çoğu kez taraflar bizzat kendileri haklarını savunmaktadır. Bu nedenle, savunma dokunulmazlığını, belli mesleği yürütenler için tanınmış olan bir imtiyaz olarak kabul etmek mümkün değildir.

Bazıları ise savunma dokunulmazlığının, savunma kastının hakaret veya sövmeyi ortadan kaldırdığı, ilkesinin uygulanmasından başka bir şey olmadığını iddia etmektedir. Bu şekilde düşünenler 1887 tarihli İtalyan Ceza Kanunu projesi hakkındaki Bakanlık gerekçesinden çıkardıkları delillere dayanmaktadır (7). Bu düşünce de eleştirilmiş ve kurumun esasını açıklamaktan uzak olduğu belirtilmiştir. Gerçekten bu dokunulmazlık kasdın

(3) Bkz. ALABAY: s. 1723.

(4) EREM, Faruk - TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, B. 5., Ankara 1987, s. 565; ALABAY: s. 1723.

(5) EREM / TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 565; ALABAY: s. 1723.

(6) Bkz. ALABAY: s. 1724; EREM, Faruk: Hakaret ve Sövme, Ankara 1958, s. 70.

(7) ERMAN, Sahir: Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950, s. 149, 150; ALABAY: s. 1724.

mevcut olmamasına dayanmış olsaydı, kanuna böyle bir hüküm koymağa gerek yoktu. Zira, kast hakkındaki genel hüküm (TCK. m. 45) yeterli olurdu (8). Kaldı ki, kanunun cezalandırılmayacağını belirttiği sözler ve yazılar az çok hakareti içeren ve hatta bu amaçla söylenmiş ve yazılmış sözler olmakla birlikte, iddia ve savunmanın serbest şekilde yapılabilmesi için cezalandırılmamaktadır. TCK.nun 486. maddesi hükmüne göre, savunma kastıyla mı yoksa hakaret kastıyla mı hareket edildiğini incelemeye imkan yoktur.

Diğer bazı yazarlar ise, savunma dokunulmazlığının esasının "adalet" mefhumunda aranması gerektiği kanaatindedir. Gerçekten bu düşünceye göre, söylenmesi gerekenin, ceza korkusu ile söylenmemesi adaletin gerçekleşmesine engel olur. Savunma dokunulmazlığının esası budur (9).

Son olarak bazı yazarlar ise, savunma dokunulmazlığının esasının yargı önündeki tartışma özgürlüğüne ilişkin genel menfaat olduğunu ileri sürmektedir (10). Gerçekten bu cezalandırmama nedeni, kaynağını bizzat menfaatlerini korumaları için taraflara ve temsilcilerine yargısal uyuşmazlıklarda geleneksel olarak tanınan savunma ve tartışma özgürlüğünde (libertas convicii) ifadesini bulmaktadır (11). Öyle ise bu neden tartışma özgürlüğüne ilişkin toplumsal menfaati temin amacıyla konulmuştur. (12). Kanaatimizce de savunma dokunulmazlığının esası yargısal uyuşmazlıklarda kabul edilen savunma ve tartışma özgürlüdür. Diğer düşüncelerde de az çok doğruluk ve haklılık payı olmakla birlikte, kimileri yanlış esaslara dayanmakta, kimileri ise, söz konusu kurumun esasını tam olarak açıklayamamaktadır. Bu nedenle son düşüncenin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. İtalyan Yargıtayı da vermiş olduğu bir kararda 598. maddenin (TCK. m. 486) esasının muhakeme esnasında taraflara ve vekil-

(8) ALABAY: s. 1724.

(9) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 1.

(10) FORCHINO, Antonio: Ingiuria e Diffamazione, Novissimo Digesto Italiano, VTET, VIII, Torino 1962, s. 691.

(11) ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, PS. 1., Milano 1982, s. 168.

(12) MANZINI, Vincenzo: Trattato di Dritto Penale Italiano, Vol. VIII., Torino 1961, s. 438.

lerine sağlanmış olan savunma ve tartışma özgürlüğü olduğuna karar vermiştir (13).

Savunma dokunulmazlığının subjektif mi yoksa objektif mi bir karaktere sahip olduğu hususu üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bunun bir kamu hukuku kurumu olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bundan vazgeçmek mümkün değildir; ayrıca taraflardan ve temsilcilerinden bir talep gelmeden hakim tarafından resen dikkate alınacaktır (14). Belirtelim ki, savunma dokunulmazlığı, objektif ve mutlak olan yasama sorumsuzluğundan farklı olarak nisbi ve subjektif bir karaktere sahiptir (15). Bununla birlikte, dokunulmazlığın belirleyici niteliği olarak objektif karakterde olduğu söylenmesine rağmen, o esasen karma, yani objektif ve subjektif bir niteliğe sahiptir. Çünkü fiil mutlak ve değişmez değildir, tersine hakim tarafından disiplin ve özel hukuk bakımından davayla bağlantılı olarak hukuka aykırı sayılabilmektedir (16). Bu nedenle açıktır ki, dokunulmazlık nisbi bir karaktere sahiptir, yani normal olarak sadece cezai sorumluluğu kaldırmakla sınırlıdır (17).

II. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Savunma dokunulmazlığının hukuki niteliğinin de belirlenmesi gerekir. Zira bu kurumun hukuki niteliği konusunda kabul edilecek düşünceye göre varılacak sonuçta farklı olacaktır. Bu konuda değişik düşünceler bulunmakla birlikte, bunları üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar; hukuka uygunluk nedeni olduğu düşüncesi, cezalandırma şartı olduğu düşüncesi ve sadece ceza hukukuna aykırılığı ortadan kaldıran neden olduğu düşüncesidir.

---

(13) Bu karar için bkz. ALABAY: s. 1749.

(14) MANZINI: s. 438; FORCHINO: s. 691; EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 565.

(15) MANZINI: s. 436.

(16) MANZINI: s. 436.

(17) MANZINI: s. 437.

A. Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Düşüncesi

Bazı düşünürler savunma dokunulmazlığının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindedirler (18). Gerçekten bu neden yargısal savunma hakkının icrası adı verilebilecek bir özel hukuka uygunluk nedenidir. Bilindiği gibi hukuka uygunluk nedenleri sadece genel kısımda yer almazlar, aynı zamanda özel kısımda da bulunabilir (19). Bu şekilde düşünenler düşüncelerini şöyle açıklamaktadır; Belirli koşulların varlığı durumunda tipiklik unsuru taşıyan hakaret ve sövme suçlarıyla ilgili fiiller suç sayılmamaktadır (20). Bilindiği gibi hukuka uygunluk nedenleri soyut olarak suç teşkil eden fiillerin yapılması yetkisini tanıdıkları, ya da bunu ödev durumuna soktukları için fiil daha işlenmeye başlandıktan sonra hukuka uygun ortaya çıkar (21). Gerçekten hakaret ve sövme genel olarak suç sayılan fiillerdir. Fakat TCK.nun 486. maddesindeki koşulların varlığı halinde hukuka uygun olmaktadır. Bu durum dışında işlenen fiil suçtur (22). Bu düşünceyi ileri sürenler hukuka uygunluk nedenlerinin suçun kurucu unsurlarından olan hukuka aykırılığa etki ettiği düşüncesini de kabul etmektedir. Buna göre, TCK.nun hakaret ve sövme ile ilgili hükümleri gereğince suç sayılan fiiller 486. maddenin varlığıyla meşru sayılmakta ve suçun unsurlarından hukuka aykırılık gerçekleşmemektedir. Savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk nedeni olarak ödevini bu şekilde yerine getirmektedir (23). Ayrıca bu neden özel hukuka uygunluk nedenidir (24).

---

(18) Bkz. SPASARI, Mario: Diffamazione e Ingiura, Enciclopedia del Diritto Penale, Vol. XII., Varese 1964, s. 493; ALABAY: s. 1725; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 943; ERMAN: Hakaret ve Sövme, s. 137.

(19) NUVOLONE, Pietro: II Sistema del Dritto Penale, Padova 1975, s. 191.

(20) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 943.

(21) Hukuka uygunluk nedenlerinin bu etkileri konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, B. 9., İstanbul 1986, s. 19 vd; ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 84.

(22) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 943.

(23) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 944.

(24) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 944. Nitekim Adalet Bakanlığınca bir komisyona hazırlatılan yeni Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının bu maddeyi karşılayan madenin (m. 177) gerekçesinde savunma dokunulmazlığının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. Türk Ceza Kanunun Ön Tasarısı, Ankara 1989, s. 300.

Bu düşünce eleştirilmiş ve denmiştir ki, savunma dokunulmazlığı bir hukuka uygunluk nedeni değildir (25). Zira savunma dokunulmazlığından yararlanan hakaret veya sövme cezayı gerektirmese de hukuka aykırı kalmakta devam etmektedir. Bir başka deyişle 486. maddede ceza gerektirmediği açıkça belirtildiği için yapılan hakaret veya sövmeye ceza verilemez, fakat öteki müeyyideler uygulanır. Gerçekten kanunun öngördüğü disiplin tedbirleri (CMUK., m. 377/378), yazı ve sözlerin evrak ve tutanaktan çıkarılması (TCK. m. 486/son) ile tazminat istenmesine imkan tanınmıştır. Hukuka uygunluk nedeni söz konusu olsaydı, bu sorumluluklar da olmazdı (26). Belirtelim ki, bu düşünce 486. madde ile bağdaşmamaktadır. Çünkü genel olarak kabul edilen düşünce hukuka uygunluk nedenlerinin suçun unsurlarından olan hukuka aykırılığa etki ettiği ve fiilin yalnız ceza hukuku bakımından değil, fakat tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale geldiğidir (27). Eğer bu neden hukuka uygunluk nedeni ise fiilin tüm hukuk dalları bakımından hukuka uygun hale gelmesi gerekir. Oysa 486. madde fiilin sadece ceza hukukuna aykırılığını ortadan kaldırmakta, yani suç olma niteliğine etki etmekte; diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olmasına dokunmamaktadır. Öyle ise hukuka uygunluk nedeni olduğu düşüncesi kabul edilemez.

B. Cezalandırma Şartı Olduğu Düşüncesi

Bazı yazarlar ise savunma dokunulmazlığının cezalandırma şartı olduğu düşüncesindedirler (28). Bu düşünceye göre "kanun takibat icra olunmaz, demek suretiyle sadece cezalandırmayı ortadan kaldırmakta, yoksa isnad edilmeye tesir etmemektedir. Cezalandırmayı bertaraf eden haller-suç ve suçluluk baki kaldığı cihetle-tam mazeret sebepleri olduklarından, 486. maddenin de

(25) TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I., B. 4, Genel Kısım, Ankara 1984, s. 309.

(26) TOSUN: s. 309; aynı yazar: Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982, s. 214, 215.

(27) Bu konuda bkz. DÖNMEZER/ERMAN: s. 174; ALACAKAPTAN: s. 95. Ayrıca bkz. KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi İstanbul 1949, s. 113.

