

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhütnamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gerekirim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhütnameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI

FARUK EREM ÖDÜLLERİ

ÇIKTI !..

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 18

SAYI: 57

MART - NİSAN 2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Basım Tarihi

28.02.2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Şahin Mengü, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok

Av. Şahin Mengü

Av. Erkin Kaya

Av. Teoman Ergül

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Dergi Yayın Kurulu

Doç. Dr. Osman Doğru

Av. İlker Hasan Duman

Av. Oya Günendi

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Ar. Gör. Muammer Sinan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Haluk Günüşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)

Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)

Sabih Kanadoğlu (Em. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (DEÜ Hukuk Fak.)

Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "*Hakemli Dergi*" olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle "*Hakemli Dergi*" olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfa (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "*Word for Windows*"un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "*Hakemli Yazılar*" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "*Hakemli Yazılar*" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için "*olur*" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARININ HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Av. Özdemir ÖZOK	25	Anadolu Devriminin Anıt İsimlerinden Mahmut Esat Bozkurt Asla Unutulamaz
Dr. Mustafa Tören YÜCEL	29	Yeni Ceza Muhakemelei Kanunu Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin -de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar
Dr. Ali KARAGÜLMEZ	62	Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. Maddesinin İncelenmesi
Dr. Mustafa ÖZBEK	82	İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)
Dr. Güray ERDÖNMEZ	135	İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Amme Alacaklarının Tahsiline Etkileri
Dr. Ahmet DEYNEKLİ	162	İİK'nın 268. Maddesinde 4949 Sayılı Kanun'la Değişiklik Yapıldıktan Sonra Alınan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Derecesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK/ Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	181	Yangına, İnfilaka, Batmaya, Deniz Kazasına veya Bir Tehlikeye Taksirle Sebebiyet Verme Suçu
Mahmut GÖKPINAR	219	Türk Ceza Kanunu Bağlamında İçtihat mı, Reform mu?
Av. Ş. Cankat TAŞKIN	224	Yeni Türk Ceza Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Yönünden İncelenmesi
Doç. Dr. Nevzat ALKAN	230	5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi
Yrd. Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	243	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları
Av. Güney DİNÇ	283	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği
İlker Hasan DUMAN	307	Azınlık Hakları ve Lozan Andlaşması
Arş. Gör. Barış GÜNAYDIN	322	5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu
Mustafa ALBAYRAK	334	Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları
Harika SELİÇİ	358	Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Konusunda Baroların Yürüttükleri Çalışmalara Bir Örnek
	365	Yargıtay Kararları
	435	TBB Disiplin Kurulu Kararları
	453	Kitaplar - Dergiler
	459	Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Doç Dr. Yusuf KARAKOÇ

Vergi Yargılaması Hukuku'nda Avukatın Rolü

Dr. Mustafa Tören YÜCEL

Ateşli Silahlarla Mücadelede Teorik Yaklaşımlar

Serkan AĞAR

Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenme
veya Kullanma Suçları

Hasan DURSUN

Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri

Cemil ÇELİK

Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi

Av. Ö. Umut EKER

Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde
Katma Değer Vergisi Tevkifatı

Doç. Dr. Nevzat ALKAN

TCK'nın Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Nevzat ALKAN

CMK'nın Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük
ve Güvenliği

Yrd. Doç Dr. Cemil KAYA

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Resmi Belgelere
Erişme Konusunda Üye Devletlere Bakanlar Komitesi'nin
Tavsiye Kararı Rec (2002) 2

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukusal Boyutu

Arif N. ALPSOY

Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında
Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Kemal AKINBİNGÖL

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu İle 4857
Sayılı İş Kanunu'nda İşyerini Bildirme Yükümlülüğü

Coşkun ONGUN

Üretimin Adı; Namı Diğer Marka

editör'den...

Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesi "*Bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememeleri yasağı*" kenar başlığı ile bir düzenleme yapmıştı. Bu maddenin 1 ve 2. fıkraları ile adli, idari, askeri ve anayasa yargısı hakim ve savcılarının emeklilik ve sair sebeplerle görevlerinden ayrılmaları halinde "*hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde*", "*beş yıl*" süre ile avukatlık yapamamalarını hükme bağlamıştı. Bu düzenleme 1981 yılında düzenlenen askeri Yargıtay başkanı, ikinci başkanı, daire başkanları ve üyeleri ile diğer sayılan askeri yargı görevlilerinin sıkıyönetim mahkemelerinde görev yapamamaları hakkındaki üç yıllık yasaklama ile de göreceli uyum göstermekte idi.

Bu düzenlemenin avukatlık mesleği ile doğrudan ilgisi olduğunu söylemek zordur. Yasaklamanın Hakimler ve Savcılar Kanunu ile mahkemelerin kuruluş kanunlarında yapılması da mümkündür. Düzenleme yargı bağımsızlığı ve özellikle de tarafsızlığını sağlamaya yönelik bir önlem olarak düşünülmelidir. Yargıda yaşadığımız son olaylar böyle bir sınırlandırmanın önemini de büyük ölçüde göstermiştir.

Ancak, sayın Cumhurbaşkanı maddeyi böyle yorumlamadı. Çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 48. maddesi bağlamında bir kısıtlama olduğundan hareketle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Anayasa Mahkemesi de bu görüşe uyararak maddenin birinci fıkrasını iptal etti. (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan bu kararı ile bu karar hakkında Avukat Atila Sav ile Dr. Ozan Ergül'ün makalelerini *TBB Dergisi* 54. sayısında bulabilirsiniz.)

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin durdurulması isteğini (herhalde) bu alanda yasal boşluk doğmaması için reddettiği gibi iptal kararında da bir yıllık yeni düzenleme fırsatı tanıdı. 12.12.2004 tarihinde Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası yürürlükten kalkmış oldu.

Adalet Bakanlığı'nın hareketsizliği sonucu, görevlerinden ayrıldıklarının hemen ertesi günü, görevli oldukları mahkemede yargıçlar ve savcılarının avukatlık yapabilmeleri mümkün olmaktadır. Tabii bu durumda HUMK. M.29/3 ile diğer usul kanunlarındaki benzer hükümlerin varlığını, hakim ve yargıcın baktığı davada avukat olarak görev yapmasını engellemesini bir şans olarak düşünmek gerekmektedir.

Adam Smith, "*bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler*" kuralı ile liberalizmi savunurken, elbetteki yargı alanında böyle bir serbesti düşünmemiştir. Ama düşüncesinin "*yargı*" gibi bağımsızlık ve tarafsızlığı ön planda olan bir alanda doğan düzensizliği görünce eminim ki yattığı yerden zafer işareti yapıyor ve bağıırıyordur:

-Yaşasın liberalizm! Yaşasın serbesti!

Teoman ERGÜL

Özok, başkanlık sisteminin çok partili sistemde sakinleştiğini vurguladı:

Demokrasiyi çökertebilir

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, başkanlık sistemi ile anayasa değişikliği konusunda "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı. Özok, "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı. Özok, "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı.

Özok başkanlık sisteminin eleştirildi

Demokrasimiz henüz hazır değil

Barolar Birliği

TBB: Türkiye hazır değil

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, başkanlık sistemi ile anayasa değişikliği konusunda "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı. Özok, "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı.

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, başkanlık sistemi ile anayasa değişikliği konusunda "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı. Özok, "Birtarafa" yaklaşımının demokrasiyi çökertebileceğini uyardı.

Ozok: Birbirimize saygı duymalı 'Laik düzen'

GÖRÜŞ

BEDRİ BAŞKAN

Yargıtay Görüşünü Tashih Etmelidir

Haber gözetiminde olmayan bir şekilde... "Yargıtay'ın kararını..."

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok AKP'nin adım adım bizi nasıl tehlikeye bir şekilde kuşattığını ve hükümetin adam yasalardan genelinde göz atıldığını laik hukukun değiştirilmediğini olduğunu, ocak ayının ilk günlerinde yine ikaz etmiş. Yargının, yasasının bu tehlikeyi...
4 Nisan 2005

Yargıtay kararı tartışılıyor

1 yıl 8 ay hapis cezasını bozma kararı çerçevesinde yeni bir tartışma başladı

Demokrasinin rayından çıkıyor

Yargıtay'ın 'laiklik ve kamu düzeninin topluma emanet edilmesini...

Yargıda kapanan dönem?

İlci Vural, "O zaman laik hukuk değiştiriliyor"

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin'in "Mahmut Esat Bozkurt dönemi kapatıyoruz" sözlerini eleştirerek "Yargıtay'ın geliştiği noktaya düşürdü" dedi. Şirin'in sözlerine, Bozkurt'un bulunduğu noktadan özetlemeye çalıştı. "Bizim için asıl önemli şey gösterdik. Çağdaş Türkiye düzenini yastanacağız" diye konuştu.

KARAR DEĞİŞEBİLİR

Yargıtay, Aydar hakkında verilen mahkûmîyet kararını bozdu. Ancaz Kurulun verdiği bu karar kesinlik taşımayacak. Hem yeri mahkemenin hem de...

OSMAN ŞİRİN

'Geçmiş dönem sona eriyor'

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun tartışmalı laiklik kararına imza atan Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin, bu kez de cumhurbaşkanı döneminin ilk adalet başkanından ve laik hukuk sisteminin mimarı Mahmut Esat Bozkurt dönemini kapatılmadığını açıkladı. "Geçmiş dönem sona eriyor. Mahmut Esat Bozkurt dönemi 79 yıl boyunca hukukun sürdürdüğü. Bu ülkede 'disiplin yarattı' diyen Şirin, benim başladığımı söyledi. K Ceza Yasası'nun Genel ri ve Yansuraları" paneli, Konferans Salonu'nda yapıldı. Devlet Bakanı Cemil Çiçek, Başkan Osman Şirin, yattı ve çok saydı. Panelin açışını yapan Yargıtay Başkanını yıllardır temel yasaların aldığını anımsattı. Türk in yıllarda temel yasaların i yeri yücelteceğini söyledi.

Geçmiş dönem sona eriyor

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin'in "Mahmut Esat Bozkurt dönemi kapatıyoruz" sözlerini eleştirerek "Yargıtay'ın geliştiği noktaya düşürdü" dedi. Şirin'in sözlerine, Bozkurt'un bulunduğu noktadan özetlemeye çalıştı. "Bizim için asıl önemli şey gösterdik. Çağdaş Türkiye düzenini yastanacağız" diye konuştu.

Kendi görüşüdür asla katılmıyoruz

TÜRKİYE Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Başkanvekili Şirin'in, adalet devriminin öncüsü Bozkurt döneminin kapandığı sözlerine tepki gösterdi. Özok, "Bu Sayın Başkan'ın kendi bireysel görüşüdür. Asla ve asla bu görüşe katılmıyoruz. Türkiye'deki hukuk devriminin temel taşlarından bir tanesi Mahmut Esat Bozkurt'tur. Bazılarını yüreğinde 1920'lerin anlayışı sönmüş olabilir, ama bizim yüreğimizde yanyor. Hukukçuların birçoğu da bu görüşümü paylaşıyor" dedi. ANKARA

Şirin'in 'töre'

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin'in "Mahmut Esat Bozkurt dönemi kapatıyoruz" sözlerini eleştirerek "Yargıtay'ın geliştiği noktaya düşürdü" dedi. Şirin'in sözlerine, Bozkurt'un bulunduğu noktadan özetlemeye çalıştı. "Bizim için asıl önemli şey gösterdik. Çağdaş Türkiye düzenini yastanacağız" diye konuştu.

Aydınlara eleştirildi

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin'in "Mahmut Esat Bozkurt dönemi kapatıyoruz" sözlerini eleştirerek "Yargıtay'ın geliştiği noktaya düşürdü" dedi. Şirin'in sözlerine, Bozkurt'un bulunduğu noktadan özetlemeye çalıştı. "Bizim için asıl önemli şey gösterdik. Çağdaş Türkiye düzenini yastanacağız" diye konuştu.

OSYM Başkanı: Sıra peçeye gelir

ANKARA (Cumhuriyet Bülteni) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay Başkanvekili Osman Şirin'in "Mahmut Esat Bozkurt dönemi kapatıyoruz" sözlerini eleştirerek "Yargıtay'ın geliştiği noktaya düşürdü" dedi. Şirin'in sözlerine, Bozkurt'un bulunduğu noktadan özetlemeye çalıştı. "Bizim için asıl önemli şey gösterdik. Çağdaş Türkiye düzenini yastanacağız" diye konuştu.

YEDİNCİ BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

TBB'nin çağrısı üzerine Yedinci Baro Başkanları Toplantısı, Ankara'da yapıldı. Toplantıya 65 baro başkanı katıldı.

Toplantı TBB Başkanı Özdemir Özok'un konuşması ile başladı.

TBB Başkan Yardımcısı Cengiz Tuğral, sosyal güvenlik çalışmaları ile ilgili açıklamalarda bulundu.

Antalya Baro Başkanı M. Zeki Durmaz, 21-22 Mayıs 2005 tarihinde Antalya'da yapılacak TBB Genel Kurulu hazırlık çalışmaları hakkında bilgi verdi. Konuşmasında baro başkanlarından Genel Kurul'a katılacak delege ve avukatların isimleri ile sayılarının gerekli düzenleme yapılabilmesi için acele olarak bildirilmesini istedi.

Yalova, İzmir, Eskişehir, Karaman, Çorum, Sakarya, Sivas, Konya, Zonguldak, Ordu, Osmaniye, Artvin, Kırklareli, Samsun, Hatay ve Diyarbakır baro başkanları söz alarak yurt ve meslek sorunları üzerinde konuştular. Baroları ile ilgili isteklerde bulundular.

Son olarak TBB Başkanı açıklama istenilen konularla ilgili ayrıntılı bilgiler verdi, açıklamalarda bulundu.

(Toplantının tutanakları daha önceki Baro Başkanları toplantılarında olduğu gibi *Yedinci Baro Başkanları Toplantısı* adlı bir kitap olarak yayımlandı.)

"DEMOKRASİ VE YARGI" SEMPOZYUMU YAPILDI

Yeni yılın ilk haftasında geçen sayımızda konu başlıkları ile katılımcıların adlarını bildirdiğimiz "*Demokrasi*

ve *Yargı*" konulu sempozyum Sheraton Oteli salonlarında yapıldı.

TBB'nin düzenlediği sempozyuma katılan bilim adamlarının nitelikleri ve konularında uzmanlığı dolayısıyla geniş ilgi gördü.

(Toplantı tutanakları üzerinde daha önceki toplantılarda olduğu gibi Türkçe ve İngilizce olarak yayımlanmak üzere çalışmalar sürdürülmektedir.)

SAKARYA BAROSU 50. KURULUŞ YILINI KUTLADI

Sakarya Barosu, 50. kuruluş yıldönümünü Sapanca Kırkpınar Dedeman Konukevi'nde düzenlenen bir törenle kutladı. Törene Adalet Bakanı Cemil Çiçek, TBB Başkanı Özdemir Özok ile milletvekilleri, Vali, Adapazarı Büyükşehir Belediye Başkanı, hakim ve savcılar ile çok sayıda avukat katıldı.

Sakarya Baro Başkanı Semih Gökdemir, TBB Başkanı Özdemir Özok ile Adalet Bakanı Cemil Çiçek birer konuşma yaptılar. Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in, "*Türkiye'de hukuk binasını yeniden inşa ediyoruz, hukuk konusunda düzenleme yapmaya sonuna kadar kararlıyız*" sözleri ilgi çekti.

Konuşmalardan sonra plaket töreni yapıldı.

Sakarya Barosu'na nice yıllar ve çalışmalarında başarılar dileriz.

UĞUR MUMCU VE MUAMMER AKSOY ÖLÜM YILDÖNÜMLERİNDE ANILDILAR

Uğradıkları insanlık dışı saldırılar sonucu hayatlarını kaybeden iki

değerli hukukçu, Uğur Mumcu ve Muammer Aksoy, ölümlerinin yıldönümlerinde Ankara Barosu'nun da aralarında bulunduğu, TBB'nin katkısı ile düzenlenen haftada, bir dizi etkinlikle anıldılar.

Mezarları ziyaret edildi. Panellerin sonuncusu 31 Ocak'ta TBB ve Türk Hukuk Kurumu tarafından *Basın Özgürlüğü* konusunda yapıldı. Paneli TBB Genel Sekreteri Şahin Mengü yönetti. Gazeteci Mustafa Balbay ve Fikret Bila da konuşmacı olarak katıldılar.

YARGITAY BAŞKANI "SEÇİLDİĞİM TARİH MİLATTIR" DEDİ

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, "Başkanlığa seçildiğim 2 Aralık'tan itibaren yeni milat başlamıştır. İçimizde hiç yanlış yapan yok demedim. İğneyi kendimize de batıracağız" dedi.

"Yargıtay, Çakıcı olayında üzerine düşenin fazlasını yapmıştır. Ancak basında Yargıtay'ın Çakıcı'yı koruduğu imajı verilmiştir. Bu 180 derece yanlıştır. İstanbul DGM, Çakıcı'yı örgüte katılmaktan 3 sene 4 aya, yaralama suçunu da tek suç kabul edip 1 yıl 4 aya çarptırılmış. Yargıtay 1. Ceza'ya gelmiş. Daire, örgütü onamış, diğerine 15 sene vereceksin diye bozmuş. Sonuçta Çakıcı'nın ceza süresi yükselmiş. Bu husus göz ardı edildi, sanki Yargıtay Çakıcı'yı himaye etmiş gibi verildi."

"Yargıtay'da geçen sene karara bağlanan dosya sayısı yuvarlak rakam beş yüz bin. Kamuoyunda Yargıtay'ın tartışılan kararı on deyin,

yüz deyin veya abartalım bin karar diyelim. Adli hata oranını bulalım. Adli hata oranı da dünyanın her yerinde vardır. Yargıtay başkanı olarak, 'Efendim benim Yargıtay'ım hiç hata yapmaz verdiği kararların hepsi doğrudur' demiyorum. Bu mümkün değil, eşyanın tabiatına aykırıdır. Eğer sizin malzemeniz insansa hata yapmanız kaçınılmazdır. Niye siz sanığa bağlı, bilirkişiye bağlı karar veriyorsunuz."

"Bir ülkedeki kurum ve kuruluşlar birbirinden çok farklı değildir. Deyim yerindeyse, birleşik kaplara suyu dökersiniz, hepsinin düzeyi aynıdır. Bir ülkenin hakimleri çok iyi doktorları çok kötü, gazetecileri çok iyi, mühendisleri çok kötü olmaz. Hemen hepsinin seviyesi aynıdır. Bir ülkede eğer insan sorunu varsa, o insan sorunu geneldir."

"Meslek taassubu içinde değiliz. Yanlışımızı lütfen yazın. Himaye edin demiyorum. Yargının korunmaya ihtiyacı yok, yargı kendi kendisini koruma gücüne sahiptir. Doğru yazılmak kaydıyla yargıyla ilgili her şey de yazılsın. Yargıtay'daki yanlışlıkları vurgulayalım ama sürekli gündemde tutmayalım. Sürekli gündemde tutulması yargıya zarar verir, halkta yargıya güveni sarsar."

"Üç tane temel erk var devlet organlarında. Yasama, yürütme yargı. Yasama ve yürütme siyasi organlardır ve bu organlar tamamen değişebilir ve ülke bundan hiç zarar görmez. Ancak gayri siyasi organ olan yargıyı değiştirme olanağı yok. Türkiye üç defa olağanüstü dönem yaşadı. O zaman da yargıya dokunamadılar. Çok kolay bir olay değil. Siz yargıyı

ortadan kaldırdığınızda yerine yeni-sini ikame edemezsiniz. On bin tane hakim var. 'on bin hakimi attım yerine on bin tane hakim getirdim koydum al bakalım adalet dağıt' diyemezsiniz. Şu anda Yargıtay'da 250 kadromuz var. 'Bu 250 üyeyi atalım bunları beğenmiyorum, bu Yargıtay iyi değil bunların içinde yanlış yapanlar da var yerine 250 üye getirelim yargıyı çalıştırsınlar' da diyemezsiniz. Hiçbir iktidar diyememiştir, demesi de mümkün değildir."

"Bazı yayın organlarında 'Hakim teminatı kısıtlanmalı' gibi imalı yazılar yayınlandı. Bu çok tehlikeli. Hakim teminatı adil yargılanma hakkının gereğidir. Hakimlere tanınan bir ayrıcalık değildir. Bağımlı ve teminat-sız bir yargı işlevini yerine getiremez. Bundan herkes zarar görür. Buradan geriye gitmek AB kriterlerinden, normlarından geriye gitmektir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin onuncu maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi açıkça bağımsız ve teminatlı yargıdan söz etmektedir." (Hürriyet/14.12.2004, Oya Armutçu'nun söyleşi)

TBB, TSNUNAMİ VE DEPREM FELAKETZEDELERİNE YARDIM ÇAĞRISINDA BULUNDU

Geçen yılın son günlerinde Güney Asya'da meydana gelen deprem ve tsunami felaketini yaşayanlara yardım kampanyasına katkıda bulunmak üzere TBB Yönetim Kurulu bir çalışma yapılmasına karar verdi. Karar gereğince tüm barolarımıza avukat arkadaşlarımızın yardımında bulunmaları için çağrı yapıldı. Ayrıca

düzenlenen ilanlar barolarımıza ve adliye binalarına astırıldı. (İlanın bir örneği Dergi'mizin arka kapağında yayımlanmaktadır.)

YARGITAY BAŞKANI YARGITAY BÜYÜK GENEL KURULU'NDA KONUŞTU

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, göreve seçildikten sonra Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nu topladı.

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, Yargıtay Genel Kurulu'nun ilk toplantısında Yargıtay üyelerine, 250 Yargıtay üyesinin katıldığı ve yaklaşık 2 saat süren toplantıda Arslan, Yargıtay'ın imajını yenilemek için üyelere tavsiye niteliğinde uyarılarda bulundu. "Özel hayatlarınıza ve gittiğiniz tatillere dikkat edin" dedi.

Yargıtay üyelerini, "Daire başkanlık seçimlerini uzatmamaları, özel hayatlarına dikkat etmeleri, gazetecilerle ilişkilerinde daha dikkatli olmaları" konularında uyardı.

Arslan, daha sonra gazetecileri makam odasında kabul ederek açıklamalarda bulundu. Medya ile ilişkilerini daha kurumsal ve işlevsel hale getirmek için önümüzdeki günlerde Yargıtay'da bir basın bürosu kurulacağını bildiren Arslan, basının haber alma ve yayma hakkına, "yalan yazmamak, haberi sulandırma-mak, yorum katmamak ve magazin haline getirmemek" kaydıyla saygılı olduğunu vurguladı. Arslan, "Tek kelime yanlış ve yalan yazarsanız yasal hakkımı kullanırım, hem hukuk, hem ceza davası açarım. Doğru yazın, her şeyi yazın," dedi.

DANIŞTAY, YAKALAMA, GÖZALTINA ALMA VE İFADE ALMA YÖNETMELİĞİ'NİN BAZI HÜKÜMLERİNİ İPTAL ETTİ

Danıştay 10. Dairesi; *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*'ndeki bazı maddeleri iptal etti. Yönetmelikteki "*Yakalanan kişiye avukat gelmesi için makul bir süre beklenir, gelmezse bu husus tutanağa kaydedilerek ifade alma işlemine başlanır.*" maddesindeki "*Makul bir süre beklenir*" ifadesini iptal etti.

Danıştay 10. Daire'nin aldığı bu kararın ardından Emniyet Genel Müdürlüğü de polisin sorguya başlaması için şüphelinin avukatının ne kadar bekleneneğine açıklık getirdi. Buna göre, gözaltına alan birim bundan sonraki uygulamalarda avukatın gelebilmesi için gerekli olacak süreyi tespit edecek. Bu süre, avukatın bulunduğu yer ile ifade alınacak yer arasındaki mesafe, ulaşım imkanları ve varsa önceden tespit edilebilecek diğer etkenler de göz önüne alınarak belirlenecek. Polis bu süre tespitinde azami derecede şüphelinin avuktan yararlanabilme hakkını göz önünde bulundurarak, avukatın gelmesini bekleyecek. Ancak soruşturmanın gecikme ihtimalinin doğması veya soruşturmanın selametinin tehlikeye düşmesi halinde ise durum Cumhuriyet Savcısı'na bildirilecek ve savcının talimatı doğrultusunda işlem gerçekleştirilecek.

Danıştay aynı Yönetmeliğin 10. maddesindeki "*Doktor raporu dört nüsha halinde düzenlenir. Bu nüshalardan birisi gözaltı biriminde muhafaza olunur.*" ifadesini de iptal etti. Dört nüsha halinde düzenlenen raporlardan biri gözaltı biriminde muhafaza

edilirken, biri gözaltı biriminden çıkışta şüpheliye veriliyor, biri soruşturma dosyasına ekleniyor, diğeri de sağlık kuruluşunca saklanıyordu.

Danıştay, doktor raporlarının neza-rethanelere konulanlar hakkında tutulan deftere kaydedilmesinin de önüne geçti. Danıştay yine yönetmelikte yer alan, "*Girişte alınan doktor raporunun verildiği makam, tarihi, sayısı ve özeti*", "*Çıkışta alınan doktor raporunun verildiği makam, raporun tarihi, sayısı ve özeti*" nezarete alınanların kaydına ait deftere yazılır hükümlerini iptal etti.

BAŞKANLIK SİSTEMİ TARTIŞMALARI YİNE BAŞLADI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, hükümetin başkanlık sistemi isteğini eleştirdi. TBB tarafından 4-6 Ocak 2005 tarihleri arasında düzenlenen "*Demokrasi ve Yargı*" konulu sempozyumun açılışında konuşan Özok, "*Bütün kurumlarıyla işleyen demokratik bir sistem yanında, tam bağımsız, güçlü bir yargı ve bunların dışında iki partili bir siyasal yapı, başkanlık sisteminin olmazsa olmaz koşuludur*" diyen Özok, demokrasinin bir yöntem olarak çoğunluk yönetimi olmasına karşın, Türkiye'de olduğu gibi, birer azınlık yönetimi de olabileceğini vurguladı. Başkanlık sisteminin demokrasiyle çok iyi bir şekilde işleyen tek ülkenin ABD olduğunu belirtti ve "*ABD'de başkanlık sisteminin başarısındaki en önemli etkenlerden birisi de iki partili bir siyasal sistemin uygulanmış olmasıdır. Çok partili bir sistemde başkanlık sisteminin demokrasinin çökmesine neden olabileceği anayasa hukuku uzmanlarının ısrarlı görüşüdür. Ağır aksak işleyen*

demokratik yapımız, siyasal iktidarın gölgesinin altındaki yargımız ve siyasal bilimcilerin, ülkemizde daha 25-30 yıl 5-6 partinin oluşturacağını iddia ettikleri siyasal yapımızla birleşiminin ülkeyi uçurmak için sabırsızlandıkları başkanlık sistemine ne kadar hazırız?" diye sordu.

(Yakında TBB Yayınları arasında yayımlanmak üzere *Başkanlık Sistemi* adlı kitap hazırlanmaktadır.)

"ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE CEZA MUHALEMESİ KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ" PANELİ YAPILDI

TBB ile Ankara Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği "*Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu Değişikliği*" konulu açık oturum Ankara Barosu Eğitim Merkezi (ABEM) salonunda yapıldı.

Yargıtay üyesi Keskin Kaylan, Doç. Dr. Metin Feyzioğlu, Milletvekilleri Orhan Erarslan ile Bekir Bozdağ ve Av. Aydın Erdoğan'ın konuşmacı olduğu açık oturumu. Av. Talay Şenol yönetti.

Avukat, hakim ve savcılar ile vatandaşların yoğun ilgisi ile izlenen toplantı geç saatlere kadar sürdü.

TBB, BAROLARLA BİRLİKTE YENİ TCK VE CMK SEMİNERLERİ DÜZENLEDİ

TBB, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Ceza Kanunu'nu tanıtmak ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlarla ilgili olarak meslektaşlarımızı aydınlatmak üzere Hukuk Fakül-

teleri ve barolarımızla işbirliği yaparak bir dizi seminer düzenlemektedir.

Şubat, Mart ve Nisan ayları boyunca sürecek toplantılar 13 hukuk fakültesinden 28 öğretim üyesi tarafından yapılacaktır.

Toplantıların gündemi barolarımız ile seminerlere katılacak öğretim görevlileri tarafından tespit edilecektir.

ADALET BAKANI "HUKUK EĞİTİMİ YETERSİZ" DEDİ

Adalet Bakanı Cemil Çiçek, hukuk fakültelerinin iç açıcı durumda olmadığını söyleyerek, düzeltilmelerini sağlamak için harekete geçti. Bu durumdan en fazla adalet sisteminin ve halkın yargıya olan güveninin olumsuz etkilendiğini vurgulayan Çiçek, hukuk fakültelerinde kaliteli eğitim konusunda, hukukçu olmasının bir şans olduğunu belirttiği, YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç ile görüşme kararı aldı.

YARGITAY C. BAŞSAVCISI YARGITAY KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK ÖNERDİ

Yargıtay Başkanlığı tarafından, 1 Nisan'da yürürlüğe girecek olan *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu* nedeniyle Yargıtay Kanunu'nda değişiklik yapılması amacıyla bir komisyon kuruldu. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, bu kapsamda, Yargıtay Kanunu'nda önerdiği değişiklikleri Yargıtay Başkanlığı'na sundu.

Ok, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) üyelerinin, görevleri süresince veya üyelikleri sona erdikten sonra 5 yıl süreyle Yargıtay'da yapılacak hiçbir seçimde aday olamaması, aday gösterilememesi ve seçilememesi yönünde değişiklik yapılmasını; aynı zamanda bölge adliye mahkemelerince verilen kararların da son inceleme mercii olmasını içeren bir düzenleme yapılmasını; Yüksek Disiplin Kurulu'nun isminin "Yüksek Disiplin ve Etik Kurulu" olarak değiştirilmesini istedi. Kurul'un görevleri arasına, görevle ilgili etik kuralları belirlemek ve bu kurallara uyulmasını izlemek, kendiliğinden veya yetkili kişilerce haberdar edildiği durumda, konuyla ilgili inceleme ve araştırma yaparak vereceği kesin kararlar ilgilinin dikkatini çekmenin eklenmesini; "dikkat çekme" dışındaki her türlü kararına karşı yetkili kişilere itiraz hakkı tanınmasını talep eden Ok, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçtiğinde temyiz incelemesi için Yargıtay'a gelecek dosya sayısının yaklaşık 60 oranında azalacağı gerekçesiyle, Yargıtay'ın ceza dairesi sayısının 11'den 5'e, hukuk dairesi sayısının 21'den 10'a indirilmesini de önerdi. Ok ayrıca, Birinci Başkanlık Kurulu'na, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın da katılmasını istedi.

İSTANBUL BARO BAŞKANI AB ÖNKOŞULUNA KARŞI ÇIKTI

İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu, Brüksel Zirvesi'nin ardından açıklanan metinde ortaya konan hususlardan, Kıbrıs sorununun çözümünün önkoşul olarak dayatılmasının AB hukukuna aykırı olduğunu vurgularken; kişilerin, hizmetlerin serbest

dolaşımını tamamen engelleyen ve daha önce diğer ülkeler için söz konusu edilmeyen kalıcı kısıtlamaların eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtti. Tam üyelik hedefinden sapma ve ucu açık müzakerenin kabul edilemeyeceğini söyleyen Kolcuoğlu, sözde Ermeni soykırımını Türkiye'nin tanınması konusunun dayatılmasının da kabul edilemeyeceğini anlattı.

MİT-ÇAKICI-YARGITAY OLAYINDA ADI GEÇEN ERCAN YALÇINKAYA HAKKINDAKİ SORUŞTURMA BİTTİ

Adalet Bakanlığı, organize suç örgütü liderleri Alaattin Çakıcı ve Sedat Peker'le ilgili operasyonlarda adı geçtiği için Yargıtay Genel Sekreter Yardımcılığı görevinden alınarak Kazan ilçesine savcı olarak atanan Ercan Yalçinkaya hakkında araştırma başlattı. Araştırmanın gerekçesi, "Yargıtay'da gizli bir organizasyon içinde olmak".

Yalçinkaya hakkındaki araştırma süreci, Çankırı'nın Yapraklı ilçesinde oturan Abdülkadir Güney isminde bir vatandaşın iddiasıyla başladı. Güney, bu ilçede görülen ve sanıkları arasında da polis memurlarının da bulunduğu bir davada hakim ve savcının görevini kötüye kullandığını ileri sürdü. Güney, dava dosyasının içinden 20 belge çıkarıldığını, bu belgelerin dosya içerisinde çıkarılmasında bir Yargıtay üyesinin de rolü olduğunu savundu. CHP Milletvekili Atilla Kart bu iddiaları Adalet Bakanı Cemil Çiçek'e iletti. Çiçek de iddiaların araştırılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekili Bekir Selçuk'u görevlendirdi.

Soruşturma sonucunda, Adalet Bakanlığı, Yalçinkaya'nın meslekten ihracını istedi.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan dosya Adalet Bakanı Cemil Çiçek'e sunuldu. Bakan Çiçek'in de onayının ardından disiplin yönünden işlem yapılmak üzere Yalçinkaya hakkındaki dosya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na (HSYK) gönderildi. Dosyada, Yalçinkaya hakkında "*sebebi belli olmayacak şekilde mal edinme*" ve "*mal bildiriminde bulunmaktan*" disiplin işlemi yapılması istendi. Dosyada müfettiş tarafından Yalçinkaya hakkında adli yargıda en ağır disiplin cezası olan "*meslekten ihraç*" cezası teklif edildiği öğrenildi.

Ayrıca, dosya, Yalçinkaya hakkında "*son soruşturma açılmak*" üzere, Ankara'ya en yakın ağır ceza mahkemesi olan Sincan Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderildi. Yalçinkaya hakkında cezai işlemde yapılıp, iddialarla ilgili dava da açılacaktır.

NEŞTER OPERASYONU İLE İLGİLİ OLARAK ERGÜL GÜRYEL YARGITAY ÜYELİĞİNDEN AYRILDI

Yargıtay Başkanlar Kurulu, yüksek yargıç Ergül Güryel'e verilen "*görevden çekilmeye davet*" ve Hüseyin Demirörs'e verilen "*uyarma*" cezasına yapılan itirazı reddetti. Kesin nitelik taşıyan bu karar karşısında Güryel, zorunlu izne ayrıldı. Bu kararla, ilk kez bir Yargıtay üyesi meslekten ihraç edilmiş oldu.

Yargıtay Başkanlar Kurulu, yaklaşık 5.5 saat süren toplantıda, Güryel ile Demirörs'ün itirazını de-

ğerlendirdi. Toplantının ardından yapılan açıklamada, Disiplin Kurulu'nca Güryel'in görevden çekilmeye davet, Demirörs'ün ise uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar verildiği anımsatıldı.

Güryel ile Demirörs'ün karara itiraz ettikleri belirtilen açıklamada, Başkanlar Kurulu'nun itirazları görüştüğü kaydedildi. Yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda her iki itirazın reddine karar verildiği bildirilen açıklamada, itiraz üzerine Başkanlar Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğu vurgulandı. Açıklamada, bu kararlar aleyhine başka makam ve merciye başvurulmasının mümkün olmadığı belirtilerek kararın kesinleşmiş olması nedeniyle 3. Ceza Dairesi üyesi Ergül Güryel'in Yargıtay Yasası uyarınca zorunlu olarak izne ayrıldığı bildirildi.

Yargıtay Yüksek Disiplin Kurulu, Ergül Güryel için görevden çekilmeye davet kararını 7'ye karşı 10, diğer üye Hüseyin Demirörs hakkındaki uyarma cezasını ise 8'e karşı 9 üyenin oyuyla vermişti. Güryel, kararın ardından yaptığı açıklamada 10 gün izne ayrıldığını, 3 Ocak 2005'ten itibaren de emekliliğini isteyeceğini bildirdi.

HAKİM, SAVCI VE AVUKATLARIN ASKERLİK İŞLEMLERİ

Milli Savunma Bakanlığı Asker Alma Dairesi Başkanlığı, yoklama kaçağı, bakaya ve firariler ile izin ve hava değişim süresini aşanların yakalanmaları ve askere sevklerinde karşılaşılan sorunların çözümü amacıyla ilgili birimlerle geçen ay yaptığı iki ayrı toplantıda aldığı kararlara

göre, güvenlik birimlerince, yoklama kaçağı, saklı ya da bakaya olarak aranan hakim ve savcılarının kimlik kayıtları ile adreslerini bildirir tutanak düzenlenerek Adalet Bakanlığı ve ilgili askerlik şubelerine bildirilecek. Adalet Bakanlığı da cezalı yükümlü konumundaki hakim ve savcılarının askere gitmesini sağlayacak. Asker kaçağı olarak aranan avukatlar ise yoklama kaçağı, saklı veya bakaya kalmak suçlarının “*kişisel suç*” niteliğinde olması nedeniyle, emniyetçe nezarete tutulabilecek. Konuyla ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, asker kaçağı avukatların nezarethaneye konulması halinde, Birlik olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyen avukatlara sahip çıkılmasının beklenilmemesi gerektiğini belirtti.

ADALET BAKANLIĞI, “YARGI MENSUBU KİTAP SATMASIN”

Adalet Bakanlığı, hakim ve Cumhuriyet Savcısı ile adliye personelinin, yargı mensuplarının yazdıkları kitapların satışına aracılık etmemelerini istedi. Aksine hareket edenler hakkında disiplin soruşturması başlatılacağı bildirildi.

Hakim ve Cumhuriyet Savcısı'nın gerek meslektaşlarına gerekse meslekten olmayan kimselere kitap satma eyleminin mesleğe yakışmayacağı vurgulanan genelgede, bu durumun, ilgililerin onurlarını kırıp, itibarlarını gölgeleyeceği, halk ve iş sahiplerinin kendilerine gösterdiği saygı ve güveni sarsacağı kaydedildi.

Bu kişilerin ellerinde bulunan kitapları derhal iade etmeleri ve bundan sonra gönderilecek kitapları kabul etmemeleri talep edilen genelgede, bu hükümlere aykırı davranışlar hakkında disiplin soruşturması işlemlerinin başlatılacağı belirtildi.

DERS KİTAPLARINDA İNSAN HAKLARI

Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) ve Tarih Vakfı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın uzmanlığı ve Avrupa Komisyonu ile Açık Toplum Enstitüsü'nün mali desteği ile 2002 yılından beri yürütülmekte olan Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi'nde varılan sonuçları 4 Şubat günü TÜBA İstanbul Ofisi'nde düzenlenen basın toplantısıyla duyurdu.

Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi'nin temel amaçları, ders kitapları ve eğitim programı ile ilişkili tüm aktörlerin (karar vericiler, öğretmenler, ders kitabı yazarları ve yayıncıları, öğretmenler, veliler) ilgisini bu konuya çekmek; ders kitaplarının, insan hakları ve demokrasi kültürünün ana kriterleri çerçevesinde biçim, içerik ve pedagojik yöntemler açısından var olan durumunu saptamak; var olandan yola çıkarak olması gereken ulaşmak konusunda uygulanabilir somut öneriler geliştirmektir. 2001-2002 akademik yılında çok sayıda öğretim üyesi ve uzmanın bir araya gelerek oluşturduğu kriterler ışığında 287 gönüllü, her branştan toplam 190 ilk ve ortaöğretim ders kitabını tarayarak insan hakları açısından sorunlu öğeleri saptadılar. Bu tarama sonuç-

ları ve bu sonuçlardan yola çıkılarak geliştirilen eğitim sistemine ve onun içinde ders kitaplarına yönelik bakış açısı ve öneriler, *Ders Kitaplarında İnsan Hakları; Tarama Sonuçları; İnsan Haklarına Saygılı Ders Kitapları İçin; İnsan Haklarına Saygılı Bir Eğitim Ortamına Doğru* başlıkları altında kitaplaştırıldı. Kamuoyuna 9-10 Aralık 2003'te sunulan bu çalışmanın sonuçları, 16-18 Nisan 2004 tarihlerinde *İnsan Hakları Eğitimi ve Ders Kitapları Araştırması* başlıklı uluslararası sempozyumda tartışıldı. Ayrıca 6 ilde 300 öğretmen ve 1200 öğrenciye uygulanan insan hakları tutumlarına ilişkin anketin sonuçları da proje bitiminde kitap olarak basılacak. Öğretmenlerin kendi pratiklerine ve eğitim ortamına sorgulayıcı biçimde yaklaşmalarını hedefleyen kitabın tanıtımı ve yaygınlaştırılması amacıyla beş ilde Eğitici Eğitimi Seminerleri verildi. Bu duyarlılığın sürdürülebilirliğini ve bir sivil etkinlik alanına dönüşmesini sağlamak amacıyla 6 ilde ders kitaplarında insan hakları konusunu izlemek üzere çalışma grupları oluşturuldu.

Bilgi toplumuna geçilmesi, çoğulcu bir kültür anlayışının oluşturulması, barış kültürünün yerleştirilmesi ve demokratikleşme hedeflerini göz önünde bulunduran bu tavsiyeler, ders kitapları ve müfredatta gözetilmesi gereken temel pedagojik yaklaşımlar, ders kitaplarının demokrasi ve insan hakları konusunda ilettiği mesaj ve oluşturduğu bağlam, barış ve insan hakları eğitimi içeriğinin uluslararası standartlara uygunluğu konularını kapsamaktadır. Aynı zamanda ders kitapları ve okul or-

tamına yönelik, iyi eğitim alma hakkını gözeten hususlara yer verilmiştir. Öğrencilere "doğru düşüncelerin belletilmesi" değil, titiz ve sorgulayıcı düşünme alışkanlıklarının aşılması, olguları bağlamları içinde değerlendirilme, dünyayı ve toplumu dinamik bir gelişim süreci içinde algılayabilme, sebep sonuç ilişkileri kurabilme, değer yargıları ya da inanç akideleri içeren bildirimleri somut bilgilerden ayırt edebilme becerilerinin kazandırılabilmesi için alınması gereken önlemler, bu tavsiyelerin temel pedagojik içeriğini ve bel kemiğini oluşturmaktadır. Proje adına konuşan yetkililer, ilk ve ortaöğretim müfredatında yapılan ve yapılması planlanan değişikliklerle, genelde eğitim ortamının ve özelde ders kitaplarının, hiç bir türlü ayrımcılık içermeyen, demokrasi ve barış kültürünü hedefleyen bir içerik kazanması çabasına, bu tavsiyelerin de katkıda bulunmasını dilediklerini belirttiler. Ayrıca uzun ve acılı süreçler sonucu oluşmuş ve Türkiye'nin de uluslararası anlaşmalarla benimsemiş olduğu insan hakları normlarının bilinmesinin, insanların kişi ve grup olarak haklarına sahip çıkabilmeleri açısından vazgeçilmez bir önem taşıdığını da sözlerine eklediler. İnsan hakları eğitiminin, bu hakların bireyleri erkin şiddetine karşı koruma amaçlı olduğunu, evrensel olan bu hakların herhangi özel durum öne sürülerek kısıtlanamayacağını ve günümüzdeki tanımlarını içermek zorundalığına dikkat çeken yetkililer, insan haklarının temel ilkelerini içeren bir dersin, müfredatta yer almaya devam etmesinin tam da bu nedenle gerekliliği olduğunun altını çizdiler.

İSTANBUL BAROSU'NUN "HIZLANDIRILMIŞ TREN KAZASI" İLE İLGİLİ RAPORU GENİŞ YANKI UYANDIRDI

22 Temmuz 2004 tarihinde 40 kişinin yaşamını yitirdiği Pamukova'daki hızlandırılmış tren kazası ile ilgili olarak, İstanbul Barosu'nun isteği ile, 3 kişilik bilirkişi kurulu tarafından hazırlanan ve 280 sayfadan oluşan Pamukova Sulh Hukuk Mahkemesi'nin bilirkişi raporunda, delillerin ortadan kaldırıldığı ve karartıldığı açıklandı. İçeriğinde teknik bilirkişi raporu, çizimler, kaza fotoğrafları, rapor ekleri, tespit talep dilekçesi ve tespit kararları bulunan rapora göre; kırılmış fren disklerinin olay yerinden kaldırılması, kazadan hemen sonra rayların değiştirilmesi, kara kutunun savcılığa iki gün sonra teslim edilmesi, delillerin ortadan kaldırıldığına kanıt olarak gösterilen unsurlar. Bunların yanı sıra, kaza bölgesinde dönemeçlerle ilgili hiçbir levha bulunmadığı, eğitim değişikliklerinin de trenden okunamayacak biçimde beton elektrik direklerine yazıldığı da, raporda vurgulanan ve kusurun Devlet Demir Yolları'nda olduğunu gösteren sonuçlar.

Kazadan sonra olay yerinde yapılan demir yolu onarımı nedeniyle durum tespitinin yapılamadığı belirtilen raporda, bu yolla delillerin karartıldığı ileri sürüldü.

Raporun sonucunu açıklayan İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu, delillerin karartılması sonucuna ulaştıran tespitlerle ilgili olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, sorumlular hakkında soruşturma açmasını istedi.

TBB BAŞKANI GENELKURMAY İKİNCİ BAŞKANI'NIN SÖZLERİNE CEVAP VERDİ

Genelkurmay İkinci Başkanı Org. İlker Başbuğ, 26 Ocak 2005 tarihinde düzenlediği basın toplantısında, Abdullah Öcalan'ın cezaevi faaliyetlerini değerlendirdi. *"Barolar da bu konuda ilgili kanunu ihlal eden avukatlar hakkında işlem yapmalı. Ama yapmıyorlar."* dedi.

TBB Başkanı bu sözler konusunda şu değerlendirmeyi yaptı: *"Biz bu yakanamayı üstümüze almıyoruz. Sayın Başkan'ın ciddi bir bilgi eksikliği vardır. Bu konuda verilmiş kararlar vardır ve Dergi'mizde yayımlanmıştır. TBB Disiplin Kurulu, mevcut delillere göre cezalar vermiştir, vereceklerdir."*

TBB İLE İLGİLİ YÖNETMELİK VE TARİFE DEĞİŞİKLİKLERİ YÜRÜRLÜĞE GİRDİ

Daha önce hazırlandığı bildirilen TBB Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği ile TBB Staj Kredi Yönetmeliği değişikliği ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Tarifesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. (RG/9.2.2005 ve 12.2.2005)

KARABÜK BAROSU AB-TÜRKİYE İLİŞKİLERİ KONUSUNDA PANEL DÜZENLEDİ

Karabük Barosu Şubat ayı içerisinde *"Uyum Sürecinde AB-Türkiye İlişkileri"* konusunda bir panel düzenledi.

TBB önceki başkan vekillerinden Burhan Karaçelik'in yönettiği panelde TBB Başkanı Özdemir Özok ve Prof. Dr. Yüksel İnan konuştular. Büyük bir halk topluluğunun ilgi ile izlediği panel altı saat sürdü.

Özdemir Özok konuşmasında özellikle AB ilişkilerindeki tuzaklara dikkat çekti: *"Uzun yıllar alacağı kesinleşen müzakere süreci, Türkiye'nin AB mevzuatına ve hukukuna uyum çalışmaları niteliğinde olacaktır. 17 Aralık kararlarının en olumsuz yanlarından birisi de müzakerelerin başarısız geçmesi halinde ülkemizi Avrupa'ya yakın tutmak amacıyla belli bir modelin oluşturulmasının öngörülmesidir. Türkiye, AB ile birlikteliğe giden yolda döşenmiş mayın ve tuzaklara düşmeden, hedefe ulaşacak performansı göstermelidir."*

YARGITAY BAŞKANI'NIN İLGI ÇEKİCİ DEĞERLENDİRMESİ

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, Gazeteci Yavuz Donat ile 13 Şubat 2005 tarihli *Sabah Gazetesi*'nde yayımlanan sohbetinde, avukatlarla ilgili olarak bir değerlendirme yaptı:

"Sayın Başkan, öğrenci hikayesini yargıya uyarlayacak olursak..."

Her davanın bir kazananı var, bir de kaybedeni... Davayı kazanan avukat, müvekkiline der ki: Ben kazandım.

Ya kaybeden avukat ne der?

Bir değil, birkaç şey söyler.

Ne gibi?

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, başladı saymaya:

1. Karşı taraf zengindi... Mahkeme ondan etkilendi.

2. Karşı taraf şahidi ayarladı.

3. Karşı taraf bilirkişiyi ayarladı.

4. Hakim rüşvet yedi.

5. Hakim, karşı tarafın avukatının akrabasıydı."

Meslektaşlarımızın yoğun tepkisi üzerine Yargıtay Başkanı, Yavuz Donat'ın sütununda sözlerini düzeltti:

"Düzen üzerine' yazmaya devam ederken, Yargıtay Başkanı Osman Arslan aradı:

- Sohbetimizde adli yargının bazı suçlamalara muhatap olduğunu söylemiştim... Sizin de belirttiğiniz gibi her davanın bir 'kazanan' bir de 'kaybedeni' vardır... Karar, taraflara izafeten verilir... Burada kastedilen davanın taraflarıdır... Yazının içeriğinden de bu husus anlaşılmaktadır... Ancak 'taraf' sözcüğü yerine 'avukat' sözcüğünün yazılmış olması, yanlış anlamalara sebep olabilir... Düzeltirseniz sevinirim."

AB, İKİNCİ İSTİŞARİ ZİYARET RAPORU YAYIMLANDI

2003 yılında yapılan birinci istişari ziyaret sonunda yayımlanan raporları büyük bir ilgi ile karşılanan Kjell Bjornberg ile Paul Richmond, 2004 yılı Temmuz ayında yaptıkları ziyaret sonunda ikinci raporlarını da Adalet Bakanlığı'na verdiler.

Özellikle Adalet Bakanlığı'nın yetki ve görevlerinin yargı bağımsızlığı karşısındaki konumu, adil yargılanma hakkı bağlamında Cumhuriyet Savcılığı'nı konumu ve yetkileri konusunda

geçen bir yıl içerisinde iyileştirici girişimlerde bulunulmadığı tespit edilen bu raporun tartışmalara neden olacağı anlaşılmaktadır.

Her iki raporun tam metni www.barobirlik.org.tr sitesinde yayımlanmaktadır.

YARGITAY BAŞKANI, YARGIYI MAGAZİNLEŞTİRİYOR

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, Yavuz Donat'la yapmış olduğu röportajın 13 Şubat 2005 tarihli Sabah gazetesinde yer alan bölümünde diyor ki:

- Yargıyı yıpratmayalım.

Fakat Başkan ile Donat arasında daha sonra şu konuşma geçiyor:

Arslan - Her davanın bir kazananı var, bir de kaybedeni... Davayı kazanan avukat, müvekkiline der ki: Ben kazandım.

Donat - Ya kaybeden avukat ne der?

Arslan - Bir değil, birkaç şey söyler.

Donat - Ne gibi?

Arslan - 1. Karşı taraf zengindi... Mahkeme ondan etkilendi.

2. Karşı taraf şahidi ayarladı.

3. Karşı taraf bilirkişiyi ayarladı.

4. Hâkim rüşvet yedi.

5. Hâkim, karşı tarafın avukatının akrabasıydı.

Görüldüğü gibi Yargıtay Başkanı Osman Arslan, bu sözleriyle yargıyı alenen, kasten ve taammüden yıpratıyor.

Başkan Arslan, sanki avukatlar yargı dışıymış gibi göstererek, kötü emsali yaygın bir uygulamamış izlenimi vererek, yargılamanın üç temel unsurundan biri olan savunmayı, yani avukatlık mesleğini yıpratarak, yargıya en büyük kötülüğü yapıyor.

Yargıtay Başkanı röportajda, daha sonra gazeteci Yavuz Donat'a şunları söylüyor:

"Yargıyı ilgilendiren konular sulandırılmasın... Magazin malzemesi yapılmasın... Açıkçası yargı yıpratılmasın... Zira yargı herkese lazım..."

Aynı Başkan, aynı röportajda, kaybettiği davayı Yargıtay'da temyiz edenler için, dolaylı olarak yine avukatları kastederek şunları söyleyebiliyor:

"Kaybedenin söyleyeceği iki şey kalmıştır:

1. Yargıtay dava dosyasını iyi incelememi... Yargıtay üyeleri iyi okusalardı, bu kararı vermezlerdi.

2. Karşı taraf Yargıtay'a da uzandı... Oraya da menfaat sağladı."

Görüldüğü gibi, Yargıtay Başkanı Osman Arslan, yargıyı magazinleştiriyor, sulandırıyor.

Bize göre yargı ne zaman yıpratılmaz, ne zaman magazinleşmez ve sulandırılmaz biliyor musunuz?

Bir Yargıtay Başkanı, yargıyı sadece yerel mahkeme hâkimleri ve savcılarını ile Yargıtay üyelerinden ibaret olmadığının bilincine vardığı zaman.

Adnan Ekinci (RADİKAL/18.2.2005)



MAHMUT ESAT BOZKURT DÖNEMİ KAPANDI MI?

Yargıtay Başkan vekillerinden Osman Şirin, Yargıtay Konferans Salonu'nda düzenlenen "Yeni Türk Ceza Yasası'nın Genel Hükümleri ve Yansımaları" konulu panelde yönettiği oturumun açış konuşmasında ilginç bir konuşma yaptı.

Basına yansıyan konuşmasında Osman Şirin, Yeni TCK'nın "eksikliklerinin giderilmesi halinde gözüm kapalı Yeni TCK'yı tercih ederim" dedikten sonra sözü Mahmut Esat Bozkurt'a getirerek şunları söyledi: "...dönemine bir hukukçu olarak adını vermiş bulunan Mahmut Esat Bozkurt, bütün saygınlığıyla 79 yıl boyunca hükümlerini sürdürdü bu ülkede. Şimdi yeni bir dönem, uygar dünyaya açılım adı altında başlıyor... Geçmiş dönemi sonlandırıyoruz..."

Bu sözlerle, Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in yukarıdaki sözlerini bir arada düşündüğümüzde önemli bir tablo ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay Başkanvekili'nin sözleri hukukçular arasında büyük tepkilere neden oldu. Bu konuda bir demeç veren TBB Başkanı Özdemir Özok *Dergi*'mizin bu sayısındaki yazısını da Mahmut Esat Bozkurt'a ayırdı.

Ankara Üniversitesi Senatosu da "sayın Şirin'in kapandığına işaret ettiği dönem bağımsız laik Türkiye Cumhuriyeti dönemidir" diye tepki gösterdi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU'NUN KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, katılanlarının 13'e karşı 14 oyuyla, bir gazetecinin TCK'nın 312. maddesine aykırı hareketten hükümlülük kararını bozdu.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın gerekçesi anlaşılamayan başvurusu üzerine Genel Kurul'un verdiği kararın tam metni, Yargıtay Kararları bölümünde yayımlanmaktadır.

TBB Başkanı Özdemir Özok, kararın yayımlanmasından sonra yaptığı açıklamada "Kararı AİHS ve uluslararası normlar çerçevesinde değerlendirmek gerekir." dedi.

Anayasa eski başkanlarından Yekta Güngör Özden, kararı "zamansız ve yararsız" olarak değerlendirdi.

Bu konuda Bedri Baykam, TBB Başkanı Özdemir Özok'un önceki konuşmalarına atıfta bulunarak, "AKP'nin adım adım bizi nasıl tehlikeli bir şekilde kuşattığını ve çıkarılmakta

olan yasaların geneline göz atıldığında laik hukukun değiştirilmekte olduğunu” vurguladı.

Gelecek sayılarımızda bu karar çerçevesinde “laiklik”, “din ve vicdan

hürriyeti” ile “düşünce ve kanaat hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” konularında bilimsel nitelikli yazılar yayımlamayı düşünmekteyiz.

ŞERİATÇILARA AFFA SEZER'DEN YANIT

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, “laikliğin yasalarla korunmasına gerek kalmadığına” ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) kararıyla, YCGK Başkanı Osman Şirin’in laik hukuk sisteminin mimarı Mahmut Esat Bozkurt’un 79 yıllık döneminin son bulunduğu yönündeki sözlerine yanıt verdi. Medeni Yasa’nın kabul edilmesinin yıldönümü nedeniyle yayımladığı mesajda ilk Adalet Bakanı Bozkurt’un din ve laiklikle ilgili sözlerine yer veren Sezer, Atatürk devrimlerinin de her türlü tartışmanın üstünde olduğunu kaydetti. YCGK’nin TCK 312’ye aykırılıktan *Milli Gazete* Yazarı Selahattin Aydar hakkında verdiği beraat kararının tarihi gerekçesi büyük tartışma yaratmıştı. Kararda etkin rol oynayan Şirin’in, bir panelde söylediği, “Bozkurt, bütün saygınlığıyla 79 yıl boyunca hükümranlılığını sürdürdü. Geçmiş dönemi sonlandırıyoruz. Şimdi yeni dönem başlıyor” sözleri de yeni bir tartışma başlatmıştı. Mesajında Medeni Yasa’nın laik hukuk sistemine geçişteki etkisine işaret eden Sezer de, yasanın gerekçe bölümünde laik hukuk sisteminin zorunluluğunun anlatıldığını anımsattı. Böylece, YCGK kararına ilişkin eleştirisini aktaran Sezer, şunları kaydetti: “Bugün cumhuriyetin kuruluş felsefesiyle örtüşmeyen açılımlar tartışılabilirse, bunun Atatürk devrimlerinin sağladığı özgürlükçü ortam sayesinde yapılabildiği unutulmamalıdır. Atatürk ilke ve devrimlerinin her türlü tartışmanın üzerinde olduğu kuşkusuzdur.”

Bozkurt’un Medeni Yasa’nın gerekçe bölümündeki laiklikle ilgili görüşlerini de alan Sezer, böylece Şirin’e de örtülü biçimde yanıt verdi. Sezer, genel gerekçeden şu alıntıyı yaptı: “Yasaları dine dayalı devletler, kısa zaman sonra ülkenin ve ulusun gereksinme ve isteklerini karşılayamaz. Çünkü dinler değişmez kurallar kapsar. Yaşam yürür; gereksinimler hızla değişir, din yasaları, kesinlikle ilerleyen yaşamın önünde biçimden ve ölü sözcüklerden fazla bir değer, bir anlam taşıyamaz. Değişmemek dinler için zorunluluktur. Bu yönden dinlerin yalnızca bir vicdan işi olarak kalması, eski uygarlıkla yeni uygarlığın en önemli ayırt edici özelliklerinden biridir. Esaslarını dinden alan yasalar, uygulandıkları toplumları indikleri ilkel dönemlere bağlar.” Sezer, Yeni Medeni Yasa’ya da özetle konulan gerekçenin, Atatürk’ün ulusu için öngördüğü laik yaşam biçimini yansıttığını kaydetti.

Milliyet/18.02.2005

ANADOLU DEVRİMİNİN ANIT İSİMLERİNDEN MAHMUT ESAT BOZKURT ASLA UNUTULAMAZ

Av. Özdemir ÖZOK*

*“Gerçekleri, bunlar aleyhimizde de olsa
olduğu gibi ortaya koymak bizim belli
başlı gücümüzdür. Saklamak, korkmak
yalnız zayıfın huyudur.”*

Mahmut Esat Bozkurt

Atatürk ve arkadaşları tarafından gerçekleştirilen devrimlerin önde gelen isimlerinden ve çağdaş Türk yargı sisteminin kurucularından, büyük hukukçu Mahmut Esat Bozkurt hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı Osman Şirin’in ileri sürdüğü görüş ve düşüncelere katılmaya olanak yoktur. Şirin, basına yansıyan açıklamalarında, *“Bozkurt döneminin kapandığını, değişen ve gelişen koşullara uygun olarak yeni bir dönemin açıldığını”* ileri sürmüştür.

Kuşkusuz, 1920’lerin hukuki norm ve değerlerinin aynı şekilde korunmasına gerek de yoktur olanak da... Bizler bu konuda Büyük Atatürk’ün *“Benim manevi mirasım ilim ve akıldır”* sözünü içtenlikle benimsemekteyiz. Bu sözler bize ileriye, çağdaşlığa doğru bir gelişmenin anahtarını vermektedir. Geriye doğru gidişlere gelişim ve değişim demek olanağı bulunmadığı için *“ilim ve akıl”* ile bir ilişkisi de yoktur. Bu bağlamda çağdaş Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş felsefesini, varoluş mantığını unutmak, onu yok saymak, kendi varoluş nedenini reddetmek anlamına gelmektedir.

Türk Hukuk Devrimi’nin mimarı olarak, çağdaş Türk yargısıyla özdeşleşen Mahmut Esat Bozkurt’un *“devrinin kapandığını”* iddia etmek,

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

onun şahsında “Çağdaş ve Laik Türk Hukuk Devrimi”ni ve Cumhuriyeti inkar etmek anlamına gelecektir. Bu inkardan sonra söz konusu olan başka bir Cumhuriyet’tir.

1892 yılında Kuşadası’nda dünyaya gelen ve 21 Aralık 1943 yılında 51 yaşında yaşama gözlerini yuman bu büyük insanın kısa süren ömrü başarılı çalışmalarla geçmiştir.

İstanbul Hukuk Fakültesi’ni bitirdikten sonra, İsviçre’ye giderek Fri-borg Üniversitesi’nde hukuk dalında lisans eğitimi görmüş ve “Osmanlı Kapitülasyonları” üzerine hukuk doktorası yapmıştır.

Ülkenin düşman saldırısına uğraması üzerine yurda dönerek, Aydın ve çevresinde ulusal kuvvetleri örgütlemiş; savaş sonrası, 1920 yılında İzmir milletvekili olarak Birinci BMM’ye girmiştir. Milletvekilliği yanında yerel ve ulusal gazetelerde yazılar yazarak, Türk devriminin geniş kitlelere ulaşmasına ve ülke geneline yayılmasına çalışmıştır. Bu çalışmaları yanında 1939 yılında “Türk İhtilalinde Vatan Müdafası”, 1940 yılında “Atatürk İhtilali”, yine aynı yılda “Devletlerarası Hukuk”, “Devletler Hukuku” ve “Aksak Demir’in Devlet Politikası” kitaplarını yazmıştır.

Çok başarılı ve parlak kişiliği yanında, iyi bir hatip olan Mahmut Esat Bozkurt’a 1920 yılında Milli Eğitim ve Adalet bakanlıkları önerildiğinde; Adalet Bakanlığı’nı “Ülkedeki yasalarda ve adliyede radikal değişiklikler yapılması gerektiğini” ancak “dönemin Bakanlar Kurulu ile bu işin gerçekleştirilemeyeceğini, bu nedenle adaylığı kabul edemeyeceği” gerekçesini öne sürerek; Milli Eğitim Bakanlığı önerisini de “Milli eğitim işlerinin yabancısı olduğu için bakanlığın uzman bir kişiye verilmesi” gerekçesiyle geri çevirmiştir.

Mahmut Esat Bozkurt kısa bir süre sonra 1922-24 yıllarında İktisat, 1924-30 tarihleri arasında ise Adalet Bakanlığı yapmıştır. Bu görevleri sırasında, unutulmaz başarılarla imza atmış, İktisat Bakanı iken 1923 yılında İzmir’de Birinci İktisat Kongresi’ni düzenlemiştir. Bir devrimci olan Bozkurt “Devrimin yasasının bütün yasaların üstünde” olduğuna inanmış ve bu inançla “Türk Hukuk Devrimi”ni gerçekleştirmiştir. Adalet Bakanlığı sırasında Medeni, Borçlar, Ceza, İcra İflas, Mahkemelerin Kuruluş, Hukuk ve Ceza Muhakemeleri yasaları çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur. Nasıl Roma hukukundan söz edildiğinde Justinianus, Fransız Medeni Kanunu denildiğinde Napolyon akla gelirse, Türk Medeni Yasası’ndan söz edildiği zaman da ise, kimileri ne kadar unutmak ya da unutturmak istese de Mahmut Esat Bozkurt bir anıt isim olarak hatırlanmaktadır. Mahmut Esat Bozkurt, çağdaş yasaların yürürlüğe girmesi yanında, onları uygulayacak

genç bir hukukçu kuşağının yetiştirilmesi için Ankara Hukuk Fakültesi'nin¹ açılmasına öncülük etmiştir. Bir gün Mustafa Kemal kendisine “*bir çok yasa tasarısı hazırlıyorsun, onları uygulayacak yargıçların var mı?*” diye sorunca, önderine “*onları da yetiştireceğim*” yanıtını vererek 1925 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılışını gerçekleştirmiştir. Böylece, şimdilerde onun devrinin kapandığını söyleyebilen hukukçuların yetişmesine de katkı sunmuş olsa da, Türk Hukuk Devrimi'nin gerçekleşmesinde Mahmut Esat Bozkurt'un aklının, alın terinin ve emeğinin yadsınması olanaksızdır.

Bu konuda Yargıtay başkanlarından rahmetli İmran Öktem 5 Eylül 1967 günlü konuşmasında net mesajlar vererek “*Her kanun bir gün değişme ihtiyacını gösterecektir. Elbette Medeni Kanun da zamanı geldiğinde değişecektir. İleride daha iyi daha yetkin bir kanuna yerini bırakacaktır. Fakat Medeni Kanun'un Türk sosyal hayatına getirdiği devrim kuralları hiçbir zaman eski şekline dönmeyecektir. Onun devrimci niteliği değişmeyecektir. Değişme, art düşüncelere, hurafelere, teokratik devlet esaslarına dayanmayacaktır,*” demek suretiyle Türk hukuk devriminin ilkelerini belirlemiştir.

Yine Yargıtay başkanları arasında anıt isimlerden olan rahmetli Recai Seçkin de her konuşmasında Türk aydınlanmasından ve onun ürünü olan “*Laik Hukuk Devrimi*”nden söz ederken, devrimlerin baş mimarı Mahmut Esat Bozkurt hakkında hayranlık ve takdir duygularını gizlememiştir.

6 Mart 1868 günlü Padişah iradesi ve 1 Nisan 1868 günlü Nizamname-i Esasi (Tüzük) ile kurulmuş bulunan Divanı Ahkam-ı Adliye, bugünkü Yargıtay'ın temelini oluşturmaktaydı. Cumhuriyet dönemindeki Yargıtay başkanları her adli yıl açılışında “*laik hukuk*”a vurgu yapmışlar ve bu kazanımlara emeği geçenlere başta Mahmut Esat Bozkurt olmak üzere bağlılıklarını yinelemişlerdir. Çünkü Mahmut Esat Bozkurt, büyük Atatürk'ün çok yakınında, uluslararası eğitimi, birikimi, kişisel becerileri yanında, yüreği ve sarsılmaz inancıyla, onunla birlikte, gericilik, yobazlık ve karşı devrimcilerle yılmadan mücadele etmiştir.

Önemli bir devlet ve siyaset adamı olma yanında, iyi bir hukukçu olan Mahmut Esat Bozkurt, Bozkurt-Lotus davasında da Türkiye'yi Fransa'ya karşı Lahey Adalet Divanı'nda büyük bir yetenekle savunmuş ve davayı Türkiye'nin kazanmasına en büyük katkıyı sunmuştur. Bu başarısından dolayı, Atatürk tarafından kendisine Bozkurt soyadı verilmiştir.

¹ Ankara Hukuk Fakültesi hakkında Mahmut Esat Bozkurt'un çabaları için Turan Tanyer'in “Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve Eski Binaları” makalesine bkz., *TBB Dergisi*, S. 51, s.153 ve devamı; Ali Cengizkan, *Ankara Hukuk Mektebi*, İstanbul 2004.

Dini eğitimle yetişmiş ve engin din bilgisine sahip olan Mahmut Esat Bozkurt, bu bilgi ve birikimi yanında, laiklik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti için son derece önemli olduğunu da özümseyerek bu yolda durmadan savaşımlar vermiştir. Dinin siyasal yaşamdan çıkarılması uğruna önemli uğraşlar vererek, dinin softaların ve bilgisizlerin elinden kurtarılması ve *“makamların en yükseği olan vicdanlarda yer alması”* gereğini yüksek sesle haykırmıştır.

Bizler, Cumhuriyet döneminin aydınları olarak, halkımıza olan borcumuzu yerine getirmek için, tarihin derinliklerinden gelen bu ve benzeri seslere hep kulak veriyor ona uygun davranmaya çalışıyoruz. Çünkü, geçmişle ilgili çok şey biliyor olabilirsiniz. Ancak, önemli olan, bütün bildiklerimizi sık sık yeniden gözden geçirmemiz gerektiğidir. Tarih, çok önemlidir. Sadece geçmişten bir şeyler öğrenebileceğimiz için değil onlardan ders almamız, ders çıkarmamız ve ona uygun gelecek kurgulamamız için önemlidir. Bu günün ve yarının tercihlerini sağlıklı yapabilmek için dünün acı ve tatlı deneyimlerini asla unutmamak gerekmektedir.

Bu duygu ve düşüncelerle büyük hukukçu, bilim ve siyaset adamı Mahmut Esat Bozkurt'un aziz hatırası önünde saygıyla eğiliyor, ilkelerinin ilkemiz olduğunu yineliyor ve ışık saçan aydınlık yolunda yürüdüğümüzü, kendisini asla unutmadığımızı tüm dünyaya haykırıyoruz.

YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (YCMK) KARŞISINDA CEZA ADALETİ SİSTEMİNİN -de facto- GÖRÜNÜMÜ VE SOSYOLOJİK ÇIKMAZLAR

Mustafa Tören YÜCEL*

Yeni Bir Ceza Usulü Gereği (!?)

Alman orijinli ceza muhakemesi kanunu¹ yerine yeni bir “ceza muhakemesi kanunu” vaz etmenin(!) ne derece gerekli olduğu konusu acaba ayrıntılı olarak değerlendirildi mi? Yürürlükte bulunan sistemin de-facto işleyişine yönelik ne tür analiz çalışmaları bir değişim ihtiyacına işaret etti? Değişimin total olması yerine istinaf ve YTCK (Yeni Türk Ceza Kanunu) nedeniyle Fransa/Almanya örneğinde olduğu gibi kısmi değişiklikler yapılması mümkün olamaz mıydı? Total bir değişimde hedeflenen temel amaçlar nelerdi? Kanunun genel gerekçesine bakıldığında, soyut irdeleme ve karşılaştırmalı usul hukuka yapılan atıflar dışında ülkemize özgü -salt %30’luk beraat oranı dışında- ne türden analizler bu yeni kanuna dayanak olmuştur?² Bu kanunla “itham oranında” son kırk yıldır sağlanamayan bir azalma sağlanabilecek midir?³ Yine her yıl geniş kapsamlı af gibi beliren zamanaşımı nedeniyle düşme sayısında belirli bir oran hedeflendi mi?

AİH Mahkemesi’nde ülkemiz mahkumiyetine neden olan makul süre taşmaları acaba makule indirilebilecek mi? İlk derece mahkemeler ile Temyiz arasında yer alacak “istinaf”la yargılama sürecindeki “sürat” mi gerçekleşecek? Sistemde artan iş yükünü azaltmada diversion/ itham pazarlığı tedbiri olarak “uzlaştırma”/ “etkin pişmanlık” ne derece etkili olacaktır? Bu kurumların öğreti ve adliye kültüründe alt yapısı oluşturulmadan spontan etkinliği beklemek ne derece gerçekçidir? Ceza Kanunu’nda yer alan “kabahatlerin” de-kriminalize edilmesi sonucu sistemdeki iş yükü, özellikle

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı

¹ Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu (N. Kunter’in Önsözü) (Çev. F. Yenisey) Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ank., 1979. Ayrıca bkz., *Council of Europe, Historical Research on Crime and Criminal Justice*, Strasbourg, 1985.

² J. Pradel, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü* (Terc. S. Dönmezer) Beta, Kasım 2000; TBMM Ceza Muhakameleri Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292) .

³ M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ank. 2004, s. 309.

metropol kent adliyelerinde ne derece olacaktır? 2010 yılı metropol adliyelerini için yapılan iş yükü tahminleri⁴ karşısında bu beklenen etki kayda değer olabilecek mi? İş yükünde ciddi nicelikte bir azalma isteniyorsa, kolluk evresinde diversion sağlayıcı tedbirlere, İngiltere örneğinde olduğu gibi “*kolluk ihtiarına*”, neden yer verilmedi? Daha da önemlisi, savcılıkta “*kanunilik ilkesi*” yerine “*maslahata uygunluk/takdirilik ilkesine*” geçiş sağlanmayıp, karma bir sistem doğrultusunda, “*etkinlik pişmanlık*”a özgü cezaya hükmedilmeyecek haller için “*kovuşturulmaya yer almadığına*” karar verilmesi yöntemi neden yeğlendi? Öte yandan, şüpheli/sanık ile mağdur arasında bozulan dengeyi⁵ yeniden oluşturmak üzere mağdur lehine getirilen yeni hükümlerin sosyal gerçekleşmesi koşulları hazırlandı mı? YTCK (Yeni Türk Ceza Kanunu m. 61-62) ile ağırlıklı olarak gündeme gelen suçlu hakkında psiko-sosyal anket hazırlanması ve hükümlülerin gözetimli erteleme/denetimli serbestiye (probation) tabi tutulması için, iş yüküne oranlı personel sayısının de facto gerçekleşmesi doğrultusunda kaç yıla gereksinme olduğunun planlaması yapıldı mı?⁶ Personel ile iş yükü arasında etkin bir işlev görmeye elverişli bir oran kurulmadığında bazı kurumların de-jure varlığının biçimsel olmaktan öteye gidemeyeceği düşünülmedi mi? Veya bu türden bir gerçek 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun’da (1965) yer alan erteleme hükmünün son 39 yıllık uygulamasında görüldüğü üzere “*negatif bir hal*” saptanmadığından ertelemeye hükmedilmesi gibi biçimsel otomatığın devreye girmesinde görülmedi mi? Gerçeğin daha somut bir göstergesi olarak, 11-14 yaş grubu hükümlü çocuklar için 26 yıldır uygulama olanağı bulunamayan bu kurumun 15-18 yaş grubu ile birlikte yetişkinleri de kapsar şekilde uygulanabileceğini düşünmek illüzyon değil midir? En son olarak tüm bu değişikliklerin getireceği mali yükün ne olacağı saptandı mı? İşte bu soru cümlelerini şimdilik noktalarak YCMK’yla yapılan düzenlemelerden özgün olanların sistem analizi bağlamında olası etkilerini irdeleyelim.

Ceza Usulüne İlkesel Yaklaşım ve Görüntü

Ceza usulüne özgü karşılaştırmalı bir incelemede, usul sistemlerin- de

⁴ M. T. Yücel, *Türkiye’de Yargının Etkinliği*, Ank. 2001, s. 95.

⁵ M. T. Yücel, “Hukukun Sosyal Teorisi” *TBB Dergisi* S. 52 Mayıs/Haziran 2004 s. 118-133.

⁶ Gözetimli erteleme (probation) ceza sistemimize YTCK (m. 51-5/2004) ile girmiş olmayıp, 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un (1979) 29-30. maddeleriyle ön görülmüş olmasına karşın 26 yıllık uygulama evresinde bu kurumun Anglo-Sakson/Kıta Avrupası düzeyinde tek bir uygulamasına tanık olunamamıştır. Probation kurumunun ayrıntılı analizi için bkz., M. T. Yücel, “ABD’de Yetişkin Suçlulara Tatbik Edilen Deneme Müessesesi (Probation) Tetkik ve Tahlili ve Bu Müessesenin Türk Ceza Hukukuna İntikali İmkânı”, *Adalet Dergisi*, s. 11-12, 1965, s.1313-1327.

amaç-ilkeler açısından birlik olmasına karşılık araçlar açısından bu birliğe tanık olunmamaktadır. Örneğin; Avrupa Kıtası'nda suçsuzluk karinesi ilkesinde bir uzlaşma sağlanabilmesine karşın bu konudaki teknikler ve özellikle hakim ve tarafların rolü bakımından sistemlerin birbirinden ayrıldığı görülmektedir.

Genelde, ECMUK'ta (Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda) 27 kez yapılan değişikliklerle, hukuk düzeninin, masumluk karinesi, savunma hakları gibi temel ilkelerine zarar vermeksizin/ihlal etmeksizin ceza adaleti sürecinin ritminin olabildiğinde hızlandırılması hedeflenmiştir. Sürat herkesin (mağdur, suçlu ve halk) yararına olan ilkesel bir değerdir. Mağdurun psikolojik tatmini yanında maddi/manevi zararlarının zamanlıca giderilmesi, masum bir zanlının kısa zamanda aklanabilmesi, itham edilmekten kurtulmasını sağlayıcı kanıtlara ulaşılabilmesi, potansiyel suçlular için caydırıcı olabilmesi ve halk katında cezaların genel önleme işlevine etkinlik kazandırılmasıdır.

Hazırlık evresinin açılmasına hemen/otomatik olarak girilmemesi sistemde etkinlik bakımından gereklidir. Sistemin ilk cümle kapısında ayıklama işlemi (case screening) yapılarak, "makul şüphle" olmadığına soruşturma açılmamalıdır. İşte takip, soruşturma ve ayıklama işlevini içeren bu evreye geçiş insan hakları ve dava ekonomisi bakımından önemli olduğu kadar de facto vatandaşlara bahşedilen hürriyetlerin bir ölçeri/turnusolu olmaktadır.

Bu evrede, soruşturma konularının neleri kapsamı gerektiği, maddi konu ve kusurluluk/sorumlulukla yetinmeli midir? Yoksa soruşturma, şüphelinin/sanığın kişilik unsurlarını da kapsamalı mıdır? sorusu gündeme gelmektedir. Anglo-Sakson sisteminde kriminolojik gözlem raporu/psiko-sosyal anket (gerichtshilfe)/(pre-sentencing report) hazırlanmasına hüküm (guilty) sonrası imkan varken Alman orijinli usul sistemimizde, savcılık, araştırmalarını ceza kanununa göre yaptırımın belirlenmesi için zorunlu öğelerin bulunması hususunda (YTCK 61-62) geniş kapsamlı bir kişilik araştırmasına hemen başlanılmasını gerektirmektedir. Sosyal anketin uygulamada dikkat çekecek şekilde genişletildiğine tanık olduğumuz Almanya (StPO 160-3) örnek alınarak Cumhuriyet Savcısı (YCMK 161/CMUK 153 "her türlü araştırmayı yapabilir") şimdilik ağır cezalı işlerinde ruhsal patoloji örneği sergileyen şüpheliler/sanıklar (mükerrir, itiyadi, suç meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu) hakkında psiko-sosyal anket hazırlanmasına soruşturma işlemleri sırasın-

⁷ (6)mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

(9) Mükerrirlere özgü... cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin,

da koyulmalı;⁷ ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet halinde anket raporu infaz kurumuna gönderilmelidir. Ne var ki, en azından probati-on gibi bir kurum için sine qua non olan psiko-sosyal anketin ne derece önemli olduğu bilinmediğinden YCMK'un "genel" ve "madde gerekçeleri" ile Adalet Komisyonu Raporu'nda hiç değinilmediği görülmektedir. İnsan ancak yaşadığı kadarını, gerçek yaşamında veya rüyalarında yaşadığı kadarını görebilmektedir. Soyut kavramlarla özlenen/yaşayan hukuka varılamayacağına tanık olduğum son kırk yıllık deneyimim, "kriminoloji" ve "hukuk sosyoloji" derslerinin hukuk fakülteleri için ne kadar önemli olduğunu(!) göstermektedir.

Soruşturmayı yürüten birimlerin eyleycilere egemen olan üç temel ilke ise şöyledir; etkinlik, sürat ve dürüstlük/hakkaniyettir. Bu kavramların içerikleri özet olarak, etkinlik –yasal amaçları gerçekleştirmek kadar kamu güvenliğini artırmak üzere eldeki kaynakların ekonomik şekilde kullanılması; bu doğrultuda savcının tüm araştırma işlemlerine, fiillere başvurabilmesi; ekip çalışması, görev analizlerinin yapılması, iş türlerine göre uzmanlaşma; adliyelerde can güvenliği sağlanması ve gereksiz yere kamu davası açılmaması; sürat- just in time'in işlerliği, işlerin hızlandırılmasını sağlayıcı hükümler ve teknoloji katkısıyla süratın sağlanması; tutuklama süresinin ve sayısının olabildiğince azaltılması; dürüstlük ise-şüpheli/sanığın leh ve aleyhinde soruşturma ve araştırma yapılması gereğine işaret etmekte; AİHS'nin 6. maddesinde "her kişinin davasının dürüst olarak görülmesini istemek hakkına vurgu yapılmakta; ahlakın hukuku öncelle-mesi ile soruşturma organlarının kanıtları ahlaka saygınlık içinde toplanması gereği belirmektedir.⁸ Özetle, bilimsel, normatif, teknolojik ve ahlaki kültür kullanılarak yargılama sürecinin gerçeği yakalama gücünü artırmayı he-defleyen yargısal hümanizme odaklanılmalıdır.

Kamu davası öncesi ayıklama işleminde "yeterli belirti" ölçütünden "ye-terli kanıt" a geçilmiş iken, YCMK'yla da "yeterli şüphe" ölçütü vaz edilmiştir. Bu değişimlerle, uygulama kültür ve refleksinin oluşmasının önemli ölçüde aksayacağı göz ardı edilmiştir. Nitekim, 1929 yılına kadar elli yıl yürürlükte kalan 1879 tarihli Fransız orijinli "Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu"ndan çok farklı olan Alman orijinli CMUK uzun süre eski alışkanlıkların etkisinde

itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uy-gulanmasına hükmedilir (TCK 58).

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir...

(5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir... (TCK 51).

⁸ M. T. Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ank. 2005, s. 131; D. Özlem, "Ahlak Hukuku Önceler" *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* 4 (İst. Barosu) İst. 2002, s. 20.

kalarak sistemine ters düşen bir biçimde yorumlanmıştır(!)

Her şeyden önce, kamu davası açmak için “yeterli belirti” yerine getirilen “yeterli delil” ölçütü istenilen işleve kavuşturulamamıştır. Bunun en belirgin nedeni ise, savcılara güven duyulmamasıdır. Bu duygu adliye kültürümüzün yerleşik bir özgedir. Bu durum, savcılarının ciddi bir hazırlık işlemini yapmaksızın kamu davası açması tutumu ile beslenmektedir. Nitekim, adalet müfettişlerince 1986 yılı Ankara Cumhuriyet Savcılığı denetiminde, hazırlık soruşturmalarının tamamına yakın bir kısmının zabıtaya yaptırıldığı, derdest 31074 hazırlık evrakından yalnızca 732’sinin (% 2.3) savcılarca tahkik işlemine tabi tutulduğu saptanmıştır.

Ülkemizde, yeterli delil ölçütüne göre dava açma tekeli elinde bulunduran savcılarının bu ölçüte ne derece işlerlik kazandırdığı somut veriler (beraat oranları) ışığında kuşkuyla görülmektedir. Bu ölçüt, savcılarını kamu davası açılması için gereken “yeterli delil” için objektif bir değerlendirme yapma imkanı bulamadıklarından mı yeterli bir işleve kavuşmamıştır? Yoksa önceden kamu davası açılmasına egemen olan “yeterli belirti” ölçütünün yarattığı kültür ve davranış tutumu karşısında “yeterli delil” işlevden yoksun mu kalmaktadırlar?

Kuşkusuz, savcılar, her sanık için yapılan suç isnadına ilişkin mahkumiyete yönelik gerçek bir beklentiyi besleyecek yeterli delil olduğu konusunda tatmin olmalıdırlar. Savcılar, savunmanın görüşlerini de göz önüne alarak tezlerinin nasıl etkileyeceğini de göz önüne almalıdırlar. Kuşkusuz, mahkumiyete ilişkin gerçek bir beklenti olup olmaması “objektif bir test” niteliğindedir. Bu test, mahkemece, hukuka uyarlı ikame edilen leh ve aleyhteki delillerin değerlendirilmesi sonucu büyük bir olasılıkla sanığın mahkumiyetine karar verilmeyeceği anlamına gelmektedir.

Cumhuriyet Savcılarını kamu davası açarken yeterli delil olup olmadığına karar verirken, delillerin kullanılıp kullanılmayacağı ile güvenilirliğini de göz önünde bulundurmalıdırlar. Bazı davalardaki sözde deliller ilgiyi çekmezken, bazı davalardaki delillerde, ilk algılandığı gibi güçlü olmayabilir. İşte bu nedenle kamu davası açılması sürecinde yanıtlanması gereken sorular şunlar olmalıdır; delil mahkemede kullanılabilir mi? Delilin mahkemede kabul görmemesi olasılığı var mı? Bazı ceza usulü kurallarının ilgili delilin hükme esas alınamayacağını emretmesi (CMUK m. 238, 254-2/YCMK m. 217-2.) karşısında, delilin elde edilmesi şekli veya dolaylı tanık ifadesi nedeniyle delil mahkemece reddedilecek mi? Bu durumda, gerçekçi bir şekilde mahkumiyete götürücü nitelikte diğer deliller var mı? Delil güvenilir mi? Suç itirafı örneğinin sanığın yaşı, zeka derecesi veya anlama gücü olmayışı nedeniyle güvenilirlikten yoksun mudur? Tanığın özgeçmiş göz

önüne alındığında savcılığın davasını zayıflatma olasılığı var mı? Tanığın saikinin karanlık olması veya sabıkasının bulunması, kendisinin davaya yaklaşımını etkileyebilir mi? Tanığın kimliği sorgulandığında, elde edilen kanıtlar yeterince güçlü mü? Ne var ki, savcılar, kullanabilecekleri veya güvenilirliği konusunda emin olmadıkları kanıtları da göz ardı etmemelidirler.

İşte, savcılar kamu davası açılması sürecinde yer alan “*yeterli delil*” ölçütüne işlerlik kazandırmak üzere sanık hakkında mahkumiyet beklentisi olup olmadığını test ederken şimdiye dek sözü edilenleri özenle irdelemelidirler. Özetle, kanıtları kamu davasını açmak hususunda yeterli sayılıp sayılmayacağını savcılar takdir edecektir. Şimdi “*yeterli kanıt*” ölçütü oturmadan terimlerle oynayıp, “*yeterli şüphe*” denilmesinin ne anlamı olabilir ki?

Yazarın son on beş yıldır kamu davası açılmasındaki enflasyonist eğilim karşısında sistem eyleycilerine yönelik kültürel değişim girişimlerinden istenilen sonucun alınamaması, yine 1937 yılında evrakı zarftan tek telli dosyaya koyma sistemine yeni bir biçim vermek için on yıl önce geliştirdiğim yeni dosyanın Rize C. Savcılığı dışında kullanılmaması kültürel değişimin ne derece olduğunun en somut göstergeleridir.

YCMK’yla yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemesi/kavuşturma olanağının bulunmaması hallerinde “*kavuşturmaya yer olmadığına*”/ “*takipsizlik*” (nolle prosequi) karar verilmesi ön görülmüştür (YCMK m. 172/StPO⁹ 170-2). Gerçekte olması gereken, suç eylemi hakkında şüphe olmayışı nedeniyle soruşturmaya son verilmesi, soruşturmanın nihai sonuçlarının dayandığı temelleri göz önüne alındığında “*son duruşma*”da şüphelinin beraat olasılığı mahkumiyet olasılığından daha yüksek olduğunda suç eylemi hakkında şüphe olmadığının var sayılmasıdır. Geleneksel adliye kültüründe savcılara özgü böyle bir takdir değerlendirmesinin yeri olmadığı vurgulanmakta, savcılığın genelde ayırıştırıcı olarak katalizör olma dışında bir işlevi olmadığı izlenimi edinilmekte ise de, YCMK’da “*kavuşturmaya yer olmadığı*” kararına itiraz üzerine ağır ceza mahkemesi başkanı değerlendirmeyi yaparken kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunup bulunmadığına bakması (m. 173-3) istenilmektedir.

Savcılık soruşturma evresinde, yukarıda değinildiği üzere, tarafsız bir makam olarak suçlandırmaya yöneltici gerçekler ile şüpheli hakkında kavuşturmaya yer olmadığını gerektirecek gerçekleri de soruşturmak (şüphelinin leh ve aleyhindeki delilleri toplamak) ve şüphelinin haklarını korumak zorundadır (YCMK m. 160-2/ StPO 160-2/ Alman Ceza Usul Ka-

⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu.

nunu). Bu hükmün gereği olarak şüpheli soruşturmaya konu olan itham hakkında dinlenmek ve savcılığa nihai karara varılma öncesi ek kanıtların göz önüne alınmasını istemek hakkına sahip bulunmaktadır.¹⁰

Ön soruşturma savcının egemenlik alanı ise, duruşmada hakim in egemenlik alanıdır. Hakim veya mahkeme başkanı, duruşmayı hazırlamakta (YCMK 175) yönetmektedir (YCMK 192-1, 203). Hakim gerçekleri arayış sürecinde maddi hakikati kendi girişimi ile bulmak zorunda (CMUK 237/ StPO 244-2) olup, bu süreçte Savcılık, sanık veya sanık avukatınca sunulan veya istenilen kanıtlarla sınırlı değildir. Bu saptama, ceza usulünün “*inquisitorial*” (tahkik sistemi) olarak nitelendirilmesinin nedenini oluşturmaktadır.