(28) Bkz. SPASARI: s. 493; ERMAN: s. 208; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 2; ALABAY: s. 1722.

tam bir mazeret sebebi olduğundan şüphe edilemez" (29). Bu şekilde düşünenler devamla bu nedenin suçun hukuka aykırılık unsurunu etkilemediğini, fiilin hukuka aykırı kalmaya devam ettiğini ve burada cezalandırılırlık unsurunun gerçekleşmesini önleyen bir cezasızlık nedeninin bulunduğunu ileri sürmektedir (30).

Bu düşünce de eleştiriye açıktır. İlk eleştiri bu nedeni hukuka uygunluk nedenleri sayanlardan gelmiştir. Gerçekten bu düşünceyi savunanlardan Erem'in hukuka uygunluk nedenlerini cezalandırmayı kaldıran neden olarak kabul ettiği hatırlatıldıktan sonra hukuka uygunluk nedenlerinin cezalandırmaya etki eden nedenler olmadığı, söz konusu nedenlerin hukuka aykırılığa etki ettiği; dolayısıyla bu düşüncenin savunulmayacağı ileri sürülmüştür (31).

Burada belirlenmesi gereken husus cezalandırma şartının ne olduğudur. Gerçekten kimileri bunu suçun unsurlarından biri kabul etmektedir (32). Bunun suçun unsurlarından biri olarak kabul edilişi elbette varılacak sonucu değiştirecektir. Fakat buradaki düşünce cezalandırma şartını suç ve suçluluk var olduğu halde, sadece cezalandırmaya engel olan bir neden kabul etmektedir (33). Kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Aşağıda ele alacağımız gibi savunma dokunulmazlığı fiilin ceza hukukuna aykırılığını ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla suç olmasına da etki etmektedir. Oysa cezalandırma şartı kabul eden düşünce fiilin suç olma niteliğine dokunulmadığını iddia etmektedir. Bu ise kabul edilemez.

C. Sadece Ceza Hukukuna Aykırılığın Ortadan Kaldırdığı Düşüncesi

Diğer bazı yazarlar ise savunma dokunulmazlığının sadece ceza hukukuna aykırılığı ortadan kaldırdığı düşüncesindedir (34).

(29) ERMAN: s. 208; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 2.
(30) TOSUN: s. 309.
(31) ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, s. 944; KUNTER: s. 254.
(32) Bu konuda bkz. KUNTER: Kanuni Unsurlar, s. 250 vd.
(33) Bkz. KUNTER: s. 62, 63. Aynı yazar: Kanuni Unsurlar, s. 255.
(34) ANTOLISEI: s. 169, MANZINI: s. 436; FORCHINO: s. 691.

Gerçekten, savunma dokunulmazlığı fiilin disiplin ve özel hukuk sonuçlarına dokunmayarak, sadece ceza hukukuna aykırılığını gidermektedir (35). Ancak özel hukuka ve disiplin hukukuna aykırılık kendiliğinden mevcut olmamaktadır. Bu tür hukuka aykırılık davayı gören hakimin değerlendirmesi sonucu olmaktadır. Nitekim 486. madde hakime, fiilin disiplin cezası ve medeni sorumluluğu gerektirip gerektirmeyeceği konusunda bir takdir hakkı vermiştir. Bu demektir ki, hakim takdirini kullanırken fiilin tümden hukuka uygunluğuna da karar verebilir. Bu düşünce dayanaktan yoksun değildir. Bu sonuç bizzat 486. maddedeki ifadeden ve maddenin yazılış biçiminden çıkarılmaktadır (36). Böylece bu düşünce, savunma dokunulmazlığının sadece ceza hukukuna ayrılığı gideren bir neden olduğunu, fiilin disiplin ve özel hukuk bakımından aykırılığına dokunmadığını iddia etmektedir. Ayrıca disiplin ve özel hukuka aykırılık mutlak nitelik taşımakta; bu hakimin takdirine göre ortaya çıkmakta ya da çıkmamaktadır.

Kanaatimizce de savunma dokunulmazlığının hukuki niteliğine en uygun düşünce son düşüncedir. Zira kanunumuzdaki düzenleme de bunu desteklemektedir. Gerçekten TCK.nun 486. maddesinde fiilin cezalandırılmayacağı belirtilmiş ve fakat hakimin disiplin tedbirlerini uygulayabileceğini ve tazminata hükmedeceğini öngörmüştür. Bu nedeni hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, bilindiği gibi hukuka uygunluk nedenleri suçun hukuka aykırılık unsuruna etki eder ve hukuka aykırılık da tüm hukuk düzenine aykırılıkdır. Dolayısıyla bir fiil hukuk düzenine ya uygundur ya da aykırıdır. Bunun ortasında olamaz. Eğer savunma dokunulmazlığından yararlanan söz ve yazılar hukuka aykırı değilse, tüm hukuk düzeni bakımından aykırı değildir. Oysa kanunun düzenlenmesi bu düşünceyi doğrulamamaktadır. Ayrıca savunma dokunulmazlığını cezalandırma şartı olarak gören düşünce de isabetli değildir. Bu nedenle savunma dokunulmazlığının hukuki niteliğini son düşünce en iyi şekilde açıklamaktadır.

---

(35) MANZINI: s. 433; FORCHINO: s. 691.
(36) FORCHINO: s. 691.

§ 2. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ SINIRLARI

I. Objektif Sınırları

A. Konu İtibariyle Sınırları

TCK.nun 486. maddesinde yer alan savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için kanun objektif ve subjektif sınırlar (1) öngörmüştür. Objektif sınırlardan ilki konu itibariyle sınırlardır. Konu itibariyle sınırları da iddia ve savunma bakımından sınırları ve suç bakımından sınırları olmak üzere iki alt grupta toplamak mümkündür.

1. İddia ve Savunma Bakımından Sınırları

a. Hakaret veya Sövme Teşkil Eden Yazı ve Sözler İddia ve Savunma Sınırını Aşmamalıdır

Hakaret veya sövme teşkil eden yazı ve sözlerin savunma dokunulmazlığından yararlanabilmesi için her şeyden önce savunma sınırını aşmamalıdır (2). Gerçekten 486. maddeye göre, "hakareti tazammun eden yazı ve sözler dava ile ilgisi olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşarsa" dokunulmazlık dışına çıkılmış olur (m. 486/2). Bu hüküm kaynak kanunda ve kanunumuzun ilk şeklinde yer almamaktadır (3); söz konusu hüküm 6123 sayılı kanunla maddeye eklenmiştir. Değişiklikten önce de Yargıtay vermiş olduğu bir çok kararda bu hususa işaret etmiştir. Gerçekten Yargıtay "iddia ve savunma sınırının aşılmaması" (4) "iddia ve savunma dışına çıkılmaması" ve "müdafaa haricine çıkılmaması" (5) ve benzeri ifadelerle sınırlama yapma

(1) Buna savunma dokunulmazlığının şartları (koşulları) diyen yazarlar da bulunmaktadır. Biz "koşulları" yerine "sınırları" deyiminin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bkz. MANZINI: s. 439; FORCHINO: s. 691.

(2) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 10.

(3) Kaynak kanunda 486. maddeyi 398. madde karşılamaktadır. Bu hüküm için bkz. MAJNO, Luigi: Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 1980, s. 371.

(4) Yrg. CGK., T. 21.1.1957, E. 4/226, K. 23/26 (ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: En Son Tadilleri ile Birlikte Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1970, s. 741).

(5) 4. CD., 14.9.1938, E. 1670, K. 1696; İBK., 13.5.1942, E. 41, K. 3 (PERİNÇEK, Sadık/ÖZDEN, Cahit: Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, İstanbul 1959, s. 847).

yoluna başvurmaktaydı. Bu hüküm karşısında savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için söz konusu söz ve yazıların iddia ve savunma sınırını aşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde hakaret veya sövme teşkil eden yazılar bu hükümden yararlanamayacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir çok kararda bu sınırlamayı uygulamıştır. Gerçekten Yargıtay, sanığın sorgusunda, mağdure ile para karşılığında cinsi münasebette bulunsun şeklindeki sarfettiği sözlerin savunma sınırını aşıp aşmadığının düşünülmemesini bozma nedeni saymış (6); aynı şekilde sanığın talep edilen ihtiyati tedbir kararında üçüncü kişi durumunda bulunan müştekiler hakkında sarfetmiş olduğu ağır ve bizatihi hakareti tazammun eden sözlerin kapsam ve niteliğine göre, durumun iddia ve savunma sınırını aştığına (7) karar vermiştir.

Bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten Dönmezer, 6123 sayılı yasa ile savunma dokunulmazlığının bir miktar sınırlandığı düşüncesindedir (8). Yazara göre, değişiklikten önce hakaret ile dava arasındaki ilginin mantıki, hakaretlerin savunma amacıyla yapılması yeterli idi. Değişiklikle birlikte, hakaretin dava ile ilgili olması yetmemekte, ayrıca bunun iddia ve savunma sınırını aşmaması gerekmektedir (9). Erem de, iddia ve savunma sınırı içerisinde kalan hususun esasen hakaret teşkil etmesinin mümkün olmayacağını, bu sınırın aşılmasına rağmen faile ceza verilmemesi iledir ki, bu dokunulmazlıktan söz edilebilir demektedir (10). Kunter ise, savunma dokunulmazlığının böyle belli koşullarla kabulünün dokunulmazlığı sınırlamakla kalmayıp, hatta bazan tümüyle yok edilmesi sonucu doğurduğunu ileri sürmektedir (11).

---

(6) 4. CD., 31.5.1957, E. 7545, K. 7767 (ÇAĞLAYAN: s. 741).

(7) 4. CD., 24.9.1959, E. 5655, K. 10390 (ÇAĞLAYAN: s. 740).

(8) DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Özel Kısım, B. 11., İstanbul 1981, s. 265.

(9) Bu durumda örneğin "velayetin tevdii davasında taraflardan birisi, diğerinin çocuğun velayetini ciddiyetle yerine getirmediğini kanıtlamak için sarhoşluğunu, cinsi sapık, ağzı bozuk ve küfürbaz olduğunu açıklayabilir, fakat bunları açıklarken davacı hakkında küfür teşkil eden ibareler kullanamaz". Bkz. DÖNMEZER: s. 265.

(10) EREM: Hakaret ve Sövme, s. 81.

(11) KUNTER: s. 221.

Sözü edilen bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur (12). Davacı dilekçesinde, "savunma masuniyetinin tam olmak zorunda olduğunu ve iptalini istedikleri hükmün bu masuniyeti ciddi surette engellediği ve esasen iddia ve müdafa içinde kalan bir hususun kast unsuru bakımından hakaret teşkil etmesinin imkanız olup, bu sınırın aşılmasına rağmen faile ceza verilmemesiyledir ki, masuniyetin yaratılabileceğini ve antidemokratik kanunları tesbitle görevli ilim komisyonu tarafından da kabul edildiği üzere bu hükmün Anayasanın 31. maddesinde yer alan savunma hakkına aykırı olduğunu" ileri sürerek iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararda savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılmasının esas olduğuna; tarafların yargılama makamları önünde iddia ve savunmalarını endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerektiğine; iddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesinin adaletin tam olarak yerine getirilmesi nedenine dayandığına ve söz konusu serbestinin davanın aydınlığa kavuşmasına hizmet ettiği takdirdedir ki, Anayasanın öngördüğü meşru vasıtalara başvurulmuş olacağına işaret ettikten sonra, dava nedeniyle söylenmesinde ve yazılmasında zaruret mevcut olmayan, yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiç bir etkisi görülmeyen hakareti mutazammın yazı ve sözlerin sarfedilmesinde elbette meşruluktan söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme devamla, işte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış ve bu suretle de haysiyetler korunmuş olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm yargı mercileri önünde iddia ve savunma durumunda bulunan kişileri korkutacak ve tereddüte düşürecek ve bu yüzden de söylenmesi ve yazılması gereken bir hususu söylemekten ve yazmaktan çekinmeyi gerektirecek bir nitelik taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır (13).