Hükmedilecek ceza yaptırımı/güvenlik tedbirine ilişkin olarak, hakim Savcılık ve sanığın istemleri ile bağlı değildir (Mülga CMUK 197/ StPO 206). Savcının isteminden daha ağır bir ceza olabileceği gibi sanık ve avukatın isteminden daha hafif bir cezada olabilir.

Savcılık, sanık ve avukatı ile “*katılan*” duruşmada haklarını kullanarak aktif bir rol alabilirler. Önemli sorun adliye kültürü ve metropol adliyelerinde ağır iş yükü altında bulunan hakimlerin buna izin verip vermeme leridir. Savcılık ön soruşturma evresinde olduğu gibi duruşmada da sanık lehine olan yanları dile getirmek zorundadır. Savcı kanıtlar mahkumiyet için yeterli görülmediğinde sanığın beraatını da isteyebilir, sanık lehine kanun yollarına başvurabilir (YCMK 260-3). Yine tüm sorun, savcılarda bu türden bir uygulama refleksinin gelişip gelişmediğidir(!?)

Yargılamada kanıtların değerlendirilmesi hakim in takdirine bırakılmış tır (“*kanıtların serbestçe takdir edilmesi/vicdani kanıt serbestisi*” ilkesi) (YCMK 216/ STPO 261). Hakim hiçbir yasal düzenleme ile sınırlı olmaksızın sadece mantık kuralları, deneyim ve özellikle bilimsel deneyimin sağladığı ilkelerle bağlı bulunmaktadır.

Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir ve ilke olarak duruşmanın makul sürede bitirilmesi ön görülmüş (YCMK 190), belli bir süreye yer verilmemiştir. Avrupa ülkeleri usul yasalarında ki düzenlemelerde aynı şekildedir.

Davaların hızla sonuçlandırılması, tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılamayı isteme hakları, anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer

¹⁰ Hazırlık evresinde gereksiz yere kamu davası açılmasını önlemek üzere özellikle metropol kent adliyeleri Cumhuriyet Savcılıklarında tüm iddianamelerin en kıdemlilerden oluşan bir ekip tarafından kontrol edilmesinin kurumlaştırılması “*a cul de sac*” bir gereksinme olmuştur.

almış, hızlı yargılama kavramı adaletin bir gereksinmesi olarak Anayasa 36, 141 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iki maddesinde ifade edilmiştir;¹¹ birincisi, "her tutuklu sanığın makul bir süre içinde yargılanması veya usul çerçevesinde salıverilmesi" gereğini belirten 5-3 maddesi; ikincisi de, her kişinin "davasını makul süre içinde görülmesi" hakkına sahip bulunduğunu içeren 6-1 maddesidir. Kuşkusuz, süratin, acelecilik ile aynı şey olmadığı bilinmelidir. Önemli olan doğru karar verilmesi; akrep ve yelkovanın doğru şekilde çalışmasıdır.

Kuşkusuz, yargılama süresinin makul süre ötesinde gereğinden fazla uzaması halinde anılan Sözleşme ve Anayasa hükümlerine aykırı hareket edilmiş olacaktır. Sistemde eyleyicilerden kaynaklanan genel bir gecikme yanında tikel davalarda makul sürenin saptanması açısından " tarafların davranışları" ve "davanın karmaşıklığı" önemli öğelerdir. Özellikle, yargılamanın uzamasında müvekkili açısından yarar gören bir avukat, bilgi, beceri ve retoriği ölçüsünde "hız kesici" olabilir.

Davanın normal süresini belirlemede önce genelde işlem/işlemlerin yapılması için belirlenen sürelerin başlangıç ve bitiş tarihlerine bakılmalıdır. Bu süreler göreceli olup, öznesine göre değişmektedir. Mağdur için süre suçun işlendiği andan başlarken, kolluk için ihbar/yakalama anından itibaren başlamaktadır (YTCK 66). Mahkeme açısından ise davasının açıldığı tarihten itibaren geçen süreler hesaplanmaktadır.

Ceza mahkemelerinde 1998 yılında kesinleşen kararlardaki toplam ortalama yargılama süresinin (gün) mahkeme türü ve evreler itibariyle dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

1998

Mahkeme Türü	Savcılık	İlk Derece Mahkemesi	Yargıtay Başsavcılığı	Yargıtay Dairesi	Toplam Gün
DGM	735	380	193	253	1561
Ağır Ceza	159	368	193	47	767
Asliye Ceza	89	337	90	37	553
Sulh Ceza	35	132	85	60	312

Öte yandan, suç tarihi göz önüne alınarak, suç tarihi-iddianame/iddianame-hüküm/hüküm-kesin hüküm/suç tarihi-kesin hüküm arasında geçen sürelerin saptanmasına ilişkin ilk çalışma tarafımızdan 1990

¹¹ M. T. Yücel, "Tutuklama-Uluslararası Bir Yaklaşım", *Adalet Dergisi* (Mart-Nisan 1988), s. 168; M. T. Yücel, "Ceza Adaleti Sisteminin Sadeleştirilmesi ve Etkinleştirilmesi" *Adalet Dergisi* (Eylül-Ekim 1987), s. 123.

yılında Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü veri tabanında, 1989 yılında kesinleşmiş ceza mahkumiyetlerinden 133.323 adet ceza fişinin taraması ile yapılmıştır. Mahkeme türlerine göre anılan evrelerde geçen süre ortalamalarına (gün olarak) aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir.

<u>Mahkeme Suç-Karar Karar-Kesinleşme Suç- Kesinleşme</u>			
DGM	479	135	558
Ağır Ceza	655	132	729
Asliye Ceza	428	118	482
Sulh Ceza	440	118	495

Bu sürelerden yalnızca suç-kesinleşme kesiti alınarak aylar itibariyle sonuçlandırılan ceza davalarının mahkeme türlerine göre yüzde dağılımı ise aşağıda sergilenmiştir:

----- Aylara Göre Dağılım-----												
Mahkeme	6	12	18	24	30	36	48	60	72	84	96	108
DGM	3.4	25.5	27.0	20.1	15.9	2.2	3.3	2.2	0.4	--	--	---
Ağır Ceza	14.5	20.2	16.3	11.8	8.4	6.3	8.7	5.3	3.4	2.8	1.5	0.2
Asliye "	27.7	27.4	15.2	9.7	5.0	4.0	5.1	2.9	1.5	0.7	0.3	0.1
Sulh "	25.4	28.6	14.7	9.9	5.3	4.4	5.3	3.1	1.7	0.6	0.2	0.1

Bu tablodaki verilerin incelenmesi sonucu, DGM’de suç tarihi ile kesinleşme tarihi arasında geçen süre bakımından yoğunluğun 12-18 ay arasında olduğu; davaların %91.2’sinin 30 aydan az sürede, ağır ceza mahkemelerinde de yoğunluğun 12-18 arasında bulunduğu ve davaların %86.5’inin 48 aydan kısa bir sürede sonuçlandırıldığı; asliye ceza mahkemelerinde ise yoğunluğun 6-12 aylık sürede yer aldığı bu mahkemelerdeki davaların %89.1’inin ise suçun işlendiği tarihten itibaren 36 aydan az sürede sonuçlandırıldığı; sulh ceza mahkemelerinde de yoğunluğun 6-12 ay arasında yer aldığı ve bu mahkemelerdeki davaların % 88.8’i 36 aydan az sürede sonuçlandırıldığı görülmektedir.

İstatistik analizlere dayalı olarak ilk derece ceza mahkemelerdeki ortalama yargılama süresi (M) dağılımına bakıldığında 1986-1997 yıllarına ait veriler aşağıdaki tabloda sergilenmiştir;

Mahkeme	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
DGM	127	144	137	165	184	168	203	250	269	305	341	302
Ağır Ceza	332	313	244	256	267	243	233	239	246	263	306	335
Asliye Ceza	276	266	244	260	271	258	282	301	288	320	331	312
Sulh Ceza	158	174	122	180	175	160	140	123	114	118	115	149

$$\text{Ortalama yargılama süresi} = (2X+Y-Z)/(Y+Z) * 360$$

X = Geçen yıldan kalan dava sayısı

Y = Yıl içinde açılan dava sayısı

Z = Karara bağlanan dava sayısı

Bu tabloya göre süreler, DGM ve asliye ceza mahkemelerinde iş artışına paralel olarak önemli derecede artmıştır. Tüm iyileştirici tedbirlere karşın aşağıdaki tabloda yer alan istatistik verilerinde fazlaca bir artış olmadığında bile, istinaf mahkemeleri devreye girdiğinde makul süreyi aşan yargılamaların ürkütücülüğü aklı gelmektedir. Konuya ortalama yargılama süresi ötesinde sayısal açıklık getirmek üzere aşağıdaki tabloda 1995/2000 yıllarında çıkan ceza davalarının açılış yıllarına göre dağılımına yer verilmiştir.

Ceza Mah.	1995										Toplam
	Açılış Yılları					Çıkan					
	1991 ve öncesi	%	1992	%	1993	%	1994	%	1995	%	
Ağır Ceza	977	2.7	863	2.4	2407	6.6	10929	29.9	21377	58.5	36553
DGM	22	0.3	99	1.3	625	8.4	2896	39.1	3768	50.9	7410
Asliye	15335	4.0	12300	3.2	30048	7.7	124752	32.1	205789	53.0	388224
Sulh	5858	1.5	4774	1.2	11355	2.9	56454	14.3	15144	80.1	393585

Ceza Mah.	2000										Toplam
	Açılış Yılları					Çıkan					
	1996 ve öncesi	%	1997	%	1998	%	1999	%	2000	%	
Ağır Ceza	2606	5.6	1967	4.2	4366	9.4	13673	29.3	24006	51.5	46618
DGM	167	3.5	135	2.8	359	7.5	1631	34.1	2487	52.0	4779
Asliye	30046	5.7	25974	4.9	61005	11.6	182171	34.6	226915	43.1	526111
Sulh	7100	1.6	6566	1.5	18369	4.2	92976	21.2	314579	71.6	439590

Görülen odur ki, çıkan davalar arasında beş yıl ve öncesi açılmış dava oranları 1995/2000 yıllarında ağır cezalı (% 2.7/5.6) ve asliyelik işler (% 4/5.7) bakımından artarak küçümsenmeyecek bir orana ulaşmıştır. Bu gruptaki davalarda yargılama süresinin uzunluğu ve bazı davaların zaman aşımından düşmesi adalete güveni zedeleyici bir niteliğe bürünmüştür. Konuya tarihsel boyutta bakıldığında aflar/düşmeler nedeniyle dalgalanmalara karşın beraat oranında düşme dışında fazlaca değişen bir şey olmadığı görülmektedir. Nitekim 1959 yılında çıkan davaların TCK ve özel kanunlara göre açılış yılları dağılımına aşağıda yer verilmiştir.

		1959								
	1955 ve öncesi %	1956 %	1957 %	1958 %	1959 %					
TCK	10831	10.2	9292	8.8	18909	17.8	41976	39.6	25014	23.6
Özel	3807	5.1	2781	3.7	7259	9.7	37090	49.7	23750	31.8
Toplam	14638	8.1	12073	6.7	26168	14.5	79066	43.8	48764	27.0

1959 yılındaki % 23.88 olan beraat oranı ortalamasının son yıllarda %17.66'ya düştüğü görülmüştür. Ne var ki, mahkumiyet oranının İngiltere'de % 90.3 (1995) İsveç'te % 94.7 (1992) Fransa'da % 98.9 (1992) ve Japonya'da % 99.9 (1994) olduğu göz önüne alındığında; Türkiye'de beraat oranının çok daha aşağıya çekilmesi gerekmektedir.¹²

Dava yönetimi bağlamından özellikle ağır ceza mahkemesine gelen işler bakımından kamu güvenliği ve korunması açısından önem arz eden işlerin sınıflandırılarak, önem derecesi yüksek olanlara öncelik verilmesi yöntemine işlerlik kazandırılması rasyonel bir çözüm olacaktır (ECMUK 206, 2; Differentiated Case Management). Kuşkusuz, kaldırılan DGM'lerin varlık nedeni de bu yöntemde saklı bulunmakta olup, ağır cezalı işler için bu yöntem geçerliliğini korumaktadır.

Yargılama süresinin kısaltılmasını sonuçlandıracak tedbirlerin olası riski de göz ardı edilmemelidir. Genelde bu tedbirler ilk derece mahkemesi hakimine çoğu işlerin belli bir sürede karara bağlanmasına elverişli ve bu hal

¹² M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ank., 2004, s. 106.

2000 yılı verilerine göre ceza mahkemesi türü itibariyle beraat/mahkumiyet yüzde oranları dağılımı

	DGM	Ağır Ceza	Asliye Ceza	Sulh Ceza	Çocuk	Toplam
Beraat	34.9	32.9	33.3	12.6	17.8	24.8
Mahkumiyet	65.1	67.1	66.7	87.4	82.2	75.2

de etkinlik ve verimliliğin arttığı izlenimi doğurursa da, sanık açısından usulün hiç de adil olmadığı izlenimini yaratma olasılığı o oranda artabilir. Sanık duruşmada olayın kendi cephesinden sunuşunu yapabilme fırsatını elde ettiğinde, kendi beyanların ne derece yanıt bulduğu konusunda geri besiyeye sahip olduğunda ve sonuçta hakim sanık hakkında verilen hükmün adil olduğunu izlenimi verebildiğinde, hakim adaletin etkinliği için çok şeyler yapmıştır denilebilir.

Kanıtın hukuka uygunluğu ilkesi doğrultusunda, yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir (YCMK 217-2). Hukuka uygun olmayan kanıtın en ekstrem örneği ise suç nedeniyle Amnesia'ya düşen olan (tanıklık yeteneğine sahip olmayan) mağdurun suç eylemi hakkında tanıklığıdır. Kuşkusuz, kanıtın uygun olmaması nedeniyle bu mağdurun tanıklığı mahkemece reddedilecektir.

Suçluluk (Schuld) kavramı, ceza hukukunda yaptırımsal düzenlemelerin odağında bulunmaktadır. Bu kavram suçluluğun farklı yoğunlukta belirebileceği düşüncesine dayalı olarak suçluluk derecesinin farklılığına işaret etmektedir. Bu kavramla, eylemin yönleri ile sonuçlarına ilişkin yönleri olmak üzere *"suçlanabilirliğin"* bazı yönlerine yollama yapılmaktadır. Suçluluk derecesinin, suçlunun eylemi ve suçun sonuçları olarak iki bileşeni vardır. Sanık başkaca hareket edebilme (suçlunun eylemi) ve böylece haksızlık yapmaktan kaçınma olanağı (suçun sonuçları) varken, buna yönelmemesi nedeniyle suçlanmaya maruz kalması söz konusudur. YTCK 61. maddesinde cezanın tayini sırasında göz önüne alınacak konular sınırlayıcı olmamak üzere sıralanmıştır (StGB-46/ Alman Ceza Kanunu). Bu sıralamanın, suçlunun eylemi, işleniş biçimi, kusurun ağırlığı, amaç ve saik, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı yanında failin geçmişi/ sabıkası, mağdura karşı tazmin veya iade çabası gibi suç öncesi ve suç sonrası suçlunun davranışını içerdiği görülmektedir (YTCK 62). Suçun sebep olduğu her olay ise *"suçun sonuçları"* anlamına gelmektedir. Hakim hangi bulguları ve konuları göz önüne alabileceği ve bunların ağırlığını saptama konusunda nispeten serbesttir. Yasal düzenlemeler hakimnin bu takdirini çok az derecede sınırlamıştır. En önemli sınırlama YTCK 61-3 /StGB'nin 46-3 maddesinden kaynaklanmaktadır; özel bir suçun hukuki tanımında yer alan gerekli unsurları içeren hallerin *"temel cezanın belirlenmesinde"* ayrıca göz önüne alınamayacağıdır. Müessir fiil suçunda bir başkasına da zarar vermesi ceza saptanmasında nazara alınmazken, mağdurun uzun süre hastane de kalması nedeniyle terfi edememesi ve bu sürede karısının komşusu ile aşk ilişkisine girmesini mahkeme nazara alabilir. Almanya'da uygulama bakımından StGB-46-3 maddesinin cezanın saptanmasından ziyade temyizde irdelenmek üzere karar gerekçesinde yer verildiğine tanık olduğu belirtilmektedir.

Mahkeme tarafından Savcılık'ta olduğu gibi bir diversion tedbiri olarak uzlaştırmaya başvurulması ön görülmüştür. Kamu davası açılması halinde uzlaşmaya tabi bir suç söz konusu ise, 253. maddedeki usule göre mahkemece uzlaştırma işlemlerine tevessül edilir (YCMK 254-1).

Hakim duruşmayı idare etmektedir. Kendisi toplumun yararı ile şüphelinin/sanığın yararını bağdaştırmalı ve dengeyi kurmalıdır. Toplum sanığın suç ve sorumluluğu sabit olduğunda derhal ve adil bir kararın verilmesini isterken, şüpheli/sanık kendisine isnat edilen suçu bilmeli, hakkındaki iddialara yanıt verebilmeli, ilave kanıtlar sunabilmeli, verilecek karar ve kararlara itiraz ederek diyalektik ortam sağlanabilmelidir. İşte bu bağlamda YCMK'nın en önemli getirisi "*çapraz sorgulama*" (cross-examination) olmuştur; "*Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.*" (YCMK 201-1).

Çapraz sorgu iki tarafı keskin bir bıçak, gerçeğin keşfi için var olan en güçlü hukuki bir motor olarak kabul edilmektedir. Çapraz sorgunun amacı şöyledir; 1. İfadeyi nitelendirme veya açıklama; 2. Tanık/bilirkişileri, ön yargı ve tarafgirlik nedeniyle çürütmektir.

Çapraz sorguya egemen olan temel ilkeler ise, 1. Esasa girilmesi; 2. Kısa sorular sorulması ve basit kelimeler kullanılması; 3. Yalnızca yönlendirici sorular sorulması; 4. Cevabını bilmediğin sorunun sorulmaması; 5. Yanıtın dinlenmesi; 6. Tanıkla kavga edilmemesi; 7. Tanığın açıklamasına izin verilmesi; 8. Direkt sorgulamada ifadenin tekrarına izin verilmemesi; 9. Vurucu darbenin son söze saklanmasıdır. Çapraz sorgu türleri de 1. İşbirlikçi 2. Tahripkar olup, kuşkusuz, ikinciye birinciden sonra girilmeli ve sorular genelde, "*Evet*", "*Hayır*" veya "*Bilmiyorum*" yanıtını alacak şekilde formüle edilmelidir. İşte tanık ve bilirkişilerdeki gerçeği çıkarmaya elveren güçlü bir teknik sistemimize girmiş bulunmaktadır.

Rasyonel Yaklaşım

Yukarda bazı hükümlerine değinilen ve reform niteliğindeki böyle bir proje paketinin (YTCK, YCMK, İstinaf ve Cezaların/Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı) yargılama reformuna dönüşmesi için normatif düzenlemeler

alt yapı ve adliye kültürü ile birlikte ele alınmalı idi. Ne var ki, çoğu yasal düzenlemelere özgü “*istim arkadan gelir*” postulatı bir kez daha, devlet, hukukun sosyal teorisinde yer almaya hak kazanmıştır.

Hukuk herkesi etkilediğinden, adli sisteme özgü süreci analiz etmek ve sistem yapısını besleyen varsayımları anlamakla işe koyulmalıdır. Bu bağlamda örgütlü adli sistemin nasıl işlediğini açıklayıcı nitelikte iki kavramsal model, “*sistemler modeli*” ile “*etki-tepki modeli*” vardır. Benzer nitelikli bu modellerle, işlev gördüğüne tanık olduğumuz adli sistem bünyesinde hukukun sosyal bir ürün olduğu kadar sosyal bir güç olarak algılanması vurgulanmaktadır. Yalnız bu modellerin, sürecin çalışması ve sistemdeki aktörlerin işlerini görmeleri açısından farklılık sergilendikleri görülmektedir. Şimdi bu modellerle YCMK düzenlemelerini irdeleyelim.

Sistemler Modeli

Adli sistem, bir sistemler modeli olarak, sisteme giren işler hakkında ne yapıldığı ile tanımlanmaktadır. Özünde adli sistemin görevi hukukun adalet dönüşümünü yetkin bir şekilde gerçekleştirmektir. Bunu yaparken de çağın giysileri (bilimsel/teknik) giyilmelidir. Bu iş, çeşitli talepler veya sistem girdilerinin adli kararlar veya sistem çıktısına dönüştürülerek yapılmaktadır. Bu bağlamda üç sosyal olguya tanık olunmaktadır; 1. Sistem girdileri; 2. Sistemin dönüşüm yapısı kullanılarak girdilerin ayrıştırılması; 3. Karar üretilmesidir. Adli bir sistem, yukarıda değinildiği üzere, işlevsel varlığını yalnızca kararların makul süre içinde adil, yetkin ve bağlayıcı olduğunun toplumca algılanması ile sürdürebilir.

Bu modelin ceza adaleti sisteminde çalışması Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre özetle şöyledir; Kolluk evresinde, “*adli kolluk*” -polis-jandarmanın- “*şüpheliyi*” yakalayıp yakalamamasına, Savcılık evresinde, kamu davası açılıp açılmamasına/ön ödeme emri gönderilmesine, “*uzlaşma*”ya gidilmesi (m. 253), kamu davası açmada takdir yetkisi kullanılması (m. 171); etkin pişmanlık nedeniyle kavuşturmanın açılmasına yer olmadığına, mahkemece “*iddianamenin iadesi*” (m. 174), uzlaşmaya (m. 254) davanın düşürülmesi veya devamına, şüphelinin tutuklanması yerine “*adli kontrol altına alınması*” (m. 109), beraatına, hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında ise, hükümlü hakkında “*iyi hal*” kararı verilip, şartlı salıverilme isteminin infaz hakimliğine intikali suretiyle sistemin çalışmasına tanık olunmaktadır. Bu örnekler hukukun işlev ve infazıyla yükümlü adli sistemin evrelerine ilişkin bulunmaktadır.

Bu modelde gelen girdiler iki türdür; talepler ve destekler. Talepler sisteme giren ve sistemi harekete geçiren ham maddelerdir. Talep olmaksızın adli sistem bir şey yapamaz. Talepler çeşitli biçimlerde olabilirse de, işlenen bir suç karşısında yapılan şikayet/açılan kamu davasından (cezai talepten) ibarettir.

• Sistemler Modeli



Destek, adli sistemde işlerin etkin bir şekilde görülebilmesi için gerekli olan halk desteğidir. Destek kavramı şu soruyla daha iyi anlaşıl-maktadır. Halk adli sistemi neden desteklemektedir? Bu soruya verilecek çeşitli yanıtlar vardır; birincisi, bilinçli/bilinçsizce destek vermediklerin-de olabilecek sonuçlarından çekindikleri için adli sistemi desteklemektedirler. Kişiler, adli tehditleri hiçe saydıklarında yakalanma (YCMK m. 90) ve gözlem altına alınma (YCMK m. 74, 91) gibi devletin zorlayıcı gücü ile karşı karşıya kalırlar. İkincisi, belki de daha gerçekçi olanı, halk adli sistemi kararlarından memnun kaldıkları için desteklemektedir. Üçüncüsü, halk adli sistemi “adli sosyalleşme” sonucu desteklemektedir. Adli sosyalleşme, kişilerin adli sisteme karşı aşırı derecede güven duyulan bir ortamda yetişmeleri sonucu kazanılmaktadır. Yalnız, zaman zaman adli sisteme karşı güvensizlik duygusunu dile getirenler bile sistemi destekle-mekte ve geneldeki değerlendirmeleri olumlu olmakta, adli sisteme karşı koyanlar bile (mahalli kültüre özgü istisnalar dışında) mücadelelerini adli sistem sınırları içinde yapmaktadırlar. Bu yanıtlardan hangisinin ül-kemiz genelinde/özelinde geçerli olduğu sosyolojik araştırmalarla saptanmış değildir. Belirgin olan son yirmi beş yıllık süre de, ivme kazanan ekonomik/organize suçlar nedeniyle oluşan anomik ortamda halkın yarı-gıya olan güven ve desteğinde bir azalma görüldüğüdür.

Bu konuda hakimlerin niteliği/davranışı da söz konusu olmaktadır. Takılan bifokal gözlükler örneğindeki üst lensler bazen kalbur üstü kişiler için rezerve edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Hitler Almanya’sı ile Mus-solini’nin İtalya’sındaki hakimler önceden biçimlendirilen sonuca uyarlı

“gerçekleri” oluşturmuyorlardı. Hakim ile savcılarının kalitesi kolluğun davranışlarının belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Kolluk görevlileri, teorik olarak hukuka uyan vatandaşların koruyucusu, sosyal güvenlik ve barışın, en canlı enstrümanıdır. Yalnız, gecekondu semtlerinde, kendisine en çok ihtiyaç duyulan yörelerde kendilerine “güven” duyulmamaktadır. Yine mağdurun bir serseri/fakir olması durumunda kendisine yapılan kötü muameleyi savcı veya hakimin toleransla karşılaşmasına tanık olunması hiçte olağan dışı bir olgu değildir. İşkence ve kötü muamele bilinci yavaş yavaş ivme kazanmaya başlamıştır. İşte hukukun günlük uygulaması, kişilerin statüsü/sınıfı/cinsiyeti ve diğerlerine göre değiştiği gibi kentten kente de değişebilmektedir.

Özetle, bir hukuk sisteminin sağlayabileceği toplumsal destek, genelde görevlilerin günlük davranışından daha az derecede nesnel kurallar veya onların teknik mükemmelliğe dayalı bulunmaktadır. Bu nedenle, YCMK’yla beklenen amacın gerçekleşmesi için hukuk eyleyicileri arasında yaygın kültürel bilinçlenme seferberliği yanında halkın desteğini kazanmaya yönelik halkla ilişkiler stratejisi geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bilinçlenme noktasında bir tarafta, Adalet Bakanlığı’nun hakim ve savcılara yönelik, öte yandan, TBB’nin avukatlara yönelik eğitim girişimleri takdirle karşılanmaktadır. Yalnız, bu eğitimin bir vitrin olmak ötesinde kalite içermesi üzerinde de titizlikle durulmalıdır. Öte yandan, halkın desteğine yönelik çalışmalar bağlamında mağdurları bilgilendirme ile tanıkların adliye özel tretmana tabi tutulması için gerekli alt yapı çalışmalarına hızla girişilmelidir.¹³

Adli sistemde dönüşüm yapıtında ise, sistem girdileri ayarlanmakta, başvurular sınırlandırılmaktadır. Herkes adli alana girmek için girişimde (özellikle ceza tehdidiyle özel hukuk taleplerini gerçekleştirmek üzere) bulunabilirse de, çok az kişinin bu alanı kullanmasına izin (ultima ratio) verilmelidir. Sistem girdisini sınırlayıcı süzgeç şu iki faktörle çalışmaktadır; rejim kuralları ve ayrıştırıcılar.

Rejim kuralları, adli sistemi kimlerin ve hangi koşullarda kullanılabilceğini, örneğin ancak haksız fiil mağdurunun şikayette bulunabileceğini belirlerken, sistem girdisindeki bekçiler, sistemin yükünü azaltmak için ayıklama işini üstlenmişlerdir. Savcılık/mahkemede uzlaşma ile ön ödeme önem veren veya yeterli kanıt/şüphe olmaması karşısında takipsizlik kararı veren savcılar bu işlevi yeterince yerine getirmelidirler.¹⁴ Ceza

¹³ M. T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2004, s. 116-118.

¹⁴ Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği “Madde 20- Takipsizlik evrakı incelenirken delillerin eksiksiz toplanıp toplanmadığı, olaya uygun sonuca varılıp varılmadığı, takipsizlik kararının yeterli delil olmasına rağmen verilip verilmediği veya kanunun

yargılaması, böylece, “*ya hep ya hiç ilkesi*”ni uygular, beraat/mahkûmiyet ikilemi olmaktan çıkarılmalıdır.¹⁵ Bu evrede, savcılık/mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün kesişme noktasında şu sorular gündeme gelmektedir. Savcılık/mahkeme dışı alanlarda faaliyet gösteren kuruluşlar ve meslek gruplarının ayıklamadaki etkisi ne ölçüde olabilir? Adliye dışı çözüme kavuşturulması daha rasyonel olacak davalar nelerdir? Bu sorular da toplumda uzlaştırma kültürüne özgü yeni açılımlara yönelmeyi, sosyal tarihimizde yeri olan uygulamaların güncelleştirilmesini gerektirmektedir.

Karanlık Sayı ve İş Yükü

Suç gerçeği ile adli makamlarca takip edilen suç olguları arasında büyük bir uçurum olup, suç istatistikleri yalnızca ilgili makamlarca saptanan suçlar hakkında bilgi vermektedir. İşlenen her suç ortaya çıkarılmadığından ve ortaya çıkarılan her suç da ihbar edilmediğinden, suçun izlerini, resmi tespit ağının dışında da takip etmek suretiyle hangi suçların ihbar edildiğini ve hangilerinin karanlıkta kaldığını belirlemek öncelikle önem taşımaktadır. Suç türlerine göre değişmekle beraber faili meçhul suç oranlarının yüksek bulunduğu ülkemize özgü kriminolojik bir bulgudur. Bu nedenle, sade bir vatandaş tarafından, hangi ve ne sayıda suçun algılandığı

açık hükmüne aykırı bulunup bulunmadığı, kanun yolu, mercii ve süresinin belirtilip belirtilmediği, ilgililere kararın tebliğ edilip edilmediği ve ayrıca olayın özelliklerinin gerektirdiği diğer hususlar üzerinde durulup durulmadığı araştırılır.”

Müştekisi ve mağduru bulunmayan hazırlık soruşturması sonucunda kanuna açıkça aykırılık teşkil edecek şekilde takipsizlik kararı verildiğinin tespiti halinde bu hususa gerektiğinde tavsiyeler listesinde yer verilmekle birlikte evrakın yeniden ele alınması da Cumhuriyet Başsavcılığı’na önerilir.” İngiltere’de 1951 yılında Başsavcı Lord Shawcross tarafından söylenen şu söylev tüm Başsavcılarca benimsenmiştir: “Bu ülkede işlenen suç eylemlerinin otomatik olarak kamu davasına konu olması hiçbir zaman kural olmadığı gibi gelecekte de olacağını beklemiyorum.” İngiltere’de kamu davasının açılması iki evrelî bir karardır: Her davada gerçekçi bir mahkûmiyet beklentisi yaratacak yeterli kanıt olduğunda, kamu yararı testi devreye girmektedir (Yazarın notu).

¹⁵ Duruşmanın sona ermesi ve hüküm (YCMK)

Madde 223.-

4. İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a. Etkin pişmanlık,

b. Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı,

c. Karşılıklı hakaret,

d. İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,

dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

ve kolluğa ihbar edildiği sorusu ortaya atılmalıdır. Diğer bir anlatımla, bir kişinin gerçekten ve kaç kere bir suç ortamına girdiği veya mağdur durumuna geçtiği veya şikayet/ihbar yoluyla suç takibine katkıda bulunduğunu öğrenmek önemlidir. Karanlık alanı etkileyen nedenler arasında (1) Vatandaşın suçu ihbar etme konusundaki isteksizliği -%50'si ihbar etmemektedir-; (2) Kolluk gücündeki ihmaller; (3) Faillerinin yakalanamaması -büyük mağaza ve süper marketlerden yapılan çoğu hırsızlıklarda olduğu üzere-; (4) Mağdurların suçlulardan korkması veya zanlının -kuşkulanan komşu çocuğu veya evdeki hizmetçinin- zarar görmesini istememesi; (5) Kolluğa başvurunun -bazı ırza geçme suçları için- bir yararı olmayacağı düşüncesi; (6) Mağdurun suçu, bildirmeye değer görmemesi yer almaktadır. İşte bu nedenlerinde belgelediği üzere, suç istatistikleri gerçekte insan davranışını ölçmek yerine insanın işlenen suçu haber vermedeki tutumunu ölçebilir. Suçların bildiriminde en etkili olan husus, kolluk ve yargı sisteminin etkili bir işlev sergileyebilmesidir. Vatandaşa güven verici, etkili hizmetler karşısında suç bildirim oranlarının artacağı sayısız kere kanıtlanmıştır.

Kriminolojide karanlık alana (dark figures) karşın belirlenen suç aritmetiği de, her insanın suç işleyebileceğini kanıtlamaktadır. Ülkemizde son iki yıl içinde 13 milyon elektrik abonesi denetlenmiş ve 645 bin elektrik hırsız yakalanmıştır. Bunları arasında varlıklı kişilerde yer almaktadır. İngiltere ve Galler'de self-report verilerine göre, genç insanların %50-90 oranında -haklarında kamu davası açılıp açılmadığına bakılmaksızın- suç işledikleri; Home Office (İç İşleri Bakanlığı) verilerine göre de, yetişkin erkeklerin %34'ünün 40 yaşlarına geldiklerinde bir sabıkası bulunduğu ve kadınlardaki bu oranının %8 olduğu görülmüştür.

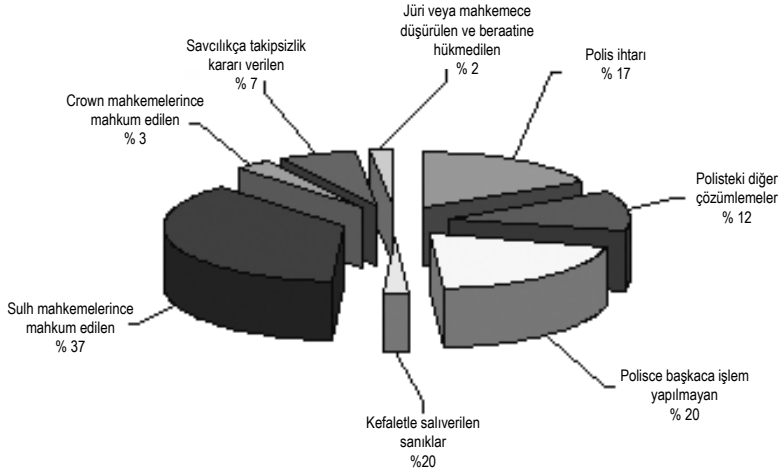
İşte suç istatistiği açısından gerçek ile görüntü arasındaki önemli ölçüde bir fark olduğu görülmektedir. Bu durumun yarattığı iş yükünü (talebi) karşılamakta (arız sağlamakta) sıkıntı içinde olan ceza adaleti sistemi için bu farklılık "yerinde" ve bazen de yararlı görülmelidir. Nitekim, iş yükünün bugünkü konumu bile sistemin her evresinde (her ülkeye göre değişik evre/evrelerde olmak üzere) "diversion"a (sistem dışına) yönelmeyi bir gereksinme haline getirmektedir. Bu amaçla, İngiltere'de Eylül 1993 ve Mart 1994 tarihleri arasında on polis karakolunda gözetim altına alınan 4.250 sanık hakkında ceza adaleti sistem sürecinde verilen kararlar üzerine yapılan araştırma¹⁶ İngiltere'de ceza adaleti sisteminin özellikle ilk evresindeki "ayıklama olgusuna" ışık tutması bakımından sergilenmiştir.

¹⁶ Entry into the criminal justice system: a survey of police arrests and their outcomes, Home Office Research Study 185, London 1998.

Sanıklar Hakkındaki Karar Türü	%
Polis ihtarı verilenler	17
Diğer polis çözümlenmeleri-enformal ihtarlar	12
Polisçe başka işlem yapılmayanlar	20
Savcılıkça takipsizlik kararı verilenler	7
Kefaletle salıverilen sanıklar	2
Sulh mahkemelerince mahkum edilenler	37
Crown mahkemelerince mahkum edilenler	3
Juri veya mahkemece düşürülen ve beraatine hükmedilenler	2

Yukarıdaki tablonun sergilediği üzere, işlerin % 49'u kolluk evresinde ayıklanmaktadır.

**İngiltere'de Polis Gözetiminde Alınan 4250 Sanık Hakkında
Sistemdeki Karar Dağılımı**



Adli dönüşüm sürecinde işlem gören girdiler sonrasında, sistem çıktısına, kararlara tanık olunmaktadır. Sistemler modelinin nihai evresi ise geri besli işlevidir. Verilen kararların doğruluğu/yanlışlığı¹⁷ adli alanı etkilemekte ve bazen yeni girdilere sebebiyet vermekte; mağdurlara tazminat hakkı doğmaktadır (YCMK m. 141).

YCMK'yla (m. 109) tutuklamaya seçenek olarak "adli kontrolün" kabulü cezaevlerinde yüksek orandaki tutuklu sayısını azaltma da önemli bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. Yalnız başına tutuklama, hakimi, şüpheli/sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbir, zorunlu bir kötülüktür. Adı

¹⁷ Adli yanılma için bkz., M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ank. 2004, s. 148.

geçenler ya tutukevine kapatılacaklar veya tam serbest kalacaklardır. İşte adli kontrol, bu iki durum arasında probation benzeri bir kurumdur. Bu kurumla zanlı/sanık gözleme ve denetlemeyi elveren tedbirlere tabi tutulmaktadır. Kişinin böylece kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kalmanın bazen giderilemez türden zararları ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu kurumun etkin bir uygulamaya kavuşturulması olanakları ile tutukluluk uygulamasının istisnai hale gelmesi hedeflenmiştir.

Adli kontrolün soruşturma evresi uygulanmasında üç temel koşul vardır;

1. Şüphelinin işlediği iddia olunan fiilin 100. maddeye göre tutuklamayı gerektirebilecek bir suç oluşturması,
2. Cumhuriyet savcısının istemde bulunması,
3. Sulh ceza hakiminin kararı.

Adli kontrole tabi tutulan şüphelinin veya 113. maddenin son fıkrası gereğince kovuşturma evresinde sanığın maddede dokuz bentte ayrı ayrı gösterilmiş yükümlülüklerden hangilerine yani bunlardan birine veya birden çoğuna tabi tutulacağı hakim veya mahkemenin kararında belirtilecektir.

Bu noktada, “*sistem modeline*” göre iş akışı, girdi kontrolü, aşınma parametrelerini belgelemek üzere 2000 yılı Adalet İstatistikleri’nde 1000’e indirgenmiş görüntüsüne aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir.¹⁸ Savcılık tablosunda görüldüğü üzere işlerin %30.3’ünde takipsizlik kararı verildiği göz önüne alınarak kolluk evresinde İngiltere örneğinde olduğu gibi “*ayıklama*” işlemine olanak sağlayacak yasal düzenleme gereği belirmektedir. Ne var ki, bu gerek Adalet Komisyonu Alt Komisyon Başkanı H. Köylü’ye hatırlatılmasına karşın Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu türden bir “*diversion*” düzenlemesine yer verilmemiştir. Ceza adaleti sisteminde süregelen iş yükünü azaltmada en belirgin düzenleme kabahatlerin Yeni TCK’da “*de-criminalize*” edilmiş olmasıdır. Aynı derece anakronistik bir düzenleme de kamu davası açılmasında “*yeterli kanıt*” yerine “*yeterli şüphe*” ölçütünün getirilmesidir (m. 170). Bu bağlamda yasa koyucunun terimsel açıdan tutarlılığı göz ardı ettiğine tanık olunmakta; Ceza Muhakemesi Kanunu 74, 100, 2b 2, 3, 128, 133, 135, 139 ve 140. maddelerinde “*yeterli şüphe*” ölçütüne yer verilmektedir. Ceza usulünde kamu davası açılmasında mecburilik/lega-

¹⁸ Bk. M.T. Yücel “Cezaevleri ve Sosyal Gerçekler bölümü” *Hukuk Sosyolojisi*, Ank. 2004, s. 256-285; Heuni, *Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America, 1990-1994*, Helsinki 1998, pp. 95-100.

lite ilkesi egemen olmasına karşın sorgu hakimliğinin kaldırılması üzerine “yeterli kanıt” ölçütü ile getirilen “takdir” e karşın adliye kültüründe “yeterli belirti” ölçütünün yeşerttiği kültürün Adalet Müfettişleri’nce vurgulanması üzerine yıllarca kamu davasında tanık olduğumuz enflasyonist baskının devam edeceği görülmektedir. Bu konudaki baskıyı azaltmak amacıyla yıllardır dile getirdiğim “iddianamenin reddi” kurumu Yeni Ceza Usul Kanunu’na ithal edilmiş ise de, bu kuruma özgü uygulama esprisinin hemen oluşabileceğini beklemek fazlaca iyimserlik örneği olacaktır

Bu kurumun uygulamasında, iddianamenin iadesi ve duruşmayı açması seçenekleri arasında hakimın kararına dayanak olacak ölçüt mahkumiyet olasılığının varsayılan yüksekliği olmalıdır. Hakimın görüşüne göre, beraat olasılığı mahkumiyet olasılığından yüksek olduğunda, iddianame iade edilmelidir. Eğer, bu türden bir değerlendirme yapılmayarak, biçimsel açıdan CMUK m. 170’de yer alan ögelere özgü yüzeysel bir irdelemeyle yetinilmesi halinde oldukça yanlış bir siyasetin oluşması riskiyle karşı karşıya kalınacaktır. YCMK’nın “Madde Gerekçeleri” bölümünde bu endişemizi haklı çıkaran şu anlatıma yer verilmiştir; “İddianamenin iadesini düzenleyen bu maddeye göre, davaya bakacak olan mahkeme kamu davasının açılması için delillerin yeterli şüphelyi ortaya koymasına karşın, iddianamede bazı fazla önemli olmayan noksanlık saptarsa, örneğin şüphelinin açık kimliğinin belirtilmemesi, uygulanması gereken kanun maddesinin gösterilmemesi, bütün delillerin mahkemeye verilmemiş olması ve benzeri gibi, iddianameyi tamamlaması için Cumhuriyet Savcılığı’na geri verilmesine karar verecektir. Geri verilme nedenleri maddede dokuz ayrı bentte gösterilmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısı eksikleri tamamlayarak aynı iddianameyi veya gerekiyorsa yeniden düzenleyeceği iddianameyi mahkemeye sunacaktır. Amaç, davanın bir duruşmada sonuçlanmasını sağlayacak alt yapıyı oluşturmaktır.”¹⁹

İşte bu konuda hakimlerin teorik açıdan bilinçlendirilmesine acilen gereksinmesi vardır. 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girme sonrası, “de-facto” uygulamada, gereksiz açılan kamu davaları nedeniyle mahkeme savcılık arasında “gel-git olgusuna”, Cumhuriyet Savcısı’nın itirazlarına (m. 174, 4) tanık olunması kaçınılmazdır. İşte uygulamayı izlemek ve değerlendirmek üzere, eski CMUK’a göre sistem akışında yer alan işlemlere ilişkin eyleyicilerin reflekslerinde nasıl bir etkileşim olacağıın saptanması için olgusal araştırma projelerinin Adalet Akademisi çatısı altında realize edilmesine ihtiyaç vardır. Genelde bu türden analitik çalışmalara, “sosyo-juridik” araştırmalara her kanun açısından olduğu kadar özellikle usul kanunları açısından büyük ihtiyaç vardır.

¹⁹ Hükümet Tasarısı 178. madde gerekçesi.

Ceza siyasetine egemen olan postulatın “ne derece sosyo-kriminolojik bulguları yansıtan mükemmellikte bir ceza kanunu kabul edilirse edilsin, rasyo-nel nitelikleri içeren etkin bir usul yönetişimi olmadığında başarısızlık -adalete güvensizlik- kaçınılmazlığı” karşısında bunun sosyal bedelinin 2000-2001 yıllarında ülkedeki sistematik bankacılık krizinin yol açtığı maliyet GSYİH’nin %19.3’lük maliyetten daha büyük ve kalıcı olacağı hatırdan çıkarılmamalı;²⁰ hukuk sosyologları akademik kürsülerden seyirci olmak yerine sahaya inmelidirler

Ceza adaleti sistem akışındaki iş yükünü paradoksal şekilde etkileyen en önemli kalem, zaman aşımı nedeniyle düşme oranlarındaki yükseklik-tir.²¹ Sisteme işlerlik illüzyonu veren bu kalemdeki oranın ne kadar azaltılacağı konusu ve bu durumda alınacak proaktif önlemlerin ne olacağı pek gündeme getirilmediği için zaman zaman dile getirdiğim illüzyon gerçeğine bilinçli bir bilinçsizliğin egemen olduğu görülmektedir. Sayın Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in 13.01.2005 günü akşamı NTV’de yaptığı söyleşide belirttiği gibi “zaman aşımı nedeniyle düşme” olgusunun nedenleri açısından yargı dışına taşıdığı da bilinmelidir.

Ceza adaletinde sorun alanlarından biride görevsizlik/yetkisizlik gibi yapay işlerin yarattığı emek/süre kaybıdır. Bunu belgelemek üzere savcılık ve mahkemelere ait verilere aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir.

SAVCILIK	
Takipsizlik kararı	303
Ön ödeme	120
Açılan Kamu Davası	457
Yetkisizlik	72
Görevsizlik	8
Birleştirme	41
Çıkan iş sayısı	1000

²⁰ M. T. Yücel, *Kriminoloji*, İst. 2004.

²¹ M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, s.106.

CEZA MAHKEMELERİ	
Yetkisizlik	8
Görevsizlik	19
Birleştirme	19
Düşme	217
TCK 119 göre ort.kaldırma	83
Beraat	133
Mahkumiyet	521
Çıkan Dava Sayısı	1000

Yukarıdaki tablolardan “Ceza Mahkemeleri” bölümünde yetkisizlik ve görevsizlik oranının %27’i bulması ve bu oranın yıllarca yarattığı yapay iş sistemdeki kırtasiyeciliğin boyutunu sergilemektedir. YCMK’nın bu konuda getirdiği sihirli bir çözüm söz konusu değildir.

Ceza adaleti sistem girdisinde iş yükünü, yukarıdaki “Savcılık” tablosunda görüldüğü üzere, azaltan en önemli kurumlardan biri “ön ödeme”dir. Kurumun yeni TCK’ya göre görüntüsü şöyledir;

“(1) Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili;

a. Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b. Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c. Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını,

Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet Savcılığı’nca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

(2) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde de fail, hakim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödediğinde kamu davası düşer.” (YTCK 75) Öte yandan, “ön ödemeye tabii işlerde, ön ödeme usulü uygulanmaksızın kamu davası açılmaz. Aksi takdirde iddianame iade edilir” (YCMK 174-2).

Bu bağlamda ABD’de yaygın bir uygulaması olan “*plea bargaining*”e (itiraf pazarlığı diye adlandırılan savcı ile sanığın anlaşmasına) değinmekte yarar vardır. Sanığın itirafı üzerine savcının “*de facto*” hakim görevini üstlenerek mahkumiyete karar verip, ceza tayin etmesidir. Diğer bir anlamıyla, savcının suçun derecesi azaltması veya arzulanır bir ceza önermesi karşılığında sanığın hakim huzurunda yargılanma hakkından vazgeçerek itiraf etmesidir. Zamandan ve yargılama giderinden tasarruf ile ceza adaletine sağlanan kazanımın ne derece olduğu cürümlere ait mahkumiyetlerin %90’ının “*plea bargaining*” sonucu olması ile daha iyi anlaşılacaktır. Bu oranın yüksekliği ABD’de artan profesyonelleşmenin bir belirtisi olarak değerlendirilmekte ve bu mahkûmiyet kararlarının da genellikle temyizde onandıkları görülmektedir. Bu sistemde mahkemeye intikal eden dava oranı %5, beraat oranı ise %2’den az bulunmaktadır.²² YCMK’yla (m. 171) cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren “*etkin pişmanlık*”²³ ve “*şahsi cezasızlık*”²⁴ (TCK 167 ve 273. maddeleri) hallerinde “*takdirilik ilkesine*” doğru bir açılım sağlanmıştır. Öte yandan YTCK’daki probation/gözetimli ertelemeye benzer “*uzlaşma*” kurumu²⁵ (CMUK m. 253) şikayete bağlı geniş bir suç yelpazesi göz önüne alındığında metropol adliyelerinde bu konuda “*uzlaştırma*” sanatına ehil savcılardan oluşan bir uzlaştırma biriminin kurulması ve yaygın bir uygulamaya kavuşturulması üzerinde özenle

²² S. J. Grana and J. C. Ollenburger, *The Social Context of Law* (Prentice Hall, New Jersey) 1999, p. 107-108; Data from U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics. The Prosecution of Felony Arrest Washington, D. C. U. S. Government Printing Office, 1990; ABD Federal Ceza Usulü Kuralları’nda itiraf sözleşmesinin uygunluğu açıkça ifade edilmektedir. 11. Kural’da, itham pazarlığı ile yaptırım pazarlığına açıkça yetki verilmektedir.

²³ TCK 93, 192, 201, 221, 254 ve 274. maddeleri.

²⁴ Şahsi cezasızlık ... gerektiren şahsi sebep.

Madde 167. - (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, mal varlığına karşı işlenen suçların;

a. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b. Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c. Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

Şahsi cezasızlık ... gerektiren sebepler

Madde 273. - (1) Kişinin;

a. Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması,

b. Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması,

Halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmaz.

durulması ihtiyacını belgelemektedir. Bu kurumla ceza siyaseti suçlunun korunmasına odaklanmış yaklaşımdan “mağdura” yönelik yaklaşım ivme kazanmış bulunmaktadır.²⁶

Mağdurun Korunması ve Hakları

İşte ceza adaleti sisteminde mağdurların yararlarını korumak amacını güden bu duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı görülmektedir. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen ilgi bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlarda ve cezaların ertelenmesi gibi bazı kurumlar açısından söz konusu olabiliyordu. Oysa bugün ülkemiz de, Batı ülkelerinde olduğu gibi, suç mağdurları veya ailelerine devletin tazminat ödemesi bile öngörülmektedir. XXI. yüzyıl adalet sisteminde, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesi de ön plana çıkarılmış bulunmaktadır. Bu amaçla ceza davasının tüm evrelerinde mağdura bir kısım haklar ve yetkiler tanınması ön görülmüş, suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli sayılmayarak, zararın giderilmesi/onarımı en başta gelen amaç kabul edilmiştir. Bu bağlamdaki en önemli düzenleme ise uzlaşmadır.

Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, Cumhuriyet Savcısı veya hakimın atayacağı bir avukat/avukatların girişimleriyle çözerek hem adaleti sağlamak ve hem de mağduru derhal tatmin etmek, fail ile mağdur arasında barış sağlamaktır. Böylece, zararın giderilmesi yanında moral bir unsur da sağlanabilmektedir (etik işlevi). Bu süreçte, failin ceza sorumluluğu saptanıp zararın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından hem adalet yerine getirilmiş, fiille ihlal edilmiş olan hukuk kurallarının varlığı vurgulanmış (pedagojik işlev)

²⁵ Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, uzlaşma.

Madde 73.

(8) Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet Savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.

²⁶ İstem üzerine “adli kontrol” (YCMK m. 109) kapsamında alınan güvenceden mağdurun haklarını veya nafaka borcuna ilişkin kısmın kendilerine ödenmesi ön görülmüştür (YCMK m. 114). Yine hapis cezasının ertelenmesi, mağdurun ... uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektilmesine devam edilir (TCK 51-2).

ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilmiş, devlet, süreç adaleti ve yaptırım infazı için gerekli harcamadan da kurtulmuş olacaktır (mali işlevi).

Kamu davasının bütün evrelerinde mağdur haklarının saptanması ve güvence altında tutulması, görevliler ve adli merciler için temel bir görev olarak kabul edilmelidir; mağdurun hakları hem saptanmalı, kendileri bilgilendirilmeli ve hem de güvence altında tutulmalıdır.

Mağdurun korunması ile ilgili bulunan ve karşılaştırmalı hukukta artık "hak" olarak yer alan bu yaklaşım ve cereyana uyularak, niteliği itibarıyla hukuki ve mağdurun kişisel haklarını güvence altına alan bir hüküm Türk hukukuna girmiş bulunmaktadır. Hakim veya mahkeme ya da Cumhuriyet Savcısı henüz hüküm verilmeden güvencenin mağdurun haklarını güvence altına alan veya nafaka borcuna ilişkin olan kısmının, mağdura veya nafaka alacaklısına verilmesini emredebilecektir. Ancak bu emrin verilmesi iki koşulunun gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuştur; (1) mağdur veya nafaka alacaklısı bunu istemeli, (2) şüpheli veya sanık bu hususta rızalarını ifade etmiş olmalıdırlar. Ancak soruşturma veya kovuşturmanın konusu ile ilgili olaylar nedeniyle, bir yargı merci mağdur veya nafaka alacaklısı lehine bir karar vermiş ise yukarıdaki birinci koşulun gerçekleşmesine gerek olmayacaktır.

Mağdur, diğer haklar arasında, soruşturma evresinde aktif olabilecek, kolluk ve Cumhuriyet Savcılığı'ndan delil toplanmasını, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteyebilecek, avukat vasıtasıyla soruşturma belgelerini ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletebilecek, Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararın denetlenmesini isteyebilecektir. Mağdur ve şikayetçiye son soruşturmada, duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılabilmek, katıldığı kamu davasında kişisel haklarını isteyebilme, tutanak ve belgelerden örnek isteyebilme, tanıkların davetini isteyebilme, yoksa, baro tarafından bir avukat atanmasını isteyebilme (YCMK 234), davaya katılmış ise kanun yollarına başvurabilme hakları (YCMK 242) tanınmıştır. Bütün bu haklar, mağdur ve şikayetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa geçirilir.

Eğer katılan on sekiz yaşını henüz doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunmayacak derecede malûl ve avukatı da yoksa, istemi aranmaksızın kendisine bir avukat görevlendirilir. Türk hukukunda insan hakları alanında önemli bir anlayış değişikliğini ortaya koyan bu çağdaş düzenleme, "mağdurların" bir kez de yargılama evresinde mağdur olmaları önleyici bir tedbir oluşturması bakımından oldukça önemlidir.

En önemli düzenlemelerden biri de ilke olarak işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğidir (YCMK 236). Bu suretle cinsel suç mağdurlarının defalarca dinlenmesi sonucu “ikinci kez mağdur” olmaları önlenmiş olacaktır.²⁷ Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabileceği hükme bağlanmış ise de (YCMK 52) anılan nitelikte çocuk ve mağdurların dinlenmesi ve yüzleştirilmesi gerektiğinde bunun kapalı devre televizyon sistemiyle yerine getirilmesinin içtihat edilmesi ve bu teknolojik düzenlemeye yer veren bir duruşma salonunun oluşturulmasına gidilmelidir.

Yeniden “sistemler modeli”ne döndüğümüzde, bu modelin adli sistemdeki sürecin dinamik niteliğini sergilediği, girdilerin çıktıları ve çıktılarında karşılık olarak girdileri etkilemekte olduğu görülmektedir. Hiç kuşkusuz, halkın adalete güveni artması, şikayete bağlı suçların artış kaydetmesi ve karanlıkta kalan suç oranının azalması hallerinde sistem girdisinin artması kaçınılmaz olmaktadır.

Genelde ise, şu sorular için yapılacak saptamalar da önemlidir; kimler dava açmakta ve talepte bulunmaktadır? Halk ne kadar sıklıkla davacı olmaktadır? Yöresel farklılıklar var mıdır? Davacı türlerinden bazılarının sonuç almak ihtimali diğerlerine göre daha mı fazladır? Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu dava oranı neden fazladır? Kişiler sisteme yeterince destek veriyorlar mı? Kişiler artık sisteme/ rejim kurallarına / sistem girdisinde yer alan eyleycilere destek vermediklerinde ne olur? Mahkeme kararları, mahkemelerin varlık ve meşruiyetini nasıl etkilemektedir? Mahkeme kararlarına (ilamlarına) kimler ve hangi koşullarda uymaktadırlar? Hukuk/ceza ilamlarının infaz edilmesi oranları nedir? Hukuk davalarının ceza davaları girdisine etkisi var mıdır?²⁸

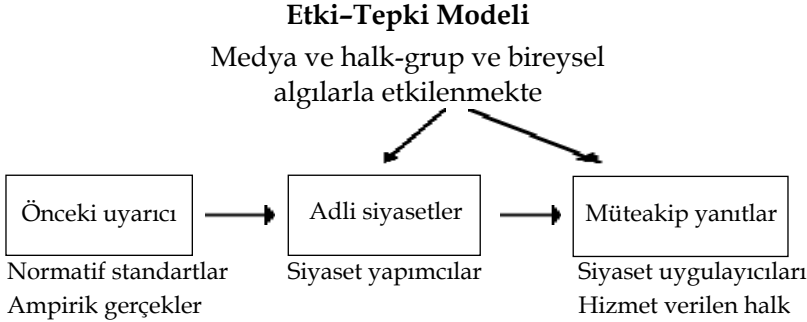
Etki-Tepki Modeli

Bu modelde aynı temel sonuçları sağlamak üzere biraz farklı kavramlar kullanılmaktadır. Adli siyasetler, sistemde saptanan önceki etkilere yanıt olarak görülmekte ve aynı zamanda müteakip tepkilerin oluşacağı gelecekteki etkiler olarak algılanmaktadır. Bu modelde de üç şeyin varlığına tanık olunmaktadır; 1. Sistemi etkileyen önceki etkiler, 2. Sistemi etkileyen adli siyasetler ve 3. Davalara neden olan müteakip tepkiler.

²⁷ M. T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2004 s. 64.

²⁸ Bu soruların yanıtları için bkz., M. T. Yücel, *Türkiye’de Yargının Etkinliği*, Ank. 1999 ile *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Ank. 2003, s. 128.

Önceki uyarıcılar ise, iki değişkenle etkilenmektedir. Bunlar normatif standartlar ve ampirik gerçeklerdir.



Normatif standartlar, sosyal sistemin halktan uyum göstermesini beklediği kurallardır. Bu kurallar, yasalar ve diğer düzenleyici normlar veya kültürel/enformal beklentilerdir (örneğin örf ve adetler ile paylaşılan değerler). Ampirik gerçekler ise, sistemde verilen kararlara dayanak olan kanıtlar/bilgilerdir. Normatif standartlar ve ampirik gerçekler mahkemede eyleyicilerle süzgeçlenmekte/irdelenmektedir. Kuşkusuz, savcılar, hakimler, avukatlar ile infaz personelinin düşünceleri ile karakteristikleri, normatif standartlar ile ampirik gerçeklerin algılanmasını etkilemektedir.

Önceki uyarıcılar, sistemin adli siyasetlerini etkilemektedir. Değişebilir nitelikteki bu siyasetler önceki yasalar ile kültürel standartlardan etkilenmektedirler. Öte yandan, medyanın mahkeme kararlarını haber yapması ve kamu görevlilerinin tepkileri gibi çeşitli sınırlayıcı ve kolaylaştırıcı faktörler de adli siyasetleri etkilemektedir. Bu çeşitli kolaylaştırıcı ve sınırlayıcı nitelikteki faktörler, sistemdeki eyleyiciler (kolluk görevlileri, savcılar, hakimler ve kalem personeli) ve halk tarafından tekrar ayrıştırılmaktadır. Bunun üzerine sistemde halkın tepkisine tabi yeni siyasetler üretilmektedir.

Halkın tepkisi, "müteakip yanıt" olarak adlandırılmaktadır. Adli siyasetlere gösterilen müteakip yanıt kendisini davranışlarda ve/veya tutumlarda değişim veya kararlılık olarak göstermektedir. Adli siyasetler, tutumları değil, davranışları -veya tersi- veya davranış ve tutumları değiştirilebilir. İlave, davranış ve/veya tutumlardaki değişimler yeni siyaset değişimlerine yol açabilir. Tüm bu süreç, siyaset yapımçılarınca devamlı olarak etkilenmektedir. Hukuk tarihçisinin bu konuda yapacağı iş, değişim sürecinde etkili olan güdül güçlerin karakter ve sıralamasını yeniden oluşturmaktır. Değişim için istemin hangi yönden geldiğini; neyin sebep ve neyin sonuç olduğunu saptamaktır.

Yeni bir proje ele alındığında her iki modeli temel alan analiz ve araştırmaların dayanak oluşturması gerekirken, YCMK'da bunun göz ardı edildiğine tanık olunmuştur. Adalet Bakanlığı komisyon çalışmaları sırasında Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü olmama karşın "yargı gerçeği" konusunda bir sunum yapılması istenilmediği gibi TBMM Adalet Komisyonu Alt Komisyon Başkanı H. Köylü'ye bu konuda isterlerse bir sunum yapabileceğimi sözlü olarak bildirmeme karşın konuya ilgi duyulmaması en azından bu çok önemli usul projesinin sosyolojik boyutundan yoksun olduğuna işaret etmektedir.

Öte yandan, hukukta/yargılamada tıkanma olduğunda tek çare olarak daha fazla sözcüğüne sarılmaktan da vaz geçilmelidir. Bazı suç türleri artış gösterdiğinde cezaları ağırlaştırıyoruz; davalar arttığında mahkeme/hakim, Yargıtay'da daire sayısını artırıyoruz; cezaevleri nüfusu arttığında yeni cezaevleri inşa ediyoruz; tıpkı yollarımız kalabalıklaştığında, daha fazla yol/alt geçit inşa edilmesi, kentlerde güvenlik sorun haline geldiğinde, daha fazla sayıda polis gücü için çağrı yapılması gibi. Ne var ki, "daha fazla"ya başvuru şimdiye dek sorunları çözemedi. Sorunu çözmek için en pratik çare "genel af" uygulamaları olmuş, af sonrası sistem rahatlamış²⁹ ve ortalama yargılama süresi azalmıştır. Ne var ki, siyasi suçluları da kapsamak üzere 1991 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde genişletilmiş şartlı salıverme ve suç olmaktan çıkarılan fiiller nedeniyle oluşan dolaylı af ve özellikle 2000 yılında çıkarılan 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Yasası, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen hükümleriyle de kanıtlandığı üzere, af kanunları açısından en kötü teknisyenlik örnekleri olmakla kalmayıp, sözde erteleme/şartlı salıverme yanı ile "yargıdaki kırtasiyeciliği" de yoğunlaştırmıştır.³⁰

Nitekim, 1960 (113 sayılı), 1966 (780 sayılı) ve 1974 (1803 sayılı) yıllarındaki af kanunlarıyla, sistemin verimliliği üzerinde belli bir artışa tanık olunmuş ve bu durumu belgelemek üzere af yıllarına ait ceza mahkemelerindeki ortalama yargılama süreleri ile verimlilik ölçümlemesindeki değişimlere aşağıda yer verilmiştir.³¹

²⁹ Genel Af (Af ile ilgili Disk Açık Oturumu) Disk Yayın no. 12, İst. 1974 s. 18-21.

³⁰ 4616 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "Toplumda meydana gelen sosyal ve ekonomik değişimlerin, suçların çeşitliliğinin ve miktarının artmasında etken olduğu görülmektedir. Bu suçları işleyenlerin topluma yeniden kazandırılmaları ve toplumla bütünleşmeleri bakımından cezalarının toplamından 10 yıl indirim yapılmaktadır." önermesi haklı olarak şu soruyu davet etmektedir: Sosyal ve ekonomik koşullarda ne türden bir iyileşme olmuştur ki hakkaniyet ve nesafet adına önceki koşulların ürünü olan suçlar için böyle bir indirim öngörülmüştür.

³¹ M. T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Ank. 2005, s. 144.

Yıllar	Toplam	D	Çıkan	D	Ortalama Yargılama Süresi	D	V	D
1960	830609	100	602769	100	183	100	72.6	100
1961	720516	87	432280	72	200	109	60.0	83
1962	76647	92	443136	74	228	125	57.8	80
1963	787667	95	506019	84	225	123	64.2	88
1964	780597	94	428354	71	246	135	54.9	76
1965	869105	105	450307	75	286	156	51.8	71
1966	953749	115	654656	109	225	123	68.6	95
1967	805237	97	452206	75	244	133	56.2	77
1973	1108313	133	589192	98	289	158	53.2	73
1974	1162662	140	951155	158	165	90	81.8	113
1975	880714	106	619921	103	132	72	70.3	97
1994	1327717	160	829322	138	204	112	62.5	86

(D) Değişim (V) Verimlilik % = Çıkan/Toplam

Bu sektörde asıl sorun mahkeme değil, adalettir ve bu adaletin de yalnızca Adalet Bakanlığı'nda olmadığı bilinmelidir. Yine güvenlikte de sorun, kolluk görevli sayısı olmayıp, güvenlidir. Tıpkı sorunun otoyollarda değil, yolculuk edebilmekte olduğu gibi.

Sonuç

YCMK'nın içerdiği yeni kurum ve koruma tedbirleri nedeniyle çok ciddi bir atılım olarak değerlendirilmesi gerektiği ve tüm sorunun adliye kültürü ve sosyal açıdan yeterince bir hazırlığın olmaması/mali portresinin düşünülmemesi ve "istem arkadan gelir" felsefesine sığınılmasında saklı bulunduğu.³² Sonuç olarak, yukarıdaki kavramsal modeller bağlamında adli sistemin işleyişini oluşturan öğelerdeki her parametreye özgü pragma-

³² 5235 sayılı ...Bölge Adliye Mahkemeleri ... kanunu 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecekse de, en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulması tamamlanacak ve tüm yurttaki görevlere başlayacakları tarih *Resmî Gazete*'de ilan edilecektir (Geçici madde 2 ve Yürürlük- Madde 55). H. S. Türk, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda 2000 Yılı Adalet Bakanlığı Bütçesi Sunuş Konuşması" standart kadro durumu dikkate alındığında 2180 yeni mahkeme kurulması ve bu mahkemelere toplam 4068 hakim ve Cumhuriyet savcısı atanması gerektiği ortaya çıkmıştır." İvedi gereksinme duyulan adliye yazı işleri müdürü ve zabıt katibi sayısı ise 10248'dir. 5276 sayılı Kanun'la (RG, 29/12/2004-25685) 4000 hakim ve savcı kadrosuyla 1000 hakim adayı ve 5500 yardımcı personel kadrosu ihdas edilmiştir. Ayrıca bkz., M. T. Yücel, *Türkiye'de Yargının Etkinliği*, Ank. 1999, s. 10.

tik şu iki yönlü sorunun yöneltilmesi gerekmektedir; YCMK'nın ne türden bir işleve hizmet etmesi ön görülmüştür? Ve bu işlev doyurucu bir şekilde yerine getirilebilecek midir? İşte bu soruların yanıtları hakkında devamlı olarak edinilecek objektif bilgi olmaksızın, iyileştirme/reform düşünülen sistemdeki dar boğazlar giderilmeksizin işe koyulmak gereksiz bütçe harcamalarına neden olacaktır. Mevcut sisteme özgü sonuç görüntüleri değiştirmek için sistem girdilerini ayıklamak/değiştirmek gerekmektedir. ve sistemin hukukun amaçları için var olduğu bilinmelidir. Yinelerseniz, YCMK uygulaması ile açık/gizli amaçlara ne derece hizmet edebildiği zaman içinde saptanmalı; yargılama süreci fizyonomisinin, ceza usulü normlarından ziyade onu uygulayanların tutum ve davranışlarıyla şekillenmekte olduğu, hakimler ve avukatlar arasındaki iyi ilişkilere dayalı bulunduğu ve sonuçta adliye kültüründe çok ciddi bir değişim olmadıkça amaç değerlere ulaşamayacağı bilinmelidir. Bu postulat hukuk sosyolojisinin temel bir verisi olarak algılanmalıdır.

İşte sorularla başladığım bu incelemeyi şu soru cümleleriyle sonlandırmak istiyorum; YCMK ile tesis edilen yeni ceza usulü sisteminde suçta "karanlık sayı" azalacak; kamu davası oranında hissedilir bir azalma olacak; "davaların erimesi" nedeniyle şüpheli/sanık sayısı ile hüküm giyenler arasındaki orantısızlık³³ ile yaptırımların aşınması³⁴ azaltılacak; suç mağdurları daha az mağdur edilecek; daha dürüst yargılama icra edilecek; yargılama süratle sağlanacak; beraat oranlarında Avrupa çitası yakalanacak; suçlular hakkında psiko-sosyal anket raporu hazırlanarak ceza yaptırımlarının bireyselleştirilmesi gerçekleşecek; yaptırımların genel/özel önleyici etkisi daha artacak mıdır(!?) Gönlüm bu sorulara "evet", aklım hayır "diyor" ve sonuçta gönlüm aklıma mağlup oluyor. İstenilen amaç değerlere ulaşabilmek için uygulanacak yöntemin iki temel ögesinden birincisi, yukarıda anılan modellere referansla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Ceza Adaletinin Yönetimi" hakkındaki (95) 12 sayılı Tavsiye Kararı'ndaki ilkelerin³⁵ göz önünde bulundurulması; ikincisi de,

³³ M. T. Yücel, *Kriminoloji*, İst. 2004, s. 137-138.

³⁴ M. T. Yücel, *a.g.e.*, s. 139.

³⁵ I. Amaçların Belirlenmesi

1. Yönetim ilkeleri, stratejileri ve teknikleri, ceza adaletinin verimli ve etkili işleyişine önemli katkılarda bulunabilir. Bu doğrultuda, ilgili kurumlar iş yükü, maliye, fiziki yapı, insan kaynakları ve iletişim yönetimi için amaçlar belirlenmelidir.

2. Çeşitli kurumların amaçları, suç kontrolü ile ceza adaleti siyasetleri bağlamında koordine edildiğinde daha verimli ve etkili ceza adaletine kavuşulması oldukça kolaylaşacaktır.

II. İş Yükü Yönetimi

3. Ceza adaleti kurumlarının işleyişini ölçme, verimlilik ve etkinliğini değerlendirme ve faydalı değişiklikleri geliştirmeye yönelik düzenli ve devamlı takip usulleri

hukuk fakültelerinde bu yeni yaklaşımlara özgü felsefe ve öğreti ve teknikle beslenen hukukçuların³⁶ sistemde yer almaları ve adliye kültüründe “değişim” yaratabilmeleridir.

tesis edilmelidir. Bu konulardaki gelişme ya bir iç danışma birimi geliştirilerek veya dışarıdaki danışmanlara başvurularak sağlanabilir.

4. Ceza adaleti yönetimi, koşulların gelişmesi nedeniyle, devamlı olarak her yerde aynı kurallara tabi tutulamaz. Bu nedenle, iş yükü ve kaynak planlamasında; demografik, sosyal, ekonomik ve diğer koşullar ile değişim göstergeleri göz önüne alınmalıdır.

5. İş yükünün verimli şekilde yönetimi ile farklı kategorideki davaların uygun işlemlere tabi tutulması için ölçütler belirlenmelidir. Bunlar, adli ve diğer ilgili personelin işbirliği ile geliştirilmelidir. Bu standartlara gerekli uyumun sağlanması doğrultusunda kurumlara olanca destek verilmelidir.

6. Bu bağlamda, hakimler ve savcılarca davalar hakkında, sürecin ilk evresinden başlayarak farklılaştırılmış şekilde işlem görmesine imkan veren ayıklama teknikleri geliştirilmelidir.

7. İnsan unsurunun en iyi şekilde değerlendirilmesi amacıyla hakimler ve savcılar, başka ajanlar tarafından yerine getirilebilecek görevlerinden arındırılmalıdır.

III. Yapıların Yönetimi

8. Mevcut yapıların sistematik olarak tespiti, ihtiyacın değerlendirilmesi ve uzun dönemli planlama; yeni binalara yatırım, onların coğrafi konumu, eski binalardaki imkanların geliştirilmesi ile bakım ve onarım hususlarındaki kararlar da temel öğelerdir. Bu çerçevede, ceza adaletindeki çeşitli profesyonel ve diğer kullanıcıların ihtiyaç ve beklentileri de göz önüne alınmalıdır.

9. Gizli kalmış veya yeterince kullanılmayan fiziki kaynaklar ile mümkün olan ekonomiyi harekete geçirmek üzerinde önemle durulmalıdır. Bu yaklaşım, örneğin duruşmaların mekanların boş olduğu zamanlara kaydırılması, kurumların belli bir yörede yoğunlaştırılması veya mevcut tesislerin yeniden organize edilmesi şeklinde olabilir.

IV. Personel Yönetimi

10. Yönetimsel ilkeler, stratejiler ve tekniklerin tanıtılması için adli çevreye özgü özel kültür ve koşullar göz önüne alınmalı ve dayatma yerine ikna yöntemi kullanılmalıdır.

11. Personelin iyi derecede yönetilmesi yanında görevlerle kişilerin uygun şekilde eşlendirilmesi için personelin yetenekleri, eğitimi vs.yi kapsayacak şekilde mesleki kayıtlar tesis edilmelidir. Yetkili makamlarca, bu kayıtlar sistematik olarak tutulmalı; personel gerektiğinde kendi kayıtlarını görebilmelidir.

12. Hakimler ve savcılar için hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim programları, adliyeye özgü modern yönetim ilke ve uygulamalarını içermelidir.

13. Kariyer geliştirilmesi yolundaki planlamalar; uzmanlaşmayla veya personelin yeni beceriler ve uzmanlıklar kazanması için yaratılan fırsatlarla aktif bir biçimde takip edilmelidir. Çalışma koşulları, özellikle güçlük arz ettiğinde, özel bir denetime tabi tutulmalıdır.

V. Bilgi Yönetimi ve İletişim

14. Verilerin toplanması, korunması, kullanım ve dağıtılması için daha sağlıklı ve etkili sistemler devreye sokulmalıdır. Kişisel veriler için gerekli koruma sağlanmalıdır.

15. Bilgi teknolojisi, ceza adaleti kurumlarının çalışması ve gerekleri ile bilgi

Araştırmalar için hukukçular ve sosyologların birlikte çalışması gereğini hukuk sosyologu H. Kantorowicz 1906 yılında İ. Kant'a³⁷ benzer şu sözlerle ifade etmiştir;

*"Sosyolojiden soyutlanmış dogmatik boştur,
dogmatikten soyutlanmış sosyoloji de kördür."*

kullanıcılarına uyumlaştırılmalıdır. İşbu gereklilik konusunda bilgi kullanıcılarına danışılmalıdır.

16. Ceza adaleti yönetiminde, her kurumun kendi içinde iyi derecede bir dahili iletişim tesis etmesi üzerinde önemle durulmalıdır.

17. Ceza adaleti kurumları bilgi yayma siyasetine kendilerini fazlaca adanmışlardır. Merkezi, bölgesel ve yerel ölçekte ceza adaleti idaresinin çeşitli kurumları ile suç kontrolündeki diğer kurumlar arasındaki bilgi akışı hızlandırılmalı ve davaların sonucu hakkında iyi derece bir feed-back sağlanmalıdır.

18. Halkla ilişkileri iyice geliştirmek üzere özellikle ceza adaleti kullanıcıları, medya, gönüllü kuruluşlar (örneğin mağdur dernekleri), vatandaşlar ve demokratik kurumların (parlamento, yerel idarelerin) ihtiyaçları üzerinde önemle durulmalıdır. (Terc. M. T. Yücel) Ayrıca bkz., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi hakkındaki (87) 18 sayılı Tavsiye Kararı; bkz., K. Bjornberg ve P. Richmond, *Türkiye'de Yargının İşleyişi*, 2003, TBB Web: www.barobirlik.org.tr

³⁶ Bkz., S. Dönmezer - F. Yenisey, *Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği-1998*, İst. 2000, s. 284.

³⁷ "Kavramsız algı kördür, algısız kavram da boştur." I. Kant.

YER GÖSTERME İŞLEMİ VE 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NUN 85. MADDESİNİN İNCELENMESİ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

I. GENEL OLARAK

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 16.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır ve 334. maddesine göre 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir.

CMK'nın "*Yer Gösterme*" kenar başlıklı 85. maddesi şöyledir:

"(1) Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır."

85. maddedeki hüküm, 7.3.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sevk edilen Hükümet Tasarısı'nda¹ bulunmazken, TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metne eklenmiştir. 85. madde hükmünün eklenmesine ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesi şöyledir:

*"Tasarı'ya 84. maddeden sonra gelmek üzere 'Yer Gösterme' başlığı altında yer gösterme işleminin bir disiplin altında ve hukuki zemine kavuşturulması amacıyla yeni 85. madde eklenmiştir."*²

Çalışmamızda yer gösterme işlemi düzenleyen CMK'nın bir cümlelik 85. maddesinin, ceza muhakemesi hukukundaki başlıca etki ve sonuçları ele alınacaktır.

II. YER GÖSTERME İŞLEMİ

A. CMK'nın 83 ve 84. Maddelerinin Uygulanması

CMK'nın 85. maddesi, Türk hukukunda ilk defa getirilen bir hükümdür. 85. maddede, yer gösterme işlemi hakkında CMK'nın 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağı emredici şekilde kurala bağlanmıştır.

* Hakim.

¹ "Hükümet Tasarısı", TBMM Başkanlığı'na 7.3.2003 tarihinde sevk edilen "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı"nı ifade etmektedir.

² Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004 günlü, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65.

CMK'nın yollama yapılan 83 ve 84. maddeleri şöyledir:

“Keşif; Madde 83. (1) Keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

(2) Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır.”

“Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler.

Madde 84. (1) Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler.

(2) Tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.

(4) Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

(5) Şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir”.

5271 sayılı CMK'nın 83 ve 84. maddelerine ilişkin olarak, TBMM Adalet Komisyonu tarafından şu açıklama yer verilmiştir:

“Tasarı'nın 83, 84, 85 ve 86. maddelerinde redaksiyon yapılmış ve 81, 82, 83 ve 84. maddeler olarak kabul edilmiştir.”³

5271 sayılı Yasa'nın 83 ve 84. maddeleri, Hükümet Tasarısı'ndaki 85⁴ ve 86.⁵ maddelere denk gelmektedir ve anılan maddelerde TBMM Adalet Komisyonu'nda bir kısım değişiklikler yapılmıştır.⁶

³ Adalet Komisyonu Raporu 1.12.2004 günlü, Esas No:1/535, 1/292, Karar No: 65.

⁴ Hükümet Tasarısı'ndaki metin şöyledir: “Keşif

Madde 85. - Keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

Keşif yapıldığında bununla ilgili olarak düzenlenecek tutanaklara var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delil, iz, eser ve emarelerin yokluğu yazılır.”

⁵ Hükümet Tasarısı'ndaki metin şöyledir ve değiştirilen kısımlar altı çizili olarak gösterilmiştir:

CMK'nın 83. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Bir başka anlatımla keşif; olağan hallerde hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı'nın görevidir.

Keşif tutanağına, keşif sırasında var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da keşifte elde edilemeyen delillerin elde edilemediği de yazılır.

84. maddede ise, keşifte bulunabilecek kimseler ve kimi konular kurala bağlanmıştır. CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin yer gösterme işlemi bakımından etkilerine geçmeden önce, 85. maddedeki yer gösterme işleminin hukuki niteliğini ele almak istiyoruz.

B. Yer Gösterme İşleminin Hukukî Niteliği

1. CMK'nın 85. Maddesinin Mehası Var mıdır ?

Karşılaştırmalı hukukta ceza yargılaması yasalarında yer gösterme işlemine yer verildiğine rastlanmamaktadır. Bu nedenle, CMK'nın 85. maddesinin bir mehasından söz etmek mümkün değildir. Esasında bu sonuç, karşılaştırmalı hukuk uygulamasında yer gösterme işleminin olmamasından da kaynaklanmaktadır.

Yer gösterme işlemi, Türk hukukundaki uygulamanın kendine özgü bir ürünü niteliğindedir. Bu işlem, bir bakıma (1412 sayılı CMUK'un döneminde) yasal bir dayanağı olmadan öteden beri uygulana gelmiştir.

"Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler.

Madde 86. - Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ile bunların avukatları hazır bulunabilirler.

Tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

Şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.

Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler. Hazır bulunmaya hakkı olanlar, kendilerine ait mazerete dayanarak işin başka güne bırakılmasını isteyemezler.

Şüpheli veya sanık tutuklu ise, ancak tutuklu bulunduğu yerdeki mahkeme binası içerisinde yapılacak işlerde hazır bulunmayı isteyebilir. Ancak, hakim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hallerde tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın da mahkeme binası dışında yapılacak işlerde hazır bulunmasına karar verilebilir".

⁶ Hükümet Tasarısı'nın 85 ve 86. maddelerindeki değiştirilen kısımlar, bir önceki dönemindeki madde metinlerinde altı çizili olarak gösterilmiştir.

Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda ilk defa CMK'nın 85. maddesinde hükme bağlanan yer gösterme işlemi, buna rağmen CMK'da tanımlanmamıştır. CMK'ya bakıldığında "keşif" de tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, CMK'da 83, 84, 169, 181, 209 ve 282. maddelerinde keşiften söz edilmektedir ve keşif; (1412 sayılı CMUK'un döneminde) uygulamada yerleşmiş, sınırları ve içeriği (genel olarak) belli olan bir kavramdır.

2. Yer Gösterme İşlemini Adli Kolluğun Tek Başına Yapamaması

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren, CMK'nın 85. maddesinin emredici yapısına (ve 83. maddeye) bakıldığında, yer gösterme işlemi mutlaka hakim veya Cumhuriyet Savcısı yapacaktır. Dolayısıyla, adli kolluk tek başına yer gösterme işlemi yapamayacaktır.

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yaptığı yer gösterme işlemi hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delil olacak ve yargılamada kullanılamayacaktır.⁷

3. Yer Gösterme İşlemi Keşif midir?

Bir görüşe göre, CMK'nın 85. maddesindeki "yer gösterme işlemi" bir keşiftir. Yasa koyucunun 85. madde içerisinde yaptığı yollama da bunu göstermektedir.⁸

Bize göre, CMK'nın 85. maddesindeki normatif yapı gereğince yer gösterme işleminin bir keşif olduğu söylenebilirse de, kimi tartışmalı konular bu düşünceyi zorlaştırmaktadır.

Yer gösterme işlemi, keşif kadar sınırları ve içeriği belli olan bir kavram değildir. Yer gösterme denilince, kural olarak başta adam öldürme, gasp, terör olayları, hırsızlık gibi bazı suçlarda şüpheli veya sanığın, soruşturma⁹ evresinde kolluk nezaretinde olayın oluş şeklini göstermesi amacıyla yapılan işlem akla gelmektedir.

Yer gösterme işlemiyle, soruşturma konusu fiil, bunu gerçekleştirme şüphesi altındaki kişi tarafından, soruşturmayı yürütenlerin önünde olabildiği ölçüde tekrar canlandırılmaktadır. Ancak, bu belirleme, yeterli ve tartışmasız değildir.

⁷ Yurtcan, Erdener, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 56.

⁸ Yurtcan, s. 56.

⁹ "e. Soruşturma: Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" ifade eder (CMK. m. 2/1-e).

Burada tartışmasız olan nokta, yer gösterme işleminin, soruşturma evresine mahsus olması ve kovuşturma¹⁰ evresinde ise yer gösterme işleminin değil, keşfin söz konusu olabilmesidir. Bununla birlikte, keşif, hem soruşturma ve hem de kovuşturma evresine ilişkindir. Ancak, keşif, ağırlıklı olarak kovuşturma evresinde görülür.

4. Sanık Dışındaki Kişilerin Yer Göstermesi

Tartışmalı konularından birisi, müşteki veya tanığın yer göstermesi halinde ne olacaktır. Hatta, CMK'nın 90. maddesi¹¹ gereğince olaya müdahale eden önleyici kolluğun da, adli kolluk işlemleri nedeniyle yer gösterme yapması istenebilir. Böylesi durumlarda ne olacaktır? Bir başka deyişle, müşteki, tanık veya önleyici kolluk tarafından bir yer gösterme yapılması gerekli ise, bunu adli kolluk tek başına yapabilecek midir?

Bu tartışmanın temelinde, CMK'nın 85. maddesinde, yer gösterme işleminin tanımının, içeriğinin ve sınırlarının açıklanmamış olması yatmaktadır. Bu husus, uygulamada pek çok soruna, duraksamaya ve karmaşaya neden olabilecek gibi görünmektedir.

Örneğin; 1 Nisan 2005 tarihinde mağdur (Z) silahlı saldırıya uğrar ve göğsünden iki kurşun yarası alır; bilinmeyen kişilerce yaralı vaziyette hastane önüne bırakılır. Sonradan haberdar olan adli kolluk olaya el koyar. (Z) bir hafta sonra iyileşince, kendisinden yer gösterme yapması istenir. Adli kolluk, (Z) ile birlikte giderek (Z)'nin yer göstermesini tutanağa bağlar ve soruşturmaya devam eder.

Acaba burada, CMK'nın 85. maddesi karşısında, adli kolluğun tek başına (hakim veya Cumhuriyet Savcısı olmadan) mağdurla yaptığı yer gösterme işlemi geçerli olacak mıdır?

Madem ki yer gösterme işleminin temel amacı, olayın, bunun içersindeki kişi veya kişiler tarafından tekrar canlandırılması ve bu sırada, hem olayın genel resminin ve hem de ayrıntılarının belirlenmesi olduğuna göre, bu işlemin şüpheli veya sanıkla sınırlı olduğunda bir kesinlik yoktur. Nitekim, adı üstünde yer gösterme; fiilin işlendiği yerin ve bu yerdeki sürecin

¹⁰ "f. Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade eder (CMK. m. 2/1-f).

¹¹ "(2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet Savcısı'na veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler" (5271 sayılı CMK. m. 90/2).

görülebilmesidir; yeter ki, fiil sürecinin içerisinde ya da bir kısmında bulunan birileri bu göstermeyi yapmış olsun.

Örnekteki mağdurun yaptığı yer gösterme de, içerik olarak ve pek çok yönden şüpheli veya sanığın yaptığı yer göstermeye benzemektedir. CMK'nın 85. maddesinin keşif işlemine yollama yapan emredici hükmü gereğince, mağdurla yapılan yer gösterme işlemi de, tek başına kolluk tarafından yapılamayacaktır ve hakimın veya Cumhuriyet Savcısı'nın bulunması gerekebilecektir.

Kaldı ki, 85. maddede aynen uygulanacağı belirtilen 83 ve 84. maddelerdeki keşif işlemi, yalnızca sanığa ilişkin değildir. Keşifte, tanık, müşteki, mağdur bulunabileceği gibi, keşifte, yukarıda sayılan hiç kimse de bulunmayabilir. Kimi zaman keşif, sadece keşfi yapılan yerdeki olan ve olmayan olguların tutanağa bağlanması için de yapılabilir. Böylesi durumlarda da keşfe ilişkin 83 ve 84. madde hükümleri uygulanacağına göre, bu son halde dahi adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapabilmesi tartışmalı görünmektedir. Üstelik, tanık, müşteki veya mağdurla yapılan yer gösterme işleminde, çoğu zaman gecikmesinde sakınca bulunan halden de söz etmek zor olabileceğinden, yer gösterme işleminin hakim tarafından yapılması gerekebilecektir.

Bu sonuç ise, yer gösterme işlemlerine, hakim veya Cumhuriyet savcılarının yetişebilmelerini fiili duruma göre içinden çıkılmaz hale getirebilecektir.

C. CMK'nın 83 ve 84. Maddeleri, Yer Gösterme İşleminde Nasıl Uygulanacaktır?

CMK'nın 85. maddesindeki ilk sorun, yer gösterme işlemi açısından CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin nasıl uygulanacağına belirlenmesidir. Çünkü, bu konu yeterince açık değildir.

Üstelik, keşif ile yer gösterme işlemi, yukarıda açıklandığı üzere bünye itibarıyla tam örtüşmemektedir. Diğer yandan, yer gösterme işlemi yalnızca soruşturma evresinde, keşif ise daha çok kovuşturma evresinde yapılmaktadır ve yer gösterme ile keşif arasında, yoğunluk açısından evre farklılığı da söz konusudur. Bu nedenlerle, keşfe ilişkin 83 ve 84. maddelerin, yer gösterme işleminde nasıl uygulanacağı çok açık değildir.