Kanunumuzun ilk şeklinde ve kaynak kanunda yer almayan ve sonradan eklenen bu fıkraya ilişkin endişelere ve eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Bu hükümle savunma dokunulmazlığının yok edildiği iddiası aşırı olmakla birlikte, bu hakkın

(12) Anayasa Mahkemesi, 8.6.1965, E. 163, K. 36 (Karar için bkz. ÇAĞLAYAN: s. 281 vd.).

(13) Bkz. ÇAĞLAYAN: s. 282.

önemli ölçüde sınırlandırılmış olduğunu söyleyebiliriz. Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükmü anayasaya aykırı bulmaması, bunun yerinde bir düzenleme olduğu anlamına da gelmez. Gerçekten dava ile ilgili olmak hususunu, hakaretin zaruri ve savunma yapabilmek için kaçınılmaz olması ölçüsüne indirgemek dokunulmazlığın çok daraltılmasına yol açar (14). Kaldı ki, iddia ve savunma hakkında bir sınır ve onun nerede bittiğini belirleyen bir ölçü bulma imkanı yoktur (15). Savunma dokunulmazlığını koruyabilmek için kanunda yer alan bu sınır yorumla genişletilmelidir (16).

b. Yazı ve Sözler İle Dava Arasında Nedensellik Bulunmalıdır

Savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için öngörülen sınırlardan biri de yazı ve sözler ile dava arasında bir nedensellik bulunmasıdır (17). Gerçekten de hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazıların yargı mercileri önünde söylenmesi yeterli değildir, ayrıca bunların dava konusu ile bağlantılı olması şarttır (18). Aksi takdirde 486. madde uygulanamaz. Belirtelim ki, söz ve yazıların dava konusu ile bağlantıları, ilgileri kurulduktan sonra, artık bunları söyleyenlerin veya mahkemeye sunanların niyetine bakılmaz (19). Ancak yazı ve sözler ile dava konusu arasındaki nedensellik doğrudan olmalıdır. Bu nedensellik yönünden, genellikle hakaretin konusu ile dava arasında "herhangi bir mantıki ilgi" yeterli görülmektedir (20). Bağıntı dolaylı olduğu takdirde kişi yine dokunulmazlıktan yararlandırılmalı; ancak disiplin cezasına veya tazminata karar verebilmelidir (21). Bu du-

(14) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 11. Ayrıca bkz. ERMAN: s. 213.

(15) ERİŞ, Uğur: Savunma Dokunulmazlığı, Koşulları, Değerlendirilmesi, ABD., 1978, S. 6 (Yıl 35), s. 403.

(16) KUNTER: s. 221. Aynı yazar iddia ve savunmanın tam yapılabilmesi için iddia ve savunma sınırı aşıldığında hakaret veya sövme suçu değil, sadece disiplin suçunun olması gerektiğini; disiplin suçuna yer veren belgenin kabul edilmemesi ve değiştirilmesinin istenmesi yolundaki HUMK.da yer alan normun (m. 78/2) kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bkz. KUNTER: s. 221.

(17) MANZINI : s. 448; DÖNMEZER: s. 264.

(18) MANZINI: s. 448. Bkz. ALABAY: s. 1748.

(19) MANZINI: s. 448.

(20) ERMAN: s. 213; TOSUN: s. 309; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 10.

rumda dava ile hiç bir mantıksal bağıntısı bulunmayan söz ve yazılar hakaret veya sövme teşkil eder.

Dava ile hakaret ve sövme arasındaki ilginin bulunup bulunmadığını takdir maddi bir sorun olarak kabul edilip, Yargıtayın bu takdire karışmayacağı ileri sürülmektedir (22). Yargıtay da hakaret teşkil eden sözlerin savunma için söylenmesinin yeterli olacağı, bu sözlerin savunmaya yarayışlı olup olmadığını incelemeye mahkemelerin yetkisinin bulunmadığı düşüncesindedir (23).

Burada önemli olan sarfedilen sözlerin veya mahkemeye verilen yazıların yargılanan uyuşmazlıkla ilgili olmalarıdır. Bu ilgi ve bağlantının az veya çok olması dokunulmazlıktan yararlanmaya etki etmez (24). Bununla birlikte hakaret teşkil eden sözler ve yazıların yargılanan uyuşmazlıkla yani davanın konusu ile hiç bir ilgi ve bağlantısı yoksa ve bu söz ve yazılar sırf intikam duygusu ile, kin üzerine ve davanın konusu dışındaki diğer nedenler dolayısı ile söylenmiş veya sunulmuş ise, 486. maddeden yararlanamaz (25). İtalyan ve Türk Yargıtayları da vermiş olduğu kararlarda bu hususa işaret etmişlerdir (26). Belirtelim ki, hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazıların dava konusu ile nedensel bir bağının varlığı için davanın esasına veya tali meselelere ait oluşuna göre farklı bir çözüm biçimi de kabul edilemez. Yani hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazılar gerek davanın esasına gerekse tali meselelere ait olsun, her iki halde de yargılanan uyuşmazlık ile bağıntılı kabul edilmeli ve diğer şartların da varlığı halinde 486. madde uygulanmalıdır.

---

(21) MANZINI: s. 448.

(22) Bkz. ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 401.

(23) Bkz. Yrg. CGK., 29.5.1950, E. 4/177, K. 157 (ÇAĞLAYAN: s. 741, 742).

(24) ALABAY: s. 1748.

(25) DÖNMEZER: s. 265.

(26) Gerçekten Yargıtay, sanığın duruşmada hükümetin manevi şahsiyetini tahkir sadedinde sarf ettiği sabit olan sözün dava ve savunma ile bir ilişiği olmadığına karar vermiştir. Aynı şekilde İtalyan Yargıtayı da, mahkeme huzurunda kendini savunurken hiç bir şekilde dava ile ilişkin olmadığı halde kamunun hakaretine maruz kalacak şekilde müştekiye maddei mahsusa isnad eden kimsenin savunma niyetini ileri süremeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Yrg. CGK., 4.1.1937, E. 164/9, K. 4 (PERİNÇEK/ÖZDEN s. 651) İtalyan Yargıtayının kararı için bkz. ALABAY: s. 1749.

2. Suç Bakımından Sınırları

a. Hakaret ve Sövme Suçu

Savunma dokunulmazlığının suç bakımından da sınırları bulunmaktadır. Gerçekten kanunumuz savunma dokunulmazlığını tüm suçlar bakımından kabul etmemiş, sadece hakaret ve sövme suçları bakımından öngörmüştür (27). Bu sınırlama TCK.nun 486. maddesinde "...hakareti mutazammın yazı ve sözlerden dolayı takibat yapılmaz" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kurum esasında yargı mercileri önünde savunma ve tartışma özgürlüğünü sağlamak için kabul edildiğinden söz konusu suçlar bakımından dokunulmazlık tanınması yerindedir. Belirtelim ki, maddede sadece hakarete değinilmiş olmasından dolayı sövme suçunun dokunulmazlık konusu olamayacağı düşünülmemelidir. TCK.nun 486/1 maddesinde hakaret ve sövme arasında ayrım yapılmamasından fıkra içeriğinin hakaret yanında sövmeyi de içerdiği sonucuna ulaşılmalıdır (28). Bu konuya sistematik açıdan da bakıldığında 486. madde hakaret ve sövme cürümlerinin yer aldığı yedinci fasılda yer almaktadır. Öyle ise varılan sonuç kanunun sistematiğine de uygundur.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da 486. madenin sadece 480. madde ve devamında yer alan "genel hakaret ve sövme" suçları için geçerli olup olmadığıdır. Yani bu suçlar dışında memura hakaret (m. 266) gibi bütün hakaret suçları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ortaya konmalıdır. Erem'e göre, 486. madde "genel hakaret ve sövme" faslında yer aldığından "memura hakaret" (m. 266) cürümlerine karşı savunma dokunulmazlığı öne sürülemez. Aynı şekilde TCK.nun 159. maddesindeki hakaret de dokunulmazlıktan yararlanamaz (29). Dönmezer ise, 486. madde hükmünün sadece 480 ve sonra gelen maddeler bakımından değil ve fakat bütün hakaret ve sövme suçlarına ilişkin metinler bakımından geçerli olduğu kanaatindedir (30).

(27) FORCHINO: s. 691; EMAN: S. 212; MAJNO: s. 372.

(28) MANZINI: s. 439; ÖZÜTÜRK, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, C. 3, B. 2, İstanbul 1970, s. 114; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 389; ALABAY: s. 1738.

(29) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 10. Aynı kanaatte ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 389.

(30) DÖNMEZER: s. 266.

Bu son düşünce kabul edildiğinde ilk düşüncenin aksine memura hakaret halinde de 486. madde uygulanacaktır. Kanaatimizce maddeyi tüm hakaret ve sövme suçlarını kapsayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir (31). Bu nedenle söz konusu hükmün sadece genel hakaret ve sövme cürümleri için geçerli olduğu yolundaki düşünceye katılıyoruz.

b. Diğer Suçlar

Savunma dokunulmazlığı sadece genel hakaret ve sövme suçları bakımından kabul edilmiştir. Bu nedenle diğer suçlar yönünden 486. maddeyi uygulamaya imkan yoktur (32). Gerçekten tehdit, müessir fiil, iftira suçları yargılama makamları önünde iddia ve savunma sırasında olsa da dokunulmazlıktan yararlanamaz (33). Zira muhakeme esnasında savunma bu gibi vasıtalara baş vurmayı gerektirmez. İddia ve savunmada tartışma özgürlüğü yargılanan uyuşmazlığın değerlendirilmesine hizmet eder. Yoksa tarafa zarar vermeyi onu tehdit etmeyi kapsamaz. Kaldı ki, iddia ve savunma sözle veya yazı ile yapılır. Bunun dışında bir vasıta ile örneğin şahıslara veya eşyaya zarar vererek yapılamaz. Erem, dokunulmazlığın sadece belirli suçlar için geçerli olmasını doğal karşılamakla birlikte, bazı durumlarda dokunulmazlığın gerçekleşmeyeceği endişesi ile bunu hafif tehdit durumlarına kadar genişletmektedir (34). Bu düşünce kabul edildiğinde hakaret ve sövme suçları yanında savunmada zorunluluk olduğu takdirde hafif tehdit suçları da dokunulmazlıktan yararlanabilecektir.

---

(31) Memura hakaret suçu yönünden doğabilecek haksız durumların TCK.nun 272. maddesi hükmü ile giderilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 572. Manzini ise, eğer memura hakaret savunmanın yapılmasında büyük bir öneme sahipse ve de etkinse 598. maddenin uygulanacağı kanaatindedir. Bkz. MANZINI: s. 447.