Bu noktada çeşitli yaklaşımlar düşünülebilir. Bunları başlıklar halinde ele almak istiyoruz:

1. 83 ve 84. Maddede, Keşif Sözcüğü Geçen Yerleri Yer Gösterme İşlemi Olarak Anlama Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, CMK'nın 83 ve 84. maddelerindeki "keşif" kelimesi geçen yerleri, "yer gösterme işlemi" şeklinde değiştirip uygulama yapılmalıdır. Bu yaklaşım, keşif ile yer gösterme işleminin aynı (çok benzer) kavramlar olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Bu tartışmada ilk önce CMK'nın normatif yapısına bakılmalıdır. Eğer keşif ile yer gösterme aynı ise, CMK'da neden 85. maddeye yer verilmiştir (neden 85. madde eklenmiştir)?

Madem bu kavramlar aynı ise, 83 ve 84. maddelerde, "keşif ve yer gösterme" denilebilir ya da 83 ve 84. maddelerin sonuna "Bu madde, yer göstermede de uygulanır" fıkrası eklenebilirdi;¹² ama CMK'da böyle yapılmamıştır.

Bizce, yasa koyucunun bu yaklaşım tarzı, keşif ile yer gösterme işleminin aynı (çok benzer) kavramlar olmadığını ortaya koymaktadır.

Bu sonuç benimsenirse, daha tartışmalı bir soru akla gelmektedir. Keşif ile yer gösterme işlemi aynı kavramlar değilse, neden yer gösterme işlemi konusunda keşifle ilgili 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır?

Bu soru, yer gösterme işlemi gibi önemli bir konuda 85. maddenin tartışmalı bir yapısının olduğunu ortaya koymaktadır.

2. Bünyesine Uygun Olarak 83 ve 84. Maddelerin Uygulanması Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, yer gösterme işlemi, keşiften daha dar ve özel bir kavramdır; 83 ve 84. madde, ancak yer gösterme işleminin bünyesine uygun olarak uygulanmalıdır.

Bu yaklaşım, 85. maddenin uygulanmasındaki tartışmaların çözümünü açısından daha akılcı gelebilir. Fakat, burada da teknik ve içerik açısından sorun bulunmaktadır.

Bu sorun, 85. maddenin normatif yapısına ilişkindir. 85. maddedeki "Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır" kuralının kaleme alınış biçimi, kolaylıkla ikinci yaklaşıma olanak vermemektedir.

¹² Nitekim CMK'nın 68. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"(3) Cumhuriyet Savcısı'nın, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi hususunda da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır".

85. madde, “Yer gösterme işlemi hakkında bünyesi gözetilerek, 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır” şeklinde olmadığı, bir başka anlatımla, 85. maddede “bünyesi gözetilerek” gibi bir ibare bulunmadığı için, ikinci yaklaşım da tartışmasız değildir.

Sonuç olarak, 85. maddede, yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağını gayet net ve kesin bir ifadeyle belirtmesi karşısında, ikinci yaklaşımı normatif bakımdan dinlemenin zor olduğunu; aksi tutumun ise 85. maddeye rağmen bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz.

3. 83 ve 84. Maddelerdeki Yer Gösterme İşleminin Bünyesine Uymayan Kurallara İlişkin Düzeltme Yapılması Gerekliyi Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, kimi tartışmalı ve duraksamalı sonuçları olsa bile, 85. maddenin açık ve emredici yapısı gereğince yer gösterme işlemi hakkında CMK'nın 83 ve 84. maddeleri uygulanacaktır. Bu durumda, 83 ve 84. maddelerin yer gösterme işleminin bünyesine uymayan kimi kuralları açısından ise, bir an önce düzeltilme yapılmalıdır.

Bu yaklaşımlar çerçevesinde, 83 ve 84. maddedeki hükümlerin ayrı ayrı yer gösterme işlemi hakkındaki sonuçlarını ele almak istiyoruz.

D. CMK'nın 83. Maddesinin Yer Göstermeyle İlgili Sonuçları

CMK'nın 83. maddesinin yer gösterme işlemindeki başlıca sonuçları şöyledir:

1. Yer Gösterme İşlemi Hakim, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde ise Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılacaktır

Yer gösterme işlemi; olağan hallerde hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Bu sonuç, 85. maddenin en radikal ve tartışmasız yönünü oluşturmaktadır.

Buna göre, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluk¹³ (ilgili polis ya da jandarma), Cumhuriyet Savcısı adına (tek başına) yer gösterme işlemi yapamayacaktır.

¹³ 5271 sayılı CMK'da, başta “Adli kolluk ve görevi” kenar başlıklı 164. maddesinde olmak üzere, bu konudan söz edilen maddelerinde “adli kolluk” kavramına yer verilmiştir.

a. Yer Gösterme İşleminin Dikkate Alınma Niteliğinin Artması

CMK'nın 85. maddesindeki düzenleme nedeniyle, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olmasının en önemli sonuçlarından birisi, yer gösterme işleminin (1 Nisan 2005 tarihinden öncesine göre) soruşturma ve kovuşturmada dikkate alınma niteliğinin artmış olmasıdır.

CMK'nın "İfade alma ve sorguda yasak usuller" kenar başlıklı 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz" emredici hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükme göre, şüpheli veya sanığın, müdafî hazır olmaksızın adli kolluk tarafından alınan ifadesi, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanıkça doğrudur denilmedikçe geçerli olmayacak, hükme esas alınmayacaktır.

Yer gösterme işleminde de, şüpheli veya sanığın olayın seyrine ilişkin beyanları (ifadesi) alındığına göre, eğer 85. madde, CMK'da yer almayıp yine bunu adli kolluk tek başına yapabilecek olsaydı, 148. maddenin (4) numaralı fıkrası devreye girecekti.

Diğer yandan, 85. madde gereğince adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olması, yer gösterme işlemlerinde CMK'nın 148. maddenin (4) numaralı fıkrasının uygulanma olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Bir başka deyişle, CMK'nın 85. maddesi, 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasıyla paralellik taşımaktadır ve bu haliyle yer gösterme işleminin (soruşturma ve) kovuşturmada dikkate alınma niteliği artmıştır.

b. Yer Gösterme İşleminin Hakim Tarafından Yapılmasının Öngörülmesi Yerinde midir?

83 ve 84. maddelerde keşif işleminin, kural olarak hakim tarafından, ancak gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmasının hükme bağlanmış olmasının, soruşturma işlemi olan yer gösterme hakkında da geçerli sayılması yerinde midir?

85. maddenin bu sonucu, uygulamada, yer gösterme işlemini hakim mi yoksa Cumhuriyet Savcısı'nın mı yapacağı tartışmalara neden olabilecektir. Özellikle, hakim ve savcı arasındaki görev ayırımındaki "gecikmesinde sakınca bulunan haller" ölçütü, en sıkıntılı konulardan birisini oluşturmaktadır.

aa. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına, CMK'nın kimi maddelerinde yer verilmiş ise de, bu kavram CMK'nın 2. maddede tanımlanmamıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, Hükümet Tasarısı'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (8) numaralı bendinde şöyle tanımlanmaktadır:

“8. Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması halini ifade eder”.

Hükümet Tasarısı'nın bu tanıma ilişkin gerekçesinde ise şöyle denilmektedir :

“8. Gecikmesinde sakınca bulunan hal:

Tasarı'nın değişik maddelerinde belirtildiği üzere, delil, iz, eser ve emarelerin saptanması bakımından adli mercilerce yetkilerin ne suretle kullanılacağı, insan haklarına saygı ve adil yargılama esasları çerçevesinde gösterilmiştir. 'gecikmesinde sakınca bulunan hal'in bu maddede tanımlanması ve bu uygulamanın, gerektiği durumlarda, maddesinde açıkça gösterilmesi uygun görülmüştür. Maddeye göre temel koşul derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun, delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkmasıdır. Bu halin ilgililerce bir takdiri gerektirdiği muhakkaktır. Bu takdirin ölçüsü maddede böylece gösterilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ceza davasının makul süre içinde bitirilmesi hususunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin bir tür teminatı olmaktadır.”¹⁴

Hükümet Tasarısı'na göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal iki unsurdan oluşmaktadır:

1. Derhal müdahale edilme,

2. Bu yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolma olasılığının bulunması.

Burada, birinci unsur yoksa, ikinci unsurun bulunması yeterli olmayacaktır. Bir başka anlatımla, gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edebilmek için, bu iki unsurun birlikte bulunması şarttır. Üstelik bu iki unsurun var olup olmadığı bu konuda bir takdiri de gerektirmektedir.

¹⁴ TBMM çalışmaları sırasında Hükümet Tasarısı'ndaki 2. maddenin 1. fıkrasının (8) numaralı bendi metinden çıkartılmıştır. Bunun gerekçesine rastlayamadık.

Bu noktada ise, bu takdiri Cumhuriyet Savcısı'nın mı yoksa hakimnin mi yapacağı ve kim tarafından yapılacak takdirin esas alınacağı tartışmaları gündeme gelecektir.

5271 sayılı CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının tanımına yer verilmemiş ise de, Hükümet Tasarısı'ndaki tanımlama, bu kavramı yorumlarken yol gösterici olabilecektir. Kaldı ki, kimi maddelerde sözü edilen "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramı, 5271 sayılı CMK'nın uygulanmasında da yorumlanmak durumundadır. İşte bu yorum yapılırken, Hükümet Tasarısı'ndaki tanım ve gerekçesinden yararlanılabilecektir.

bb. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Yer Gösterme İşlemi Yapılırken Uygulanması

Somut bir olayda yer gösterme işlemi gerekiyken, bunda gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olup olmadığının belirlenmesi uygulamada sorunlara yol açabilecek görünmektedir.

Özellikle olayın oluş şekliyle (olayın seyriyle) sınırlı yer gösterme işlemleri, genellikle "*derhal müdahaleyi*" gerektirmeyebilir. Örneğin; bina içerisinden hırsızlık suçundan şüpheli (H)'nin, eylemi gerçekleştirme şekline ilişkin yer gösterme işleminde "*derhal müdahale edilme*" unsurundan söz etmek zordur. Çünkü, (H)'nin, bugün yer gösterme yapması ile yarın veya birkaç gün sonra yer gösterme yapmasında, suçun kaybolacak delil, iz, eser ve emaresi de olmayabilir.

Bununla birlikte, özellikle suçun, delil, iz, eser ve emarelerinin elde edilmesine yönelik kimi durumlarda, yer gösterme işleminin derhal yapılmaması halinde bunlar kaybolabilecek ise, gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilebilir. Örneğin; sanığın kaçırıp bir yere kapattığı mağdurun yerini göstermesi işleminde, zaman kaybedilmesi durumunda mağdurun hayatı tehlikeye girebilecektir ki, gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır denilecektir. Aynı şekilde, sanığın, uyuşturucunun yerini göstermesinde, geç müdahale, uyuşturucunun kaybolmasına ve delil elde edilememesine neden olabilecektir ki, gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusudur.

Ancak, uygulamada gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, her olayda bu kadar kolay belirlenemeyebilir. Yer gösterme işlemini, hakimnin mi yoksa Cumhuriyet Savcısı'nın mı yapacağı tartışmalarına neden olacaktır.

Bu tartışmaların yaşanacak olmasının ise, yeni bir temel yasa olan Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

cc. CMK'nın 85. Maddesinde Değişiklik Yapılarak Hakimin Yer Gösterme İşlemi Yapmasından Vazgeçilmelidir

CMK'nın 85. maddesi gereğince, gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde hakimin yer gösterme işlemiyle görevli olması, pek çok nedenle yerinde değildir. Bunlardan birkaçını ele alabiliriz:

1. Otopsi ile karşılaştırma;

CMK'nın 85. maddesindeki düzenleme, 1412 sayılı CMUK'nın ölü muayenesi ve otopsiyle ilgili 79. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Otopsi, hakim ve tehirinde zarar umulan hallerde Cumhuriyet Savcısı huzurunda biri adli tabip veya patalog olmak şartı ile iki hekim tarafından yapılır.*" kuralını ve uygulamada görülen tereddüt ve duraksamaları akla getirmektedir.

Üstelik, yer gösterme işlemi karşısında otopsi işlemi, niteliği itibarıyla büyük çoğunlukla gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramını bünyesinde taşımaktadır ve bu yönden daha az tartışmalıdır.

Hükümet Tasarısı'nın 88. maddesinin 1. fıkrasında "*Otopsi, Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı huzurunda yapılır*" şeklindeki hüküm, 5271 sayılı CMK'nın "*Otopsi*" kenar başlıklı 87. maddesinde geçmişte yaşanan tartışmalara son verir şekilde, "*Otopsi, Cumhuriyet Savcısı'nun huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğer dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır*" denilerek, otopsinin yalnızca Cumhuriyet Savcısı'nun huzurunda yapılabileceği öngörülmüştür.¹⁵

CMK'da, yer gösterme işlemine göre, soruşturma evresinde olmazsa olmaz niteliği olan otopsi işleminde hakime yer verilmezken, yer gösterme işleminde hakime de yer verilmesi çelişki doğurmaktadır.

ii. Aynı işte soruşturma evresinde görevli hakimin yargılamaya katılmaması;

CMK'nın "*Yargılamaya katılmayacak hakim*" kenar başlıklı 23. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, "*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*".¹⁶

¹⁵ CMK'nın 87. maddesi TBMM Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş ve şöyle denilmiştir: "*Tasarı'nın 88, 89 ve 90.1 maddelerinde redaksiyon yapılmış ve 87, 88 ve 89. maddeler olarak kabul edilmiştir.*" TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004 günlü, Esas No:1/535, 1/292, Karar No: 65.

¹⁶ Söz konusu madde gerekçesi şöyledi: "*Karşılaştırmalı yargılama hukukunda bu konu daha kapsamlı olarak ele alınmıştır. Genel ilke, hakimlerin önceden aynı işte*

CMK'nın 23. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, hakim, yer gösterme işlemini gerçekleştirmiş ise, soruşturma evresine ilişkin bir işlem yapmış olacaktır. Buysa, o hakimin kovuşturma evresinde bu işe bakamamasına neden olacaktır.

Bu sonuç ise, başta ilçelerde olmak üzere, uygulamada, kovuşturma evresine bakacak hakim ve mahkemede, sıkıntıları, gecikme ve usul ekonomisine aykırılıkları gündeme getirecektir.

Yer gösterme işleminde olağan hallerde hakimin görevli olmasının sakınca nedenlerini artırmak mümkündür. Şu ana kadar ifade ettiğimiz nedenlerle dahi, biz (CMK'nın 85. maddesinde) yapılacak bir değişiklik, hakimin yer gösterme işlemi yapmasından geri dönülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Yer Gösterme İşleminin Uygulama Açısından Tartışılması

Acaba CMK'ya son anda eklenen 85. madde, Ülkemizin gerçekleriyle, uygulamayla bağdaşmakta mıdır? Yeterince tartışılmış mıdır? Ne tür sonuçlar doğurabileceği enine boyuna, uzun soluklu düşünülmüş müdür?

CMK'nın 85. maddesine göre, kolluk, savcı bizzat gelmeden, tek başına yer gösterme işlemi yapamayacaktır. Yer gösterme işlemi, bir yönüyle tıpkı kolluğun otopsi işlemini yapamaması ve ancak bu işlemi Cumhuriyet Savcısı'nın yapabilmesi gibi bir konuma, hatta hakimin de görevli kılınmasıyla daha sıkıntılı bir boyuta getirilmiştir.

a. Görevli Hakim ve Cumhuriyet Savcısı ile Suç Sayıları

Bir görüşe göre, "şu anda gerektiği zaman kendi inisiyatifi ile suçla mücadele için harekete geçebilen 200.000 civarındaki polis ve 220.000 civarındaki jandarmanın, bundan sonra 3000 civarındaki savcının emri olmadan harekete geçmesinin mümkün olmaması, bir ülkenin suçla mücadele açısından intiharıdır. Kanunlar bir ülkenin intihar metinleri olamaz. Aslında olması gereken, gecikmesinde sakınca olan hallerde, savcının sözlü daha sonra yazılı haline dönüştürülen emri ile, sanığı

soruşturmaya katılmamış olmalarıdır. Hakimlerin, bir işe müdahale ettiklerinde önceden bir fikir veya düşüncelerinin olmaması gerekir ve tarafsız kalmanın bir koşulu da budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak hakimin önce soruşturmasını veya bir soruşturma işlemini yaptığı davadaki usul işlemlerine katılmasını hukuka aykırı saymıştır. Avrupa usul kanunlarında da benzeri hükümler yer almaktadır. Ancak, pratik nedenlerle ilkeyi ihlal eden kanunlar varsa da bu istisnalar Avrupa hukuklarında giderek gerilemektedir".

medya önünde teşhir etmeden ve sanığın avukatının da hazır bulunması sağlanarak, polisin yer gösterme işlemi yapabilmelidir. Uygulamada, hakimler bir yana, iş yoğunluğu içinde bulunan ve çoğu zaman olayın detayını bilmeyen C. Savcılarının odalarından çıkararak yer gösterme işlemini gerçekleştirmeleri hemen hemen imkansızdır. Buradaki muhtemel amaç, C. Savcılarını odalarından çıkarmaktan çok, yer gösterme gibi önemli bir işlemin uygulamasına son vermek olabilir. Bu da suç soruşturmasını zaafa uğratacaktır".¹⁷

Bu görüşte, gerçekten çok ciddi iddialar ileri sürülmektedir. Konuyu daha detaylı ele alabiliriz:

Ülkemizde, 2004 yılında polis bölgesinde toplam 353.692 suç işlenmiştir ve bu sayı bir önceki yıldan % 10 fazladır. Bu olaylardan 1/4'ü İstanbul'da gerçekleşmiştir. İstanbul'daki bir önceki yıla göre suç işleme oranında % 15 artış olmuştur. Türkiye genelinde, yer gösterme işlemlerine de konu olabilen "mala ve şahsa karşı" işlenen suçların illere göre dağılımında ilk sırayı 94.509 olayla İstanbul alırken, bu ili sırasıyla 28.647 olayla Ankara, 21.358 olayla İzmir, 14.988 olayla Bursa ve 13.378 olayla Antalya izlemiştir. Türkiye genelinde, 2004 yılında oto hırsızlığının sayısı 24.659, otodan hırsızlık sayısı ise 25.190'dır. 2004 yılında ülkemizde en çok artış gösteren suç ise, % 35 artan 4.259 şahıstan yapılan gasp-yağma suçlarıdır.¹⁸

Yukarıdaki verilere göre, yalnızca İstanbul, Ankara, İzmir, Bursa ve Antalya'da 2004 yılında işlenen ve yer gösterme işlemine de konu olabilen mala karşı suçların toplamı 172.880'dir. Bu rakamlara, diğer illerdeki mala karşı işlenen suçları ve yer gösterme işlemine konu; adam öldürme, adam kaçırmaya, banka soygunu, terör olayları ve benzeri suç sayılarını da eklediğimizde, ortaya çok büyük rakamlar çıkmaktadır.

Ülkemizde hakim ve Cumhuriyet Savcısı'nın toplam sayısı ise yaklaşık 9.000 civarındadır. Üstelik bu sayı içerisinde, Cumhuriyet Savcıları ile soruşturma evresinde görevli hakim sayısının çok daha az olduğunu da göz önüne aldığımızda, çok düşündürücü bir tablo ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, yukarıdaki suç sayılarına bakıldığında, başta İstanbul olmak üzere, belirtilen bazı illerde iş yoğunluğu ve suç sayılarının dağılımında büyük dengesizlik bulunmaktadır. Anılan suç yoğunluğu fazla olan illerde ise, buna paralel yeterli hakim ve Cumhuriyet Savcısı sayısında söz etmek mümkün değildir.

¹⁷ Eryılmaz, Bedri, "Suçla Mücadele ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Açısından Yeni CMUK Tasarısı Neler Getiriyor?", www.turkishweekly.net

¹⁸ www.digimedya.com 30 Ocak 2005.

Bu göstergelere göre, daha önce kolluk tarafından yapılabilen yer gösterme işlemleri, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ihtiyaç duyulan bütün soruşturma evraklarında yapılabilecek midir?

Bizce, yukarıdaki rakamlar nedeniyle, fiili imkansızlık karşısında, çoğu zaman yer gösterme işlemi yapılmadan kamu davalarının açılması söz konusu olabilecektir. Tam bu noktada iddianamenin iadesi konusu gündeme gelebilecektir.

b. İddianamenin İadesi

CMK'nın "İddianamenin İadesi" kenar başlıklı 174. maddesine göre, mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren yedi gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra; iddianamenin 170. maddedeki unsurları içermediğini tespit ettiğinde, eksik ve hatalı noktaları belirterek iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verecektir.

Örneğin; iddianame ekindeki adam öldürme suçuna ilişkin soruşturma evrakında, yer gösterme işlemi yapılmamışsa, bu bir iddianamenin iadesi nedeni olabilecek midir?

Özellikle, 1412 sayılı CMUK'un uygulandığı dönemde, herhangi bir yasal dayanağı olmadığı halde uygulanan yer gösterme işleminin, 5271 sayılı CMK'nın 85. maddesinde açıkça düzenlenmiş olması karşısında, örneğimizdeki suçta yer gösterme işlemi yapılmadan düzenlenecek olan iddianamenin, iadesine karar verilmesine yanlıştır denilebilecektir?

Biz, CMK'nın 174. maddesinde yollama yapılan 170. maddenin (2) numaralı fıkrasındaki, "*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı , bir iddianame düzenler*" hükmü karşısında, örneğimizdeki adam öldürme suçunda, yer gösterme işlemi yapılmadan iddianame düzenlenmiş ise, davaya bakan mahkemenin, yer gösterme işleminin yapılmamış olması nedeniyle toplanan delillerin yeterli olmadığı kanısına varması halinde iddianamenin iadesine karar verebileceğini düşünmekteyiz.

Çünkü, yer gösterme işlemi, hem bir bütün olarak delil niteliği taşıyabilir, hem de CMK'nın 83. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, yer gösterme tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılacak olmakla, buna ilişkin delillerin belgesi olabilir.

Bu sonuç itibarıyla, ülkemizdeki işlenen suç sayısındaki fazlalığa göre, hakim ve savcı sayısının orantısız azlığı karşısında, yer gösterme işlemi yapılmadan açılan davada, CMK'nın 174. maddesi gereğince iddianamenin bu yönden iadesine karar verildiğinde, soruşturma (ve hatta kovuşturma) evresinde tıkanmalar yaşanabilecektir.

3. Yer Gösterme İşlemi, Keşifte Olduğu Gibi Tutanağa Bağlanacaktır

CMK'nın 83. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, yer gösterme işlemi tutanağa bağlanacaktır. Tutanağa, yer göstermedeki var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılacaktır.

4. 1 Nisan 2005 Tarihinde, Soruşturması veya Kovuşturması Devam Eden ve Önceden Yer Gösterme İşlemi Yapılmış Olan İşlerde Ne Olacaktır?

CMK'daki kurallar usule ilişkindir. Yer gösterme işlemiyle ilgili 85. madde de bir usul kuralıdır. Usul kuralları ise, derhal uygulanırlık ilkesi ve niteliği gereğince, ancak yürürlüğe girdikten sonraki işlemlere uygulanır ve yürürlükten önce tamamlanmış işlemleri etkilemez.

Bir başka anlatımla, 1 Nisan 2005 tarihinde, ister soruşturma, ister kovuşturma evresinde olsun, daha önce yer gösterme işlemi yapılmış olan işlerde, yeniden yer gösterme işlemi yapılması gerekmeyecektir.

E. CMK'nın 84. Maddesinin Yer Göstermeyle İlgili Sonuçları

CMK'nın 84. maddesindeki düzenlemenin, yer gösterme işlemi için uygulanacak olması, en sıkıntılı ve tartışmalı konulardan birisidir. 84. maddenin her fıkrası için bakıldığında, bir yaklaşımla yer gösterme işlemindeki sonuçları şöylece belirtebiliriz:

1. Yer göstermede şüpheli, sanık, mağdur, müdafii ve vekilin hazır bulunması; CMK'nın 84. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler. Acaba keşif işleminin bünyesine uygun olan bu kural, yer gösterme işlemi için uygun mudur? Uygulanabilir mi?

Özellikle sanığa yaptırılacak yer göstermede, mağdurun bulunma istemi dinlenmemiş ise, 84. maddenin (1) numaralı fıkrası gereğince bir

aykırılık olmayacak mıdır? Aynı şekilde, tanığa yaptırılacak yer gösterme işleminde, sanığın ya da mağdurun bulunma hakları, kimi zaman tanığın gerçeği söylemesine engel olmayacak mıdır?

Bu gibi durumlarda, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki yetkinin kullanılabilmesi söylenebilir. Ancak, bu yetki kullanılabileceği kadar sıkıntılar yaşanabileceği gibi, ileride incelenecek (3) numaralı fıkranın yer gösterme işlemi bakımından uygulanabilmesi de sıkıntılıdır.

2. Tanık veya bilirkişinin, duruşma yerine yer göstermede dinlenebilmesi; CMK'nın 84. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki, tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişi de, keşifte olduğu gibi yer gösterme işleminde dinlenebilecek midir?

84. maddenin (2) numaralı fıkrasının, yer gösterme işleminin bünyesine uyduğunu söyleminin zor olduğunu düşünmekteyiz. Yer gösterme, adı üstünde yer göstermeye dair sınırlı bir işlemidir. Böyle sınırlı bir işlemde, tanık veya bilirkişinin mazeret nedeniyle dinlenebilecek olması, yer gösterme işlemini esasından çıkartıp, keşif niteliğine dönüştürmektedir. 84. maddenin (2) numaralı fıkrası, yer gösterme işleminin bünyesiyle uyum sağlamadığı için, tartışmalı noktalardan birisini oluşturmaktadır.

3. Yer göstermede şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilmesi; 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki, keşifle ilgili olan, *“mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekte, şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir”* kuralı, yer gösterme işleminin bünyesine uymamaktadır.

Yer gösterme işlemi, esas itibarıyla şüpheli veya sanığın, bir bakıma olayı yeniden canlandırma işlemidir. Böyle bir işlemde, şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilmesi yerinde değildir.

Bu arada, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasının Hükümet Tasarısı'ndaki şeklinde *“mağdur”* kelimesi yokken, TBMM Adalet Komisyonu'nda metne *“mağdur”* kelimesi eklenmiştir. Bu ekleme konusunda bir gerekçe de rastlayamadık.

84. maddenin (3) numaralı fıkrasında, *“mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekte,”* denildikten sonra, her nedense *“şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.”* denilmiştir; mağdurdan söz edilmemiştir. Fıkranın başlangıcında mağdurun huzurunun gerçeğe uygun tanıklık etmeye engel olmasından söz edilirken, cümlenin devamında bunun sonucunun gösterilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz.

Burada, gerçeğe uygun tanıklık etmeye şüpheli veya sanığın huzuru engel olabilir; mağdurun bir zararı olmaz savı ileri sürülebilirse de; madem öyle, fıkraya neden “mağdur” kelimesi eklenmiştir sorusu akla gelmektedir.

Bu nedenlerle biz, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki “mağdur” ile ilgili tereddüdün yapılacak bir düzenlemeyle giderilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

4. Yer gösterme işleminden haberdar edilme; CMK’nın 84. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, keşifte bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

Buradaki haberdar etme, emredici nitelikte kaleme alınmıştır. Bunun, yer gösterme işleminin niteliğiyle bağdaşabildiğini söylemek zordur. Çünkü, yer gösterme işlemi, genellikle ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve gerginliğin yoğun olabildiği fiillerde yapılmaktadır. Böylesi olaylarda, yer gösterme işleminin yapılması gününden önce, sayılan kişilere haber verilmesi, gerginliğe ve yeni olaylara yol açabilecek niteliktedir. Nitekim, 1 Nisan 2005 tarihinden önce kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemlerinde, kimi zaman linç girişimlerinin olması ihtimali karşısında, ansızın ve ilgisiz kişilerin dikkati çekilmeden bu işlemin yapıldığı olmuştur.

5. Şüpheli veya sanığın tutuklu olması; CMK’nın 84. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir.

Şüpheli veya sanığın tutuklu olduğu durumlarda, “zorunlu sayılan haller”in ölçüsünün ne olacağı tartışmalı bir konudur. Ayrıca, tutuklu kimselerin yer gösterme işleminde hazır bulundurulmalarında da, gerginlik ve yeni olaylara yol açabilme riski olacaktır. Üstelik, 1 Nisan 2005 tarihinden önce (olağan hallerde), kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemlerinde, tutuklu olan şüpheli veya sanığın getirildiğine rastlamadığımızı belirtmek isteriz.

III. SONUÇ

İncelememizde vardığımız başlıca sonuçları şöylece belirtebiliriz :

1. Türk hukukunda ilk defa CMK’nın 85. maddesinde yasal kurala bağlanan yer gösterme işleminde, CMK’nın 83 ve 84. maddelerinin uygulanacağını emredici biçimde hükme bağlanmasının birinci sonucu,

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olmasıdır. Yer gösterme işlemi kural olarak hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır.

2. 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yer gösterme işlemi adli kolluğun tek başına yapamayacak olması nedeniyle, CMK'nın 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki "*Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz*" emredici hükmü, yer gösterme işleminde şüpheli veya sanığın alınan beyanları açısından uygulanmayacaktır. Bu haliyle, yer gösterme işleminin hükme esas alınma niteliği kuvvetlenmiştir.

3. Yer gösterme gibi bir konunun Türk hukukunda ilk defa genel ceza usul yasasında kurala bağlanırken, keşifle ilgili iki maddeye yollama yapılarak düzenlenmesinin, ilk başta kanun yapım tekniğine uygunluk bakımından yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Böylesine önemli bir konu, madem ki yasada kurala bağlanmak istenmiştir; iki ayrı maddeye yollama yapmak yerine, 85. maddede en azından açıkça kaleme alınabilirdi.

4. CMK'nın 85. maddesinin kaleme alınış biçimi ve 83 ve 84. maddelere yollama yapılması kimi tartışmalara neden olabilecek niteliktedir. CMK'nın 83 ve 84. maddeleri, yer gösterme işleminde nasıl uygulanacaktır?

Keşif ile yer gösterme işlemi birbiriyle örtüşen ya da tümüyle aynı evreye ilişkin veya birbiriyle aynı nitelikte ve içerikte olan konular değildir. Bu nedenlerle, yer gösterme işleminde, 83 ve 84. maddenin uygulanacağına öngörülmüş olmasıyla, farklı yorumla, farklı uygulamaların önü açılmaktadır.

Madde gerekçesinde, "*yer gösterme işleminin bir disiplin altında ve hukuki zemine kavuşturulması amacıyla*" 85. maddenin eklendiği söylenirken, 85. maddenin kaleme alınış şeklinin bu disiplini sağlayacak açıklıkta olmadığını düşünmekteyiz.

5. Esasında 85. maddede, keşifle ilgili hem 83 hem de 84. maddelerin uygulanacağına açıkça belirtilmesiyle, yer gösterme işlemi, görünüşte bir bakıma keşif boyutuna taşınmaktadır. Eğer, yer gösterme işleminin tek başına adli kolluk tarafından yapılması yerine, hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmasını sağlamak amaç ise, bu hususun 85. maddede belirtilmesiyle yetinilebilirdi ya da yalnızca 83. maddeye yollama yapılabilirdi. Yer gösterme işleminde 84. maddenin de uygulanacak olması, tartışmalı noktaları artırmaktadır.

6. Yer gösterme işlemi, mağdur, müşteki ve tanık tarafından da yapılabilir. Bu gibi hallerde dahi hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın bulunmasını aramak, soruşturma evresinde pek çok sıkıntılara neden olabileceği gibi, işin esasına da uygun düşmemektedir. Çünkü, suç ihbarından sonra müştekinin olay yerini göstermesi de, bir yer gösterme işlemi midir değil midir tartışması gündeme gelebilir. Buysa, hem işin esasına uymayacaktır ve hem de ülkemizin şu anki hakim ve Cumhuriyet Savcısı ile suç sayısı verileriyle bağdaşmamaktadır. Açıkçası, suç sayılarının yoğunluğuna göre mevcut hakim ve Cumhuriyet Savcısı kadro sayılarıyla bunun altından kalkılmayacağını düşünmekteyiz. Bir an için, ideal bir yaklaşımla kadro sayısı CMK'nın sorunu değildir, Adalet Bakanlığı bunu çözümlemelidir savı ileri sürülebilirse de, hakim ve Cumhuriyet Savcısı kadrolarına getirilecek görevlilerin, belirli bir seviyede niteliği gerektirmesi ve yetiştirilmelerinin kolay olmaması ve kimi nedenlerle, bu sava katılmak güç görünmektedir.

7. 1412 sayılı CMUK'nın 79. maddesinden farklı olarak 5271 sayılı CMK'nın 87. maddesinde otopsi işleminin yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacağı hükmüne bağlanmışken; yer gösterme işleminin kural olarak hakim tarafından yapılacak olmasının yukarıda açıkladığımız gerekçelerle yerinde olmadığını, mutlaka bir an evvel değişikliğe gidilerek, yer gösterme işleminde hakime yöneltilen görevin yasadan çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz.

8. Usul kurallarının derhal uygulanırlık ilkesi ve Usul Yasası'nın yürürlüğünden sonraki işlemler için geçerli olmasının bir gereği olarak, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren henüz kesinleşmemiş ve yer gösterme işlemi daha önce yapılmış olan soruşturma veya kovuşturma evresindeki işlerde, yer gösterme işleminin tekrarlanmasına gerek bulunmamaktadır.

9. Yer gösterme işleminde, esas olan sanık tarafından yapılan yer göstermedir. Oysa, tanık, müşteki ve hatta bilirkişiyi de kapsayan keşifle ilgili CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin yer gösterme işleminde de geçerli sayılması yerine, 85. maddede yapılacak bir değişiklikle, yer gösterme işlemini hakim değil, her halde Cumhuriyet Savcısı'nın yapması ve bu hükmün yalnızca sanığa yaptırılacak yer göstermeyle sınırlı tutulması sağlanmalıdır.

İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER (II)

Dr. Mustafa ÖZBEK**

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ'NE ÜYE OLAN ÜLKELERDE İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER

§ 5. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümüyle İlgili Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuğu ve ADR'yi tavsiye eden kararlarına ek olarak, Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nce (European Committee on Legal Co-operation, CDCJ) 2001 yılında hazırlanan "İdari Merciler ve Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler Hakkındaki Düzeltilmiş Taslak Tavsiye Kararı",¹ idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'yi düzenlemekte ve bu konuda yapılacak yasal düzenlemelere ilişkin hükümler içermektedir. Bu taslak, 5 Eylül 2001'de Bakan vekillerinin 762. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilerek (2001) 9 sayılı tavsiye kararı haline getirilmiştir. Bu tavsiye kararı şu şekildedir:²

"1. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasası'nın 15b. maddesi uyarınca,

2. Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha iyi bir bütünlük ortaya çıkarmak olduğunu dikkate alarak;

* Ankara Barosu avukatlarından.

** Bu makalenin I. Bölümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin 56. sayısında yayımlanmıştır.

¹ European Committee on Legal Cooperation, 75th meeting, *Revised Draft Recommendation Rec (2001) XX on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties and Explanatory Memorandum*, Strasbourg 2001, s. 2-3.

² Council of Europe, *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum, Council of Europe 2002, s. 5-6.

3. Ekinde, uzlaştırma ve arabuluculuğun kullanımını teşvik edici tedbirleri gerekli olarak gösteren, adalete ulaşmayı kolaylaştırıcı tedbirler hakkındaki R (81) 7 sayılı tavsiye kararını hatırlayarak;

4. Uygun olan davalarda, ya yargı sisteminin tamamen dışında ya da yargı sürecinin öncesinde veya devamı esnasında, uyuşmazlıkların dostane çözümünün kullanılmasını gerekli kılan, mahkemelerdeki aşırı iş yükünün azaltılması ve önlenmesiyle ilgili tedbirler hakkındaki R (86) 12 sayılı tavsiye kararını hatırlayarak;

5. Bir taraftan, büyük miktardaki dava sayısının, belirli devletlerde dava sayısındaki sürekli artışın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.1 maddesi anlamında mahkemelerin idari davaları makul bir süre içinde görebilme yeteneğine zarar verebileceğini göz önünde bulundurarak;

6. Diğer taraftan, uygulamada mahkemelerin yargılama usullerinin idari uyuşmazlıkların çözülmesinde her zaman çok uygun olamayabileceğini dikkate alarak;

7. İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların yaygın bir şekilde kullanılmasının, bu sorunların giderilmesine imkan tanıyacağını ve idari mercileri kamuya yakınlaştıracağını göz önünde bulundurarak;

8. İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların başlıca faydalarının, davaya bağlı olarak, daha basit ve daha esnek usuller, daha hızlı ve daha az masraflı çözümlere izin verme, dostane çözüm, uzman kişiler eliyle uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların hakkaniyet ilkelerine göre, sadece şekli yasa kurallarıyla bağlı kalmadan ve daha geniş takdir yetkisi kullanılarak çözümü olabileceğini dikkate alarak;

9. Bu nedenle, uygun olan davalarda, idari uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesinin mümkün olması gerektiğini göz önünde bulundurarak;³

10. Alternatif yolların kullanılmasının, idari mercilerin veya özel kişilerin, yükümlülüklerinden veya hukuk kurallarının gereklerinden kaçınma vasıtası olarak kullanılamayacağını dikkate alarak;

11. Bütün davalarda, alternatif yolların yargısal incelemeye izin vereceği, bunun hem kullanıcıların, hem idarenin haklarını korumada en güçlü garantiyi sağlayacağını göz önünde bulundurarak;

³ Tavsiye kararının taslak metninde 9. madde şu şekildedir: "Bu nedenle, kullanıcıların idari uyuşmazlıkları mahkemelerin dışındaki yollarla çözebilecekleri göz önünde bulundurulacak; Alternatif yolların kullanılmasının kamu düzenini bozmayacağı düşünülmektedir".

12. Davaya alternatif yolların, eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine ve tarafların haklarına saygılı olması gerektiğini dikkate alarak,⁴

13. Üye ülkelerin hükümetlerine, idari merciler ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların kullanılmasını, yasalarında ve uygulamalarında, bu tavsiye kararının ekinde yer alan doğru uygulama ilkeleri doğrultusunda geliştirmeleri tavsiye edilir".⁵

A. Genel Hükümler

I. Tavsiye Kararının Konusu

Tavsiye kararının ekinde, idare hukukunda ADR'nin uygulanışı hakkında bilgi verilmiş ve ADR ile ilgili genel tanımlar yapılmıştır.

Bu tavsiye kararının konusu, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesidir. Tavsiye kararında ele alınan ADR yolları özellikle, dahili inceleme uzlaştırma, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkimden oluşmaktadır. Buna karşılık, bu tavsiye kararı diğer tavsiye kararlarının konusunu oluşturan ombudsman kurumunu içermemektedir. Tavsiye kararında kullanılan kavramlar, bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda taslak metinde şu şekilde tanımlanmıştır.⁶

İdari İşlem (Act): Hükümet kararları hariç olmak üzere, idari merciler tarafından yapılan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde, idari merci tarafından gerçekleştiren ve özel kişileri etkileyici nitelikte olan herhangi bir işlem.

Dahili İncelemeler (Internal reviews): Yetkili bir merci önündeki başvurma süreci.

⁴ Tavsiye kararının taslak metninde 12. madde şu şekildedir: "Davaya alternatif yolların, taraflar arasında eşitlik ilkesine, tarafların savunma hakkına ve tarafsızlık ilkesine saygılı olması gerektiği ve özellikle süreci yürütmekle görevlendirilen kuruluşun idarenin bir parçası olmaması halinde, onun bağımsızlık ilkesine saygılı olması gerektiği dikkate alınarak; Davaya alternatif yolların adil bir usul sağlaması ve yürürlükte olan kanunlara uygunluk (due process) ilkesine saygılı olması gerektiği dikkate alınarak".

⁵ Tavsiye kararının taslak metninde 13. madde şu şekildedir: "31 Mayıs -2 Haziran 1999'da Lizbon' da Avrupa Konseyi'nin Portekiz Adalet Bakanlığı'nın iş birliğiyle düzenlediği, idari merciler ve özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler hakkındaki çok taraflı konferansın sonuçları hatırlatılarak".

⁶ European Committee on Legal Cooperation, s. 4.

Uzlaştırma (Conciliation): Tarafları, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir çözüm üzerinde buluşturmayı amaçlayan üçüncü bir kişinin karıştığı yargı dışı bir usul.

Arbuluculuk (Mediation): Uyuşmazlığa bir çözüm olarak, bağlayıcı olmayan bir görüş öneren veya tavsiyede bulunan tarafsız bir üçüncü kişinin karıştığı yargı dışı bir usul.

Müzakereye Dayalı Anlaşma (Negotiated Settlement): Yukarıda sayılan usullerden herhangi birinin neticesinde veya tarafların karşılıklı olarak kabul ederek anlaşmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı bitirdikleri diğer bir usulün sonucunda yapılan bir anlaşma.

Tahkim (Arbitration): Özel olarak atanan bir ya da birkaç kişiye, bir karar vererek uyuşmazlığı çözme sorumluluğunun yüklendiği yargı dışı usul.

Tavsiye kararı, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olsa da, bazı ADR yolları, uyuşmazlık çıkmasını önlemek için de kullanılabilir. Bu yollar özellikle uzlaştırma, arbuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma olabilir.

II. ADR Usullerinin Uygulanma Alanı

Dava yoluna alternatif olarak kullanılacak usullere ya genel olarak ya da belirli türdeki uyuşmazlıklarda izin verilir. Özellikle, bireysel idari işlemlerle, idari sözleşmelerle, idarenin özel hukuk sorumluluğunu doğuran hallerle ve daha genel olarak bir miktar para ödenmesini konu alan taleplerle ilgi olarak ADR usulleri kullanılmalıdır.

ADR usullerinin uygunluğu mevcut uyuşmazlığın çeşidine göre değişecektir.

III. ADR Usullerinin Düzenlenişi

ADR usullerinin yasal olarak düzenlenişi, ADR usullerini kurumsal olarak düzenleyebileceği gibi, ihtilaflı tarafların kararına bağlı olarak ADR usullerinin uyuşmazlıktan uyuşmazlığa uygulanması esasına da dayanabilir. Ancak her halükarda, ADR hakkındaki düzenlemelerde şu hususlara dikkat edilmelidir:

a. Tarafların ADR usullerinin kullanılma olasılığı ve şekli hakkında gerekli bilgiyi alması sağlanmalıdır.

b. Uyuşmazlığı ADR usullerini kullanarak çözecek kişilerin (yani uzlaştırıcıların, arabulucuların ve hakemlerin) tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlanmalıdır. Uyuşmazlığın konusuyla veya taraflarıyla çatışan menfaatlere sahip olan bir kişinin uzlaştırıcı, arabulucu veya hakem olarak görev yapması kabul edilemez.

c. Özellikle tarafların haklarına ve eşitlik ilkesine riayet eden adil bir süreç temin edilmelidir. Taraflardan birinin (bu daima idari merci olacaktır) uyuşmazlık çözüm sürecinde diğer tarafa karşı kuvvetli ve üstün bir konumda olmasının önlenerek, taraflar arasında eşitliğin güvenceye alınması gereklidir.

d. Tarafların savunma hakkı korunmalıdır.⁷

e. ADR usullerinin kullanılmasında mümkün olduğu ölçüde şeffaflık sağlanmalı ve belirli ölçüde takdir hakkı tanınmalıdır.

f. ADR usulleri kullanılarak ulaşılan çözümlerin icra edilebilirliği sağlanmalıdır.⁸

ADR'ye ilişkin düzenlemeler, uyuşmazlığın çözülmesinde gereksiz gecikmeleri önlemek amacıyla, ADR usulünün sonuçlanması hakkında makul ve uyulması zorunlu süre sınırları öngörmelidir. Bu düzenleme süreye ilişkin genel bir kural koymak şeklinde olabileceği gibi, özel bir zaman sınırı belirlemek şeklinde de olabilir.

Nihayet, ADR hakkındaki düzenlemelerle, ADR usullerinin uygulanmasının, belirli uyuşmazlıklarda kendiliğinden ya da yetkili merci tarafından verilen bir kararı müteakiben idari işlemin yürütmesini durduracağı öngörülmelidir.

B. Mahkemelerle Olan İlişkiler

Dahili inceleme, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma gibi bazı ADR usulleri, yargı süreci başlamadan önce kullanılabilir. Bu usullerin kullanılması, yargı sürecinin başlatılması için bir ön adım olarak zorunlu kılınabilir. Benzer şekilde, ADR usulleri, yargı sürecinin devamı esnasında, muhtemelen hakim tarafından yapılan bir tavsiye üzerine de

⁷ European Committee on Legal Cooperation, s. 5.

⁸ Council of Europe, s. 7.

başlatılabilir. Ancak, tahkimin kullanılması, kural olarak yargı sürecinin dışında tutulmalıdır.

Bütün idari uyuşmazlıklarda, ADR usullerinin kullanılması, hem kullanıcıların haklarının hem de idarenin haklarının korunması için tam güvence teşkil edecek uygun bir yargısal incelemeye tabi olmalıdır. Bu yargısal inceleme, seçilen ADR usulüne bağlı olacaktır. Ayrıca, davanın niteliğine bağlı olarak, yapılacak incelemenin çeşidi ve kapsamı uyuşmazlık çözüm sürecine şamil olacak, özellikle yukarıda sayılan ilkelere (tarafalara bilgi verilmesi, arabulucuların tarafsızlığı ve bağımsızlığı, taraflar arasında eşitliğin korunması, savunma hakkı ve şeffaflık gibi) ve davanın esasına riayet edilmesini gözetecektir.

ADR usullerine başvurulması, uyuşmazlıkla ilgili zamanaşımı ve hak düşümü sürelerinin işlemlerine engel olmalıdır.

C. ADR Usulleriyle İlgili Özellikler

I. Dahili İncelemeler

1. Dahili incelemeler, kural olarak her türlü idari işlem hakkında yapılabilir. Bu inceleme hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik yönünden olabilir.

2. Dahili incelemeler, bazı uyuşmazlıklarda, yargı sürecinden önce başvurulması zorunlu bir ön aşama olarak tayin edilebilir.

3. Dahili incelemeler, yetkili idari merciler tarafından yapılmalı ve karara bağlanmalıdır.

II. Uzlaştırma ve Arabuluculuk

1. Uzlaştırma ve arabuluculuk, ilgili taraflarca, hakim tarafından veya yasal olarak zorunlu kılınarak işlemeye başlatılabilir.

2. Uzlaştırıcılar ve arabulucular, bir çözüme ulaşmak için taraflarla ayrı ayrı veya bir arada toplantılar yapmalıdırlar.

3. Uzlaştırıcılar ve arabulucular, yerindelik ve hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak bir idari merciyi, yapmış olduğu idari işlemi kaldırmaya, geri almaya veya değiştirmeye davet edebilirler.

III. Müzakereye Dayalı Anlaşma

1. Kanunen aksi öngörülmedikçe, idari merciler, yükümlülüklerini yerine getirmeyecekleri konusunda bir anlaşmayı kabul edemezler.

2. Kanuna uygun olarak, ADR usulüne katılarak bir çözüme ulaşmayı amaçlayan kamu görevlileri uzlaşma için yeterli yetkiye sahip kılınmalıdır.

IV. Tahkim

I. Taraflar, kanunen izin verilen sınırlar içinde, tahkime yönelik hukuk kurallarını ve yargılama usulünü seçebilirler. Hukuk kurallarına ve tarafların isteklerine göre hakemlerin kararları hak ve nasafete dayanabilir.

II. Hakemler, davanın esası hakkında bir karara varmak amacıyla, öncelikle idari işlemin hukuka uygunluğunu inceleyebilirler ve bunun için hakemlerin, hukuka uygunluğa dayanarak bir idari işlemi iptal etme yetkisine sahip olmaları dahi gerekmez.⁹

§ 6. Tavsiye Kararının İncelenmesi

İdare hukuku kamu kurumlarının örgütlenmesiyle ilgili olduğu kadar, idari mercilerle özel kişiler arasındaki ilişkilerin yönetilmesiyle de ilgilidir. İdare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için, çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde özel yargı mercileri oluşturulmuştur. Günümüzde idari yargı alanında çeşitli sorunlar görülmektedir. Genel olarak, mahkemeler taşıyabileceklerinden daha fazla iş yükü altında kalmakta ve özellikle, idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan mahkemeler, bu durumdan olumsuz etkilenmektedirler. Bunun yanı sıra, belirli türdeki uyuşmazlıkların çözümünde yargısal usuller uygun olmamaktadır. Bu sorun bütün Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin ortak sorunu haline gelmiştir. Böylece, idari uyuşmazlıkların daha etkili çözülebilmesi için ADR'ye olan ihtiyaç açıkça görülmüştür.

ADR, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde değişik ölçülerde uygulanmaktadır. ADR'nin en iyi bilinen örnekleri, ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuktur. ADR usulleri idare hukuku alanında ise bu denli geniş bir uygulama kazanabilmiş değildir.

⁹ Council of Europe, s. 9.

İdare ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ADR'nin gelişmesi çeşitli etkenlere bağlıdır. Öncelikle, bazı ülkeler gerekli verimliliğe sahip ve idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan mahkeme teşkilatlarını henüz oluşturamamış ve kamu yöntemiyle yargı arasındaki dengenin yeniden düzenlenmesini sağlayarak, ADR'nin kullanılmasını kolaylaştıracak bir sistem kuramamışlardır. Bunun gibi, bazı ülkelerde mahkemelerin kaynakları hem nitelik hem de nicelik yönünden yetersizdir. Bu ortamda, idari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif usullere yönelmek, mahkemeler düzeline kadar kullanılacak geçici bir çare olacaktır. Uygun mahkemelerin olmadığı ülkelerde, yargı dışı çözüm yollarına başvurulabilir. Ayrıca, mahkemelerdeki tikanıklık da ADR usullerinin kullanılmasını destekleyen diğer bir etkidir.

ADR'nin gelişmesinde katkısı olan çeşitli yapısal etkenler de bulunmaktadır. Günümüzde vatandaşlar haklarını ve neler talep edebileceklerini daha iyi bilmekte, geleneksel yargısal usuller, vatandaşların adalet ihtiyaçlarını karşılamakta artık yetersiz kalmaktadır. Buna ek olarak, yargısal usuller aşırı şekilci olup, genel olarak esneklikten yoksun bulunmaktadır. Yargı sisteminin şekli yapısını yumuşatmak ve bu şekliliğin bünyesinde barındırdığı tehlikelere karşı güvence oluşturmak amacıyla daha esnek usullerin arayışına girilmiş; böylece, uyuşmazlıkları hakkaniyete uygun olarak çözebilen ve sadece katı yasa kurallarıyla bağlı olmayan alternatif usulleri bulma çabaları destek kazanmıştır.

Yukarıdaki nedenlerle, Avrupa Konseyi çeşitli üye ülkelerde bu alternatif usullerin kabul edilmesi ve yayılması için birkaç yıldır çalışmaktadır. Ancak, Avrupa Konseyi bunu yaparken, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre vatandaşların ve idarenin haklarının kesin bir güvencesi olan idari yargının önemini göz ardı etmemektedir.¹⁰

A. ADR'nin Avrupa Konseyindeki Geçmişi

Bakanlar Komitesi'nin bu tavsiye kararı, Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nin gözetimi altında, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu (Project Group on Administrative Law, CJ-DA) tarafından 1999 yılında başlatılan çalışmanın sonucudur. Bu Proje Grubu, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerde uyuşmazlıkların ADR yollarıyla çözülmesini sağlayabilmek amacıyla, "İdari merciler ile özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler" hakkında bir çalışma yapmak için Bakanlar Komitesi'nden görev almıştır.

¹⁰ Council of Europe, s. 12.

Bu amaç doğrultusunda Avrupa Konseyi, Portekiz Adalet Bakanlığı'yla ortak çalışma yaparak, 31 Mayıs-2 Haziran 1999 tarihleri arasında Lizbon'da "idari merciler ile özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim" konulu çok taraflı bir konferans düzenlemiştir. Bu konferans, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu'nun aracılığıyla ve demokratik istikrarın geliştirilmesi ve sağlanmasıyla göz önünde tutularak hükümetler arası faaliyetlerle gerçekleştirilmiştir. Konferansın bitiminde katılımcılar, hükümetler arası düzeyde bu konu üzerindeki çalışmaların devam etmesi yönünde anlaşmışlardır.¹¹

Lizbon konferansını takiben, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, uluslararası uzmanlardan ve hükümet uzmanlarından oluşan bir çalışma topluluğunun da yardımıyla, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların tanıtılması ve uygulanmasında, üye devletlere rehber teşkil edebilecek ortak ilkeleri tanımlamayı amaçlayan bir çalışma başlatmıştır. Aynı zamanda sekreterlikten, idari yargı yoluna alternatiflerin kullanılması konusunda, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerle gözlemci devletlerden bilgi toplaması istenmiştir. Daha sonra 1999 ve 2000 yılında çalışma topluluğunca üç kez, Proje Grubu'nca iki kez yapılan toplantılarda Bakanlar Komitesi'nin konuyla ilgili taslak tavsiye kararı hazırlanmıştır. Ayrıca Proje Grubu, üye devletler ile gözlemci devletlerde, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde dava yoluna alternatif olarak kullanılan usuller hakkında özet bir rapor da yazmıştır.¹²

B. Tavsiye Kararı Üzerindeki Görüşler

Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı, idare mahkemelerini de kapsayan bir sorun olarak, mahkemelerin taşıyabileceklerinden daha fazla iş yüküyle yüklenmiş olduklarına dikkat çekmiştir. Bakanlar Komitesi, bu durum, makul bir sürede yargılanma hakkını güvenceye alan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.1. maddesi anlamında davanın taraflarının haklarına zarar vereceği sonucuna varmıştır.

Tavsiye kararında, bu soruna karşı kullanılacak çarelere değinilmiş ve bu konuda ADR yollarının önemli bir çare olacağı vurgulanmıştır. İhtilafli taraflar arasındaki düşmanlığın giderilmesi sayesinde, idare vatan-

¹¹ Council of Europe, *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings, Multilateral Conference, Lisbon (Portugal), 31 May-2 June 1999, Germany 2000*, s. 6.

¹² Council of Europe, s. 13.

daşlara daha yakın hale gelecek ve böylece belirli türdeki uyuşmazlıklara daha uygun çözümler bulunabilecektir.

Tavsiye kararında ADR'nin diğer faydalarına da işaret edilmiştir. Buna göre, İdari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'nin kullanılmasının sağlayacağı başlıca faydalar, çözüme hızlı bir şekilde ulaşılması, şekliliğin asgari düzeyde olması, uyuşmazlık çözüm sürecinde tarafların birbirlerine karşı daha ılımlı ve ihtiyatlı davranması, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha dostane bir ortamda işlemesi, uzman kişilere başvurulması, hakkaniyet ilkelerine dayalı bir çözüme ulaşılması olasılığının varlığı ve usul ekonomisi olarak sıralanmıştır. Ancak unutmamak gerekir ki, ADR'nin bu faydaları, kullanılan ADR usulüne göre farklı derecelerde gerçekleşebilir. Örneğin; devlet ile büyük şirketler arasındaki bazı tahkim yargılamaları oldukça masraflı olabilmektedir.

Yargısal usullerin öne çıkan özelliklerinden birisi, onların resmi ve şekli yapısıdır. Yargısal usullerin resmiliği yargı yolunun doğasında var olan bir güvence olmakla beraber, usuli esnekliği engellemektedir. Bu nedenle, mahkemeye başvurmak, özellikle başvuru sahibinin idare tarafından yapılan bir işleme itiraz ettiği idari yargıda, hukuki bir savaşa benzemektedir. Bu savaş, idare mahkeme önünde davalı konumunda bulunduğu, idarenin hem mahkeme hem de vatandaşlar nezdinde haksız ve hatalı olarak görünmeyi istememesi nedeniyle daha sert bir şekle bürünebilir. İdare hatalı olduğunu kabul etse bile, tarafların anlaşmaları usuli etkenler (uyulması gereken süre sınırlamaları, karşı tarafa sunulması gereken yazılı belgeler, temsil edilme zorunluluğu gibi) ve daha da önemlisi yargı organının bizzat kendisi yüzünden mümkün olamamaktadır. Yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında tarafların birbirlerine gerekli belgeleri ve dilekçeleri vermesi, tarafları bir anlaşmaya ikna etmeyi amaçlamamakta, fakat; taraflardan her birinin, diğer tarafın dava ile ilgili olarak mahkemeye yaptığı beyanları öğrenmesini sağlamaktadır. Bu da tarafları birbirlerine yaklaştırmak yerine birbirlerinden daha da uzaklaştırmaktır.

Dava süreci, uyuşmazlığı çözen bir mahkeme hükmüyle sona ermekte ve bu durum, verilen hükmün zorlayıcı etkisiyle kuvvetlendirilmektedir. Bu, hem hükmün bağlayıcı etkisiyle hem de maddi vakıaları kesin olarak çözmesiyle sağlanmaktadır. İdare mahkemeleri de davayı çözerken bu şekilde davranmakta, hakkaniyeti veya takdiri kuralları esas almamaktadır. Buna karşılık, pek çok davada vatandaşların şikayetleri, yargının resmiliğine veya katılığına uyum sağlayamamaktadır.

İdari işlemlerin ilgilileri, bir idari işlemin ilkelerine itiraz etmemek; sadece, uygulanmasının somut koşullara daha uyumlu olmasını arzu

etmektedirler. İdarenin katı olması yerine uyum sağlamakta daha ılımlı olması gerekir.

Uyuşmazlıklara çözüm bulmak için yasal usuller yerine daha esnek usuller kullanılmalıdır. Örneğin uzlaştırma, ilgili tarafları birbirine yakınlaştırabilir veya arabuluculuk bir uzlaşma zemini yaratabilir. Böylece, bu usullerin sahip olduğu esnek ve ılımlı yapı, yargı yolunun resmiliğini hafifleterek içinde barındırdığı tehlikeleri ortadan kaldırabilir.

Tahkim, işleyişi itibariyle yargısal bir niteliğe sahip olduğu için resmiliyetten ve çatışma anlayışından uzak kalmaz. Oysa resmiliyet, uyuşmazlık çözümünde uygun olamayabilmektedir. Tarafların tahkime başvurma konusunda anlaşmasıyla, tahkimden kaynaklanan çatışma ve anlaşmazlık bir ölçüde hafifletebilmekte; tahkim anlaşmasıyla, uyuşmazlığın mahkemede muhatap olacağı mücadelecili süreç ortadan kaldırılmaktadır.

Tahkim ve diğer ADR usullerinin faydalarından biri de, uyuşmazlığın çözülmesinde bilirkişilerin yardımını alabilme imkanının bulunmasıdır. Bilindiği gibi mahkemeler, davalardaki uyuşmazlıklara neden olan vakıaların aydınlatılması için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulduğu takdirde, görüşlerini almak üzere bilirkişinin yardımına başvurabilirler, fakat; bilirkişinin görevi, hükmü verecek olan hakime bilgi sunmakla sınırlandırılmıştır.¹³ Bunun anlamı, uyuşmazlık hakkında uzman olması gerekli olmayan hakimin, bilirkişinin mütalaası ile hüküm arasında yer alması demektir. Ancak bu durum, özellikle vergi davalarında olduğu gibi, karmaşık ve teknik uyuşmazlıkların konu olduğu davalarda çeşitli sakıncalar doğurabilir. ADR usulleri, uyuşmazlığın çözülmesi görevini doğrudan bilirkişiye tevdi ederek bu sakıncaları giderebilir.

ADR usullerinin çok önemli bir faydası da, uyuşmazlığın hakkaniyet ve nasafet esaslarına göre çözülebilmeye imkanının bulunmasıdır. İlk bakışta bu durumun, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda egemen olan kanuna uygunluk (legality) ilkesiyle bağdaşmasının zor olacağı sanılsa da, bazı ülkelerdeki tecrübeler, hakkaniyet ilkesinin, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da kullanılabileceğini göstermiştir.

Tavsiye kararı hazırlanırken, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, dar anlamda veya geniş anlamda anlaşılabilir olan hakkaniyet (equity) kavramı üzerinde tartışmıştır. Geniş anlamda hakkaniyet ilkesi (the principle of equity), hukuk kurallarına dayanan adalet yerine somut olayların özel-

¹³ Bilirkişilik uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. Arslan, Ramazan, "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtayın Etkisi" (*Yargıtay Dergisi*, 1989/1-4, s. 156-183).

liklerine dayanan adalet fikrini ifade eder.¹⁴ Bu durum hakkaniyetin, örf adet gibi pozitif hukukun bir parçası olmamasının nedenidir. Hakkaniyet, pozitif hukukun hem üzerinde hem de dışında olan ve bu nedenle de onu etkileyen tabii hukukun (natural law) temel bir parçasıdır.¹⁵ Dar anlamda hakkaniyet, yazılı hukuk kurallarının aynen uygulanmasının uygunsuz sonuçlar doğuracak olması halinde kullanılabilir bir çareyi gösterir.¹⁶ Ayrıca hakkaniyet, somut bir davada uygulanacak kanun hükümlerinde boşluk olması halinde, kanun boşluklarının (kural içi boşlukların)¹⁷ doldurulmasında da kullanılır.¹⁸

Roma-Germen hukuk sisteminde hakkaniyet anayasalarda yer alan “*genel hukuk prensipleri*” gibi başlıca hukuki kurumların temelini oluşturur ve özel bir kanun hükmü açıkça öngörmedikçe bu sıfatla uygulanabilir. Ortak hukuk (Common Law) sisteminde ise hakkaniyet, mahkemeler tarafından kullanılan, hukukun ayrılmaz bir parçasını ifade eder. Nihayet, adaletin kamusal niteliği, belirli davalarda adaleti zedeleyebilir. Duruşmaların aleni yapılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin gerektirdiği bir ilke olmasına rağmen, ihtilaflı tarafların, özellikle ticari işletmelerin ihtiyaç duyduğu gizlilik, kamusal bir adalet mekanizmasıyla değil, özel adalet mekanizması vasıtasıyla karşılanabilir. Bu durum tahkimin başarılı olmasının nedenlerinden biridir ve tahkimin, gizlilik ilkesinin şeffaflıkla yumuşatıldığı idare hukuku alanında etkili olmasını haklı çıkarabilir.

Tavsiye kararında, idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin faydaları sıralandıktan sonra, mahkemelerin kullanılmasının idari uyuşmazlıkların çözümünde her zaman en uygun yol olmamasına rağmen gerekli olduğu vurgulanmıştır. ADR, mahkemelere ikame edilecek

¹⁴ Doktrinde adalet ve hakkaniyet kavramları birbirinden ayrılmakta, her iki kavram arasında belirsiz de olsa fark bulunduğu belirtilmektedir. Adalet, “doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hâkim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünce” olarak nitelendirilirken; hakkaniyet, “somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temel” olarak tanımlanmaktadır. Bununla beraber, adalet ve hakkaniyet birbirlerinden tamamen bağımsız olmayıp, hakkaniyet adalete sıkı sıkıya bağlıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1997, s. 217-218.

¹⁵ Hakkaniyet düşüncesi hâkimi, belirli somut bir olayda, tabii hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine yönelir (Edis, s. 218).

¹⁶ Council of Europe, s. 15.

¹⁷ Kural içi (intra legem) boşluklar, kanun koyucun tarafından istenmiş ve bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır (Edis, s. 132). Bu tür boşlukları hâkim, takdir yetkisine dayanarak doldurur (Edis, s. 200).

¹⁸ “Yargıç kararını verirken hakkaniyet kurallarıyla çelişmeyen bir çözüm bulmak zorundadır. Bu bakımdan hakkaniyet kuralları, yargıcın takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlamaktadır” (Edis, s. 218).

bir kurum olmamalı; fakat, mahkemeleri tamamlamalıdır. Bu görüş, doktrinde savunulan görüşlerle uyumludur. Doktrinde ADR usullerinin dava yolunun yerine geçmeyeceği, bu usullerin dava yoluna ek veya dava yolunu tamamlayıcı çareler olarak mütalaa edilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. ADR usulleri, mahkemeler tarafından sunulan yargı hizmetine “*alternatif*” olan usuller olmayıp, yargı sistemiyle bir rekabet içinde değildir.¹⁹

Aynı şekilde tavsiye kararında, idari mercilerin ADR usullerini kullanırken hukuka uygunluk ilkesine saygılı olmaları gerektiği ve idari mercilerle vatandaşların, ADR usullerini, yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmalarına yol açacak bir neden olarak görmemeleri gerektiği belirtilmiştir.

Tavsiye kararında, ADR usullerinin faydalı olabilmesi için üye ülkelerin, başvuru ADR usulünü uygulamakla görevlendirilen merciin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak yanında, taraflar arasında eşitlik ilkesine ve tarafların savunma hakkına saygı duyulması ilkelerine de riayet etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu ilkelere uyulması, vatandaşların ve idarenin haklarını korumada tam bir güvence teşkil eden mahkemeler tarafından, ADR sürecinin işleyişinin incelenmesi suretiyle teminat altına alınmalıdır.

Tavsiye kararının ayrı bir bölümünde üye ülkelere, tavsiye kararının ekinde yer alan doğru uygulama ilkelerini dikkate alarak, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin kullanılmasını teşvik etmeleri önerilmiştir.²⁰

C. Tavsiye Kararının Ekinde Yer Alan İlkeler

Tavsiye kararına yapılan bir ekle üye ülkelerin, tavsiye kararına uymalarını sağlayacak ilkelere değiştirilmiştir.

¹⁹ Street, Laurence, “The language of alternative dispute resolution” (*The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1992/September, Vol. 1, s. 144-148); Street, Laurence, “Mediation and the judicial institution” (*The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1997, Vol. 6, s. 88-90).

²⁰ Council of Europe, s. 16.

I. Genel Hükümler

1. Tavsiye Kararının Konusu

Tavsiye kararının eki, bu tavsiye kararında sözü edilen, dahili incelemeler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkimden müteşekkil ADR usullerinin sıralamasıyla başlamaktadır. Bu sıralamada belirtilen ADR usulleri sınırlı sayıda (numerus clauses) olmamakla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, çeşitli hukuk sistemlerinin ve idari geleneklerin ışığında bu usulleri mümkün olduğu ölçüde ayrıntılı düzenlemeye çalışmıştır.

Proje Grubu, tavsiye kararının konusunu tanımlamakta önemli bir sorunla karşılaşmıştır. Zira, bu konudaki kavramlar, üye ülkelerde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Üstelik, üye ülkelerin iç hukuklarında bu ADR usullerinin tümü tanımlanmış değildir. Bazı ülkelerde bu terimlerden bazıları (örneğin uzlaştırma ve arabuluculuk) aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu nedenle Proje Grubu başlangıçta, tavsiye kararının konusu ADR'nin özelliklerine uygun olacak şekilde tanımlamaya gayret etmiştir. Buna göre, tavsiye kararının amacı dikkate alınarak kararda kullanılan terimler şu şekilde tanımlanmıştır:

İdari İşlem: Bir idari merci tarafından yapılan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde, bir idari merci tarafından gerçekleştirirler ve özel kişileri etkileyici nitelikte olan herhangi bir işlem.

"İşlem" kavramının tanımı, bu kavramın Kıta Avrupası hukukunda ve Ortak Hukuk ülkelerinde aynı anlamda kullanılmadığını göstermiştir. Önceleri idari işlemle hükümet kararları da kastedilirken, sonradan bunlar tanımdan çıkarılmıştır.

Proje Grubu, ADR usullerinin uygulanma alanını mümkün olduğu kadar geniş tutmak için, bu kelimeyi alabildiğince kapsamlı bir şekilde tanımlamayı amaçlamıştır. Bu nedenle, bu tanımlama sadece bireysel ve genel alanda yapılan dar anlamdaki (sitriectio sensu) idari işlemleri kapsamaz, fakat; kamu idaresi tarafından yapılan, kamu yetkisinin uygulanmasını gerektirmeyen bir işlem veya hareketsizlik olarak anlaşılan herhangi bir davranışa ilaveten, idari kararlar ve idari mercilerce yapılan sözleşmeleri de içerir.

Bu noktada genel idari işlemler üzerinde durulmalıdır. Avrupa Birliği'ne üye olan bütün ülkelerin ulusal hukuk sistemlerinde, bu işlemlerden kaynaklanan davaların ADR usulleriyle çözülmesi imkanı bulunmamaktadır. Bununla beraber Proje Grubu, özel durumlardaki genel işlemlerde bile ADR usullerinin faydalı olabileceğine inanmaktadır. Caddelerde park etme

kurallarını düzenleyen polis düzenlemeleri buna örnek olarak gösterilebilir. Belli bir bölgede ikamet eden kişiler, bu tür bir düzenlemenin kendilerinin haklarını ve menfaatlerini ihlal ettiğini düşünüyorsa ADR usullerinin kullanılmasıyla uyuşmazlığı mahkemelere nazaran daha hızlı ve daha az masrafla çözebilirler.²¹

Dahili İncelemeler: Yetkili bir merciden resmi bir talepte bulunulması.

Tanımda zikredilen yetkili mercii, ihtilaf konusu olan idari işlemi yapan mercii olabileceği gibi, idari hiyerarşi içindeki daha üst bir mercii veya bu amaçla oluşturulmuş özel bir mercii de olabilir.

Uzlaştırma: Tarafları, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir çözüm şekli üzerinde buluşturmayı amaçlayan üçüncü bir kişinin varlığını gerektiren yargı dışı bir usul.

Davanın mahiyetine bağlı olarak uzlaştırma, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla veya idari mercii tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir işlemle (itiraz edilen işlemin geri alınması gibi) sonuçlanabilir.

Arabuluculuk: Uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, bağlayıcı olmayan bir görüş öneren veya bir tavsiyede bulunan üçüncü kişinin dahil olduğu yargı dışı bir usul.

Uzlaştırma gibi arabuluculuk da, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla veya idari mercii tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir işlemle sonuçlandırılabilir. Bazı ülkelerde uzlaştırma ve arabuluculuk arasında bir fark bulunmazken,²² üye ülkelerin bazılarında bu kavramlar farklı ADR usullerini ifade etmektedir. Tavsiye kararında bu durum dikkate alınarak iki kavram farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma: Yukarıda sözü edilen usullerden herhangi birinin sonucunda veya tarafların karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı bitirdikleri herhangi bir usulün sonunda yapılan bir anlaşma.

²¹ European Committee on Legal Cooperation s. 12.

²² Doktrinde uzlaştırma ve arabuluculuğun aynı anlamlara sahip olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, bu usullerden birinde (genelde uzlaştırmada) tarafsız üçüncü kişi sadece bir kolaylaştırıcı olarak hareket ederek çözüm müzakerelerine katılırken; diğer usulde (genelde arabuluculukta) üçüncü kişi, taraflara çözüm önerilerinde bulunulmasında ve bu önerilerin kabul edilmesi için tarafların ikna edilmesinde daha aktif bir konumdadır (Bühning-Uhle, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague 1996, s. 273; Street, s. 145).

Müzakereye dayalı anlaşma, bu tavsiye kararında sayılan diğer ADR usullerinden farklı olarak, doğal yapısı itibariyle bir işlemdir. Bununla birlikte, müzakereye dayalı anlaşma her zaman uzlaştırma, arabuluculuk veya taraflar arasında gerçekleştirilen diğer bir müzakere çeşidi gibi herhangi bir ADR usulünün sonucu olarak ortaya çıkacağından, ADR usulleri arasında da yer alabilir.

Tahkim: Bir karar vererek mevcut uyuşmazlığı çözme sorumluluğuna sahip kılınmak suretiyle özel olarak atanan bir veya birkaç kişinin oluşturduğu, devlet yargısı dışında kalan yargısal bir usul.

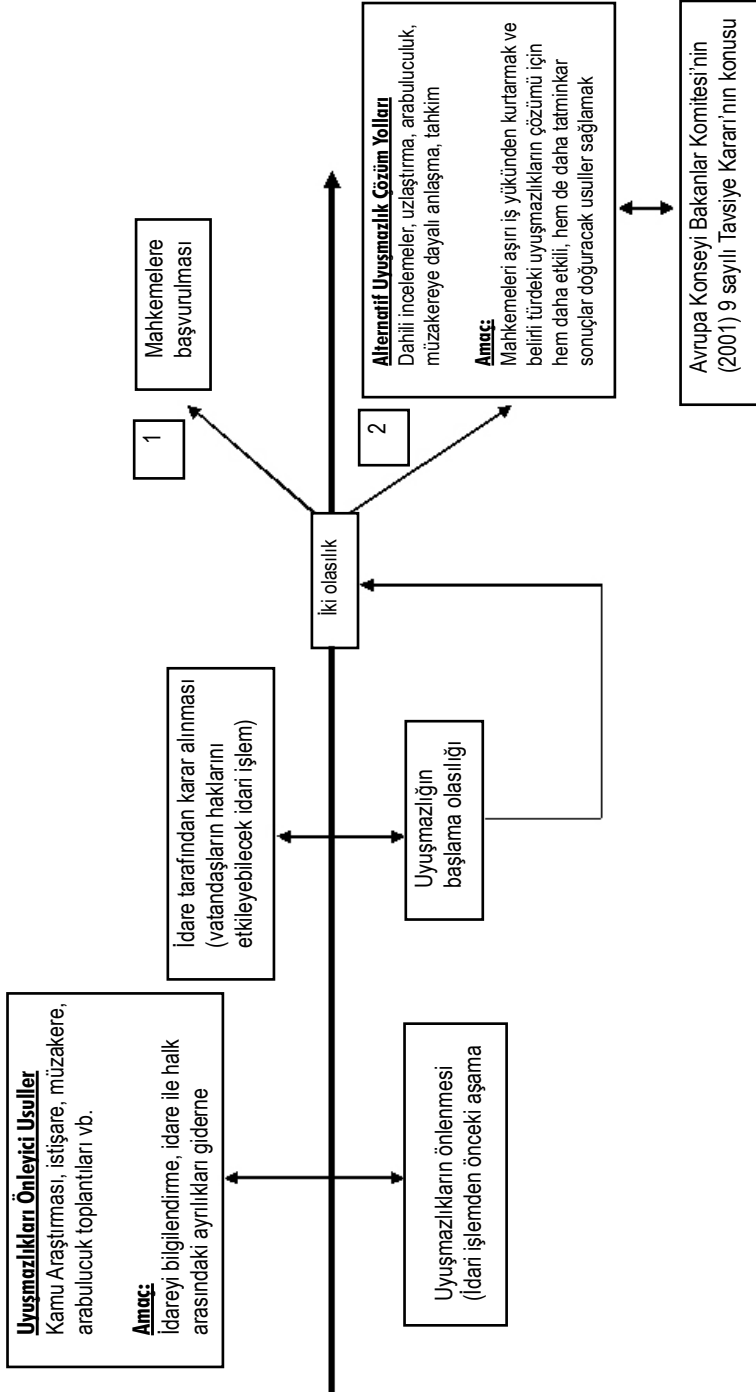
ADR usulleri birbirlerinden çok farklı olsalar da, devlet yargısı dışında kalmaları yönünden ortak bir özelliğe sahiptirler. Diğer taraftan, ADR usulleri işleyiş şekillerine göre ya yargısal olmayan (non-judicial) -arabuluculuk ve uzlaştırma gibi- usuller olabilirler ya da yargısal (judicial) -tahkim gibi- usuller olabilirler.²³

ADR usullerinin başlıca sülheleri, bir tarafta idari merciler ve diğer tarafta kişilerdir. Uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları ülkeden ülkeye değişebilir. Bazı davalara idare hukuku hükümleri uygulanırken, diğer davalara özel hukuk hükümleri uygulanabilir.

Tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında Proje Grubu ve onun çalışma bölümü, uyuşmazlıkların kaynağında önlemesi konusunda yoğun bir çalışma yapmışlardır. Buna göre, uyuşmazlıkları önleyen usullerle uyuşmazlıkları çözen usuller arasında bir ayırım yapılmalıdır. Zaman sıralaması itibariyle bu usuller idare ile özel kişiler arasındaki ilişkilerde farklı dönemlerde kullanılırlar. Aşağıdaki şekil bu usuller arasındaki farklılığı açıkça göstermektedir.²⁴

²³ Council of Europe, s. 18.

²⁴ Council of Europe, s. 20.



Uyuşmazlıkları Önleyici Usullerle Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri Arasındaki Ayırım

Kamu araştırması, istişare ve müzakere gibi uyuşmazlıkların doğmasını önleyici usuller, vatandaşlar ile idari merciler arasındaki görüşme biçimleri olup, her zaman idari işlemin hazırlık sürecine dahildirler. Proje Grubu bu usullerden istişare (consultation) ve müzakereye (negotiation) özel önem vermiştir.

İstişare usulü veya vatandaşın şikayetlerinin görüşülmesi için toplantı yapılması, hakları idari işlemde etkilenecek olan tarafların görüş ve düşüncelerinin önceden alınmasını amaçlar. İdari işlemin tarafı olan özel kişiler bu yolla, idarenin neden söz konusu idari işlemi yapmak istediği konusunda bilgilendirilir. Bu sayede vatandaşlara görüşlerini bildirme ve muhtemelen idari işlemin hazırlık sürecinde söz sahibi olma fırsatı sunulur. Bu usul çoğunlukla mali ve toplumsal konularda uygulanır. Şehir planlaması alanında da istişareye benzer olan kamu araştırması usulü kullanılır.

Müzakere usulü idare ile vatandaşlar tarafından gerçekleştirilen ortak bir çalışma olup, tarafların birbirlerine yakınlaşması veya zıt menfaatlere sahip olsalar bile birbirleriyle uyumlu hale gelmelerini sağlayacak bir anlaşma yapılması, için birlikte çaba göstermelerini gerektirir. Böylece müzakere, idari mercilerle özel kişiler arasındaki çeşitli görüşme şekillerini kapsar ve müzakerenin asıl amacının uyuşmazlık doğmasını önlemek olmasına rağmen, bazı durumlarda mevcut uyuşmazlığın çözülmesine yardım eder. Müzakere usulü özellikle bir uyuşmazlığı önlemek yerine çözmek için kullanıldığında, çoğunlukla bir sözleşme yapılmasıyla sonuçlanır.

Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki bu usuller, vatandaşları idarenin eylem ve işlemlerine katılmaya özendirdikleri gibi, vatandaşların idarenin faaliyetleri hakkında daha çok bilgi sahibi olmasını da sağlamaktadırlar. Bu yolla idare, vatandaşlar açısından hem daha kolay erişilebilir hale gelmekte hem de planlanan programlar hakkında halkın düşüncelerini daha iyi öğrenmektedir. Uyuşmazlıkları önleyici usullerin amacı, idari işlemin yukarıda açıklanan hazırlık süreci tamamlandığında, idarenin yaptığı işlemden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmektir.

Vatandaşlar ile idari merciler arasında bir müzakere ortamı yaratmayı amaçlayan bu çabalara rağmen, sonuçta idare tarafından yapılan idari eylem ve işlemler vatandaşın kişisel haklarını olumsuz biçimde etkileyebilir. Bu halde vatandaşlar, kullanılması kendi tasarruflarında olan bir takım hukuki çarelere sahiptirler. Bu çarelerden geleneksel olanı mahkemelere başvurusudur. İşte bu noktada, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararının da amacı olan dahili incelemeler, arabuluculuk, uzlaştırma, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkim gibi ADR usullerinin teşvik edilmesi devreye girmektedir. Bunlar, mahkemelerce gerçekleştirilen yargılamaya

alternatif teşkil edecek usullerdir. Bu usullerden, özellikle mevcut usul hukuku kurallarının katılığını aşmak için yararlanılacaktır.

Söz konusu tavsiye kararı sadece idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların ADR ile çözülmesiyle ilgili olup, ceza hukukunda²⁵ veya aile hukukunda²⁶ arabuluculuk gibi konuları kapsamamaktadır. Bu konular Bakanlar Komitesi'nce ayrı kararlarla işlenmiştir.

Nihayet, pek çok ülkede idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde veya bu uyuşmazlıkların önlenmesinde önemli bir araç olarak kullanılan ombudsman, bu tavsiye kararının konusuna dahil değildir.^{27,28}

2. ADR Usullerinin Uygulanma Alanı

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu ve onun çalışma bölümü, taslak tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında, ADR'nin idare ile özel kişiler arasındaki her türlü uyuşmazlığa uygun olup olmadığı ve belirli türdeki uyuşmazlıkların sadece mahkemelerde görülmesinin gerekli olup olmadığı üzerinde tartışmıştır.

²⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararı için bkz., Committee of Experts on Mediation in Penal Matters, *Mediation in Penal Matters, Recommendation N R (99) 19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum.*

²⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin aile hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, Strasbourg 1998.*

²⁷ Council of Europe, s. 21.

²⁸ Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nin çalışma bürosu, 2 Nisan 2001'de yaptığı toplantısında, idare hukuku alanında ombudsmanın önemli bir rol oynaması sebebiyle, taslak tavsiye kararında ombudsmanın bu işlevinden bahsedilmesi gerektiğini önermiştir. Buna karşılık İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, bu kurumun, Avrupa Konseyi'nin diğer komitelerinin yetki alanına girdiği için taslak tavsiye kararının kapsamının dışında tutulmasına karar vermiştir. İnsan Hakları Yönetim Komitesi (Steering Committee for Human Rights) bu alanda çeşitli anlaşmalar yaparak Bakanlar Komitesi'nin ombudsman ile ilgili diğer tavsiye kararlarını hazırlamıştır.

Bakanlar Komitesi'nin ombudsman kurumu hakkındaki R (85) 13 sayılı tavsiye kararının önsözünde, ombudsmanın işlevinin, "kişilerin idarî mercilere karşı daha iyi korunmasını sağlamak amacıyla, idarî merciler tarafından yapılan hatalı veya kusurlu işlemlerle ilgili bireysel şikâyetlerin incelenmesi" olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda zikredilmesi gereken diğer tavsiye kararları, üye ülkelerin ombudsmanları ve onlarla Avrupa Konseyi arasındaki iş birliği hakkındaki R (85) 8 sayılı tavsiye kararı ile, üye ülkelere, etkili olabilecek ulusal insan hakları kurumları ve özellikle ombudsman veya onun yerine ikame edilebilecek bir kurum oluşturmalarını öneren R (97) 14 sayılı tavsiye kararıdır.

Bu soruya cevap vermek için, kanuna uygunluğuna itiraz edilmiş olan bir idari işlemi konu alan, herkese karşı ileri sürülebilen (in rem) usullerle, başvuruda bulunan kişilerin kendileri için özel olarak hukuka aykırılık oluşturan ve kişisel hakların ihlal edildiği iddiasına dayanan, belirli bir şahsa karşı ileri sürülebilen usuller (in personam) birbirinden ayrılmalıdır.

Kişilerin sahip olduğu haklarla, özellikle yapmış oldukları sözleşmelerle, hukuki sorumluluklarıyla ve bir miktar tazminat ödenmesini konu alan talepleriyle ilgili uyuşmazlıklar, ADR için uygun alanlar olarak kabul edilmektedir. İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, üye ülkelerin farklı hukuk sistemlerine ve geleneklerine sahip olduğunu dikkate alarak üye ülkeleri, ADR usullerini genel olarak bütün uyuşmazlıklarda kullanılabilir şekilde düzenleme veya her bir ADR usulü hakkında özel sınırlamalar öngörüp, ADR usullerini sadece belirli türdeki uyuşmazlıklarda geçerli kılma seçenekleri arasında bir karar vermeleri için serbest bırakmıştır.

Tahkim bu duruma özellikle uygundur ve bu nedenle, sözleşmeler yapılırken taraflarca sözleşmelere koyulan tahkim şartlarında görüldüğü üzere, sözleşmeler alanında çok gelişmiştir. İdarenin yaptığı sözleşmeler çoğunlukla bu gibi tahkim şartlarını içerebilmektedir; fakat, bazı ülkelerin yasama organları veya mahkemeleri bu uyuşmazlık çözüm yöntemine tereddütle yaklaşmaktadırlar.²⁹

Her şeye rağmen, idari mercilerce yapılan belirli türdeki sözleşmelerde tahkimin önem kazandığı söylenebilir. Örneğin; devletin ihtiyacı olan malzemelerin alınması için yapılan sözleşmelerde, üzerinde anlaşmaya varılan fiyatla işin yönetimi için veya alınacak malzeme ve hizmetin koşulları üzerinde tayin edilen firmalarla ilgili olarak ve idarenin temel yükümlülüklerini doğrudan etkilemeyen konularda tahkim sözleşmesi yapılmaktadır. Aynı şekilde, bir idari merciinin kendisine ait bir kamu hizmetini yürütmesi

Proje Grubu, ombudsmanın genel olarak bir uzlaştırma veya arabuluculuk kurumu olmadığını, fakat; ombudsmanın görevinin vatandaşları korumak ve idari mercilerin faaliyetlerini denetlemek olması nedeniyle, ombudsmanın idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların önlenmesinde veya mahkemeye başvurulmasına gerek kalmadan çözümlenmesinde bir arabulucu olarak davranabileceğini belirtmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz., European Committee on Legal Co-operation/Project Group on Administrative Law, *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Alternative Means of Settling Disputes between Administrative Authorities and Private Parties, Think Paper Regarding The Possible Inclusion of Ombudsmen in the Draft Recommendation*, Strasbourg 2001, s. 2-3.

²⁹ Örneğin; Fransız idare hukukunda ADR'ye olan ihtiyaç kabul edilmekle beraber, tahkimin gelişmesine karşı bir direniş bulunmaktadır (Laidie, Yan, "Kamu Hizmetlerindeki İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, C. 1 s. 482-490, s. 483).

maksadıyla bir özel hukuk tüzel kişisiyle yaptığı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde³⁰ veya kamu kurumlarının yabancı şirketlerle yaptıkları sözleşmelerde tahkim yolu oldukça sık kullanılmaktadır.³¹ Özellikle, sözleşmenin tarafı olan şirketin yabancı olması halinde tahkim, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde, sözleşmenin tarafı olan kamu kurumunun tabiyetinde olduğu ülkenin mahkemelerine başvurulmasından daha fazla güvence sağlayabilecektir.

Tahkim böylece, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde son derece yaygın bir ADR usulü olarak karşımıza çıkarken, diğer ADR usullerinin uygulanmasını da engellenmez. Uzlaştırma ve arabuluculuk, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olabilir. Uzlaştırma ve arabuluculuk bazı davalarda tahkimden daha fazla uygulama kazanabilir ve hatta tahkimin kullanılmasından önce bir çözüme ulaşılmasını sağlayabilir.

Bununla beraber, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu almayan davalarda uzlaştırma ve arabuluculuk tahkimden daha çok uygulama kazanabilir. Bu durum, özellikle mevcut bir zararın tazminiyle ilgili ufak uyuşmazlıklarda veya diğer hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan kişisel taleplerde daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Zira, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tahkim çok masraflı ve ağır işleyen bir süreç olacağından, uzlaştırma ve arabuluculuk daha uygun görülecektir.

Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun ihtilaflı olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen (in rem) usuller hususunda mahkemeler söz konusu idari işlemin iptaline hükmedilebilecek ve mevcut uyuşmazlık hakkında karar verebilecek öncelikli (a priori) mercilerdir. Bu durumda bile bireysel idari işlemlerle genel olarak etkili olan idari işlemler arasında ve idari işlemin geçerliliğine ilişkin olarak yapılan doğrudan itirazlarla dolaylı itirazlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Genel olarak etkili olan bir idari işleme, idari işlemin iptali istemini içeren bir taleple doğrudan itiraz edilmesi durumunda veya diğer bir işlemle değiştirilse de bazı olaylarda ADR usullerinin kullanılması mümkün olmayıp, bu konuda sadece mahkemeler yetkili olmalıdır.

Bunun tam tersine, bireysel bir idari işleme itiraz edilmesi durumunda, uzlaştırma ve arabuluculuğun, belli bir çözüm şekline uyulmasını zorlamaması ve sadece bir öneride bulunmak suretiyle tarafların uzlaşmasını amaçlaması nedeniyle başarılı olarak uygulanması mümkündür. Uzlaştırıcı

³⁰ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında bkz., Odyakmaz, Zehra, "İdarenin Sözleşmeleri" (GÜHFD 1998/1-2, s. 141-196).

³¹ Bu konuda bilgi için bkz., Tanrıver, s. 1080.

ve arabulucu, tarafları ikna etmek için ne kadar çok çaba gösterirse gösterebilir, bu usuller tek başına son sözü söyleme yetkisine sahip olan idarenin kararını gereksiz kılmayacak veya idarenin kararı yerine ikame olamayacaktır.³²

Sonuç olarak, bireysel bir idari işleme karşı yapılan itirazın uzlaştırma veya arabuluculuk usulüne sunulması kabul edilebilir ve belirli hallerde mahkeme önünde yargılama yapılmasından daha uygun olabilir. İnşaat ruhsatları buna bir örnek olarak gösterilebilir. Bir inşaat ruhsatı verildiğinde komşu arazi sahipleri inşaat projesine veya planlanan binanın büyüklüğüne itiraz edebilir. Bu kişiler, inşaat ruhsatının iptali amacıyla idare mahkemesinde dava açarlarsa, bu iznin kanuna aykırı olduğunun kanıtlanması üzerine tamamen iptal edilmesi gerekir. Buna karşılık, uzlaştırma veya arabuluculuk usulüyle talep sahibi, hem ilgili idari merciyle hem de ruhsatı alan kişiyle temas kurabilir ve taraflar arasında yapılacak olan bir arabuluculuk toplantısı, her iki tarafın da kabul edeceği bir anlaşmayla sonuçlanabilir. İnşaat ruhsatı, ruhsatı veren idari merci tarafından, taraflar arasında yapılan anlaşmaya uygun olarak değiştirilebilir ve bu sayede taraflar hem dava yoluna gitmekten hem de ruhsatın iptal edilmesi tehlikesinden kurtulmuş olurlar.³³

ADR usulleri -özellikle uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim-, bir idari işlemin hukuka aykırılığının dolaylı olarak iddia edildiği durumlarda da kullanılabilirler.

Bir idari işleme dolaylı olarak itiraz edilmesinin anlamı, idari işlemin iptali veya değiştirilmesi için değil; fakat, işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle farklı bir sonuç doğurması için işleme karşı itiraz edilmesi demektir. Bunun en basit örneği, talep sahibine göre hukuka aykırı bir işlemin sebep olduğu haksızlığın giderilmesi için tazminat talep edilmesidir. Bu talep, idari işlemin iptal edilmesini amaçlamaz; fakat, sadece idareyi vermiş olduğu zararı tazmin etmeye zorlayacak bir karar almayı amaçlar. Mağdurun tazminat istemeye hakkı olup olmadığını belirlemek için, öncelikle mağdura zarar veren işlemin hukuka aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak, işlemin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde, işlemin iptal edilmesi gerekir. Bu nedenledir ki, idari işlemin hukuka aykırılığına dair yapılan bir itirazın, söz konusu talebin, hakların ihlaliyle ilgili dava tanımının içinde kalması şartıyla, yalnız uzlaştırma veya arabuluculuk usulüne değil, fakat; tahkim usulüne de tabi olması mümkündür.

³² Delvolvé, Pierre, "General Report", (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 13-33), s. 24.

³³ Council of Europe, s. 23.

3. ADR Usullerinin Düzenlenişi

Bu konu, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların ADR usulleriyle çözülmesine ilişkin yapılacak herhangi bir düzenlemede dikkate alınacak noktaları ve bu düzenlemenin ihtiva edeceği hususları gösterir. Bu hususlar bir taraftan, tavsiye kararında ortaya koyulan uyulması gerekli ilkeleri içerir. Bu ilkelerin başlıcaları, taraflar arasında eşitliğin korunması, savunma hakkına saygı gösterilmesi ve ADR sürecinin yönetiminden sorumlu olan kurumun bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. Bu noktada vurgulanması gereken konu, bir uzlaştırıcının, arabulucunun veya hakemin idari bir kurum tarafından istihdam edilmesi, bu kişilerin uygulamada bağımsız ve tarafsız hareket etmeleri şartıyla, onların taraflarla menfaat çatışmasına sahip olduklarını göstermez. Diğer taraftan, ADR usulleriyle ilgili düzenlemelerde dikkate alınacak hususlar, üye ülkelerin özel ihtimam göstermesi gereken konuları kapsamaktadır. Bu konulara, tarafların (ilgililerin) ADR usullerinin varlığı konusunda bilgilendirilmesi, ADR usullerinin kullanılmasında şeffaflık ve uzlaştırmada belli ölçüde takdir hakkının bulunması gerekliliği, hukuka uygunluğu şüpheli olan idari işlemin yürütmesinin durdurulması ve sonuçta ulaşılan çözümün yerine getirilmesinin temin edilmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu konuların tamamı, ADR ile ilgili yapılacak olan bütün düzenlemelerde yer almalıdır.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, hazırlık çalışmaları sırasında bir süre ADR sürecinin gizliliği konusunun üzerinde durmuştur. Yukarı da belirtildiği gibi³⁴ gizlilik, ADR' nin sunduğu faydalar arasında yer alır³⁵ ve hatta bazı durumlarda ADR' nin tercih edilme nedenidir.³⁶ Bununla beraber

³⁴ Bkz., yuk. § 6. B.

³⁵ ADR' nin en önemli faydalarından biri olan gizlilik, bazı gizli bilgi ve belgelerin açığa çıkmasından kaynaklanabilecek sorunları önler, ticarî işletmeye ait bilgilerin ve ticarî sırların öğrenilmesine engel olur, uyuşmazlık çözüm müzakereleri esnasında yapılan ikrarların sonradan yapılacak savunmaları sınırlamasını ve bu ikrar ve beyanların diğer bir yargılama sürecinde kullanılmasını engeller, tanıklar ve taraflar arasındaki müzakerelerin mahkeme salonunda yapılan alenî bir yargılamaya oranla daha doğrudan ve dürüstçe olmasını sağlar (Wilkinson, John H., "Advantages and Obstacles to ADR" (*Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book*, New York 1990, s. 11-29, s. 16). Gizlilik sayesinde taraflar uyuşmazlık hakkında kimin bilgi sahibi olacağını, uyuşmazlığın nasıl çözüleceğini ve müzakereler sırasında açıklanması zorunlu olan ticarî sırlara kimin ulaşacağını belirleme imkânını elde ettiklerinden, uyuşmazlık çözüm süreci üstünde daha çok kontrole sahip olurlar (Bühning-Uhle, s. 272; Brown, Henry J.-Marriott, Arthur L., *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 488).

³⁶ ADR usullerinde gizliliğin önemi hakkında bilgi için bkz., Goldberg, Stephen B.-Sander, Frank E. A.-Rogers, Nancy H., *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 419; Rosenberg, Joshua P., "Keeping the Lid on Conflict, Mediation Privilege and Conflicts of Laws" (*Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994/1, Vol. 10, s. 157-182); Freedman, Lawrence R.-Prigoff, Michael L., "Confidentiality in Mediation:

gizlilik, taraflara uygun olmayan bazı avantajlar verilmesine yol açabilir. Bu nedenle gizlilik, özellikle sürecin işleyişinde gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılmalı ve idari belgelere hiçbir kısıtlama olmadan ulaşılabilmesi ilkesiyle uyumlu hale getirilmelidir.

İhtilaflı idari işlemin yürütmesinin durdurulması, buna kimin karar vereceği meselesi de Proje Grubu tarafından tartışılmıştır. Bu konuda üç olasılığa değinilmiştir. Bunlar;

a. İdari işlemin yürütmesinin durdurulması kanuni bir düzenlemeyle kendiliğinden gerçekleşebilir.

b. Mahkemelere, mevcut uyuşmazlığın niteliğine göre, her bir ihtilaflı idari işlem hakkında ayrı karar vermek üzere, yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisi verilebilir. Bakanlar Komitesi, bir mahkemenin ADR'ye havale edilen uyuşmazlığa doğrudan el atmamış olması halinde bile, üye ülkelerin yasama organlarının bu olasılığı benimsemesini tavsiye etmiştir.³⁷

c. İdari işlemin yürütmesinin durdurulmasına, o işlemi yapan merci tarafından karar verilebilir. Bu son olasılık, bütün üye ülkelerde bulunmaktadır. Zira, bazı ülkelerin mevzuatları idari mercilere sadece, ihtilaflı işlemin kaldırılması veya geri alınması yetkisini vermiştir.³⁸

II. Mahkemelerle Olan İlişkiler

ADR usulleriyle yargı süreci arasındaki ilişkinin durumu oldukça önemli bir konudur.

The Need for Protection" (*Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1986/1, Vol. 2, s. 37-45); Gray, Owen V., "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation" (*Osgoode Hall Law Journal*, 1998, Vol. 36, s. 667-702); Lee, Jaime Alison-Giester, Carl, "Confidentiality in Mediation" (*Harvard Negotiation Law Review*, 1998, Vol. 3, s. 285-297).

³⁷ Hukukumuzda, İdarî Usul Yasası Taslağı'na ADR'ye ilişkin hükümlerin alınması ve bir idarî işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın herhangi bir ADR usulüne havale edilmesi halinde, mahkemece bu idarî işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebileceğinin kabul edilmesi durumunda, yürütmenin durdurulması konusunda bir yenilik gerçekleştirilmiş olacaktır. Zira, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, dava açılmadan önce yürütmenin durdurulması istenemez. Yürütmenin durdurulması için idare mahkemelerinde veya Danıştay'da dava açılması zorunlu olup, bu cihet yürütmenin durdurulmasının ihtiyati tedbir müessesesinden ayrıldığı yönlerden birini oluşturur. ADR sürecine havale edilen ihtilaflı bir idarî işlem hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verme imkânının tanınmasıyla, artık dava açmadan önce de idarî işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebilecektir.

³⁸ Council of Europe, s. 25.

ADR usulleri her zaman mahkemelere başvurmadan önce, dava yolundan sakınmak amacıyla kullanılmaktadır. Dahili incelemeler, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma bu amaçla kullanılabilir ve böylece, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine yardımcı olabilirler. ADR usullerinin kullanılması, yargı sürecinin başlatılabilmesi için tamamlanması gereken bir ön aşama olarak düzenlenebilir.

Bununla birlikte, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma gibi bazı ADR usullerinin, görülmekte olan bir davada da kullanılması yararlı olabilir. Zira ADR usulleri, uyuşmazlığın geleneksel dava yolundan daha hızlı bir şekilde çözülmesine katkıda bulunabilir. Bu nedenle mahkemenin kendisi, ADR usullerini yargılama sürecine dahil ederek, ADR usullerinin kullanılmasını tavsiye edebilir.

Bunun tersine olarak tahkim, mahkemelerle olan ilişkisi yönünden özel bir konumdadır. Zira, tahkim ve dava yolu karşılıklı olarak birbirleriyle çelişen usuller olup bir arada bulunmazlar. Hem dava yolu hem de tahkim süreci, uyuşmazlığın esası hakkında bağlayıcı bir karar verecek olan üçüncü bir kişinin varlığını gerektirir ve bu konuda sadece tek bir hüküm verilebilir. Taraflar tahkime başvurmayı kararlaştırırlarsa, tahkim sözleşmesi tarafların aynı uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak dava açmasını önler. Bu niteliği itibarıyla tahkim ve dava yolu aynı anda bir arada bulunamazlar.

ADR usullerinin mahkemelerle olan bu ilişkisine değinilen tavsiye kararında bundan sonra, mahkemelerin belli ölçüde, uygulanan ADR usullerinin incelenmesi yetkisine sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir. Zira ADR usulleri, yukarıda da belirtildiği gibi taraflar arasında eşitlik ilkesine, savunma hakkına ve ADR sürecini yönetmekle görevli kuruluşun bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasına saygı göstermelidirler. Bu nedenle, kapsamı ne olursa olsun, ADR usullerinin yargısal denetiminde, en azından bu ilkelere uyulduğu tespit edilmelidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde belirtildiği gibi, mahkemelere ulaşma hakkı ve adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumun temel özelliklerindedir. Bu nedenle, hem dava açan kişilerle hem de dava konusu olan idari işlemlerle ilgili olarak, idari işlemlerin incelenmesi için mahkemelere başvurma imkanı geniş ölçüde mümkün olmalıdır. İdari işlemler, toplumun bütün bireylerini her gün etkilemekte ve özellikle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde tanınan bireysel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olmaktadır.³⁹

Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararının ekinde, dikkate alınan ADR usullerine ve ulusal mevzuatlara bağlı olarak, yargısal incelemenin, söz

³⁹ Council of Europe, s. 26.

konusu ADR usulünün uygun bir şekilde uygulanmış olduğunun ve kanuni güvencelerin yerine getirilmiş bulunduğunun kontrol edilmesiyle sınırlı tutulması gerektiği kesin olarak belirtilmiştir. Örneğin; yargı sürecine gerçek anlamda bir alternatif olan tahkim konusunda bu şekilde bir yargısal inceleme yapılabilir veya mahkeme uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilir ve bu nedenle taraflar arasındaki anlaşmanın muhtevasını inceleyebilir. İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu tarafından hazırlanan “İdare ve Sen” adlı rehberde, bu durumda yargısal incelemenin en azından idari işlemin hukuka uygunluğuyla ilgili olması gerektiği, bunun yanında, incelemenin vakiaları da kapsayabileceği belirtilmiştir. Buna ek olarak, idari merciler tarafından kullanılan takdir yetkisinin uygulanmasını içeren idari işlemlerin yargısal denetimi, bu işlemlerin, idari merciler için yapılması zorunlu olan eylemleri kapsamaması halinde kaçınılmaz olarak daha dar ve sınırlı olacaktır. Böylece bu durum, idari bir merciin, tamamen takdire bağlı olan bir yetkinin kullanılması için yargısal olarak zorlanamayacağına dair genel ilkenin kabul edildiğini gösterir. Bununla beraber, takdir yetkisinin kullanılması üzerinde yargı denetimi yapılması, bir idari merciin takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kalarak ve amacına⁴⁰ -kamu yararına- uygun bir şekilde kullanmasını sağlar.⁴¹

ADR usullerinin kullanılması, dava açılması için gerekli olan zamanaşımını sürelerini durdurmalıdır. Bu durum, kişilerin uyuşmazlıklarını çözmek için dava açma veya ADR usullerini kullanma seçenekleri arasında bir tercih yapmak zorunda kalmalarını önler. Günümüzde Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin bazılarında bu durum gözlenmektedir. Çünkü; mahkemeye başvurma süresi çok kısa tutulmuş ve bu yüzden de ADR usullerinin kullanılması olanaksız hale gelmiştir. Proje Grubu, mahkemede dava sürecinin başlatılması için öngörülen zamanaşımını süresinin, durdurulması konusunda üye ülkelerin yasal düzenlemeleriyle en geniş olanakların sağlanması gerektiğine inanmaktadır.

⁴⁰ Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 513. “İdareye tanınan takdir yetkisi mutlak olmayıp, hukukî esaslar içerisinde kamu yararı ve kamu görevinin gerekliliği ile sınırlanmıştır” (5. D. 24.9.1974 5839/6813; *Amme İdaresi Dergisi* 1975/2, s. 219) “.....idarelere hukuk esasları içinde tanınan bu yetkinin kullanılması keyfi ve mutlak olmayıp, kamu yararı ve kamu görevinin gerekleri ile sınırlıdır. Her idarî işlemin bir maksadı vardır ve bu da kamu yararadır. Buradaki maksat unsurundan idareden beklenen son amaç ifade edilmek istenmiştir. Bu nedenle idarî makamlar, kendilerine tanınan yetkileri, yalnız kamu yararı için kullanabilirler. Bunun dışında kullanma, işlemi maksat yönünden sakatlar” (5. D. 21.5.1975, 7154/2997; *Amme İdaresi Dergisi*, 1975/2, s. 217-218).

⁴¹ Council of Europe, *The Administration and you, Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, A handbook*, Germany 1996, s. 38.

Dava açmayla ADR usullerine başvurma arasında seçim yapılması belli bir dengeye oturtulmalıdır. Bu konuda pozitif hukukta yapılacak düzenlemelerle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ışığında mahkemelere ulaşılmasını azami ölçüde mümkün kılmak için ADR usullerinin kesin ve makul süreler içinde sonuçlandırılması öngörülmelidir.⁴²

III. ADR Usullerinin Kendilerine Has Özellikleri

1. Dahili İncelemeler

Dahili incelemeler, bir idari işlemin düzeltilmesini veya belli bir miktar tazminat ödenmesi için idareye karşı yapılan bir talebin incelenmesini sağlar. Dahili incelemeler için idari mercilerin bizzat kendilerine başvuruda bulunulur. Üye ülkelerde kullanılan sistemlere bağlı olarak bu başvuruyu, ihtilafli işlemi yapan merciye veya idari hiyerarşi içinde yer alan daha üst bir merciye ya da bu amaçla özel olarak oluşturulmuş diğer bir merciye yapılır.

Dahili incelemeler, idari mercilerin yapmış oldukları işlemleri hukuka uygunluk ve yerindelik yönünden yeniden inceleyebilmelerini mümkün kılmayı amaçlar. Dahili incelemeler her türlü idari işlem için kullanılabilir ve bazı idari işlemler hakkında dava açılabilmesi için önceden başvurulması gereken zorunlu bir ön aşama haline getirilmelidir.

Proje Grubu, dahili incelemelerin başlatılmasının, o işlemle ilgili dava açmak için öngörülen zamanaşımı süresini durdurması gerektiğini ve söz konusu işlemin yürütmesinin durdurulması gerektiğini kabul etmiştir.

Dahili incelemeler sonucunda bu incelemeler haklı görülürse, itiraz edilen idari işlem düzeltilebilir, kaldırılabilir veya talep edilen tazminatın ödenmesine karar verilebilir.⁴³

2. Uzlaştırma ve Arabuluculuk

Uzlaştırma ve arabuluculuk doktrinde farklı şekillerde tanımlanabilirse de, birbirlerine çok yakın usullerdir. Uzlaştırma ve arabuluculuk ılımlı usuller olup, tarafların güvendikleri üçüncü bir kişinin mevcut uyuşmazlığı çözmek amacıyla tarafları ikna etmeye çalışmasını gerektirir. Bu usuller, fiilen bir mahkeme hükmünün verilmesiyle sonuçlanan yargılama usulleri

⁴² Council of Europe, s. 27.

⁴³ Council of Europe, s. 28.

olmadıkları gibi, her zaman için taraflar arasında yapılan bir anlaşmaya dayanan sözleşmesel usuller de değildirler. Belli bir sözleşme olmadan da başlatabilen bu usuller sonunda, uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte bir karar verilemez. Uzlaştırma ve arabuluculuk tamamen, taraflara yükümlülük yüklemeyen uyuşmazlığı sona erdirecek bir çözüm bulmayı amaçlamaktadır.

Bununla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu her iki usulü de birbirinden ayırmıştır. Buna göre uzlaştırma, tarafları bir araya getirmeyi amaçlayan, onları uzlaşmaya teşvik eden ve onlara, aralarındaki ortak noktaları görmeleri için rehberlik eden bir usuldür. Arabuluculuk ise, tarafların içinde buldukları konularını esas alarak bir çözüm önerisinde bulunmak suretiyle uyuşmazlığı bitirmeyi amaçlayan bir arabulucunun atanmasını öngörür.

Böylece uzlaştırma ve arabuluculuk, arabulucu olarak hareket eden kuruluşun uyuşmazlığı çözmek için yeni bir girişimde bulunmasına ve çözüm yolları aramasına izin vererek, taraflar arasında bir yakınlaşmayı gerektirmesi sebebiyle, yapı itibariyle değil, fakat derece itibariyle birbirinden ayrılmaktadır. Bununla beraber uzlaştırmada, uzlaştırıcının uygun gördüğü çözümü yazılı hale getirmek suretiyle taraflara herhangi bir belge vermesi söz konusu değildir. Oysa arabuluculuk, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü hakkında taraflara yaptığı tavsiyelerin yazılı olarak bildirilmesiyle sonuçlanır. Bu nedenle, her iki usul arasındaki farklılık, usullerin işleyişinde değil sonucunda bulunmaktadır. Her iki ADR usulünün de işleyişi sırasında uzlaştırıcı ve arabulucu, tarafları bir araya getirerek onların uyuşmazlığa ilişkin görüşlerini ve bakış açılarını birbirine yaklaştırmaya çalışır. Usulün kapanışında uzlaştırıcı, taraflar bir anlaşmaya varmışsa sadece bu anlaşmayı; taraflar anlaşmamışlarsa, tarafların anlaşmazlık üzerindeki ısrarlarını tespit edebilir. Arabulucu ise böyle bir tespitle yetinemez ve taraflarca kabul edilmesi gereken çözüm şeklini belirtir. Bir hakem kararından farklı olarak, arabulucunun tavsiyesi taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahip değildir. Bunun yerine arabulucunun tavsiyesi, yasal bir yetki taşımadan resmi bir durum oluşturarak, fiilen tarafları bu öneriyi kabul etmeye zorlayıcı bir etkiye sahiptir.

Uzlaştırma ve arabuluculuğun sonucu tarafların tepkilerine bağlı olacaktır. Tarafların iradeleri, bu usuller sonunda ortaya çıkacak olan çözümün kabul edilip edilmeyeceğini gösterecektir.

Tavsiye kararında, idari yargıda uzlaştırma ve arabuluculuğun uygulanabilirliği açıklanmıştır. Her iki ADR usulü de idarenin takdir yetkisiyle ilgili bulunan meselelerde etkilidir ve mahkemelerin uğraş alanına giren bir

konu olan idari işlemlerin hukuka uygunluğunu karara bağlamayı amaçlamazlar. Bununla beraber, arabulucu veya uzlaştırıcının verilmiş olan idari işlemin hukuka uygunluğunu incelemesi de fazladan talep edilebilir. Uzlaştırma ve arabuluculuğun kullanılması, takdir yetkisi olmadan hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin idarenin yükümlülükleriyle ilgili olarak da mümkün olabilir. Buna örnek olarak, göstericiler tarafından idareye ait kamu mallarının işgal edilmesi gösterilebilir. Böyle bir olayda uzlaştırma usulü sayesinde göstericiler, kamu binasını ve eklentilerini terk etmeleri konusunda ikna edilebilirler. Benzer şekilde, idari mercilerin takdir yetkisine sahip olmadan kanunları uygulamak zorunda oldukları diğer bir alan olan vergi uyuşmazlıklarında da uzlaştırmadan yararlanılabilir.⁴⁴

Uzlaştırıcılar ve arabulucular tek bir kişi olarak faaliyet gösterebilecekleri gibi birden fazla kişi olarak da -heyet halinde- çalışabilirler; ama mutlaka tarafsız, bağımsız, işleri üzerinde yoğunlaşan, insan ilişkilerinde uzman olan ve müzakere hünelerine hakim olarak ikna yeteneğine sahip bulunan kişiler olmalıdırlar. Buna ek olarak uzlaştırıcılar ve arabulucular, idare hukuku ve usul hukukuyla ilgili hukuk kuralları ve müzakere yöntemleri ve uygulamaları gibi belirli uzmanlıklara da sahip olmalıdırlar. Son olarak bu kişiler, ADR hakkında uygun bir eğitim görmelidirler.

Tavsiye kararında bundan başka, bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecinin, genellikle görüldüğü üzere ihtilaflı tarafların talebiyle veya hakim tarafından önerilmesiyle ya da kanunun emriyle başlatılabileceğine işaret edilmiştir. Uyuşmazlığın havale edildiği merci, fiilen görev yapan bir uzlaştırıcı veya arabulucu, bir arabulucu kurulu ya da ihtilaflı konuyla ilgili bir idari merci olabilir.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında uzlaştırma ve arabuluculukla aynı anda işleyen dava süreci arasındaki muhtemel ilişkiyi de dikkate almıştır. Sonuçta, derdest olan bir dava sırasında mahkemenin isteğiyle bir ADR sürecinin işletilmeye başlatılmasının Proje Grubu'nun çalışma konusuna girmediği ve bu konunun usul kanunu tarafından düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Uzlaştırıcı veya arabulucu, taraflardan uyumsuzluk hakkında gerekli bilgileri aldıktan sonra, taraflarla birlikte veya her bir tarafla ayrı ayrı görüşmeler yapar. Taraflarla yapılan bu toplantılar, tarafların, uzlaştırıcının veya arabulucunun yönetiminde ılımlı bir ortamda müzakerede bulunmalarını sağlar. Üstelik, taraflarla ayrı yapılan görüşmelerde verilen bilgilerin gizli tutulması da mümkün olur.

⁴⁴ Council of Europe, s. 29.

Buna göre, bir idari uyuşmazlıkta uzlaştırıcının görevi, taraflar arasındaki görüş ayrılıklarını azaltarak tarafların bir anlaşma yapabilmelerine yardımcı olmaktır. Uzlaştırıcı, uyuşmazlığı açık hale getirir, tarafları anlaşma noktalarını araştırılıp bulmaları için teşvik eder ve taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa onlara önerilerde bulunur. Uzlaştırma usulünün sonunda uzlaştırıcı tarafından tarafların aralarında yapacakları anlaşmayı şekillendirmelerine yardımcı olmak amacıyla bir sözleşme biçiminde olmak üzere nihai bir rapor düzenlenir.⁴⁵

Diğer taraftan, bir arabuluculuk sürecinde arabulucudan uyuşmazlığın çözümü için çeşitli önerilerde bulunması beklenir. Arabuluculuk normalde, arabulucu tarafından taraflara yapılan tavsiyelerle veya uyuşmazlığın çözülmesi için düşünülmüş makul önerilerle yürütülür. Arabuluculukta taraflara belli bir çözüm tarzının dikte edilmesi mümkün olmadığı için, arabuluculuk genellikle bir uzlaşmayla veya anlaşmayla bitirilir.

Tavsiye kararına göre, uzlaştırıcılar veya arabulucular bir idari işlemi iptal edemezler. Uzlaştırıcılar veya arabulucular bir idari işlemin hukuka aykırı ya da yerinde olmadığına kanaat getirirlerse, idari mercileri bu işlemi geri almaları için ikna etmeye çalışmalıdırlar. Hazırlık çalışmaları sırasında Proje Grubu, başarılı bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecinin ihtilaflı idari işlemin dayanağı olan sebep üzerinde etkili olabilmesi ve özellikle, bu yolla ortaya çıkarılan çözümün idarece kabul edilmesinin, bu işlem için sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmekte yeterli olup olmayacağı konusunu görüşmüştür. Sonuçta, Proje Grubu uzlaştırma veya arabuluculuk usulünün üçüncü kişiler hakkında bağlayıcı sonuçlar doğurmaması nedeniyle bu olasılıktan söz etmemeyi tercih etmiştir.⁴⁶

3. Müzakereye Dayalı Anlaşma

Bu usul, ihtilaflı tarafların aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı anlaşmaya varmak suretiyle, dostane bir şekilde bitirerek bir sözleşme yapmalarını

⁴⁵ Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalar, tarafların karşılıklı rızalarına dayandığından ve bu nedenle de taraflarda, yapılan anlaşmanın adil olduğuna dair bir inanç mevcut olduğundan, genellikle taraflarca gönüllü olarak yerine getirilirler. Buna karşılık, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar taraflardan birince ihlâl edilirse, bu anlaşmaların bağlayıcılığı sorunu ortaya çıkar. Bazı hukuk sistemlerine göre, mahkeme tarafından onaylanan arabuluculuk anlaşmaları icra edilebilirken, diğer bazı hukuk sistemlerinde bu durum tartışmalıdır. Doktrinde, bu durumda taraflardan birinin mevcut arabuluculuk sözleşmesini, genel bir sözleşmenin yerine getirilmesinde dikkate alınan hukuk kurallarını kullanarak icra ettirebileceği savunulmaktadır (Payne, Cathleen C., "Enforceability of Mediated Agreements", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1986, Vol. 1, s. 385-405, s. 388).

⁴⁶ Council of Europe, s. 30.

ifade eder. Müzakereye Dayalı Anlaşma, her zaman olmamakla birlikte, çoğunlukla taraflar arasındaki müzakerenin veya bir uzlaştırma ya da arabuluculuk sürecinin sonucudur ve idari uyuşmazlıkları önleyen ve bu uyuşmazlıkların çözülmesini sağlayan bir araç olarak kullanılır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma'nın temel özelliği, taraflarca yapılan ve taraflar üzerinde bağlayıcı olan bir sözleşme olmasıdır. Müzakereye Dayalı Anlaşma, tarafların bir anlaşma yapmasını gerektirdiğinden kapsamı yönünden tahkime benzemektedir; fakat bu anlaşma, uyuşmazlık çözüm usulünü açmayıp sınırlandırdığı ve uyuşmazlığın esası hakkında önem taşıyan fiili meselelerle ilgili olduğu için tahkimden ayrılmaktadır. Ayrıca Müzakereye Dayalı Anlaşma, kendisini imzalayan tarafları bağlaması sebebiyle de tahkime benzemektedir.

Müzakereye Dayalı Anlaşma, genellikle uzlaştırma ve arabuluculuk usullerinin sonucunda görülse de bu usullerin bir parçası değildir. Aslında bu usuller başarılı dahi olsalar, müzakereye dayalı anlaşmanın yapılması için mutlaka geçilmesi gereken bir aşama değildirler. Taraflar, önceden bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecine katılmadan da anlaşmaya varabilirler.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, müzakereye dayalı anlaşmanın idari uyuşmazlıkların çözümünde yararlı bir ADR usulü olduğunu kabul etmiş ve bu usulün Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde gerektiği ölçüde kullanılmadığını belirtmiştir.

Uyuşmazlık konusu olan bir idari işlemde müzakereye dayalı anlaşma yapılabilmesi için uyulması gereken bazı ilkeler bulunmaktadır. Her şeyden önce kendilerine uzlaşma yetkisi verilen kamusal merciler, bu amaç için gerekli olan yetkilerle donatılmalıdırlar. Ancak, bu merciler kendilerine ait görevleri yerine getirmemelerine yol açacak ve kamu düzenine ilişkin yükümlülüklerine aykırı olacak bir anlaşma yapamazlar.

Proje Grubu, bir idari merciin borçlu olmadığı bir parayı ödeme konusunda taahhütte bulunamayacağı meselesine, tavsiye kararının ekinde özel olarak değinilip değinilmemesi gerektiğini ayrıca tartışmıştır. Ortak hukuk sistemine dahil olan ülkelerde lütuf olarak (*ex gratia*) ödemede bulunulması mümkündür. Buna göre ombudsman, kusurlu bir fiil nedeniyle belli bir miktar ödenmesi gerekli olmasa da, idari merciyi ikna ederek ödeme yapılmasını sağlayabilir. Buna karşılık diğer ülkelerde, idari bir merciin belli bir miktar para ödenmesi için yaptığı anlaşmalar hükümsüzdür ve bu durumda idari merciin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tavsiye kararında, ülkelerin ulusal mevzuatlarında, idari mercilerin müzakereye

dayalı anlaşma konusundaki yetkileri üzerinde bu gibi bir sınırlandırma yapılmasına izin verilmiş ve bu konuda bir zorlama yapılmamıştır.⁴⁷

4. Tahkim

Tahkim terimi çeşitli anlamlarda kullanılabilir. Bazı resmi metinlerde tahkim, ihtilaflı taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı çözmek üzere idari bir merci tarafından alınan yargı dışı kararı içeren bir usulü ifade etmektedir. Ancak bu tanım, verilen karar kesin hüküm (res judicata) etkisine sahip olmadığı için dar anlamda tahkimi kapsamamaktadır.

Dar anlamda tahkim kavramı tartışılabilir olmakla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, tavsiye kararının amaçlarını da göz önünde tutarak şu tanımları kabul etmiştir: *“Tahkim, bir karar vermek suretiyle belli bir uyuşmazlığı çözmek üzere özel olarak atanan bir veya birkaç kişinin yönetiminde yürütülen, devlet yargısı dışında işleyen yargısal bir usuldür”*.

Tahkim, herhangi bir uyuşmazlığı çözmek amacıyla sözleşmeye konulmuş bir tahkim şartıyla kullanılabilir gibi, sonradan çıkmış bir uyuşmazlığı çözmek için özel olarak yapılan bir anlaşmayla da kullanılabilir.

Böylece tahkimin iki temel özelliği karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, tahkimin sözleşmeye dayanması ve işleyiş şekli itibarıyla yargısal bir usul olmasıdır. Tahkim sözleşmeye dayanan bir usuldür; çünkü, tarafların arasındaki uyuşmazlığı bu yolla çözmelerini öngören hususi bir sözleşme yapmaları sonucunda veya bir sözleşmenin tatbikinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların hakemlere sunulmasını öngören bir sözleşme şartının sonucunda ortaya çıkar. Bu noktada, bazı ülkelerin yasal düzenlemelerinin, belli türdeki uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin kullanılmasını zorunlu kıldığını belirtmek gerekir.

Tahkim yargısal bir usuldür, çünkü; hakemler, hakim olmasalar bile genel olarak yargısal ilkeleri uygulayarak ve kesin hüküm (res judicata) etkisiyle uyuşmazlığı gerçek bir yargısal hüküm gibi çözen bir karar (arbitral award) verirler. Hakemler, hakimler gibi yargılama yetkisine sahip olsalar da hakimlerden farklı olarak, devlet iktidarını kullanabilme yetkisinden (imperium) mahrumdurlar, yani verdikleri kararın icrasını kendileri sağlayamazlar. Hakem kararı kesin hüküm (res judicata) etkisi nedeniyle taraflar üzerinde bağlayıcı olmakla beraber, tarafların hakem kararına karşı itirazları, sadece mahkemelerin yetkisine giren bir mahkeme kararı vasıta-

⁴⁷ Council of Europe, s. 32.

sıyla etkili olabilir. Ulusal mevzuatlar, bir hakem kararının icra edilebilmesi için mahkeme bu konuda verilecek ayrı bir karara ihtiyaç olup olmadığını belirleyeceklerdir.

Tavsiye kararının ekinde bu şekilde, belli bir amaca mahsus olarak atanmış özel bir hakim gibi görev yapan tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini içeren tahkim usulünün yargısal karakteri vurgulanmıştır. Bu yaklaşım hakemlerin, gerçek bir hakim gibi etkili olabilecek bir çözüm üretmesini sağlamaktadır. Hakemler taraflarca veya bu amaçla özel olarak yetkilendirilmiş kişiler ya da kurumlarca seçilirler. Hakemlerce sonuçta verilen karar bir mahkeme hükmüyle aynı etkiye sahiptir. Hakem kararı taraflar üzerinde bağlayıcıdır ve genellikle hakem kararı üzerinde davanın esasına yönelik temyiz incelemesi yapılamaz.

Mukayeseli hukukta idare ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim nadiren kullanılır; fakat tahkimin, özel teknik uzmanlarla birlikte hakemlerin seçilebilme imkanının varlığı gibi çeşitli avantajlara sahip olması, onun kullanılmasını yararlı kılabilir.

Tüm bunlara rağmen, idare hukuku alanında tahkim her zaman uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir usul olarak görülmeli ve kesin ve açık olarak tanımlanmış alanlarda idari yargıya yardımcı bir usul olarak kullanılmalıdır.⁴⁸ Nitekim bu nedenle, tavsiye kararının ekinde, tahkimin kullanılması sırasında uyulması gereken başlıca ilkeler belirtilmiş, özellikle bu yöntemin kullanılmasına yasal olarak izin verilmesi gerektiği ve tahkimin bir idari işlemin hukuka uygunluğu hakkında karar verme amacını taşıması gerektiği açıklanmıştır.

İdari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'yi yaygınlaştırmak amacıyla hazırlanan bu tavsiye kararının ekinde yer alan ilkeler, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu'nun ayrıntılı çalışmaları ve Avrupa Konseyi'ne üye olan çeşitli ülkelerde bu konu hakkındaki durumun özel olarak tahlil edilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Buna ek olarak, çeşitli uzmanların raporları, 31 Mayıs-2 Haziran 1999 tarihleri arasında Lizbon'da gerçekleştirilen "*İdari merciler ile özel kişiler arasındaki davalara alternatifler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim*" konulu çok taraflı konferansta sunulan ulusal raporlar ve bu vesileyle elde edilen sonuçlar değerlendirilmiş ve 22 üye ülkeden alınan anket formları Proje Grubu'nca kaynak olarak kullanılmıştır.

⁴⁸ Doktrinde, idare hukuku alanında tahkimin daha çok uygulanmasının gerekli olduğu haklı olarak vurgulanmaktadır (Zabunoğlu, *Ombudsman*, s. 129).

§ 7. Avrupa Konseyi'ne Üye Olan Bazı Ülkelerde İdari Merciler İle Özel Kişiler Arasındaki Uyuşmazlıklarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usullerinin Durumu Hakkında Özet Rapor

A. Raporun Kapsamı

Avrupa Konseyi'nin İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, 1999 ve 2000 yılında "İdari Merciler ile Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler" konulu bir çalışma yaparak, üye ülkelerin kurumlarında idari uyuşmazlıkların çözümünde bazı ADR usullerinin kullanılması imkanını araştırmıştır. Bu çalışmanın bir parçası olarak da Proje Grubu, Portekiz Adalet Bakanlığı'yla ortaklaşa olarak yukarıda zikredilen çok taraflı konferansı gerçekleştirmiştir.

Konferans katılımcıları tarafından kabul edilen sonuçlar, bu konuda sonradan yapılan bir çalışmaya vücut vermiştir. Proje Grubu'nun 14-17 Eylül 1997 tarihleri arasında gerçekleştirilen 12. toplantısında, Lizbon Konferansı'nun sonuçları, üye ülkelerde ve Proje Grubu'nun gözlemlediği ülkelerde, idari mercilerle özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler hakkında yapılan bir anket temel alınarak değerlendirilmiştir.

Böylece hazırlanan rapor Andora, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Estonya, Gürcistan, Yunanistan, İzlanda, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık'ın söz konusu ankete verdikleri cevaplara ve Lizbon Konferansı'nda, özellikle Finlandiya, Macaristan, İtalya, Litvanya, Malta, İspanya ve eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti tarafından sunulan ulusal raporlara dayanmıştır.

Bu çalışmanın konusu sadece, idari mercilerle gerçek ve tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesinde, idari yargının görevine giren davaların alternatifleriyle ilgilidir. Bu çalışma, aile hukuku ve ceza hukuku arabuluculuğu gibi diğer hukuk dallarındaki yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarını içermemiştir.

Bu rapor idare hukukunda kullanılacak ADR usullerinden dahili incelemelerle ilgili konulara kasıtlı olarak çok az yer vermiştir. Çünkü bu usul, uyuşmazlıkları önleyici veya dava yoluna alternatif bir yöntem olarak bütün ulusal hukuk sistemlerinde geniş ölçüde kullanılmaktadır. Bu nedenle daha az bilinen ADR usullerini yaygınlaştırmayı amaçlayan bu raporda, dahili incelemeler sınırlı olarak incelenmiştir.⁴⁹

⁴⁹ Bu rapor için bkz., http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Administrative_law_and_justice/

Ülkelerden alınan anket formlarından çıkarılan ilk sonuç üye ülkelerde ve gözlemlenen ülkelerde idare hukukunda ADR usullerinin çok az uygulanmakta oluşudur. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda günümüzde idari yargı sisteminin oluşumu ve geliştirilmesine öncelik verilmektedir. Mahkemenin yetkilerinin elinden alınmasının mümkün olmadığı Komünist sistemdeki ülkelerde, idari yargı sistemi temel gelişmeyi oluşturmaktadır. Bunun yanında diğer ülkelerde de çeşitli nedenlerle ADR geniş ölçüde kullanılmamaktadır. Bunun nedeni, örneğin Finlandiya ve Norveç'te, genel mahkeme sisteminin tatminkar bir şekilde çalışması ve bu nedenle ADR usullerine az talep olması, Belçika'da uyuşmazlık çözüm sisteminin tarihsel olarak ihtiyaçlara uygun bir şekilde gelişmesi, adil bir yapılanmaya sahip olması ve ADR usullerinin belirli alanlara hasredilmiş bulunmasıdır. Bu nedenle, incelenen ülkelerin çoğunda idari yargıya alternatif usuller, özellikle kamulaştırma işlemleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve genel olarak idari sözleşmeler gibi özel alanlarla sınırlı olarak kullanılmaktadır. İdare hukukunda ADR usullerinin genel olarak kullanılmasına ilişkin örnekler oldukça az görülmektedir. Bu örneklerden en iyisi, yeni bir yargı dışı idari çözüm sistemi kuran Litvanya'dır.⁵⁰

Lizbon konferansı sonunda belirtildiği gibi, ADR usulleri uyuşmazlıkları önleyici bir mekanizma olarak veya uyuşmazlıklar ortaya çıktığında onları çözen bir mekanizma olarak kullanılabilir.

B. İdari Merciler İle Özel Kişiler Arasında Uyuşmazlık Çıkmasını ve Dava Açılmasını Önlemek İçin Kullanılan Usuller

Lizbon Konferansı'nın sonuçlarına göre, önleyici usuller esas itibarıyla istişareyle (consultation) ilgilidir. Büyük bir olasılıkla kişilerin itirazıyla karşılaşılacak olan bir karar almadan önce idari merciler, ilgililerle uzlaşmalarını sağlayacak incelemeler, toplantılar ve uzlaştırma ya da arabuluculuk oturumları yapmalıdırlar, fakat nihai karar, hukuka uygun olarak idari merciin yetkisinde kalacaktır.

Uyuşmazlıkları önleyici usuller, idari işlemlerin hazırlanması veya idari kararların alınması aşamasında kullanılabilirler. Bulgaristan, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya ve Türkiye dışındaki pek çok ülkede bu gibi uyuşmazlık önleyici usullerin bulunduğu raporda belirtilmiştir.

⁵⁰ Council of Europe, s. 35.

I. Toplantılar veya İstişare (Hearings or Consultation)

İdari uyuşmazlıklardan sakınmanın en iyi bilinen yolu, idari işlem veya eylemle ilgili olan kişilerle bir toplantı yapmak veya diğer bir istişare biçimi düzenlemektir. Bu usul Andorra, Belçika, Finlandiya, Gürcistan, Moldova, Norveç, Polonya, İsviçre ve Birleşik Krallık' da bulunmaktadır.

Belçika hukuku istişare yolunu ve beraberinde kamu araştırması yapılmasını olanaklı kılmıştır. Buna göre, kamusal merciler bir karar almadan önce halka, neden bu kararı almak istedikleri açıklar ve onlara, fikirlerini beyan ederek karar verme sürecine katkıda bulunma imkanını tanırlar. Kamu araştırması genellikle imar planı, kamu menfaatine ilişkin olarak çevre hukuku düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemlerinde kullanılmaktadır. Bazen kamu araştırmasından sonra istişare toplantıları yapılır. Walloon Bölgesel ve Alansal Planlama ve Kültürel Miras Kanunu'nun 4. maddesi, bütün kamu araştırmalarında uygulanacak olan genel ilkeleri belirlemiş ve şu hususlara işaret etmiştir:

- Kamu araştırması en az on beş gün sürmelidir;
- İlgili belgeler herkesin ulaşımına açık olmalıdır;
- Herkes teknik bilgileri araştırabilir;
- Herkes öngörülen süre içinde yazılı görüşlerini sunabilir veya gerekirse araştırma sonunda görüşlerini sözlü olarak beyan edebilir;
- Kararlar aleni olarak açıklanmalıdır;
- İlgili merciler, tartışılan konunun ve diğer istişare biçimlerinin kamuya yayılması için ilave yollar sağlamalıdır.

İstişare yolları esas olarak ekonomi ve istihdam alanında kullanılmaktadır. İstişare, kamu araştırmasından daha iyi kurumsallaşmıştır. Çünkü; istişare yapan kurum ya özel bir kurumdur ya da tek görevi görüş sunmak olan bir komisyondur. Parlamento veya hükümet tarafından danışılan pek çok danışma komitesi bulunmaktadır. Buna örnek olarak, istihdam ve çalışma konusundaki yasal düzenlemelerle ilgili konularda kendisine danışılan Belçika Ulusal İş Konseyi (Belgian Conseil National du Travail) gösterilebilir. Bu konseyin üyeleri ağırlıklı olarak işçi ve işveren kuruluşlarının temsilcilerinden seçilir. Konsey tarafından bildirilen görüşler sadece tavsiye niteliğinde olabileceği gibi, konseyin onayının alınması gereken konularda hükümet üzerinde bağlayıcı da olabilir. Bu istişare (danışma) usulünün faydası, idari karar verme sürecinin muhtevası ve yürürlüğü hakkında daha etkili olarak idari kararın verilmesini kuvvetlendirmesidir.

Finlandiya’da Ormancılık Kanunu (Forestry Act 1996) gibi bazı özel kanunlar, idari mercilerin bireylere danışmasını zorunlu tutmaktadır. Ayrıca, Arazi Kullanımı ve İnşaat Kanunu’nda (Land Use And Building Act 1999) olduğu gibi bazı kanunlarda, belirli bir konuda bir karara varmadan önce, farklı mercilerin birbirlerine danışmasını zorunlu hale getiren düzenlemeler de bulunmaktadır.⁵¹

Daha genel olarak İdari Usul Yasası ve diğer mevzuat, ilgili idari mercilerin, mevcut meseleler halledilmeden önce, idari bir işlem veya eylemden etkilenen kişilerin düşüncelerini araştırmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu, normalde yazılı danışma şeklinde yapılır; ama, uygun olduğu takdirde taraflar arasında müzakere yapılmasıyla da sonuçlanabilir.

Norveç’te 1967 tarihli Kamu İdaresi Yasası (Public Administration Act) bireylerin, özellikle kamu yetkisini kullanan bir kurumun mevcut olduğu hallerde korunmasına ilişkin bir hüküm içermektedir. Bu hüküm, idari bir işlemle ilgili olan bireyin ya da bireylerin belli bir süre içinde bilgilendirilmesi ve onlarla istişare yapılması yükümlülüğünü getirmektedir. İdari merciler ayrıca, bireylere bu konuda yol göstermekle ve alacakları kararı şeffaflık içinde oluşturmakla yükümlüdürler.

Polonya’da 1990 tarihli Yerel Yönetim Yasası (Local Government Act) toplantılar ve istişareyle ilgili hükümler içermekte ve yerel yönetimlerin, yerel yönetimi ilgilendiren bütün önemli sorunlar hakkında vatandaşlarla istişare etmesini zorunlu tutmaktadır.

İsviçre’de federal hukuka göre, kanunlar ve tüzükler kabul edilmeden önce kural olarak, ilgili çevre ile istişare konusu olmalıdır. Buna ek olarak, belirli alanlarda ve özellikle bölgesel planlamalarda herhangi bir işlem onaylanmadan önce federal mevzuat, idari mercilerin geniş bir kamusal katılımı sağlamasını gerektirmektedir. Son olarak, bireylerle ilgili kararlarda hukuk kuralları, özel kişileri, kendilerini etkileyecek bir karar alınmadan önce görüşlerini bildirmeleri konusunda yetkilendirmiştir.

Birleşik Krallık’ta istişare, çok değişik biçimlerde araştırma yoluyla gerçekleştirilmektedir. Araştırma iki ayrı yolla yapılmaktadır. Bunlar, belirli bir hükümet skandalı veya yolsuzluğu gibi özel konuları esas alan tek seferlik (ad hoc) araştırmalar ve daha olağan konuları esas alan düzenli araştırmalardır.

Araştırma geleneksel olarak, hükümetin karar verme sürecinde, öncelikle ilgili kitlelerin görüşlerini öğrenmek amacıyla kullanılmıştır. Araş-

⁵¹ Council of Europe, s. 37.

tırmayı yürüten araştırmacı veya diğer bir kişi, araştırmada elde edilen sonuçlara dayanarak karar verme sürecinde nihai sorumluluğa sahip olan hükümet bakanına tavsiyelerde bulunabilir. Araştırmalar, bilgi sağlama sürecine ve böylece de karar alma sürecine, diğer usullere nazaran daha geniş ölçüde bir katılım fırsatı sunar.

Bununla beraber son yıllarda, bazı önemli araştırma usullerinin (özellikle düzenli araştırmaların) niteliği değişmiştir. Örneğin, imar planı izninin reddine karşı yapılan başvurularda, bir arazi kullanım planı ruhsatının yerel planlama mercisi tarafından reddine karşı yapılan başvurularla ilgili planlama araştırmalarını yürüten araştırmacı, çoğu olayda (yaklaşık % 95) bu planlama başvurusu hakkında nihai kararı verecek merciidir. Bu özel yapıda araştırma süreci, sonucuyla ilgili olarak idari mahkemelerin işlevlerine daha çok benzemektedir.

Araştırmanın muhtevasında da çok değişik usuller bulunmaktadır. Örneğin imar planlarında, başvuruların büyük bir kısmı tam bir araştırma ve herhangi bir toplantı yapılmadan, yazılı belgelere dayanılarak sonuçlandırılmaktadır. Son yıllarda toplantı olarak bilinen daha gayri resmi sözlü süreçler, tam ölçekli araştırmaya bir alternatif olarak sunulmaktadır. Uygulamada dar anlamlı araştırmalar, yeni yol projeleri veya yeni hava alanı terminalleri gibi ihtilafa yol açan önemli projelerle sınırlı olarak kullanılmaktadır.

II. Müzakere (Negotiation)

Burada kullanılan anlamıyla müzakere usulü, idare ile bireyler arasındaki uyumsuzlukları önlemek için kullanılan uzlaştırma ve arabuluculuğu da kapsayan çeşitli görüşme ve tartışma biçimlerini ifade etmektedir. Genellikle üzerinde uzlaşmaya varılan bir çözüm şekliyle sonuçlanan müzakere usulü Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Yunanistan, İzlanda, İtalya, Polonya ve İspanya'da bulunmaktadır.

Örneğin Estonya'da, Planlama ve İnşaat Yasası, imar planı değişikliklerinden hakları zarar gören kişilerin, ilgili mercilerden yeterli bir tazminat alabileceklerini öngörmüştür. Bu tazminatın miktarı, idare ile birey arasındaki müzakere sonucunda belirlenir.

İzlanda'da idari mercilerin bilgilendirme ve araştırma yükümlülüğü vardır. İzlanda mevzuatı, idarenin bir karar almadan önce bireylere görüşlerini açıklama fırsatı vermesini şart koşmaktadır.⁵²

⁵² Council of Europe, s. 39.

İtalya'da 1971 tarihli ve 865 sayılı Yasa, kamulaştırma konusunda idari merciler ile özel kişiler arasında müzakere yapılmasını düzenlemektedir. Bu yasaya göre, kamulaştırma ihtimali olan malın maliki, ilgili idari merci ile bir sözleşme yaparak malı rızasıyla karşı tarafa temlik edebilir ve böylece daha avantajlı bir tazminata hak kazanabilir. Bununla birlikte, malik mülkiyet hakkını temlik etme konusunda anlaşamazsa, kamulaştırma sürecinin bir parçası olarak, idare tarafından önerilen miktarı reddedebilir ve müzakere aşamasına geçilmesini talep edebilir. Bir anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma sözleşme statüsündedir. Polonya'da olduğu gibi, ulusal mevzuatlar genelde kamulaştırma hakkında müzakere yolunu açık tutmaktadır.

İtalya'nın vergi mevzuatı bu konuda diğer bir örnektir. 1977 tarihli 218 sayılı Yasa'ya göre, vergi mükellefleri ödemeleri gereken tutardan daha az bir vergi öderlerse, ilgili idari merci mükelleflerle, onların ödemek zorunda oldukları bakiye miktar konusunda müzakere yapılabilir. Müzakere sonunda yapılan anlaşma resmi bir karar olup, mahkemede reddedilemez.

Çek Cumhuriyeti'nin 1967 tarihli İdari Usul Yasası'na göre, idari merciler vatandaşların yasal düzenlemelere ilişkin bilgi eksikliği yüzünden yargılamada herhangi bir zarara uğramamaları amacıyla, vatandaşlara usul hakkında yardımcı olmalı ve tavsiyede bulunmalıdırlar. İdari merciler uyuşmazlığın mahiyeti izin verdiği takdirde her zaman, uyuşmazlığı uzlaştırma yoluyla çözmeye gayret edeceklerdir. İdari Usul Yasası, yargılamanın tarafları arasında dostane çözüm yolunu öngörmektedir. Yetkili idari merciler, ihtilafli durumun imkan tanınması ve yasal düzenlemelerle veya kamu menfaatiyle çatışmaması halinde, uzlaşma sonucunda varılan çözümü kabul ederler. Uzlaşmayla ulaşılan çözüm, bu çözümü uygulayacak merci tarafından onaylanmalıdır. Çek mevzuatında, 1979 tarihli Fiziksel Planlama ve İnşaat Hukuku Yasası'na göre bir arazinin kamulaştırılması, ancak kamulaştırılacak mal hakkında anlaşmaya varılmasını amaçlayan müzakerelerden sonra idari işlemle emredilebilir.

C. İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Lizbon Konferansı'nın sonunda, idari uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm yolları olarak dahili incelemeler, uzlaştırma ve arabuluculuk sayılmıştır. Uzlaşmaya dayalı anlaşma ve ombudsman bu listeye eklenebilir. Bu ADR usulleri her ülkenin hukuk sistemine göre değişebilmektedir. Avrupa ülkelerinin tamamı, dahili idari incelemeyi kabul etmiş olsalar da, bu uzlaştırma ve arabuluculuk usullerinden farklıdır.

I. Dahili İdari İncelemeler (Internal Administrative Reviews)

Dahili çözüm yolları Andorra, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Gürcistan, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, İsviçre, Birleşik Krallık'ta bulunmaktadır.

Genel olarak, ihtilafli idari eylem ya da işlemi yapan idari merci tarafından yönetilen incelemeler ile, daha üst dereceli bir merciin görevli olduğu incelemeler arasında ayırım yapılmaktadır. Bulgaristan, Romanya ve Türkiye⁵³ gibi bazı ülkelerde idari dava açmadan önce böyle bir dahili incelemenin yapılması zorunludur. Buna karşılık dahili incelemeler, Finlandiya ve İsviçre gibi diğer ülkelerde, yargısal yollar tarafından aşama aşama uygulanan bir nitelik taşımaktadır.

Finlandiya'da, özellikle vergilendirme, sosyal güvenlik ve belediye hizmetleri alanında olmak üzere, genel dahili incelemelere paralel düzeltici bir sistem uygulamaya konulmuştur. Bu idari bir süreç olup, hatalı karar vermiş olan merciin hatasını bizzat düzeltilmesini veya hiyerarşik olarak daha üst düzeydeki bir merciin, kendisine yapılan bir başvuru neticesinde işlemde düzeltme yapmasını içerir.

Rusya Federasyonu'nda her birey, hak ve özgürlüklerini ihlal eden eylem ve işlemlere karşı doğrudan mahkemeye veya denetleyici bir merciye, yerel merciye, bakanlığa, ilgili bir kamu kurumuna veya bir devlet

⁵³ İdarî Yargılama Usulü Kanunu'muzda, idarî dava açmadan önce idareye başvurarak, iptali istenen idarî işlem hakkından dahili inceleme yaptırılması mümkündür. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesine göre, ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenilebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durdurur. İlgililerin dava açmadan önce idareye itirazda bulunması zorunlu değildir; ama, itirazda bulunarak anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesinin önlenmesi mümkündür.

Benzer şekilde, idarî işlem veya eylemlerden dolayı hakları ihlâl edilmiş olanların tam yargı davası açmadan önce idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini (yani zararlarının tazmin edilmesini) istemeleri mümkündür. Üstelik, idarî eylemlerden doğan tam yargı davalarında, kanunun öngördüğü süre içinde idareye başvurarak bir ön karar alınması zorunludur. Bu başvurunun amacı, idareyle vatandaşın uzlaşmalarının sağlanması, idarenin tavrının belirlenmesi, tarafların ödenecek tazminat miktarı üzerinde anlaşarak aralarındaki anlaşmazlığı uyuşmazlığa dönüştürmeden sona erdirmeleridir. Ancak, ülkemizde ADR ile ilgili gerekli yasal düzenlemeler, idareyi ADR'ye teşvik eden ve ADR'nin kullanılmasını kolaylaştıran açık hükümler bulunmadığından ve bu konuda gerekli eğitim verilmediğinden, uzlaşma olanağı teorik açıdan mümkün olmakla beraber uygulamada gerçekleştirilememektedir (Gözübüyük-Tan, s. 615). Dokt-

memuruna başvurma hakkına sahiptir. İdari merci, mevcut delilleri değerlendirilerek amacıyla uyuşmazlığı adil, kapsamlı ve tarafsız bir şekilde inceler. Ortada suç teşkil eden bir eylem varsa, dava mahkemeye havale edilir.

İsviçre’de, mahkemede dava açmadan önce, idari işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların çözülmesi için devlet dairelerinin müdahalede bulunabileceği bir itiraz usulü mevcuttur.⁵⁴

II. Uzlaştırma (Conciliation)

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre, uzlaştırma, tarafların bir anlaşmaya varabilmeleri için, onları birbirlerine yaklaştırmak amacıyla müdahale eden üçüncü kişinin bulunduğu bir usuldür. Arabuluculukta da üçüncü bir kişinin katılım ve müdahalesi söz konusudur; fakat, arabulucunun işlevi, taraflara çözüme ilişkin bağlayıcı olmayan görüş ve tavsiyeler verebilmesi nedeniyle uzlaştırıcıdan biraz farklıdır.

Uzlaştırma ve arabuluculuk, Belçika, Hırvatistan, Estonya, Macaristan, İtalya, Letonya, Portekiz ve Slovenya’da mevcut olduğu için idare hukuku alanında bilinmeyen ADR usulleri değildirler.

Belçika’da uzlaştırma genel olarak uygulanan bir usul olmasa da, hukuk sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır. Uzlaştırma, farklı yaklaşımlara dayanan özel kurallarla yönetilir. Uzlaştırma, idari sözleşmeler alanında görüldüğü üzere, ihtiyari bir yol olabileceği gibi, bir uyuşmazlığın mahkemeye sevk edilmesi için başvurulması zorunlu bir ön koşul da olabilir. Taraflar arasında uzlaştırma sonunda bir anlaşma yapılırsa, derdest olan dava ya tamamen ya da tarafların üzerinde uzlaşmaya vardığı hususlarla sınırlı olarak kısmen bitirilebilir.

rinde bu husus Duran tarafından şu şekilde belirtilmiştir: “... gerek iptal hükmünden sonra, gerek idarî eylemden dolayı tazminat talebiyle idareye başvurulması usulü, Türk hukukunda pratik bir fayda ve olumlu bir sonuç sağlayamaz. Zira, devlet ve kamu tüzel kişilerini borçlandırmaya yetkili olan makamlar idarî teamül ve tatbikatımıza göre, tazminat taleplerini kabulden hazer ve imtina eder; kabule temayül etseler bile, bütçelerinde bunu karşılayacak tahsisat bulunmadığından, tahakkuk ve tediye ettiremez. Filhakika, kamu bütçelerinde bu kabil borçlar için sadece ‘mahkeme masrafları’ ve ‘geçmiş yıllar ilamlı borçları’ bölümleri vardır ki, bu tahsisattan ancak hükme bağlanmış tazminat alacakları ödenebilir” (Duran, Lütfi, “İdarî İşlemlerden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası”, *İÜHF* 1967/3-4, s. 3-26, s. 24).

⁵⁴ Council of Europe, s. 41.

Estonya'da kamulaştırma işlemlerinde, kamulaştırılan malın malikine ödenecek kamulaştırma bedelinin belirlenmesine olanak tanıyan bir uzlaştırma usulü bulunmaktadır.

Macaristan'da 1957 tarihli Genel İdari Usul Kuralları Hakkında Kanun'un 38. maddesi, bir hukuki ilişkinin mahiyetinin uygun olması halinde, idari mercilerin bir karar almadan önce ilgili taraflarla anlaşmaya çalışmasını düzenlemektedir.

İtalya'da kamu sektöründeki iş uyuşmazlıklarında uzlaştırma usulü yer almaktadır. İşverenler mahkemeye başvurmadan önce, ilgili ildeki iş bürosunda uzlaştırma sürecine katılmak zorundadırlar. Her iş bürosunda, büro yöneticisi, işçi temsilcisi ve kamu kurumu temsilcisinden oluşan bir uzlaştırma heyeti bulunur. Uzlaştırma süreci, tarafların eşitliği ilkesine uymak zorundadır. Taraflar anlaşmaya varırsa, anlaşmanın koşullarını belirleyen bir rapor hazırlanır ve bu rapor icra edilebilir. Taraflar kendi başlarına anlaşmaya varamazlarsa, uzlaştırma kurulu, arabuluculuğa benzeyen bir süreç başlatarak bir uzlaşma önerisi hazırlar. Taraflar bu öneriyi reddederse, bu durum hazırlanacak bir raporda belirlenir ve bu rapor, sonradan başlatılacak yargı sürecinde dava dosyasına koyulur. İşçiler, uzlaştırma sürecinden 180 gün içinde sonuç alınmadığı takdirde mahkemeye müracaat edebilirler.⁵⁵

Buna benzer bir sistem, idari sözleşmelerle ilgili olarak Portekiz'de bulunmaktadır. Bir idari sözleşmenin geçerliliği, yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olarak herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu uyuşmazlık mahkeme önüne götürülmeden önce uzlaştırma girişiminde bulunulmalıdır. Bu uzlaştırma girişimi, Kamu Hizmetleri ve Uzlaştırma Konseyi'nin başkanının veya diğer bir üyesinin başkanlığında, taraf temsilcilerinden ve Sosyal Kamu Hizmetleri Bakanlığı'na eklenen bir danışma kurumundan oluşan bir komisyon önünde gerçekleştirilir.

Son olarak Slovenya'da, idareye karşı dava açmak isteyen özel kişilere, hazine avukatları tarafından yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm usulü önerilmektedir. Dava açmadan önce yapılması gereken bu ADR teklifi 30 gün içinde cevaplandırılmalıdır. Bu ADR süreci hukuk davalarında, ceza davalarında ve idari davalarda olmak üzere bütün alanlarda uygulanmaktadır.⁵⁶

⁵⁵ Ragonesi, Vittorio, "Conciliation in the Context of Disputes between Administrative Authorities and Private Parties" (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 131-134), s. 133.

⁵⁶ Council of Europe, s. 43.

III. Arabuluculuk (Mediation)

Arabuluculuk, Belçika, Estonya ve Litvanya’da idari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır.

Belçika’da arabuluculuk kurumu, özerk kamu kuruluşları yanında hem kamu kurumlarında hem de özel kurumlarda bulunmaktadır. Arabulucuların sorumlulukları ve müdahale yetkilerinin kapsamı olaydan olaya değişmekle beraber, bütün arabulucular bağımsız kişiler olup, devlet kurumlarından ve mahkemelerden farklı yetkilere sahiptirler. Arabulucuların görevi, sadece taraflar arasında yargı dışı uyuşmazlık çözümü için çaba göstermek değil; fakat taraflara bilgi sunmak, onlar için araştırma yapmak ve onlara tavsiyelerde bulunmaktır. Belçika’da birlikte çalışan ve görevleri ombudsmana benzeyen iki ayrı federal arabulucu bulunur. Bunlar, Fransızca konuşan arabulucu ile Hollandaca konuşan arabulucudur.⁵⁷

Estonya’da arabuluculuk kamulaştırma alanında uygulanmaktadır. Kamulaştırılan taşınmazın bulunduğu ilçenin mülki amiri, en fazla iki hafta içinde, ödenecek kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılmasını sağlamak amacıyla tarafları arabuluculuğa davet edebilir.

Litvanya, idari uyuşmazlıkların yargı dışı çözümünde genel sistem içinden çok az örnek sunmaktadır. Litvanya’nın yeni kurulan sistemi bazı davalar dışında şikayetçilere, uyuşmazlıkların çözümünde dava yoluna başvurmakla ADR’ye başvurmak arasında başlangıçta bir seçme hakkı vermektedir. Bununla beraber, şikayetçiler ADR’yi tercih etseler de, ADR süreci tamamlandığında idari yargıya başvurma hakkına sahip bulunmaktadırlar.

Litvanya’da belirli alanlarda mevcut olan özel bir sistem ve genel bir sistem olmak üzere iki tür ADR sistemi bulunmaktadır. Genel sistem üç aşamalı idari uyuşmazlık komitelerinden oluşur. İlk aşama mahalli düzeyde olup, yerel komitelerin kurulmaması yüzünden henüz oluşturulamamıştır. Bununla birlikte, bölgesel ve ulusal komiteler faaliyettedir. Bu komiteler dört yıllık bir süre için ve beş üyeli olarak hükümetçe kurulmuştur.

Aralarında hiyerarşik bir ilişki olmayan bu komiteler, bireysel idari kararları ve idari mercilerin belli bir kararı almayı reddetmelerini veya geciktirmelerini inceleme yetkisine sahiptirler. Bu komitelerin görevi dışında kalan uyuşmazlıklar kanunla belirlenmiştir.⁵⁸

⁵⁷ Prasman, Hrisanti, “The Situation in Belgian Law” (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 107-115), s. 111.

⁵⁸ Lapinskas, Keštutis, “Pre-Judicial Settlement of Administrative Disputes in Lithuania” (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 135-138), s. 137.

Komiteler ilgili idari merciin idari kararları tamamlamasını veya belirli bir süre içinde ihlale son vermesini emredebilirler; ama, uygulamanın yapılması ilgili merciin iyi niyetine bağlıdır. Komitenin kararı ihtilafli ise, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirilir. Bu sistem çok yenidir ve bu nedenle sistemin olumlu ya da olumsuz yönlerini tam olarak değerlendirmek için çok erkendir. Ancak bu sistemin faydalarından biri, sadece yedi adet idare mahkemesi olan bir ülkede bölgesel hizmet sunacak olmasıdır.

Son olarak Romanya’da, idare hukukunda uzlaştırma ve arabuluculuk henüz kullanılmamasına rağmen, yakında kabul edilecektir. Uyuşmazlıkların arabuluculukla çözülmesini öngören bir yasa taslağı hazırlanmıştır. Bu taslak idari davalar ile hukuk ve ceza davalarını kapsayacak, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümünde özel hükümler içerecektir.

IV. Müzakereye Dayalı Anlaşma

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre Müzakereye Dayalı Anlaşma, tarafların karşılıklı olarak anlaşarak uyuşmazlığı bitirmek suretiyle yaptıkları bir sözleşmedir. Bu yapısıyla müzakereye dayalı anlaşma, genellikle bir uzlaştırma ya da arabuluculuk sürecinin sonucudur ve idari uyuşmazlıkların çözümü kadar önlenmesine de hizmet eder. Müzakereye dayalı anlaşmanın bu raporda zikredilmesinin nedeni, Belçika, Portekiz, İspanya ve İsviçre gibi belirli ülkelerin mevzuatlarının veya içtihat hukukunun (case law) açıkça idari mercileri bu tür anlaşmaları yapmakla yetkilendirmiş olmasıdır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma’nın en açık örneklerinden biri İspanya’nın 1992 tarihli, kamu mercilerini ve idari usulü yöneten yasal düzenlemeler hakkındaki kanundur. Bu kanun, kamu düzenine aykırı olmaması, üzerinde anlaşma yapmaya elverişli olmayan konularla ilgili olmaması ve kamu yararına uygun olması şartıyla, kamu kurumlarına özel veya kamusal kişi ya da kurumlarla, resmi veya gayri resmi anlaşmalar ve sözleşmeler yapma yetkisi vermiştir.⁵⁹

V. Ombudsman

Ombudsman, Andorra, Belçika, Gürcistan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Macaristan, İzlanda, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Ro-

⁵⁹ Council of Europe, s. 45.

manya, Slovenya ve Birleşik Krallık gibi pek çok Avrupa ülkesinde değişik isimler altında bulunan bir kurumdur. Ombudsman genel yapısı itibariyle, teknik anlamda bir uzlaştırma veya arabuluculuk kurumu değildir. Ombudsmanın görevi vatandaşların haklarını korumak ve idari mercilerin işlemlerini denetlemektir. Ombudsman nadiren de olsa, idari mercilerle bireyler arasındaki uyuşmazlıkların önlenmesinde veya çözülmesinde bir arabulucu gibi çalışabilir ve dava açılmasını gereksiz hale getirebilir.

Andorra'da "*Raonador del Ciutad *" 1998'de kurulmuş olan bir çeşit arabulucudur. Bu arabulucunun görevi, kamu kurumlarının işlemlerini denetlemek, genel olarak kamu yararı amacına uygun hizmet edilmesini, hiyerarşi, verimlilik, şeffaflık, anayasaya ve yasalara tam olarak uygunluk ilkelerine uyulmasını sağlamaktadır. "*Raonador del Ciutad *" tarafından faaliyetleri sırasında kabul edilen çözümler bağlayıcı değildir.

Belçika'da, yukarıda da ifade edildiği gibi biri Fransızca konuşan, diğeri Hollandaca konuşan iki federal arabulucu bulunur. Her iki arabulucu da heyet halinde çalışır ve Parlamento tarafından yenilenmesi mümkün olan altı yıllık bir dönem için atanır. Bu arabulucuların üç temel görevi vardır,⁶⁰

1. Federal idari mercilerin eylem ve işlemleriyle ilgili talepleri incelemek. Bu yapıda federal arabulucular, şikayet olunan merci ile şikayetçiyi uzlaştırmaya çalıştıklarından dar anlamda arabuluculuk görevi üstlenirler.

2. Parlamentonun talebi üzerine federal idari mercilerin eylem ve işlemlerini incelemek;

3. Federal idari mercilerin eylem ve işlemleri hakkında tavsiyelerde bulunarak rapor sunmak.

Şikayetlerin arabuluculara sunulmasında herhangi bir şeklilik veya ücret bulunmamaktadır. Arabuluculara şikayette bulunulması, idari dava açmak için geçilmesi zorunlu olan bir ön aşama olmayıp, genel bir seçenektir. Buna karşılık, bir ADR süreci ile bir dava süreci aynı anda başlatılamaz. 22 Mart 1995 tarihli yasanın belirttiği gibi, uyuşmazlık dava sürecine veya resmi bir idari başvuruya konu olursa, arabulucular şikayetin incelenmesini ertelemelidirler. Mahkemede açılan dava dosyasının işlemde kaldırılması veya davanın geri alınması durumunda ya da dava sürecinin sona ermesini takiben, şikayetin arabulucular tarafından yeniden ele alınması mümkündür. Arabulucular, hak düşürücü bir süre içinde itiraz edilmesi gereken ve ilgili sürenin sona ermesini müteakiben kesinleşmiş olan idari kararlara

⁶⁰ Prasman, s. 112.

ilişkin şikayetleri de inceleyebilir ve mahkeme kararlarının icrasıyla ilgili bir sorun çıkması durumunda da müdahale edebilirler.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesi, o uyuşmazlıkla ilgili olarak idari dava açma veya resmi bir idari başvuruda bulunma süresini kesmemekte ya da süreyi durdurmamakta; bu nedenle da şikayetçiler dava yoluyla ADR yolları arasında bir seçim yapmak zorunda bırakılmaktadırlar. Federal arabulucular, arabuluculuğun kullanılabilirliğini ve yararını azaltan bu durumdan şikayet etmektedirler.

Çek Cumhuriyeti'nde Parlamento Ombudsmanı'nı kuran yasa 1999 yılı sonunda kabul edilmiş ve 2000 yılında ilk ombudsman seçilmiştir.

Finlandiya'da benzer yetkilere sahip olan iki kurum bulunmaktadır. Bunlar, Parlamento Ombudsmanı ve Adalet Bakanı'dır (Chancellor of Justice). Parlamento Ombudsmanı 1920 yılında kurulmuş olup, Parlamento tarafından dört yıllık bir dönem için atanır ve iki yardımcı ombudsmana sahiptir. Bu ombudsman, bir kamu görevi icra edilirken hukuk kurallarına uyulması ve gerekli görevlerin yerine getirilmesi bakımından hukuk mahkemelerini, diğer mercileri ve memurları, kamu görevlilerini ve diğer kişileri denetler, temel hak ve hürriyetler ile insan haklarının korunmasını gözlemler. Hükümetin Adalet Bakanlığı bürosu 1919'da kurulmuştur ama, bu büronun kökleri 1713'e dayanır. Adalet Bakanı, Cumhurbaşkanı tarafından belli bir süre için atanır. Aynı şekilde bir Adalet Bakanı Vekili ve Adalet Bakanı Vekiliyle münavebeli olarak (beş yıllık bir dönem için) çalışacak bir vekil yardımcısı atanır. Anayasa'ya göre, Adalet Bakanı'nın görevleri ombudsmanın görevleriyle aynıdır. Buna ek olarak Adalet Bakanı, hükümeti izleme ve onun hukuk danışmanı olarak hareket etme görevine de sahiptir.⁶¹

Ombudsman ve Adalet Bakanı, özellikle idari mercilerin gözetimi konusunda bir ölçüde birbiriyle çakışan görevlere sahiptirler. Parlamento Yasası'nda belirlenen görev ayırımına göre ombudsman, silahlı kuvvetler, sınır muhafızları, güvenlik personeli, askeri mahkeme yargılaması, ceza evleri ve diğer bazı kurumlar üzerinde görevlidir. Her iki kurum da idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler ve buna ilaveten, idari işlemlerden kaynaklanan vatandaş şikayetlerini inceler. Vatandaşlar şikayetlerini her iki kuruma da iletebilirler.⁶²

⁶¹ Niemivuo, Matti, "Some Remarks on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties in Finland" (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 117-126), s. 121.

⁶² Council of Europe, s. 47.

Finlandiya, Tüketici Ombudsmanı veya Eşitlik Ombudsmanı gibi çok sayıda özel ombudsmana da sahiptir. Bu özel ombudsmanların görevleri sadece, görev alanlarına giren bireysel uyuşmazlıkları incelemek değildir; fakat aynı zamanda, tavsiye vermek, danışmanlık yapmak, vatandaşlara bilgi vermek ve ilgili mevzuat ile bu mevzuatta yer alan hak ve yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamaktır. Bundan başka özel ombudsmanlar, yetkili oldukları sektörle ilgili mevzuatın gelişmesini de gözetirler. Bazı ombudsmanlar yargılama sürecinde danışman olarak da çalışırlar.

Tüketici Ombudsmanı dışındaki özel ombudsmanların görevi genellikle tavsiye ve fikir vermek şeklinde olup, kendi mevzuatlarının amaçlarıyla sınırlıdır. Bu ilişkide aleniyetin doğru kullanılması oldukça önemli bir işleve sahiptir. Bireysel uyuşmazlıklar hakkında özel ombudsmanın verdiği karar bağlayıcı olmayıp tavsiye edici niteliktedir. Parlamento Ombudsmanı'ndan farklı olarak özel ombudsmanlar, yerine getirilmesi gereken herhangi bir emir verme yetkisine sahip değildirler.

Macaristan'da 1995 yılında ombudsman olarak görev yapan bir Parlamento Komiseri kurulmuştur. Bu komiserin görevi, anayasal hakların ihlaline ilişkin şikayetleri araştırmak ve hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla genel veya özel işlemler başlatmaktadır. İdari mercilerle vatandaşlar arasında bir arabulucu olarak hareket eden Parlamento Komiseri bir idari kararın iptaline karar verememekle beraber, karadaki hukuka aykırılığı gidermek için şu imkanlara sahip bulunmaktadır;

- Çok geniş kapsamlı araştırma yetkisine sahip olarak, ihtilafli idari işlemin geri alınmasını veya değiştirilmesini sağlamak;
- Hiyerarşik olarak daha üst düzeydeki idari merciye başvurarak (hiyerarşik başvuru) alt idari merciin işleminin düzeltilmesini istemek;⁶³
- Diğer kamu mercileri önünde herhangi bir hukuki denetim veya yargılama sürecini başlatmak. Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nde dava açmak ya da Savcılık teşkilatını harekete geçirmek.⁶⁴

Macaristan'da 1993 yılında kişisel bilgilerin ve azınlıkların ulusal ve etnik haklarının korunmasından sorumlu olan iki özel görevli komiserlik kurulmuştur.

⁶³ Hiyerarşi hakkında bilgi için bkz., Günday, s. 71.

⁶⁴ Szente, Zoltán, "National Report of Hungary, Alternatives to Litigation: needs and barriers" (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 127-129), s. 128.

İzlanda'da ombudsman, merkezi ve yerel idari mercilerin kararlarına karşı vatandaşlarca yapılan şikayetleri incelemektedir. Ombudsman, vatandaşın hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği kanaatine varırsa, yetkili idari merciye tavsiyede bulunarak, kararını değiştirmesini veya düzeltmesini önerir.

Norveç, Romanya, Slovenya ve Portekiz (Provedor de Justiça) ombudsmanları da benzer işlevlere sahip bulunmaktadır.

Moldova'da, Parlamento tarafından beş yıllık bir dönem için atanan üç Parlamento Ombudsmanı bulunur. Bu ombudsmanların görevi, merkezi ve yerel idari mercilerin, özel ve kamusal kurumların ve yüksek düzeydeki bütün kamu görevlilerinin Anayasal hak ve özgürlüklere saygılı olmasını gözetmektir. Parlamento'nun, Cumhurbaşkanı'nın ve Hükümet'in karar ve işlemleri, ceza davaları, idari cezalar ve iş hukuku bu ombudsmanın yetki alanının dışındadır.⁶⁵

Birleşik Krallık'ta ombudsman yaygın bir uygulamaya sahip olup, çeşitli alanlarda görev yapan özel ombudsmanlar bulunmaktadır.⁶⁶

D. İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Yargısal Usuller

I. Ortak Hukuk (Common Law) Ülkelerinde Mahkemeler

İdari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan ve en iyi bilinen temel alternatif yargısal usul olan tahkimi incelemeye geçmeden önce, ortak hukuk ülkelerinde ve özellikle Birleşik Krallık'taki duruma bir göz atmak gerekir. Birleşik Krallık'ta, devlet ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde çok çeşitli idari yargı kurumları bulunmaktadır. Mahkemeler (tribunals) olarak adlandırılan bu bağımsız yargılama mercileri, genel mahkemelerle aynı ilkelere sahiptirler ve onların yerine geçerler. Avrupa'nın pek çok ülkesinde "*tribunal*" ismi, genel mahkeme sisteminin açıkça parçası olan kurumlara verilmektedir. İngiltere'de ise "*tribunal*" ismi daha farklı bir anlama sahip olup, münhasıran genel mahkeme sisteminin dışında kalan kuruluşlar için kullanılır.⁶⁷ Bu mahkemeler, sosyal haklar, istihdam veya göç gibi farklı alanlarda bulunmakta ve genel mahkemelerle mukayese edildiğinde daha basit, daha esnek bir usule ve daha ucuz bir uyuşmazlık çözümüne sahip bulunmaktadır.

⁶⁵ Council of Europe, s. 49.

⁶⁶ Birleşik Krallık'taki ombudsman hakkında bkz., yuk. § 4.

⁶⁷ Partington, s. 65.

Birleşik Krallık'ta ADR'nin gelişmesindeki süreklilik ve mahkemelere ADR usullerinin kullanılmasını teşvik etme görevi yükleyen yeni hukuk usulü yasasının 1999 yılında kabul edilmesi,⁶⁸ hükümeti genel olarak bu ADR usulleri ve özellikle ADR usulleriyle mahkemeler arasındaki ilişkiler hakkında bir sistem geliştirmeye yöneltmiştir. Bu amaçla bir tartışma kitabı ile bir pilot proje hazırlamıştır.

Tartışma kitabı, ücretsiz projelerin varlığına rağmen ADR usullerinin kullanımının az olmasının nedenlerini ve ADR'nin kullanımının hükümetçe nasıl teşvik edilebileceğini araştırmıştır. Ayrıca bu kitap, kullanılan ADR usullerini tanımlamış ve ADR'nin kullanılmasına uygun olan dava türlerini belirlemiştir.

Adalet Bakanı kural olarak bu konudaki pilot projelerin başlatılmasını kabul etmiş ve bazı konuların denenmesi için bu projeler başlatılmıştır. 2000 yılının Mayıs ayında İngiltere ve Galler'deki mahkemelerin kapsamlı bir şekilde incelemesini yapacak bir komisyon oluşturulmuş ve bu incelemenin sonuçları 2001 yılının Mart ayında açıklanmıştır.⁶⁹

II. Tahkim

Ortak hukuk ülkeleri dışında Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin çoğunda bilinen yegane alternatif yargısal usul tahkimdir. Lizbon Konferansı'nın sonuçlarına göre tahkim, kesin hüküm (res judicata) teşkil eden resmi bir karar vermek suretiyle uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen özel olarak atanmış hakemlerden oluşan yargısal bir usuldür.

Polonya'da tahkim özel bir devlet mahkemesince yürütüldüğünden, yukarıdaki tanım çerçevesinde tahkimin varlığından söz edilemez.

Tahkim, idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde nadiren kullanılmaktadır. Bazı ülkelerin mevzuatları tahkimi açıkça bu tür ihtilafların dışında tutmaktadır. Örneğin Belçika'da, Medeni Kanun'un 1676. maddesinin 2. fıkrası, uluslararası bir anlaşma veya özel bir yasa hükmüyle açıkça izin verilmedikçe, kamu hukuku tüzel kişilerinin -federal merciler, bölgesel ve diğer kamu kurumları- tahkime başvurmalarını ya-

⁶⁸ Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren yeni Hukuk Usulü Kuralları için bkz., Lord Chancellor's Department, *Civil Procedure Rules: Practice Directions, Pre-Action Protocols and Forms*, London 2000; *Blackstone's Guide to The Civil Procedure Rules*, Ed-in-Chief: Charles Plant, London 1999.

⁶⁹ Council of Europe, s. 50.

saklamaktadır.⁷⁰ Aynı durum tahkimin, 1992 tarihli Tahkim Kanunu'nun 967. maddesiyle özel hukuk uyuşmazlıklarına hasredildiği Finlandiya'da da geçerlidir.

Çek Cumhuriyeti'nde tahkim bugüne kadar yalnızca özel hukuk alanında uygulanmıştır. Buna karşılık, çalışmaları sürmekte olan kamu idaresi reformuyla, merkezi ve yerel kamu idaresini, idari usulü ve idari yargıyı düzenleyen yeni kanunlar hazırlanmaktadır. İdari Usul Yasası'nın taslağında dostane çözüm ilkesi kabul edilmiştir. Yeni Kanun'a göre imar planlarında ve imar hukukunda, arazi kullanımıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu dostane çözüm ve tahkim yolu önerilmektedir.

İzlanda'da tahkim bulunmamakla birlikte,⁷¹ ihtilafli tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmaları mümkündür. İdari merciler, akdi tahkim hükümleri hakkında ayrıntılı düzenlemeler oluşturmamışlardır.

Belirli ülkelerde tahkim özel alanlarda kullanılmaktadır. Estonya'da endüstriyel mallar gibi çeşitli özel alanlarda kurulmuş başvuru komiteleri mevcuttur. Endüstriyel mallara ilişkin başvuru kurulu, Ekonomi İşleri Bakanlığının bünyesinde çalışmakta ve patent bürosunun kararlarına karşı yapılan itirazları incelemektedir. Kendisine yazılı olarak başvuru yapılan kurul, patent bürosunun kararını iptal edebilir ve patent başvurusunun yeniden incelenmesini isteyebilir. Kurul kararını, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermelidir ve kurulun kararına karşı mahkemede dava açılabilir.

İtalya'da kamu hizmetleri alanında, mahkemelerin yerine geçen bir yargısal merci olan tahkim kurulu bulunmaktadır.

Portekiz'de devlet veya diğer kamu kurumları, özel bir yasa hükmüyle izin verildiği takdirde veya özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuş-

⁷⁰ Carle, Georges, "Belgium" (*Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 79-87), s. 84.

⁷¹ İzlanda'da bütün ADR usulleri uygulanmakta; özellikle tahkim belirli alanlarda yaygın bulunmaktadır. 53 sayılı ve 1989 tarihli Tahkim Kanunu, tahkim usulünün genel hükümlerini düzenlemektedir. Tahkim yanında uzlaştırma ve arabuluculuk da önemli bir uygulamaya sahiptir. Günümüzde bölge mahkemelerinde, ihtilafli taraflar arasında uzlaştırma girişiminde bulunulması, bölge hâkimleri için bir yükümlülük haline getirilmiştir. Benzer şekilde, işçi ve işverenler arasındaki ücret uyuşmazlıklarının çözümü, bir kamu görevlisi olan Devlet Arabulucusu tarafından yönetilmektedir. Arabuluculuk iş hukuku yanında, bu ölçüde olmasa da, ticaret hukukunda da kullanılmaktadır (Petersen, Othar Örn-Gislason, Erlendur, "Iceland", *Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 237-256, s. 238).

mazlıkların varlığı halinde tahkim sözleşmesi yapabilirler.⁷² Ayrıca, İdari Usul Yasası da, idari sözleşmelerin tahkim şartı içermesine izin vermektedir. Bu hükümlere göre bir kaç çeşit idari uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mümkündür. Örneğin; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı koyulmaktadır. Portekiz’de dikkat çeken bir düzenleme, 1993 yılında çıkarılan 237 sayılı Yasa’yla, kamu hastanelerinde kan naklinden sonra kendilerine AIDS bulaşan hemofili hastalarının tazminat talepleri hakkında bir hakem mahkemesi oluşturulmasıdır. Yasa’ya göre, başvuru sahibi uyuşmazlık çözümünde tahkimi olağan mahkemelere tercih ettiği takdirde, devlet bu yolu kabul etmeye mecburdur.

Portekiz’de halen, idari sözleşmelerle, kamu mercilerinin sorumluluğuyla ve kamu hizmetleriyle ilgili belirli konulardaki idari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin kabul edildiği bir yasa taslağı hazırlanmaktadır.

Yunanistan’daki durum Portekiz’e benzerdir. Özel bir yasa hükmüyle izin verildiği takdirde, idari uyuşmazlıkların çözülmesinde tahkimin kullanılması mümkün olduğu gibi, sözleşmelerin tahkim şartı içermesi de olanaklıdır. Hakem mahkemesi önüne gelen davada hukuk ve vakia incelemesi yapabilir ve idareyi tazminat ödemeye mahkûm edebilir; fakat, bireysel bir idari işlemin iptaline veya değiştirilmesine karar veremez. Yunanistan’da 1925 yılından beri belirli şekli kuralların yerine getirilmesi şartıyla, devlet kurumlarının tahkime başvurması kabul edilmektedir.⁷³

İsviçre’de tahkim usulü, kamulaştırma gibi çok özel konularda uygulanmaktadır.

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre hazırlanan raporda, Türkiye’ye de değinilmiş ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği belirtilmiştir.

⁷² Portekiz’de ADR usulleri içinde en yaygın olanı tahkimdir. Her türlü uyuşmazlığın, kişisel haklarla ilgili olmaması, emredici bir yasa hükmüyle münhasıran mahkemelerin görevine girmemesi ve yasa hükmüyle münhasıran zorunlu tahkime haval edilmesinin şartıyla gönüllü tahkime sunulması mümkündür. Burada kişisel haklara (direitos indisponiveis) kast edilen, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konular olup, bu haklar genellikle aile hukuku, idare hukuku, ceza hukuku ve vergi hukukundan doğmaktadır (Barrocas, Manuel P., “Portgual”, *Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 301-309, s. 303).

⁷³ Economou, George C., “Greece” (*Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 207-236), s. 214. Ayrıca, Yunanistan idare hukukunda arabuluculuk hakkında bilgi için bkz., Fortsakis, Théodore, *Mediation, An Alternative Means of Solving Administrative Disputes (Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 87-94).

Gürcistan, Romanya ve Rusya Federasyonu'nun Hukuk Usulü Yasaları'nda tahkim bulunmaktadır. Gürcistan ve Romanya'da Hukuk Usulü Yasaları idari uyuşmazlıklarda da uygulandığından, taraflar bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi kullanabilirler. Bununla beraber Romanya mevzuatı, tahkimin kullanılamayacağı bazı konular belirleyerek bu ilkeyi sınırlamıştır. Rusya Federasyonu'nda ise, Hukuk Usulü Yasası'nın içinde yer alan Tahkim Yasası, aile hukuku ve iş hukuku hariç tahkim yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Hakem mahkemeleri, taraflarca hazırlanan yazılı bir anlaşmayla kurulur ve tahkim hakkındaki 28 Nisan 1995 tarihli Anayasa hükmüne göre parasal anlaşmazlıklar ile yetkisine giren diğer davalar hakkında karar verir.⁷⁴

Sonuç

Bağımsız mahkemeler gerçek bir demokrasinin olmaz ise olmaz (sine qua non) şartıdır ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde teminat altına alınan temel bir ilkedir. Ancak, çağdaş toplumlarda dava yolu, uyuşmazlık çözümünde kullanılabilir yegane yol olmadığı gibi, toplumun en son başvurmak istediği çaredir. Belirli koşullar altında ve belirli uyuşmazlıklarda, adaletin gerçekleşmesini sağlarken idarenin sorumluluklarını da koruyucu nitelikte olan dava yoluna alternatif usuller bulunmaktadır. Son yıllarda arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi usullerden oluşan ADR usulleri, hukuk uygulamasında çok büyük bir gelişme göstermiştir. Başta Anglo-Amerikan hukuk sistemi olmak üzere, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki pek çok ülkede idari mercilerle vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların ADR yoluyla çözülmesi konusuna büyük ilgi gösterilmektedir. Bu anlayışla hareket eden Avrupa Konseyi de, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerde idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin kullanılmasını geliştirmek amacıyla 1999 yılında Lizbon'da çok taraflı bir konferans düzenlemiş ve ardından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu konuda yukarıda incelenen tavsiye kararını kabul etmiştir.