(32) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 10; MANZINI: s. 439; MAJNO: s. 372; ERMAN: s. 214. SEVİG, Vasfi R: Şeref ve Haysiyetin Kanuni Himayesi ve İstisnaları, AC., Ankara 1939, s. 14, 15.

(33) MANZINI: s. 446; FORCHINO: s. 691; ALABAY: s. 1739.

(34) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 10.

B. Vasıta İtibariyle Sınırları

1. Savunma Hakkının Dilekçe, Lâyiha ve Bunlar Dışındaki Evrakda Yer Alan Yazı ve Sözlerle Kullanılması

Buradaki sınır savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için hangi vasıtaların kullanılabileceğini göstermektedir. Gerçekten kanunumuz yargı mercileri önünde söylenen söz ve yazıların savunma dokunulmazlığından yararlanabilmesi ve dolayısıyla cezalandırılmaması için, bunun belli vasıtalarla olabileceğini öngörmüş bulunmaktadır (35). Bu vasıtalar dilekçe, layiha veya sair evrakdır. Bu durumda tarafların veya vekillerinin gerek ceza muhakemesinde gerekse medeni muhakemede yargılama sırasında verecekleri dilekçe, layiha veya sair evraklarda yahut söyledikleri sözlerde hakaret veya sövme teşkil eden bir husus varsa bunlar dokunulmazlıktan yararlanabilecektir. Öyle ise kanun iki tür vasıtayı kabul etmiştir. Bunlar yazı ve sözlerdir. Yazının hangi nitelikte belge olacağını da belirtmiş bulunmaktadır.

TCK.nun 486. maddesindeki "evrak" deyiminin nasıl anlaşılacağı sorusuna gelince, bunu, evrakta sahtekarlık suçlarında olduğu gibi özel bir anlamda değil, yazılan ve bunları temsil edebilen belgeler anlamında kabul etmek gerekir (36). Erman yazıyı temsil edebilen belgeler ve özellikle resim ve fotoğrafların da "evrak" deyimine dahil edilmesi kanaatindedir (37). Bizce de bu düşünce yerindedir.

Belirtelim ki, kanunda sözü edilen dilekçe, layiha, diğer evrak ve iddiaların savunma ile ilgili olmaları gerekir. Bu durumda sa-

(35) DÖNMEZER: s. 264; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 394, 395; EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 570.

(36) Bu durumda tarafların ve vekillerinin davanın başlangıcından sona ermesine kadar mahkemeye verdikleri her tür evrak, örneğin hukuk davalarında dava dilekçeleri, lâyihalar, belgeler, senetler, muhtıralar vs., ceza davalarında da ihbarname, şikayetname, dava dilekçesi, yazılı savunma, dilekçe ve diğer her tür yazılar evrakdır. Bkz. ERMAN: s. 215; ALABAY: s. 1744.

(37) ERMAN: s. 215. Evrakın geniş anlaşılması gerektiği için bkz. VİDİNLİ, İbrahim: Ceza Kanununun 486. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme, AD., 1946, s. 10. s. 110.

vunma kavramına girmeyen yazı ve sözler, yargı mercileri önünde kullanılsalar da savunma dokunulmazlığından yararlanamayacaktır (38). Örneğin, takibi şikayete bağlı bir suç hakkındaki duruşmada, katılan şikayetini geri almak suretiyle kamu davasını düşürmek için söz aldığında, aynı zamanda hakareti içeren sözlerde sarfederse, dokunulmazlıktan yararlanmamalıdır (39).

C. Yer İtibariyle Sınırları

1. Yargılama Makamları

Savunma dokunulmazlığı yer itibariyle de sınırlandırılmıştır. Buna göre hakaret ve sövme teşkil eden yazı ve sözler yargılama önünde söylenmelidir (40). TCK.nun 486. maddesinde bu "kaza mercileri" deyimi ile belirtilmiştir. 6123 Sayılı kanunla değiştirilmeden önce maddede "mahkeme" tabiri (41) yer alıyordu. Bu sınırlamanın neden ibaret olduğunun anlaşılabilmesi için yargılama makamı deyiminin açıklanması gerekmektedir. Bilindiği gibi devletin üstlendiği yargılama görevini yargılama makamları yerine getirmektedir. Belirtelim ki, muhakemenin her safhasında hüküm verildiğinde, yargılama da sadece son soruşturma safhasında bulunmadığından, mahkemeden başka hakim kararlarına da rastlandığından yargılama makamları doktrinde mahkeme ve hakimlik makamları olmak üzere iki alt gruba ayrıldığı ileri sürülmektedir (42). Sonuçta yargılama makamı deyiminin yargı fonksiyonunu yerine getiren bütün makamları kapsadığı söylenmektedir (43).

Bu belirleme ışığında yargılama makamı kavramı içerisine ceza mahkemeleri (ağır ceza mahkemesi, asliye ceza mahkemesi,

---

(38) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 7.

(39) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 570.

(40) ERMAN: s. 215, 216; DÖNMEZER: s. 264; EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 570.

(41) Kaynak kanunda da "mahkeme" terimi yeralmakla birlikte bu maddenin ceza mahkemelerine ilişkin olması yolundaki tereddüdü gidermek için "muhakeme esnasında" denilmesi teklif edilmişti. Fakat bu ilave gereksiz görülmüş ve mahkeme teriminin her tür mahkemeyi içereceği söylenmiştir. Bkz. MAJNO: s. 372.

(42) Bkz. KUNTER: s. 147 vd.

(43) DÖNMEZER: s. 264.

sulh ceza mahkemesi ve devlet güvenlik mahkemesi), hukuk mahkemeleri (asliye hukuk mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi), bölge idare mahkemesi, idare ve vergi mahkemesi, yüksek mahkemelerden Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi girer. (44). Bu durumda yargılama makamının ceza mahkemesi, hukuk mahkemesi ve idare mahkemesi olması ilk derece mahkemesi veya üst derece mahkemesi olması arasında fark yoktur (45). Aynı şekilde mahkemenin özel, genel mahkeme olması ya da olağan, olağanüstü mahkeme olması da 486. maddenin uygulanması bakımından önemli değildir. İstinabe ve naiplik halleri de yargılama tabirine dahildir (46).

Doktrinde bazı yazarlar yargılama makamı bakımından mahkemenin olay mahkemesi ile üst mahkeme olması arasında ayrım yapmakta ve savunma dokunulmazlığının uyuşmazlığın tartışıldığı ve karara bağlandığı olay mahkemesinde geçerli olduğunu ileri sürmektedir (47). Bu düşünce kabul edildiğinde üst derece mahkemeleri olan Yargıtayda, Danıştayda 486. madde uygulanmayacak ve bu yargılama makamlarına görülen dava ile ilgili verilen dilekçelerde hakaret veya sövme teşkil eden sözler varsa, bunlar dokunulmazlıktan yararlanamayacaktır. Fakat kanunumuzda sadece "kaza mercileri" deyimi alındığından bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira bu terimi sadece olay mahkemelerine inhisar etmek doğru değildir. Bu nedenle gerek olay mahkemeleri denilen ilk derece mahkemelerde, gerekse temyiz makamı olan üst mahkemelerdeki iddia ve savunmalarda bu madde uygulanır. Öyle ise olay mahkemesi olmayan ve birer temyiz merci olan Yargıtay ve Danıştayda da 486. madde uygulanacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere 486. maddde 6123 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce mahkeme deyimi yer almaktaydı. Şimdi yürürlükten kaldırılmış bulunan sorgu yargıçlığının da Anayasa-

(44) MANZINI: s. 444; EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 571; ERMAN: s. 216; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 390.
(45) MANZINI: s. 444; EREM/TOROSLU: s. 571; DÖNMEZER: s. 264.
(46) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 7.
(47) ANTOLISEI: s. 169; MANZINI: s. 443.

da yer alan mahkeme tabirine girdiği iddiasını Anayasa Mahkemesi kabul etmemiş ve bunu mahkeme tabirine dahil etmemiştir (48). Ancak bu karar eleştirilmiş ve Anayasadaki mahkeme deyiminin üst bir kavram olan yargılama makamını ifade ettiğini ve bu kavrama da mahkeme makamı ve yargıçlık makamının dahil olduğu ileri sürülmektedir (49). Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise, İcra Tetkik Merci görevini yapanların hakim sıfatını taşıdığını ve bu mercilerin "mahkeme" olarak kabul edilmeleri gerektiğine karar vermiştir (50). Anayasa mahkemesinin bu kararı sorgu hakimleri ile ilgili kararı aksine isabetlidir.

Yargılama makamı kural olarak devletin resmi makamı olan mahkeme ve hakimlerden oluşmaktadır. Ancak devlet istisnai bazı hallerde bu makamlar dışındaki bir makamın yargılama görevi yapmasına izin vermiştir. Bu duruma "hakeme baş vurma" denilen kurumda rastlanmaktadır. Hakemliği de "hakem mahkemesi" diye adlandırılabilecek resmi bir yargılama makamı olduğu söylenmektedir (51). Bir başka düşünce de zorunlu hakemlerin yargılama makamı olduğunu, zira bunlar da görevlerini icra sırasında adli hizmeti yerine getirdiğini ileri sürmektedir (52). Biz de bu son düşünceye katılıyoruz. Böylece zorunlu hakemler önündeki hakaret ve sövmeler de 486. maddeden yararlanacaktır (53).

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da mahkemeye verilen yazıların, bu makam önünde söylenen sözlerin daha sonra dışarıya yansıtılmasında ve özellikle basında kullanılması ha-

(48) Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesi, 24.9.1968, E. 68/37, K. 68/34 (AMKD. 1975, S. 6, s. 220 vd.).

(49) Bkz. KUNTER: s. 149 vd.; ERİŞ; Savunma Dokunulmazlığı, s. 391.

(50) Bkz. Anayasa Mahkemesi, 26.10.1965, E. 1635/25, K. 1965/57 (AMKD., S. 3, Ankara 1971, s. 286 vd.).

(51) ALABAY: s. 1743; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 392.

(52) MANZINI: s. 444. Krş. ERMAN: s. 216.

(53) HUMK.nun 516 vd. maddelerinde tahkim (hakeme başvurma) düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, hakimlerin pek çok husus bakımından hakimlere ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur. Bunların kararları aleyhine Yargıtay'a temyiz yoluna başvurabilmekte ve yargılamanın iadesi de istenebilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4. C. III. Ankara 1982, s. 235 vd, 310 vd., s. 741 vd., BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 741 vd.

linde savunma dokunulmazlığından yararlanıp yararlanılamayacağıdır. Kanunumuz savunma dokunulmazlığını yargılama makamları önünde olmakla sınırlamıştır. Dolayısıyla hakaret ve sövme teşkil eden yazı veya sözler, mahkemeden sonra basında kullanılırsa dokunulmazlıktan yararlanamaz (54). Yargıtay yargılama makamları önünde olmayı da sınırlamış ve 486. maddenin duruşmanın yapıldığı mahkemece uygulanacağına karar vermiştir (55). İtalyan Yargıtayı da vermiş olduğu kararda dokunulmazlığın adli makamlara tevdi edilmiş olan yazıların içerdikleri hakarete ilişkin olduğuna, aynı yazıların başka bir amaçla yeniden yayınlanması, basında kullanılması halinde buna dokunulmazlığın uygulanamayacağına karar vermiştir (56). Bu tür kararları eleştiren Carrara ve bunun düşüncesine katılan Majno'ya göre, dokunulmazlığın asıl nedeni yayınlayanın mazeretini göstermek mecburiyetidir. Bu mazeretin açıklanması yalnız mahkemeye karşı değil, davayla ilgili olan kamu oyuna karşı da gerekir. Fazla suretler çıkarılmasının tahkir kastını gösterdiğini söylemek doğru değildir. Bu neden ancak mazeretin yayın kastını gösterir ve bundan dolayı hakaret ve sövme olamaz (57). Kanaatimizce kanun savunma dokunulmazlığını ve onun sonuçlarını savunma ve tartışma özgürlüğünün gerçekleştiği yargılama makamları ile sınırlamıştır. Bu nedenle hakaret ve sövme teşkil eden bu sözler basında kullanılırsa artık dokunulmazlıktan yararlanamaz. Zira söz konusu söz ve yazıların basında kullanılması ve yayınlanması savunmaya hizmet etmez.