İdare Hukuk Hakkında Proje Grubu tarafından hazırlanan bu tavsiye kararında, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR yolları incelenmiştir. Her şeyden önce, ülkelerin çoğunda idari merciler gerek idari davaların önlenmesinde gerek idari davaların mahkeme dışında çözülmesinde çeşitli ADR yollarını geniş ölçüde kullanmaktadırlar. Toplantı, istişare ve müzakere gibi uyuşmazlıkları önleyici usuller, bireylerin hak ve menfaatlerini etkileyebilecek idari eylem ve işlemlerde kullanılmakta ve bireylerin, karar verme sürecine katılımını sağlamaktadır. Bu sayede bazı uyuşmazlıklar daha doğmadan önlenmektedir. Bir uyuşmazlık çıktığında da uygulanabilecek olan dahili incelemeler, pek çok uyuşmazlığın mahkeme

⁷⁴ Council of Europe, s. 53.

sistemi dışında daha çabuk ve daha ucuz bir şekilde çözülmesini sağladığı için üye ülkelerin uygulamasında önemli bir yer tutmaktadır.

Bu ADR usulleriyle birlikte ombudsman da çok önemli bir işleve sahiptir. Mahkemelerin tersine bu kurum, idari mercilerin işlemlerini yerindelik yönünden denetleyebilmektedir. Ombudsmanın başarısı, pek çok ülkede özel ombudsmanların kurulmasıyla kanıtlanmıştır.

Bazı ülkelerde yeni gelişmeler de uzlaştırma, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkim gibi ADR usulleri, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde fazla yaygın bir kullanıma sahip değildirler. Bu usullerin kullanıldığı ülkelerde bile uygulama sınırlı kalmaktadır.

Üye ülkelerdeki durum ve ADR usullerinin faydaları dikkate alındığında, Avrupa Konseyi'nin, ADR usullerinin geliştirilmesini teşvik etmesi son derece yararlıdır. Özellikle, mahkemelerin etkinliğinin artırılması amacıyla, mahkemelerin uyuşmazlık çözümündeki asli ve temel işlevini koruyarak, mahkemelerin işlevini tamamlayan ADR usulleri hukuk sistemimizde mutlaka uygulamaya koyulmalıdır. ADR usullerinin uygulanmasının amacı, elbette ki geleneksel uyuşmazlık çözüm yolu olan dava yolunun yerini almak değil; fakat, daha etkili, daha ucuz ve daha hızlı bir uyuşmazlık çözümüne olan ihtiyacın karşılanması, mümkün olduğu ölçüde dava yolundan sakınılması isteği ve dava yolu dışındaki usulleri kullanarak idareyi vatandaşa yakınlaştırma arzusudur. Bu mülâhazalarla, alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri, İdari Usul Kanunu Taslağı'nda ayrı bir bölüm içinde düzenlenmiştir. İdari Usul Kanunu Taslağındaki düzenlemeler yapılırken, kaynak olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yukarıda incelenen (2001) 9 sayılı tavsiye kararı esas alınmıştır. İdari Usul Kanunu Taslağı'nın bu şekilde yasalaşması, idare hukukunda ADR'nin gelişimini hızlandıracaktır. Nitekim, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen heyetin 2004 yılında ülkemize yaptığı ikinci ziyaret sonunda, Türk yargı sisteminin işleyişi hakkında hazırladığı raporda, İdari Usul Kanunu Taslağı'nda ADR'ye yönelik olarak düzenleme yapılmasının memnuniyetle karşılandığı açıkça belirtilmiş ve ülkemizde ADR yollarının yaygınlaşmasının, yargının etkinliğini artıracığı haklı olarak vurgulanmıştır.⁷⁵ Bu gelişmeler göstermektedir ki, mukayeseli hukukta hukukçuların asli uğraş alanlarından biri haline gelen ADR, zamanla Türk hukuk sisteminde de hak ettiği yeri bulacaktır.

⁷⁵ Richmond, Paul, Björnberg, Kjell, "The Functioning of the Judicial System in the Republic of Turkey, Report of an Advisory Visit", 11-19 July 2004, European Commission, Brussels, s. 101. Bu raporun tercümesi için bkz., Björnberg, Kjell, Richmond, Paul, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisari Ziyaret Raporu" (Çev. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü), Avrupa Birliği Komisyonu, Brüksel, 11-19 Temmuz 2004.

İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN AMME ALACAKLARININ TAHSİLİNE ETKİLERİ

Dr. Güray ERDÖNMEZ*

I. GİRİŞ

Kamu hukukundan doğan alacakların cüzi icra yoluyla takip ve tahsili 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olup, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulur. Buna karşılık, 6183 sayılı Kanun amme alacaklarının külli icra yoluyla takibini düzenlemediğinden, bu konuda bütünüyle İcra ve İflas Kanunu'nun hükümlerine müracaat edilecektir.¹ Görüldüğü gibi, İcra ve İflas Kanunu'nun cüzi ve külli icraya ilişkin hükümleri amme alacaklarının takip ve tahsilinde doğrudan veya dolaylı olarak uygulama alanı bulduğundan, bu Kanun'da yapılan değişiklikler amme alacaklarının tahsili üzerinde de etkili olmaktadır.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan tercüme edilerek alınan 4.9.1929 tarih ve 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu 1932 yılında kabul edilen 2004 sayılı Kanun'la ilga edilmiş; 2004 sayılı Kanun ise bilahare çok sayıda değişikliğe uğramıştır.² Son olarak 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun³ ile 21.2.2004 tarih ve 5092 sayılı Kanun'la⁴ İcra ve İflas Kanunu'nun gerek cüz'i gerekse külli icraya ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmış; bunun yanında malvarlığının terki suretiyle konkordato, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması gibi bazı yeni kurumlar getirilmiştir. İşte gerek 4949 gerekse 5092 sayılı Kanun'la yapılan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Kuru, c. I, s. 33, Doktrinde 6183 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunmayan hallerde İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin kendiliğinden uygulanmayacağı görüşü de ileri sürülmüştür. Bu konudaki tartışmalar ve Yargıtay'ın ilgili kararları için bkz., Üstündağ, *İcra*, s. 17 vd.

² Üstündağ, *İcra*, s. 15. İcra ve İflas Kanunu'nda bugüne kadar yapılan değişikliklerin kronolojik listesi için bkz., Kuru-Arslan-Yılmaz, *Kanun*, s. 25 vd.; Pekcanitez-Erturğut-Yeşilova-Erişir, s. xxx.

³ RG, 30.7.2003 tarih, S. 25184.

⁴ RG, 12.2.2004 tarih, S. 25380.

değişiklikler ve getirilen yeni düzenlemeler, amme alacaklarının takip ve tahsili bakımından önemli sonuçlar doğurmuştur. Sözü edilen hükümlerin bazıları doğrudan doğruya amme alacaklarının durumunu düzenlerken (İİK m. 179/b; 206, 289, 309); diğerleri, amme alacaklarının tahsili üzerinde dolaylı bir etkiye sahiptir (İİK m. 128; 268/I). Bu çalışmada, 4949 ve 5092 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişikliklerin amme alacaklarının tahsiline etkileri, cüz'i ve külli icra yönünden ayrı ayrı incelenecektir.

II. CÜZİ İCRA YOLUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN AMME ALACAKLARININ TAHSİLİNE ETKİLERİ

A. İhtiyati Haciz Hakkında Yapılan Değişikliklerin Etkileri

Kanun koyucu 4949 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nun ihtiyati hacze ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapmıştır. Bu bağlamda, ilk olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 268. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklik değerlendirilebilir. 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, ihtiyaten haczedilen malların daha sonra kesin olarak haczedilmesi durumunda, ihtiyati haciz alacaklısının kesin hacze iştirak edebilmek için İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesinde öngörülen şartları yerine getirmek mecburiyetinde olup olmadığı doktrinde tartışmalıydı. Bazı yazarlar, ihtiyati haciz alacaklısının İİK m. 100'deki şartlara tabi olduğunu; İİK m. 268/II'de açık bir düzenleme bulunmamasının ihtiyati haciz alacaklısının bu şartları yerine getirmek zorunda olmadığı anlamına gelmediğini; aksi düşüncenin kabulü halinde, hacze iştiraki şüpheli alacaklıların ihtiyati haciz koydurmak ve bu haczi kesinleştirmek suretiyle kesin hacze iştirak edebileceklerini; ayrıca, kötü niyetli borçluların İİK m. 268/I'den yararlanarak muvazaalı alacaklar yaratabileceklerini belirtmişlerdir.⁵ Diğer yazarlar ise, kanunda, İİK m. 100'deki şartların aranacağına dair açık bir hüküm bulunmadığını; ihtiyati haciz koyduran ve malın borçlunun malvarlığından çıkmasını önleyen ihtiyati haciz alacaklısının hacze iştirak edebilmek için başka bir şarta tabi tutulmaması gerektiğini; İİK m. 268/II'de ihtiyati haciz alacaklısının korunmaya değer bulunduğunu ve aynı temel düşünceden yola çıkılırsa ihtiyati haciz alacaklısının İİK m. 100'deki şartlar olmadan kesin hacze iştirak edebileceği sonucuna ulaşılacağını savunmuşlardır.⁶ Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları ise ikinci görüş doğrultusunda idi.⁷

⁵ Kuru, C. III, s. 2543; Yılmaz, s. 301; Özekes, s. 302.

⁶ Postacıoğlu, s. 436; Üstündağ, *İcra*, s. 231; Deynekli-Kısa, s. 24.

⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 25.2.1999 tarih ve E.725/K. 1131 sayılı kararı (Deynekli-Kısa, s. 200). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 19.12.1991 tarih ve E. 54/K. 52 sayılı kararı (YKD, 1992/3, s. 424).

4949 sayılı Kanun'la ise doktrinindeki ilk görüş doğrultusunda düzenleme yapılmış ve ihtiyaten haczedilen bir mal ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir başka alacaklı tarafından bu Kanun'a veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ihtiyati haciz alacaklısının kesin hacze ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindeki şartların varlığı halinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak edeceği öngörülmüştür (İİK m. 268/I). İİK m. 268/I'de geçen "diğer kanunlar" ibaresine amme alacaklarının takip ve tahsilini düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un da girdiği açıktır. Dolayısıyla, ihtiyati haciz alacaklısının ihtiyati haczin uygulanmasından sonra konulan kesin hacze hangi şartlarla iştirak edebileceği sözü geçen kanun değişikliğiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

İİK m. 268/I'de yapılan bu değişikliğin ihtiyati haciz alacaklılarının hacze iştirak şartlarını güçleştirdiği aşikardır. Halbuki, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, İİK m. 268/I hükmü alacakları özel hukuktan doğan alacaklıların hacze iştirak başvuruları bakımından önemli bir fonksiyona sahipti. Zira, İcra ve İflas Kanunu'nda hacze adi (takipli) iştirakin çok sıkı şartlara bağlanmış olması (İİK m. 100), özel hukuk alacaklılarının hacze iştirak kurumundan yararlanmalarını zorlaştırdığı için, bu alacaklılar uygulamada çoğunlukla İİK m. 268/I hükmünden yararlanmak suretiyle hacze iştirak ediyorlardı. İhtiyati haciz alacaklısının kesin hacze İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindeki şartların mevcudiyeti halinde iştirak edebileceğinin açıkça öngörülmesi, özel hukuk alacaklılarının hacze iştirak başvurularında önemli bir yer teşkil eden bu yolun kullanılmasını son derece güçleştirmiştir. Ortaya çıkan bu durum dolaylı olarak amme alacaklılarının yararına sonuç doğuracaktır. Amme alacaklılarının İcra ve İflas Kanunu'na göre konulan hacizlere ne şekilde iştirak edecekleri AATUHK m. 21/I'de gösterilmiştir. Bu hükme göre; "Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur." Görüldüğü gibi, amme alacaklılarının İcra ve İflas Kanunu'na göre konulan hacizlere iştirak edebilmeleri için özel hukuk alacaklılarından farklı olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesinde belirtilen şartları yerine getirmeleri aranmamaktadır. Bu düzenlemenin, amme alacaklılarının hacze iştiraklerini kolaylaştırdığı ve onlara özel hukuk alacaklıları karşısında önemli bir avantaj sağladığı aşikardır. İİK m. 268/I'de yapılan değişiklik ise, amme alacaklılarının sahip oldukları bu avantajı iyice pekiştirmiştir. Çünkü, ihtiyati haciz alacaklılarının kesin hacze İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan şartların mevcudiyeti halinde iştirak edebileceklerinin öngörülmesi, özel hukuk alacaklılarının önceki durumun aksine İİK m. 268/I hükmüne başvurmalarını da son derece zorlaştırmış; böylece, AATUHK m. 21/I'e dayanma imkanı olan kamu alacaklıları özel hukuk

alacaklıları karşısında daha da avantajlı konuma kavuşmuşlardır. Onun için, kanun değişikliğiyle birlikte kamu alacaklıları ile özel hukuk alacaklıları arasında hacze iştirak bakımından zaten mevcut olan eşitsizliğin daha da derinleşeceği ve bundan böyle, mahcuz malın satışından elde edilen paranın bütün alacaklılara yetmediği durumlarda kamu alacaklılarının alacaklarını daha fazla tahsil etme imkanı bulabilecekleri söylenebilir.

İİK m. 268/I'de yapılan değişiklik amme alacaklılarıyla ilgili tartışmalı bir konuya da açıklık kazandırmıştır. 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, ihtiyaten haczedilen bir mal üzerine bilahare amme alacağı için kesin haciz konulursa, ihtiyati haciz alacaklısının amme alacaklısının koydurduğu hacze iştirak edip edemeyeceği doktrinde tartışmalı idi. Doktrindeki bazı yazarlar, 6183 sayılı Kanun m. 21'in lafzından hareketle ihtiyati haciz alacaklısının sadece İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre konulan hacizlere iştirak edebileceğini; buna karşılık, amme alacaklısının koydurduğu hacze iştirak edemeyeceğini savunuyorlardı.⁸ Diğer yazarlar ise, icrai haczin kamu alacağı için konulmuş olmasının herhangi bir önemi bulunmadığını belirterek, aksi yönde görüş bildirmişlerdir.⁹ Yargıtay, önceleri doktrindeki ikinci görüş doğrultusunda kararlar verirken,¹⁰ yeni tarihli kararlarında ihtiyati haciz alacaklısının sadece İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre konulan hacizlere iştirak edebileceğini belirtmiştir.¹¹ İşte doktrinde tartışmalı olan ve Yargıtay'ın birbirine aykırı kararları bulunan bu mesele, 4949 sayılı Kanun'la açıklığa kavuşturulmuş ve İİK m. 268/I hükmünde, ihtiyaten haczedilen bir mal ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir başka alacaklı tarafından bu Kanun'a veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ihtiyati haciz alacaklısının kesin hacze İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan şartların varlığı halinde kendiliğinden

⁸ Deynekli-Kısa, s. 56.

⁹ Özekes, s. 303; Saldırım, s. 66.

¹⁰ Nitekim, Yargıtay bir kararında: "...Vergi Dairesi'nin haczi 1. 7. 1987 olup, Y. Bankası'nın ihtiyati haczi 23.6.1987'dir ve takip usulüne göre 6. 8. 1987 tarihinde icrai hacze dönüşmüştür. Bu nedenle, Vergi Dairesi ile birlikte 2. sıraya alınıp garameye iştirak ettirilmeleri gerekir..." şeklinde görüş bildirmiştir (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 3.10.1990 tarih ve E. 1957/K. 9492 sayılı kararı; Deynekli-Kısa, s. 236). Yargıtay'ın konuyla ilgili bir diğer kararı için bkz., Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 26.2.1998 tarih ve E. 8692/K. 1350 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr/ictihatlar).

¹¹ Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı şu şekildedir; "... İİK'nin 268. maddesine göre ihtiyati haciz sahibi alacaklının iştirak edebileceği haciz İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre konulan hacizdir. Kamu alacaklarından dolayı konulan hacizle ilgili iştirak düzenleyen 6183 sayılı Yasanın 21. maddesinde kamu alacağının hacze iştiraki için bir malın öncelikle kat' i olarak haczedilmiş ve paraya çevrilmemiş ve kamu alacağı için de haczedilmiş olması gerekir..." (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 4.2.1999 tarih ve E. 7673/K. 473 sayılı kararı; Deynekli-Kısa, s. 201). Yargıtay'ın konuyla ilgili diğer kararları için bkz., Uyar, *Sıra Cetveli*, s. 732, dpn. 305.

ve muvakkaten iştirak edeceği öngörülmüştür. Kanun'un gerekçesinde her ne kadar herhangi bir açıklık yoksa da,¹² madde metninde geçen "diğer kanunlar" ibaresinin 6183 sayılı Kanun'u kapsadığı açıktır. Bundan böyle, ihtiyati alacaklıları İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesinde öngörülen şartları yerine getirdikleri takdirde, AAUHK hükümlerine göre konulan kesin hacizlere iştirak edebileceklerdir. Diğer yandan, İİK m. 268/I'de yapılan değişiklikten önce gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında AATUHK m. 21/I'in kamu alacaklısının özel hukuktan doğan alacaklar için konulan hacizlere iştirakini düzenlediği; özel hukuk alacaklısının İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindeki şartları gerçekleştirse bile amme alacaklısının koydurduğu hacze iştirak edemeyeceği savunulmakta idi.¹³ Fakat, 4949 sayılı Kanun'la ihtiyati haciz koyduran özel hukuk alacaklısının İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindeki koşulları yerine getirdiği takdirde, diğer Kanun'lara ve bu çerçevede 6183 sayılı Kanun'a göre konulan hacizlere iştirak edebileceği öngörüldüğüne göre (İİK m. 268/I), doktrinde ve Yargıtay kararlarında savunulan bu görüş en azından ihtiyati haciz koyduran özel hukuk alacaklıları bakımından dayanaksız kalmıştır. Ayrıca, ihtiyati haciz koyduran özel hukuk alacaklılarının amme alacaklısının koydurduğu hacze iştirak edebilmeleri, özel hukuk alacaklıları ile amme alacaklıları arasında eşitsizlik yaratan¹⁴ bu durumun kısmen de olsa değişmesini sağlayacaktır.

İhtiyati haciz kurumu ve amme alacaklılarıyla bağlantılı olarak İİK m. 268/I'e eklenen 2. cümleye de değinmek gerekir. Sözü geçen hüküm, rehin tesis edilmeden önce ihtiyati veya icrai haciz konulması halinde amme alacağı dahil hiçbir haczin rehinden önceki hacze iştirak edemeyeceğini öngörmektedir. İİK m. 268/I, c. 2 sevk edilmeden önce, doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay amme alacaklıları için konulan hacizler bakımından tam aksi görüşü benimsiyordu. Nitekim doktrinde, AATUHK m. 21/I'in "*Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur*" şeklindeki ifadesinden hareketle, amme alacaklısının hacizden sonra rehin konulmuş olsa bile ilk hacze iştirak edebileceği ileri sürülmüştür.¹⁵ Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında, "*... Rehinli alacaklı E. Bank'ın rehinin haciz tarihinden sonra tahsis edilmesi nedeniyle haciz tarihinden önce sıra alması mümkün olmadığı gibi, bu rehin ilk hacze iştirak de edemez. Oysa*

¹² Hükümet Gerekçesi, m. 65, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

¹³ Kuru, C. I, s. 854; Deynekli-Kısa, s. 55-56. Yargıtay 19 Hukuk Dairesi'nin 14. 4. 1994 tarih ve E. 2277/K. 3783 sayılı kararı (Deynekli-Kısa, s. 299-300; Yargıtay'ın konuyla ilgili diğer kararları için bkz., Kuru, C. I, s. 854, dpn. 33).

¹⁴ Berkin, s. 270.

¹⁵ Deynekli-Kısa, s. 55.

sırasına itiraz edilen S. Vergi Dairesi'nin 14. 4. 1994 tarihli haczi rehinden sonra ise de, mahcuzun satışından evvel konulduğundan, 6183 sayılı Yasa'nın 21/1 maddesi uyarınca alacaklı M.Ü.'nin ilk haczine iştirak ettirilmesi gerekir..." ifadelerine yer vererek aynı yönde görüş bildirmiştir.¹⁶ Buna karşılık, 4949 sayılı Kanun'la yukarıda zikredilen görüş ve kararın tam aksi yönde düzenleme yapılmış ve tapu siciline güven ve aleniyet ilkesine uyum sağlamak amacıyla,¹⁷ bir mal veya hak üzerinde rehin tahsis edilmeden önce ihtiyati veya kesin haciz konulduğu takdirde, kamu alacaklılarının bu hacze iştirak edemeyecekleri öngörülmüştür (İİK m. 268/I, c. 2). AATUHK m. 21/I'de amme alacaklısının İcra ve İflas Kanunu'na göre konulan bir hacze iştirak edebilmesi için paraya çevirmeden önce başvurmasını yeterli görülmüş ve İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindekiler de dahil olmak üzere başka hiçbir şart aranmamışsa da, İİK m. 268/I, c. 2 karşısında, bundan böyle amme alacaklılarının rehin tesis edilmeden önce konulan hacizlere iştirak etmeleri mümkün olmayacaktır.

B. Mükellefiyetler Listesi Hakkında Yapılan Değişikliğin Etkileri

Paraya çevrilecek mahcuz taşınmazlar üzerindeki mükellefiyetleri artırma şartnamesinde gösterebilmek için bu yükümlülüklerin tespit edildiği bir mükellefiyetler listesi düzenlenir.¹⁸ Kanun koyucu 4949 sayılı Kanun'la mükellefiyetler listesini düzenleyen İcra ve İflas Kanunu'nun 128. maddesine yeni bir fıkra eklemiştir. Söz konusu fıkra şu şekildedir; "*Satışa çıkarılan taşınmazda eklenti niteliğinde teşvikli mal varsa icra müdürlüğü bu malların kıymetini takdir ettirir. Satıştan önce ilgili kurumlardan vergi, rehin, harç gibi yükümlülükler sorulur. Satış isteyen alacaklının talebi üzerine bu mallar satış dışında tutulabileceği gibi, üzerlerindeki vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları dikkate alınarak 129. madde hükümlerine göre taşınmazla birlikte ihale de edilebilir*" (İİK m. 128/III). Yeni getirilen bu hüküm satışa çıkarılan taşınmazın sahip olduğu teferruatların paraya çevrilmesine ilişkin esaslara açıklık getirmek amacıyla sevk edilmiştir.¹⁹ Buna göre, satışa çıkarılan taşınmazda teferruat niteliğinde teşvikli mal varsa bu malların kıymeti ayrıca takdir edilecektir.²⁰

¹⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 18.2.1995 tarih ve E. 718/K. 1733 sayılı kararı (Deyneklî-Kısa, s. 542-543).

¹⁷ Bu hükmün sevk edilmiş gerekçesi tam olarak şöyledir; "... Maddeyle rehlin tesisinden sonra haciz konulması halinde, konulan haczin rehini aşarak rehlin önündeki hacze veya ihtiyati hacze iştirak edemeyeceği esası getirilerek, tapu siciline güven ve aleniyet ilkesine uyum sağlanması amaçlanmıştır". Hükümet Gerekçesi, m. 65; TBMM S. sayısı 225 (1/550).

¹⁸ Kuru-Arslan-Yılmaz, *Ders Kitabı*, s. 363; Pekantez-Atalay-Özkes, s. 86; Üstündağ, *İcra*, s. 264.

¹⁹ Hükümet Gerekçesi, m. 34, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

²⁰ Pekantez, s. 92.

Doktrinde öteden beri, taşınmaz mal satılırken icra müdürünün bir taraftan artırmayı ilan ederken diğer taraftan da satılacak taşınmaz üzerindeki mükellefiyetleri tapu sicil müdürlüğünden sorması gerektiği kabul edilmektedir.²¹ İİK m. 128'e eklenen 3. fıkrayla da, icra müdürünün satışa çıkarılan taşınmazın teferruatı üzerinde vergi, resim ve harç gibi malın aynından kaynaklanan amme alacağı bulunup bulunmadığını ilgili kurumlardan soracağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, icra müdürü artırma şartnamesini hazırlarken yetkili vergi dairesi ile ilgili diğer kurumlardan satışa çıkarılan taşınmaza ait tahakkuk etmiş kamu alacağı bulunup bulunmadığını soracak ve teferruat üzerindeki kamu alacaklarını eksiksiz şekilde tespit etmeye çalışacaktır. Böylece, teferruatı satın almayı düşünen alıcılar ihaleye girmeden önce teferruat üzerindeki amme alacaklarından haberdar olarak, artırma sırasında buna göre hareket edebileceklerinden söz konusu düzenleme yerinde olmuştur. Bundan başka, kanun koyucu taşınmazın satışını talep eden alacaklıya bir seçim hakkı tanımış ve alacaklının teferruatı satış dışında tutabileceği gibi, üzerindeki kamu alacaklarıyla birlikte satılmasını da isteyebileceğini öngörmüştür (İİK m. 128/III, c. 3).

C. Karşılama Prensibi Hakkında Yapılan Değişikliğin Etkileri

4949 sayılı Kanun'la yapılan bir diğer değişiklik ise karşılama prensibiyle ilgilidir. İİK m. 115/I ve İİK m. 129/I'de yapılan değişikliklerle taşınır ve taşınmazların birinci artırmada satılabilmeleri için artırma bedelinin mahcuz malın tahmin edilen kıymetinin %60'ını bulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu oran Kanun'un önceki metninde %75 olarak öngörülmekte idi. İcra ve İflas Kanunu'nda sözü geçen değişiklik yapılırken, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da bu konuda yeni bir düzenleme yapılmamış ve birinci artırma için öngörülen oran önceden olduğu gibi %75 olarak korunmaya devam edilmiştir (AATUHK m. 87; 94). Bugün, İcra ve İflas Kanunu ve 6183 sayılı Kanun karşılama prensibi bakımından birinci artırmada farklı oranlar öngörmektedirler. Bundan böyle, bir taşınır veya taşınmaz özel hukuktan doğan bir alacak için haczedilir ve bilahare satışı talep edilirse artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %60'ını, aynı mal kamu hukukundan doğan bir alacak için haczedilir ve satışı istenirse malın tahmin edilen kıymetinin %75'ini bulması gerekecektir. Bir başka deyişle, taşınır veya taşınmazların birinci artırmada asgari hangi orana ulaşıldığı takdirde satılacakları haczin dayanağını teşkil eden alacağa göre farklılık arz edecektir.

²¹ Kuru, C. II, s. 1290.

İcra ve İflas Kanunu ile 6183 sayılı Kanun'un karşılama prensibi yönünden birinci artırmada farklı oranlar öngörmeleri amme alacaklılarının alacaklarını her zaman aynı oranda tahsil edememeleri sonucunu da doğuracaktır. Nitekim, özel hukuktan doğan bir alacak için kesin haciz konulduktan sonra amme alacaklısı bu hacze iştirak ederse (AATUHK m. 21) mahcuz mal İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre satılacağından, birinci artırmada artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %60'ını bulması yeterli olacaktır (İİK m. 115/I ve İİK m. 129/I). Amme alacaklısı bu ihtimalde ilk haczi koyduran özel hukuk alacaklısıyla birlikte mahcuz mal veya hakkın muhammen bedelinin %60'ı üzerinden tatmin edilecektir. Buna karşılık, aynı mal veya hak üzerine önce amme alacağı için haciz konulursa, ki bu hacze özel hukuk alacaklılarının iştiraki mümkün değildir,²² mahcuz mal 6183 sayılı Kanun hükümleri gereğince satılacak ve birinci artırmada artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %75'ini bulması gerekecektir (6183 Sayılı Kanun m. 94). Dolayısıyla, amme alacaklısının alacağını "aynı malın satışından" birinci artırmada hangi oranda tahsil edebileceği satışın tabi olduğu Kanun'a göre farklılık arz etmektedir. Bir diğer deyişle, "satışa çıkarılan mal ve alacağın niteliği" değişmediği halde, karşılama prensibi yönünden ayrı oranlar öngörülmesi amme alacaklısının alacağını farklı miktarlarda tahsil etmesine neden olmaktadır. Ortaya çıkan bu durumun amme alacaklıları bakımından bir belirsizlik yaratacağı açıktır. O itibarla, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce olduğu gibi, karşılama prensibinin gerek İcra ve İflas Kanunu gerekse Amme Alacaklılarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun bakımından yeknesak biçimde uygulanması daha yerinde olacaktır. Bunun için ise 6183 sayılı Kanun'da, İİK m. 115/I ve İİK m. 129/I hükümlerine paralel değişiklikler yapılarak taşınır ve taşınmazların birinci artırmada satılabilmeleri için artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %60'ını bulması gerektiği öngörülebilir.

III. KÜLLİ İCRA YOLUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN AMME ALACAKLARININ TAHSİLİNE ETKİLERİ

A. Mevcut Takiplerin Durmasını ve Yeni Takip Başlatılamamasını Öngören Düzenlemelerin Etkileri

1. Genel Olarak

Ödeme güçlüğü içindeki işletmeleri iflas ettirmek yerine onları yeniden yapılandırmak ve bu suretle ekonomiye kazandırmak son yıllarda

²² Deynekli-Kısa, s. 55 vd.; Kuru, C. I, s. 854. Fakat, amme alacaklısından önce ihtiyati haciz koyduran özel hukuk alacaklıları İİK m. 100'deki şartları yerine getirdikleri takdirde bu hacze iştirak edebileceklerdir (İİK m. 268, c. 1). Bu konuyla ilgili olarak bkz., yukarıda II, A.

birçok ülkede kabul gören bir eğilimdir.²³ Türk kanun koyucusu da bu eğilimi takiben, gerek 4949 gerekse 5092 sayılı Kanun'da mali bakımdan güç durumdaki işletmelerin ekonomik mevcudiyetlerini sürdürebilir hale gelmeleri için bazı düzenlemeler sevk etmiştir. 4949 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yer alan şu ifadeler kanun koyucunun bu konudaki saikini açıkça ortaya koymaktadır; "... Böylece, Tasarı'yla mali sıkıntı içinde bulunup da, yeniden yapılandırılmaları halinde yaşaması mümkün olan işletmelere, faaliyetlerini verimli bir şekilde sürdürebilecekleri bir ortamın sağlanması; bu şekilde ticari faaliyetlerin sürdürülmesi ve genişlemesi yoluyla, tedarikçi ve alıcı durumunda olan diğer işletmelere veya kişilere istihdam ortamı yaratılması; böylece, sonuçta, kapasite kullanımının artırılması olanağı sağlanmak istenmiştir..."²⁴ 4949 sayılı Kanun'la mali bakımdan zor durumdaki işletmelerin içinde buldukları darboğazdan çıkabilmeleri için öngörülen tedbirlerden birisi, konkordato mühleti sırasında ve iflasın ertelenmesi kararıyla birlikte borçlu aleyhine daha önce başlatılan icra ve iflas takiplerinin durması ve borçluya karşı yeni takip yapılamamasıdır. Kanun koyucu 5092 sayılı Kanun'la ise, uzlaşma suretiyle borçlarının yeniden yapılandırılması için mahkemeye başvurulması ve talebin mahkemece yerinde görülmesi halinde, mahkemenin önceden borçluya karşı başlatılan icra takiplerinin ara dönem için durdurulmasına ve yeni icra takibi yapılmasının önlenmesine karar verebileceğini açıkça kabul etmiştir (İİK m. 309ö/III, c. 1). Borçlunun faaliyetlerini verimli şekilde sürdürmesini ve içinde bulunduğu ekonomik krizden kurtulmasını amaçlayan bu hükümlerin bazılarında 6183 sayılı Kanun'a açıkça atıfta bulunulurken (İİK m. 179b/I; 289/I), diğerlerinde genel olarak "takiplere" atıf yapılmakla yetinilmektedir (İİK m. 318/III; 309ö/III). Bu başlık altında, sözü edilen hükümlerin çoğu zaman yüksek miktarlara ulaşan ve bu yüzden borçlular için önemli bir yük teşkil eden amme alacaklarının tahsili üzerinde ne gibi etki ve sonuçlar doğuracağı ayrı ayrı incelenecektir.

2. Konkordato Mühleti Hakkında Yapılan Değişikliğin Etkileri

Borçlu veya alacaklının konkordato talebini alan icra mahkemesi yanında öngörülen şartların mevcudiyeti halinde (İİK m. 286) borçluya en fazla 3 aylık bir konkordato mühleti verir (İİK m. 287).²⁵ Konkordato mühleti

²³ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., "Türk, İngiliz ve ABD Hukuku'nda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Uygulama Örnekleri", İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Ortak Çalışması, İstanbul 1993.

²⁴ Hükümet Gerekçesi, Genel Gerekçe, TBMM S. sayısı 225 (1/550). Kanunlaşma süreciyle ilgili eleştiriler için bkz., Üstündağ, *İflas* (Ek), s. 3 vd.

²⁵ Bu mühlet en fazla iki ay uzatılabilir (İİK m. 287/VI).

verilmesi gerek borçlu gerekse alacaklılar bakımından birtakım sonuçlar doğurur. Konkordatonun alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar İİK m. 289'da düzenlenmiş olup, 4949 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan bu hüküm amme alacaklarını da yakından ilgilendirmektedir. Kanun değişikliğinden önce İİK'nun 289. maddesinin metninden²⁶ amme alacaklarının tahsili için konkordato mühleti sırasında takip yapıp yapılamayacağı açıkça anlaşılammamakta idi. Bu durum mahkeme kararlarına da yansımış ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesine neden olmuştur. Gerçekten, Danıştay konuyla ilgili bir kararında, konkordato mühleti içinde borçluya karşı amme alacaklarından dolayı takip yapılabileceğine hükmetmiştir. Danıştay söz konusu kararında; "...İcra ve İflas Kanunu'nun 303. maddesi de, tasdik edilen konkordatonun tüm alacaklılar için zorunlu olduğunu rehinli alacaklıların rehin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile Devlet'in kamu hukukundan doğan alacaklarının ayrık olduğunu hükme bağlamıştır. Bu hükümler karşısında vergi dairesi konkordato hükümlerine uymaksızın borçluya takip yetkisine sahip bulunduğundan, kamu alacaklarının tahsili için borçlu şirkete ait otobüslerin haciz yoluyla satılması ve bedelinden kamu alacağının karşılanması yoluna gidilmesinde bir kanunsuzluk görülmemiştir" şeklinde hüküm vermiştir.²⁷ Buna karşılık, Yargıtay eski tarihli bir kararında; "... İİK'nun 289. maddesi hükmü ile konkordato mühleti içinde kamu hukukundan doğan alacaklarla rehinli alacaklar müstesna her türlü takip men edilmiştir..." demek suretiyle konkordato mühleti içinde amme alacaklarının tahsili için takip yapılabileceğini kabul ederken,²⁸ daha yeni tarihli bir kararında "... İİK'nun 289. maddesi hükmüne göre rehinli alacaklar ile 206. maddenin 1. sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla yapılan takipler müstesna olmak üzere mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz..." ifadesine yer vererek aksi görüşü benimsemiştir.²⁹ Görüldüğü gibi, konkordato mühleti sırasında amme alacakları için takip yapıp yapılamayacağı hususunda yargı kararları arasında tutarlılık bulunmamakta idi. Bu mesele doktrinde de tartışma konusu olmuştur. Doktrindeki bir yazar, Danıştay'ın yukarıda zikredilen kararını eleştirerek, amme alacaklarının İİK m. 289'da sayılan istisnalar arasında yer almadığını; amme alacaklarının imtiyazlı olmakla birlikte, İİK m. 289/II'de sadece birinci sıradaki imtiyazlı alacakların yasaktan istisna edildiğini; AATUHK m. 101'den de aksi bir anlam

²⁶ 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişikliktan önce İİK m. 289/I: "Rehinli alacaklar müstesna olmak üzere, mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur..." hükmünü içermekte idi.

²⁷ Danıştay 7. Dairesi'nin 16. 10. 1968 tarih ve E. 247/K. 1684 sayılı kararı (Kuru, C. IV, s. 3658).

²⁸ Yargıtay İİD'nin 27. 6. 1968 tarih ve E. 6584/K. 6730 sayılı kararı (Altay, Konkordato, s. 550).

²⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 26. 1. 1993 tarih ve E. 11960/K. 1317 sayılı kararı (Uyar, İİK, s. 8342).

çıkarılmayacağı belirterek, konkordato mühleti içinde borçluya karşı amme alacaklarından dolayı takip yapılamayacağını savunmuştur.³⁰ Aksi görüşteki bir yazar ise, AATUHK m. 101'in yeterince açık olduğunu; İİK m. 289 hükmünün AATUHK m. 101'e tercihen uygulanamayacağını, çünkü AATUHK m. 101'in kamu düzenine ilişkin özel bir hüküm olduğunu belirterek, konkordato mühleti içinde amme alacakları için takip yapılabileceğini savunmuştur.³¹ Netice olarak, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle bu konudaki tartışmalara son verilmiş ve İİK m. 289/I'de "*Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur...*" hükmüne yer verilerek, Yargıtay'ın yeni tarihli içtihatları doğrultusunda, konkordato mühleti içinde 6183 sayılı Kanun'a göre icra takibi yapılamayacağı ve önceden başlatılan takiplerin duracağı açıkça kabul edilmiştir.

Kanun koyucu İİK m. 289/I'de yapılan değişikliğin gerekçesini; "*... Özellikle mühlet içinde 6183 sayılı Kanun kapsamına giren takiplerin yapılamayacağı belirtilmiştir. Zira, borçluya bu imkan tanınmadığı takdirde konkordatonun başarıya ulaşması hemen hemen imkansızlaşabilecektir...*" ifadesiyle açıklamaktadır.³² Amme alacaklarının (örneğin vergi borçları, sosyal sigorta prim borçları vs.) mali bakımdan güç duruma düşen borçluların pasifinde önemli bir yer teşkil ettiği bilinen bir gerçektir. Konkordato mühleti verilmesinin amacı, borçlunun alacaklılarıyla konkordato yapabilmesi ve konkordatoyu mahkemede tasdik ettirebilmesi için uygun bir ortam sağlamaktır. Bu amaca ulaşılabilmesi için her şeyden önce borçluya karşı yeni takip yapılamaması ve önceden başlatılan takiplere devam edilememesi gerekir.³³ Burada, özel hukuktan doğan alacaklar ile kamu hukukundan doğan alacaklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamalıdır. Aksi takdirde, borçluya konkordato mühleti verilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. O itibarla, 4949 sayılı Kanun'la İİK m. 289/I'de yapılan değişiklik konkordato mühleti kurumunun amacına uygun ve bu konudaki tereddütleri bertaraf eden yerinde bir düzenleme olmuştur.

İİK m. 289/I'de öngörülen takip yasağı özel kanunlarındaki yetkiye dayanılarak 6183 sayılı Kanun'a göre takip yapılan hallerde de uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda, Bankalar Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tanınan yetki zikredilebilir. 5020 sayılı Kanun'la değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na ait

³⁰ Kuru, C. IV, s. 3658; Aynı yönde, bkz., Buruloğlu-Reyna, s. 36; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 67, dn. 27.

³¹ Altay, *Konkordato*, s. 186, dpn. 6; Aynı yönde bkz., Özbalcı, s. 855.

³² Hükümet Gerekçesi, m. 72, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

³³ Ulukapı, s. 39.

bazı alacaklar hazine alacağı olarak kabul edilmiş (Bankalar Kanunu m. 15/III, c. 2; m. 15/VII, b ve m. 15a/I, II) ve Fon'un bu alacakların tahsili için 6183 sayılı Kanun'a göre takip yapabileceği öngörülmüştür. Bankalar Kanunu'nda, Fon'un 6183 sayılı Kanun'a göre yaptığı veya yapacağı takiplerin konkordato mühleti verilmesinden etkilenmeyeceğine dair açık bir hükme ise yer verilmemiştir. Dolayısıyla, 4949 sayılı Kanun'la değişik İİK m. 289/I karşısında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun da konkordato mühleti içinde borçluya karşı 6183 sayılı Kanun'a göre takip başlatması ve önceden başlattığı takiplere devam etmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda konkordato mühleti için yapılan açıklamalar 4949 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'na yeni ithal edilen malvarlığının terki suretiyle konkordato bakımından da geçerlidir. Çünkü, İcra ve İflas Kanunu'nda adi konkordatoya ilişkin İİK m. 285-308 hükümlerinin niteliğine aykırı düşmedikçe malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da kıyasen tatbik edileceği öngörüldüğünden (İİK m. 309/1), malvarlığının terki suretiyle konkordato talebinde bulunulmasından konkordatonun tasdikine kadar olan süreçte, adi konkordatoya ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir (İİK m. 303/II). Borçlu malvarlığının terki suretiyle konkordato talebinde bulunduğu takdirde kendisine adi konkordatoda olduğu gibi en fazla 3 aylık bir konkordato mühleti verilecek ve konkordato mühleti, borçlu ve alacaklılar için adi konkordatoyla aynı sonuçları doğuracaktır. O itibarla, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun'a göre yeni takip yapmak veya önceden başlatılan takiplere devam etmek mümkün olmayacaktır.

3. İflasın Ertelenmesi Hakkında Yapılan Değişikliklerin Etkileri

İcra ve İflas Kanunu'nda sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borca batık olması zorunlu bir iflas sebebi olarak düzenlenmiştir (İİK m. 179/I, c. 1). Sermaye şirketleri ve kooperatifler için öngörülen ve doğrudan doğruya iflas sebebi teşkil eden bu hüküm esas itibarıyla alacaklıların menfaatini korumaya yöneliktir. Bununla birlikte, ticaret mahkemesi belli koşulların mevcudiyeti halinde borca batık haldeki bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflasına karar verilmesini erteleyebilir (İİK m. 179/I, c. 2, 3). TTK m. 324/II'de iflasın ertelenmesi sadece anonim şirketler için öngörüldürken, 4949 sayılı Kanun'la bütün sermaye şirketleri ve kooperatifler için genel bir hükme kavuşturulmuştur.³⁴

³⁴ Fritzsche-Walder, s. 26; Atalay, *İflasın Ertelenmesi*, s. 49.

İİK m. 179-b hükmünde iflasın ertelenmesi kararının etkileri düzenlenirken, bu kararın takipler üzerindeki etkisine de açıkça değinilmiştir. 4949 sayılı Kanun'la yeni getirilen İİK m. 179-b/I; "Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur..." hükmünü içermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, erteleme kararıyla birlikte bütün takiplerin duracağına kanunda açıkça öngörülmesi bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırdığı için yerinde bir düzenleme olmuştur.³⁵ 4949 sayılı Kanun'un kabulünden önce erteleme kararının takipler üzerindeki etkisi hakkında pozitif bir düzenleme bulunmaması, özellikle 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takiplerin durdurulup durdurulamayacağı hususunda tereddüt duyulmasına neden olmuştur.³⁶ Yeni getirilen İİK m. 179-b/I bu konudaki duraksamaları tamamen ortadan kaldırmıştır. Ayrıca, erteleme kararının etkileri düzenlenirken özel hukuktan doğan alacaklar ile kamu hukukundan doğan alacaklar arasında herhangi bir ayırım yapılmaması ve erteleme kararının 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler bakımından da tatil etkisine sahip olduğunun açıkça belirtilmesi (İİK m. 179-b/I),³⁷ iflasın ertelenmesi kurumunun sevk edilmiş amacına da uygun olmuştur. Zira, bu kurumun amacı borca batık durumdaki şirketlerin malvarlığını korumak ve şirketlerin ticari faaliyetlerine devam edebilir hale gelmelerini sağlamaktır. Halbuki, vergiler, gecikme zamları, sosyal sigorta prim borçları gibi amme alacakları borca batık durumdaki borçlular için çoğu zaman önemli bir yük teşkil eder. İflasın ertelenmesi kararına rağmen amme alacaklarının tahsili için takip yapılabileceği ve önceden başlatılan takiplere devam edilebileceği kabul edilirse, amme alacaklıları borçlunun malvarlığını haczettirebilecek ve neticede malvarlığının bir bölümünü veya tamamını kaybeden borçlunun iflasına hükmetmek gerekecektir.³⁸ O nedenle, iflasın ertelenmesi kararının 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler için tatil etkisine sahip bulunduğu kanunda açıkça öngörülmesi, ödeme güclüğü içindeki şirketlerin malvarlıklarını koruyabilmeleri ve uzun vadede faaliyetlerini devam ettirebilmeleri açısından önemli bir katkı sağlayacaktır.

Kanunda, erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun'a göre yapılanlar da dahil olmak üzere bütün takiplerin duracağı belirtilmiştir-

³⁵ Altay, *İflas*, s. 494.

³⁶ Öztek, s. 739.

³⁷ 4949 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu hükmün konuluş nedeni şöyle açıklanmaktadır: "... Bu bağlamda devlet alacakları bakımından da 6183 sayılı Kanun uyarınca başlatılmış bulunan takiplerin durması kuralı kabul edilmiş, bu açıdan devlet alacakları ile diğer alacaklılar arasında bir ayırım yapılmamıştır..." Hükümet Gerekçesi, m. 52, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

³⁸ Atalay, *İflasın Ertelenmesi*, s. 88.

tir. Fakat, mevcut hacizlerin durumunun ne olacağı hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yargıtay yeni tarihli bir kararında; "...*Takiplerin durması takibin bulunduğu aşamada kalması anlamında olup, hacizlerin kaldırılması anılan fıkra hükmüne aykırıdır...*" şeklinde görüş bildirmiştir.³⁹ Gerçekten, kanunun açık hükmü karşısında hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi mümkün gözükme de, borçlu işletmenin durumu iyileşecekse, mahcuz mallar üzerindeki hacizlerin başka mallar üzerinde devam etmesi veya borçlunun, mahcuz mallar yerine teminat göstermesine izin verilmesi düşünülebilir. Öte yandan doktrinde, mahkemenin bazı hallerde erteleme kararıyla birlikte muhafaza tedbirlerinin kaldırılmasına karar verebileceği savunulmaktadır. Ekonomik durumun iyileşmesi, borçlunun muhafaza altına alınan bazı mallar üzerinde tasarruf etmesine bağlı ise, durum bu şekildedir.⁴⁰

Kanun'da iflasın ertelenmesi kararı üzerine 6183 sayılı Kanun'a göre yeni takip yapılamayacağı ve önceden başlatılan takiplere devam edilemeyeceği kabul edilirken, rehinli alacaklar ve 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklar takip yasağından istisna edilmiştir (İİK m. 179-b/II).⁴¹ Bu düzenleme, iflasın ertelenmesi kurumunun amacıyla çeliştiği gibi, alacaklılar arasındaki eşitliği de bozmaktadır.⁴² Öncelikle, sosyal düşüncelerle de olsa işçi alacaklılarına böyle bir ayrıcalık tanınması iyileştirme tedbirlerinin akamete uğramasına neden olabilecektir. Buna ilaveten, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplerde muhafaza tedbirlerinin alınamaması ve satış yapılamaması da, rehinli alacaklara tanınan ayrıcalığı haklı göstermeye yeterli değildir.⁴³ Nitekim, ödeme güclüğü içindeki borçlular için bir ekonomik iyileştirme aracı olarak kullanılabilecek başka kurumlarda bu türden istisnalara yer vermediği tespit edilmektedir. Örneğin kanun koyucu, fevkalade mühlet talebinde bulunulduğunda borçluların takiplerin yarattığı baskıdan kurtulabilmeleri için tedbir yoluyla takiplerin durdurulmasına karar verilebileceğini düzenlerken, rehinli alacaklar ve 206. maddenin bi-

³⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 8. 7. 2004 tarih ve E. 3011/K. 8154 sayılı kararı (*Legal Hukuk Dergisi*, 2004 Eylül, s. 2705).

⁴⁰ Türk, s. 317 vd.

⁴¹ Hükümetin teklif ettiği metinde, erteleme kararı üzerine "taşınmaz ve ticari işletme rehniyle" temin edilen alacakların tahsili için takip yapılabileceği kabul edildiği halde, adalet komisyonunda "taşınmaz" kelimesinin başına "taşınır" kelimesi de eklenmiş ve böylece iflasın ertelenmesi kararından etkilenmeyen rehinli alacakların kapsama genişletilmiştir. Ayrıca, hükümetin teklif ettiği metinde kıdem tazminatlarını konu alan takipler istisnalar dışında tutulurken, adalet komisyonu tarafından teklif edilen ve daha sonra yasalaşan metinde kıdem tazminatları da fıkra kapsamına alınmıştır. Adalet Komisyonu Raporu, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

⁴² Atalay, *İflasın Ertenilmesi*, s. 85.

⁴³ Türk, s. 320-322. İİK m. 206/I'de sayılan alacakların tahsili için takip yapılabilmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Atalay, *İflasın Ertenilmesi* (TBB Tebliği), s. 96.

rinci sırasındaki alacaklar ile kamu alacakları arasında yukarıda zikredilen türden bir ayırma gitmemiştir. Halbuki, gerek iflasın ertelenmesi gerekse fevkalade mühlet kurumunda takiplerin durdurulmasının amacı birbirinden çok farklı değildir. Bunun gibi, uzlaşma suretiyle borçların yeniden yapılandırılması için başvurulduğunda projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ara dönem için durdurulmasına karar verilebileceği öngörülürken de, yukarıda zikredilen alacaklar ile kamu alacakları arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. O nedenle, iflasın ertelenmesi kararı üzerine uygulanan takip yasağı yönünden de alacaklar arasında herhangi bir ayırma gidilmemesi daha isabetli olurdu.

4. Fevkalade Mühlet Hakkında Yapılan Değişikliklerin Etkileri

Ekonomik buhran yangın, yer sarsıntısı, yer kayması ve savaş hali gibi durumlar nedeniyle kusuru olmaksızın borçlarını ödeyemeyen borçlulara borçlarını ödeyebilmeleri için verilen süreye fevkalade mühlet denilir (İİK m. 317 vd.).⁴⁴ 4949 sayılı Kanun'la fevkalade mühlet kurumuyla ilgili bazı yeni düzenlemeler getirilmiş olup, bunlardan İİK m. 318/III amme alacaklarını da yakından ilgilendirmektedir. Kanun'a yeni ithal edilen bu hüküm şu şekildedir; *"Dilekçenin verilmesinden sonra icra mahkemesi 326. maddede öngörülen alacaklar hariç, tedbir yoluyla derdest takipleri durdurabilir. İcra mahkemesi takiplerin durdurulması süresinin favkalade mühletten indirilip indirilemeyeceğini ve indirilecekse ne ölçüde indirileceğini belirler..."* (İİK m. 318/III, c. 1). Görüldüğü gibi, kanun koyucu fevkalade mühlet içinde derdest *"takiplerin"* durdurulup durdurulmayacağını icra mahkemesinin takdirine bırakmıştır. Sözü geçen hükmün kaynağını İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun aynı yöndeki düzenlemesi teşkil etmektedir (İsv. İİK m. 338/IV).

İİK m. 318/III'de sadece *"derdest takiplerin durdurulabileceği"* belirtilmekle yetinilmiş; 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takiplerin durdurulup durdurulamayacağı ise, amme alacakları için takip yasağı öngören diğer hükümlerin aksine (İİK m. 179-b/I; m. 289/I; m. 309ö/III) Kanun'da açıkça ifade edilmemiştir. Burada, *"takip"* deyiminin sadece İcra ve İflas Kanunu'na göre yapılan takipleri kapsadığı, aksi takdirde diğer hükümlerde olduğu gibi açıkça 6183 sayılı Kanun'a atıf yapılacağı ileri sürülebilirse de, hükmün sevk edilmiş gerekçesi icra mahkemesinin 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipleri de durdurmaya yetkili olduğuna işaret etmektedir. İİK m. 318/III'ün konuluş gerekçesi şu şekildedir; *"... Böylece fevkalade mühlet talebi bir karara*

⁴⁴ Kuru, C. IV, s. 3918.

⁴⁵ Hükümet Gerekçesi, m. 86, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

*bağlanıncaya kadar borçlunun icra ve iflas takiplerini yarattığı baskıdan geçici bir süre için kurtularak, yeniden yapılanmak ve ekonomik varlıklarını devam ettirmek amacıyla gerekli teşebbüslerde bulunma imkanını elde etmeleri istenmiştir ...*⁴⁵ Kanun koyucu bu hükümle fevkalade mühlet talep eden borçlunun borçlarını ödeyebilir duruma gelebilmesi için öncelikle aleyhindeki takiplerin durması gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, bir taraftan icra mahkemesine borçlu aleyhinde başlatılan takipleri durdurma yetkisi verip, diğer taraftan 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipleri bu hükmün kapsamı dışında bırakmak İİK m. 318/III, c. 1'in sevk ediliş amacıyla bağdaşmaz. Bununla birlikte, icra mahkemesinin 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takiplerin de durdurulmasına karar verebileceği kanunda açıkça belirtilse idi daha yerinde olurdu. Benzer şekilde, konkordato mühleti sırasında amme alacakları için takip yapılıp yapılamayacağına kanundan açıkça anlaşılamaması (İİK m. 289/I), doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine ve mahkeme kararları arasında birlik sağlanamamasına neden olmuş ve neticede bu konunun 4949 sayılı Kanun'la açıklığa kavuşturulması gerekmiştir.⁴⁶

Fevkalade mühlet kurumu hakkında yapılan ve amme alacaklarını da etkileyen bir diğer değişiklik ise, mühlet sırasında uygulanan takip yasağıyla ilgilidir. İİK m. 323 hükmü, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce fevkalade mühlet içinde İİK m. 206'da birinci sıraya giren maaş ve ücret alacakları, nafakalar, rehinli alacaklar hariç borçlu aleyhinde hiçbir takip yapılamayacağını öngörmekte idi. Doktrinde ise, bu hükmün fevkalade mühlet sırasında borçlu aleyhine hiçbir icra ve iflas takibi yapılamayacağı ve evvelce başlayan takiplere devam edilemeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiği; 538 sayılı Kanun sevk edilirken "*evvelce yapılmış takipler durur*" deyiminin İİK m. 323 hükmüne eklenmesinin unutulduğu ileri sürülmüş idi.⁴⁷ Halbuki, İİK m. 323'de yapılan değişiklikle mehz Kanunu takiben (İsv. İİK m. 343/I, c. 1) fevkalade mühlet içinde borçluya karşı takip yapılabileceği kabul edildiği gibi, bu takiplere hacze veya depo emrine kadar devam edilebileceği de açıkça öngörülmüştür (İİK m. 323/I, c. 1).⁴⁸ Kanaatimizce, İİK m. 323/I'de geçen "*takip*" deyiminin 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipleri de kapsadığı ve bu değişikliğin amme alacaklarının tahsili için fevkalade mühlet sırasında yeni icra ve iflas takibi yapma ve önceden başlatılan takiplere devam etme yolunu açtığı kabul edilmelidir. Çünkü, alacağı özel hukuktan doğan alacaklılara fevkalade mühlet süresi içinde yeni takip yapma ve önceden başlattıkları takiplere devam etme

⁴⁶ Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., yukarıda III, A, 2.

⁴⁷ Kuru, C. IV, s. 3922.

⁴⁸ Kanun'un bu hükmünün fevkalade mühlet süresi verilmeden önce borçlu aleyhine başlatılan takipler için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde, fevkalade mühlet verildikten sonra başlatılan takiplere ayrıcalık tanınmış olur.

yetkisi verip, kamu alacaklılarını bu haktan mahrum etmenin haklı bir gerekçesi yoktur. Aksi halde, özel hukuk alacaklıları fevkalade mühlet sırasında daha önceden başlattıkları takiplere devam ederek borçlunun mallarına haciz koydururken, amme alacaklılarının takipleri olduğu yerde duracaktır. Bu durum, amme alacaklıları ile özel hukuk alacaklıları arasında eşitsizlik yaratır. Zira, fevkalade mühlet süresi sonunda borçlu borcunu ödeyemezse özel hukuk alacaklıları bu arada haczettirdikleri malların satışını talep ederken, amme alacaklıları ancak şartları varsa bu hacizlere iştirak edebilecek, aksi takdirde alacaklarını kısmen veya tamamen tahsil edemeyeceklerdir. O itibarla, İİK m. 323/1'de geçen "takip" deyiminin 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılan takipleri de kapsadığı; amme alacaklılarının fevkalade mühlet içinde borçluya karşı takip yapabileceği ve bu takiplere hacze veya depo emrine kadar devam edilebileceğinin kabulü menfaatler dengesine uygun olacaktır.

5. Uzlaşma Suretiyle Borçların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Hükümlerin Etkileri

Ekonomik varlıklarını devam ettirmesi mümkün olan sermaye şirketleri iktisadi koşullardaki beklenmedik değişiklikler yüzünden muaccel para borçlarını ödeyemedikleri takdirde faaliyetlerini durdurmak zorunda kalabilirler. Ödeme güçlüğü içine düşen şirketlerin faaliyetlerini durdurmaları borçlu şirketin iflasına, alacaklıların alacaklarını tahsil edememelerine, çalışanların işlerini kaybetmelerine neden olur ve neticede ülke ekonomisi bu durumdan olumsuz şekilde etkilenir. O itibarla, mali bakımdan güç durumdaki şirketlerden ekonomik varlıklarını devam ettirebilecek olanların yeniden yapılandırılması bütün ilgililerin menfaatine olduğundan, İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 21. 2. 2004 tarih ve 5092 sayılı Kanun'la "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" kurumu kabul edilmiştir.⁴⁹

Buna göre, muaccel para borçlarını ödemeyecek veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyecek durumda olan ya da böyle bir duruma düşeceği hususunda kuvvetli emareler bulunan sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanabilmek için, projeden etkilenen ve belli oranda alacağına sahip olan alacaklılarıyla bir proje üzerinde anlaştıktan sonra yetkili ticaret mahkemesine müracaat etmeleri gerekmektedir (İİK m. 309m). Bunun üzerine, yetkili

⁴⁹ 5092 sayılı Kanun'a ait Hükümet Gerekçesi, Genel Gerekçe, TBMM S. sayısı 372, (1/718).

ticaret mahkemesi başvuru hakkında verilecek nihaî kararın kesinleşmesine kadar geçecek dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tüm tedbirleri almaya yetkilidir (İİK m. 309ö/II). Nitekim ticaret mahkemesi, projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili davaların 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takip ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına ve ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına ara dönem için karar verebilecektir (İİK m. 309ö/III). Kanunda takip yasağının 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipleri de kapsadığının açıkça belirtilmesi bu konuda duyulabilecek tereddütleri bertaraf etmiştir. Buna ilaveten, kanun koyucu 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takiplere herhangi bir muafiyet tanımamak suretiyle, bir taraftan mali bakımından zaten güç durumda olan borçlu şirketin ara dönemde daha da kötü duruma düşmesini önlemekte diğer taraftan da amme alacakları ile özel hukuktan doğan alacaklar arasında alacağın tahsili bakımından herhangi bir ayırım yapılmamasını sağlamaktadır.

A. Sıra Cetveli Hakkında Yapılan Değişikliğin Etkileri⁵⁰

4949 sayılı Kanun'la, hacizde ve iflasta paraların paylaşılması sırasında alacaklılara alacaklarının hangi sırada ödeneceğini gösteren İİK m. 206 hükmünde de İsviçre hukuku örnek alınarak⁵¹ değişikliğe gidilmiş ve imtiyazlı alacakların sayısı önemli ölçüde azaltılmıştır. İİK m. 206'da 5 sıra olarak düzenlenen imtiyazlı alacaklar 3 sraya indirilirken, imtiyazlı alacaklar arasında sayılan ve uygulama alanı bulunmayan bazı alacaklar kanundan çıkarılmıştır. İİK m. 206'da yapılan değişiklikler amme alacakları bakımından da bazı önemli sonuçlar doğurmuştur. Kanun değişikliğinden önce "*Devletin hazinesinden doğrudan doğruya ve bilvasıta tahsil olunan vergi ile Devlet tekliflerinden olan mütenevvi resimler*" 5. sırada imtiyazlı alacak olarak kabul edilirken, yeni getirilen düzenlemeyle bu sıra kaldırılmış ve böylece, sözü geçen amme alacakları imtiyazlı alacak sıfatını kaybetmişlerdir. İİK m. 206'da 5. sırada sayılan amme alacaklarını imtiyazsız alacaklarla aynı rejime tabi tutan bu değişikliğin kamu alacakları aleyhine bir durum

⁵⁰ İİK m. 206 hacizde düzenlenen sıra cetvelinde de uygulama alanı bulur. Fakat, İİK m. 206 Kanun'un sistematüğinde külli icraya ilişkin hükümler arasında yer aldığı için, bu çalışmada da külli icrayla ilgili alt başlık altında incelenmiştir.

⁵¹ İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda 1994 yılında kabul edilen ve 1997 yılında yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle imtiyazlı alacaklar 5 sıradan 2 sraya indirilmiş ve ayrıca, Kanun'un önceki metninde yer alan bazı imtiyazlı alacaklar kanundan çıkarılmışlardır (İsv. İİK m. 219).

yarattığı açıktır. Çünkü, söz konusu amme alacakları imtiyazlı alacaklar ödendikten sonra diğer imtiyazsız alacaklarla birlikte garameten tatmin edileceklerdir.⁵² Kanun koyucu bu değişikliğin nedenini şöyle açıklamaktadır; “... Bu bağlamda, vergi alacaklarına tanınan imtiyaz da, bu imtiyaz nedeniyle diğer (imtiyazlı olmayan) alacaklılar birçok halde alacaklarını kısmen dahi olsa tahsil edemediklerinden kaldırılmıştır...”⁵³ Vergi alacağı, gecikme zammı, sosyal sigorta prim alacağı gibi amme alacaklarının tahsili için oldukça yüksek tutarlarda icra ve iflas takipleri yapıldığı ve bu nedenle imtiyazsız alacaklıların alacaklarını kısmen veya tamamen tahsil edemedikleri bilinen bir gerçektir. Onun için, İİK m. 206’daki 5. sıranın kaldırılarak burada sayılan kamu alacaklarının imtiyazlı alacak olmaktan çıkarılması, hacizde ve iflasta paraların paylaşılması sırasında imtiyazsız alacaklara dağıtılacak payı artıracaktır. Ortaya çıkan bu durum iflas tasfiyesi bakımından dolaylı bir etkiye de sahip olabilir. Bilindiği gibi, iflas tasfiyelerinde iflas masası genelde imtiyazsız alacaklara ya hiç para dağıtamadığı ya da son derece az para dağıttığı için, imtiyazsız alacaklıların çoğunluğu, iflas tasfiyesine baştan hiç itibar etmemekte veya alacaklarını masaya yazdırmakla birlikte tasfiyenin gidişatıyla hiç ilgilenmemektedirler. Bu durum, iflas tasfiyelerine bazı alacaklı gruplarının hakim olmasına ve tasfiyeyi istedikleri gibi yönlendirmelerine neden olmaktadır. Ancak, kamu alacaklarının önemli bir bölümünün imtiyazını kaybetmesiyle birlikte, alacaklarını az da olsa tahsil etme imkanına kavuşan imtiyazsız alacaklıların bundan böyle iflas tasfiyelerinin yürütülmesine daha etkin şekilde iştirak edecekleri ve iflas tasfiyelerinin daha fazla alacaklının katılımıyla yürütüleceği söylenebilir.

Burada, İcra ve İflas Kanunu’nun 206. maddesinde yapılan değişikliğin özel kanunlarında “Devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu” belirtilen alacakların durumuna etkisinin ne olacağına da değinmek gerekir. Bu tür alacaklara, Sosyal Sigortalar Kurumu’nun alacakları (4792 sayılı Kanun m. 21/II), Bağ-Kur’un alacakları (1479 sayılı Kanun m. 17/I), Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’nun alacakları (2828 sayılı Kanun m. 31) ve Ordu Yardımlaşma Kurumu’nun alacakları (205 sayılı Kanun m. 37) örnek olarak gösterilebilir. 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce doktrindeki yazarlar sözü geçen alacakların amme alacaklarının yer aldığı İİK m. 206’nın beşinci sırasına dahil olduklarını kabul etmekte idiler.⁵⁴ İİK m.

⁵² Kanun’da, rehinli maldan alınması gereken gümrük resmi, emlak vergisi ve veraset intikal vergisi gibi amme alacaklarının rehinli alacaklardan ve İİK m. 206’da sayılan imtiyazlı alacaklardan daha önce ödeneceği yönündeki prensipte herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Söz konusu amme alacakları önceden olduğu gibi rehinli ve imtiyazlı alacaklardan önce ödenecektir.

⁵³ Hükümet Gerekçesi, m. 54, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

⁵⁴ Deynekli-Kısa, s. 614 vd.; Kuru, C. III, s. 3007-3008; Gülseven, 146.

206'nun beşinci sırasının kanundan çıkarılması özel kanunlarında "Devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu" kabul edilen alacakların durumunu etkilemiş de, bu alacakların imtiyazsız (adi) alacaklarla birlikte garameten paylaşılmaya tabi olmaları sonucunu doğurmamıştır. Zira, 4949 sayılı Kanun'la İİK m. 206'nın 3. sırası tamamen değiştirilmiş ve "özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacakların" üçüncü sırada yer alacakları öngörülmüştür. Buna göre, yukarıda örnek kabilinden sayılan ve özel kanunlarında "Devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu" kabul edilen alacaklar bundan böyle İİK m. 206'nun üçüncü sırası anlamında imtiyazlı alacak kabul edilecek ve adi alacaklardan önce tatmin edilmeye devam edileceklerdir. Netice olarak ise, kanun değişikliğinden önce adi alacakların hemen önündeki sırada yer alan söz konusu alacaklar kanun değişikliğinden sonra da sahip oldukları yeri korumuşlardır.

İİK m. 206 hükmünde yapılan değişikliklerin amme alacakları üzerindeki etkileri araştırılırken Bankalar Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerine de kısaca değinmekte fayda vardır. 5020 sayılı Kanun'la değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda bazı banka kaynaklarının başkaca bir işleme gerek kalmaksızın hazine (amme) alacağı sayılacağı kabul edilmiştir (Bank Kan m. 15/III, c. 2; m. 15/VII, b; 15 a/I, II ve m. 22/III).⁵⁵ Burada, Fon'un amme alacağı kabul edilen sözü geçen alacaklarının 4949 sayılı Kanun'la değişik İİK m. 206 karşısında sıra cetvelinde hangi sırada yer alacakları sorulabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir alacağın imtiyazlı kabul edilebilmesi için o hususta özel bir hüküm olması gerekir. Bankalar Kanunu'nda ise, Fon'un bütün alacaklarının imtiyazlı olduğuna dair bir hüküm bulunmamakta; sadece, bir bankanın iflası halinde Fon'un iki durumda imtiyazlı alacaklı olacağı öngörülmektedir. Buna göre, Fon tarafından yönetilen bir banka uygun görülecek aktif ve pasifiyle bir diğer bankaya devredildiğinde pasif aktiften fazla ise, aradaki fark Fon tarafından ödenir. Fon ödediği paranın tahsili için yönettiği bankaya karşı iflas takibi yapar ve bankanın iflasına karar verilirse, bankaya ödediği parayı imtiyazlı alacak olarak iflas masasına kaydettirebilir (Bankalar Kanunu m. 14/V, a, b). Bunun yanında, Bankalar Kanunu m. 16 gereğince bankanın iflasına karar verildiğinde, Fon, sigortaya tabi tasarruf mevduatını sahiplerine öder ve ödediği tutar için iflas masasına imtiyazlı alacaklı olarak iştirak eder.⁵⁶ Bankalar Kanunu'nda Fon alacaklarına anılan iki durumda imtiyaz tanınırken; "amme alacağı sayılan alacaklar" için böyle bir hükme yer verilmemiştir. Fon'un amme alacakları

⁵⁵ Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören Kredi Kuruluşları Kanunu Tasarısı'nda da bu konuda paralel hükümlere rastlanılmaktadır. Nitekim, Tasarı'nın 133. maddesinde Fon'a devriyle "amme alacağı" niteliği kazanan alacaklar sayılırken, 144. maddede, Fon'un hazine alacağı kabul edilen alacaklarına yer verilmektedir.

⁵⁶ Tercan, s. 29 vd.

İİK m. 206'daki imtiyazlı alacaklar arasında da yer almadığına göre, bir bankanın iflası halinde, Fon'un, Bankalar Kanunu'nda hazine alacağı sayılan alacakları için iflas masasına imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak edemeyeceği söylenebilecektir.⁵⁷

Bu konuyla bağlantılı olarak malvarlığının terki suretiyle konkordatoda düzenlenen sıra cetveline de kısaca değinilebilir. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda masaya giren mal ve hakların satışından ele geçen paranın alacaklılara ne şekilde dağıtılacağı tasfiye memurlarının düzenlendiği sıra cetveli esas alınarak belirlenir. Kanun'da, iflasta sıra cetvelini düzenleyen hükümlerin (İİK m. 230-236) malvarlığının terki suretiyle konkordatoda kıyasen uygulanacağı açıkça belirtildiğinden (İİK m. 309/d), alacaklıların sırası burada da İİK.m.206 vd. dikkate alınarak tespit edilecektir (İİK m. 309/d ve İİK m. 232, c. 2).⁵⁸ O itibarla, yukarıda iflas tasfiyesi sırasında düzenlenen sıra cetvelinde amme alacaklarının hangi sırada yer alacaklarına ilişkin açıklamalar malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da kıyasen geçerli olacaktır.

B. Tasdik Edilen Konkordatonun Hükümleri Hakkında Yapılan Değişikliğin Etkileri

Tasdik edilen konkordato kural olarak, mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğan bütün alacaklar için mecburi olmakla birlikte (İİK m. 303/I, c. 1), amme alacaklarının da dahil olduğu bazı alacaklar bu kuralın dışında tutulmuştur (İİK m. 298/I, c. 3; 303/I, c. 2). 4949 sayılı Kanun'la ise, konkordatoya tabi olmayan amme alacaklarını gösteren İİK m. 303/I, c. 2'de değişiklik yapılmış ve bu hükmün kapsamı değiştirilmiştir. İİK m. 303/I, c. 2'nin önceki metninde yer alan "*Devletin amme hukukundan doğan alacakları*" ifadesi, AATUHK m. 1'de belirtilen amme alacaklarını ve bunun yanında Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait prim alacakları gibi diğer bazı amme alacaklarını kapsamakta idi.⁵⁹ İİK m. 303/I, c. 2'nin 4949 sayılı Kanun'la değişik metni ise; "*Rehlinli alacaklıların rehlinin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile bu Kanun'un 206. maddesinin birinci fıkrasında sayılan devlet alacakları müstesnadır*" şeklindedir. Görüldüğü gibi, 4949 sayılı Kanun'la "*Devletin amme alacaklarından doğan alacakları*" yerine İİK'nın 206. maddesinin birinci fıkrasında sayılan "*gümriük*

⁵⁷ Yargıtay'ın aynı yöndeki bir kararı için bkz., Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 6.7.2004 tarih ve E. 776/K. 8105 sayılı kararı (*Legal Hukuk Dergisi*, 2004 Eylül, s. 2707- 2708).

⁵⁸ Nitekim, İsviçre hukukunda da durum aynıdır (Papa, s. 15; Federal Mahkeme'nin konuyla ilgili kararları için bkz., BGE 52 III 120; BGE 59 III 233).

⁵⁹ Altay, *Konkordato*, s. 402.

vergisi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi”nin (İİK m. 206/I) tasdik edilen konkordatonun kapsamı dışında kalacağı kabul edilmiştir.

İİK m. 303 c. 2'nin eski ve yeni metni bir arada incelendiğinde tasdik edilen konkordatoya tabi olmayan kamu alacaklarının kapsamının önemli ölçüde daraltıldığı düşünülebilir. Fakat, bu konuda kesin bir yargıya varmadan önce İİK m. 303/I, c. 2 ile AATUHK m. 101 arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Çünkü, konkordatoya tabi olmayan amme alacakları sadece İcra ve İflas Kanunu'nda değil, amme alacaklarının takip ve tahsilini düzenleyen 6183 sayılı Kanun'da da düzenlenmiştir. AATUHK m. 101 ve İİK m. 303/I, c. 2 esasen bu konuda birbirine paralel hükümler içermekte iken,⁶⁰ 4949 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle durum değişmiştir. Mevcut durumda, AATUHK m. 101; *“Amme idareleri tarafından iflas talebinde bulunulsa dahi tasdik edilen konkordato amme alacakları için mecburi değildir”* hükmünü içerirken, 4949 sayılı Kanun'la değişik İİK m. 303/I, c. 2 ise, konkordatonun İİK'nın 206. maddesinin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacakları için mecburi olmadığını belirtmektedir. Buna göre, tasdik edilen konkordatoya tabi olmayan kamu alacakları sözü geçen kanunlarda farklı şekilde düzenlendiğinden, hangi hükme itibar edileceğinin araştırılması gerekir. Burada, genel kanun olan İcra ve İflas Kanunu, özel olarak kamu alacaklarının tahsilini düzenleyen AATUHK'na göre daha yeni bir hüküm getirmektedir. Genel kanunun yeni, özel kanunun eski olması halinde hangi hükme itibar edileceği hususunda farklı görüşler ileri sürülebilir. Burada ilk olarak, yeni kanun genel olduğu için kendisine aykırı bütün hükümleri kaldırdığı savunulabilir. Bunun yanında, yeni olan genel kanunun özel kanun hükümlerini saklı tuttuğu; aksi durumda, özel kanunun hangi hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığının genel kanunda açıkça belirtileceği ileri sürülebilir. Son olarak bizim de kabul ettiğimiz üçüncü görüş gereğince, kanun koyucunun iradesinin önemli olduğu, genel kanunun özel kanun hükümlerini kaldırma amacı güdüp gütmeyeceğinin araştırılması gerektiğini benimsenebilir.⁶¹ Öncelikle belirtmek gerekir ki, İİK m. 303'ün gerekçesinden kanun koyucunun bu konudaki iradesinin ne olduğunu saptamak mümkün gözükmemektedir. İİK m. 303 hükmünün gerekçesinde sadece, *“... Konkordato şartlarına hangi alacakların tabi olduğu konusundaki tartışmalara yeni düzenlemenin gerekleri de göz önüne alınarak son verilmek istenmiştir”* ifadesine yer verilmekle yetinilmiştir.⁶² Kanaatimizce, 4949 sayılı Kanun'un

⁶⁰ Nitekim, AATUHK m. 101'in hükümet gerekçesinde de; *“100 ve 101'nci maddeler iflas ve konkordato hallerini tamamen umumi icra hukukuna muvazi hükümlere bağlamaktadır”* ifadesine yer verilmektedir (Şimşek, s. 904).

⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Edis, s. 182-183.

⁶² Hükümet Gerekçesi, m. 83, TBMM S. sayısı 225 (1/550).

başka bazı hükümlerinde de göze çarpan kamu alacaklarına tanınan imtiyazların sınırlandırılması eğilimi (İİK m. 206; 289/II) kendisini burada da göstermektedir. Nitekim kanun değişikliğinden önce, teminatlı borçlar ile kamu borçlarının işletmelerin pasiflerinin önemli bir bölümünü teşkil ettikleri halde konkordatodan etkilenmemelerinin konkordato kurumunu tıkanmanın eşiğine getirdiği ve bu şirketlerin konkordato prosedürüne başvurmakta yarar görmedikleri ifade edilmiştir.⁶³ Onun için, burada bilinçli bir tercih yapıldığı; konkordatoya tabi olmayan amme alacaklarının kapsamını daraltmak suretiyle, amme alacaklarına tanınan ayrıcalığı sınırlandırmak ve konkordatoyu daha işler hale getirmek istenildiği düşünülmelidir. Kanun'un lafzı da bu düşünceyi açıkça destekler niteliktedir (İİK m. 303). Dolayısıyla gelinen nokta itibarıyla, İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin AATUHK m. 101'deki "amme alacakları" deyiminin anlam ve kapsamını daralttığı ve tasdik edilen konkordatodan sadece "İİK'nin 206. maddesinin birinci fıkrasında sayılan devlet alacakları"nın etkilenmeyecekleri sonucuna ulaşılacağı kanaatindeyiz.

Konkordatoya tabi olmayan kamu alacaklarının kapsamının daraltılması konkordato teklif eden borçlu için avantajlı bir durum yaratacaktır. Zira, vergiler (İİK m. 206/I'de sayılanlar hariç),⁶⁴ gecikme zammı ve sosyal sigorta prim alacakları gibi genelde yüksek miktarlara ulaşan ve zaten güç durumdaki borçlular için önemli bir yük teşkil eden amme alacaklarının konkordato şartları çerçevesinde ödenecek olması, borçluların borç yüklerini hafifletecek ve konkordatodan doğan yükümlülüklerini daha kolay yerine getirmelerini sağlayacaktır. Bu değişiklik, konkordatonun faizsiz kabul edildiği durumlarda da borçlu lehine sonuç doğuracaktır. Çünkü, konkordatoya tabi olmayan kamu alacakları için faiz işlemeye devam ettiğinden,⁶⁵ kamu alacaklarının kapsamının daraltılması borçlunun faiz ve buna bağlı olarak borç yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır.

Diğer yandan, tasdik edilen iflas içi konkordato iflas dışı konkordato gibi kural olarak bütün alacaklar için bağlayıcıdır.⁶⁶ Bu nedenle, yukarıda iflas dışı konkordatoyla ilgili yapılan açıklamalar iflas içi konkordato bakımından da aynen geçerlidir.

⁶³ Öztek, s. 737.

⁶⁴ Çünkü, tasdik edilen konkordato gümrük ve akar vergileri gibi bir malın aynından doğan vergi alacakları için bağlayıcı değildir (Tanrıver, 4949 sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler, s. 89).

⁶⁵ Kuru, C. IV, s. 3799; Ulukapı, s. 89, dph. 647.

⁶⁶ Önen, s. 93; Ulukapı, s. 86.

IV. SONUÇ

17. 7. 2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun ile 21. 2. 2004 tarih ve 5092 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmış ve bazı yeni kurumlar getirilmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun gerek cüz'ü gerekse külli icraya ilişkin hükümlerinde yapılan bu düzenlemeler, özel hukuktan doğan alacaklar yanında amme alacaklarının tahsili üzerinde de bazı etkiler doğurmuştur. Örneğin; İİK m. 128 hükmüne eklenen 3. fıkra, satışa çıkarılan taşınmaza ait teferruat üzerinde vergi, resim ve harç gibi malın aynından kaynaklanan amme alacaklarının bulunup bulunmadığının ilgili kurumlardan sorulacağı açıkça düzenleyerek, teferruat üzerindeki kamu alacaklarının eksiksiz şekilde ortaya konulması sağlamıştır. Bunun yanında, ihtiyaten haczedilen bir malın ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir başka alacaklı tarafından haczedilmesi durumunda, ihtiyati haciz alacaklısının kesin hacze İcra ve İflas Kanunu'nun 100. maddesindeki şartların mevcudiyeti halinde iştirak edebileceğinin öngörülmesi (İİK m. 268/I), bu şartları yerine getirmek zorunda olmayan kamu alacaklılarını özel hukuk alacaklıları karşısında öncekinden de avantajlı duruma getirmiştir. İİK m. 268/I, c. 2'de bir mal veya hak üzerinde rehin tesis edilmeden önce ihtiyati veya kesin haciz konulduğu takdirde, amme alacakları da dahil hiçbir alacaklının bu hacze iştirak edemeyeceğinin öngörülmesi ise AATUHK m. 21/I hükmünün uygulama alanını daraltmış ve amme alacaklılarının hacze iştirakini zorlaştırmıştır. Öte yandan, İİK m. 115/I ve İİK m. 129/I'de birinci arttırmada karşılama prensibine esas teşkil eden oran %75'den %60'a indirilirken, bu oran AATUHK'da %75 olarak korunmaya devam edilmiştir. Bundan böyle taşınır veya taşınmazların birinci arttırmada asgari hangi orana ulaşıldığı takdirde satılacağı alacağın niteliğine göre farklılık arz edecektir.

4949 sayılı Kanunla yapılan bazı değişiklikler ise amme alacaklarına tanınan ayrıcalıkları tamamen bertaraf etmiş veya sınırlandırmıştır. Örneğin, İİK'nun 206. maddesinde yapılan değişiklik 5. sıradaki amme alacaklarının imtiyazlı alacak sıfatını kaybetmeleri ve gerek hacizde gerekse iflasta imtiyazsız alacaklarla aynı statüye tabi olmaları neticesini doğurmuştur. İİK m. 303/I, c. 1'de yapılan değişiklik ise, tasdik edilen konkordatoya tabi olmayan amme alacaklarının kapsamını daraltmış ve böylece, amme alacaklarına bu konuda tanınan ayrıcalık sınırlandırılmıştır.

Bundan başka, kanun değişiklikleriyle kimi tereddütlü konular açıklığa kavuşturulmuştur. İİK m. 289/I hükmünün önceki düzenlemesinden konkordato mühleti sırasında amme alacakları için takip yapıp yapılamayacağı açıkça anlaşılmadığından, doktrindeki yazarlar ve Yargıtay tarafından

farklı görüşleri sürülmüştür. Fakat, İİK m. 289’de; “Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun’a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur...” hükmüne yer verilerek, konkordato mühleti içinde amme alacakları için takip yapılamayacağı açıkça kabul edilmiştir. Bunun gibi, ihtiyaten haczedilen bir mal üzerine bilahare amme alacağı için kesin haciz konulursa, ihtiyati haciz alacaklısının amme alacaklısının koydurduğu hacze iştirak edip edemeyeceği tartışmalı idi. İİK m. 268/I’de, ihtiyaten haczedilen bir mal ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir başka alacaklı tarafından bu Kanun’a veya diğer kanunlara, ki buna 6183 sayılı Kanun da dahildir, göre haczedilirse ihtiyati haciz alacaklısının kesin hacze İcra ve İflas Kanunu’nun 100. maddesindeki şartların varlığı halinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak edeceği öngörülerek, bu hususa da açıklık kazandırılmıştır.

Kanun koyucu 4949 ve 5092 sayılı Kanun’la mali bakımdan zor durumdaki şirketlerin ekonomik mevcudiyetlerini sürdürebilmeleri için bazı düzenlemeler yapılmış ve bu bağlamda, amme alacaklarının tahsili için yeni takip yapılması ve önceden başlatılan takiplere devam edilmesini önlemeye yönelik hükümler getirilmiştir. Nitekim, konkordato mühleti süresince ve iflasın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun’a göre yeni takip yapılamayacağı ve önceden başlatılan takiplere devam edilemeyeceği açıkça öngörülürken, uzlaşma suretiyle borçlarının yeniden yapılandırılması için mahkemeye başvurulduğu ve talep mahkemeye yerinde görüldüğü takdirde de, mahkemenin ara dönem için 6183 sayılı Kanun’a göre başlatılan icra takiplerinin durdurulmasına ve yeni icra takibi yapılmasının önlenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Gerçekten, borçluya karşı sözü edilen dönemlerde genellikle yüksek miktarları bulan amme alacaklarının tahsili için takip yapılabilmesi kabul edilirse, zaten ödeme güçlüğü içinde bulunan borçlunun ekonomik mevcudiyetini devam ettirmesi imkansız olacaktır. Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi kararı verilmesi üzerine amme alacakları için takip yasağı uygulanırken, rehinli alacaklar ile İİK m. 206’nın birinci sırasında sayılan alacakların bu yasaktan muaf tutulması eşitsizlik yaratmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- Altay, Sümer, *Konkordato Hukuku*, İstanbul 1994.
- Altay, Sümer, *Türk İflas Hukuku*, C. I, II, İstanbul 2004.
- Atalay, Oğuz, "İflasın Ertelenmesi", *Baki Kuru'ya Armağan*, İzmir 2003, s. 49 vd.
- Atalay, Oğuz, "İflasın Ertelenmesi", *Bankalar Birliği Dergisi*, S. 47, 2003, s. 93 vd.
- Buruloğlu, Enver - Reyna, Yuda , *Konkordato Hukuku*, İstanbul 1968.
- Deynekli, Adnan - Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, Ankara 2002.
- Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1997.
- Fritzsche, Hans - Walder, Ulrich, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, B. II, Zürich 1993.
- Gülseven, Mustafa, *Açıklamalı İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Ankara 1999.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, İstanbul, 1988; C. II, İstanbul, 1990; C. III, İstanbul, 1993; Cilt IV, İstanbul 1997.
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2004.
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği*, Ankara 2004.
- Önen, Ergun, *İflastan Sonra Konkordato*, Batider, 1976/3, s. 77 vd.
- Özbalcı, Yılmaz , *Amme Alacaklarının Tahsil Usul Hakkında Kanun*, Ankara 2000.
- Özekes, Muhammet, *İhtiyati Haciz*, İzmir, 1998.
- Öztek, Selçuk, "Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Rehabilitasyonu: İmkanlar, Aksaklıklar, Çözüm Önerileri", *İBD* 1993/10, 11, 12, s. 737
- Papa, Gildo, *Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*, Diss., Bern 1941.
- Pekcanitez, Hakan, "4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukundan Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 49, Kasım Aralık 2003.

- Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan - Erturgut, Mine - Yeşilova, Bilgehan - Erişir, Evrim, *İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Ankara 2003.
- Postacıoğlu, İlhan, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 1982.
- Saldırım, Mustafa, *Öğretide ve Uygulamada Bütün Yönleriyle İhtiyati Haciz*, Ankara 1997.
- Şimşek, Edip, *Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi*, İstanbul 1996.
- Tanrıver, Süha, "4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004 Mart/Nisan, S. 51, s. 67 vd.
- Tanrıver, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993.
- Tercan, Erdal, "4389 sayılı Bankalar Kanunu'na Göre Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ve Tasarruf Mevduatı Sahibi Alacaklıların Bir Bankanın İflası Halinde İflas Masasına İmtiyazlı Alacaklı Olarak Yazılmaları", *Batider* 2003, C. XXII, S. 1, s. 25 vd.
- Türk, Ahmet, "Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batılık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler", *DEÜHFD* 2004/1, s. 295 vd.
- Ulukapı, Ömer, *Konkordatonun Feshi*, Konya 1998.
- Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu*, C. VI, İzmir 1999.
- Uyar, Talih, "Sıra Cetveli Düzenlenerek Paraların Paylaştırılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2001 Eylül, s. 732 vd.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004.
- Üstündağ, Saim, *İflas Hukuku*, İstanbul 2004.
- Yılmaz, Ejder, "Hacze Takipli Katılma", *AÜHFD* 1973, C. 31, S. 1-4, s. 301 vd.

İİK’NİN 268. MADDESİNDE 4949 SAYILI KANUN’LA DEĞİŞİKLİK YAPILDIKTAN SONRA ALINAN İHTİYATİ HACİZLERDE HACZE İŞTİRAK DERECESESİ

Ahmet DEYNEKLİ*

İİK’nın 268. maddesinin 4949 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önceki metni şöyleydi: “İhtiyaten haczedilen mallar haciz yolu ile takip hükümlerine göre icrai hacze dönüşmeden önce bir diğer alacaklı tarafından haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi bu hacze kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder”

Hükümde İİK’nın 100. maddesine atıf yapılmadığından ihtiyati haczin hacze iştirakinde 100. maddedeki belgelerin aranıp aranmayacağı konusu doktrin ve uygulamada tartışmalıydı.¹

İİK’nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra bu tartışmaların önemi kalmamıştır. Yeni düzenleme ile ihtiyati haczin ilk hacze 100. maddedeki şartlar dairesinde iştirak edeceği hükme bağlanmıştır. Şimdi ihtiyati haczin iştirakinin koşullarına değineceğiz.

I. İHTİYATİ HACZİN HACZE İŞTİRAKİNİN KOŞULLARI

1. İhtiyati Haciz Konulmuş Olması

İhtiyati haczin ilk hacze iştiraki için ihtiyati haczin mahcuz veya para üzerinden uygulanmış olması gerekir. Sadece ihtiyati haciz kararının alınmış olması hacze iştirak imkanı vermez.

2. İhtiyati Haczin Düşmemiş Olması

İhtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresinden icra ettirilmesi gerekir (İİK m. 261/1). Ala-

* Hakim.

¹ Bu konudaki görüşler için bkz., Özekes, Muhammed, *İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 300 vd.; Deyneklî, Adnan-Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, 2. b., Ankara 2002, s. 24.

caklının bu sürede kararın icrasını istememesi veya yargı çevresi dışında icra ettirmesi halinde ihtiyati haciz kararı kalkar.² Bu şekilde kalkan ihtiyati haciz kararı alacaklıya ilk hacze iştirak imkanı sağlamaz.

Ayrıca ihtiyati haciz kararı davadan ve takipten önce alınmışsa borçlunun mallarına haciz uygulayan alacaklının 7 gün içinde takibe geçmesi veya dava açması gerekir. 7 günlük sürenin başlangıcı ihtiyati haczin infazı sırasında alacaklı bulunuyorsa infaz tarihi, hazır bulunmuyorsa ihtiyati haciz tutanağının tebliğ tarihidir (İİK m. 264/1). Maddede öngörülen süreye uyulmaması halinde ihtiyati haciz kendiliğinden hükümsüz hale gelir ve ilk hacze iştirak imkanı sağlamaz.

Alacaklının icra takibinden sonra borçlunun ödeme emrine itirazı mevcutsa alacaklı itirazın tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde itirazın kaldırılması için icra mahkemesine veya itirazın iptali davası için mahkemeye başvurmalıdır. Aksi halde ihtiyati haciz hükümsüz hale geleceğinden ilk hacze iştirak imkanı kalmayacaktır.

Alacaklı ihtiyati haczi tamamlayan merasime uygun olarak dava açmış veya derdest bir davada ihtiyati haciz kararı almışsa alacaklı mahkemenin esasla ilgili olarak verdiği kararın tebliğinden itibaren 1 ay içinde takip talebinde bulunmalıdır. Anılan süreye uyulmamışsa ihtiyati haczi hükümsüz hale geleceğinden ilk hacze iştirak imkanı kalmayacaktır.

3. İhtiyati Hacizle İlgili Öncelik Koşulu ve Belgelendirilmesi

a. Öncelik Koşulu

İhtiyati haczin ilk hacze iştiraki için ihtiyati haczi uygulayan alacaklının alacağıının, ilk haczi uygulayan alacaklının takibinden önce doğmuş olması gerekir. İlk haczin dayanağı ilamsız takip ise, takip tarihi esas alınır; eğer ilk hacze ilişkin takip ilamlı takip ise, takibin dayanağı ilamın dava tarihi esas alınarak öncelik koşulu belirlenir. Diğer bir anlamıyla ihtiyati haczi uygulayan alacaklının alacağıının duruma göre ilk haczin dayanağı takip veya dava tarihinden önce doğmuş olması gerekir.

İİK'nın 268. maddesinin atıf yaptığı 100. maddede ilk haciz üzerine satılan malın tutarının vezneye girmesine kadar iştirakin mümkün olduğu belirtilmektedir. İlk haczin ne olacağı konusunda hükümde açık-

² "İİK'nın 261. maddesine göre alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde karar veren mahkemenin yargı çevresinden infazını istemesi gerekir ..." 19. HD, 7.3.2002, 8085/1520 (Yayımlanmamıştır).

lık yoksa da bu haczin kesin haciz olduğu kabul edilmelidir. İhtiyati hacizlerde ve muvakkat hacizlerde malın satışı mümkün olmadığından bu haczin kesin haciz olduğu örtülü olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

b. Öncelik Koşulunun Belgelendirilmesi

İhtiyati haczin hacze iştirakinden söz edebilmek için öncelikle kesinleşmiş bir icra takibi ve bu takip sonucu konulmuş kesin haczin varlığı gerekmektedir. İİK'nın 100. maddesi hükmü iştirak edilecek olan bu ilk haczin takip dayanağını "ilam" ve "diğerleri" olmak üzere iki grupta toplamış bulunmaktadır. Buradaki ilam tabirini bir dava sonucu mahkemelerce verilen ilam şeklinde anlamak gerekir. Bunun dışında yapılan takipler ilam niteliğindeki belgelere dayalı olarak ilamlı icra takibi şeklinde yapılsa dahi ayrı bir grup oluşturur. Yani yasa ilk haczin konulduğu takibi bir anlamda, "ilama dayalı takip" ve "ilama dayalı olmayan takip" şeklinde ikiye ayırmıştır. İlk haczin konulduğu icra takibi bir ilama dayalı ise, öncelik (tekaddüm) koşulu bu ilamın alındığı dava tarihi esas alınarak saptanacak; yok, ilk haczin dayanağı bir ilam değilse (ilam niteliğindeki bir belge olsa dahi) takip tarihi esas alınarak öncelik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır.

Bu tarihin belirlenmesi dışında ilk haczin konulduğu takibin dayanağı olan belgenin herhangi bir önemi yoktur; bu takibin ilamsız takip olması ya da herhangi bir belgeye dayalı olmaması kıymet ifade etmez. Ancak, bu ilk hacze iştirak etmek isteyen ihtiyati hacizle ilgili takiplerin dayanağı olan belgeler, öncelik koşulunun kanıtlanması bakımından İİK'nın 100. maddesinde dört bend halinde sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, alacaklarını ancak yasada sayılı olan belgelerden biri ile (mukaddem olmak kaydı ile) kanıtlayan takip alacaklıları ilk hacze iştirak edebilirler.

Bu belgelerin sınırlı olarak sayılmasının sonucu, bunların kıyas yolu ile artırılması mümkün değildir.

Örneğin; 100. maddenin 1. fıkrasının 1 ila 4. bentlerinde sayılan belgeler arasında bulunmayan imzası ikrar edilmiş adi senede dayanarak hacze iştirak etmek mümkün değildir.³

Kuru'ya göre; "adi senede dayanarak ilk haciz sahibinin koydurduğu hacze iştirak edilmemesi, kötüninietin önlenmesi bakımından yerindedir. An-

³ Yılmaz, Ejder, "Hacze Takipli Katılma", AÜHFD, C. XXXI, S. 1-4, s. 283 dph. 47.

cak, HUMK mad. 299/II'ye göre tarihi kesinleşmiş olan adi senedin tarihinin alacaklı ile borçlu tarafından anlaşmak sureti ile değiştirilmesi mümkün olmadığından, HUMK mad. 299/II'ye göre kesinleşen tarihi itibarıyla adi senedin ilk hacze iştirakinin mümkün olması gerekir".⁴

Yargıtay, İİK'nın 100. maddesinin uygulanmasına ilişkin kararlarında hükmü dar yorumlamakta; örneğin; noter tasdikli kredi sözleşmesini,⁵ icra kefaletnamelerini⁶ bu maddede sayılan belgelerden kabul etmemektedir.

Şimdi sırasıyla 100. maddede sayılan belgelere değineceğiz.

aa. Borç Ödemeden Aciz Belgesi; Haczi kabil mal bulunmazsa haciz tutanağı aciz belgesi hükmündedir. İcraca takdir edilen kıymete göre haczi kabil malların kifayetsizliği anlaşıldığı surette dahi haciz tutanağı "*mu-vakkat aciz belgesi*" yerine geçer (İİK m. 105/2). Bu belge alacaklıya 277. maddede yazılı (tasarrufun iptali davası açma) hakkı vermektedir. Muvakkat aciz belgesi icra müdürünün düzenleyeceği müstakil bir belge olmayıp, alacaklıya muvakkat aciz belgesi olarak verilecek olan, haciz zabıt varakasının bir suretidir.

Haciz zabıt varakasının, muvakkat aciz belgesi niteliğini taşıyabilmesi için;

a. Zabıt varakası kati hacze taalluk etmelidir. Muvakkat haciz halinde tutulan zabıt varakası muvakkat aciz belgesi yerine geçmez. Keza, borçlu müddeti içinde borçtan kurtulma davası açmaz veya açar da davası reddolunursa bu muvakkat haciz kati hacze inkılap eder (İİK m.69). İcra müdürü tarafından haczedilen malların takdir edilen kıymetlerine göre muvakkaten haczedilen malların tutarının alacağı karşılamadığı tespit edilse dahi, kesin hacze dönüşünceye kadar muvakkat haciz tutanağı, muvakkat aciz belgesi kuvvetinde değildir⁷.

b. İcra müdürünün takdirine nazaran haczi kabil malların alacağı karşılamayacağı anlaşılmış olmalı ve bu kıymet takdiri kesinleşmiş olmalıdır. Malların alacağı karşılayıp karşılamadığının tesbitinde istihkak iddiası bulunan ve diğer alacaklılar tarafından iştirak edilen mahcuzlar dikate alınmalıdır.

⁴ Kuru, Baki, *İcra ve İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler*, Ankara 1962, s. 43.

⁵ 19. HD, 28.6.1994, 4588, 6938 (Deynekli-Kısa, s.184).

⁶ 19. HD, 28.3.1995, 1984, 2922 (Deynekli-Kısa, s.182).

⁷ Gürdoğan, Burhan, "Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar", *Batider*, 1963, S. 1, s. 15.

Muvakkat aciz belgesi kavramının anlaşılabilmesi için yapılan bu açıklamalardan sonra; muvakkat aciz belgesi hacze iştirakte öncelik koşulunun belgelendirilmesi imkanını sağlar mı sorusu sorulabilir. Yasaya göre; muvakkat aciz belgesi alacaklıya İİK'nın 277. maddesine göre tasarrufun iptali davası açmak hakkını bahşeder, bunun dışında başka bir imkan sağlamaz. İİK m. 105/2' de muvakkat aciz belgesinin işlevinin "ayrıca" belirlenmiş olması ve 100. maddede "aciz vesikası"ndan bahsedilmiş olması da bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır. Kati borç ödemedenden aciz belgesi haciz yolu ile takipte iki şekilde oluşur.

aaa. İİK'nın 105/1 M. Gereğince Kati Aciz Belgesi; Bu madde gereğince tutulan haciz zabıt varakasının kafi aciz belgesi yerine geçmesi için borçlunun haczi kabil hiçbir malı bulunmamış olması icabeder. Şayet borçlunun mal beyanından (İİK m.74) veya sair surette haczi kabil bulunduğu anlaşılırsa tutulan zabıt varakası aciz belgesi hükmünde olmaz. Bu hususta alacaklının borçluya ait diğer malların haczinden sarfınazar etmesinin de önemi yoktur.⁸

Diğer taraftan haczedilen mal veya malların istihkak iddiası neticesi üçüncü şahsa aidiyeti anlaşılırsa zabıt varakası bu andan itibaren kati aciz belgesi yerine geçer.⁹ İstihkak iddiası dava konusu olmuşsa, alacaklının istihkak davasını kaybetmiş ve bu husustaki kararın kesinleşmiş olması lazımdır.

İİK 105/1 m. gereğince, haczi kabil mal bulunmadığını tespit eden bir zabtın dosyada mevcudiyeti kafi olup, ayrıca belge tanzimi gerekmemektedir.¹⁰

bbb. İİK'nın 143. M. Gereğince Kati Aciz Belgesi; Bunun için mahcuzların satışı, kafi bedel verilmemiş olmasından dolayı mümkün olmamalı veya satış yapılmışsa satış bedeli alacağı tamamen veya kısmen karşılamamış olmalı ve borçlunun başkaca haczi kabil malı bulunamamış olmalıdır.

Her iki şekilde sağlanan kat'i aciz belgesi ihtiyati haciz alacaklısına hacze iştirak imkanı verir. Alacaklı aciz belgesini aldığı tarihten itibaren bir yıl içinde takip yapmışsa takip talebini müteakip hacze iştirak edebilir. Buna mukabil bir yılı geçirdikten sonra takip talebinde bulunmuş ise, borçluya ödeme emri tebliği ve takibin kesinleşmesi, yani haciz isteme aşamasına gelinmiş olması gerekir.

⁸ Gürdoğan, s. 18.

⁹ Gürdoğan, s. 18.

¹⁰ Gürdoğan, s. 18, dpn. 16.

Bu belgenin; eğer ilk haciz ilama dayanıyorsa, bu ilamın verildiği davanın açılmasından önce yapılmış bir takip üzerine alınmış olması gerekir. Diğer bir deyişle borç ödemededen aciz belgesi, öncelik koşulu ile bir arada bulunmalıdır. Aciz belgesinin öncelik tarihinden önce alınmış olması gerekmez. Sadece bu belgenin elde edilmesini mümkün kılan takibin öncelik tarihlerinden önce yapılmış olması gerekli ve yeterlidir.¹¹

Borç ödemededen aciz belgesi, yapılan takip sonunda haczolunan mallar satılır, fakat satış sonunda elde edilen para alacağı karşılıma yetmezse verilir. Yapılan bu takip, haciz yolu ile yapılabileceği gibi, iflas yolu ile yapılmış bir takip de olabilir. İİK'nın 100. maddesinde kullanılan borç ödemededen aciz belgesi deyimini mutlaklıdır. Yani, hem haciz sonunda alınan ve hem de iflas takibi sonunda alınan aciz belgesini kapsamaktadır. Hatta bu deyim aynı nitelikteki "*rehin açığı belgesini*" de kapsamaktadır (İİK m. 152).¹²

İflasta verilen aciz belgesi de hacze iştirak olanağı verir. Ancak bu halde, aciz belgesi takip üzerine alınmadığından 100. maddenin 1. fıkrasındaki takip tarihi yerine, aciz belgesinin alındığı iflasın açıldığı tarih esas alınmalıdır.¹³

bb. İlam; Hacze iştirak etmek isteyen alacaklı, daha önce borçlu aleyhine bir alacak davası açmış ve dava sonucunda mahkeme borçluyu alacaklıya dava edilen tutarı ödemeye mahkum etmiş olabilir. Ancak, alacaklının dayanağının mahkeme ilamı olması, onun mutlaka hacze iştirak edeceği anlamına gelmez. Öncelik koşulunun da gerçekleşmesi gerekir. Öncelik koşulunun gerçekleşmesi için, ilamın daha önce alınmış olması gerekmez; ilamın verildiği davanın bu tarihlerden önce açılmış olması yeterlidir.¹⁴

Dava tarihine göre ilk hacze iştirak imkanı olan alacaklının bu imkanı asıl davada talep edilen alacakla sınırlı olup, ek dava ilk haczin uygulandığı takip tarihinden sonra açılmışsa alacaklının ek dava konusu yapılan alacak yönünden hacze iştirak imkanı yoktur.¹⁵

Öncelik tarihi ile aynı gün açılan dava sonucu alınan ilama dayanarak hacze iştirak etmek mümkün değildir. Yasa bu durumu öngörmemiş ve açıkça bu tarihlere tekaddüm etme (bu tarihlerden önce açıl-

¹¹ Yılmaz, s. 284, dpn. 51.

¹² Yılmaz, s. 284; Yargıtay'a göre, rehin açığı belgesi İİK'nın 100/4. maddesine göre hacze iştirak imkanı sağlar; 19. HD, 3.7.1997, 4082/6974 (YKD, 1998/6, s. 893).

¹³ Gürdoğan, s. 31-32.

¹⁴ Yılmaz, s. 285, dpn. 54.

¹⁵ 19. HD, 16.9.1999, 4280/4865 (Deynekli-Kısa, s. 155-156).

mış olma) koşulunu aramıştır; bu durumda aynı tarihli veya aynı ilama dayalı olarak hacze iştirak istemi kabul edilmeyecektir.¹⁶

Buradaki ilam terimi, mahkemelerce bir dava sonunda verilen hükümlere münhasır olup, İİK'nın 38. maddesine göre ilam niteliğinde sayılan belgeler buraya dahil değildir. Yalnız mahkeme huzurundaki sulh ve kabul-ler de buraya dahildir.¹⁷

4. Resmi veya Tarih ve İmzası Onaylı Senet

Resmi senetle veya tarih ve imzası onaylı bir senetle de hacze iştirak mümkündür. Maddedeki resmi senet deyimi, tapu memurları tarafından düzenlenen tapu ve ipotek senetleri ile noterler tarafından re'sen düzenlenen borç ikrarlarını kapsayan senet anlamına gelir. Maddede resmi senetlerden başka, tarih ve imzası onaylı senetten söz edilmektedir. Kanun'un bu hükmünde belirtilmemiş olmakla beraber bunlar noterlerce onaylanan senetlerdir.¹⁸

İİK'nın 100/1 m. 3'de belirtilen bu senetlerden birine dayanarak takip yapan alacaklının hacze iştirak edebilmesi için takibine dayanak aldığı senedin tarihinin öncelik tarihlerinden önce olması gerekir. Aksi halde hacze iştiraki söz konusu değildir.

5. Resmi Dairelerin veya Yetkili Makamların Yetkileri Dahilinde ve Usulüne Göre Verdikleri Makbuz veya Belgeler

Resmi dairelerin yetkileri içerisinde ve usulüne uygun olarak verdikleri makbuz veya belgelerin kapsamı, 100. maddenin 1. fıkrasının 3. bendinde belirtilen resmi senet kavramından daha geniştir. Resmi senet kavramından sadece tapu memurlarının düzenlediği tapu ve ipotek senetleri ile noterlerce re'sen düzenlenen senetler anlaşıldığı halde, 4. bentte sözü edilen belgeler, resmi dairelerin verdikleri her türlü belgelerdir. Ancak, bu belgelerin veya makbuzların resmi dairelerin yetkisi içerisinde ve usulüne uygun olarak verilmesi gerekir. Borç ödemededen aciz belgesi (İİK. m. 105, 143), rehin açığı belgesi (İİK. m. 150, 152), Bankalar Birliği'nin para cezaları hakkındaki icra dairesine yazdığı müzekkereler gibi¹⁹.

¹⁶ İİD, 9.10.1964, 10253/10903 (Olgaç, Senai, *İcra İflas*, 1974, C. II, s. 888, içt. no: 15).

¹⁷ Akyazan, Sıtkı, *İcra ve İflas Kanunu'ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar*, 1965, s. 66.

¹⁸ Yılmaz, s. 285, d. 56.

¹⁹ Yılmaz, s. 286, d. 57.

İİK'nın 100. maddesinin 4. bendinde öngörülen belgeler, resmi bir makamca düzenlendiği için, bu belgelerde borçlunun imzası bulunmaz.²⁰

Maddedeki makbuzlara, posta ve banka makbuzları örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu makbuzlar tek başlarına hacze iştirak için yeterli değildir, bunların kayıtsız şartsız borç ikrarı sayılabilmeleri için diğer belgelerle ve senetlerle tamamlanması, desteklenmesi gerekir. Hacze iştirak için bu belge ve makbuzların tarihinin, öncelik tarihlerinden önce olması da gereklidir.

II. İHTİYATİ HACZİN HACZE İŞTİRAK USULÜ

İİK'nın 268. maddesinde iştirak yönünden 100. maddeye atıf yapıldığından ihtiyati haczin hacze iştirak usulü 100. maddeye göre olacaktır. İİK'nın 100. maddesinde hacze iştirak isteminin satılan malın tutarının icra veznesine girmesine kadar yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. İİK'nın 100. maddesine göre haciz isteme yetkisi gelmiş ve maddede sayılan belgelere sahip alacaklıların haciz uygulamadan hacze iştirak talebinde bulunması mümkündür. Oysa İİK'nın 268. maddesine göre alacaklı önce ihtiyati haciz uyguladığından ayrıca iştirak talebinde bulunmasına gerek yoktur.

İhtiyati haczin hacze iştirak usulünü çeşitli ihtimallere göre değerlendireceğiz.

1. İhtiyaten Hacedilen Malların Daha Sonra Kesin Olarak Hacedilmesi

İhtiyaten hacedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir alacaklı tarafından hacedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı, bu hacze 100. maddedeki şartlar dairesinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder (İİK m. 268). Maddede belirtilen iştirak edilecek olan haczin kesin haciz olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

İhtiyati haczin ilk hacze iştiraki için satış bedelinin icra veznesine girmesine kadar veya sıra cetveli düzenlendiği tarihe kadar kesin hacze dönüşmesi gerekmez. Sıra cetveli düzenlenirken iştirak koşulları mevcutsa sıra cetveline göre ihtiyati haciz sahibi alacaklıya pay ayrılır ve icra müdürlüğünce İİK'nın 138/son maddesi uyarınca işlem yapılır. Diğer bir anlatımla ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmemiş olsa bile ilk hacze iştirak etmişse, alacaklıya pay ayrılır; ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğünde ödenmek üzere

²⁰ Yılmaz, s. 287, dpn. 59.

re muhafaza edilir (İİK m. 138/son). İhtiyati haciz hükümsüz olduğu takdirde, sıra cetvelinde ihtiyati haciz sahibi alacaklıya ayrılan pay diğer alacaklılara, onlar yoksa borçluya ödenir. Ancak borçluya ödeme yapılabilmesi için bu pay üzerine haciz veya tedbir konulmaması gerekir.

2. Birden Fazla Uygulanan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak

Sıra cetveli ilk hacze iştirak edebilecek alacaklılar gözetilerek düzenlenir (İİK m. 100). Borçluya ait mala birden fazla ihtiyati haciz uygulanmışsa ilk önce kesin hacze dönüşen ihtiyati haciz ilk haciz kabul edilir ve bu hacze iştirak edebilecek alacaklılar İİK'nın 100, 101 ve 268. maddelerine göre belirlenir. Konuyu bir örnek vererek açıklayalım:

Borçluya ait mallar 1.1.2000 tarihinde A tarafından, 5.1.2000 tarihinde B tarafından 20.1.2000 tarihinde C tarafından ihtiyaten haczedilmiştir.

A'nın ihtiyati haczi 10.2.2000 tarihinde, B'nin ihtiyati haczi 5.2.2000 tarihinde, C'nin ihtiyati haczi 1.2.2000 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür.

Bu durumda yapılması gereken öncelikle ilk haczin saptanmasıdır. İlk haciz kesin haciz olduğundan ihtiyati hacizlerden 1.2.2000 tarihinde kesin hacze dönüşen C'nin haczi ilk hacizdir. Bu hacze A ve B'nin ihtiyati hacizleri daha önce olduğundan A ve B 100. maddedeki belgelere sahipse C'nin haczine iştirak edecektir.

Alacaklılardan B 100. maddedeki belgelere sahip, A sahip değilse B alacaklı C'nin haczine iştirak edecek, A iştirak edemeyecektir.

Örnekteki ihtiyati hacizlerin kesin hacze dönüşmesi tarihlerini değiştirerek farklı bir ihtimal üzerinde duralım.

A'nın ihtiyati haczi 5.2.2000 tarihinde, B'nin ihtiyati haczi 1.2.2000 tarihinde, C'nin ihtiyati haczi de 10.2.2000 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür.

Bu durumda 1.2.2000 tarihinde kesin hacze dönüşen B'nin haczi ilk haciz olup A ve C'nin 1.2.2000 tarihinden önce uyguladıkları ihtiyati hacizler, bu alacaklılar 100. maddedeki belgelere dayanıyorsa ilk hacze iştirak edebileceklerdir. Özellikle C'nin ihtiyati haczi ve kesin hacze dönüşmesi daha sonra olsa bile 1.2.2000 tarihinden önce ihtiyati haciz uyguladığından ve 100. maddedeki belgelere sahip olduğundan B'nin haczine iştirak edebilecektir. A ve B'nin daha önce ihtiyati haciz uygulamaları onlara ayrı bir imtiyaz sağlamayacak C'nin ihtiyati haczi daha sonra olsa bile kesin hacizden önce olduğundan ve 100. maddedeki belgelere sahip olduğundan ilk hacze iştirak edecektir.

3. Kesin Olarak Haczedilen Malların Daha Sonra İhtiyaten Haczedilmesi

Kesin olarak haczedilen malların daha sonra ihtiyaten haczedilmesi halinde İİK'nın 268. maddesindeki koşullar oluşmayacaktır. Bu durumda anılan yasa hükmünde sözü edilen geçici (muvakkat) iştirakten bahsetmek mümkün değildir.

Eğer hacizli malların bedeli icra veznesine girinceye kadar, ihtiyati haciz icrai hacze dönüşmezse, konu İİK'nın 268. maddesi çerçevesinde değerlendirilecek ve ihtiyati haciz sahibi, ilk hacze iştirak edemeyecektir. Buna karşın, icraen haczedilen mallar daha sonra ihtiyaten haczedilir ve mahcuzların satış bedeli vezneye girmeden önce, ihtiyati haciz icrai dönüşürse (İİK m. 264/4) artık ihtiyati hacizle kesin haczin değil, doğrudan doğruya birden fazla kesin haczin iştiraki, yani İİK'nın 100. maddesindeki koşullarının mevcudiyetinin araştırılması söz konusu olacaktır.

Özetlemek gerekirse, kesin hacizden sonra yapılan ihtiyati haczin, hacze iştirakinden söz edebilmek için, ihtiyati haczin mahcuzların satış bedelinin icra veznesine girmesinden önce kesin hacze dönüşmesi ve ihtiyati haciz sahibi alacaklının alacağının İİK'nın 100/1-4' m.'de sayılan belgelerden birine dayanması gerekmektedir.

Açıklanan varsayıma göre, mahcuz malların satış bedeli vezneye girmeden henüz ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmemişse, ihtiyati haciz sahibi gerek İİK'nın 268. ve gerekse 100. maddeleri hükümlerine göre, önceki hacze iştirak edemez. Hemen belirtelim ki, bu varsayımda eğer ilk haciz sahibi alacağını tamamen aldıktan sonra satış bedeli artığı mevcutsa, ihtiyaten haczedilen mallar nakte dönüşmüş olur ve borçlunun bu mallarına ilişkin tasarruf hakkı üzerine evvelce konulan tahdit, para (satış bedeli artığı) üzerinde devam eder. Bu nedenle artan para borçluya iade edilmeyecek, kesinleştikten sonra ödenmek üzere ihtiyati haciz alacaklısı için icra kasasında muhafaza edilir. İhtiyati haczin herhangi bir şekilde hükmünü yitirmesi halinde artan para borçluya iade edilir. Ancak diğer alacaklılar alacaklarının tamamının almamışlarsa, bu durumda ihtiyati haciz alacaklısına ayrılan pay sıra cetveline göre diğer alacaklılara dağıtılır.

4. İhtiyaten Haczedilen Malların Aynı Gün İcraen Haczedilmesi

Uygulamada bu ihtimal daha çok sicil kaydına şerh konulmak sureti ile haczedilen malların haczinde haciz saatinin tespit edilememesi halinde ortaya çıkmaktadır. İİK'nın 268. maddesinde, iştirakin oluşması için ihtiyati haczin icrai hacizden "evvel" olması gerektiği belirtilmiş olup, "aynı anda" uygulanan ihtiyati ve kesin hacizlerin karşılaşması öngörülmediğinden, bu du-

rumda ihtiyati haczin icrai hacizle aynı anda uygulanması veya uygulandığının kabulü halinde ihtiyati haciz alacaklısının İİK'nın 268. maddesi hükmüne göre kesin hacze iştirak olanağı yoktur.

İhtiyati hacizle icrai haczin aynı gün uygulanmakla beraber, saat olarak icrai hacizden evvel uygulandığı saptanırsa ve 100. maddedeki belgelerden biri mevcutsa kesin hacze iştirak edecektir.

5. Aynı Gün Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Farklı Günlerde Kesin Hacze Dönüşmesi

Aynı gün uygulanan ihtiyati hacizlerden biri diğerinden sonra kesin hacze dönüşse bile, İİK'nın 268. maddesindeki iştirak koşulları mevcutsa iştirak mümkün olacaktır.

Örneğin; 1.1.2004 tarihinde A ve B borçlunun mallarına ihtiyati haciz uygulamışlar, B'nin ihtiyat haczi 20.4.2004 tarihinde A'nın ihtiyati haczi 25.1.2004 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür. Alacaklı A İİK'nın 100. maddesindeki belgelere sahipse B'nin haczine iştirak edecek, bu belgelerden birine sahip değilse B'nin haczine iştirak edemeyecektir.

6. Farklı Tarihlerde Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Aynı Gün Kesin Hacze Dönüşmesi

İİK'nın 268. maddesi hükmüne göre; *"İhtiyaten haczedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce diğer bir alacaklı tarafından haczedilirse"* iştiraktan söz etmek mümkündür. Madde hükmünü sadeleştirirsek, önceki haczin ihtiyati, sonrakinin kesin haciz olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, sonraki ihtiyati haczin diğerinden önce kesin hacze dönüşmesi gerekir.

Örneğin; borçlunun malları 1.1.2004 tarihinde A, 2.1.2004 tarihinde B, 3.1.2004'de C tarafından ihtiyaten haczedilmiş, hepsi de 10.1.2004 günü kesin hacze dönüşmüştür. Bu durumda A tarafından 1.1.2004 günü ihtiyaten haczedilen malların kesinleşme tarihi olan 10.1.2004'ten önce haczedilmiş (kesin) olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle A'nın haczine diğerlerinin iştirakini 100. maddedeki belgelere sahip olsalar bile kabul etmemek gerekir.

Ancak, aynı tarihte uygulanan ihtiyati hacizler yine aynı tarihte kesinleşirse, her iki alacağın aynı dereceyi paylaşmaları ve satış bedelinin gariyeten taksimi gerekir.

Yargıtay İİK'nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki kararlarında, farklı tarihlerde uygulanmış olmakla beraber aynı gün kesin hacze dönüşen ihtiyati haciz sahibi alacaklılara garemten pay ayrılması gerektiği görüşündeydi.²¹

İİK'nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldıktan sonrasına ilişkin yargıtay kararına rastlamadık.

7. İhtiyaten Haczedilen Malların Daha Sonra Rehnedilmesi

İhtiyaten haczedilen malların ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce rehnedilmesi halinde satış bedelinin nasıl paylaşılacağı konusu da önemlidir.

Yargıtay bir kararında, ihtiyaten haczedilen bir taşınmaz üzerine ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce ipotek tesis edilmesi halinde satış bedelinin İİK'nın 268. maddesi uyarınca garemten taksim edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.²²

Yargıtay başka bir kararında ipotekli alacağın rüçhanlı olduğunu ve ipotek alacaklısının satış bedelinde öncelikle yararlanması gerektiğini belirtmiştir.²³

Karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay'ın ilgili dairesi bu görüşünden dönmüş ve ipotegın, daha önce konulan ve sonra kesinleşen ihtiyati haczi geçersiz kılmayacağına, satış bedelinin öncelikle haciz alacaklısına ödeneceğine karar vermiştir.²⁴

Kanaatimce; ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden ipotek konulması halinde, İİK'nın 268. maddesi hükmünün kıyasen uygulanarak, ihtiyati haciz ve ipotek alacaklısının garemeye girmesi, madde metninde açıkça "haciz"den bahsedildiğinden mümkün değildir. Yasa koyucu ihtiyati hacizden sonra konulan hacze iştirake değınmiş, olayda olduğu gibi rehni öngörmemiştir. Esasen iştirak kurumu içinde ihtiyati, muvakkat ya da kat'i hacizden sözedilir, ancak rehin bu kapsamda düşünülemez. Çünkü haczin rehne, rehnin hacze iştiraki diye bir şeyden söz etmek mümkün değıl-

²¹ 19. HD, 24.5.2001, 2705/4038 (Yayınlanmamıştır).

²² 12. HD, 14.9.1988, 13849/9573 (Deynekli-Kısa, s. 236).

²³ 19. HD, 4.3.1993, 195 E, 1626 K. (Deynekli-Kısa, s. 232).

²⁴ 19. HD, 24.9.1993, 5959/5859 (Deynekli-Kısa, s.230). Karara karşı oy yazısı yazan üye Nail Sucu, ihtiyati haczin icra takibinin başlaması anlamında olmadığı, ipotekten sonra kesin hacze dönüşen ihtiyati hacze öncelik verilemeyeceğini, ipotek hakkına rüçhan hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir.

dir, yasa haciz ve rehni kendi içinde ayrı ayrı sıraya tabi tutmuş, birinin diğerine iştirakine dair hüküm ihdas etmemiştir. Bu nedenle ihtiyati hacizle ipoteğin garamesinde adalet hissini zorlamasından başka sağlam ve tutarlı bir dayanak gözükmemektedir.

İİK'nın 206. maddesine göre, rehinli alacak rüçhanlıdır. Ancak 206. maddede münhasıran iflas halinde şablon olarak kullanılabilen bir sıralama tablosu olup, hacze iştirak halinde haciz yolu ile takibin kendine özgü nitelikleri bu merdivenin basamaklarını yerinden oynatabilmektedir. En basit örneği ile, rehinden önce konulan "haciz" alacağın niteliğine bakılmaksızın ipotekten önce sıra alır. Haciz yolu ile takipte haciz tarihi önem arzeder, oysa iflas yolu ile takipte iflasın kesinleşmesi ile bütün takipler dolayısıyla hacizler düştüğünden evvelce konulan haciz tarihinin önemi olmadığı gibi, iflas tarihi bütün alacaklılar hakkında aynı anda hüküm ifade ettiğinden birinin diğerine tercihini gerektiren hacizdekine benzer nitelikte bir tarih sözkonusu değildir.

Haciz, borçlunun tasarruf hakkının sınırladığı için sonradan hak iktisap eden kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir. Bu nedenle soruna ihtiyati haczin ipoteğe karşı hacizle aynı hükmü doğurup doğurmayacağını tartışarak yaklaşmak gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ihtiyaten haczedilen taşınmaza kati hacze dönüşmeden konulan ipotek, ihtiyati haczi bertaraf eder dersek, ipotek tesisinden daha güçlü bir tasarruf şekli olan mülkiyetin nakli halinde ihtiyati haczin kıymet arzetmeyeceğinden hiç kuşku duymamak gerekir.

Gerçekten yasa koyucu, ihtiyati haczi geçici bir tedbir olarak müta-laa etmiş ancak ihtiyati tedbir başlığı altında yetersiz kalan işlevini temin için "ihtiyati haczi" ayrı bir kurum olarak düzenleme ve farklı niteliklerle donatma gereğini duymuştur. Nitekim İİK'nın 261. maddesi hükmüne göre; ihtiyati haciz kararları, 79'dan 99'a kadar olan maddelerdeki haczin ne suretle yapılacağına dair hükümlere göre icra edilir. İhtiyati haciz de kesin haciz gibi, borçlunun malvarlığının, belli bir alacağı karşılayan bölümüne hukuken el konulmasından başka bir şey değildir. Hacizden tek farkı takip başlamadan evvel ya da başladıktan sonra fakat kesinleşmeden evvel uygulanması ve takip kesinleşinceye kadar taşıdığı "geçicilik" niteliğidir. İhtiyati haciz icrai hacze dönüştüğünde bu geçicilik niteliğinin de daha sonra konulan ipotek alacağına hiçbir faydası kalmayacaktır. İhtiyati haciz, borçlunun yapacağı tasarruflar bakımından (İİK m. 79-99 arasında yer alan) 86/1. madde ile taşınırlar ve 91/1. madde uyarınca taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakkını sınırlamak suretiyle, hacizle aynı sonucu doğurur. Borçlunun iradesi ile üçüncü kişi lehine ipotek tesis edile-

ceğinde, taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz var ise, bu taşınmazın ipotek alacaklısı için ifade etmesi gereken iktisadi değer, taşınmazın bedelinden ihtiyati haciz tutarının mahsubundan sonra arta kalan değeridir. Bu nedenle ipotek alacaklısının bu hususu bilerek yaptığı işlemin sonuçlarına katlanması gerekir.

İİK'nın 268. maddesindeki değişiklikten sonra ihtiyati haczin iştiraklerinde 100 ncü maddedeki koşullar aranacaktır. Bu nedenle değişiklikten sonra ihtiyati haciz sahibi alacaklının 100. maddedeki belgelere sahip olması halinde öncelik tanınması düzenlemenin amacına uygun bir yorum olarak kabul edilebilir. Ancak ihtiyati haczin rehne iştiraki şeklinde bir düzenleme bulunmadığından ihtiyati haciz sahibi alacaklıya değişiklikten sonra da öncelik tanınması gerektiği görüşümdedir.

8. İhtiyaten Hacedilen Alacağın, İhtiyati Haciz Kesin Hacze Dönüşmeden Temlik Edilmesi

Borçlunun alacağına konulan ihtiyati hacizle borçlunun bu alacak üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır. İhtiyati haczin ileride kesin hacze dönüşmesi koşuluyla ihtiyati haciz sahibi alacaklıya 100. maddedeki belgelere sahip olsun olmasın öncelik tanınmalıdır. Zira ihtiyati hacizle borçlunun tasarruf hakkı kısıtlandığından temlik ederek üzerinde tasarruf yapabileceği bir alacağı bulunmamaktadır. Yargıtay da alacaklının ihtiyaten hacedildiği borçlunun üçüncü kişideki alacağı üzerinde tasarruf hakkı kısıtlandığı gerekçesiyle ihtiyati haciz sahibi alacaklıya öncelik tanınması gerektiği görüşündedir.²⁵

9. İhtiyaten Hacedilen Malların Daha Sonra Kamu Alacağından Dolayı Hacedilmesi

İhtiyati haciz uygulanan malların daha sonra kamu alacağından dolayı hacedilmesi halinde iştirakin nasıl olacağı konusu İİK'nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce tartışmalıydı.

Bir görüşe göre ihtiyaten hacedilen malların, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce bir kamu alacağından dolayı hacedilmesi halinde ihtiyati haciz bu hacze iştirak edemez, satış bedelinden öncelikle kamu idaresine pay ayrılmalıdır.²⁶

²⁵ 19. HD, 24.6.1999, 392 / 4397 (Deynekli-Kısa, s. 240); 12. HD, 18.10.1988, 13001/15601 (Deynekli-Kısa, s. 240-241).

²⁶ Deynekli-Kısa, s. 32, 19. HD, 30.10.2003, 6697/10728 (Yayınlanmamıştır).

Diğer bir görüşe göre ihtiyati hacizden sonra konulan haczin kamu alacağına dayalı olmasının önemi yoktur, ihtiyati haciz sahibi alacaklı kamu alacağından dolayı konulan hacze iştirak edebilecek ve satış bedeli garameten paylaşılacaktır.²⁷

İİK'nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldıktan sonra bu konudaki tartışmaların önemi kalmamıştır.

İİK'nın 4949 sayılı Kanun'la değişik 268. maddesine göre ihtiyaten haczedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce diğer bir alacaklı tarafından bu Kanun'a veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı bu hacze 100. maddedeki şartlar dairesinde iştirak edecektir. Görüldüğü gibi ihtiyati haciz sahibi alacaklı 100. maddedeki belgelere sahipse daha sonra konulan haciz İcra ve İflas Kanunu'na göre veya başka herhangi bir kanuna (Örneğin; 6183 sayılı Kanun) göre konulmuşsa bu hacze iştirak edecektir.

Önce ihtiyati haciz uygulayan alacaklı 100. maddedeki belgelerden birine sahip değilse bu durumda kamu alacağından dolayı konulan hacze iştirak edemeyecek ve satış bedeli kamu idaresine ödenecektir.

10. Tasarrufun İptali Davalarında Verilen İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Sorunu

İİK'nın 281/2. maddesine göre, *"Hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez"*.

Bu fıkranın üçüncü cümlesinde sözü edilen ve teminat gösterilmeksizin verilemeyeceği ifade edilen ihtiyati haczin, tasarrufun iptali davasının mal elden çıkarıldığı takdirde yerine kaim olan kıymete yönelik olması halinde, diğer bir deyişle üçüncü kişinin şahsi sorumluluğunu gerektiren teminat davasında verileceği ifade edilmektedir. Burada tasarrufun iptali davası artık bir tahsil (eda) davasına dönüşmüş olduğundan bu koşullarda verilecek ihtiyati haczin yasada öngörülen diğer ihtiyati haciz kararlarının başlangıcı ve sonuçları keza hacze iştirak bakımından bir farkı ve özelliği yoktur. Bu nedenle bu cümledeki ihtiyati haciz İİK'nın 264. maddesine göre icrai hacze dönüşecek ve 268. maddeye göre hacze iştirak edecektir.

²⁷ Saldırım, Mustafa, *Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz*, Ankara 1997, s. 67; Uyar, Talih, "Karar Tahlihi", *Manisa Barosu Dergisi*, Temmuz 1998, S. 66, s. 103; Özkes, s. 303.

Ancak asıl sorun dava konusu mal üçüncü kişi elinde iken açılan tasarrufların iptali davasında (teminatsız dahi verilebilen) ve yalnız tasarrufların konusu olan mallar hakkında hüküm ifade eden ihtiyati haciz kararında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; bu ihtiyati haciz ne şekilde kesin hacze dönüşecektir ve hacze iştirak konusunda nasıl bir etkisi vardır?

Bir görüşe göre; iptale tabi tasarrufların konusu olan mallara yönelik verilen ihtiyati haczi tamamlayan merasim hakkında bir hüküm olmakla birlikte, Kanun'un özelliği dikkate alınarak 264. madde hükmü burada da uygulama alanı bulmalıdır. Bu halde; ihtiyati haciz kararı dava açılmadan verilmişse, ihtiyati haczin uygulanmasından itibaren yasal süresinde borçlu ve üçüncü kişilere karşı iptal davası açılması gerekir. Ancak bu şekilde ihtiyati haczin tamamlanması sözkonusudur. Diğer dava türlerinden birinin açılması veya takip yoluna başvurulması bu sonucu sağlamaz. Çünkü, Kanun burada iptal davası için ayrıca ve açıkça ihtiyati hacze imkan tanımış, bunu da diğer ihtiyati hacizlerden farklı olarak iptale konu mallarla sınırlı tutmuştur (m. 281/1, c. 1). Bu görüşe göre; iptal davası açılırken veya dava açıldıktan sonra ihtiyati haciz kararı verilmişse, başkaca bir işleme gerek olmaksızın ihtiyati haciz dava sonuna kadar devam edecektir. Bunun dışında ihtiyati haczin dava yoluyla tamamlanması hakkındaki hükümler burada kıyasen uygulanacaktır.²⁸

Diğer bir görüşe göre; iptal davası açılırken alınan ihtiyati haciz kararının kati hacze dönüşmesi konusunda İİK'nın 264. maddesindeki prosedürün aynen uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu hüküm "*alacak davası*" açan alacaklı bakımından konuyu düzenlemiştir. İptal davası açan davacı-alacaklı daha önce asıl borçlu hakkında takip talebinde bulunmuş, takibi kesinleşmiş ve kendisine haciz isteme hak ve yetkisi gelmiştir. Haczetirmek istediği şeyler üçüncü kişiye devredilmiş olduğu için iptal davası açmak zorunda kalan alacaklının, bu dava lehine sonuçlandıktan sonra aldığı iptal ilamına dayanarak takip talebinde bulunması düşünülemez. Bu görüşe göre; alacaklı burada mahkemeden aldığı iptal ilamını, kesinleşmesini beklemeden İİK m. 264/3- uyarınca bir ay içinde icra dairesine götürüp borçlu hakkında başlattığı icra dosyasına koyup satış istemelidir.²⁹

Gerçekten de İİK'nın 281/2. maddesinin 1. cümlesinde işaret edilen "*tasarrufların konusu olan mallar hakkında*" verilen ihtiyati haciz talebi kişilere değil doğrudan objeye yöneliktir. Bir anlamda davacının ileride daha fazla ve giderilmesi güçleşecek olan zararını önleme gayesi ile verilen bir karardır. Buna karşın yasa koyucu açıkça "*ihtiyati haciz*" ifadesi-

²⁸ Özkes, s. 392.

²⁹ Uyar, Talih, *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, Manisa 1992, s. 298.

ni kullandığından uygulamada sıkça karşılaşıldığı gibi tasarrufun iptali davasında İİK'nın 281. maddesine göre verilecek karar ihtiyati tedbir değil, ihtiyati haciz kararı olması gerekir. Bu nedenle bu ihtiyati haczin, ihtiyati haczi tamamlayan merasimle ilgili tek hüküm olan İİK'nın 264. maddesine göre icrai hacze dönüştürülmesi gerektiğinin düşünülmesi gayet olağan bir düşüncedir. Ancak aksine gelişen düşünceye de katılmamak elde değildir. Gerçekten kıyasen uygulama ancak uygun düştüğü ölçüde yapılabilir. Oysa; dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan önce ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı hakkında konulan hükmün burada kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir. Çünkü hacizde iptal davasını "elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı" açabilmektedir (İİK m. 277), yani iptal davasının davacısı dava açılmazdan evvel halihazır bir takibi başlatmış, kesinleştirmiş ve dava bitmeden o takipte verilen bir aciz vesikasını mahkemeye ibraz etmiş olacaktır. Tasarrufun iptali davasının sonunda verilen ilamı İİK'nın 264/3. maddesi kapsamında değerlendirilerek tefhim veya tebliğden itibaren alacaklıyı bir ay içinde "takip talebinde" bulunmaya mecbur kılamayız. Çünkü davacı alacaklının zaten mevcut bir takibi bulunmaktadır. İİK'nın 143/3. maddesinde; "alacaklı aciz vesikasını aldığı tarihten bir sene içinde takibe teşebbüs ederse yeniden ödeme emri tebliğine lüzum yoktur" denilmektedir. Ancak, aciz belgesine dayanarak iptal davası açan ve kazanan alacaklının yeni bir takip yapmasına ve bir yıllık süreye uymasına gerek yoktur. Alacaklı, bu süre ile bağlı olmaksızın yeni bir takip yapmadan ve borçluya yeni bir ödeme emri göndertmesine gerek olmadan iptal davası sonucunda elde ettiği ilamı icra dairesine vererek, aynı takip dosyası üzerinden malın haczini ve satışını ister.

Tasarrufun iptali davasında sözünü ettiğimiz ihtiyati haczin dava açılmadan önce uygulanması halinde İİK'nın 264/1. maddesinde yazılı yedi gün içinde alacaklıyı tasarrufun iptali davası açmaya da mecbur kılamayız. Çünkü bu hükümde sözü edilen dava 3. fıkrada işaret edildiği üzere bir alacak davasıdır ve takip talebi karşısındaki diğer seçenektir. Yukarıda açıklandığı şekli ile halihazır mevcut bir takip bulunduğundan bu ihtiyati haczin düşmemesi için dava açma gereğini de ileri süremeyiz.

Sözünü ettiğimiz bu ihtiyati haciz için İİK'nın 264. maddesinde belki de kıyasen uygulayabileceğimiz bir hüküm dördüncü fıkrada yapılan düzenlemedir. Şöyle ki; alacaklı davasından (iptal davası) yahut takip talebinden (aciz vesikasını aldığı takip dosyası) vazgeçerse veya takip talebi kanun müddetlerin geçmesiyle düşerse (İİK m. 78) veya dava dosyası muameleden kaldırılıp da bir ay içinde dava yenilenmezse (HUMK m. 409) veya davasında haksız çıkarsa ihtiyati haciz hükümsüz kalır.

Diğer taraftan İİK'nın 264/son maddesi hükmü; ihtiyati haczin ne zaman icrai hacze dönüştüğünü düzenlemektedir. Buna göre; *“borçlu müddeti içinde ödeme emrine itiraz etmez veya itirazı tetkik merciince kesin olarak kaldırılır veya mahkemece iptal edilirse, ihtiyati haciz icrai hacze inkılap eder”*. Bu maddede hükmünde sözü edilen koşulların her biri aynı şeyi ifade etmektedir. Yani alacaklı ne zaman kati haciz isteyebilir ise, ihtiyati haciz o zaman icrai hacze dönüşmektedir. İşte tam burada sorulması gereken soru şudur; tasarrufun iptali davasının davacısı-alacaklı dava konusu malın kati haczi ne zaman isteyebilir? Bu sorunun cevabı İİK'nın 283/1. maddesinde verilmiştir; *“davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, ... haciz ve satışı isteyebilir”*.

Kanaatimce İİK'nın 281/2. maddesinin 1. cümlesinde sözü edilen *“tasarrufların konusu mallar hakkında”* verilen ihtiyati haczin ne zaman ve ne suretle icrai hacze dönüşeceği konusunda yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Şu hali ile İİK'nın 264/son maddesi kıyasen uygulandığı takdirde; davacı alacaklının iptal davası sabit olmakla İİK'nın 283/1. maddesine göre haciz isteme hakkını kazandığı anda ihtiyati haciz icrai hacze dönüşmektedir. Davacı alacaklı tasarrufun iptaline dair ilamı kesinleşmesini beklemeden icra dosyasına koyarak (ihtiyati haczi icrai hacze düştüğünden) doğrudan satış isteyebilecektir. Eğer evvelce ihtiyati haczi yoksa öncelikle iptale tabi tasarruf konusu malın haczi gerekmektedir.

İptale tabi mallar hakkında tasarrufun iptali davası açan alacaklılar arasında herhangi bir imtiyaz olmadığı gibi, malı iade eden veya bedeli ödeyen ve bu suretle alacaklı sıfatını kazanan üçüncü kişinin de bir imtiyazı yoktur. O da İİK'nın 100 ve diğer maddelerinde mevcut yasal koşullarla hacze iştirak olanağından yararlanacaktır.

Tasarrufun iptali ilamı, ilamda yazılı mallara haciz koyma (dolayısıyla hacze iştirak) olanağı sağlar. Yani İİK'nın 100, 101, 206, 268 ve 6183 sayılı Yasa'nın 21. maddeleri hükümleri burada da uygulanma imkanı bulurlar. Tasarrufun iptali ilamı alan ve aynı derecede hacze iştirak edenlerden, örneğin; işçi alacağı, yine İİK'nın 206. maddesi çerçevesinde alacağını öncelikle alacaktır. Özetlenirse İİK'nın 281 ve devamı hükümleri sadece borçlunun malvarlığından çıkan objeyi yeniden alacaklıların cebri icra sahasına ithal eder, derece ve sıra ile ilgili herhangi bir hüküm içermez. Bu anlamda tasarrufun iptaline dair ilamların dava veya karar tarihlerinin birinin diğerinden önce olmasının da hacze iştirak bakımından herhangi bir önemi yoktur.

Yargıtayın tasarrufun iptali davalarında alınan ihtiyati haciz kararlarına uygun olarak konulan ihtiyati hacizlere iştirake ilişkin kararları şöyledir:

“Tasarrufun iptali davalarının birden fazla açılması halinde iştirak sorunu, İİK'nın 268 ve 100. maddelerine göre çözümlenmelidir. İİK'nın 281. maddesi uyarınca uygulanan ihtiyati haciz tasarrufun iptali davasının kabulü ile kesin hacze dönüşür. Tasarrufun iptali davalarında verilen ihtiyati hacizlerin hacze iştiraki İİK'nın 268. maddesine göre belirlenir. Ancak bu hükme göre iştirakin mümkün olmaması halinde, tasarrufun iptali davası aciz vesikasına dayanacağından İİK'nın 100/1. maddesine göre de iştirak sağlanmalıdır. Davacı alacaklının İİK'nın 268. maddesi uyarınca ilk hacze iştiraki mümkün değilse de İİK'nın 100/1. maddesine göre, 2000/545 sayılı takip dosyasından uygulanan haczin ilk hacze iştiraki mümkündür. Zira aciz vesikasına esas takibin başlangıç tarihi davalı alacaklının takibinden daha öncedir (İİK m. 100/1). Oysa 2000/2520 sayılı dosyadan uygulanan ihtiyati haczin anılan hükme göre ilk hacze iştiraki mümkün değildir. Mercii Hakimliği'nce davacının 2000/545 sayılı dosyaya yönelik itirazının kabulü gerekirken, her iki dosya yönünden de itirazın kabulüne karar verilmesi isabetli görülmemiştir.”

Yargıtay iştirak yönünden İİK'nın 268. maddesindeki koşulları veya 100. maddedeki koşulun gerçekleşmesini yeterli görmektedir. İİK'nın 268. maddesindeki değişiklikten sonra artık İİK'nın 100. maddesindeki koşullar aranacaktır.

SONUÇ

İİK'nın 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra ihtiyati haczin daha sonra konulan kesin hacze iştiraki için, alacaklının 100. maddedeki belgelerden birine dayanması gerekmektedir.

Malı daha önce ihtiyati haciz uygulayarak borçlunun tasarruf alanından çıkararak ihtiyati haciz sahibi alacaklıya 100. maddedeki belgelerden birine dayanmadan iştirak imkanı veren önceki düzenlemenin daha isabetli olduğu kanaatindeyim. Ancak mevcut düzenlemeden sonra ihtiyati haczin kesin hacze iştirakinde sorunlar çıkacaktır. İİK'nın 281. maddesinde düzenlenen ihtiyati haczin kesin hacze dönüşme tarihi ve anılan hüküm uyarınca uygulanan ihtiyati hacizlerin birbirine iştiraki konusunda bir düzenleme yapılması uygun olurdu.

TAKSİRLE TEHLİKEYE SEBEBİYET VERME SUÇU (765 S. TCK M. 383) GENEL GÜVENLİĞİN TAKSİRLE TEHLİKEYE SOKULMASI (5237 S. TCK M. 171)

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*
Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) İkinci Kitabı'nın yedinci babında "*Ammenin Selameti Aleyhine Cürümler*" yaptırım altına alınmıştır. Bu bap dört fasıldan oluşmaktadır. Birinci fasılda, "*Yangın, Su Baskını ve Gark ve Sair Büyük Tehlikelere Müteallik Cürümler*"; ikinci fasılda, "*Nakliye ve Muhabere Vasıtaları Aleyhinde Cürümler*"; üçüncü fasılda, "*Umumun Sıhhatine, Yenecek ve İçilecek Şeylere Müteallik Cürümler*" ve dördüncü fasılda "*Geçen Fasillara Ait Müşterek Kaideler*" yer almaktadır. Bu çalışmada, birinci fasılda 383. maddede düzenlenen taksirle yangına, patlamaya, batmaya, deniz kazasına veya yıkıntı ve felaketlere sebebiyet verme suçu incelenecektir. Ayrıca 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü ana hatları itibariyle değerlendirilecektir.

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türk Ceza Kanunu'nun 383. maddesine göre, "*Bir kimse tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya sanat ve meslekte tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak bir yangına veya infilâka veya batmağa ve deniz kazasına veya umumi bir tehlikeyi mutazammun tahribata ve musibetlere sebebiyet verirse otuz aya kadar hapse ve on sekiz bin liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.*"

Eğer bu fülden bir şahsın hayatınca tehlike hasil olursa altı aydan beş seneye kadar hapse ve dokuz bin liradan on sekiz bin liraya kadar ağır cezayı nakdiye ve bundan ölüm vukua gelirse beş seneden fazla olmamak üzere ağır hapse ve yirmi yedi bin liradan doksan bin liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur".

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

** Dumlupınar Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü öğretim üyesi.

Madde ile cezalandırılan husus, taksirli fiilden kaynaklanan neticenin doğurduğu “genel tehlike” halidir.¹ Kanun koyucunun amacı, kamunun selametini yangına, patlamaya, batmaya ve deniz kazasına veya genel bir tehlike doğuran yıkıntı ve felaketlere karşı korumaktır.

TCK'nun 383. maddesi, kaynak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 311. maddesinden alınmış olup bugüne kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Ancak, madde tercüme edilirken mehazdaki aslına bağlı kalınmamış ve mehazda geçen “su baskınına sebebiyet (inandazione)” ibaresi maddeye alınmamıştır.² Taksirle su baskınına sebebiyet verme TCK'nun 375. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.³

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu'nun özel kısmının 28. babı (m. 306-323c) Ammenin Selametine Aleyhine Suçlar başlığını taşımaktadır. Kanun'un bu bölümünde ilk olarak kasten yangına sebebiyet vermek suçu (306, 306b ve 306c), hemen ardından 306d. maddede taksirle yangına sebebiyet vermek suçu düzenlenmiştir. 306/d maddesine göre, “1. Her kim 306. maddenin 1. fıkrasındaki veya 306a. maddenin 1. fıkrasındaki fiilleri taksirle işler veya 306a. maddenin 2. fıkrasındaki haller bakımından taksirle tehlikeye sebebiyet verirse, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. 2. Her kim 306a. maddenin 2. fıkrasındaki haller bakımından taksirle hareket eder ve tehlikeye taksirle sebebiyet verirse üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır”.

Maddenin atıf yaptığı kasten yangına sebebiyet vermeye ilişkin hükümlerde ise genel olarak, başkasının yapıları veya barakaları, işletmeleri, teknik donanımları, bilhassa makineleri, depoyu veya depoda bulunanları, motorlu ve raylı araçları, hava ve su araçlarını, ormanları veya fundalıkları ateşe vermek veya ateş koyarak tamamen veya kısmen tahribine neden olmak cezalandırılmaktadır (m. 306).⁴ Madde 306a'nın 1. fıkrasında, insanların

¹ Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. IV, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 119.

² Bkz., Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, C. III, Ankara 1980, s. 96 vd.

³ Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu*, Gözübüyük Şerhi, C. III, 5. Bası İstanbul (Tarihsiz), s. 499.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Wessels Johannes-Hettinger Michael, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, Heidelberg 1999, s. 239-241; Küper George, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*, Berlin 1996, s. 148-149; Lackner Karl-Kühl Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Auflage, München 2001, s. 1148-1149.

oturduğu binanın, geminin veya diğer yerlerin, kilise veya diğer bir dinin ibadet mekanlarının veya insanların zaman zaman dinlendikleri yerlerin ateşe verilmesini veya ateş koyarak kısmen veya tamamen tahrip edilmesini ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. 306a. maddesinin 2. fıkrasında ise, 306/1. maddede 6 bent halinde gösterilen eşyaların ateşe verilip veya ateş koyularak tamamen veya kısmen tahrip edilmesinin sonucu olarak diğer bir kimsenin sağlık bakımından tehlikeye uğratılması ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.⁵

Taksirle yangına sebebiyet vermeye ilişkin 306d. maddesinin 1. fıkrasında, 306 ve 306a. maddelerde belirtilen fiilleri taksirle işleyenlerin veya m. 306a/2'de gösterilen fiilleri kasten işleyip başkasının sağlığı bakımından taksirli olarak tehlikeye neden olanların (kast-taksir kombinasyonu); 2. fıkrasında ise m. 306a/2'de belirtilen fiilleri taksirle gerçekleştirenler ve bunun sonucunda taksirli olarak tehlikeye sebebiyet verenlerin (taksir-taksir kombinasyonu) cezalandırılacağı öngörülmüştür.⁶

Kanun'un 306f maddesinde, dört bent halinde sayılan unsurlar bakımından yangın tehlikesine neden olmak cezalandırılmıştır. Maddenin 3. fıkrasında bu tür tehlikeye taksirle sebebiyet verilmesi de yaptırım altına alınmıştır.

Nükleer enerjiyi serbest bırakarak patlatmaya teşebbüs etmek ve bu vesileyle bir başkasını vücudu veya hayatı bakımından veya başkasının değerli bir eşyasını tehlikeye (fremde Sachen von bedeutendem Wert) düşürmek 307. maddede yaptırım altına alınmıştır. Nükleer enerjiyi serbest bırakarak patlatmak ve bu yüzden bir kimsenin bedeni veya hayatı ya da değerli bir eşyası bakımından taksirle tehlikeye sebebiyet vermek 307. maddenin ikinci fıkrasında, hem patlamaya hem de vücut, hayat ve eşya bakımından tehlikeye taksirle sebebiyet vermek 307. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

Kasten nükleer enerji dışındaki patlayıcı maddelerle patlamaya sebebiyet verip bir başkasının bedeni, hayatı ve önemli eşyaları bakımından zarar ıka etmek 308. maddenin 1. fıkrasında; patlatma sonucunda tehlikeye taksirle sebebiyet verilmesi aynı maddenin 5. fıkrasında, hem patlamaya hem de tehlikeye taksirle sebebiyet verilmesi ise 6. fıkrasında yaptırım altına alınmıştır.

Kanun'un 311. maddesinin 3. fıkrasında kamu görevlilerinin iyon ışınlarıyla taksirli tehlikeye sebebiyet vermesi; 312. maddesinin 6. fıkrasın-

⁵ Bkz., Wessels-Hettinger, s. 241-243.

⁶ Wessels-Hettinger, s. 245.

da, nükleer enerji tesislerinin veya bununla ilgili şeylerin hatalı üretimi ve aktarımı neticesinde taksirle tehlikeye sebebiyet verilmesi; 315. maddesinin 5 ve 6. fıkralarında demir, deniz ve havayolu ulaşımının güvenliğini ulaşım vasıtalarını tahrip ederek, zarar vererek veya bertaraf ederek, engeller koyarak veya yanıltıcı sinyaller veya işaretler koyarak ve benzeri tehlikeli fiilleri gerçekleştirerek engelleyip taksirle başkasının bedeni, hayatı veya eşyası bakımından tehlikeye yol açılması veya hem fiillere hem tehlikeye taksirle sebebiyet verilmesi; 315b maddesinin 4 ve 5. fıkralarında benzeri şekilde taksirli şekilde trafiğin engellenmesi suçları düzenlenmiştir.

Binalardan kaynaklanan tehlike hali Kanun'un 319. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre; *"1. Her kim, bir binanın planlamasında, yürütümünde veya inşasında veya bir yapının yıkımında tekniğin öngördüğü genel kuralları ihlal ederek başkalarının hayatı veya bedeni bakımından tehlikeye uğramalarına sebebiyet verirse, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. 2. Her kim meslek ve sanatını icra ederken projenin planı, yönetimi ve yürütümünde tekniğin genel kabul görmüş kurallarına aykırı olarak bir yapıya teknik bir donanım monte ederek veya böyle bir donanımın türünü değiştirerek bir başkasının hayatı veya bedeni bakımından tehlikeye uğramasına sebebiyet verirse aynı şekilde cezalandırılır. 3. Her kim tehlikeye taksirle sebebiyet verirse üç yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. 4. 1 ve 2 fıkrada belirtilen durumlarda taksirle hareket eden veya tehlikeye taksirle sebebiyet veren iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır."*

Görüldüğü gibi Alman hukukunda kasten bir binanın planlamasında, inşasında veya bir binanın yıkımında tekniğin öngördüğü kurallara kasten aykırı hareket ederek başkalarını şahsen zarara uğratanlar ile projeye inşaat tekniğine aykırı olarak donanım ekleyerek veya bir tesisatı değiştirerek başkalarını şahsen zarara uğratanların cezalandırılacağı açık bir hükümle düzenlenmiş, bu fiillerin taksirle işleniş şekilleri de yine yaptırımsız bırakılmamıştır.

B. Avusturya Hukuku

Avusturya Ceza Kanunu'nun özel kısmının yedinci bölümünün başlığı *"Kamu İçin Tehlikeli Cezalandırılabilir Hareketler ve Çevreye Karşı Cezalandırılabilir Hareketler"*dir. Bu bölümde ilk olarak ammenin selameti aleyhine suçlara (m. 169-179) yer verilmiştir.

Kanun'da ammenin selametini ihlal eden fiillerden ilk olarak yangın düzenlenmiştir. Buna göre, mal sahibinin rızası olmaksızın bir başkasının

eşyasını yakanlar cezalandırılacaktır (m. 169/1). Kendi eşyasını yakarken veya rızası üzerine bir başkasının eşyasını yakarken diğer bir kişinin veya üçüncü bir kişinin vücudu veya hayatı veya malı bakımından ağır tehlikeye yol açanlar da aynı şekilde cezalandırılacaktır (169/2). Bu fiiller neticesinde bir kişinin ölümüne veya çok sayıda insanın ağır bir şekilde yaralanmasına yol açılması veya bu fiiller nedeniyle çok sayıda insanın sıkıntıya düşmesi veya ölmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir (169/3).

Taksirli olarak 169. maddede belirtilen fiilleri gerçekleştirenlerin bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacakları 170. maddede öngörülmüştür. Taksirli fiil neticesinde, bir kişinin ölmesi veya çok sayıda insanın ağır bir şekilde yaralanmasına yol açması veya bu fiiller nedeniyle çok sayıda insanın sıkıntıya düşmesi veya birden çok insanın ölmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir (170/2).

Kanun'un 171. maddesinde nükleer enerji veya iyon ışınları yoluyla kasti bir tehlikeye neden olmak yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, bir nükleer enerjiyi açığa çıkararak veya iyon ışınları yoluyla bir başkasını vücut ve can veya büyük oranda malvarlığı bakımından kasten tehlikeye sebebiyet verenler cezalandırılacaktır. Eğer fiilden 169/3. fıkradaki sonuçlar doğmuşsa, aynı yaptırımlar bunlara da uygulanacaktır (171/2). 172. maddede nükleer enerji veya iyon ışınları yoluyla taksirli olarak tehlikeye sebebiyet vermek cezalandırılmış ve taksirli hareket neticesinde 170/2. maddede belirtilen sonuçların meydana gelmesi durumunda orada belirtilen yaptırımların aynen uygulanması öngörülmüştür.

Patlayıcı bir maddeyi patlayıcı araç olarak kullanıp infilak ettirmek ve bu yolla bir başkasının canı ve bedeni bakımından veya üçüncü bir kişinin malvarlığı bakımından büyük ölçüde bir zarar tehlikesine yol açmak 173. maddede, bu fiilin taksirli işleniş şekli ise 174. maddede düzenlenmiştir. Taksirli bir şekilde gerçekleştirilen patlama neticesinde 170/2. maddedeki sonuçlar gerçekleşmiş ise aynı yaptırımlar burada da uygulanacaktır (174/2).

Kanun'un 176. maddesinde 169, 171, 173. maddelerde belirtilenler dışındaki kamunun selameti için tehlike oluşturan diğer kasti fiillerin çok sayıda insanın vücudu ve hayatı bakımından veya mal varlığı bakımından ağır bir tehlikeye yol açması durumunda bir yıldan on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağı öngörülmüştür.

Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme başlıklı 177. maddede de, 170, 172 ve 174. maddelerde belirtilen fiiller dışındaki taksirli bir fiille çok sayıda insanın vücudu veya hayatı veya malı bakımından ağır bir tehlikeye neden

olmak için bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Bu tür bir fiil neticesinde 170/2. maddedeki ağır sonuçların gerçekleşmesi halinde, söz konusu hükümde belirtilen cezaların aynen uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi, Avusturya hukukunda ammenin selametini ihlal eden yangın, nükleer enerji veya iyon ışınlarını açığa çıkarma ve patlama gibi takım fiillerin hem kasti hem de taksirli işleniş şekilleri bağımsız birer suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, ammenin selametini ihlal eden diğer kasti ve taksirli fiiller bakımından ayrı ayrı genel birer hüküm konulmuştur.

C. İsviçre Hukuku

Kamunun selameti aleyhine suçlar İsviçre Ceza Kanunu'nun özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının "*Amme İçin Tehlikeli Cürüm ve Cünhalar*" başlıklı yedinci babında düzenlenmiştir. Kamu için tehlikeli fiiller kapsamında ilk olarak yangın çıkarmak cezalandırılmıştır. Kanun'un 221/1. maddesine göre, her kim kasti olarak bir başkasının zararına veya genel bir tehlikeye sebep olacak şekilde bir yangına sebebiyet verirse ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu fiil ile fail bilinçli olarak vücut ve hayat bakımından tehlike doğurursa ağır hapis cezası üç yıldan aşağı olamaz (221/2). Zararın az önemli olması halinde hakim hapis cezasına hükmedebilir (221/3).

Kanun'un 222/1. maddesinde taksirli olarak bir başkasının zararına veya umum için tehlike doğuran bir yangına yol açarsa hapis veya para cezasına çarptırılması öngörülmüştür. Fail fiili neticesinde taksirli olarak vücut ve hayat bakımından tehlike gerçekleştirirse hapis cezasına çarptırılır (222/2).

Gaz, benzin, petrol veya benzer maddelerle kasten bir patlamaya sebebiyet vermek ve bu yolla bilinçli olarak insanların bedeni, hayatı veya malı bakımından tehlikeye yol açmak, ağır hapis cezasını gerektiren bir fiil olarak 223. maddede düzenlenmiştir. Zararın az önemli olması halinde hakim hapis cezasına hükmedebilir (m. 223/1). Fail bu fiilinde taksirli ise sadece hapis veya para cezasına çarptırılacaktır (m. 223/2).⁷

Kanun'da, taksirle su baskınına, bir yapının yıkılmasına veya bir yer veya kaya kütesinin düşmesine sebebiyet verip bu yolla bir başkasının hayatı ve malı bakımından tehlike doğurmak hapisle veya para cezasıyla cezalandırılacak fiiller olarak öngörülmüştür (227/2).

⁷ Geniş bilgi için bkz., Logoz Paul, *Commentaire du code Pénal Suisse. Partie Spéciale, C. II* (Art. 213à-332), Neuchâtel 1956, s. 425-439.

Yapı işlerine ilişkin kuralların ihlali yoluyla tehlikeye sebebiyet verme 229. maddede yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, *“1. Kim kasten, bir yapının yapımının veya yıkımının yönetiminde veya yürütümünde inşaat işlerine ilişkin öngörülen genel kurallara riayet etmez ve bu yolla bilerek bir başkasının canı ve malı bakımından tehlikeye sebebiyet verirse hapis ve para cezasıyla cezalandırılacaktır. 2. Fail inşaat işlerine ilişkin öngörülen kuralları taksirli olarak ihlal ederse, hapis veya para cezasıyla cezalandırılacaktır”*.⁸

III. BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

TCK 383. maddede düzenlenen suçun, bu maddeyle yaptırıma bağlanan fiillerin farklı işleniş şekillerini cezalandıran diğer suçlarla olan ilişkisi ve ayrıldığı noktalar belirlenmelidir. Bu çerçevede, 383. maddenin 369, 372, 377, 379, 552 ve 566. maddeler karşısındaki durumunun ele alınması gerekmektedir. Ayrıca, taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçunun maddi unsurunu oluşturan yangının, infilâkın, batmanın ve deniz kazasının kapsamını ve mahiyetini belirleme bakımından da bu maddelerin ele alınması zorunludur. Zira uygulamada 383. madde bakımından yangın, patlama, batma ve deniz kazasından ne anlaşılacağı bu maddelerden hareketle açıklanmaktadır.⁹

TCK'nın 369. maddesinde, bir binaya, diğer inşaatlara, henüz biçilmemiş veya biçilmiş mahsulata veya hububata ve erzak yığın veya ambarına ateş verip kısmen veya tamamen kasten yakmak cezalandırılmaktadır. Maddede ateş konulacak nesnelere sınırlı bir şekilde sayıldığından, bunlar

⁸ Geniş bilgi için bkz., Logoz, II, s. 454-456.

⁹ “Bu duruma göre; 383. maddede yazılı infilâka sebebiyet verecek olan (madde)nin bizatihi infilâk edici olması, daha açık bir deyimle kimyevi bir olayla büyük ve tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde infilâk etmesi gerekmektedir. Nitekim, yukarıda da değinildiği gibi, 370. maddede (infilâki kaabil) şeylerin mahzenlerinden; keza 372. maddede (infilâki kaabil) bir şey koymaktan söz edilmekle, bu düşünce doğrulanmış bulunmaktadır. İnfilâk, bu haliyle, kimyevi bir olay ve birleşen elementlerin çözülmesi sonucu olur. Oysaki, hava, azot ve oksijenden oluşur. Bunların çözülmesi, hiçbir suretle infilâke sebebiyet vermez. Kaldı ki, olayımızda, sanık içi boş ve ağız kapalı mazot bidonuna oksijen kaynağı yaparken, içindeki havanın ısınması ve genişlemesi, bidonun parçalanması sonucu müterafik kusurla yaralanmaya sebebiyet vermiştir. Havanın ısınması ile genişlemesi ve bu sebeple kabın parçalanması, düdüklü tencerenin patlaması, otomobil lastiğinin yarılması ve hatta buhar kazanının yine ısı ve basıncının ayarlanamaması sonucu patlaması... gibi fiziki bir olay olup, maddede kastedilen infilâk niteliğinde değildir. Bu nedenle, olayda TCK'nın 383. maddesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır” Yarg. CGK. 19.06.1978, 9-171/248 (Gözübüyük, C. III; s. 507-508).

dışındaki eşyaların yakılması halinde bu suç oluşmamaktadır.¹⁰ Suçunu oluşumu, ateşe vermenin ya da yakmanın belirli bir ağırlığa erişmesine, yani yangın boyutuna ulaşmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, maddede belirtilen cisimlerin, kişiler ve mallar üzerinde umumi bir tehlike doğurmaya elverişli olacak şekilde yanmaya başlaması şarttır. Çıkarılan yangının böyle bir tehlike doğurmaya elverişli olmadığı hallerde, artık yangın suçundan değil, yangınla nasıl ızrardan söz edilir.¹¹ Burada cezalandırılan umum için tehlikeli olacak şekilde kasten yangın çıkarmaktır. TCK'nın 383. maddesinde ise, taksirle yangına sebebiyet verme fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Ancak 383. maddede yangının konusunu oluşturan nesnelere gösterilmemiş, sadece kamunun selametini ihlal edecek şekilde taksirli bir hareketle yangına sebebiyet vermek cezalandırılmıştır.

TCK m. 372'de kasten yakma suçunun konusunu oluşturan bina ve eşyaları tamamen veya kısmen tahrip etmek maksadıyla kasten yanıcı ve patlayıcı maddeler kullanmak cezalandırılmıştır. Maddeye göre yanıcı ve patlayıcı maddeler, "koymak", "patlatmak" ve "parlatmak" suretiyle kullanılmaktadır.¹² İnceleme konumuzu oluşturan maddede de patlamalara (infilâka) neden olmak cezalandırılmaktadır. Ancak 383. maddede gerek patlamadan etkilenecek eşyalar sıralanmamış gerekse infilâktan maksadın ne olduğu belirtilmemiştir. Kamu için tehlikeli olacak şekilde taksirle bir infilâka neden olmak suçun teşekkülü için yeterli görülmüştür. Yargıtay 383. madde anlamında patlamayı 372. maddedeki fiilleri kapsar şekilde anlamaktadır.¹³

TCK'nın 377. maddesinde gemilerin, su üstünde yüzen veya bulunan yapıların kasten ateşe verilip yakılması veya herhangi bir fiil ile bunların batmasına sebep olunması cezalandırılmaktadır. 379. maddede ise, deniz işaretlerinin değiştirilerek, buldukları yerden kaldırılarak, yanlış işaretler konularak veya başkaca hileli hareketlerle bir geminin batması tehlikesine neden olmak yaptırım altına alınmıştır. Burada geminin batması tehlikesini, batmanın dışında deniz kazalarını kapsar şekilde geniş yorumlamak gerekmektedir. Nitekim kaynak kanun "batma" tabirinin yerine "deniz kazası"

¹⁰ Erman, Sahir-Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar* (TCK m. 369-413), İstanbul 1995, s. 14; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2003, s. 742-743. Hemen belirtelim ki, bu suçu bakımından, yakılan nesnelere niteliği (m. 370-378), failin saiki (m. 383/2), suçun işlenme zamanı (m. 411), failin sıfatı (m. 412) ve yangın sonucunda bir kişinin hayatının tehlikeye konulmuş olması ya da ölümü (m. 382) cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 749 vd.

¹¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 745.

¹² Erman-Özek, s. 58 vd.

¹³ Yarg. CGK. 19.06.1978, 9-171/248 (Gözübüyük, C. III, s. 507-508).

deyimini kullanmıştır.¹⁴ Buna karşın, 383. maddede taksirli hareketlerle umumu tehlikeye düşürecek şekilde batıklara ve deniz kazalarına sebebiyet vermek cezalandırılmıştır.

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçunun, TCK'nın 552 ve 566. maddeleri karşısındaki durumuna da değinmek gerekmektedir. TCK m. 552'de "*Bir kimsenin planını tanzimde veya inşaatında iştirak etmiş olduğu bir bina kendi dikkatsizliği veya maharetsizliği neticesi olarak başkasına tehlike vermeksizin yıkılırsa*" fail cezalandırılır denilmektedir. Görüldüğü gibi maddede bir binanın başkasına tehlike vermeksizin yıkılması kabahat sayılarak önemsiz suçlar arasında düzenlenmiştir. Buna karşın eğer bir bina umum için tehlikeye sebebiyet verecek bir şekilde yıkılırsa 383. maddenin yaptırım altına aldığı "*umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribat*" fiili sayılıp cezalandırılacaktır.¹⁵ TCK m. 566'da halkı tehlikeye bırakacak kabahatler yaptırım altına alınmaktadır. Buna göre, halkı tehlikeye bırakacak mahiyette olup, 383. maddeye göre cezalandırılmayan fiiller bakımından 566. maddenin uygulanabilirliği araştırılmalıdır.¹⁶

IV. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ceza hukukuyla sadece kişilere ve devlete ait yararlar korunmamaktadır. Ortak yararlar ve amaçlar etrafında birleşen ve devletin halk unsurunu oluşturan insan topluluğuna (topluma) ait yararlar da ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Topluma ait bir kısım yararların bulunabileceği anlayışı, 17. yüzyılda toplumun devletten ve kendini oluşturan kişilerden bağımsız bir kavram olduğunun kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır.¹⁷ Buna göre, devlet ve kişilerden ayrı bir süje olan toplumun bir takım ihtiyaçları bulunmaktadır. Bunlar sosyal mevcudiyete ilişkin ihtiyaçlar veya sosyal ihtiyaçlar olup gerek kişiye, gerekse devlete ait ihtiyaçlardan ayrılmaktadır. Bu ihtiyaçları gideren araçlar da, sosyal hayata ilişkin varlıklar veya sosyal varlıklardır ve bunlar toplumsal yararlar şeklinde özel bir yarar kategorisi

¹⁴ Erman-Özek, s. 92.

¹⁵ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hüükümler*, C. III, Ankara 1993, s. 2615 vd.

¹⁶ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 119.

¹⁷ Kaynak Kanun'a ilişkin 1887 Layihasının ayan mazbatasında "*ammenin selameti aleyhine suçlar*"la ilgili şu açıklama yer almaktadır; "*Ammenin selameti aleyhindeki cürümlerin mümeyyiz vasfı; cürmün intaç ettiği zarar itibariyle değil, intaç edileceği umumi tehlike itibariyledir. Her ne vakit şahısları ve eşyayı zarara uğratmak maksadına matuf bir fiil karşısında bulunulur da o fiilden umumi bir tehlike meydana gelmesi düşünülebilirse o fiil her nevi maddi zarardan ayrı ve müstakil olmak üzere bir cürümdür*" (Majno, C. III, s. 85).

oluşturmaktadırlar. Ceza hukuku, kişi ile toplum arasındaki ilişkileri düzenler ve bu çerçevede topluma ait yararları korur.¹⁸

İnceleme konumuzu oluşturan suç, Ceza Kanunu'nun toplumsal yararlardan sayıp korumaya aldığı "kamunun selameti"ni ihlal eden suçlar arasında yer almaktadır. "Selamet" ibaresi "tehlike" kavramıyla yakın ilişki içindedir.¹⁹ Kamunun selametine karşı suçlarda kamu hakkının tehlikeye maruz bırakılması söz konusudur.²⁰ Kanun'un bu bölümünde cezalandırılan fiiller bakımından failde bu yönde bir "saik"inin bulunması aranmamış, fiilin kamuyu tehlikeye düşürme özelliğine sahip olması failin cezalandırılması için yeterli görülmüştür. Burada umumi tehlike, belirsiz sayıda kişinin ve eşyanın güvenliğine yönelik objektif tehlike ihtimalini ifade etmektedir.²¹ Buna göre, "kamunun selameti" deyiimi, toplum halinde yaşayan kişilerin, bu hayat biçimlerini korkusuz ve özel bir korumaya ihtiyaç duymaksızın devam ettirebilmeleri anlamına gelmektedir. Belirsiz sayıda kişiye yönelen, onları hayat, bedensel tamlık, hürriyet veya sağlık bakımından büyük tehlikelere sokan, toplum içinde yaşayabilmeleri için önlenmeleri zaruri olan fiiller bu selameti ihlal etmektedir.²²

Taksirle tehlikeye sebebiyet vermek suçuyla korunan hukuki yarar, yukarıda kapsamı çizildiği şekliyle kamunun selametidir. Belirsiz sayıdaki kişilerin can ve mal bakımından büyük bir zarara veya tehlikeye uğramalarının önlenmesindeki topluma ait yarar burada hukuki konuyu oluşturmaktadır.²³ Kanun koyucu, taksirle sebebiyet verilen kamuyu tehlikeye düşürecek

¹⁸ Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 342. "Bu himayenin neticesinde sözü edilen menfaatler, hak haline değil, fakat sadece topluma ait hukuki menfaatler haline gelmektedirler. Ceza hukuku, başka yerlerde olduğu gibi, burada da tecavüze uğrayan süjenin menfaatlerini himaye etmekle, süjede bir kısım haklar değil, fakat sadece hukuki menfaatler yaratmaktadır. Bu itibarla toplum, gerçek hakların süjesi, yani hükmi şahıs olarak değil, aksine ceza müeyyideleri ile himaye edilen menfaatlerin ve varlıkların, yani hukuki menfaatlerin ve varlıkların süjesi olarak ortaya çıkar" (Toroslu, s. 342-343).

¹⁹ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 85.

²⁰ Majno, C. III, s. 85.

²¹ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 85; Erman-Özek, s. 1; Toroslu, 344.

²² Erman-Özek, s. 1.

²³ Selçuk, Sami, *Karşıoylarını Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar*, Ankara 2001, s. 451; Erman-Özek, s. 68; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 378. Eğer eylem belirli sayıdaki kişilerin yaşamları ve beden bütünlüklerini zarar verir veya tehlikeye sokarsa, kamunun selametine karşı suç değil, kişilere karşı işlenmiş suç söz konusu olur. Bkz., Çınar, Ali Rıza, "Türk Ceza Yasası'nın 383. Maddesinin, Deprem Etkisiyle Yapıların Çökmesi ve Yıkılmasıyla İlgili Olarak İncelenmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, 2001/2, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

yangın, patlama, batık ve deniz kazası, tahribat ve felaket fiillerini yaptırım altına alarak toplumsal birliktelik ve dayanışmanın devamlılığı açısından önemli bir unsur olan kamunun selametini korumayı amaçlamıştır.

V. FAİLİ

Taksirle tehlikelere sebebiyet verme suçu fail bakımından özellik göstermeyen, her gerçek kişi tarafından işlenebilen bir suçtur.²⁴ Failde koruma görevliliği ve benzeri özelliklerin bulunması ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir (m. 412). Kendi malını tahrip eden, batıran, yakan kişi de bu fiili ile umumi bir tehlike meydana getirmiş ise fail olur.²⁵

VI. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsuru

1. Genel Olarak

Suçun maddi unsuru, taksirle yangına, patlamaya, batmaya, deniz kazasına ve genel bir tehlikeyi doğuran yıkıntıya ve felakete sebebiyet vermektir. Maddenin "... bir yangına veya infilâka veya batmağa ve deniz kazasına veya umumi bir tehlikeyi mutazammun tahribata ve musibetlere sebebiyet verirse ..." şeklindeki ifade biçiminden kanun koyucunun yangın, patlama, batma ve deniz kazası hallerinde tehlikenin mutlak bir şekilde gerçekleştiği varsayımını kabul ettiği, buna karşın tahribat ve musibet hali bakımın genel bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasını istediği görülmektedir. Buna göre, yangın, batma, deniz kazası ve infilâk halleri bakımından tehlikenin gerçekleştiğini ispatlamaya gerek yoktur.²⁶

Suçun oluşumu için, sadece bir tehlikenin varlığını yeterli değildir, zararlı neticenin gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, bu suçta genel bir tehlikenin meydana gelmesi şarttır.²⁷ Kanun'da suçun oluşumunun zararlı sonuçların meydana gelmesine bağlı bulunduğunu gösteren önemli delil bulunmaktadır. Gerçekten, TCK 413. maddede, 383. maddenin de içinde yer aldığı yedinci babın ilk iki faslındaki yazılı fiillerden ileri gelecek tehlikenin gayet önemsiz olmasına cezanın indirilmesi yönünde netice bağ-

²⁴ Soyaslan, s. 378; Gözübüyük, C. III, s. 500.

²⁵ Soyaslan, s. 378; Erman-Özek, . 11-12.

²⁶ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 119-120.

²⁷ Erman-Özek, s. 102; Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

lanmıştır. Buna göre, maddede gösterilen fiiller nedeniyle cezalandırma yoluna gidilebilmesi için az veya çok bir zararlı neticenin meydana gelmesi gerekmektedir.²⁸

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme, yangın, patlama, batığa veya deniz kazasına veya yıkıntı ve felaketlere neden olmakla işlenebilecek seçimlik hareketli bir suçtur.

Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçunun maddi unsurunu oluşturan fiillerin mahiyetini belirlemeyi, bu fiillerin kasten işleyenleri cezalandıran TCK'nın 369, 372, 377 ve 379. maddeleri çerçevesinde yapma eğilimindedir.²⁹ Bu nedenle, yangın, patlama, batma, deniz kazası bakımından belirtilen maddelerin dikkate alınması gerekmektedir. Aşağıda suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketler sırasıyla bu kapsamda incelenecektir.

2. Yangın

Maddede sadece yangına sebebiyet vermektan söz edilmiş, yangının kamu için tehlike doğurmasının dışında niteliğine, niceliğine ve yöneleceği konulara ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Oysa, TCK'nın kasti yangın çıkarma eylemleri cezalandıran 369, 370 ve 377. maddelerinde ise yangının mahiyeti bakımından, "*ateşe verip kısmen veya tamamen yakmak*"tan bahsedilmiş, ayrıca fiilin yöneleceği maddi konular da gösterilmiştir. TCK 383. maddede ise yalın olarak yangın ibaresi geçmesine rağmen, doktrine³⁰ ve Yargıtay'a göre bu madde bakımından yangını 369, 370 ve 377. maddelerdeki gibi anlamak gerekmektedir.³¹

Kanaatimizce kanunun hükümleri arasında çelişki olamayacağından yangının bu şekilde anlaşılması gerekli ise de, ancak bunu sadece yangından ne anlaşılacağı ile sınırlı kalacak şekilde düşünmek gerekmektedir. Diğer deyişle, yangının "*ateşe verip kısmen veya tamamen yakmak*" şeklindeki niteliğinin tayini dışında, 383. madde anlamında yangının sözü geçen maddelerdeki sınırlı olarak sayılan şeylere yönelmesi aranmamalıdır. Aksi uygulama suç tipinde bulunmayan bir unsuru kanuna eklemek an-

²⁸ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 119.

²⁹ Yarg. CGK. 19.06.1978, 9-171/248 (Gözübüyük, C. III, s. 507-508).

³⁰ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 120; Erman-Özek, s. 102; Gözübüyük, C. III, s. 500.