---

(54) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 9. Anglo-Sakson Hukukunun bu konuda arzettiği özellik için bkz. ERMAN: s. 217.

(55) 2. CD. 11.9.1951, E. 8826, K. 9160 (PERİNÇEK, Sadık - ÖZDEN, Cahit: Türk Ceza Kanunu ve buna Ait Seçilmiş Yargıay Kararları, İstanbul 1959, s. 850).

(56) Bu karar için bkz. ALABAY: s. 1744.

(57) Bkz. MAJNO: s. 374. Eski 1931 tarihli Matbuat Kanununun 47/A maddesinde 486. maddesindeki dokunulmazlığa tabi olan yazı ve savunmaların yayınlanmasına izin verilmiştir. Bu yazı ve sözleri yayınlayan gazete ve dergiler hakkında takibat da yapılamaz. Bu hususta takibat yapılabilmesi için mahkemece hakareti içeren evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olması gerekir. Böyle bir hüküm bugün yürürlükte bulunan 5680 sayılı Basın Kanunda yer almamaktadır. Yani yürürlükteki Basın Kanununda izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Eski hüküm açıklaması için bkz. ERMAN: s. 215; ALABAY: s. 1746.

2. Savcılık

Ceza muhakemesinde yer alan muhakeme makamlarından toplumsal iddia makamını savcılık oluşturmaktadır. Bu makam önünde söylenen sözlerin ve yazıların da dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağı belirlenmelidir. Belirtildiği üzere 486. maddede "kaza mercileri" deyimi kullanılmıştır. Bu kavram içine savcılığı sokmak mümkün olmasa gerek. Dolayısıyla savcılığın yaptığı işlemler nedeniyle hakaret veya sövme teşkil eden sözler sarfedilir veya yazılı belgeler verilirse, bunlar dokunulmazlıktan yararlanamaz (58). Bilindiği gibi ön soruşturma safhasının hazırlık soruşturması devresindeki işlemler genelde savcılık makamının yaptığı işlemlerdir. Örneğin savcının ifade almasında kişi 486. maddeden yararlanamayacaktır. Sonuçta hazırlık soruşturması derecesinde tarafların ve vekillerinin hakaret veya sövme oluşturan söz ve yazıları 486. maddeden yararlanma imkanına sahip olmayacaktır. Aynı şekilde savcının yardımcısı sıfatı ile hareket eden suç kolluğundaki işlemlerde de söz konusu maddenin uygulanması mümkün değildir (59).

3. İdari Makamlar

Hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazılar idari makamlar önünde de söylenmiş olabilir. Bu makamlar önünde söylenen söz ve yazıların da savunma dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı belirlenmelidir. Sorunu kanunumuz bakımından çözmek zor olmayacaktır. Zira kanunumuz dokunulmazlığın yer itibariyle sınırını yargılama makamı olarak göstermiş bulunduğundan idari makamları buraya dahil etmek mümkün değildir. Öyle ise bu hükümden yararlanabilmek için hukukumuzda yazı ve sözlerin yargılama kuruluşları huzurunda geçmesi veya kanunun gösterdiği evrak bu makamlara verilmelidir. İdari makamlar madde dışında kaldığı gibi yasama da hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Sonuçta idari makamların yapmış olduğu disiplin işlerindeki savunmalarda ve diğer işlemlerde söylenen söz ve yazılar dokunulmazlıktan yararlanamayacaktır (60).

---

(58) ERMAN: s. 216.

(59) MANZINI: s. 445; ERMAN: s. 216.

(60) DÖNMEZER: s. 264. Yargıtay bir kararında "resmi makamlara verilen ve

Bu konu İtalyan Ceza Kanununda farklı şekilde hükme bağlanmıştır. Gerçekten İtalyan Ceza Kanunu 598. maddesinde savunma dokunulmazlığını adli ve idari makamlar önünde söylenen söz ve yazılar için kabul etmiştir (61).

Burada tartışılması gereken bir konu, disiplin cezası düzenlemek için kanunlarda kurulmuş kurul yahut makamların 486. maddeye dahil edilebilip edilemeyeceğidir. Bu sorun İCK bakımından çözülmüş bulunmaktadır. Zira, belirttiğimiz gibi İCK, yalnız adli makamları değil, aynı zamanda idari makamları da dokunulmazlığa dahil etmiştir. Nitekim Roma Asliye Ceza Mahkemesi, İKC.nun 598. maddesindeki hükme dayanarak Baro Disiplin Kurulu önündeki isnatları dokunulmazlık içinde görmüştür (62). Hemen belirtelim ki, böyle bir sonuca varmaya kanunumuzun hükmü elverişli değildir (63). Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "...mahkemenin kararında belirtildiği veçhile TCK. nun 486. maddesindeki müdafaa masuniyetinin yalnız kaza mercileri nezdindeki iddia ve müdafaalara maksur olduğu metindeki... kayıtlarını taşıyan sarih ibareden anlaşılmakta olduğuna göre; bu madde hükmünün kıyaslama suretiyle baro disiplin kurulu nezdindeki şikayet ve müdafaaya teşmiline imkan bulunmadığı..."na karar vermiştir (64). Bununla birlikte doktrinde disiplin cezası düzenlemek için yasalarla kurulan baro disiplin kurulu ve benzeri diğer kurullar da yargılama makamı içinde değerlendirilmektedir (65). Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira, yorumcunun kanun hükmünü ihtiyaçlara cevap vermese de değiştirmeye yetkisi yoktur. Gerçekten kanunumuzun yer itibariyle getirdiği sınırlama yetersiz olup ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Fakat bu durum hükmün öngörmediği ve içermediği bir durumu kapsayacak şekilde yorum yapmayı haklı kı-

---

hakaret niteliğinde sözler içeren dilekçe bir kaç daireye gönderilmekle içindekileri bir kaç kişi öğrendiği takdirde hakaret suçu oluşur" demektedir. Bkz. YİBK. 13.5.1942, E. 1940/41, K. 1942/13 (HAMZAOĞULLARI, Adnan/ İZGÜ, R. Orhan/GÜLPINAR, E. Cenap; Ceza ve Usul Kanunları, ankara 1984, s. 730).

(61) ANTOLISEI: s. 168; MANZINI: s. 452.

(62) Karar için bkz. ALABAY: s. 1742.

(63) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 8.

(64) 2. CD. 18.6.1949, E. 6851, K. 6805 (ÇAĞLAYAN: s. 743).

(65) DÖNMEZER: s. 264; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 393.

lamaz. Bu nedenle biz son düşünceye katılmıyoruz. Belirtelim ki, kanunumuzun yer itibariyle getirdiği sınırlamanın İCK.da olduğu gibi hem adli makamları hem de idari makamları kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Yer itibariyle sınırları bitirmeden savunma dokunulmazlığının zaman itibariyle sınırlarını da belirlemek istiyoruz. Gerçekten dokunulmazlık hem belli makamlar önündeki söz ve yazıları kapsamakta, hem de belli zamanda olmayı gerektirmektedir. Buna göre, her işlemin muhakemede yapılma zamanı vardır. İşte söylenen sözler ve yazılar ilgili işlemin yapıldığı zamanda olmalıdır (66). İşlem veya beyanın yapılacağı zamandan önce veya sonra yapılan işlem ve beyanlarda hakaret veya sövme varsa 486. madde uygulanamaz (67). Örneğin, duruşma açılmadan bazı işlemler yapılamaz. Duruşmadan önce olursa dokunulmazlık geçerli olmaz. Yine yazılı savunma istendiğinde savunma verilecek, istenmeden verildiğinde söz konusu hüküm uygulanamaz (68). Hakim kendisine söz vermeden karşı tarafın sözünü keserek hiddet, kızgınlık ile ne dediğini bilmeden konuşan kişi hakkında da 486. maddenin uygulanması mümkün değildir. Duruşma bitip hakimler hüküm vermeye çekildiklerinde taraf hakaret teşkil edecek sözler söylerse yine zaman itibariyle sınırın dışına çıkılmış olur (69). Aynı şekilde tanık dinlenirken veya bilirkişinin bilgisine başvurulurken ya da bilirkişinin düzenlediği rapor okunurken hakimden izin alınmadan tanığın sözleri veya bilirkişinin mütalaası hakkında gelişi güzel konuşan kimse dokunulmazlıktan yararlanamaz (70).

---

(66) MANZINI: s. 452; DÖNMEZER: s. 266; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 395.

(67) MANZINI: s. 453; DÖNMEZER: s. 266.

(68) MANZINI: s. 452.

(69) Aynı şekilde mahkemede karşılıklı tartışmalar bitip yeni bir usul işlemine geçildiğinde söylenen söz veya yazılar bakımından bu madde uygulanamaz. Bkz. MANZINI: s. 443.

(70) VİDİNLİ: s. 1117.

II. Sübjektif Sınırları

A. Savunma Dokunulmazlığından Yararlanacak Kişiler Bakımından Sınırları

Savunma dokunulmazlığı yargılanan uyuşmazlıkta görev almış ve katılmış her süjeyi kapsamamaktadır. Bu, kişi bakımından da sınırlamaya tabi tutulmuştur. Zira kabul ediliş amacına hizmet edecek kişilere, tanınmıştır. Gerçekten TCK., bunu sadece taraflar ile temsilcilerine tanımıştır. Bu kişiler dışındaki kimselerin yargılama makamı önünde de olsa hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazılar dokunulmazlıktan yararlanamaz. Burada taraf ve temsilcilerinin kimler olduğu ve ne zaman dokunulmazlıktan yararlanacakları belirlenmeye çalışacaktır.

a. Ceza Muhakemesinde Taraf

Taraf kavramı Roma hukukundan beri aralarında bir çekişme bulunan kişileri belirtmek için kullanılan bir terimdir (71). Bu nedenle taraf yalnızca dava ilişkisinin süjesi olan taraf değildir. Çünkü bu anlamda hakim de taraftır. Buradaki taraf ayrıca aleyhine veya lehine hüküm verilecek kimsedir (72). O halde 486. maddenin uygulanmasında ancak sübjektif bir menfaati elde etmek amacıyla davada yer almış olanlar taraf kavramına dahildir (73). Belirtelim ki, taraf kavramı kesindir. Kanunda belirtilen kişiler dışına hüküm ihtiyaçları karşılamıyor olsa da çıkılamaz. Zira yorumcunun kanunu değiştirme yetkisi yoktur (74). Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere ceza davalarında sanık, şahsi davacı, katılan ve maldan sorumlu taraftır (75).