³¹ Doktrinde Erem'e göre, suçun taksirli şeklinde kanunun kasıtlı şeklinden daha hafif bir kusuru cezalandırdığı iddia edilemeyeceğinden, taksirin cezalandırılması içinde herhalde yangının meydana gelmiş olması şarttır. Bkz., Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 120.

lamına gelir ve bu durum ceza hukukunun temel prensiplerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur. Kanun koyucu 383. madde bakımından böyle bir uygulamayı yeğlese idi, aynen 372. maddedeki yöntemi uygulayarak fiilin yöneleceği konulara ilişkin bir sınırlama getirirdi. Gerçekten 372. maddede tahrip suçu bakımından “Geçen maddelerde beyan olunan binaları ve eşyayı tamamen veya kısmen tahrip etmek”ten bahsedilerek, açık bir yollamada bulunulmuştur. Ancak, 383. madde için böyle bir yollamada bulunulmadığı ve sadece taksirle kamuyu tehlikeye uğratan yangına sebebiyet verilmesinin düzenlendiği görülmektedir. Hemen belirtelim ki, Yargıtay 383. maddedeki yangının niteliği ve yöneldiği konu itibarıyla 369, 370 ve 377. maddelere uygun olmasını aramakta³² ve bu anlayış doktrinde de destek bulmaktadır.³³

Yangın sözlükte, etrafa yayılan ve zarara yol açan büyük ateş³⁴ veya zarara sebebiyet veren yanma olayı şeklinde tanımlanmaktadır.³⁵ Bu çerçevede hukuki bir kavram olarak yangın, geniş bir alana yayılan veya yayılma eğilimi gösteren, söndürülmesi zorluk arz eden ve bir şeyin bütününe ya da önemli bir kısmını kapsamına alan bir ateş yakılmasını ifade eder.³⁶ TCK 383. madde bakımından da yangını bu şekilde anlamak gerekmektedir. Ancak suçun oluşması, yangın boyutuna varan bir yanmanın ve ateşe vermenin varlığına bağlıdır. Suç kamununun selameti karşı bir suç olduğundan, bir cismin, kişiler ve mallar üzerinde tehlike doğurmaya elverişli şekilde

³² “Yanan şeylerin çalidan ibaret olmasına ve çalının 383 üncü maddeye tekaddüm eden maddelerde tasrihan tadât olunan şeylerden bulunmamasına göre maznunun berasetine hükmedilecek yerde mahkûmiyetine karar verilmesi yolsuzdur” Yarg. 4. CD. 16.4.1949, 4631/5985 (Köseoğlu, Cemal, *Haşiyeli Türk Ceza Kanunu*, 8. Baskı, İstanbul 1955, s. 399). “Bir kaç menkul eşyayı yakan ateşin gayri menkule sirayet etmemiş olmasına göre unsurunun tekevvün etmediği gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur” Yarg. 4. CD. 2.3.1951, 1383/1383 (Köseoğlu, s. 399). “Yananın kendir çöplerinden ibaret olup ateşin binaya sirayet etmemesine ve faslın 369 uncu madde ile başlayan mütekaddim maddelerinde kendir çöplerinin yangın konusu gösterilmesi göre unsurları tekevvün etmeden mahkûmiyet verilmesi yolsuzdur” Yarg. 4. CD. 25.9.1951, 7139/7101 (Köseoğlu, s. 399). “Sanık tarafından anızların temizlenmesi için yakılan ateşin TCK 369 ve müteakip maddelerinde belirtilen yer ve şeylere sirayet etmemesi halinde TCK 383. maddeye muhalefet suçu oluşamaz” Yarg. 9. CD. 27.11.1990, 3562/4032 (Erman-Özek, s. 102, dnp. 2). “Tebdîrsizlik ve dikkatsizlik neticesi arı kovanlarının yanması sonucu TCK 383. maddesi uygulanmaz. Zira arı ve kovanları, 383. maddeye tekaddüm eden maddelerde açıklanıp sayılanların dışındadır” Yarg. 4. CD. 27.06.1967, 2340/3965 (Güner, Şefik, *Türk Ceza Kanunu ve İlgili Yargıtay İçtihatları*, Ankara, 1976, s. 238).

³³ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 120; Gözübüyük, C. III, s. 500; Erman-Özek, s. 102; Soyaslan, s. 379.

³⁴ *Meydan Larousse*, C. 20 (Sabah Armağanı), s. 267.

³⁵ Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. Baskı, İstanbul 1996, s. 1129.

³⁶ Erman-Özek, s. 9.

yanmaya başlaması şarttır.³⁷ Böyle bir tehlike, yayılmaya uygun bir ateşin ve yakılan şeyin yakınlarında yanmaya elverişli cisimlerin bulunması halinde söz konusu olur.³⁸

Bu noktada ateşin ne zaman yangın olarak nitelendirilebileceği hususuna da değinmek gerekmektedir. Bir görüşe göre; yanıcı maddenin uzaklaştırılmasına karşılık, ateşe verilen cisim tek başına yanmaya devam ediyorsa ve yakılan ateş diğer cisimler üzerinde de etkili olabilecek nitelikteyse yangından söz edilir. Bu şart gerçekleştikten sonra, suçun oluşması bakımından nesnenin alev alev yanması aranmaz, kor halinde, içten içe yanma yeterlidir.³⁹ Diğer görüşe göre, yangın, ateş konulan nesnenin alev alev yanmasıdır. Cismin içten içe yanıp kömürleşmesi bu anlamda yangın sayılmaz.⁴⁰ Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise, yanıcı maddeler uzaklaştırıldıktan sonra ateşe verilen nesne yanmağa devam ediyorsa ve yakılan bu ateş özel araçlar kullanmadan söndürülemiyorsa, artık ammenin selametini tehlikeye düşürecek bir yangının varlığından söz edilir.⁴¹ Kanaatimizce de ancak bu vasıftaki bir yangın 383. maddenin öngördüğü bir tehlikeye neden olabilir.

Yakılan nesnenin taşınır olup olmaması ve değeri suçun oluşum açısından önemli değildir. Önemli olan sebebiyet verilen yangın olayı nedeniyle kamunun tehlikeye maruz kalmış olmasıdır. Ayrıca 383. maddenin uygulanabilmesi için yangının mutlaka felaket sayılabilecek derecede gerçekleşmiş olması gerekli değildir.⁴²

Yangının mutlaka fail tarafında çıkarılmış olması gerekli değildir. Başkası tarafından çıkarılan yangını söndürmekle görevli olanların, işlerini savsaklayarak taksirli hareketleri neticesi yangının kamuyu tehlikeye düşürecek şekilde büyümesine neden olmaları halinde 383. madde uygulama alanı bulacaktır.

3. İnfilâk

İnfilâk, şiddetli bir şekilde patlamayı ifade eder.⁴³ Patlamayı, büyük gürültü çıkaran ve ani tehlike yaratan fiil şeklinde anlamak da mümkün-

³⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 745.

³⁸ Erman-Özek, s. 11.

³⁹ v. Liszt Franz-Schmidt Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25. Aufl. Berlin-Leipzig 1927, s. 709, zikreden: Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 746.

⁴⁰ Wachenfeld Friedrich, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, München 1914, s. 513, zikreden: Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 745-746.

⁴¹ Erman-Özek, s. 10; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 745-746.

⁴² Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 120.

⁴³ *Meydan Larousse*, C. 9 (Sabah Armağanı), s. 489.

dür.⁴⁴ Bazı maddelerin patlaması yangın gibi tehlikeye yol açar. Ancak patlamada aniden beliren, yangında ise yavaş yavaş ortaya çıkan bir tehlike söz konusudur.⁴⁵

TCK 383. madde bakımından patlamanın mahiyetini belirlemede tahrip fiilini cezalandıran 372. maddeyi göz önünde tutmak gerekmektedir. Söz konusu 372. maddede tahribatın "lağım", "torpil", "bu kabilden mamûlat", "infilâkı kabil bir şey" ve "kabili iştiâl bir madde" ile gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Bu çerçevede 383. madde anlamında infilâk da bu çeşit maddeler ile gerçekleştirilmiş patlamaları kapsar. Buna göre, taksirli olarak "infilâkı kabil bir şey" veya "bu neticeyi husule getirecek kabili iştiâl bir madde" ile meydana getirilen patlamalar sonucu kamunun tehlikeye uğratılmış olması gerekmektedir.⁴⁶ Ancak bu çeşit tehlikeye sadece bizatihi patlayıcı olan maddelerle neden olunmaz. Tabii yapılarında değişiklik yapılarak patlayıcı madde haline getirilip patlatılan şeylerle de tehlikeye yol açılabilir. Esasen, 372. maddede infilâk edici olmaktan değil, infilâkı kabil olmaktan bahsedilmiş olması bu sonucu doğrulamaktadır.⁴⁷ Buna göre, bizzat patlayıcı olmayıp, patlayıcı nitelik kazandırılmış maddelerin taksirle infilâkına sebebiyet vererek kamuyu tehlikeye düşürmek 383. maddenin uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle, Yargıtay'ın "383. maddede yazılı infilâka sebebiyet verecek olan (madde)nin bizatihi infilâk edici olması, daha açık bir deyimle kimyevi bir olayla büyük ve tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde infilâk etmesi gerekmektedir",⁴⁸ yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Aynı şekilde Yargıtay'ın, "Boş ve kapalı mazot bidonunu oksijen kaynağı yaparken meydana gelen patlama TCK m. 383'te kastedilen infilâk niteliğinde değildir",⁴⁹ yönündeki değerlendirmesi de kanaatimizce doğru değildir. Gerçekten, 372. madde bakımından ve dolayısıyla 383. madde yönünden önemli olan niteliği itibariyle patlayıcı olan bir maddenin patlatılması değil, patlayıcı nitelik kazandırılabilen, patlayıcı gibi kullanılabilen maddenin infilâk ettirilmiş olmasıdır.⁵⁰ Buna göre, örneğin taksirli olarak tüp gazın ateşe tutularak patlatılmasından veya düdüklü tencerenin ateşe tutularak patlatılmasından

⁴⁴ Soyaslan, s. 379.

⁴⁵ Gözübüyük, C. III, s. 500.

⁴⁶ "Mağdur sanıkların arazide buldukları el bombası ile oynarken bombanın infilâk etmesi sonucunda ölüm ve yaralanmanın meydana geldiğinin ileri sürülmesine göre, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 383/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceği ..." Yarg. 2. CD. 5.5.1999, 4548/5944 (Yaşar, Osman, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001, s. 836).

⁴⁷ Erman-Özek, s. 58 ve dpn. 3.

⁴⁸ Yarg. CGK. 19.06.1978, 9-171/248 (Gözübüyük, C. III, s. 507-508)

⁴⁹ Yarg. 9. CD. 11.4.1978, 1601/1575 (İçel, Kayıhan-Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 682).

⁵⁰ Aynı yönde bkz., Erman-Özek, s. 58-59, dpn. 3.

kamu için tehlike doğmuşsa 383. maddedeki suç oluşur.⁵¹ Aynı şekilde günümüzde buhar ve kalorifer kazanlarının talimatlara uygun bir şekilde kullanılmadığı, gerekli bakım ve onarımlar zamanında yapılmadığı takdirde patlayarak belirsiz sayıda kişiler bakımından tehlike sonuçlar ortaya çıkardığını görmekteyiz. Eğer, infilâk bakımından Yargıtay'ın yorumuna bağlı kalırsak, taksirle kalorifer ve buhar kazanlarının patlamasına sebebiyet vermek bakımından 383. maddeyi uygulamak mümkün değildir.⁵² Oysa, bu tür patlamalardan genel bir tehlikenin ortaya çıktığında kanaatimizce bir şüphe bulunmamaktadır.

4. Batma ve Deniz Kazası

Batmadan maksat, bir şeyin tamamen veya kısmen doğrudan doğruya suya gömülmesine neden olmaktır.⁵³ Buna göre, taksirli bir hareket sonucunda suda yüzen veya su yüzeyinde durabilen gemi veya diğer şeylerin kısmen veya tamamen suya gömülmesine neden olunması halinde 383. madde anlamında batma söz konusu olur. Batmanın varlığı suçun teşekkülü için gerekli olan genel tehlikeyi belirtir.^{54,55} Taksirli bir hareketle umum için tehlike doğurmaksızın kendi deniz aracını batırıp, hayatını tehlikeye sokmak bu anlamda batma değildir.⁵⁶

⁵¹ "...Olay tarihinde askerlik görevini yapmakta olan ve izinli olarak memleketine dönen sanığın, izin süresinin bitiminde kıtasına geri dönmek istemediği, aile bireylerinin kıtasına dönmesi yönündeki ısrarları üzerine de kendini banyoya kilitleyip, banyo penceresi ve bacasını sıvıca kapattıktan sonra şofbeni açıp içeriye bol miktarda gaz akışını sağladığı, daha sonra da şofbeni ateşlediği, ağabeyi ölen Bünyamin'in sanığın uzun süre banyodan çıkarmaması karşısında kuşkuya düşerek kilitli olan kapıyı zorladığı ve bu zorlama sırasında kırılan camdan elini sokarak kapıyı açması ile birlikte içeriye giren oksijenin oluşturduğu yangın ve infilak sonucunda sanığı kurtarmaya gelen ağabeyi dahil, kız kardeşi Hülya, annesi Emine ile komşuları Katibe'nin öldükleri, komşusu müdahil Necdet'in yaralandığı, böylece sanığın tedbirsizlik sonucu yangın ve infilaka neden olmasıyla ölüm husule geldiği, sonuçta eyleminin TCK'nın 383/2. madde ve fıkrasına uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının belirlenmesinde yanılığa düşülerek aynı Yasa'nın 455. maddesi kapsamında değerlendirilmesi" Yarg. 8. CD, 20.11.2002, 10938/10815 (http://212.175.179.124/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x0048f0a-0&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x009eb665 (21.4.2004)).

⁵² "Sunta Tahta Sanayi A.Ş. Fabrikası'nda sıcak su kazan tankının, mekanizma bozuklukları dolayısıyla sıcak suyun zamanında tahliye olmaması sonucu patlaması ve bu nedenle mağdurun yaralanması şeklinde gelişen olayda, infilâka sebebiyet verecek olan maddenin bizzatı infilâk edici madde olması, kimyevi bir olayla büyük ve tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde infilâk etmesi hallerinde uygulanması mümkün olan TCK'nın 383. maddesinin uygulama yeri olmadığı, sanıkların kusurlulukları ve dereceleri nazara alınarak eylemlerinin TCY'nin 459. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" Yarg. 2. CD. 22.2.1995, 129/2199 (Yaşar, s. 837).

Deniz kazası, bir geminin insan elinde olmayan bir sebepten dolayı tamamen veya kısmen hasara uğramasına denir.⁵⁷ Ticaret Kanunu'nda deniz kazasının su alma, karaya oturma, parçalanma, batma, yanma ve patlama gibi gemiye ait ve yıldırım isabeti ve buz çarpması gibi doğal olaylar yüzünden meydana gelebileceği belirtilmiştir.⁵⁸ Maddede yer alan deniz kazası batmanın dışında kalan her türlü kazayı kapsamaktadır.⁵⁹ Tabiatıyla deniz kazasının en sık görünen şekli bir geminin diğer bir gemiye çarpmasıdır. Ticaret Kanunu'nun deniz kazasından saydığı hallerden birine taksirli hareketleriyle neden olup bunun sonucunda genel bir tehlikeye neden olanlar cezalandırılacaklardır.⁶⁰ Yargıtay'a göre, "TCK'nın 383. madde 1. fıkrasında zikri geçen deniz kazasından maksat, denizde bir geminin diğer bir gemiye çarparak, gemilerin veya içindeki can ve malların zarara uğraması hali"dir ve bu hal doğrudan söz konusu hükmün uygulanması için yeterlidir.⁶¹

5- Genel Bir Tehlikeyi Doğuran Tahribat ve Musibet

Genel bir tehlikeyi kapsayan yıkıntı ve felaket, kişilere ve eşyalara zarar veren veya genel bir tehlikeye koyan hareketlerden oluşmaktadır. Belli bir kişinin veya şeyin değil, belirli olmayan kişilerin ve şeylerin genel olarak zarar ve tehlikeye uğratılması söz konusudur.⁶² Hemen belirtelim ki, kanun koyucu yangın, patlama, batma ve deniz kazasında genel bir

⁵³ Gözübüyük, C. III, s. 501.

⁵⁴ Soyaslan, s. 379.

⁵⁵ "Sanığın eylemi, yönetimindeki tankerin mevkiini tayin edememesi sebebiyle, karaya oturmasına sebebiyet vermektir. Mürettebatın ve kaptanın kendi çabaları ile kurtarılan karaya oturmuş tanker, yüzdürülerek Çanakkale'ye döndürülmüş olup, batma hali kesinlikle söz konusu değildir.

Bu itibarla TCK'nın 383/1. maddesinin yasal unsurlarının olayda mevcut bulunmadığı gözetilmeden, sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır" Yarg. 9. CD. 25.02.1983, 237/399 (Gözübüyük, C. III, s. 511-512).

⁵⁶ Yarg. 4. CD. 27.01.1950, 16669/1023 (Köseoğlu, s. 399).

⁵⁷ *Meydan Larousse*, C. 5 (Sabah Armağanı), s.174.

⁵⁸ Yarg. 4. CD. 01.07.1949, 8433/10019 (Köseoğlu, s. 399).

⁵⁹ Erman-Özek, s. 102.

⁶⁰ "Hâdisenin dikkatsizlik ve tedbirsizlikle deniz vasıtasının zarara uğramasına sebebiyetten ibaret olmasına ve evvelki maddelerdeki kasıtlı suçların adı zarar irasını şümülüne almaması hasebiyle bunların kasıtsız şekliinden bahseden 383 üncü maddenin batma veya batma tehlikesi tahakkuk etmedikçe bu kabil zarara sebebiyet hadiselerini şümülüne alamayacağını bütün halleri (veya) ile ayırmış iken (batmak ve deniz kazası) hallerini atıf edati olan (ve) ile birleştirmesinden de anlaşılmasına göre hâdisenin deniz kazası sayılarak sanığa ceza verilmesi yolsuzdur" Yarg. 4. CD. 06.04.1949, 4010/5384 (Perinçek Sadık/Özden Cahit, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Yargıtay Kararları, İstanbul 1950, s. 340).

tehlikenin oluştuğunu baştan kabul ettiği halde, bir fiilin yıkıntı ve felaket kapsamında değerlendirilmesini umumi bir tehlikeyi doğurması şartına bağlamıştır. Bu nedenle, her somut olayda bu yönde bir araştırmanın yapılması gerekmektedir.

Maddede, yangın, patlama, batma ve deniz kazasının dışında kalan ve kamuyu tehlikeye uğratma ihtimali olan bir takım fiiller, genel tehlike yaratacak yıkıntı ve felakete neden olma şeklindeki kapsayıcı bir ifade ile yaptırımsız bırakılmamıştır.⁶³ Buna uygun olarak, TCK'nın da açıkça cezalandırılmayan hava taşıma araçlarının düşmesine veya başkaca tehlikeye uğramalarına sebebiyet vermek, *"umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribata ve musibetlere sebebiyet verme"* kapsamında cezalandırılacaktır.⁶⁴

Ayrıca, kaynak kanunda taksirle binaların yıkılması ve çökmesi de açıkça bu madde kapsamında cezalandırılmıştı. Mehz kanunda binaların yıkılması ve çökmesi için kullanılan *"rovina"* ibaresinin TCK'ya alınmamış olması bir an için bu gibi hallerde hangi maddeye göre işlem yapılacağı sorusunu gündeme getirebilir ise de, genel kabule göre binaların yıkılması ve çökmesi *"umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribata ve musibet"*i oluşturmaktadır. Bu nedenle, binaların yıkılması ve çökmesinden umum için tehlike oluşturabilecek bir yıkıntı ve bir felaket doğmuşsa TCK 383. madde uygulanacaktır.⁶⁵ Hemen belirtelim ki, eğer bina genel bir tehlike yaratmaksızın yıkılacak olur ise TCK m. 552 uygulanacaktır.⁶⁶ Uygulamada

⁶¹ Yarg. 9. CD. 22.06.1983, 1270/1838 (Gözübüyük, C. III, s. 511).

⁶² Gözübüyük, C. III, s. 501; Soyaslan, s. 379.

⁶³ "1- Olay günü, Silivri Celaliye köyü, doktorlar sitesi, plaj sahasında, sahile 50 metre mesafedeki şamandıralara yakın bir yerde, sanıklar Erkan Aktunalı ile Emin Ayhan Sümbüloğlu, münavebe ile, biri motoru kullanmak, diğeri kayak yapmak suretiyle, kıyıya paralel olarak süratle gidip gelmektedirler. Olay anında motorda sanık Erkan, kayakta Emin Ayhan bulunmaktadır. Şamandıraların 10-20 metre dışına kadar yüzerek giden, ölen Kemal Ertek, sahile dönmek üzere iken, kayak yapan sanıkların motorunun çarpması sonucu ölmüştür.

Çarpma olayının meydana geldiği saha; şahitlerce açıklandığı ve yapılan tespitlerden anlaşıldığı üzere, devamlı denize girilen, sahil şeridine yakın, herkesin yüzebildiği bir yerdir. Olaya takaddüm eden günlerde, aynı sahada motorla kayak yapan sanık Emin Ayhan'a bu davranışını sahil halkı için tehlike yarattığı, bir kaza olacağı, o yer sakinlerince hatırlatılmış ve ikazda bulunulmuş ise de, Emin Ayhan, bu uyarılara aldırış etmemiş ve hatta sert cevaplar vererek, hareketine devam etmiştir. Silivri liman başkanlığının 23.11.1978 gün, 86/867/190 ve 17.6.1979 gün, 86-967/98 sayılı yazılarına göre, spor teknelerinin şamandıralarla tespit edilmiş plaj sahalarının takriben 200 metre dışında seyretmeleri, plaj ve sandalların civarında tehlike yaratacak bir sür'atle seyretmemeleri gerekir.

Olay yerinin belirlenen durumu karşısında, bu sahada motorla sür'atli bir şekilde kayak yapılması "umumi bir tehlikeyi mutazammındır". Kaza ile de "tahribat ve musibete sebebiyet verilmiştir"..." Yarg. 9. CD. 29.12.1981, 4447/4781 (Savaş Vural-Mollamahmu- toğlu Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. III, Ankara 1999, s. 3456-3457).

da, binaların yıkılması ve çökmesinin belirli olmayan kişilerin yaşamlarına, beden bütünlüklerine, özgürlüklerine ya da sağlıklarına yönelik tehlike oluşturmadığı, binanın niteliğine, bulunduğu yer ve konuma göre araştırılması istenmekte ve ulaşılabilecek sonuca göre işlem yapılması istenmektedir⁶⁷. Bu anlayışa uygun olarak da, “... on katlı apartmanın inşadan kaynaklanan nedenlerden yıkılması sonucu elli beş kişinin ölmesi şeklindeki olayda; tahribat ve musibeti oluşturan ve umumi bir tehlike teşkil eden boyutta meydana gelen yıkılma dolayısıyla ...” failerin 383. maddeye göre sorumlu olduğu kabul edilmiştir.⁶⁸

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçu bakımından genel hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilir. Ancak meşru müdafanın bu suçta gerçekleşmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira, taksirli tehlikeye sebebiyet verme suçunun oluşumu belirsiz sayıda kişi için tehlikeli doğuran bir hareketin bulunmasını gerektirmektedir. Oysa, meşru müdafaa olarak gerçekleştirilen bir hareket mutlaka haksız bir saldırıda bulunan kişiye karşı yapılmalı, yani hareket belli bir kişiye yöneltilmelidir. Bu nedenle, taksirli tehlikeye sebebiyet verme fiili meşru müdafaa şartları çerçevesinde gerçekleştirilemez.

Bu suç bakımından diğer hukuka uygunluk nedenlerinden kanunun hükmünü ifa, yetkili merciin emrini icra ve ıztırar hali de düşünülebilir. Ka-

⁶⁴ Erman-Özek, s. 102; Majno, C. III, s. 98. Erem, uçak kazaları bakımından TCK'nın düzenlenmesini aşağıdaki gibi eleştirmektedir. “Pilotun veya meydan servislerinin kusuru ile vukua gelen uçak kazalarını “umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribat ve musibet ibaresine dahil saymanın ve bu madde hükmü ile cezalandırmanın mümkün olduğu düşünülebilir. Fakat kanunumuzun kasden kazaya sebebiyet hallerini cezalandıran maddesinde (TCK 377) uçaklar nazara alınmamıştır. O halde kasdi suçlarda bu hususu nazara almayan kanun vazınının, taksirli suçlarda uçakları nazara aldığı iddia edilemez” (Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 122).

⁶⁵ Gözübüyük, C. III, s. 500; Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 121; Majno, C. III, s. 98; Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

⁶⁶ Gözübüyük, C. III, s. 500; Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 121.

⁶⁷ “Somut olayda müteahhit olan sanığın; inşasına iştirak etmiş olduğu binanın, deprem faktörü ile birlikte yapımında malzeme yetersizliği, imalat hatası gibi kusurlu hareketi sonucu, başkasına tehlike vermeksizin yıkılmasına neden olma şeklinde tezahür eden eyleminin TCY'nin 552. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeksizin aynı yasanın 383. maddesi ile ceza tayini, kanunu aykırı (...) olduğundan hükmün (...) bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi” Yarg. 9 CD. 2.4.2001, 545/1061 (Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm , dpn. 13 (02.03.2004)).

⁶⁸ Yarg. 2 CD. 21.3.2001, 7015/4778 (Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm , dpn. 33 (02.03.2004)).

patıldığı yerden çıkmak için yangın çıkarmak, patlama gerçekleştirmek ve yıkmak zaruret hali çerçevesinde düşünülebilecek durumlardır. Kanun'un hükmünü ifa ve özellikle yetkili bir merciin emrini icra, bu suç bakımından düşünülmeli gereken diğer hukuka uygunluk nedenleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yol açma çalışmaları sırasında aldığı emir üzerine dinamit kullananların eylemi umum için tehlike teşkil etseler hukuka uygundur. Ancak verilen emrin meşru olması ve sınırları içinde kalınarak kullanılmış olması zorunludur.

Tehlikeye sebebiyet verme, kamunun selametine karşı işlenen bir suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu suçla topluma ait yararlar korunmaktadır. Bu nedenle, mağdurun rızası bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak gündeme gelmez.

C. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru taksirdir. TCK'nın taksiri ifade etmede kullandığı kalıp 383. maddede aynen tekrarlanmıştır. Buna göre, tedbirsizlik, dikkatsizlik, sanat ve meslekte tecrübesizlik ve nizam, emir ve kaidelere riayetsizlik sonucunda yangına, patlamaya, batığa, deniz kazasına veya umumi bir tehlikeyi doğuran yıkıntı ve felaketlere neden olanlar cezalandırılacaklardır.

Burada, fail, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilik şeklinde beliren sübjektif kusurundan doğan neticeden sorumlu tutulmaktadır. Failin böyle bir neticeden sorumlu tutulabilmesi için somut olayda taksirin bütün unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlar sırasıyla; a. Taksirli fiilin cezalandırılacağı yolunda kanunda hüküm bulunması, b. Dikkat ve özen görevinin yerine getirilmemesi, c. Neticenin öngörülebilir nitelikte olması, d. Hareketin bilinmesi ve istenmesi, fakat neticenin istenmemesi ve e. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmasından ibarettir.

TCK 383. madde taksirli fiillerin cezalandırıldığı sınırlı sayıdaki hükümden biridir. Bu nedenle, ilk unsur yönünden herhangi bir sorun bulunmamaktadır. İkinci unsur, failin bir dikkat ve özen görevini ihlal etmiş olmasıdır. Bu unsur, yapılan hareketin mevcut bir dikkat ve özen görevine riayetsizlik şeklinde ortaya çıkmasını ifade eder. Başka bir anlatımla, ortada faile belli bir yönde harekette bulunurken dikkatli ve özenli davranma yükümlülüğü getiren bir kural bulunmalıdır. Failin somut bir fiil bakımından taksir şeklindeki kusurluluğu ancak böyle bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde gerçekleşir. Hemen belirtelim ki, bir kimsenin dikkat ve özen gö-

revini ihmal etmesi nedeniyle kusurlu addedilebilmesi için, dikkat ve özen görevini yerine getirilebilmesi imkanına sahip olması da gereklidir.⁶⁹

Maddede dikkat ve özen görevinin ihmalinin tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya sanat ve meslekte tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik şeklinde ortaya çıkan hareketlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Tedbirsizlik, ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belirli bir neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek önlemleri almamayı belirtir. Tedbirsizlikte, özen gösterildiği takdirde sakınılabilecek durum söz konusudur. Buna karşın dikkatsizlik, genellikle icrai bir hareketle ortak tecrübenin yüklediği dikkat ve özen görevine aykırı davranılmasını ifade eder.⁷⁰

Meslek ve sanatta acemilik, belirli bir mesleği icra eden kişinin, yasa, nizam, örf ve adet kuralları uyarınca, icra ettiği meslek ve sanatla ilgili sahip bulunması gereken bilgilerden yoksun olmasıdır. Bu şekil taksirli suçlar ancak belli meslek veya sanatı icraya yetkili olanlar tarafından işlenebilir. Ferdi veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak amacıyla konulmuş her türlü hukuki ya da mesleki kurala yahut yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlara aykırılık ise nizam, emir ve kurallara riayetsizliği ifade eder.⁷¹

Üçüncü unsur, neticenin öngörülebilir, yani tahmin edilebilir olmasıdır. Bu şart, faile yüklenen dikkat ve özen görevinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre özen ve dikkat görevinin yerine getirilmesi imkanın varlığına rağmen bunu yapmaktan kişi sorumludur. İşte bu imkan neticenin öngörülebilir nitelikte olmasıdır.⁷²

Taksirin dördüncü unsuru, hareketin bilinmesi ve istenmesi, fakat neticenin istenmemesidir. Fail, neticeyi doğuran hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmediği durumlarda, taksirin varlığından söz edilemez. Ayrıca, taksirin varlığı, failin bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğan hukuka aykırı neticeyi istememesine bağlıdır.⁷³

Nihayet taksirin son unsuru hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmasıdır.⁷⁴ Bu unsur, ortaya çıkan neticenin failin dikkat ve

⁶⁹ İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967, s. 137-142.

⁷⁰ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 639 vd.; İçel, s. 198 vd.; Yarg. CGK. 07.03.1994, 1-50/76 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 639, dpn. 334).

⁷¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 641 vd.; İçel, *Ceza Hukukunda*, s. 200 vd.

⁷² İçel, *Ceza Hukukunda*, s. 147 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 638.

⁷³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 629-630.

⁷⁴ Bkz., Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 629-630; İçel, *Ceza Hukukunda*, s. 168 vd.

özen görevini yerine getirebilme imkanına (neticeyi öngörmesine) rağmen, bunu yapmayarak öngördüğü fakat istemediği neticeyi gerçekleştirmesini ifade etmektedir.⁷⁵

İnceleme konumuzu oluşturan suç bakımından failin sübjektif sorumluluğu bu beş unsurun bir olayda birleşmesiyle söz konusu olur. Buna göre, yangın, patlama, batık, deniz kazası, tahribat ve felaketin yukarıda sıralanan şartlar içinde umum için bir tehlike oluşturmuş iseler cezalandırılacaklardır. Örneğin, bir binanın yıkılarak veya çökerek genel bir tehlike yaratması neticesi, binanın yapımındaki failin dikkat ve özen görevinin ihmal etmesinden, kısacası yapıyı yaparken deprem yönetmeliğinde öngörülen kurallara uymayarak eksik malzeme kullanmasından kaynaklanmalı ve fakat fail yine kendi kusuruyla bu binanın kendiliğinden veya depremin etkisiyle yıkılabileceğini öngörmemiş olmalıdır.⁷⁶ Hemen belirtelim ki, ister kendiliğinden olsun isterse depremin tetiklemesiyle olsun bir binanın yıkılmasının, proje düzenleme ve teknik uygulama denetimi aşamalarında yapı sanatı ve tekniğine özgü genel kabul gören kurallara gereği gibi uyulmamış olmasından ve idari denetimsizlikten kaynaklandığı belirtilmektedir.⁷⁷ Bu duruma göre, bina yıkılması veya çökmesi olaylarında, bu olayı tetikleyen neden ne olursa olsun eğer binanın inşasında kusur söz konusu ise her durumda “*umum için tehlike doğurma*” şartının gerçekleşmesi kaydıyla 383. maddenin uygulanması gerekecektir.

Yargıtay’a göre, binaların yıkılmasından kaynaklanan tahribat ve felaket bakımından deprem tek başına sebep değil, bu sonucu hazırlayan nedenlerin harekete geçiricisidir. Dolayısıyla, binaların yıkılması veya çökmesinden kaynaklanan tahribat ve felaketin kamu için tehlikeyi doğuracak hale dönüşmesinin temelinde, bina yapımındaki emir ve kurallara uyulmaması bulunmaktadır. Buna göre, “... *faal inşaat mühendisi olup Ceyhan ilçesinin 1992 yılında üçüncü derece deprem kuşağında yer alıyor olduğunu bilmesi gereken sanığın, nizam, emir ve kaidelere ve özellikle de üçüncü derece deprem bölgelerini de içeren Deprem Yönetmeliği (1975)’ne uymadan ilave kat*

⁷⁵ “... Sanığın eylemi ile yangın olayı arasında illiyet bağının bulunmadığı gözetilmeden yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi, Kanun’a aykırı ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına, 10.3.1993 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yarg. 9 CD. 10.03.1993, 142/1291 http://212.175.179.124/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x0048f0a0&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00488001 (21.4.2004)).

⁷⁶ Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

⁷⁷ Bu husus Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nca hazırlanan Yapı Denetim Kanunu Taslağı’nın gerekçesinde belirtilmiştir. Bkz., Uyan Göktürk, “Yıkılan Yapılar ve Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Güncel Hukuk*, 2004/4, s. 38 vd.

projesi yapıp bunun fenni mesullüğünü üstlendiği, 27.6.1998 tarihinde meydana gelen depremin oluşturduğu sarsıntı ile yöredeki binalarla birlikte sanığın sorumluluğunda ilave katları inşa edilen binanın da çöktüğü ...”⁷⁸ olayda sanığın taksir şeklindeki kusurunun varlığı şüphesizdir. Aynı şekilde, “Projesi ve ruhsatı olmayan benzin istasyonunda olay tarihinde ve öncesinde bodrum katında normalden farklı akaryakıt kokusu hissedilerek sanığa bildirildiğinde tuvaletlerin kapatılması dışında bir önlem almadığı, benzin istasyonunda gerek kurulurken, gerekse işletmeye açıldıktan sonra teknik yönden eksiklik bulunduğu gibi, iş güvenliği mevzuatı yönünden de yeterli önlem almadığı nazara alındığında, sanığın emir ve nizamla aykırı davrandığı, bu taksirli hareketi ile meydana gelen patlama arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmelidir”.⁷⁹

Buna karşın, “Arıza vuku bulmadıkça elektrik tesisatını kontrol ettirmenin mutad olmamasına, yangının kötü hava şartlarından kaynaklanmış bulunmasına, sanığın eylemi ile yangının vukuu arasında illiyet bağı mevcut olmamasına rağmen, olay gününe kadar bir arıza görülmemiş olan elektrik tesisatını kontrol ettirmediği gerekçesiyle sanığa kusur izafe eden rapora dayanılarak (TCK’nun 383/1. maddesiyle) mahkûmiyet hükmü tesis” doğru değildir.⁸⁰

VII. SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER

A. Ağırlaştırıcı Sebepler

TCK 383. maddenin 2. fıkrasında failin gerçekleştirdiği fiil ile bir kimşenin hayatı için bir tehlike doğurmuş olması veya ölümüne neden olması ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş ve maddeyle korunan hukuki yarar sayısı ikiye çıkarılmıştır.⁸¹ Fıkarda fail istemediği neticeden sorumlu tutulmaktadır. Başka bir anlatımla, fıkarda objektif sorumluluk hallerinden netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan biri düzenlenmiştir.⁸² Bilindiği gibi, suçun oluşması için aranan neticeden başka ve daha ağır bir sonucun meydana gelmesi sebebiyle cezanın artırılmasını öngören suçlara neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar denilmektedir.⁸³ Bu suç tiplerinde fail, filini belli

⁷⁸ Yarg. 9. CD. 20.11.2000, 2501/2957 (Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm dprn: 15 (02.03.2004).

⁷⁹ Yarg. CGK. 16.05.2000, 9/104-110 (Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Özcan, Güven-Yalvaç Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları* (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001, s. 433).

⁸⁰ Yarg. 9. CD. 26.12.1984, 5922/6364 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 3454).

⁸¹ Selçuk, s. 355.

⁸² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 666, dprn. 421.

⁸³ Bkz., Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 655 vd.; Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 109 vd.

bir suçu işlemek için icra etmekte, fakat sonuçta hareketiyle nedensellik bağlantısı olan ancak istemediği başkaca ağır neticeleri de gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu, kanunda istisnai olarak öngördüğü hallerde faili istemeden ortaya çıkardığı bu gibi ağır sonuçlardan kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutmuştur. İşte bu istisnai sorumluluk hallerinden biri de, TCK 383. maddenin 2. fıkrasında öngörülen, umum için tehlike arz eden fiil neticesinde bir kimse için hayati tehlike doğurmak veya bir kimsenin ölümüne sebep olmak halidir.

Hayati tehlike, derhal veya daha sonra ve fakat daima doğrudan doğruya insanın hayati esas organlarından birinin kısmen veya tamamen zarar görmesine veya muhtemelen ölüme sebebiyet verebilecek nitelikteki fiillerden kaynaklanır.⁸⁴ Bu özelliği taşımayan fiiller, yani hayati tehlike dışında kalan cismen eza hallerinde ağırlaştırıcı sebebi uygulamaya imkan yoktur.⁸⁵ Ayrıca hayati tehlikenin gerçekleşmesi halinde ağırlaştırıcı sebep uygulanabilir. Sadece hayati tehlike ihtimali halinde ceza artırılmaz.^{86, 87} Cezayı ağırlaştıran diğer hal, fiil neticesinde ölüm olayının meydana gelmiş olmasıdır.

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçu, gece veya genel bir tehlike, felaket ve heyecan zamanında işlendiği takdirde ceza altında birden üçte bire kadar ağırlaştırılacaktır (TCK m. 411). TCK'nın 502. maddesine göre, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman dilimi geceyi ifade eder. Eğer bu zaman dilimi içinde gerçekleştirilen taksirli hareketlerle kamunun selameti için tehlikeye sebebiyet verilmiş ise ceza artırılacaktır.⁸⁸ 411. maddede öngörülen diğer ağırlaştırıcı neden, fiilin genel bir tehlike, felaket ve heyecan zamanında gerçekleştirilmiş olmasıdır. Buna göre, yangın, patlama, batık, deniz kazası, yıkıntı ve felaket dışında kalan sebeplerle ortaya çıkmış genel bir tehlike, felaket ve heyecan sırasında bu hareketlerin gerçekleştirilmiş olması cezanın artırılmasına neden olur. Maddenin ikinci kısmında belirtilen genel tehlike, halka olağanüstü zarar veren veya vermesi ihtimali bulunan olayları; genel heyecan, herhangi bir şekilde halkı büyük telaşa düşüren, önemli derecede endişelendiren halleri ve genel felaket, belli bir yerde bütün halkı veya halkın bir kısmını tehdit eden ağır genel tehlikeyi

⁸⁴ Gözübüyük, C. III, s. 498.

⁸⁵ Erem, *Ümanist Doktrin*, C. IV, s. 123.

⁸⁶ Gözübüyük, C. III, s. 498; Erman-Özek, s. 104.

⁸⁷ "Mağdura ait geçici ve 1.3.1996 tarihli kesin raporda hayati tehlikeden bahsedilmediği, herhangi bir iş ve güç kaybı söz konusu olmadığı bildirildiği halde yazılı düşüncelerle TCK'nın 383/1. maddesi yerine 383/2. madde ve fıkrası ile hüküm tesisi," Yarg. 9. CD. 6.5.1997, 6725/3205 (Yaşar, s. 837).

⁸⁸ Erman-Özek, s. 104.

ifade eder.⁸⁹ Hemen belirtelim ki, Yargıtay 411. maddenin taksirli suçlarda uygulanamayacağı yönünde uygulama geliştirmiş bulunmaktadır.⁹⁰

Failin sıfatından kaynaklanan nedenlerle de suçun cezası ağırlaştırılacaktır (m. 412). Buna göre, tehlikeye sebebiyet vermede kullanılan maddeleri korumakla görevli olanlar, herhangi bir resmi işte bulunanlar ve belirli maddeleri korumakla yükümlü olanlar tarafından bu suç işlenirse ceza altıda birinden üçte birine artırılacaktır. Bu sebepler fiili olduklarından TCK 67. madde gereğince şeriklere sirayet edecektir.⁹¹

B. Hafifletici Sebepler

TCK'nın 413. maddesine göre, taksirle tehlikeye sebebiyet verme fiillerinden ileri gelecek tehlike oldukça önemsiz olursa veya fail böyle bir hareketi icra ettikten sonra neticelerinin gerçekleşmesini engellemek veya sınırlamak için özel ve ciddi bir çaba harcarsa, hakim failin cezasında üçte birden yarıya kadar indirim yapabilir. Görüldüğü gibi maddede, fiilin eşyaya veya şahıslara herhangi bir zarar vermemesine veya önemli bir tehlikeye uğratmamış olmasına ve failin faal nedamet göstererek fiilin neticelerini önlemesine veya sınırlamak için gayret sarf etmesine takdiri indirim sebebi olarak netice bağlanmış bulunmaktadır.⁹²

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçuna katılmada genel kurallar geçerlidir. Ancak, bu suç taksirli bir suç olduğundan iştirak bakımından özellik göstermektedir. Gerçekten doktrinde taksirli suçlara iştirakin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.⁹³ Yargıtay ise, taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını belirten kararlar vermiştir.⁹⁴

⁸⁹ Gözübüyük, C. III, s. 710.

⁹⁰ "Taksirli cürümlerde TCK 411. maddenin uygulanamayacağı düşünülmeden TCK 383/1. maddesiyle verilen cezanın bu madde ile artırılması bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 4. CD. 14.2.1980, 482/624 (Erman-Özek, s. 42, dpn. 74); "Kasdi suçlara münhasır olduğu gözetilmeden, yangına sebebiyet vermek iddiası ile verilen cezanın, TCK'nın 411. maddesi ile arttırmaya tabi tutulması bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 4. CD. 17.10.1980, 5764/5919 (Gözübüyük, C. III, s. 710).

⁹¹ Erman-Özek, . 43.

⁹² Gözübüyük, C. III, s. 712.

⁹³ Bkz., İçel, *Ceza Hukukunda...*, s. 173-174; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 812-813; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 493 vd.; Özgenc, İzzet, *Suçta İştirakin Hukukî Esası ve Faillik*, İstanbul

Kanaatimizce, taksirli hareketi icra bakımından faili ile üçüncü şahıs arasında işbirliği var ise, yani her bir fail taksirli hareketi diğer fail ile birlikte yapmakta olduğu şuuru ile hareket etmekteyse, yine her bir failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı mevcutsa ve suç bütün şerikler bakımından aynı ise taksirli suça iştirak mümkündür.⁹⁵ Bu şartlar oluşmak kaydıyla taksirli tehlikeye sebebiyet vermek suçunun iştirak halinde işlenmesi mümkündür.

Suçların içtimaı bakımından değerlendirilmesi gereken durum, taksirle neden olunan tehlike nedeniyle kişilerin şahsen ve malen zarar görmüş olmaları halidir. TCK 383. maddenin 2. fıkrasında, umum için tehlike doğuran fiilden bir şahsın hayatı bakımından tehlike hasıl olması veya ölüm meydana gelmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Burada TCK'nun 78. maddesinde öngörülen biri diğerinin ağırlaştırıcı sebebinin oluşturması şeklinde gerçekleşen suçların birleşmesi (mürekkep suç) hali söz konusudur. Bu nedenle, 383. maddeyi ihlal eden fiil neticesinde yaralanma ve ölüm olayı meydana gelmiş ise, failin ayrıca 455 veya 459. maddelere göre cezalandırılması mümkün değildir.⁹⁶

Ancak hemen belirtelimki, m. 383/2'nin uygulanabilmesi için kamunun selametini ihlal eden bir yangının, patlamanın, batmanın, deniz kazasının, yıkıntı ve felaketin bulunması ve bunun sonucu olarak hayati tehlikenin veya ölüm olayının meydana gelmiş olması gerekmektedir.⁹⁷ Diğer bir deyişle kamunun selametini ihlal etmeden, bu fıkrayı uygulamak mümkün değildir. Kamunun selameti ihlal edilmeden hayati tehlike veya ölüm olayı meydana gelmiş ise, bu durumda fail hakkında sadece 455. maddeye veya

1996, s. 179 vd.; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 426 vd.; Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 1. Basım, İstanbul 2001, s. 424.

⁹⁴ "..... maznunlardan hangisinin fiil ve hareketi neticesi olarak tüfeğin patladığı kat'iyetle tespit edilememiş bulunmasına ve kasıtsız suçlarda ise, iştirakin bahse konu olmayıp her şahsın kendi fiiline ve fiilindeki tedbirsizliğine bakılacağına göre tebliğnamedeki bozma sebebi ve C. Müddeiumumisinin bu cihete münhasır temyiz itirazları varit görülmediğinden reddi ile hükmün tasdikine ittifakla karar verildi" Yarg. 4. CD. 30.6.1956, 3816/9791 (İçel, *Ceza Hukukunda*, s. 174, dpn. 184).

⁹⁵ İçel, *Ceza Hukukunda*, s. 174; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 812-813.

⁹⁶ Erman-Özek, s. 105; Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

⁹⁷ "Yaralanma olayı infilâk neticesi husule gelmiş bulunmasına göre, sanığın fiil ve hareketinin TCK'nun 459/2 nci maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 9. CD. 20.2.1986, 6686/1128 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3453); "Filtirasyon kısmındaki tortu temizleme işi sırasında hegzan gazının niteliği itibarıyla parlayıp yanması ile olayın meydana geldiğinin anlaşılmasına, kanuni anlamda yangın veya infilâkın doğmamasına nazaran sanıkların T.C.K.'nun 455/2 nci maddesi yerine unsurları oluşmayan aynı kanunun 383/2 nci maddesiyle cezalandırılmaları, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 9. CD. 13.12.1984, 5649/6084 (Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 3454).

459. maddeye göre işlem yapmak gerekmektedir. Bu duruma göre, yangın, patlama hukuka aykırı olmayıp örneğin meslek gereği yapılması gereken bir hareket ise, 383. maddenin uygulama alanından çıkacaktır. Ancak yangın, patlama veya benzeri hareketler hukuka uygun olmakla birlikte yapılış şekli itibariyle taksirli ise ve bunlar da bir hayati tehlikeye veya ölüme neden olmuşlarsa 455 ve 459. maddelerin uygulanması gündeme gelecektir.⁹⁸

Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da, 383/2. fıkranın uygulanma şartlarının gerçekleştiği, yani kamunun selametini ihlal eden taksirli fiilin bulunduğu bir olayın neticesi olarak birden fazla kişinin hayatı bakımından tehlike doğması veya ölmesi halinde müteselsil suç hükümlerinin burada uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. TCK 80. maddede “*bir suçu işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır*” denilerek, kanunun aynı hükmünün aynı suç işleme kararıyla aynı veya muhtelif zamanlarda birkaç kez ihlal edilmesi tek suç sayılmıştır.⁹⁹ Buna göre, kamunun selametini ihlal eden taksirli fiil neticesinde, birden fazla kişinin hayatı için tehlike doğmuşsa veya birden fazla kişi ölmüşse kanunun aynı hükmünün aynı zamanda birkaç kez ihlalini belirten bu durumda müteselsil suç hükümlerine göre işlem yapmak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, mağdurların çokluğu, müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmadığından,¹⁰⁰ böyle durumlarda TCK m. 80’e göre hareket edilmelidir. Diğer taraftan, TCK müteselsil suça ait hükümlerin uygulanması açısından suçlar arasında bir ayırım yapmamıştır. Diğer bir deyişle, müteselsil suça ilişkin maddede kişilere, eşyaya, devlete karşı suç veya netice itibariyle ağırlanmış suç ayırımı yapılmadan, bütün suçlar bakımdan geçerli bir kurum ihdas edilmiştir. Ancak Yargıtay, müteselsil suça ait hükümlerin uygulanması bakımından fiilin kişilere karşı işlenip işlenmediğine göre ayırım yaparak, suç kişilere karşı işlenmişse, müteselsil suç hükümlerini değil gerçek içtima hükümlerini tatbik etmektedir.¹⁰¹ Kanatımızca, suçta ve cezadan kanunilik ilkesi çerçevesinde Yargıtay’ın açıkça hukuka aykırı olan bu tutumunu benimsemek mümkün değildir.¹⁰²

⁹⁸ Selçuk, s. 355.

⁹⁹ İçel, Kayıhan, *Suçların İçtimai*, İstanbul 1972, s. 87; Sancar, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, 1. Bası, Ankara 1995, s. 62 vd.

¹⁰⁰ Mağdurların çokluğunun müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmadığı hususunda açıklamalar için bkz., İçel, *Suçların İçtimai*, s. 149 vd.

¹⁰¹ Yarg. 9. CD, 18.02.1999, 209/960 (YKD, Mart 2002, s. 490). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun aynı yönde başka bir suçla ilgili kararı (Yarg. CGK. 27.03.1995, 8-58/86) için bkz., (Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler I*, s. 862 vd).

¹⁰² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 861.

Yine aynı gerekçelerle doktrinde ileri sürülen,¹⁰³ 383. maddeyi 455. maddeden ayıran hususun, ağırlatıcı sebep olan ölümün, genel bir tehlike haline bağlı olarak ortaya çıkması olduğu; 455. maddede genel bir tehlike halinin aranmadığı, sadece belirli kişi veya kişilerin ölmeleri halinin cezalandırıldığı; 383. maddenin 2. fıkrasında sözü edilen ölümün, 1. fıkradaki düzenlenen taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçunun unsuru olmayıp ağırlatıcı sebebi olduğu; dolayısıyla genel tehlike teşkil eden hareketlerin, yani yangın, batık, deniz kazası ve tahribat ve musibetin yapılmasıyla suçun olduğu ve bu nedenle ölen sayısına bakılmaksızın fiilin ve suçun tek olacağı; 383/2. maddedeki “bundan ölüm vukua gelirse” şeklindeki ifadenin ölen sayısını değil, ölüm neticesini işaret ettiği, bu nedenlerle 383. maddenin 1. fıkrasına uyan bir fiil neticesinde birden fazla kişi ölmüş olsa dahi, ne müteselsil suç hükümlerinin ne de gerçek içtima hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız.

VIII. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Maddede suçun basit hali için otuz aya kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Hapis cezasının alt sınırı TCK m. 15 gereğince yedi gündür. Para cezası ise, TCK ek 2. maddeye göre hesaplanacaktır.

Eğer fiil nedeniyle bir kimsenin hayatı için tehlike doğmuş ise altı aydan beş seneye kadar hapis ve elli liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezası ve ölüm meydana gelmişse beş seneden fazla olmamak üzere ağır hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.

Taksirle tehlikeye sebebiyet verme suçu, takibi şikayete bağlı olmayıp re’sen kovuşturulan suçlardandır. Ancak, kovuşturma bakımından dava zamanasını dikkate alınmalıdır. Hemen belirtelim ki, suçun binanın yıkılması ve çökmesi yoluyla işlendiği durumlarda dava zamanasının hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hususu tartışılmıştır.¹⁰⁴

Suç seçimlik hareketlerden hangisi ile işlenirse işlensin dava zamanasını bakımından genel kurallardan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir durum bulunmamaktadır. Bilindiği gibi, dava zamanasının hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı konusunda üç görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, zamanasını suçun işlendiğinin ortaya çıktığı

¹⁰³ Kocasakal Ümit, “Konya’da Çöken Binanın Düşündürdükleri”, *Güncel Hukuk*, 2004/5, s. 48.

¹⁰⁴ Bkz., Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

günden başlatan görüştür. İkincisi, dava zamanaşımını savcılığın yaptığı takip işlemlerinin sonuncu gününden itibaren başlatan görüştür. Nihayet üçüncüsü ve baskın olanı, dava zamanaşımını suçun işlendiği günden itibaren işletmeye başlayan görüştür.¹⁰⁵

Kanaatimizce de dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Bu hususta TCK'nın 103. maddesinde, "*Müruru-zamanın başlangıcı tamamıyla icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden ve teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunamayan cürümler hakkında son fiilin işlendiği tarihten ve mütemadi ve müteselsil cürümler hakkında dahi temadi ve teselsülün bittiği günden itibar olunur*" denilmektedir.

Buna göre, zamanaşımı süresi neticesi harekete bitişik bir suçlarda (şekli suç) hareketin icra edildiği günden itibaren işlemeye başlar. Eğer suç, neticesi hareketten ayrılabilen kasti bir suç ise, zamanaşımı süresi neticenin meydana geldiği günden itibaren işler. Buna karşın, neticesi hareketten ayrılabilen taksirli bir suç söz konusu ise, zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı tartışılmıştır. Bazı yazarlar, taksirli suçlarda dava zamanaşımı süresinin taksirli hareketin yapılması ile başlayacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁶ Kanaatimizce burada da genel kuraldan ayrılmak için haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle, neticesi hareketten ayrılabilen taksirli suçlarda zamanaşımı süresi neticenin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlamalıdır. Ancak bu şekilde, geçerli inşaat kurallarına uygun yapılmayan bir binanın yıllar sonra depremin etkisiyle yıkılıp bir çok kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebep olması gibi olaylar zamanaşımına uğramadan kovuşturulabilecektir.¹⁰⁷

Ulaştığımız bu sonuçları inceleme konumuz olan suça uygular isek, taksirli olarak yolu açılan bir yangın, patlama, batık, deniz kazası veya tahribat ve felaketle kamunun selametinin ihlal edildiği anda netice gerçekleşmiştir ve dava zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna göre, belirsiz sayıda kişi için tehlike oluşturacak şekilde taksirli bir hareketle yangına yol açıldığı an, suçun gerçekleştiği andır. Yukarıda da

¹⁰⁵ Bu hususta bkz., Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku)*, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 373; Hafızoğulları, Zeki, "Dava ve Cezanın Sukutu", *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul 1989, s. 502; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, On birinci Bası, İstanbul 1994, s. 256 vd.; İçel, Kayıhan-Sokullu-Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 358.

¹⁰⁶ Geniş bilgi için bkz., Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 785-786.

¹⁰⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler II*, s. 375.

belirtildiği gibi, umumi bir tahribat ve felaket oluşturacak şekilde binanın yıkıldığı an, suçun işlendiği andır. Zamanaşımı süresi suçun işlendiği, yani neticenin gerçekleştiği bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁰⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesi depremin etkisiyle binaların yıkılması ve çökmesiyle ilgili bir olaya ilişkin 21.3.2001 tarih ve 7015/4778 sayılı kararında,¹⁰⁹ hukuki sorumluluk ile ceza sorumluluğu birlikte değerlendirerek suçun işlendiği tarih bakımından şu sonuçlara ulaşmıştır. “... kusurlu davranışı bulunan kişilerin hukukten imkan ve sorumlulukları devam ettiği süre içerisinde meydana gelen sonuçtan cezai sorumlulukları söz konusu olup; bu dönemden sonra oluşan yıkılma halinde sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Örneğin, çimento, demir gibi malzemelerin yeterli miktarda kullanılmaması veya demir bağlantılarının usulünce yapılmamış olması nedeniyle gizli ayıplı sayılan bir yapıda, Borçlar Kanunu’nun 126. maddesinin dördüncü fıkrasının yollaması ile anılan Kanun’un 125. maddesinde öngörülen on yıllık hukuki sorumluluk söz konusu olup, bu süre zarfında mevcut aykırılığı kanunen giderme yükümlülüğü vardır. Sürenin başlangıcı, yapının bitiş tarihi, yani 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi binalar yönünden kesin kabul işleminin yapıldığı veya yapılması gerektiği, diğer yapılar yönünden ise yapı kullanma ruhsatının alındığı ya da alınmış sayıldığı tarihtir. Bu süre içerisinde herhangi bir zamanda yapı yıkılırsa cezai açıdan sorumluluk söz konusu olup; belirtilen süre dolduktan sonra, sakatlık halinden dolayı yıkılma durumunda, artık sorumlularının bu durumu giderme yetkisi hukukten söz konusu olmadığından, illiyetin kesildiği kabul edilerek cezai açıdan sorumlu kılınmamaları gerekir. Gizli ayıp için bahsedilen hususlar ağır kusur halleri içinde geçerlidir. Yapının yıkılmasına etkili ve gizli ayıp niteliğinde olmayan, örneğin zemin kata işyeri nedeniyle eksik sütun konulması veya sütunların yıkıma etkili derecede ince yapılması gibi kusur, ağır kusur niteliğindedir. Tamamlanan yapıda yıkıma etkili derecede bir işlemde bulunulması halinde ise, ilgili kişilerin hukuki sorumluluğunun bu andan itibaren başlayacak olması karşısında, cezai sorumluluğunda buna göre irdelenmesi gerekecektir.

TCK’nın 455 ve 459. maddelerindeki suçlarda, cismani zarara uğranılan tarih suç tarihi iken; TCK’nın 552. maddesinde, yapının yıkılma anı; 383. maddesinde de umumi tehlike yaratan tahribat ve musibet halinin olduğu an suç tarihidir. TCK’nın 102. maddesi yönünden dikkate alınacak tarih de, bu tarihtir. O halde suçun oluşumu için zorunlu olmayan ve ağırlatıcı nedeni oluşturan TCK’nın 383. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen nitelikteki yaralanma ve ölüm anı ile yapının yıkılmasına etken kusurlu davranışların ika tarihinin suç tarihine bir etkisi yoktur...”.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz., Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

¹⁰⁹ Bkz., Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm d. 36 (02.03.2004).

Görüldüğü gibi kararda Yargıtay ilk olarak, binaların kurallara uygun inşa edilmemesinden kaynaklanan hukuki sorumluluğa ilişkin Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin ceza hukuku sorumluluğu bakımından da geçerli bir süre olduğunu ve bu süre içinde meydana gelecek yıkılma ve çökme olayları bakımından cezai sorumluluğun söz konusu olabileceğini, on yıllık sürenin geçmesinden sonra meydana gelen yıkılma veya çökme olaylarında sorumluların bu durumu giderme yetkisi hukuken söz konusu olmadığından illiyet bağının kesildiğini ve bu nedenle ceza hukuku bakımından sorumluluğun bulunmadığını belirtmiştir. Tamamlanmış binaların yıkılmasında etkili derecede bir işlemde bulunulması halinde ise ilgililerin hukuki sorumluluğunun bu andan itibaren başlayacağı ve cezai sorumluluklarının da buna göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

İlgili daire ceza sorumluluğunun başlangıcını tayin bakımından, binaların inşasındaki ayıptan kaynaklanan hukuki sorumluluğun başlangıcına atıf yaparak Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin ilk kısmındaki tamamlanmış suçlarda dava zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin "*Müruruzamanın başlangıcı tamamıyla icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden ...*" şeklindeki hükmüne aykırı bir uygulamayla, dava zamanaşımını neticenin gerçekleştiği tarihten değil de, hareketin yapıldığı günden itibaren hesaplanacağı sonucuna varmıştır. Oysa, cezai sorumluluk ile hukuki sorumluluk farklılık göstermektedir. Hukuki sorumluluk için binanın ayıplı yapılması yeterli olup, yıkılması şart değildir. Hukuki sorumluluğu olan bir kimseye Borçlar Kanunu'nun 125 ve 126. maddelerinde belirtilen beş ve on yıllık süreler içinde, kusurundan kaynaklanan ayıbı giderme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu süreler geçtikten sonra bu yükümlülük ve hukuki sorumluluk kalkar. Buna karşın, yukarıda da belirtildiği gibi, ceza hukukunda dava zamanaşımı süreleri neticenin gerçekleştiği andan başlayarak işler. Buna göre, neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda, hareketten itibaren uzun bir süre geçtikten sonra netice gerçekleşse dahi, hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı devam ediyorsa, bu bağlantı ortadan kalmadıysa veya yeni bir etken kesmediyse cezai sorumluluk devam edecektir. Şu halde, TCK 383/1. maddedeki suçun gerçekleşme anı binaların yıkılması veya çökmesi anıdır ve dava zamanaşımı bu tarihte işlemeye başlar. Maddenin ikinci fıkrası bakımından suç tarihi, yıkılan veya çöken binanın kanunda belirtilen şekilde yaralanma ve ölüme yol açtığı andır ve dava zamanaşımı bu tarihten itibaren işlemeye başlar.¹¹⁰

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 19.11.2001 tarihli bir kararında tedbirsizlik ve dikkatsizliğin sonucu olarak binaların yıkılması ve çökmesinden umum için tehlikeni yıkılma ve çökme tarihinde doğduğunu, yani suç tarihinin

¹¹⁰ Çınar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi02_09.htm (02.03.2004).

binanın yıkılma tarihi olduğunu belirlemiştir.¹¹¹ Daire bu yönde istikrarlı bir uygulama geliştirmiş bulunmaktadır.¹¹²

IX. CEZA KANUNUNU DEĞİŞTİRMEYE YÖNELİK TASARILARDA VE 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DURUM

A. Genel Olarak

TCK 2000 Tasarısı'nın ikinci kitabının ikinci kısmında "*Topluma Karşı Suçlar*" düzenlenmiş ve bu kısmın birinci bölümünde "*Genel Tehlike Yaratan Suçlar*" başlığı ile doğrudan kamunun selameti aleyhine işlenen suçlara yer verilmişti. Genel tehlike yaratan suçlar kapsamında, yangın (m. 234), tahrip veya radyasyona maruz bırakma, panik yaratma (m. 235), sel ve taşkına neden olma (m. 236), koruyucu eser ve vasıtaların tahribi (m. 238), tehlikeye taksirle neden olma (m. 241), yıkıcı, yakıcı, öldürücü maddeler (m. 242), infilâk ve silah atma (m. 243), inşaat sanatının kurallarına aykırılık (m. 244), vahşi ve tehlikeli hayvan beslemek (m. 245), işaret ve engel koymama (m. 246) ve halkı tehlikeyle karşı karşıya bırakma (m. 247) suçlarına yer verilmişti.

2000 Tasarısı yürürlükteki kanunda kamunun selametine karşı işlenen suçlar kapsamında yer alan kimi suçların güncelleştirilerek veya sadeleştirilerek aynen korumuş (örneğin; yangın suçu -TCK m. 369-), kimi suçlara hiç yer vermemiş (batığa sebep olma -TCK m. 377-), kimi suçların teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak yeniden düzenlemiştir. Örneğin, TCK'nın 372. maddesindeki kasten infilâka sebebiyet vermek suçu, tasarıda tahrip ve radyasyona maruz bırakma, panik yaratma suçu (m. 235) şeklinde yeniden kaleme alınmıştır. Bunun dışında, yıkıcı, yakıcı, öldürücü maddeler imal etmek veya bunları ülkeye sokmak veya buna aracılık etmek, ülke içinde nakletmek,

¹¹¹ Yarg. 9. CD. 19.11.2001, 2636/2900, (http://212.175.179.124/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x0048f0a0&ExternalTables=kararlar&EzternalRowids=0x004d3ea0 (21.4.2004)).

¹¹² "Sağığın üzerine atılı TCK'nın 383.maddesinde belirtilen suçta, umumi tehlike yaratan tahribat ve musibet halinin oluştuğu an suç tarihidir. Tahribat ve musibet yapının yıkılması olup tahribat ve musibetin kendisi olmayan fakat etkenlerinden biri olan deprem meydana gelmesi ile yapının yıkılması aynı tarihe tekabül ettiğinden, suç tarihi binanın yıkıldığı 17.8.1999 tarihi olup, zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren başlaması gerekeceği gözetilmeden, davaya devamla esas hakkında bir karar verilmesi yerine, yazılı düşüncelerle kamu davasının ortadan kaldırılmasına hükmedilmesi" Yag. 9. CD. 10.12.2001, 2874/3118 (http://212.175.179.124/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x0048f0a0&ExternalTables=kararlar&EzternalRowids=0x004d40e0 (21.4.2001)).

yollamak, satmak veya satmaya çalışmak (m. 242), infilâk ve silâh atmak (m. 243), inşaat sanatının kurallarına aykırı davranmak (m. 244) ve vahşi ve tehlikeli hayvan beslemek şeklinde yeni suç tipleri öngörülmüştü.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tipi Tasarı'nın 241. maddesiyle korunmuştu. Buna göre, *"Başkalarını tehlikeyle karşı karşıya bırakacak şekilde yangına veya patlamaya veya sel ve taşkına veya tahribata veya felâkete taksirle neden olan kimseye on ayda iki yıla kadar hapis cezası verilir. Fiil, insan hayatını tehlikeye koymuş ise ceza dörtte biri oranında artırılır. Ölüm meydana gelirse, faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir"*. Görüldüğü gibi hükümle, kasti olarak işlenen fiillerin taksirli işleniş şekilleri bakımından toplu bir düzenleme düşünülmüştü. Ancak, hükümde sadece yangından söz edilmiş, bu fiilin 234. maddede belirtilen nesnelere yönelmesinin gerekip gerekmediği konusunda mer'i kanundaki gibi bir açıklamaya verilmemişti.

2000 Tasarısı bakımından değinilmesi gereken diğer bir hüküm *"Halkı tehlikeyle karşı karşıya bırakma"* başlıklı 247. maddedir. Madde aynen; *"234 ilâ 246. maddelerde belirtilen haller dışında, taksirle olsa da, ne suretle olursa olsun kişilere veya eşyaya zarar verme tehlikesine neden olan kimseye üç yüz elli milyon liradan bir milyar liraya kadar hafif para cezası verilir"* şeklindeydi. Maddeyle, 241. madde ve ilgili diğer maddelerle yaptırım altına alınmamış ammenin selameti aleyhine bir takım taksirli fiillerin yaptırımsız bırakılmaması amaçlanmıştı.

Tasarı'nın 244/1. maddesiyle inşaat sanatının kurallarına kasten aykırı davranarak, insan hayatının veya beden bütünlüğünün tehlikeye bırakılması yaptırım altına alınmıştı. Hükümde yerinde olarak, inşaat kurallarına aykırı davranıştan kaynaklanan diğer neticeler dolayısıyla verilecek cezalar ayrı tutulmuştu. İnşa edilmiş bina ve eklentilerinde inşaat sanatının kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen değişiklikler ve eklemeler için de aynı yaptırım öngörülmüştü (m. 244/2).

İnşaat sanatının kurallarına taksirle uyulmaması 244. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmişti. Buna göre, *"Kurallara taksirle uyulmadığı takdirde, taksirli fiil sonucu meydana gelebilecek neticeler dolayısıyla verilecek diğer cezalar saklı kalmak koşuluyla faile altı aydan bir yıla kadar hapis ve yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir"*.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu kamunun selameti aleyhine işlenen suçları, ikinci kitabının üçüncü kısmında 2000 Tasarısı'ndaki gibi *"topluma karşı suçlar"* başlığı ile düzenlemiştir. Bu kısmın ilk bölümünde *"genel tehlike yaratan suçlar"* başlığı altında, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (m. 170), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m. 171), radyasyon yayma (m. 172), atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m. 173), tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması (m. 174), akıl hastası üzerindeki

bakım ve yönetim yükümlülüğünün ihlali (m. 175), inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (m. 176), hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma (m. 177), işaret ve engel koymama (m. 178), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m. 179) ve trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m. 180) fiillerinden oluşmaktadır.

B. Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu (M. 171)

1. Genel Olarak

Yeni Ceza Kanunu'nun "genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması" başlıklı 171. maddesi, "Taksirle; a. Yangına, b. Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına, neden olan kişi, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir.

Buna göre, bu suç tipinin taksirle yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olarak başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması halinde bu suç tipi ihlal edilmiş olacaktır. Maddede öngörülen fiillerin cezalandırılabilmesi için başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikelinin doğmuş olması aranmaktadır. Bu nedenle, 171. maddede somut tehlike suçu düzenlenmiştir. Burada somut tehlike objektif bir cezalandırılma şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir tehlike tayin edilmedikçe failin cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir.¹¹³

2. Faili ve Mağduru

Suç fail bakımından özellik göstermemektedir. Herkes bu suçun faili olabilir. Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

3. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsuru

Kanunda seçimlik hareketli bir suç düzenlenmiştir. Kanun'un 171. maddesine göre, yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel

¹¹³ Bu husus madde gerekçesinde "Genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun birinci fıkrasında söz konusu edilen fiillerin taksirle işlenmesi de, suç oluşturmaktadır. Ancak, bu fiiller dolayısıyla cezaya hükmedebilmek için de, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekir" şeklinde açıkça belirtilmiştir.

veya taşkına neden olan hareketlerden biriyle bu suç işlenebilir. Bu fiillerden yangın ve bina çökmesinin anlamı bakımından yukarıdaki açıklamalar yerlidir. Toprak kayması neden olma, heyelana neden olma, büyük toprak kütlelerinin kontrolsüz bir şekilde yer değiştirmesine ve kaymasına sebebiyet verme şeklinde anlaşılmalıdır. Çığ düşmesi, karın, yuvarlanarak veya kayarak büyük kütleler halinde yer değiştirmesini ifade etmektedir. Sel veya taşkın ise, akarsuların ve su yataklarının taşımayacağı surette su baskınına veya su yayılmasına sebebiyet verme anlamlarına gelmektedir. Suçu oluşturan fiiller taksirle gerçekleştirilen bu hareketlerden oluşmaktadır.

Suçun oluşumu için mahiyetleri yukarıda kısaca belirtilen bu fiillerin bulunması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu fiillerin başkalarının hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olması gerekmektedir. Suç sırf taksirle yangına, bina çökmesine, çığ düşmesine, toprak kaymasına ve sel veya taşkına neden olmakla değil, bu hareketler nedeniyle başkasının belli değerleri bakımından tehlikeye neden olmakla tamamlanır. Kısacası, maddede soyut tehlike yeterli görülmemiş, somut bir tehlikenin varlığı aranmıştır.

b. Manevi Unsur

Suç taksirle işlenebilen bir suçtur. Kanun'un 22. maddesinde taksir, bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp, yangın, bina çökmesi, çığ düşmesi, toprak kayması ve sel veya taşkına sebebiyet vererek, suçun kanuni tanımındaki neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi halinde suç bilinçsiz taksirle işlenmiştir. Buna karşın hareketler gerçekleştirilirken netice öngörülmüş ve fakat istenmeyen netice gerçekleşmiş ise suç bilinçli taksirle işlenmiş olacaktır (m. 22/3).

4. Suçun Özel Görünüş Şekiller

Kanun'un 35. maddesine göre teşebbüs hükümleri sadece kasten işlenen suçlarda uygulanabilecektir. İnceleme konumuzu oluşturan suç, taksirle işlenebilen suçlardandır. Bu nedenle, teşebbüs hükümlerinin bu suçta uygulanması mümkün değildir.

Kanun'un taksiri düzenleyen 22. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*". Bu hüküm taksirli suçlarda iştirak sorununu çözmektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla işlenen taksirli suçlardan dolayı sorumluluk, katılımcıların suçtaki katkısına göre belirlenecektir.

Suç tipinde yer alan fiillerin işlenmesiyle ayrıca bir zarar neticesi de meydana gelmişse, meydana gelen zarar neticesi açısından farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.¹¹⁴

5. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

Genel güvenliği tehlikeye sokma suçu re'sen kovuşturulan bir suçtur. Kanunda bu suç için sadece hapis cezası öngörülmüştür. Bu fiiller sonucunda maddede aranan somut tehlike gerçekleşmiş ise, fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir.

SONUÇ

1. TCK 383. maddesi, belirsiz sayıdaki kişilerin canı ve malı bakımından tehlike arz eden taksirli fiilleri yaptırım altına almıştır. Kanunumuz sisteminde, belirsiz sayıdaki kişilerin canı ve malı bakımından tehlike doğuran fiiller, birlikteğin ve dayanışmanın sağlanması açısından topluma ait bir değer olan "kamunun selametini" ihlal etmektedir. Sadece kasten değil, taksirle gerçekleştirilen yangın, patlama, batık, deniz kazası veya tahribat ve felaketlerle de kamunun selameti ihlal edilebilir.

2. Kamunun selameti aleyhine işlenen suçlar bakımından TCK'nın, mukayeseli hukukla kıyaslandığında yeni gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı görülmektedir. Gerçekten, teknolojik gelişime bağlı olarak ortaya çıkan yeni ihlal şekillerinin TCK'nın kamunun selametini korumak için öngördüğü mevcut düzenlemeyle karşılanması mümkün değildir. Örneğin; Alman, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları nükleer enerjiden kaynaklanan tehlike halini veya radyasyondan kaynaklanan tehlike halini yaptırım altına alan açık hükümler öngörmüştür. Türk Ceza Kanunu'na bu tür yeni ihlal şekillerini cezalandıran hükümlerin konulması gerekmektedir. 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'na bu tür tehlike halleri için hükümler sevk edilmesi yerinde olmuştur.

3. TCK 383. maddede seçimlik hareketli bir suç öngörülmüştür. Bu suç, yangın çıkarılarak, patlama gerçekleştirilerek, batığa veya deniz kazasına neden olunarak veya umumi bir tehlike doğuran yıkıntı ve felaketlere sebebiyet verilerek işlenebilir. Maddede suçun konusu bakımından herhangi bir atıfta bulunulmuş değildir. Bu nedenle, yakılan şey ne olursa olsun umum için tehlike teşkil etmek kaydıyla suç oluşacaktır. Aynı durum seçimlik diğer hareketler bakımından da geçerlidir. Bunun yerine, yangının ve diğer seçimlik hareketlerin TCK 369. maddede belirtilen nesnelere yönelik

¹¹⁴ Bkz., Madde gerekçesi.

olması gerektiğini kabul etmek, suç tipinde olmayan bir unsuru maddeye eklemek demektir. Bu nedenle, Yargıtay'ın bu yönde geliştirmiş olduğu uygulamaya katılmamaktayız.

4. Binaların çökmesi ve yıkılması olaylarının m. 383/1. fıkradaki “*umumi bir tehlikeyi mutazammın tahribat ve musibet*” kapsamına girdiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede, inşaat sanatının gerektirdiği kuralları taksirle ihlal edenler, diğer etkenlerin devreye girmesi sonucuyla dahi olsa, binaların yıkılması ve çökmesinden kaynaklanan tehlikeden dolayı öncelikle m. 383/1. fıkraya, eğer bunun sonucunda hayati tehlike gerçekleşmiş veya ölüm olmuşsa, m. 383/2. fıkraya göre sorumlu tutulmalıdırlar. Ancak hemen belirtelim ki, inşaat sanatının kurallarına taksirle aykırı davranıştan kaynaklanan tehlike hali bakımından 383. maddeyi uygulamak mümkün iken, kasten hareket ederek bu tür tehlikeye sebebiyet verenlerin cezalandırılmasını sağlayacak hükmün bulunmaması bir çelişki oluşturmaktadır.

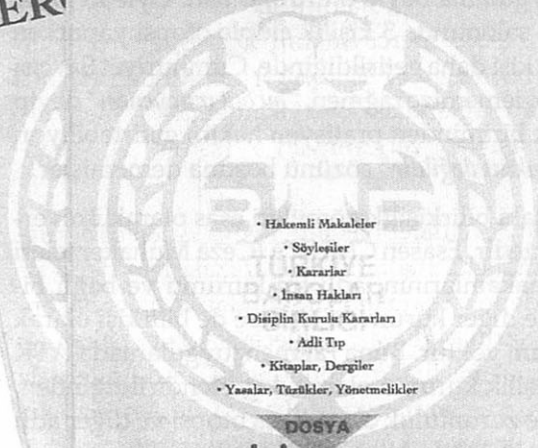
5. TCK 383. maddenin 2. fıkrasında netice itibariyle ağırlaşmış bir suç ihdas edilmiştir. Netice itibariyle ağırlaşmış bir suçlarda, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren netice failin kasten veya taksirle işlediği bir suçun sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, netice itibariyle ağırlaşmış suçun öngörüldüğü hallerde, öncelikle bu neticenin bağlandığı suçun gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, m. 383/2’de öngörülen yaptırımların uygulanması, 383/1. maddede öngörülen suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesine bağlıdır. Eğer, 383. maddeye uygun bir fiil gerçekleşmiş ve bunun neticesi olarak bir kişinin hayatınca tehlike doğmuş veya ölüm meydana gelmişse 2. fıkradaki yaptırımlar uygulanabilir. Eğer ortada 383. maddedeki suç tipine uygun bir ihlal yok ise, m. 383/2. fıkranın uygulanma imkanı da yoktur.

6. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu yürürlükteki kanundan farklı olarak suç tipinde, patlamaya, deniz kazasına, batığa ve bunun dışında genel bir tehlikeye yol açabilecek yıkıntı ve felaketlere neden olmaya yer vermemiştir. Bu fiiller kanunun özel kısmındaki değişik suç tiplerinde farklı şekillerde yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca yeni kanununun sisteminde maddede geçen fiillerin taksirle işlenmesi suçun oluşumu için yeterli görülmemiş, bu hareketlerin kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından bir tehlike doğurmuş olması aranmıştır.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim
tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

YENİ TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA İÇTİHAT MI REFORM MU?

Mahmut GÖKPINAR*

Türk hukuk devriminin en önemli bir parçası olan Türk Ceza Kanunu 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bir çok kanun gibi Ceza Kanunu da Avrupa'da çağının yeni ve en önde gelen bir ülkesi olan İtalya'dan tercüme edilerek ülke koşullarına uyumu sağlamak istenmiştir. Türk Ceza Kanunu, alınmış olduğu 1926 tarihinden sonra, 1931 den başlayarak pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler Kanun'un sistematikliğini ve uyumunu bozmuş bu nedenle de yeni bir kanun yapma ihtiyacı doğmuştur. 1954 tarihinden itibaren çeşitli ceza kanunu tasarıları çalışmaları yürütülmüştür.¹ Türkiye Avrupa Birliği'ne aday ve Avrupa Konseyi üyesi bir ülkedir. Bu nedenle, en temel yasalardan biri olan Ceza Yasası'nın Avrupa sistemi ile karşılaştırıldığında uyumlu bir yapıda olması yasama organının önemli bir amacı olmalıdır.²

TBMM de bu amacı gerçekleştirmek üzere çağdaş ve Avrupa kriterlerine uyumlu bir ceza kanunu çıkarmak için tatilde olduğu bir dönemde bile çalışmış, ülke gündemini de meşgul eden çeşitli tartışmalardan sonra yeni bir ceza yasasını parlamentodan geçirmiştir. Yeni TCK'nun çeşitli kısımları incelendiğinde, kanunun elbetteki övgüye değer, çağa ve Türk toplumun sosyolojik gerçeklerine uygun yönleri olabileceği gibi eleştirilere ve tartışmalara açık hükümleri de olacaktır. Ancak unutulmaması gereken bir nokta vardır ki, herhangi bir kanunun yürürlüğe girdikten sonra önceleri kanun metinleri uygulamaya yön verirken yargı organının önüne çeşitli değişkenlikte vakıaların gelmeye başlamasıyla süreç tersine işlemekte yani uygulama kanuna yön vermekte, anlamlandırmaktadır. Yani herhangi bir

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, yüksek lisans öğrencisi.

¹ Özok, Özdemir, *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, birinci kitaba yazmış olduğu önsöz, TBB Yayınları, Mayıs 2004, s. IX.

² Aydın, Didem Öykü, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB*, s. 53, Temmuz-Ağustos 2004, s. 63.

kanunun, çoğu zaman gerektiği gibi uygulanabilmesi için mutlaka içtihat hukuku tarafından desteklenmesi gerekmektedir. Pek çok defa iyi bir içtihat hukuku, kötü bir yasanın eksikliklerini giderebilir ya da tam tersi olarak kötü bir içtihat sistemi yasa ne kadar iyi yapılırsa yapılsın, yasanın istenen amacının gerçekleştirilmesinin en büyük engeli haline gelebilir.³ Bu çerçevede, "Vatan Hainliği; Devletin Ülkesine ve Egemenliğine Karşı Suçlar" (TCK m. 125) ve "Anayasal Düzeni İhlal Suçları" az önce ifade edilen bağlamda inceleme konusu yapılacaktır. Bu suçlardan TCK'nın 125. madde şu şekildedir: "*Devlet topraklarının tamamını, bir kısmını yabancı bir devletin hakimiyeti altına koymaya, devletin istiklalini tenkise, birliğini bozmaya, devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya matuf bir fiili işleyen kimse ölüm cezası ile cezalandırılır.*" Görüldüğü gibi söz konusu hükümde matuf kelimesinin anlamı tanımlanmamıştır. Hatta doktriner tartışmalarda matuf kelimesinin hukuki olmadığı bile söylenmiştir.⁴ Ancak; gerek yargı organlarının önlerine gelen olayların çözümlenmesi sırasında vermiş oldukları kararlar gerekse Yüksek Yargı Organları'nda yapılan hukuksal tartışmalarla söz konusu kavram anlamlandırılmıştır. Örneğin; YCGK matuf fiil kavramından maddede gösterilen amaca yönelik ve sonucu oluşturmaya elverişli icra hareketlerinin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.⁵ Başka bir kararında ise elverişli hareket tabirinden, amaca yönelik sonucu elde etmeye uygun, uygun vasıtalarla icra hareketlerine başlanmış olmasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca bu değerlendirmeyi yaparken eylemin işlenme şekli, zamanı, sanığın örgütsel bağlılığı, örgütün ülke genelindeki organik bütünlüğü, toplumdaki etkinliği göz önüne alınmalı diğer somut özellikler birlikte değerlendirilmelidir demiştir.⁶ Görüldüğü üzere yargı kararlarında gerçekleştirilen eylemlerin etkin olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu çerçevede adam öldürme, silahlı soygun, sabotaj gibi fiiller bu kapsamdadır.⁷ Yeni TCK'da ise aynı hukuki değeri koruyan yeni hüküm ise şöyledir:

*"Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymak, devletin birliğini bozmak, devletin egemenliği altında buluna topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmak, devletin bağımsızlığını zayıflatmak amacına yönelik elverişli fiil işleyen kimse ..."*⁸

³ Aydın, a.g.m., s. 67.

⁴ Askeri Yargıtay da bir kararında bu türlü bir ifade kullanmıştır. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (AYDK) 6/6/1991 68/93; Bardakçı, Cengiz, *Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu*, Yetkin Yayınları, s. 80.

⁵ YCGK, 10/12/1990 ve 305/329; Savaş Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 1707.

⁶ YCGK 14/12/1992, 1999/9-324 E 1992/338 K; Bardakçı, a.g.e., s. 84.

⁷ AYDK 6/6/1991 68/93; Bardakçı, a.g.e., s. 80.

⁸ Pınar, İbrahim, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ekim 2004, s. 155.

Görüldüğü gibi yeni hükümde matuf kavramı yerine amaca yönelik elverişli fiil kavramı kullanılmıştır. Yukarıda belirtilen yargı kararlarında vurgulandığı gibi matuf kelimesinden amaca yönelik elverişi fiil kavramının anlaşılması gereği kanun metnine yansıtılmıştır. Böylelikle önceki kanun döneminde ortaya çıkan içtihat sonraki bir kanun metnini etkileyecek niteliğe erişmiştir. Meseleye “Anayasa’yı İhlal Suçu” açısından bakıldığında durum pek farklı değildir. Halen yürürlükte olan Ceza Kanunu’nun 146. maddesi şöyledir: “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya cebren teşebbüs edenler...” Açıkça anlaşılacağı gibi madde metninde suçun icrası ile ilgili olarak 125. maddede belirtilen matuf kelimesi dahi kullanılmamış sadece cebren teşebbüs edenlerden bahsedilmiştir. 146. maddenin uygulanması ile ilgili ifade edilen görüşlerde, söz konusu maddeye ait icra hareketinden söz edilebilmesi için ise failin fiilinin 146. maddede sayılan neticeleri (Anayasa’yı tağyir, tebdil, veya ilga) doğurmaya elverişli olması gerekir. Bir suça teşebbüsün dahi gerçekleşmesi için, hareketin o suçun neticesini meydana getirmeye elverişli olması şarttır. Bu teşebbüsün genel prensibidir. Hareketin kanuni tarifte yer alan neticeleri gerçekleştirmeye uygunluğu bakımından, hareketin netice yönünden illi bir değer taşıması yani neticeyi oluşturabilecek güçte olması gerekir.⁹ Gerçekleştirilen hareketin, yoğunluk, etkenlik, zarar neticesini yaratma kapasitesi bakımından uygun nitelikte olması gerekir.¹⁰ Bunun içinde eylemlerde kullanılan vasıtaların 146. maddedeki sonuçlara ulaşmada elverişli olması gerekir. Elverişi vasitadan kasıt, amaca ulaşabilmek için kullanılan silah, araç ve gereçlerdir¹¹ düşünceleri dile getirilmiştir. Yargı organları da bu görüşleri destekler nitelikte kararlar vererek adeta 146. maddeyi yeniden kaleme almışlardır. Bu yönlü yargı kararlarından bir tanesini İstanbul Sıkı Yönetim 1 Numaralı Askeri Mahkemesi vermiştir. Söz konusu kararlar kısaca aşağıdaki gibidir:

“Sanıkların ve dahil oldukları teşkilatın Anayasa nizamını tebdile kadir olduğunu ifade etmek, Türkiye Cumhuriyetini Kuveyt Emirliği ile veya bir Orta Amerika devletçisi ile bir tutmak demektir ... Türkiye Cumhuriyeti birkaç banka şubesi soymak ve adam kaldırıp fidye almakla tebdil edilebilecek kadar çürük bir Anayasa nizamına sahip değildir.”

“Bir devletin Anayasa nizamını hukuk dışı yollarla ihlal edecek güçlerin, en az bu nizamı korumak ve kollamakla görevli güçlere yakın kuvvette olmaları gere-

⁹ Toroslu, Nevzat, “Anayasayı İhlal Suçu”, ABD, S. 4, Yıl 1985 s. 594.

¹⁰ Özek, Çetin, “Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri-İcra Hareketi”, YD, C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 108.

¹¹ Çelenk, Halit, “Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası”, Mülkiye Dergisi, C. XXIV, S. 223, s. 23.

kir ... Amerikalıları dahi kovamayacak olan 5 ile 10 kişilik silahlı hücrelerin ve bu arada sanıkların dahil bulunduğu hücrenin Türk Silahlı Kuvvetleri ile aynı veya ona yaklaşık güçte olmaları izahtan varestedir."¹²

AYDK'nın yeni tarihli kararlarından birinde 146. maddedeki kanuni unsurların ihlaline yönelik teşebbüsün, elverişli vasıta yönünden değerlendirilmesinde, mevcut eylemlerin örgütsel bağlılığı ve Türkiye genelindeki organik bütünlüğünde göz önünde tutulması gerektiğini belirtilmiştir. Aynı kararda devamla, adam öldürmeler, banka soygunları, bina kurşunlamaları, bomba atmalar, sabotaj yapmak, korsan mitingler, bildiri dağıtmak gibi eylemler, tek başına elbetteki devletin varlığı ve rejimin işlerliği bakımından başlı başına kesin ve yeterli bir tahrip aracı değildir. Ancak belli bir plan dahilinde uygulamaya konulan ve muhtelif aşamalara göre ihtilal malzemesi olarak sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bir bütünlük arz eden bu eylemler 146. maddenin oluşumu için yerli olacaktır denmiştir.¹³ Görüldüğü gibi söz konusu suç bakımından elverişli vasıta kavramı içinde örgütün varlığı, plan ve organizasyon gerekli görülmüştür. Yargıtay 9. Ceza Dairesi' de aynı doğrultuda bir karar vermiştir. Örgüt mensubu diğer 12 kişi ile karakol basıp, olay sırasında görevli jandarma erini öldürüp silahının gaspı, bir bekçiye ait tüfek ve fişeklerinin gaspı, güvenlik kuvvetleriyle silahlı çatışmaya girme eylemlerine katılan sanığın bu eylemlerini değerlendirirken şu görüşlere yer vermiştir: "... sabit sayılan eylemlerin amaç suçun işlenmesi doğrultusunda örgütsel bağlılık, organik bütünlük içinde kişi ve toplumda panik ve dehşet havası yaratabilecek, mevcut anayasal düzenin yıkılması tehlikesini doğurabilecek vahamet ve yoğunlukta ..."¹⁴ Anayasa'yı ihlal suçu yeni TCK'da "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı 5. bölümün 309. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmiş olması halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hüküm olunur.

Bu maddede yazılı suçların işlenmesi dolayısıyla bunlara hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hüküm olunur."¹⁵ Hükümün incelenmesinden de

¹² 22/04/1972 gün, 972/3-9 sayılı Karar; Çelenk, a.g.m, s. 23.

¹³ AYDK, 7/04/1983 81/86, Bardakçı, a.g.e, s. 93.

¹⁴ 5/05/1992, 1433/3186, Bardakçı, a.g.e, s. 100.

¹⁵ Pınar, Yeni TCK, s. 160.

anlaşılacağı gibi, 125. madde için getirilen değişiklikte kullanılan elverişli fiil kavramı 146. madde ile ilgili yeni düzenlemede kullanılmamıştır. Yani yeni metin 765 sayılı Kanun zamanında ortaya çıkan içtihadın gerisinde kalmıştır.

Elbetteki bu incelmemizin amacı yeni TCK'daki değişiklikleri önemsiz ve eksik göstermek değildir. Ceza Kanunu gibi toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren bir kanunun sağlanacak geniş bir mutabakatla, çağın ve toplumun gereklerine göre yeniden ortaya konması çok önemlidir. Ancak yeni kanunla birlikte oluşan toplumsal ve hukuksal havada içtihat hukukunun önemi ve gerekliliği unutulmalıdır. Giriş kısmında da belirtildiği gibi iyi bir yasa ve bu yasanın hakkaniyet ve adaleti sağlayacak şekilde uygulanmasının yolu içtihat hukukundan geçmektedir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Didem Öykü, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB*, S. 53, Temmuz-Ağustos 2004.
- Bardakçı, Cengiz, *Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu*, Yetkin Yayınları.
- Çelenk, Halit, "Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası", *Mülkiye Dergisi*, C. XXIV, S. 223.
- Özek, Çetin, "Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri-İcra Hareketi", *YD*, C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990.
- Özok, Özdemir, *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu* birinci kitaba yazmış olduğu önsöz, *TBB Yayınları*, Mayıs 2004.
- Pınar, İbrahim, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ekim 2004.
- Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Toroslu, Nevzat, "Anayasayı İhlal Suçu", *ABD*, S. 4, Yıl 1985, s. 594.