Suçu ihbar eden ile şikayetçinin taraf olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir. Suçu ihbar eden taraf değildir. Bu nedenle suçu ihbar eden kişinin ihbar dilekçesinde kullandığı hakaret ve

---

(71) KEYMAN, Selahattin: Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970, s. 147.

(72) MANZINI: s. 439.

(73) DÖNMEZER: s. 264. Krş. KEYMAN: s. 170.

(74) MANZINI: s. 442; FORCHINO: s. 691.

(75) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 4; ERMAN: s. 208; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 396; ALABAY: s. 1728.

sövme teşkil eden husular dokunulmazlıktan yararlanamaz (76). Şikayetçinin durumuna gelince, bu konuda farklı düşünceler bulunmaktadır. Gerçekten bazı yazarlar, suçtan zarar gören kişi "tanık" olarak değil, yeminsiz mağdur sıfatı ile dinlenmesi halinde "davada sübjektif bir menfaati mevcut olduğundan" dokunulmazlıktan yararlanacağı düşüncesindedirler (77). Diğer bazı yazarlar ise, şikayetçinin "şikayetnamesinin" dokunulmazlıktan yararlanamayacağını ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre, daha sonra şikayete bağlı suçun mağdurunun katılan olarak davaya katılmasına karar verilse dahi, bu kabul dokunulmazlığı geçmişe etkili kılmaz (78). Kanaatimizce de son düşünce isabetlidir. Belirtelim ki, henüz taraf sıfatı doğmadan verilen dilekçelerde 486. madde uygulanamaz. Bu maddeden yararlanabilmek için bu sıfatı kazanmak gerekir. İtalyan Yargıtayı da sıfat kazanılmadan verilen dilekçelerin dokunulmazlıktan yararlanamayacığına karar vermiştir (79).

Üzerinde durulması gereken konulardan biri de savcının taraf olup olmadığıdır. Bu konu tartışmalıdır. İtalyan hukuku açısında bu sorun çözüme kavuşturulmuştur. Gerçekten İtalyan Ceza Usul Kanununda savcının taraf olduğu hükme bağlanmıştır (m. 73). Dolayısıyla bu açık hüküm karşısında cumhuriyet savcısı İtalyan hukukunda formel anlamda savcıdır (80). Sonuçta dokunulmazlıktan yararlanan ve hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazıların hedefi savcı da olabilecektir. Hukukumuza gelince, kanunumuz savcının taraf sayılıp sayılmadığı konusunda açık bir hüküm içermektedir (CMUK. m. 153/1). CMUK. bazan taraf deyimini kullanmakta ve bununla savcıyı da ifade etmektedir (CMUK. m. 31, 312, 153/2). Her ne kadar TCK.nun 486. maddesinde taraf deyimi kullanılmış ise de, davada sübjektif ilgisi ol-

(76) MANZINI: s. 442; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 4.

(77) Bkz. EREM: Hakaret ve Sövme, s. 74.

(78) Bkz. EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 5.

(79) Bu karar için bkz. MANZINI: s. 442.

(80) MANZINI: s. 440, 448; FORCHINO: s. 691. İtalyan hukukunda savcı yönünden ikili ayrım yapılmaktadır. Şöyle ki, yüzüne karşı hakaretlerde (ingiuria) memura hakaret (oltraggio) sayılmakta ve 598. madde uygulanmamaktadır. Ancak fiil sövme (diffamazione) yani gıyapta hakaret teşkil ederse diğer şartların varlığı halinde 598. madde uygulanmaktadır. Bkz. MANZINI: s. 448; FORCHINO: s. 691.

mayan ve davaya görevi dolayısıyla katılan savcıyı kapsamaktadır (81). Gerçekten, muhakeme hukukunda taraf, bir hakkın süjesi olmayı değil de, yargılanacak uyuşmazlığa nisbetle sübjektif bir hukuki durumda bulunmayı ifade etmektedir (82). Bu nedenle, savcı, 486. maddedeki taraf kavramına dahil değildir ve savcının hakaret veya sövmenin mağduru olması halinde aşağıda belirtileceği üzere, fail dokunulmazlıktan yararlanamaz (83). Fakat Yargıtay cumhuriyet savcısının 486. maddedeki taraf kavramına dahil olduğu düşüncesindedir (84).

Hakim de taraf değildir. Bu nedenle yargılama sırasında savunmada bulunuyor iddiası ile hakime yapılacak hakaret ve sövme dokunulmazlıktan yararlanamayacaktır (85). Bu konuyu aşağıda ele alacağız. Ancak hakimin de taraflara ve temsilcilerine kanunun tanıdığı yetkilere dayanarak hakaret ve sövmede bulunması mümkün değildir. Aynı şekilde tanık ve bilirkişi de taraf değildir ve 486. madde hükmünden yararlanamaz (86). Zira 486. maddedeki sayma sınırlı olup, taraf ve vekillerinden olmayan kimselerin hakaret ve sövme fiilleri bu maddenin kapsamına girmez. Bu nedenle, tanık, bilirkişi gibi kimseler mahkeme huzurunda verdikleri ifadelerde ve sundukları yazılı belgelerde hakaret veya sövme sayılabilecek sözler kullanmışlarsa haklarında 486. maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır (87). Bu madde hükmü uygulanmamakla birlikte kanunumuza göre, icra ettiği görev nedeniyle taraflar veya diğer bir tanık hakkında hakaret sayılabilecek sözler söyleyen tanık veya bilirkişi cezalandırılamaz. Zira, bu halde tanık veya bilirkişi kanunun hükmünü icra etmekte olduğundan 49. madde gereğince genel hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktadır (88). Belirtelim ki,

(81) KEYMAN: s. 178; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 4; DÖNMEZER: s. 264. Aksi düşünce için bkz. ERMAN: s. 208.

(82) KEYMAN: s. 178.

(83) KEYMAN: s. 179.

(84) 4. CD., 14.7.1965, E. 3234, K. 4570 (ÇAĞLAYAN: s. 740).

(85) ANTOLISEI: s. 168; MANZINI: s. 438; ERMAN: s. 210.

(86) MANZINI: s. 445; ERMAN: s. 209; DÖNMEZER: s. 264. "Muhakeme sırasında taraflardan birinin sadet haricinden şahide hakaret etmesi TCK.nun 486. maddesinin şümulü haricinde kalır". 3. CD. 12.2.1946. 572 (ÇAĞLAYAN: s. 743; PERİNÇEK/ÖZDEN: s. 847).

(87) ERMAN: s. 209.

(88) ERMAN: s. 209.

tanık veya bilirkişi bildiklerini açıkça hakaretâmiz bir şekilde ifade eder ya da sorulan hususlar dışına çıkarak tanıklık ve bilirkişilik görevlerinde sınırı aşarlarsa hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını cezalandıran 50. madde gereğince cezalandırılırlar (89).

b. Medeni Muhakemede Taraflar

TCK.nun 486. maddesi sadece ceza muhakemesindeki tarafları değil ve fakat medeni muhakemedeki tarafları da kapsamaktadır. Bu nedenle medeni muhakemede taraf durumunda olan kişilerin dava görülürken iddia ve savunmalarında hakaret veya sövme teşkil eden sözleri ve yazıları dokunulmazlıktan yararlanır. Medeni muhakemede davacı, davalı, katılan, malen mesul, ihbar olunan taraftır (90). Yukarıda belirtildiği üzere dokunulmazlıktan yararlanabilmek için medeni muhakemelerde de taraf sıfatının kazanılmış olması gerekir. Bu sıfat kazanılmadan önce söylenen söz ve yazılar dokunulmazlığın kapsamı dışındadır. Taraf ve vekilleri bu sıfatı kazandıktan sonra yargılanacak uyuşmazlığın niteliğine göre iddia ve savunmada zorunluluk bulunmak kaydıyla hakaret teşkil eden sözlerden veya bunu içeren yazılardan cezalandırılmazlar. Böylece sadece ceza muhakemesinde değil, aynı zamanda medeni muhakemede de savunma ve tartışma özgürlüğünün kullanılması mümkün olmaktadır.

2. Vekiller ve Müdafiler

Kanunumuz dokunulmazlığı kişi bakımından taraflar ve onların temsilcileri ile sınırlamıştır. Tarafların temsilcilerinden olan vekil ve müdafi 486. madde hükmünden yararlanan kişiler arasındadır. Hukuk davalarında vekiller, ceza davalarında müdafiler dokunulmazlıktan yararlanır (91). 486. madde 6123 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, sadece taraflar ve vekillerden söz ediyordu. Bu değişikliğin gerekçesinde "kanuni müşavir, müdafi ve kanuni temsilciler" eklenerek maddenin uygulama alanının

(89) EREM: Müdafaa Masuniyeti: s. 5; ERMAN: s. 209. Ayrıca bkz. SEVİG: s. 12.

(90) ERMAN: s. 208; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 4; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 397. Bu kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURU: s. 673 vd.

(91) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 5; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 399.

genişletildiği belirtilmektedir (92). Bununla birlikte, değişiklik yapılmadan önce de "vekiller" terimi kuşkusuz müdafiyi de kapsar nitelikte anlaşılmaktaydı. Vekili müdafiyi de kapsar şekilde anladığımıza göre, kimler vekildir? Bu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile HUMK.nun 61. maddesine göre belirlenmiştir. Kural olarak avukatlar ve Avukatlık Kanununun belirttiği diğer kişilerdir (93). Son olarak belirtelim ki, askeri mahkemelerdeki müdafiler de dokunulmazlıktan yararlanır.

3. Müşavirler ve Kanuni Temsilciler

Bu kişiler kanunumuzun ilk şeklinde yer almıyordu; 6123 sayılı kanunla eklenmiştir. Sanık kadın ise, kanuni müşavir olarak kocası, küçük ve hacir altına alınmış kişi söz konusu ise, kanuni temsilcisi duruşmada bulunabilir ve dilerse dinlenir (CMUK. m. 145). Bu durumu göz önünde bulunduran kanun bu kişileri de dokunulmazlık kapsamına almıştır (94). Bir şirket veya dernek adına açılan şahsi davada onları temsil edenler de taraf tabirine dahildir (CMUK. m. 344/3). Hukuk davalarında küçüğün babası (MK. m. 263), tüzel kişileri kanunen temsil edenler (MK. m. 46, 47), belli hallerde hakimin tayin ettiği kayyum (MK. m. 285) dokunulmazlıktan yararlanır (95).

B. Savunma Dokunulmazlığından Etkilenecekler Bakımından Sınırları

1. Savunma Dokunulmazlığından Yararlanacak Kişiler Arasında Olması

Kanunumuz kimlerin savunma dokunulmazlığından yararlanacağını göstermiş olmasına rağmen, dokunulmazlığın hedefini göstermiş değildir. Yani dokunulmazlık, bundan yararlanan taraf ve temsilcileri arasında mı yoksa bunlar dışında kalan kişileri de kapsayıp kapsamadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda herşeyden önce taraflar arasındaki ha-

(92) Gerekçe için bkz. ÇAĞLAYAN: s. 737.

(93) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 5; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 399. Bu konuda ayrıca bkz. KURU: s. 797 vd.

(94) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 5; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 399.

(95) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 569.

karet ve sövme fiillerinin 486. maddeye dahil olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Bu durumda tarafın vekile, vekilin tarafa, kanuni müşavirin tarafa veya vekile, aynı şekilde kanuni temsilcinin tarafa, vekile veya kanuni müşavire yönelik söz ve yazıları dokunulmazlıktan yararlanır (96). Sonuçta dokunulmazlığın ancak bundan yararlanan kişiler arasında olacağı söylenebilir (97). Fakat dokunulmazlığın bu kişiler dışındaki kimseler bakımından da geçerli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

2. Savunma Dokunulmazlığından Yararlanamayacak Kişiler Arasında Olması

Asıl sorun burada ortaya çıkmaktadır. Gerçekten taraf veya temsilcilerinin taraf veya temsilci dışındakilere yönelik hakaret ve sövmeleri de dokunulmazlıktan yararlanacak mıdır? Kanunumuza baktığımızda dokunulmazlığın sübjektif yönünün ne olduğu konusunda bir açıklığın olmadığı görülür. Acaba hakime ve savcıya yönelik hakaret ve sövmeler 486. madde içinde değerlendirilebilecek midir? Bu durumu hükmün konuluş amacına, normun rosyosuna bakarak çözüme kavuşturmak gerekir. Gerçekten bu hüküm, yargılama makamları önündeki uyuşmazlıkların çözümünde taraf veya onların vekilleri durumunda bulunanların iddia ve savunmalarını yapabilmeleri, kendilerini gereğince ve cezalandırılma endişesinden ve korkusundan uzak savunabilmeleri için savunma ve tartışma özgürlüğünü sağlamak amacıyla konulmuştur. Öyle ise dokunulmazlık ancak leh ve aleyhlerinde hüküm verilebilecek olan taraf ve vekilleri arasındaki söz ve yazılar için geçerlidir. Yani 486.maddenin sübjektif hedefi taraf ve vekilleridir. Bunlar dışında kalan kimselere yönelik hakaret ve sövme fiilleri bu hükümden yararlanamaz.

Her şeyden önce hakim taraf değildir (98). Zira hakim ne taraf ne de vekildir. Öyle ise, dokunulmazlık onunla ilgili değildir.

(96) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 569; ERMAN: s. 209 vd.

(97) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 6. Bkz. ÖNTASARI: s. 300.

(98) MANZINI: s. 438; ANTOLISEI: s. 168; ERMAN: s. 208; DÖNMEZER: s. 264; EREM/TOROSLU: CezaHukuku, s. 569. Savunma dokunulmazlığının kimlere yönelik olacağı hususunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bunu hakime kadar genişletme eğiliminde olan yazarlar bulunmaktadır. Bu konuda bkz. MAJNO: Ceza Kanunu Şerhi, no. 1801, s. 372; CENTEL, Nur Başar: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, İstanbul 1984, s. 68.

Hakim dava görülürken taraflara veya vekillerine hakaret veya sövme fiili teşkil eden fiilleri işleyemez; işlerse cezalandırılır. Ancak hakimin duruşmayı idare etme (CMUK. m. 231) görevini icra etmeye ilişkin fiilleri bunun dışındadır. Zira bu fiiller kanunun hükmünü icra teşkil eder (99). Ancak hakim, bizzat görevini kötüye kullandığında, zorunluluk olmaksızın yazılı veya sözlü olarak taraflara veya vekillerine hakaret edecek olursa, bundan sorumlu tutulabilir (100). Aynı şekilde hakime hakaret de buraya dahil değildir (101). Çünkü, hakim hem taraf değildir, hem de savunma ve tartışmayı yapabilmek için buna ihtiyaç yoktur. Hakime hakaret savunma özgürlüğünün gerçekleşmesine hizmet etmez (102) Söz konusu neden davadaki tartışma konusuyla sıkı ilişki içinde şeylerle sınırlıdır (103). Kaldı ki, kanunumuz hakimin tarafsız ve objektif olmasını esas almış,bunu ortadan kaldıracak veya tarafsızlığından şüphe edilecek hallerde hakimin reddi (104) kurumunu kabul etmiştir. Eğer taraf veya vekilleri hakimin tarafsızlığını ortadan kaldıracak veya zedeleyecek bir durumun varlığına inanıyorlarsa bu yolu işletmelidirler. Hemen belirtelim ki, hakimin reddi halinde de hakime hakeret veya sövme teşkil edecek sözler söylemek savunma dokunulmazlığından yararlanamayacaktır.

Savcının durumuna gelince, belirttiğimiz üzere İtalyan hukukunda savcı açıkça taraf sayılmıştır. Bu durumda İtalyan hukuku bakımından savcıya yönelik söz ve yazılar dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Oysa hukukumuzda savcı taraf kabul edilmemiştir. Bir konuya burada işaret etmek gerekir. O da toplumsal iddia makamı olan savcının gerek iddianamesinde ileri sürdükleri gerekse yargılama esnasındaki mütalaaları haksız bulunabilir, eleştirilebilir. Ancak savcının kişiliği esas alınarak hakaret veya sövme teşkil edecek nitelikte sözler ve yazılar yöneltilemez. Zira bu neden yargılanan uyuşmazlığın görülmeside taraflara birbirlerine hakaret ve sövme teşkil edecek sözler ve yazılarla karşılık verilmesini hedeflemektedir. Böyle bir neden toplumsal

(99) MANZINI: s. 438; ERMAN: s. 209.
(100) MANZINI: s. 438; DÖNMEZER: s. 263.
(101) ANTOLISEI: s. 168; FORCHINO: s. 69.
(102) FORCHINO: s. 691.
(103) ANTOLISEI: s. 169.
(104) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER: s. 310 vd.

iddia makamı olan savcılığa hakareti meşru kılamaz. Bu nedenle savcıya yönelik söz ve yazılar hakaret veya sövme teşkil edecek nitelikte ise, bunların failleri 486. maddeden yararlanamaz ve bu fiillerden sorumlu olur (105). Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda "C. Savcılarının da ceza davasının taraflarından olduğu ve hakaret C. Savcılarına karşı yapılmış olsa da TCK.nun 486. maddesinde yazılı şartlar mevcut olduğu takdirde bu madde hükmünün uygulanacağı ceza genel kurulunun... sayılı kararı ile kabul edilmiş olduğuna" (106) işaret etmektedir. Böylece Yargıtay savcılara karşı hakaret ve sövmeyi de 486. madde kapsamı içinde değerlendirmektedir.

Diğer kimseler bakımından durumun ne olduğuna da bakmak gerekir. İtalyan Yargıtayı vermiş olduğu bir kararda hakareti içeren söz ve yazı, davanın konusu ile ilgili olmak kaydıyla, davaya yabancı bir kimseyi de hedef almış olabileceğini kabul etmektedir (107). Türk Yargıtayı ise bu konuda çelişik kararlar vermiştir. Gerçekten verdiği bir kararda "suçlunun mahalli mahkemedeki duruşma sırasında ne taraflardan madut ve ne de şahitlik ve herhangi bir sıfat ve suretle alakadar olmayan davacının ablası hakkındaki sözleri kendisini müdafaa sadedinde söylenmiş olduğu halde 486. maddenin nazara alınmaması yolsuzdur" (108) demiştir. Diğer bir kararında ise, "... mütecavezünaleyh (Hükümet) bu davada doğrudan doğruya taraflardan sayılmayacağı cihetle 486. maddenin şümulünden hariç" (109) olduğuna karar vermiştir.

Bilirkişi ve tanık da taraf olmadığına göre, bunlara yargılama sırasında hakaret veya sövmede bulunulamaz (110). Ancak tanığa

(105) KEYMAN: s. 179; ERİŞ: Savunma Dokunulmazlığı, s. 398. ERMAN, dokunulmazlığın hedefini belirlemede olaya farklı yaklaşmakta ve taraf veya vekillerinin hakaret ve sövme teşkil eden fiillerinin bu kişilerin huzurunda veya gıyabında oluşuna göre farklı çözüme ulaşmaktadır. Bkz. ERMAN: s. 210.

(106) 4. CD., 14.7.1965, E. 3234, K. 4570 (ÇAĞLAYAN: s. 740).

(107) Cass. 4.Dicembre 1962. In messo pen. 1963 (Karar için bkz. ANTOLISEI: s. 169.

(108) Yrg. CGK., 11.9.198 E. 200 K. 189 (DÖNMEZER: s. 210).

(109) Yrg. CGK., 4.1.1937, E. 164, K. 914 (ALABAY: s. 749).

(110) Bkz. ERMAN: s. 210. "Muhakeme sırasında taraflardan birinin sadet haricinde şahide hakaret etmesi TCK.nun 486. maddesinin şümulü haricinde kalır" 3. CD. 12.2.1946. E. 57 (PERİNÇEK/ÖZDEN: s. 847).

taanda bulunulabileceği (111) gibi, bilirkişiye de mütalaasına itibar edilmemesini sağlamak için sözler sarfedilebilir. Örneğin bilirkişinin karşı taraftan para almış olduğu iddia edilebilir. Bu hallerde failin cezai sorumluluğuna gidilemez. Bunun nedeni 486. maddenin uygulama alanı bulmadığı değil, bunları yapan kişinin kanunun hükmünü icra etmesidir (112).

§ 3. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ HÜKÜM VE NETİCELERİ

I. Fiilin Suç Teşkil Etmemesi

Savunma dokunulmazlığının yukarıda açıklanan sınırları gerçekleştiğinde birtakım hüküm ve neticeleri ortaya çıkmaktadır. Bunlar, savunma dokunulmazlığından yararlanan fiilin suç teşkil etmemesi, disiplin tedbiri uygulanabilmesi, hakareti mutazammın yazı veya sözlerin evrak ve tutanaktan çıkarılması ve tazminattır. Bu kurumun hukuki niteliği üzerinde durulurken değişik düşüncelere işaret edilmiş ve sadece ceza hukukuna aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olduğu sonucuna ulaşılmıştı. Buna göre, savunma dokunulmazlığından yararlanan fiilin, ilk hüküm ve neticesi suç teşkil etmemesidir (1). Kanunumuz fiilin suç teşkil etmeyeceğini ve dolayısıyla cezalandırılmayacağını "takibat yapılamaz" şeklinde ifade etmiştir. Bunu "cezalandırılamaz" şeklinde anlamak gerekir (2). Nitekim kaynak kanun yerine geçen yeni İtalyan Ceza Kanunu, savunma dokunulmazlığı hallerinde takibat yapılamayacağından değil, ceza verilemeyeceğinden söz etmektedir (3). Belirtelim ki, dokunulmazlığın tamamen sübjektif nitelikte olduğu kabul edildiğinde, dokunulmazlıktan yararlanan fiile iştirak edenleri bundan yararlanamaz ve suç teşkil etmeye devam eder (4).

(111) Bkz. EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 6.
(112) ERMAN: s. 211.

(1) ANTOLOSEL: s. 168; MANZINI: s. 436.
(2) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 11.
(3) Bkz. İCK. m. 598 (CONSO, Giavanni: Codice Penale e Norme Completari, Milano 1984).
(4) MANZINI: s. 439.

Savunma dokunulmazlığından yararlanan fiil suç teşkil etmemekle beraber, diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olmaya devam eder. Nitekim TCK.nun 486/3. maddesi "selahiyetli kaza mercilerince kanunen muayyen inzibati tedbirlerden maada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir" hükmünü taşımaktadır. Şimdi bunları açıklamaya geçebiliriz.

II. Disiplin Tedbirleri

TCK.nun dokunulmazlıktan yararlanan fiile öngördüğü hüküm ve neticelerinden biri kişiye disiplin tedbirinin uygulanmasıdır. Belirtelim ki, kanun dokunulmazlıktan yararlanan her fiil hakkında disiplin cezasının verilmesini kabul etmemiş, bunu hakimin takdirine bırakmıştır (5). Bir başka deyişle fiilin diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olması mutlak değildir. Fiil hakimin değerlendirmesine göre tüm hukuk düzenine uygun olarak da kabul edilebilir (6). O zamanda diğer hüküm ve neticeler gibi disiplin cezası da verilmeyebilir. Yine hakimin kanunda öngörülen müeyyidelerin her üçünü birlikte uygulamak yükümlüğü de bulunmamaktadır. Zira hiç bir müeyyideyi uygulamama yetkisine sahip olan hakimin, tedbirlerden birine de hükmedebilmesi doğaldır (7).

TCK.nun 486. maddesi "selâhiyetli kaza mercilerine kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden" söz ettiği halde, kaynak kanunda sadece "kanunen muayyen olan inzibati tedbirler"den (8) bahsetmektedir. Şimdi kanunda belirlenen disiplin tedbirlerinden sadece yetkili yargı organlarınca verilenler mi uygulanacaktır? sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle yargı organı olmayan organlar dokunulmazlıktan yararlanan kişi hakkında kanunun öngördüğü tedbirleri uygulayabilecekler midir? Örneğin Avukatlık Kanununda yer alan (m. 134 vd.) disiplin cezaları ait

(5) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 12.
(6) FORCHINO: s. 691; EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 574.
(7) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 12.
(8) Kaynak kanunun bu hükmü için bkz. MAJNO: s. 373.

olduğu kurullarca uygulanacak mıdır? Kanunumuz ile kaynak kanun arasındaki bu farkın Avukatlık Kanununda yer alan disiplin cezalarının ilgili kurullarca uygulanmasına engel olmadığı zira dokunulmazlığın mesleğin icrasına ilişkin disiplin cezasının uygulanmasına engel olamayacağı söylenebilir (9).

Kanunda yer alan "selâhiyetli kaza mercilerince kanunen muayyen olan inzibat tedbir" ibaresinin ne anlama geldiğini belirlemek de kolay olmamaktadır. Ceza muhakemesi bakımından olaya bakıldığında, burada duruşmanın disiplinini ve düzenini bozanların duruşmadan çıkarılması önlemi (CMUK. m. 378) hariç, ayrıca başka bir disiplin cezasının uygulanması mümkün görülmemektedir. Zira CMUK.daki disiplin tedbirleri mahkemeye karşı uygun olmayan söz veya fiilde bulunanlar bakımındadır (CMUK. m. 379). Medeni muhakemedeki durum ise, mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz veya fiilde bulunmaktan söz edilmektedir. Bu şekilde davranan kişilere "hafif hapis" veya "hafif para" cezasının verileceği de hükme bağlanmıştır (m. 150). Bu söz ve fiillerin hakim ve mahkemeye yönelmesi halinde maddenin bir sınırlama getirmediği görülmektedir. Bununla birlikte madde metninden, mahkemenin gerek duyduğu disiplin ve düzeni mutlak surtte bozmanın, karşı tarafa hakaret etmenin cezalandırılacağı sonucuna ulaşmak gerekir (10).

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere CMUK. ile HUMK.nun ilgili hükümleri birbiriyle uyum içinde değildir. TCK.nun 486. maddesinde yer alan 'kanunen muayyen inzibat tedbirleri" ibaresine, HUMK.nun 150. maddesinde yer alan uygun olmayan sözle fiillerin "mahkeme huzurunda" olması yolundaki hükümle biraz olsun açıklık getirilmiştir (11). Erem, HUMK.nu "hakim huzurunda" ve "dava evrakında" terimlerini farklı anlamda kullandığını, TCK.nun 486. maddesinde dilekçe, lâyiha, sair evrak ibaresi yer aldığına göre, HUMK.da "dava evrakı"nda hakaretamiz yazılar için "disiplin cezası" verilemeyeceğini söylemektedir (12). Ve son olarak tutanaktan çıkarma işleminin anlamını da

(9) Bkz. EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 574; ALABAY: s. 1751.
(10) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 575.
(11) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 575.
(12) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 13.

belirlemek gerekir. Burada tutanaktan çıkarma işlemi doğal olarak yazı ve açıklamaların maddi olarak yok edilmesi demek değildir. Yapılacak olan hakimin durumu tutanağa geçirmesi, böylece hakarete başvuran tarafı bir tür kınamasıdır (13).

III. Hakareti Mutazammın Yazı ve Sözlerin Evrak ve Tutanaktan Çıkarılması

TCK.nun dokunulmazlıktan yararlanan fiil için öngördüğü müeyyidelerden biri de, hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazıların evrak ve tutanaktan çıkarılmasıdır. Ancak bu tutanaktan çıkarma rastgele olmamaktadır. Söz konusu söz veya yazıların tutanaktan çıkarılmasına mahkemece karar verilmelidir. Belirtelim ki, bu kararın verilmesi talebe bağlı değildir (14); mahkeme buna kendiliğinden de karar verebilir. Bu beyanların yayınlanmış olması da tutanaktan çıkarılmasına karar vermeye engel değildir. Evrak ve tutanaktan çıkarmanın söz ve yazıların bir kısmını mı yoksa tamamını mı içerdiği kararda belirtilmelidir. Ayrıca dosyadan çıkarılacak evrakın imzalı olması da gerekmez (15).

Hakaret veya sövme teşkil eden söz ve yazıların evrak ve tutanaktan çıkarılması sonucunda dava dosyasının eksik kalması ortaya çıkabilir. Bunu gidermek için mahkeme, çıkarılan evrakın yeniden düzenlenebilmesi için tarafa belli bir süre vermelidir. Nitekim HUMK.da hakimin muhakeme adabı dışına çıkan tarafın bu davranışını yasaklayacağını; okunmayan ve uygunsuz olan evrakın iade olunacağı ve söz konusu evrakın düzenlenmesi için süre verileceği öngörülmüştür (HUMK. m. 78).

Üzerinde durulması gereken bir nokta da, ortadan kaldırılması maddeten mümkün olmakla birlikte, dosyada bulunması ve korunması başka ihtiyaçlar için zorunlu olan evrak hakkında ortadan kaldırma kararının nasıl uygulanacağıdır (16). Bu konuyu İCK. çözüme kavuşturmuş ve bu çeşit evrakların üzerine karar

(13) DÖNMEZER: s. 267.
(14) SEVİG: s. 15.
(15) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 576.
(16) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 14.

hakkında şerh verileceğini öngörmüştür (17). Öyle ise, İtalyan hukukunda söz veya yazının ortadan kaldırılması mümkün olmadığında, bu husus hükümde belirtilmektedir (18). Kanunumuzda ise, bu konuda bir açıklık yoktur. İCK.'da yer alan hükmün kanunumuza da konması yerinde olacaktır. Son olarak TCK.nun öngördüğü evrak ve tutanaktan çıkarma kararının sadece dava dosyasını kapsadığını da belirtmek gerekir. Bu nedenle hakaret veya sövme teşkil eden yazıların başka yerlerde bulunan asıl ve suretleri bu hükmün dışında kalmaktadır. Bu tür asıl ve suretlerin ortadan kaldırılmasına karar verilemez. Manzini, bu tür evrakı bulunduranların başkaları ile "ihtilat" ederlerse hakaret veya sövmeden sorumlu olacakları kanaatindedir (19).

IV. Tazminat

Kanun dokunulmazlıktan yararlananın son olarak tazminata da mahkum olacağını öngörmüştür. Tazminata hükmetmek için talepde bulunulması gerekmektedir. Burada önce hangi makamın karar vereceği üzerinde durmak gerekir. Bilindiği gibi ceza mahkemelerinde tazmitana bir suç bakımından hükmedilmektedir (20). Bununla birlikte tazminat için hukuk mahkemelerine başvurulması gerektiği düşünülemez. Dolayısıyla davaya ceza muhakemesinde bakılıyorsa ceza mahkemesinde, medeni muhakemede bakılıyorsa hukuk mahkemesinde talep halinde mahkeme tazminatına da hükmedilebilecektir (21).

Maddenin öngördüğü tazminat esas itibariyle özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu nedenle hakim tazminat miktarını belirlerken tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını belirlemeli ve MK.nun 4. maddesinde yer alan nesafet ve hakkaniyet kurallarını göz önünde bulundurmalıdır (22). Belirtilmesi gereken bir husus da asıl uyuşmazlık kesin hükümle sonuçlandıktan sonra genel hükümlere göre tazminat istenebileceğidir. Gerçekten asıl dava devam ederken diğer bir mahkemede tazminat davası açıl-

(17) Hüküm için bkz. İCK. m. 598 (CONSO: s. 320).
(18) ANTOLISEL: s. 168.
(19) Bkz. EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 14; ALABAY: s. 1751.
(20) EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 12; ALABAY: s. 1751.
(21) DÖNMEZER: s. 267.
(22) ERMAN: s. 219.

ması mümkün değildir. Çünkü 486. madde asıl dava ile hükmedilecek müeyyidelerin bir yargı organında toplanması esasını kabul etmiştir (23). Kaynak kanunda yer alan "dava hakkında karar verilirken" ibaresinin kanunumuzda yer almaması farklı düşünmeyi gerektirmez. Nitekim Yargıtay da hukuk mahkemesine verilen cevap lâyihasındaki hakaret teşkil eden sözlerin evraktan çıkarılması için ceza mahkemesine başvurulmayacağına karar vermiştir (24).

Son olarak vurgulanması gerek bir husus da ceza davalarında müdafilerin söz ve yazılarından dolayı hükmedilecek tazminattan müdafinin sorumlu olacağıdır. Aynı şekilde hukuk davalarında da vekil, 486. maddedeki tazminata yol açarsa, müvekkil bu tazminata mahkum edilemez (25). Nitekim Yargıtay da "Boşanma davasına karşı vekil imzasıyla verilen cevabı dilekçede kullanılan sözlerden dolayı müvekkil aleyhine ceza hükmolunması..." nın yolsuz olduğuna karar vermiştir (26).

(23) EREM/TOROSLU: Ceza Hukuku, s. 577.
(24) Karar için bkz. EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 14.
(25) DÖNMEZER: s. 267; EREM: Müdafaa Masuniyeti, s. 15.
(26) 2. CD., 13.7.1949, E. 7806, K. 7529 (PERİNÇEK/ÖZDEN: s. 848).