5237 SAYILI (YENİ) TÜRK CEZA YASASI'NIN ANAYASAYA VE HUKUKA AYKIRILIK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Ş. Cankat TAŞKIN*

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nı Anayasa'ya ve hukuka aykırılık yönünden incelediğim bu kısa çalışmada, Yasa'nın hukuki devrim olarak nitelendirilebilecek maddeleri üzerinde durmak yerine, Yasa'da gördüğüm hukuka ve Anayasa'ya aykırılıkları belirlemeye ve bu konularda kendi görüşümü de sunarak uygulamanın bilfiil içinde olan biz avukatlara ve yargının diğer birincil öğeleri olan yargıçlarla savcılara fikir vermeye çalıştım.

Yasa'da, çok önemli Anayasa ve hukuk ihlalleri gördüm. İlk bakışta pek sakıncalı görünmeyen bazı maddeler, zamanla uygulamaya geçildiğinde ciddi sıkıntılara veya geri dönülmesi güç hatta olanaksız sonuçlara varabilir. Elimden geldiğince bu aykırılıklara dikkat çekmeye çalıştım.

İncelememde madde sıralamasını esas aldım. Gereken yerlerde 765 sayılı (eski) Türk Ceza Yasası'na, Anayasa'ya, Medeni Yasa'ya ve diğer ilgili mevzuata atıflarda bulundum.

Çalışmamın yararlı olması dileğiyle...

1. 5237 Sayılı Yasa, m. 4: Kanun'un Bağlayıcılığı

"1. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.

2. Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle, kanununu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz."

Yasa'nın bu maddesi, ilk bakışta son derece hukuka uygun görülmele birlikte, fikrimce, 2. fıkradaki "sakınılamayacak hata" ve "meşru sanma" ifadeleri Yasa'nın uygulanmasında oldukça önemli hukuki sakıncalara yol açacaktır.

* Bursa Barosu üyesi.

Sakınılamayacak hata kavramından anlatılmak istenenin ne olduğu açık değildir. Ancak maddenin gerekçesinde bundan neyin kastedildiği konusunda, kişinin fiilin haksızlığını bilmesi gerektiğinden bahsedilmiş ve kişinin işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde değilse cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Ancak, gerekçeye göre, işlenen fiilin yasada suç olarak belirtildiğini bilmek gerekmez (yani bilinmiyorsa da bu maddenin korumasından yararlanılır).

Fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğu yönündeki hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi suçlanamaz. Fakat, burada açıklanması gereken, kaçınılmazlıkla neyin kast edildiğidir.

Burada kastedilen, “mücbir sebep” ise, düzenleme bir yönden doğrudur diyebiliriz. Fakat, mücbir sebep, hukukta, kişinin elinde olmayan nedenlerden dolayı, bir sonucun meydana gelmesini ve kişinin bu sonucu değiştirmeye gücünün yetmemesini anlatmaktadır. Şu halde maddedeki kaçınılmaz hatanın mücbir sebep kavramını belirttiği söylenemez. Çünkü hata kavramında dış nedenlerden çok kişinin içindeki bir istenç (irade) yitimi söz konusudur.

Acaba burada kast edilen hata mıdır? Zira hata kişinin biraz dikkatle önleyebileceği ve dikkatindeki bir anlık kayıpla ortaya çıkan istem dışı durumdur. Sakınılamayacak hata da olsa olsa kişinin elinde olmayan, istenci dışında gelişen, deyimi yerindeyse, “mücbir sebep benzeri” bir kavramı ifade etmelidir. Bu nedenle, neyin kast edildiğinin açık olmaması da maddenin uygulanmasında ciddi sıkıntılara yol açabilecektir.

Yasa'nın 2. fıkrasının bu şekilde uygulanması, ciddi hukuka aykırılıklara yol açabilir. Çünkü, sakınılamayacak bir hataya dayanarak bir fiili meşru sandığını belirten bir sanık beraat edebilecektir. Zira, gerekçede kişinin fiilin haksızlığını bilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Sanığın haksızlığı bilmemesi o suçtan beraat etmesinde haklı bir neden olabilir mi? Sanık beraat edecekse, maddenin ilk fıkrasının anlamı nedir? Yasa koyucu, 2. fıkrayı koymakla neyi amaçlamıştır? Bu husus açıklanmalı ve doğabilecek hukuka aykırılıklar önlenmelidir.

Eğer bu maddede kast edilen, 765 sayılı TCK'nın 45. maddesindeki “kastın bulunmaması cezaı kaldırır. Fakat herkes ihmalden sorumludur.” -ki bu maddenin böyle yorumlanması gerektiği kanısındayım- ilkesiyse, düzenleme yerindedir. Ancak, bu ilke de zaten Yasa'nın 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kabulde bile, yasa koyucuyu ceza yasaları için çok sakıncalı olan yoruma yol açması yönüyle eleştirebiliriz. Zira, bir ceza yasasının yoruma açık olması, “suçta ve cezada eşitlik” ilkesine aykırılığa yol açabi-

lir. Bu da hukuki açıdan oldukça sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Ceza yasalarının yorumu yol açmayacak, tartışma oluşturmayacak şekilde açık düzenlenmesi gerekir.

2. 5237 Sayılı Yasa, m. 25: Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

Düzenleme şöyledir:

“1. Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı, o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde def etmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

2. Gerek kendisine ve gerekse başkasına ait ...”

Düzenlemede ilk dikkatimi çeken husus, hak kavramının geniş tutulmuş olmasıdır. Öyle ki, 765 sayılı TCK'nın, meşru savunmayı düzenleyen 49. maddesinin 2 ve 3. fıkraları meşru müdafaayı yalnızca can ve ırzla sınırlandırmıştır.

5237 sayılı Yasa'nın bu şekliyle uygulanmasının bazı sakıncalara yol açacağı görüşündeyim. Meşru müdafaanın tüm haklar için uygulanması doğru mudur? Örneğin; herhangi bir kişinin, park halindeki otomobiline zarar vermeye kalkışan birini orantılı biçimde kovması (yaralama da olabilir) failin fiiliyle kıyaslandığında fazla ağır bir savunma yolu değil midir?

Yasa'daki düzenlemenin, eski yasadaki gibi ırz ve canla sınırlandırılması ve buna ek olarak konut dokunulmazlığını ihlal suçu için de meşru müdafaanın kabul edilmesi doğru olur görüşündeyim (Evine hırsız giren birinin, hırsızını kovmak için güç kullanması yerindedir).

Medeni hukuktaki yasal savunmada, mala yönelik saldırının uzaklaştırılması da ödentiği (tazminatı) gerektirmemektedir. Medeni hukukun mantığı açısından bu düzenleme yerindedir. Fakat, ceza yasası açısından mala karşı işlenen suçlarda bu düzenlemeyi getirmek, yasal savunmanın sınırının fazlaca genişletilmesi sonucunu doğuracaktır ki bu daha hafif bir hakkın ihlali (malvarlığı dokunulmazlığı) halinde bile, mütecaviz açısından çok ağır sonuçlar doğurabilecek ağır kayıplara (can kaybı veya vücut tamlığının ihlali) yol açabilecektir.

Maddenin gerekçesinde ise, yasal savunmanın kapsamının geniş tutulmasının caydırıcılığı arttıracığı belirtilmektedir. Bu görüşü, yukarıda açıkladığım gerekçelerle benimseyemiyorum. Önemli olan, önceliğin caydırıcı

lığa değil, hakların dengelenmesine verilmesi ve mağdurla failin karşılaşacağı hak kayıplarının arasında dengesizliğin oluşmaması olmalıdır.

Tüm hak ihlallerini yasal savunma kapsamına almak yanlıştır. Bu, pek çok hak ihlalinin, aslında suç olduğu halde beraatle veya cezazırlıkla sonuçlanmasını gerektirecektir.

3. 5237 Sayılı Yasa m. 92: Zorunluluk Hali

Yasa'nın 91. maddesinde organ bağıışı ve bunun koşulları ayrıntılı olarak sayılmıştır. 92. madde ise, 91. maddeye ayrıksıdır.

Bu ayrıksı düzenlemeye gitmenin nedenini anlamakta güçlük çektiğimi belirtmeliyim. Çünkü, Yasa'nın bu şekli kişiye aslında 91. maddede yasaklanmış olan organlarını satma hakkını tanımaktadır. Gerçi, düzenleme her ne kadar kişinin "*içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar*" ifadesiyle, kişiye özgü durumları belirterek yargıca ceza uygulama bakımından takdir yetkisi tanıyor olsa da hukukun temel ilkesi olan ve MK m. 23'te de "*kişiliğin Korunması*" başlığı ile belirtilen "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz!*" yönündeki ilkeye de açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Medeni Yasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında ise, bilimsel ya da tıbbi amaçlarla ve yazılı rıza üzerine, insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına, aşılmasına ya da nakline olanak tanınmıştır. Fakat, burada önemle belirtilmesi gereken nokta şudur ki "*ancak organ bağıışı ya da nakli için bu maddedeki 'yazılı rıza' koşulu*" benimsenmektedir. Oysa, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda izin verilirse "*organ ticareti*"dir. Hukuken, satışla bağıışmanın da farklı akitler olduğu da açıktır. Kaldı ki organ bağıışının bir akit olamayacağını da MK m. 23c son, açıkça belirtmektedir. Çünkü son cümlede, bağıışlama taahhüdünde bulunan kimsenin bunu yapmazsa ifaya zorlanamayacağı ve kendisinden tazminat talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu özellik de akitlerin ifa edilmemesinin sonucu olan tazminat ya da cezai şart yaptırımını organ bağıışı için uygun görmemektedir. Dolayısıyla, organ bağıışını akit saymak olanak dışıdır. Zira, akit sayılıysa, kişi, yaptırım (cezai şart ya da tazminat) baskısıyla, istemediği ya da vazgeçtiği halde organını vermek zorunda kalabilirdi.

Öyleyse, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 92. maddesi açıkça hukuka aykırıdır! Zira, hukuk her şeyden önce bir bütündür ve gerek medeni hukukun gerekse ceza hukukunun temel ilkeleri aynıdır. Düzenlemenin medeni yasada yapılmış olması, ceza yasasında -ayrıksı bile olsa- tersine bir düzenlemeyi haklı gösteremez!

*“Kişinin vücut tamliğinin korunması” da doğal hukukun en temel ilkele-
rindedir. Nasıl ki hukukumuzda bir kimse “özöldürü” (ötenazi) yolu ile ya-
şamına son verilmesini isteyemezse, organlarını da satamamalıdır. Bu ku-
rala da “hangi gerekçeyle olursa olsun” ayrıksı konmamalıdır.*

Maddenin uygulamada sıkıntıya yol açacak bir yönü de şudur ki mad-
dede ifadesini bulan ekonomik ve sosyal koşulları hakim neye göre belir-
leyecektir? Zenginlik görecelidir. Zenginlikte veya sosyal koşullarda han-
gi gelir düzeyindeki ya da statüdeki kişiler dikkate alınacaktır? Zenginli-
ğin göreceli oluşu, aynı olayla ilgili olarak yargıçların farklı sonuçlara var-
masını ve hukuktaki denkleştirici adalet ve uygulamada eşitlik ilkeleri-
nin zedelenmesine yol açmayacak mıdır?

Ayrıca, sosyal devletin temel ödevlerinden biri de kamu düzeni-
nin sağlanması, korunması ile sağlıklı nesiller yetiştirilmesine yardımcı ol-
maktır. Ancak, 92. maddenin uygulanması, sosyal devletin ve hukuk devle-
tinin bu temel işlevlerine aykırı olacaktır. Zaten maddenin bu biçimiyle uy-
gulanması 1982 Anayasası'nın 2, 12, 17, 41. (dolaylı olarak), 56. (f. 3), 58. (do-
laylı olarak) açıkça aykırıdır!

Maddenin kötüye kullanılması da mümkündür. Bir yandan 91. mad-
deyle organ ticareti yasaklanırken, diğer yandan 92. madde ile buna -istis-
nai bile olsa- bir yol açmak söz konusu olursa, organ mafyalarının mali yön-
den zor durumdaki kişilere organlarını satmaları için baskı yapmaları gün-
deme gelecektir ki bu durum hukuk devleti açısından son derece sakın-
malıdır.

Bu maddenin bu şekliyle uygulanmasının önüne geçilmeli, yargıçla-
rımız bu maddeyi uygulamamalı ve uygulatmamalı, avukatlar ise, önle-
rine gelen buna ilişkin dosyalarda def'i yoluyla (Anayasa m. 152) Anaya-
sa'ya aykırılığını ileri sürerek, maddeyi iptal ettirmelidirler.

4. 5237 Sayılı Yasa m. 104: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

*“1. Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cin-
sel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla
cezalandırılır.*

*2. Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın
ceza iki kat arttırılır.”*

Maddenin 2. fıkrası Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü, faillerin yaşının farklı
olması üstelik, yaş farkının beşten çok olmasının farklılık oluşturma-

sı, yasanın uygulanmasında birtakım hukuki sakıncalara yol açabilecektir. Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayalım;

Olay 1: “Fail on sekiz, mağdur on altı yaşında ise (on beş yaşını doldurmuş ise); aradaki yaş farkı sadece ikidir. Bu durumda, suç, 2. fıkra gereğince şikayete tabi olmakta ve verilecek ceza yarı yarıya indirilmektedir.

Fail on dokuz mağdur on altı yaşında ise durum yine değişmemektedir. Sadece, yaş farkı üç olmakta ve bu da 2. fıkranın uygulanmasını gerektirmektedir”.

Olay 2: “Fail yirmi bir, mağdur on altı yaşında ise; bu durumda aradaki yaş farkı beştir. 2. fıkrada beş yaştan fazla bir yaş farkı arandığından, suç bu durumda da şikayete bağlı olacak ve cezada yine yarı yarıya indirimine gidecektir. Ancak; fail yirmi iki, mağdur on altı yaşında ise; bu durumda ise aradaki yaş farkı altıdır. Dolayısıyla, suç artık resen koşuşturulur ve tam cezaya hükmedilir”.

Görüldüğü gibi, faille mağdurun arasında beş yaştan fazla fark olması, 1. Olaydaki ve 2. Olaydaki failler reşit olmasına rağmen faillerin arasında farklılığa yol açmaktadır. Bu durum, 5237 sayılı Yasa'nın 3. ve 1982 Anayasası'nın 10. maddelerindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Üstelik, tüm örneklerde failler reşittir. Yani, ceza hukukunun uygulanmasında 18 yaşını doldurmuş sayılmaktadırlar. Ancak, salt yasa koyucunun faille mağdur arasında beş yaşlık farkı öngörmesi aynı suçu işleyen ve hukuken aynı statüdeki faille farklı ceza verilmesine yol açtığı gibi, 2. olaydan görüleceği üzere, aynı suçu işleyen ve hukuken aynı statüde olan iki failden birinin fiili için şikayet koşulunu öngörürken, diğerinin fiilinin re'sen koşuşturulmasını gerektirmektedir. Doğrusu, failin reşit olup olmamasına göre ayrıma gitmekti. Bu durumda, 5237 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin (b) bendi de uygulanmış ve yasa kendi içinde tutarlı düzenlenmiş olacaktı.

Hukuka ve Anayasa'ya uygun uygulanan bir yasa, hukuk devletinin ve sosyal devletin yerleşmesinde, biçimlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Biz hukukçuların toplumun önünde yer alıp hukuk ve Anayasa dışı uygulamalara hukuki ve anayasal yollardan tepki göstermemiz gerekir görüşündeyim. Hukukçu, topluma ışık tutan, cesur insandır. Anayasa'ya veya hukukun uluslararası ilkelerine açıkça aykırı olan kuralları uygulamamak ve uygulatmamak da hukukçunun en temel ödevlerindedir. Tüm hukukçuların bu bilinçte olması ve hukukun layığıyla uygulanması dileğiyle...

5275 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN'UN ADLİ TIP YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Nevzat ALKAN*

GİRİŞ

İkisi geçici olmak üzere, toplam 126 maddeden oluşan 5275 sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) 13.12.2004 günlü oturumunda görüşülmüş ve Adalet Ana Komisyonu'ndan gelen şekli ile aynen kabul edilerek, 15.12.2004 günü onay için Cumhurbaşkanlığı Makamı'na gönderilmiştir. Cumhurbaşkanı'nca 28.12.2004 tarihine kadar incelenen ve neticesinde onaylanan kanun bu tarihte başbakanlığa gönderilmiş ve 29.12.2004 gün, 25685 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanarak kanunlaşmıştır. Kanun'un Geçici 1. maddesi istisna olmak üzere tümü, daha öncesinde kanunlaşmış olan 26.09.2004 kabul tarih, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 04.12.2004 kabul tarih, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Elbette söz konusu Kanun genel olarak değerlendirildiğinde yürürlükten kaldıracığı 13.07.1965 gün, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'a nazaran daha güncel, ceza infaz mantığına daha uygun ve daha gelişmiş düzenlemeler içermektedir. Ancak yine de Kanun'un eksik tarafı, pek çok kesim tarafından da dile getirilmekte olduğu gibi, çok hızlı bir biçimde kanun haline getirilmiş olması ve içeriğinde barındırdığı düzenlemeler ile ilgili olarak konuyla ilgili çeşitli profesyonel meslek uygulayıcılarından etkin bir biçimde ve yeterince yararlanma yoluna gidilmemiş olmasıdır. Nitekim bu tür eleştirilerde bulunanlar arasında muhalefet milletvekilleri önde olmak üzere çok sayıda milletvekili, çeşitli sivil toplum örgütleri, çok sayıda meslek kuruluşu, hukuk akademisyenleri, barolar ve hatta bazı yargı mensupları da bulunmaktadır. Kanun'un meclisten bu denli hızla geçmesini sağlayan vekiller ise haklı olarak Kanun'un, Avrupa Birliği'ne Uyum

* İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi, Adli Tıp Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

Çalışmaları çerçevesinde mutlak çıkartılması şartı bulunan yasalardan bir tanesi olduğunu ve o nedenle zaman kaybetmeye tahammülün olmadığını fikrini vurgulamışlardır.

Gerçekten de tasarının kanunlaşma süresine baktığımızda, toplam 126 maddelik yasanın Meclis Ana Komisyonu ve Alt Komisyonu'nda -ki görüşülmesinin toplam 9 günde tamamlandığını- (Alt Komisyon değerlendirmesi toplam 1,5 gün), mecliste görüşülme süresinin 1 gün olduğunu, nihayetinde Tasarı'nın Başbakanlık'tan TBMM'ye gönderilişi, Komisyon'da ve Genel Kurul'da görüşülmesi ve Cumhurbaşkanı'na gönderilmesinin toplam 16 gün olduğunu görmekteyiz. Elbette birincil görevi kanun yapmak olan ve hem iktidar, hem de muhalefet milletvekillerine sahip bir parlamentoda temel yasalardan birisi sayılan böyle bir yasanın bu denli süratle ve yapılan önerilerden hiç birisinin kanun metnine etki etmediği bir biçimde çıkartılması, dünya gelişmelerinde söz sahibi olduğunu iddia eden bir ülkeye uygun bir hareket tarzı değildir.

Bu makalede, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile ilgili olarak Adli Tıp yönünden değerlendirmelerde bulunulacaktır. Benzer bir biçimde, bu makaleyi izleyen iki makalede de önce Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, sonrasında ise Yeni Türk Ceza Kanunu hakkında Adli Tıp yönünden değerlendirmelerde bulunulması planlanmaktadır.

5275 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN' UN ADLİ TIBBİ İLGİLENDİREN MADDELERİ

29.12.2004 tarihli *Resmî Gazete'*de yayınlanan bu Kanun'un, genel gerekçesi incelendiğinde, dört temel görev ve fonksiyonu yerine getirmesinin planlandığı görülmektedir. Bunlar, hükümlülerin kurumda muhafazası ve kaçmalarının önlenmesi, kurumda düzenin sağlanması, hükümlülerin iyileştirilmesi ve sosyalleştirilmesi ve hükümlüye uygulanacak tüm işlem ve yaptırımların hukuka uygun olması. Elbette adli tıp bilimi, hem tıp ile, hem de hukuk ile ilişkili bir çalışma alanı olduğundan, söz konusu kanunun pek çok maddesi ile ilgili yapabileceği yorumlar söz konusudur. Ancak bu makalede yine de genel olarak kanunun direk adli tıbbi ve uygulamalarını ilgilendiren maddeleri ve madde sırası da izlenerek değerlendirmesi usulü tatbik edilecektir (1-4).

İlgili kanun toplam 126 maddeden müteşekkil olup, adli tıp ile ilgisi olan ilk maddesi 9. maddesidir. Bu madde de; Yüksek Güvenlikli Kapalı

Ceza İnfaz Kurumları'ndan bahsedilmekte ve bu tür kurumlarda hükümlülerin 1 veya 3 kişilik odalarda barındırılacaklarından bahsedilmektedir. Bu madde gerek meclis görüşmelerinde, gerekse de sonrasında ki kamuoyu değerlendirmelerinde *"hükümlülerin bu koşullarda yalnızlığa itilecekleri, bu durumun da hükümlünün ruh ve beden sağlığında olumsuz tesirleri bulunacağı."* yönünden yoğun eleştiri almıştır. Gerçekten de kişilerin yalnız başlarına uzun zaman geçirip, diğer insanlar ile ilişkili olmamaları önemli rahatsızlıkları da beraberinde getirebilen bir durumdur. Ancak bu tür uygulamalar, çağdaş ceza infaz kurumlarında da genel kabul gören bir yaklaşımdır. Üstelik bu tür infaz kurumları her mahkum için öngörülmemekte olup, özellik taşıyan bazı suçların mahkumları için öngörülmektedir. Bu konuda en önemli değerlendirme noktası; Ceza infaz kurumlarının bu biçimde bir yapılanmasının olduğunun toplum tarafından bilinmesi, o toplum içerisinde suç işleme eğilimi olanlar üzerinde caydırıcı bir etki yapacak, suçtan zarar görenlerin ya da mağdur yakınlarının da öç alma duygusunu tatmin edebilmesi açısından da uygun olacaktır. Gerçekten de uzun yıllardan bu yana cezaevi koşullarının yıpratıcı olduğu ve hükümlülerini bu biçimde barındırdığı bilinmekte olan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gibi ülkelerde, her ne kadar suç tipleri ve şiddetleri tüyler ürperten bir biçimde olabilse de, genel anlamda suç istatistikleri alt seviyelerdedir. Örneğin; İngiltere'nin başkenti ve oldukça da kozmopolit ve de kalabalık olan Londra'da 2004 yılında işlenmiş adam öldürme suçu sayısı 216, 2003 yılında ise 195'dir (5). Mahkumların bu biçimde yalnız kalmaları ile ilgili, tıbbi bilimsel dergilerde çeşitli makaleler yayınlanmış, gerçekten de cezaevlerinde uzun süreden beri ve günün önemli bölümünde yalnız yaşayan insanlarda çeşitli organik ve psikiyatrik bozuklukların oluşabileceği, ancak bu durumun toplum üzerinde yaratacağı cezaevi korkusuna dayanarak kişileri suç işlemekten caydırabileceği, bunun da toplumsal huzur ve güveni arttırmamasından ötürü kabul edilebileceği belirtilmiştir. Yine gelişmiş ülkelerde yalnızlığın sebep olduğu olumsuz durumları önlemeyebilmede konuyla ilgili özel eğitim programlarından geçirilmiş psikiyatristlerin, psikologların ve adli hemşirelerin de desteğinden yoğun bir biçimde yararlanılmaktadır (6-8).

Kanun'un 11. maddesinde çocuk kapalı ceza infaz kurumlarından bahsedilmektedir. Ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre 18 yaşını bitirmemiş herkes çocuktur. 11. maddenin 2. fıkrasında yer alan; *"On iki-on sekiz yaş grubu çocuklar, cinsiyetleri ve fiziki gelişim durumları göz önüne alınarak bu kurumların ayrı ayrı bölümlerinde barındırılırlar."* düzenlemesi, bedeni ve ruhi gelişimi çok hızlı ve hassas olan bu yaş grubundaki çocuklar arasında istismar ve kötü muamelelerin en aza indirebilmesi yönünden yerinde bir düzenlemedir.

12. maddede on sekiz yaşını bitirmiş olup da, yirmi bir yaşını doldurmamış hükümlüler için düzenlenecek Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarından bahsedilmektedir. Bu biçimdeki bir düzenlemede bu yaş grubundaki enerji, hareketlilik ve arayış göz önüne alındığında yerinde bir düzenleme olup, madde gerekçesinde *“Bu hüküm uygulanırken cinsiyet farklılığı göz önüne alınır.”* şeklindeki ifadeye dikkat edilmeli idi. Bu yaş grubundaki kişiler, aileden bağımsız bir biçimde sürdürülecek olan hayatın henüz en başlarındaki kişiler olup, cezanın tamamlanmasından sonra çok uzun bir süre (Ülkemizde erkeklerde ortalama hayat süresi 67, bayanlarda 71 yıldır.) toplum içerisinde hayatını sürdürmesi beklenen kişilerdir. Ülkemizde olduğu gibi kadın-erkek ilişkilerinin problemlili ve zorlu olduğu ülkelerde, kadın-erkek infaz bölümleri ayrılmış, ancak ortak kullanım alanları olan ve bahçeleri müşterek ya da günün belirli zamanlarında kadın ve erkeklerin bir araya gelebildiği mekanları bulunan infaz kurumlarının oluşturulması, ceza infazının felsefesini oluşturan *“hükümlünün serbest kaldıktan sonra, suçtan arınmış ve sosyal hayata intibak edebilir hale gelmiş olması.”* gayesinin gerçekleşebilmesi yönünden olumlu gelişmeler sağlayacaktır. Bu hususa Kanun’da yapılacak tadillerde dikkat edilmesinde fayda vardır.

15. maddede çocuk eğitim evlerinden bahsedilmektedir. Bu şekildeki bir düzenleme, bu yaş grubundaki bireylerin özellikleri dikkate alındığında olumludur.

16. madde, üzerinde dikkatle durulması gereken bir madde olup, *“Hapis Cezasının İnfazının, Hastalık Nedeni ile Ertelenmesi”*ni düzenlemiştir. Bu düzenlemenin 1. fıkrasında; *“Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 57. maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.”* ifadesi yer almaktadır. Yeni TCK’nın 57. maddesinde de Yüksek Güvenlikli Sağlık Kurumları’ndan bahsedilmektedir. Bu düzenlemenin bir kısmı, daha önceki TCK’da 46. madde düzenlemesi şeklinde yer almakta olup, son dönemlerde söz konusu madde ile ilgili ortaya çıkan olumsuz haberler ve olgu örnekleri kamuoyu vicdanını yaralamıştır (9-10). Yine aynı maddenin 2. fıkrasında; *“Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmi sağlık kuruluşlarının mahkumlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkumun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkumun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.”* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu madde de asıl problemlili kısım 3. fıkrada düzenlenmiştir. O fıkrada da; *“Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumu’nca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığı’nca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip, Adli Tıp Kurumu’nca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer*

Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilir. Mahkumun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığı'nca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde üçer aylık dönemlere göre bu fıkarda yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Bu fıkarda yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi halinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kaldırılır.” şeklindeki ifade yer alan ve konuyla ilgili karar verici son otoriteyi Adli Tıp Kurumu şeklinde düzenleyen ifade hatalı bir düzenlemeye işaret etmektedir. Şimdi konuyla ilgili biraz daha derinlemesine bir değerlendirme yapalım;

Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığı'na bağlı bir bilirkişi yapılanmasıdır. Kuruluş tarihi incelendiğinde Cumhuriyet ile yaşıt bir kurumdur. Elbette Adli Tıp Kurumu, Cumhuriyet tarihinde önemli görevler yapmış, ülke gündemini meşgul eden pek çok olayda cesurca mütalaalar verebilmiş ve bir kurum kültürü oluşmuş, köklü bir yapıdır. Ancak maalesef bu yapı Adli Tıp alanında çalışmaya başladığım Eylül 1993 tarihinden bu yana 5 hükümet döneminde yönetici değiştirmiş ve her değişim ile birlikte kurumun idari ve bilimsel yapısında köklü değişiklikler ve hatta tahribatlar yaşamıştır (11). Halihazırda Adli Tıp Kurumu Başkanı ve üyeleri, Adalet Bakanı'nın teklifi, Başbakan'ın onayı ve Cumhurbaşkanı'nın uygun bulması ile atanmakta, yani direkt, yürütme organı olan hükümete bağlı olarak, yani siyasi otoriteye bağlı olarak görev yapmaktadır. Her ne kadar sık olarak örnekleri görülmemiş olsa da, Adli Tıp Kurumu'nun Adalet Bakanı tarafından sempati ile karşılanmayacak bir raporu sunması durumunda, Kurum Başkanı'nun değiştirilmesini mutlak şekilde engelleyecek bir mekanizma söz konusu değildir (12). Söz konusu maddede ki *“Adli Tıp Kurumu'nca rapor verilmesi veya bu kurumca raporun onaylanması.”* biçiminde ki bu düzenleme kanımca eski başbakanlardan Necmettin Erbakan'ın ceza infaz tehirinden faydalanması ile ilgili olarak öngörülmüş olabilir. Bahse konu olayda basında yer alan haberlerden anlaşıldığı kadarı ile muayene, değerlendirme ve raporun verilmesi Sağlık Bakanlığı'na bağlı Ankara Numune Hastanesi'nce ve sadece 1 gün içerisinde tamamlanmış, alınan bu rapor da davayla ilgili savcılık tarafından yeterli görülerek Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınması yoluna gidilmemiştir (1315). Bir senelik infaz ertelemesi süresinin bitimini müteakip anılan kişi bu kez Adli Tıp Kurumu'nca muayene edilmiş ve ilave olarak 3 ay daha infazın ertelenmesinin uygun olduğu kararına varılmıştır. Rutin uygulamaları ve kişilere infaz tehiri verilmesi kriterlerini bilen bir akademisyen olarak, şahsın eski bir başbakan ve kamuoyunca da yakından takip edilen bir kişi olması sebebi ile bu kararlar birlikte dikkatlerin bir kez daha Adli Tıp Kurumu'na çevrilmesine sebep olmuştur (13-15).

Bu maddenin 3. fıkrası ile ilgili asıl vurgulanması gereken nokta; Kanun'un başka hiç bir yerinde Adli Tıp Kurumu'ndan rapor ya da onay alınması zorunluluğunun getirilmemiş olmasıdır. Bu maddede bu biçimde bir zorunluluk getirilmesi, diğer bilirkişilik görevi ifa eden üniversite tıp fakülteleri adli tıp anabilim dallarının ve devlet hastanelerinde görevli adli tıp uzmanlarının fiili anlamda atıl kalmasına neden olmaktadır. Gelişmiş batı ülkeleri ile ülkemiz arasında adli tıp alanında en önemli ayrımı teşkil eden unsur; o ülkelerde bu tür kurumlar arası rekabetin fazla, dolayısı ile bilimsel gelişme ve ilerlemelerin de iddialı olmasıdır. Ancak ülkemizde pek çok eski kanunda ve pek çok Yargıtay içtihatında yer aldığı biçimde ve yeni çıkartılan 2004 tarihli bu kanunda da; Adli Tıp Kurumu'na ayrıcalıklı görev ve onay yetkisi verilmesi, üniversitelerde adli tıp alanına yapılan insan ve malzeme yatırımının az olmasına, bu da sonuç olarak ülkemiz adli tıp uygulamalarının batı ülkelerinin gerisinde olmasına sebep olmaktadır (16).

Yine 16. maddenin 4. fıkrasında yer verilen; *"Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur."* şeklindeki düzenleme, yerinde bir düzenlemedir.

18. madde; *"Akıl Hastalığı Dışında Ruhsal Rahatsızlığı Olan Hükümlülerin Cezalarının İnfazı"* başlığıyla düzenlenmiştir ve söz konusu maddede; *"(1) Hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmeyle infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilir. (2) Birinci fıkrada belirtilenlerin cezalarının infazı için belirlenen infaz kurumlarının ihtiyaç duyduğu uzman ve diğer tıp görevlileri, Sağlık Bakanlığı'nca karşılanır."* şeklindeki düzenlemede öngörülen sağlık profesyonellerinin temininin Sağlık Bakanlığı'na bırakılması geçici bir çözüm olarak düşünülmeli, asıl olması gerekenin bu tür profesyonelleri Adalet Bakanlığı'nın istihdam etmesinin şart olduğudur. Ceza infazının bitiminde mahkumların toplumla uyum içinde ve topluma yararlı bir fert olabilmeleri için, mahkumların cezaevinde geçirdikleri süre boyunca psikolog, psikiyatrist, sosyal hizmet uzmanı ve konu ile ilgili özel olarak yetiştirilmiş adli hemşirelerle olabildiğince yoğun bir biçimde ve sürekli irtibat içerisinde bulunmaları gerekmektedir. Bu da elbette en kolay bir biçimde, bu tür profesyonelleri Adalet Bakanlığı'nın istihdam etmesi, bu profesyonelleri mahkum rehabilitasyonu ile ilgili olarak yoğun bir hizmet içi eğitime tabi tutması ve mahkumlardaki gelişim ve değişimlerin günü gününe ve yakından değerlendirilmesi ile mümkün olabilecektir. Yine aynı maddenin gerekçesinde; *"Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesiyle*

akıl hastalığı olan kişilerin yüksek güvenilirlikli sağlık kuruluşlarında tedavisi öngörülmektedir. Uygulamada ceza infaz kurumlarında bulunan mahkumlardan akıl hastalığına tutulanlar Sağlık Bakanlığı'na ait ruh ve sinir hastalıkları hastanelerine gönderilmektedir. Ancak bu hastaneler mahkumları bir süre sonra iyileşmiş olmaları ileri sürülerek ceza infaz kurumlarına geri göndermektedirler. Diğer taraftan ceza infaz kurumlarında akıl hastası olmayıp da psikolojik, sinirsel veya depresif rahatsızlıkları bulunan mahkumlar da bulunmaktadır. Gerek bu mahkumlar, gerekse de akıl hastanelerince geri gönderilen mahkumlar uygulamada Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastaneleri bulunan Samsun, Bakırköy, Adana, Manisa ve Elazığ kapalı cezaevlerinde barındırılmaktadırlar." şeklindeki ifade ile yukarıda belirttiğimiz görüşleri haklı çıkartır açıklamalardır.

21. maddenin 3. fıkrasında yer alan; "Tanıya yönelik olarak hükümlülerin parmak ve avuç içi izleri alınır, fotoğrafları çekilir, kan grupları, vücutlarının dış özellikleri ve ölçüleri belirlenir. Kayıt altına alınan söz konusu bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında veya elektronik ortamda saklanır. Bu bilgiler, kanunun zorunlu kıldığı haller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez." şeklindeki düzenleme ve madde gerekçesinde belirtilen "Hükümlünün tanısının yapılması yaşamsal önem taşıdığından ve yerine bir başkasının kuruma sokulması da olası bulunduğundan, parmak ve avuç içi izleri alınacaktır. Ayrıca fotoğrafı çekilecek, kan grupları, bedensel dış özellikleri ve ölçüleri alınıp kaydedilecektir. Hükümlü için bir kişisel dosya tutulacak ve (f) paragrafında belirtilen bilgiler buraya kaydedilecektir. Kayıt altına alınan bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında ve/veya elektronik ortamda saklanacaktır. Bu bilgiler gizli olacak ve kanunun izin verdiği hallerde resmi kurumlara verilebilecektir. Bilgilerin yok edilmesine, ilgilinin cezasının tümünü çekmesinden sonra, başvuru üzerine mahkemece karar verilebilecektir." şeklindeki ifadeler ilginçtir. Bu maddede özellikle öne çıkan bazı incelemelerin (kan analizleri, parmak izleri vs.) adli bilimler uygulamasında tasnif edici özellikleri hayli fazla olup, kanunu hazırlayan kişiler, suç işleyenden farklı kişilerin ceza infaz kurumlarına girmesini engellemek için titiz bir düzenleme yapmışlardır. Ancak bu maddede de öne çıkan "gizliliğin sağlanması" konusu, üzerinde dikkat ve titizlikle durulması gereken bir konudur.

Hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılması'nı düzenleyen 23. maddede ise özetle; "Hükümlülerin kişisel özellikleri, bedensel, akli ve sağlık durumları, suç işlemeden önceki yaşamları, sosyal çevre ve ilişkileri, sanat ve meslek faaliyetleri, ahlaki eğilimleri, suça bakış açıları, hükümlülük süreleri ve suç türleri belirlenir ve durumlarına uygun infaz kurumlarına ayrılırlar. Bu sayılan hususlara göre saptanacak infaz ve iyileştirme rejimini belirleyebilmek için gözlem ve sınıflandırmaya merkezlerinin kurulacağı, onlar yok ise kapalı ceza infaz kurumlarının bu hizmete ayrılan bölümlerinden yararlanılacağı." belirtilmektedir. Bu merkezler için de mümkün olduğunca; "Kriminoloji, penoloji, davranış bilimleri, adalet psikolojisi

veya ceza hukuku alanında bilgi ve deneyime sahip yöneticiler, psikiyatri uzmanı, hekim, adli tıp uzmanı, psikolog, pedagog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı, psikolojik danışman, rehberlik uzmanı ve öğretmen gibi uzman görevlilerin istihdam edileceği." öngörülmüştür. İstihdam edilmesi öngörülen bu görevliler arasında sayılan adli tıp uzmanı ve psikiyatri uzmanı zaten hekim olup, kanun metninde geçen hekim lafından, pratisyen hekimler (özel bir alanda uzmanlıkları bulunmayan tıp fakültesi mezunları) kastediliyor olmalıdır. Türkiye'nin en önemli yapısından birisi olan, 550 üyeli ve üstelik 50 kadar milletvekili de hekim olan TBMM'de, kanun metni görüşülürken bu biçimde basit bir terminoloji hatasının hiç dikkat çekmemesi ve meclis tutanaklarında da konuyla ilgili bir düzeltme ya da itiraz içeren ifadeye rastlanmaması, TBMM'nin ne denli dikkatsiz bir şekilde Yasama görevini yerine getirdiğini göstermesi açısından dikkat çekicidir (1-2).

Yine aynı maddenin başka bir kısmında kanun metni ve gerekçenin ilgili bölümleri bir araya getirildiğinde ortaya çıkan; "Hükümlülerin gözlemleri, gözlem sırasında ki hata payını en aza indirgeyebilmek için ve hükümlülerin etkilerden arındırılarak incelenebilmelerini olanaklı kılmak üzere tek kişilik odalarda yapılır. Yine Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis ve Müebbet Hapis cezalarına veya iki yıldan fazla süreli hapis cezasına mahkum olanlar haklarında uygulanacak rejimi ve gönderilmeleri gereken infaz kurumunu ve bu maksatla kişisel ve sosyal özelliklerini belirlemek için gözleme tabi tutulurlar. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile uyum sağlaması yönünden gözlem süresi altmış günle sınırlı tutulmuştur." şeklindeki ifade de yer alan 60 günlük gözlem süresi gerçekten de uzun bir süre olarak bırakılmıştır. Adli Tıp Kurumu'nda psikiyatri hastalarının tanısının tam olarak ortaya konulabildiği gözlem işleminde süre 21 gün olarak belirlenmişken, nihayetinde kaba bir mahkum tasnifi yapacak bu işlemde öngörülen 60 günlük süre çok uzundur. Bu sürenin en fazla 10 iş günü olarak belirlenmesi (bazı uzun tatil dönemlerini de göz önüne aldığımızda) uygun olurdu.

26. madde de yer alan; "Cezayı Çekme, Güvenlik ve İyileştirme Programına Uyma" başlığında ki düzenlemenin 2. fıkrasında; "Hükümlü, ceza infaz kurumunun güvenlik ve iyileştirme programlarına tam bir uyum göstermekle yükümlüdür. Her ne amaçla olursa olsun, bilerek kendi yaşamlarını ve bedensel bütünlüklerini tehlikeye düşürecek eylemlere girişmeleri, cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünün ihlali sayılır." şeklindeki düzenlemede ve madde gerekçesinde; "Bilindiği üzere, suç nedeni ile devlet ve birey arasında oluşan ilişkinin her iki tarafa yüklediği mükellefiyetler ve sahip kıldığı haklar vardır. Ölüm orucuna girişen veya bu hususta teşvik ve tahrikte bulunan kişiler hükümlünün suçun cezasına maruz kalmak ve cezayı çekmek yükümlülüğüne uymalı, devletin cezayı çektirme işlevini yerine getirmesine engel olmamalı ve bu hususta her türlü

direnışten kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğü ihlal eden direnişçiler, devletin hukuka aykırı direnişleri, zorunlu olduğunda kuvvet de kullanarak giderme hakkı mevcuttur. Ölüm oruçları gibi teşebbüslerin, cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünün ihlali sayılacağı belirtilmekte, dolayısıyla bu kişiler ve Tahrikçiler Kanunu ve disiplin hükümlerini ihlal etmiş olurlar ve yaptırımlara tabi tutulurlar.” şeklindeki düzenleme ve yine 27. madde gerekçesindeki *“hükümlü sağlığını koruyacaktır”* şeklindeki düzenlemenin hukuk çevrelerinde epey bir tartışma yaratacağı kanaatindeyim.

48. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde; *“Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması halinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası iki katı süreyle uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur.”* şeklindeki düzenlemede önce ki maddenin zıddına ve yerinde bir düzenleme olarak (belki de uygulama güçlüğünden ötürü) Adli Tıp Kurumu rapor ya da onayı şartı getirilmeyip, diğer sağlık kuruluşlarının da yetkili kılınması olumlu bir durumdur. Yine Kanun’un diğer bazı maddelerinde de Adli Tıp Kurumu raporu zorunluluğu getirilmemesi pratik uygulama için olumlu, diğer sağlık kuruluşlarının da bilimsel yönden sorumluluk alması ve dolayısıyla bilimsel gelişimin önünün açılması yönünden faydalıdır.

Kanun’un 57. maddesinin 4. fıkrasında yer alan; *“Hükümlü, acil haller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez”* şeklindeki düzenleme AKP hükümetinin son dönem uygulamaları ile çelişki göstermektedir. Bu şekildeki bir düzenlemenin sebebinin her ne kadar madde gerekçesinde belirtilmemiş olsa da, güvenlik gerekçesi, olduğunu düşünmekteyim. Ancak yine de madde gerekçesinde *“Tedavi hakkının kötüye kullanımını engelleyebilmek için”* şeklinde yer alan açıklama, devletin hayatlarını ve sağlıklarını güvence altına almış olduğu mahkumlara karşı bir haksızlık olarak değerlendirilmelidir.

Kanaatimce önümüzdeki dönemde ve özellikle de kanun yürürlüğe girdikten sonra tıp ve hukuk çevrelerinde en yoğun tartışma yaratacak madde 82. maddedir. Bu madde; *“Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçecekleri Reddetmesi”* başlığında düzenlenmiştir ve özellikle açlık grevi ve ölüm orucunda bulunanlar ile sağlık sorunu olan hükümlüler hakkında hangi hallerde zora başvurulabileceği ve bu hükümlülerin kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddetmeleri halinde alınacak

tedbirler ve yapılacak çalışmaları düzenlemektedir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında; *“Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.”*, 2. fıkrasında; *“Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatı tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.”*, 3. fıkrasında; *“Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.”* ve 4. fıkrasında; *“Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.”* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Madde gerekçesinde ise; *“Bu düzenleme ile başta Anayasa’nın 17. maddesi olmak üzere, uluslararası sözleşme ve bildirgelere, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarına ve karşılaştırmalı hukuka uygun olarak; yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunmasının amaçlandığı”* belirtilmektedir.

Konuyu değişik yönlerden incelediğimizde; açlık grevleri ve ölüm oruçları geçmişte ülkemiz gündemini uzunca bir süre, yoğun olarak işgal etmiş ve halen de zaman zaman meşgul etmektedir. Açlık grevi, kişilerin bazı olay ve durumları protesto etmede kullandığı bir vasıta olup, ölüm orucu ise yavaş tatbik edilen intihar olayıdır. Elbette normal hayatta herkes yemek yememekte özgürdür, ancak olay devleti bir protesto niteliğine kavuştuğunda, devlet de uluslararası ortamda ki uğrayacağı prestij kaybını ve muhatap olacağı eleştirileri ortadan kaldırmak için vatandaşlarının bu biçimdeki eylemlerine müdahale edecektir. Ayrıca kişilerin sağlık içinde yaşam hakkı uluslararası her tür belge ve düzenlemeye göre en temel haklardan olup, devletin de bu konuda müdahil olması doğaldır. Bu kanuni düzenlemede de konu, açlık grevi ve tedaviyi red yönünden disiplin cezası kapsamında değerlendirilmekte, ancak hayatı tehlikeye sokan durumlar ve ölüm orucu yönünden ise müdahale kapsamında ele alınmaktadır. Konu, hekimleri temsil eden Türk Tabipleri Birliği’nce de geniş anlamda üzerinde

tartışılmış ve konunun tıp etiği, sağlık ve hukuk yönlerinden değerlendirilmesi yapılmıştır. Yine konuyla ilgili gerek yerli, gerek yabancı çok sayıda bilim insanı, yerli ve yabancı çok sayıda tıbbi dergide çeşitli çalışmalar yayınlamış ve görüşlerini açıklamışlardır. Gerçekten de konunun dünya kamuoyunda da geniş bir şekilde yer bulduğu ve araştırma konusu yapıldığı bilinmektedir (17-23).

Kanun'la ilgili son olarak "İzinler" bölümünde özel bir düzenleme yapılmamış olan; "Cinsel ihtiyaçlar" konusu Kanun'un noksan yönüdür. Pek çok hususta ayrıntılı düzenleme bulunan, yürürlükten kaldıracağı mevzuatta pek çok tüzük ve yönetmelik düzenlemesini, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bu Kanun içerisine çekmiş düzenlemede; "Eşiyile cinsel ilişki hakkı.", "Mahkumların cinsel ihtiyaçlarını giderme hakları." vs. konularda düzenleme yapılmamış olması bir eksiklik. Konuya uluslararası platformlarda da yer verilmemiş olması bizim kanun düzenlememizde yer verilmemesini gerektirmez. Kanun yaparken hep başka ülkelerden alan değil, belki de dünyaya örnek olabilecek düzenlemeler yapabiliriz.

SONUÇ

Sonuç itibari ile; 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecek ve ceza ile ilgili kanunlardan birisi olan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, adli tıp açısından değerlendirildiğinde genel anlamda çağdaş ve güncel düzenlemeler içeren, ülkemizde bugüne dek ortaya çıkan sıkıntıları ortadan kaldırabilecek gibi görünen bir kanuni düzenlemedir. Ancak Kanun'un yine de eksik ve hatalı yönleri mevcuttur. Durum böyle olunca bu eksik ve hatalı yönlerin Kanun yürürlüğe girmeden revize edilmesi ve bundan sonra yapılacak kanun çalışmalarında, kanun içindeki düzenlemeler ile ilgili söyleyecek sözü bulunan meslek alanlarından temsilciler ile irtibata geçilmesi, ülkemiz için daha olumlu ve faydalı bir durum olacaktır. Uzun yıllardan bu yana yenilenememiş bir kanunun yenilenmesinde emeği geçenlere teşekkürler.

KAYNAKLAR

1. 5275 Sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Metni.
2. 5275 Sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Görüşmeleri ile İlgili Meclis Tutanakları.
3. 5275 Sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile İlgili Başbakanlık Kanunlar Genel Müdürlüğü' nün 30.11.2004 günlü Genel Gerekeçe ve Madde Gerekeçeleri Raporu.
4. 5275 Sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile İlgili 09.12.2004 günlü TBMM Adalet Komisyonu Raporu.
5. <http://www.met.police.uk/crimefigures/> Erişim Tarihi: 04.02.2005.
6. Rokach, A., *Criminal offense type and the causes of loneliness*. J Psychol. 2001; 135: 277-91.
7. Marshall, WL., *Current status of North American assessment and treatment programs for sexual offenders*. J Interpers Violence, 1999; 14: 221-239.
8. Rokach, A, - Cripps, JE., *Incarcerated men and the perceived sources of their loneliness*. Int J Offender Ther Comp Criminol, 1999; 43: 78-89.
9. <http://www.milliyet.com.tr> Çivici katil ölene kadar hastanede.
10. www.zaman.com.tr Çivici katil yakayı ele verdi.
11. Alkan, N., "Yurdumuzda Adli Tıbbın Durumu, Sorunları ve çözüm Önerileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004; 50: 179-88.
12. 2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu.
13. www.cnnturk.com.tr Erbakan'ın cezasına yine erteleme.
14. www.ntvmsnbc.com Erbakan'ın cezasına ikinci erteleme.
15. www.sabah.com.tr Adli Tıp'tan Hoca'ya jest.
16. Alkan N., "Adli Bilimler Alanında Ülkemizde Faaliyet Gösteren Sivil Toplum Örgütleri ile Gelişmiş Batı Ülkelerindeki Benzerlerinin Karşılaştırılması", *Adli Bilimler Dergisi*. 2004; 3(1).
17. http://www.tbb.org.tr/aclik_grevleri/ Erişim Tarihi: 04.02.2005.

18. Arda, B., *How should physicians approach a hunger strike?* Bull Med Ethics. 2002; 181: 13-8.
19. Beynon, J., *Hunger strike in Turkish Prisons*, Lancet. 1996; 348: 737.
20. Kök, A. N.,- Tunalı İ., "Açlığın Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Dergisi*, 1992; 8; 85-91.
21. Altun, G, - Akansu, B, - Altun, B. U., - Azmak, D, - Yılmaz, A., *Deaths due to hunger strike: Post-mortem findings*, Forensic Sci Int. 2004; 146: 35-8.
22. Şahin, H. A., - Gurvit, I. H, - Bilgiç, B., - Hanagasi, H. A., - Emre, M., *Therapeutic effects of an acetylcholinesterase inhibitor (Donepezil) on memory in Wernicke-Korsakoff's Disease*. Clin Neuropharmacol 2002; 25: 16-20.
23. Oge, A. E., - Boyaciyen, A., - Gokmen, E., - Kinay, D., - Sahin, H, - Yazici, N., *Neuromuscular consequences of prolonged hunger strike: An electrophysiological study*. Clin Neurophysiol 2000; 111: 2064-70.

İletişim Bilgileri:

Doç. Dr. Nevzat Alkan

İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi,

Adli Tıp Anabilim Dalı

34390 Çapa/İstanbul

Tel.: (532) 276 7425

E-posta: alkannn@tnn.net

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI VE CİNSEL TACİZ SUÇLARI

Yrd. Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK*

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmında cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları düzenlenmiştir. Değişen ceza hukuku anlayışı ile bu suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenerek cinsel özgürlük korunmuştur.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de öncelikle kanunların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu'nda başlık cinsel bütünlüğe karşı suçlar iken, Alman Ceza Kanunu'nda başlık cinsel özgürlüğe karşı suçlardır.¹ Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel saldırılar, vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.² Polonya Ceza Kanunu ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçları cinsel ilişkinin bireyin kişisel özgür tercihi ve gereksinimi olduğu anlayışına dayalı olarak düzenlemiştir.³

5237 sayılı TCK, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlerken cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirmiş, 765 sayılı TCK'da geçen ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramlarına yer vermemiştir. Öğretide, kanunun ırza geçme, ırza tasaddi

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi

¹ Nuhoğlu, Ayşe, "Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar", *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 609.

² Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002, s. 333.

³ Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 1034.

kavramı yerine, cinsel saldırı kavramını tercih etmesi eleştirildiği gibi,⁴ cinsel davranış gibi bir kavramın kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun olup “ırza geçme ve tasaddi” gibi terimlerinden kaçınılmasının isabetli olduğu da düşünülmektedir⁵. Kanun’un bu düzenleniş şekli, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yer alan suçların 765 sayılı TCK’nın bugüne kadar ortaya koyduğu uygulamayla bir bütünlük arz etmediği, 765 sayılı TCK’nın eksik yönlerinin tamamlanması yoluna gidilmesi gerektiği, bu Kanun da bu yola gidilmeyerek, uygulaması Türk hakimlerince bilinmeyen kendi içinde bir bütünlüğe sahip bulunan İspanyol Ceza Hukuku kurallarının kabul edilmesi ve cinsel saldırı, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı ayırımının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş olmasının uygulamada güçlülere neden olacağı bakımından eleştirilmiştir.⁶ Ayrıca, cinsel taciz, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının kanunilik ilkesi bakımından sorun oluşturacağı da belirtilmiştir.⁷

II. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARIN TARİHÇESİ

Bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal eden, ailenin toplumdaki itibarını zedeleyen fiiller eskiden beri cezalandırılmıştır. Roma hukukunda VIII. yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan dolayı cezalandırma aile babasının cezai yetkisine veya Censoslara bırakılmıştı. Daha sonraları ise ahlaka karşı eylemleri cezalandıran “*Lex Julia de Adulteris*” yürürlüğe girmiş ve bu Kanun’la zina ve çok evlilik, ensest eylemleri suç olarak kabul edilip cezalandırılmıştır. İmparatorluk hukukunda ise, kadınlara karşı yapılan iffetsiz hareketler cezalandırılmış, ırza geçme ise niteliği itibariyle özgürlüğe karşı bir suç olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunun son zamanlarında ise, kendi vesayeti altına bırakılan kimselerin ırzına geçenlerin cezalandırıldığı görülmektedir.⁸

⁴ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan; “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 351; Aynı doğrultuda Artuk, Mehmet Emin’in görüşü için bkz., *Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004*, Ankara, s. 150-152.

⁵ Mahmutoğlu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 358.

⁶ Tezcan, Erdem, *TCK Tasarısı Hakkındaki Rapor*, s. 351.

⁷ Artuk’un görüşleri için bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 150-152.

⁸ Yarsuvat, Duygun, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, *İHFM* 1964, c. XXX, s. 1-2, s. 115-116.

Ortaçağda da ferdi ahlaklaşmayı sağlamak ve genel ahlakı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç sayılmıştır. Bu dönemde ceza kanunlarının cinsel suçlarla ilgili bölümlerinde dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir. Suç ile günah arasında kesin bir sınır çizilmemekte ve bu iki kavram iç içe düşünülmekteydi. Bu nedenle ahlaksızlığı bir günah olarak kabul eden Kanunî hukuktaki, cinsel suçların içeriği ile bugünkü cinsel suçların içeriği farklıdır.⁹

İslam hukukunda, cinsel suçlar had suçlarından olup, evlilik dışı gerçekleştirilen tüm cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiş, basit zina celde, nitelikli zina ise recm, ensest ilişki ise idam cezası ile cezalandırılmıştır. Zina eylemi zorla gerçekleştirildiğinde, üzerinde cebir uygulanan kadının zina suçundan dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Küçük çocuklar ve akıl hastaları rızalarıyla olsa cinsel ilişkide bulunsalar dahi, bundan dolayı sorumlu tutulmazlar, ancak onların rızaları geçerli sayılmadığı için faile had cezası verilir.¹⁰

Osmanlı hukukunda Kanunî Kanunnamesi'ne söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları cezalandırılmıştır.¹¹ Irza geçmek suçu ilk defa Türk hukukunda 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma, sarkıntılık suçları gibi cinsel suçlar, mehz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan değiştirilerek alınmıştır.¹²

III. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçların tasnifinde, suçların özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve bu suretle önemini göstermek bakımından genellikle suçun hukuki konusu kriteri uygulanmaktadır.¹³ 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK da bu kriteri kabul etmiştir. Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır. Bu bakımdan 765 sayılı TCK'da cinsel suçların "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlendiği göz önüne alındığında, cinsel suçlarda korunan hukuksal değer

⁹ Yarsuvat, s. 116-117.

¹⁰ Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s. 160 ve 168.

¹¹ Avcı, s. 203-204.

¹² Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Bası, İstanbul 1983, s. 41 ve 49.

¹³ Toroslu, Nevzat, "Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, s. 119.

genel ahlak ve aile düzenidir. Bir başka deyişle bu suçlar ile genel ahlakın ve ailenin korunması amaçlanmıştır.¹⁴ Cinsel suçların bazılarının koruduğu hukuksal değer aile ve ahlak olduğu, ülkemizde olduğu gibi eski Alman ceza hukuku öğretisinde de ifade edilmiştir.¹⁵

Ancak ceza hukukunun asli ödevinin ahlaki oluşturan bir fonksiyon olduğu anlayışı terk edilmiş, ceza hukukunun ödevinin hiçbir zaman ahlak, adap, etik normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ahlaki kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar. Bugün ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin bir araç olduğu belirtilmektedir.¹⁶ Artık ceza hukuku cezalandırma hukuku olmaktan çıkarak bireysel hakları koruma hukuku olmuş, bunun sonucunda suçla korunan hukuksal değer de doğrudan ve dolaylı olarak bireysel sübjektif haklar ortaya çıkmıştır.¹⁷ Bu bakış açısı cinsel dokunulmazlığı karşı suçlarda da kendisini göstermiştir.

Günümüz çağdaş toplumun değişmiş yapısı, cinsel suçların hukuksal değer görüşünü oldukça değiştirmiş olup bu değer artık genel adap, genel ahlak, geleneksel değer yargıları olmayıp, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğüdür.¹⁸ Cinsel suçların koruduğu hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilir ve bunun ihlal şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık eder. Irza geçmedeki ihlal şekli ile aralarında nüfuz-tedip-koruma ilişkisi olan kişilerden birinin diğeri hakkında işlediği cinsel suç veya kadın veya çocukların kötüye kullanımı ile pornografik yayınlara ilişkin suçlar arasındaki temel fark budur. Yoksa devlet herhangi bir cinsel ahlakı hukuk, ceza hukuku hükümleri aracılığıyla bireylere benimsetemez ve buna girişemez.¹⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar esas itibarıyla kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle 2. Kitabı'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmiştir TCK 102.

¹⁴ Centel, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 61.

¹⁵ Ünver, Hukuksal Değer, s. 1032.

¹⁶ Yener, Hukuksal Değer, s. 1025.

¹⁷ Özek, Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 663.

¹⁸ Ünver, Yener, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadımlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 295.

¹⁹ Ünver, Hukuksal Değer, s. 1033-1034.

maddenin gerekçesinde, bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu ve cinsel dokunulmazlığın, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği belirtilmiştir. Ancak öğretilerde, cinsel suçlardan olan cinsel saldırı suçunda vücut dokunulmazlığının ihlalinden söz edilmesi, burada ihlal edilenin vücut dokunulmazlığı değil, bunu da içerecek şekilde cinsel dokunulmazlık olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰ Kanımca, öğretilerde²¹ eskiden beri savunulan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların koruduğu hukuksal değer bireyin cinsel özgürlüğü olduğu anlayışını göstermesi bakımından, bu suçların kanunda düzenleniş yeri isabetlidir. Böylece Ceza Kanunu tarafından bireylerin cinsel özgürlüğüne yönelik eylemler cezalandırılarak koruma sağlanmıştır.

IV. CİNSEL SALDIRI SUÇU

A. Genel Olarak

TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunda,²² 765 sayılı TCK’nın 414, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarına yer verilmektedir.²³ Bu düzenleme Galatasaray Üniversitesi’nin TCK Tasarısı hakkında bildirdiği görüşte; cinsel saldırı terimi ve

²⁰ Galatasaray Üniversitesi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Yarsuvat, Duygun - Bayraktar, Köksal - Yüzbaşıoğlu Necmi..., *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği*, Ankara 2004, s. 308.

²¹ Tezcan, Erdem, *Ceza Özel*, s. 335; Nuhoglu, s. 613.

²² TCK m. 102.: (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b. Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c. Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d. Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

suçu içerisinde, yürürlükteki kanun ve hukukumuzda yer alan ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ve hatta sarkıntılık suçlarının bir arada düzenlenmesi, bu halin ileride cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kanımca, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkün olduğu²⁴ ve sarkıntılık suçunun bu şekilde işlenmesi halinde cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğu için, sarkıntılık suçunun cinsel saldırı içinde düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ayrıca bu düzenleme ile 765 sayılı TCK m. 421'in uygulanmasında olduğu gibi eylemin hangi halde söz atma, hangi halde sarkıntılık olduğunu tespitteki zorluk giderilmiştir.²⁵ Bu düzenlemenin, tüm cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği konusundaki eleştiriye ise, hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği için (TCK m. 61) katılmamaktayım.

Maddede cinsel saldırı suçu ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmektedir. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde (m. 102/1), cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cinsel saldırının nitelikli halinde (m. 102/2) ise cinsel arzularını tatmini amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

²³ Çocuklara karşı cinsel davranışlar TCK m. 103'de "Çocukların cinsel istismarı" şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴ Sanığın, mağdureye aniden arkasından sarıldığı, göğüslerini sıktığı mağdurun bırak demesi üzerine bırakıp gittiği anlaşılmalı; devamlılık arz etmeyen ani hareketlerin TCK'nın 421/2. maddesinde tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükme varılması (Y. 5. CD, 20.03.2002, 3787/1752); Meran, Necati, *Gerekeçli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 504.

²⁵ "Sanıkların birlikte yazıp evinin kapısının altından atarak mağdureye ulaştırdıkları mektup ile ekindeki resimlerin bir defada olması karşısında eylemlerinin söz atma yerine sarkıntılık olarak kabulüyle hükümlülüklerine karar verilmesi" (Y. 4. CD, 9.10.2002, 12216/146219), bkz., Meran, s. 504; "Devamlılık ve sırnaşıklık arz eden sanığın eyleminin kül halinde TCK'nın 421/2 maddesinde yazılı sarkıntılık suçunu oluşturduğu halde, söz atmaktan hüküm kurulması, karşı temyiz yapılmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. (Y. 5. CD, 30.10.2001,1342/6809), bkz., Meran, s. 505.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir.²⁶ Cinsel saldırı suçunda cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesini etkileyen haller maddede unsur olarak düzenlenmemiş ancak maddenin gerekçesinde, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçların işlenmesinin mümkün olduğundan söz edilmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK m. 103/1-b' de ise, 16-18 yaş arasındaki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cezalandırılabilmesinin, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde mümkün olduğu şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde; bu nitelendirmenin, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne göre aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidildiği ve çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesi kullanıldığı belirtilmektedir. Kanun koyucunun çocukların istismarı suçunda böyle bir düzenlemeye gitmesinin nedeninin çocuğu koruma amacı olması, cinsel saldırı ile cinsel istismar fiilleri arasındaki farkı tespitinde sorunlara yol açacağı gerçeğini değiştirmez.²⁷

Cinsel saldırı suçunda, kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir; diğer bir deyişle TCK m. 26/2 gereği kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.²⁸ Rıza kapsamı dışındaki tüm eylemlerin hukuka aykırılığı söz konusu olacağından, önce verilen rızanın eylemler devam ederken geri alınması veya daha ileriye götürülmesine rıza gösterilmemesi halinde de eylem cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu nedenle cinsel davranışa maruz kalan kişi TCK m. 102/1 anlamında kişinin cinsel davranışlarına rıza göstermiş,

²⁶ 102. maddenin gerekçesi.

²⁷ Aydın' da cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar arasındaki farkın belli olmadığı görüşündedir. Bkz., Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" HPD, s. 2, Sonbahar 2004, s. 159.

²⁸ TCK m. 26/2' e göre; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

ancak m. 102/2 anlamında failin vücuduna organ sokmasına rıza göstermemişse, bu durumda failin TCK m. 102/2'den sorumluluğu olacağı izahtan uzaktır.²⁹

Rızanın olup olmadığı belirlenirken, bu suçta korunan hukuksal değerlerin cinsel dokunulmazlık olduğu ve istenmeyen eylemin kişinin cinsel özgürlüğünü de içerecek şekilde vücuduna dokunulmaması olduğu göz önünde tutulduğunda kişinin "hayır" demesi rızanın olmadığını göstermesi bakımından yeterlidir. Ayrıca bu saldırı karşısında mağdurdan farklı bir direnç göstermesini beklemenin, her somut olay bakımından değerlendirilmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.³⁰ Mağdurun ve failin direnci algılama şekli, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği zaman ve yer, cinsel saldırıya maruz kalmamak için bedensel direnç gösterilmesini anlamsız kılabilir. Bu nedenledir ki somut olayda rızanın olmadığını söyle ve hareketlerle belirtmek yeterli olabilir. Örneğin; evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttikten sonra çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille fiziki bir mücadeleye girmediği için eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda ayrıca bedensel bir direnç göstermesi beklenemez.

Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile ile cinsel saldırı suçu işlenebilir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesindeki araçlardan biri olan cebir, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, mağdur üzerinde onun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edilebilecek şiddet ve serbest hareket edebilme olanağını ortadan kaldırmak maksadıyla kişinin huzurunu bozma, endişelendirme veya onda bir güvensizlik duygusu meydana getirme olan tehdit kavramlarını da kapsamaktadır.³¹

TCK m. 102/4'e göre, mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedileceği için, cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdura karşı

²⁹ Soyaslan'da mağdurun cinsel birleşme dışında tasaddi oluşturacak hareketlere razı olması, ancak daha sonra failin tehdit yoluyla cinsel birleşmeyi sağlaması durumunda, cebren ırza geçme suçunun oluşacağını belirtmektedir. Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 356.

³⁰ Aydın, şüpheye yer vermeyecek şekilde cinsel davranışlara rıza göstermediğini belirtmenin, ırza geçmenin maddi unsuru bakımından ölçü olması gerektiğini belirtmektedir. Aydın, s. 159.

³¹ Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2004, s. 834-835.

kullanılan cebirin mağdurun direncinin kırılmasına yetecek kadar olması gerekmektedir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün oluşturduğu acıyla cinsel saldırı suçuna direnç gösteremeyecektir.

Mağdurun içkisine ilaç katmak, uyuşturucu madde vermek, hipnotizma etmek gibi fail tarafından cinsel saldırıyı gerçekleştirebilmek için hileli vasıtalar kullanılabilir. Mağdur burada hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu surette fiile direnç gösteremeyecek bir hale gelmektedir.³²

Cinsel saldırı suçunun, cebir, tehdit, hile kullanılmadan, failin içinde bulunduğu durumdan yararlanmak suretiyle de işlenmesi söz konusu olabilir.³³ Örneğin; mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması; uyku hali veya direnç gösteremeyecek şekilde alkollü olması hallerinden yararlanılarak cinsel saldırı suçu işlenebilir. Mağdurun içinde bulunduğu durumdan dolayı, kişinin rıza göstermiş olması halinde dahi rızası geçerli bir rıza olmayacağı ve yine bu durumdan dolayı eyleme direnç göstermesi beklenilmeyeceğinden bu hallerde failin ceza sorumluluğu söz konusudur.

B. Cinsel Saldırı Suçunun Temel Şekli

1. Fail ve Mağdur

Cinsel saldırı suçunun faili kadın veya erkek olabilir. Bu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir.

2. Maddi Unsur

TCK 102. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. Bu suçun söz konusu olabilmesi için, failin cinsel bir davranışta bulunması gerekmektedir. Ancak cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği açık değildir.³⁴ Maddenin ge-

³² Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 837.

³³ Çeşitli nedenlerle mağdurun fiile direnç gösterememesi halinde mefruz cebirin varlığı kabul edilmiş; 765 sayılı TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde, bu haller; mağdurun akıl ve beden hastalığı sebebiyle veya failin kullandığı hileli vasıtalarla ya da failin fiilinden başka bir sebeple failin eylemine karşı koyamayacak halde olması şeklinde sayılmıştır. Bu hüküm yeni kanunda yer almamaktadır. Bu konuda bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 835; Dönmezer, s. 79-91.

³⁴ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, s. 308; Aynı görüş Öztürk tarafından da belirtilmiştir. Bkz., "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen

rekçesinden anlaşılana ise, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan şehevi davranışlar cinsel davranışları oluşturmaktadır.

Suçun maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlardır.³⁵ Bu durumda 765 sayılı TCK m. 421'deki sarkıntılık suçu, cinsel amaçlı olarak vücuda dokunma şeklinde gerçekleştiğinde cinsel saldırı olarak değerlendirilecektir.³⁶ Maddenin yerinde düzenlenmesi karşısında kişinin vücuduna yönelik cinsel amaçlı davranışlar, 765 sayılı TCK'da eylemin sarkıntılık veya ırza tasaddi suçunu oluşturup oluşturmadığını tespit etme eyleminde "devamlılık"ın aranması gibi ölçütlere gerek kalmadan cinsel saldırı olarak kabul edilecektir.³⁷

Mağdurun rızası söz konusuysa suç oluşmaz. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevi bulunmaları yeterlidir; failin şehevi duygularını fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.³⁸

3. Manevi Unsur

Suç özel kastla işlenebilir. Genel kast suçun oluşması için yeterli değildir.³⁹ Suçun oluşabilmesi için failde, ayrıca cinsel arzuları tatmin amacı olmalıdır. Failin hareketlerinin dış görünüşü itibarıyla şehevi nitelikte bulunması gerektiği gibi, fail bu hareketleri cinsel arzularını tatmin amacıyla gerçekleştirmelidir.⁴⁰

Suçlar" konulu Birinci Podyum Tartışması, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği, Panel 21-22 Mayıs 2004 Ankara, s. 143; Ayrıca cinsel davranış model ve cinsel suç ilişkisi hakkında bkz., Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*; Ankara 2002, 302-304.

³⁵ 102. maddenin gerekçesi.

³⁶ Olay gecesi aynı yerde yattığı mağdurun bacaklarına cinsel organını sürten ve mağdurun karşı çıkmasına rağmen bunu tekrarlamak suretiyle şehevi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelik eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (Y. 5. CD, 28.2.2002, 3596/1092); bkz., Meran, s. 478.

³⁷ "Mağdureyi öpmek boynundan ısırma, sevişmek gibi bedeni temas içeren ve süreklilik gösteren eylemlerin TCK'nın 416/2. maddesindeki ırz ve namusa tasaddi niteliğinde bulunduğu halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması" (Y. 5. CD, 19.1.2004, 3003/784, 2004/40), ".....devamlılık arz eden ve şehevi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelik olan hareketleri sarkıntılık hududunu aşır ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu halde sarkıntılık olarak kabulü" (Y. 5. CD, 09.12.2002, 2334/8215), Bu kararlar ve diğer kararlar için bkz., Meran, s. 477-478.

³⁸ 102. maddenin gerekçesi.

Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebileceğinden bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceğini tartışmak gerekir. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, fail kişinin vücudu üzerinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlarda bulunurken bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini öngörecektir ama buna rağmen eylemi gerçekleştirecektir. Örneğin; kişi, kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir.

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Suça Teşebbüs

Bu suça teşebbüs, icra hareketleri kısımlara bölünebileceğinden mümkündür. TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. "*Doğrudan doğruya icraya başlama*" ölçütü kabul edildiğinden işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Ayrıca yapılan hareketlerin de bu suçu işlemek için uygun hareketler olması gerekmektedir.⁴¹

Türk Ceza Kanunu m. 36 gereği, fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Örneğin; fail cinsel ilişkide bulunmak isterken vazgeçerse, o zamana kadarki eylemler cinsel saldırının temel şeklini oluşturabilir.⁴²

³⁹ Irza tasaddi suçunda Dönmezler, s. 103, Artuk - Gökçen - Yenidünya (s. 839), Tezcan - Erdem (*Ceza Özel*, s. 354) ve Önder (s. 496) özel kastın aranmayacağını, suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu belirtmektedir.

⁴⁰ Önder, irza tasaddi suçunda failin cinsel dürtü ile hareket etmesi gereğini failin saikini değil, eylemin hukuka aykırılık yoğunluğunu belirlediğini ileri sürmektedir. Önder, s. 495.

⁴¹ Bkz., 31. maddenin gerekçesi.

⁴² "Mağdureyle cinsi ilişkide bulunma isteğinden ciddi bir engel yok iken ihtiyariyle vazgeçen sanığın bu aşamada kalan eyleminin tasaddi niteliğinde bulunduğu ve 15 yaşından büyük mağdureye yönelik rızaya dayalı tasaddinin de suç teşkil etmeye-

b. İçtima

Türk Ceza Kanunu m. 43/3'e göre, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.⁴³ Bir başka deyişle, cinsel saldırı suçunun, bu suçu işleme kararı kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmeyip, bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Kanımca, eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığı zarar görecektir ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik travmayı arttıracığı için, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesi isabetlidir. Cinsel saldırı suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanmaz ve bu durumda gerçek içtima uygulanır.

Cinsel saldırı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenirse, TCK'nın 43. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gereği, her bir mağdur bakımından ayrı cinsel saldırı suçları oluşur. Bir başka deyişle her mağdura karşı yapılan hareket bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve cezaların içtimalı hükümleri uygulanır. Örneğin; kalabalık bir yerde cinsel amaçlı olarak birine sürtünmeye çalışan kişi, aynı anda iki kişiye sürtünse iki ayrı cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulacaktır.

TCK m. 43/1'e göre, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından, kişi aynı suç işleme kararıyla bir kişiye karşı önce m. 102/1 anlamında cinsel saldırı suçunun temel şeklini işler, daha sonra 102/2 anlamında cinsel saldırının nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunu işlerse, aslında bu durum zincirleme suçun kabulüne engel değildir. Ancak TCK m. 43/3'deki cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin açık hüküm karşısında, bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Bir başka deyişle fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı değişik zamanlarda hem TCK m. 102/1'deki hem de 102/2'deki eylemi gerçekleştirirse, zincirleme suç hükümlerinden yararlanamayacak, bu eylemlerden ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

ceği gözetilip beraatine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde cinsi ilişkiye kalkışma suçundan hükümlendirilmesi" bozmayı gerektirmiştir (Y. 5. CD, 27.5.2004, 2003/3568, 2004/4361) bkz., Meran, s. 477.

⁴³ 765 sayılı TCK'da düzenlenen ırza tasaddi suçunda aynı suç işleme kararıyla aynı mağdur üzerinde belirli aralıklarla tekrarı halinde zincirleme suç (TCK m. 80) söz konusu, ancak farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen ırza tasaddi fiillerinde her bir mağdur bakımından ayrı suç oluşur.

c. İştirak

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37). Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığın ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur.⁴⁴ Örneğin; cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığında, diğerinin de kişiye cinsel saldırı suçunda bulunması halinde, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurduğu için, suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

Bu suça dolaylı faillik de mümkündür. Kişi cinsel saldırı suçunu kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir (TCK 37/2).

Bu suça iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür.⁴⁵ Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirakte bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (TCK m. 40/3). Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, failin cinsel saldırı suçunu işlenmesine başlamadan önce, örneğin mağdurun içkisine ilaç katarak yardım eden kişi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulur.

TCK m. 41/1'e göre, iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş buna rağmen cinsel saldırı suçu işlenmişse, örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun hareket etmesini önlemek suretiyle yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi bundan vazgeçip, icra hareketlerinde bulunana önlemeye çalışmış olmasına rağmen suç işlenmiş

⁴⁴ TCK m. 37'nin gerekçesi.

⁴⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "asli " ve "fer'i iştirak" ayırımı, yeni 5237 sayılı TCK'da "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlandırması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla kaldırılmıştır. Bkz., TCK m. 37.

olsa da gönüllü vazgeçen suç ortağını, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir. Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.

C. Suçun Nitelikli Hali

Türk Ceza Kanunu m. 102/2' de cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmektedir.⁴⁶ TCK m. 102/2' de "*fiilin*" işleniş şekline göre daha ağır cezalandırılmıştır. Birinci fıkradaki fiil ise "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiil*" dir. Bu bağlamda, cinsel saldırı suçunun nitelikli halini düzenleyen TCK m. 102/2' de, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunun cezalandırıldığından söz edilecektir. Ancak o zamanda madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu fiilin cinsel amaçla işlenmesi aranmadığına göre; cinsel amacın varlığı aranmadan cinsel davranıştan söz etmenin ve ayrıca vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasının cinsel bir davranış olarak nitelendirilmenin mümkün olup olmadığı ya da bu düzenleme karşısında aslında korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık değil de vücut dokunulmazlığı mı olduğu hususlarına açıklık getirmek gereklidir. Kanımca her ne kadar maddenin tümünden gerekse gerekçesinden nitelikli hal olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, cevaplandırılması gereken sorular karşısında bu haliyle m. 102/2' de ayrı bir suç düzenlenip düzenlenmediği açık değildir.

1. Fail ve Mağdur

Suçun bu nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebileceğinden faili kadın ve erkek olabilir. 765 sayılı TCK'daki düzenlemede ise, "*ırzına geçmek*" den söz edildiği için failin yalnızca erkek olabileceği,⁴⁷ kadının ise bu suça asli maddi fail olarak iştirak edebileceği öğretide ileri sürülmekteydi.⁴⁸

⁴⁶ Bkz., 102. maddenin gerekçesi.

⁴⁷ Dönmezer, s. 57; Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 335; Önder, s. 445; Aksi görüş, Soyaslan, s. 359; Nuhoglu; s. 615.

⁴⁸ Örneğin; erkek ırza geçme fiilini işlerken, ırzına geçilenin kollarını tutan kadın asli fail olarak suç ortaklığında bulunabilir. Artuk, M. Emin - Yenidünya, Caner, "Evlilik İçinde Irza Geçme", *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s. 58; Ayrıca bkz., Nuhoglu, s. 615.

Bir kadının bir erkeği kendisiyle cebir, şiddet, korkutma ve tehdit ile cinsel ilişkiye zorlaması halinde cinsel saldırı suçunun faili kadındır (TCK m. 28).^{49, 50}

TCK m. 102/2'ye göre, suçun eşe karşı işlenmesi mümkün olduğundan eşlerden biri bu suçun faili olabilir. 765 sayılı TCK'da düzenlenen haliyle kocanın ırza geçme suçunun faili olamayacağı Yargıtay kararlarında ve öğretide kabul edilmektedir.⁵¹

Fiil, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir. Suçun nitelikli halinin mağduru kadın veya erkek olabilir.

2. Maddi Unsur

102. maddenin ikinci fıkrasında, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli halinin maddi unsuru, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesidir. Vücuda teriminin, ırza geçme suçunun anlamını oldukça genişlettiği⁵² ve haklı olarak kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir.⁵³ Kanunilik ilkesi gereği vücudun hangi bölgesi oluşu belirtilmeliydi. Maddenin gerekçesinde yazmak suretiyle kanunilik ilkesinin yerine getirildiğinden söz edilemez.

⁴⁹ Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi düzenleyen TCK m. 28/1'e göre; "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır."; Dönmezer, bir kadının bir erkeği kendisiyle cinsel ilişkiye zorlaması halinde ırza geçme suçunun oluşmayacağı, ancak cebren kendi ırzına geçirtmekten söz edilebileceği, bunda 765 s. TCK'da suç olarak düzenlenmediği belirtilmiştir. Bu konuda bkz., Dönmezer, s. 57, Önder, s. 445.

⁵⁰ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı'nın "Zorla ırza geçme" suçunu düzenleyen m. 315/3'deki "Bu maddede yazılı fiilin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye aynı ceza verilir" hükmüne kanunda yer verilmemiştir. TCK Kadın Çalışma Grubu tarafından "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri"nde, bu düzenleme, "kendisine yapılmasını sağlamak" ifadesinin yanlış yorumlara yol açabilecek ve cinsel tecavüz mağdurunun yaşadığı şiddetten sorumlu tutulmasına sebep olabilecek son derece tehlikeli bir belirsizlik içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. bkz., <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

⁵¹ Soyaslan, s. 357; Kocanın bu suçun faili olabileceği hususunda bkz., Centel, s. 63; Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 342; Nuhoglu, s. 616.

⁵² *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, s. 308.

⁵³ Öztürk'ün görüşü için bkz., *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Birinci Kitap, s. 144.

Suçun nitelikli halinin oluşması için; vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan vibratör, cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir.⁵⁴ Bir başka deyişle sadece vücuda bir organın veya sair bir cismin sokulması bu suçun oluşması için yeterlidir. Yine madde de organdan söz ettiği için parmak ile de cinsel saldırı gerçekleştirilebilir.⁵⁵

3. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu m. 102/2'deki eylemden dolayı failin sorumluluğu ancak kastı halinde söz konusudur. Failin kastı, kişinin vücuduna organ ve sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel dokunulmazlığını ihlale yönelik olmalıdır. Ancak, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin aksine, TCK m. 102/2'de tanımlanan nitelikli halin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması şart değildir.⁵⁶ Cinsel arzuları tatmin amacıyla değil de, mağduru küçük düşürmek için eylemin gerçekleştirilmesi halinde de bu suç oluşur.⁵⁷ Örneğin; fail tarafından kişiyi aşağılamak amacıyla kişinin vücuduna anal yoldan şişe sokulması halinde cinsel saldırının nitelikli hali (m. 102/2) gerçekleşecektir.

Kanımca, kanununun bu düzenleniş şekliyle cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olmasının aranmaması, uygulamada sorunlara yol açacaktır. 765 sayılı TCK'da da ırza geçme suçunun oluşması için de cinsel arzularını tatmin etmeyi amaçlamış olması şart değildi. Ancak orada ırza geçme "*aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya ithal etmesi, sokması*"⁵⁸ olarak tanımlandığı için, bir başka deyişle erkek cinsel organının suçta kullanılması gerektiği için⁵⁹ sorun oluşturmuyordu. Ancak eylemin cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması aranmayınca TCK m. 102/2'de "*vücuda*" ve "*bir organ veya sair bir cisim*" denildiği için; bir kimsenin ağızına cop veya şişe sokulması örneğinde cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleştiğinden söz etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Bu düzenleniş şekliyle, kanun koyucu durumu uygulamaya ve öğretmeye bırakmış olmaktadır ki, bu

⁵⁴ Nuhoğlu, eylemin her hangi bir araçla gerçekleştirilmesinin bu suçu oluşturmaya gerektiğini savunmaktaydı. Nuhoğlu, s. 619.

⁵⁵ New York Ceza Yasası vajinaya parmak sokulmasını ırza geçme olarak değil, ağır cinsel saldırı olarak düzenlenmiştir. Aydın, s. 159.

⁵⁶ 102. maddenin gerekçesi.

⁵⁷ Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 341.

⁵⁸ CGK, 4.6.1990, 5/101-156, bu karar için bkz., Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2000, s. 59-61.

⁵⁹ Nuhoğlu, s. 619.

hal de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Uygulamada, bu sorunu çözmek için, failin 102/2' den sorumluluğu için organın vücuda anal, vajinal ya da oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak, yine bir cismin vajinal ya da anal yoldan sokulmasında da cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak ancak bir cismin oral yoldan sokulmasında maddenin tümü değerlendirilerek cinsel amaçlı olması aranacaktır. Kanımca; cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu göz önünde tutulduğunda maddenin sair bir cismin oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmin amacı aranmalıydı.

4. Fiilin Eşe Karşı İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. 765 sayılı TCK' da yer almayan bu düzenleme ile evlilik içi rıza dışı cinsel ilişki suç haline getirilmektedir. 765 sayılı TCK'nın uygulamasında Yargıtay, karı koca arasındaki cebren normal ilişkinin suç oluşturmadığı, ancak anormal ilişkiler aile efradına karşı fena muamele suçunu oluşturduğu şeklinde karar vermektedir.⁶⁰

Evlilik içi rıza dışı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği,⁶¹ bizim hukuk sistemimizde tartışıldığı gibi, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde en çok tartışılan konulardan olmuştur. Kanada 1982' de, Belçika' da 1989' da, Hollanda' da 1991' de, Finlandiya ve Fransa' da 1994' de, yapılan değişikliklerle bu eylem suç olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu' nda da 1998 yılında yapılan değişikliklerle eşe karşı yapılan rıza dışı cinsel ilişki eylemi ırza geçme suçu kapsamına alınmıştır. Hırvatistan Ceza Kanunu' nda da bu eylem ırza geçme olarak düzenlenmiş olup, kovuşturulması şikayet koşuluna bağlanmıştır. İngiltere' de 1990 tarihli iki Yüksek Mahkeme kararıyla eşe karşı cinsel saldırı ve ırza geçme suç sayılmıştır.⁶² Amerika Birleşik Devletleri'nin üç eyaletinde ise, evlilik içi ırza geçme kabul edilmemektedir.⁶³

⁶⁰ Y. 4. CD, 7.7.1994, 2788/6217, YKD Kasım 1994, s. 1847 vd., Ayrıca bu konuda eleştiriler için bkz., Ünver, *Cinsel Suçlar* s. 322-323.

⁶¹ DEÜ Hukuk Fakültesi' nce Türkiye genelinde 85.857 kişi üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, toplumun %83.88'i evlilik içinde ırza geçme eyleminin suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanısındadır; Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2002, s. 1104.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz., Ünver, *Cinsel Suçlar*, s. 306-307.

⁶³ Centel, s. 63; Ayrıca bkz., Bafra, Jale, "Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından "Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin" Hukuki Statüsü", *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 69, s. 10-11-12. s. 569-573, s. 570-571.

Öğretide evlilik içi ırza geçmeye ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi⁶⁴ ve ırza geçme suçunun bir ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmekteydi.⁶⁵ Kanımca, TCK'nın bu düzenlemesi evliliğin, kişinin cinsel dokunulmazlığına saldırıyı meşru hale getirmesini diğer bir deyişle evliliğin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı anlayışını önlemek bakımından yerinde olmuştur. Kanun koyucu, evlilik birliğinin, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemekle beraber, evlilik birliği içinde bile cinsel arzularını tatmine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırlarının olduğu, bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışların ceza yaptırımını gerekli kıldığı gerekçesiyle.⁶⁶ Yeni Ceza Kanunu'nda bir düzenlemeye giderek tartışmalara son vermiştir.⁶⁷ Ancak, cinsel saldırı suçunun bu nitelikli halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.⁶⁸

Kanımca, sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuksal değerler aynı olduğu, bazen cinsel saldırının temel şeklinin nitelikli halinden mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği ve suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce, eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmeliydi.⁶⁹

⁶⁴ Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 341.

⁶⁵ Artuk - Yenidünya, s. 67-68; Ünver'de bu durumun ya diğer cinsel suçlardan ayrı bir maddede ve daha ağır bir ceza yaptırımını içeren bir suç tipi şeklinde veya cinsel suçların ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Ünver, *Cinsel Suçlar*, s. 323.

⁶⁶ 102. maddenin gerekçesi.

⁶⁷ TCK Kadın Çalışma Grubu, "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri"nde; evlilik akdi olmaksızın evlilik benzeri ilişkiler içinde yaşanan cinsel tecavüz söz konusu olduğunda, suçun, tıpkı evlilik içinde olduğu gibi, özel alanda meydana geldiğini; suçun evlilik benzeri birliktelikler için de tanımlanmamasının, pek çok tecavüz vakasının adalete sevk edilmesini engelleyeceğini ve tecavüz mağdurları arasında eşitsizlik yaratacağını belirtmektedir. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

⁶⁸ İÜHF'ce 1133 kişi üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, evlilik içi cinsel taciz/ırza geçmenin suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği sorusuna, 244 kişi resen koğuşturulan bir suç olması, 518 kişi şikayete bağlı bir suç olması, 105 kişi suç olmaması gerektiği ve 91 kişi ise, herhangi bir fikrinin bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir. Bkz., Ünver, Yener, "Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri", *Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi*, İstanbul 2003, s. 18.

⁶⁹ Aynı doğrultuda bkz., Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 63.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Fail suçun icra hareketlerine başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle mağdurun vücuduna organ ve sair bir cismi sokamamışsa eylem teşebbüs halinde kalmıştır.

Fail, icra hareketlerine başladıktan sonra isteyerek icra hareketlerini tamamlamamışsa -örneğin; mağdurun ağlaması üzerine eylemi tamamlamamışsa- veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Bu örnekte, failin suçun temel şekline ait suçtan cezalandırılması olasılığı vardır.⁷⁰

Failin icra hareketleri kişinin vücuduna anal yada vajinal yoldan cinsel organının sokulmasına yönelik olup da iktidarsızlığı nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda da fail bu suça teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.⁷¹ Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekse de elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.⁷² Bu nedenle fail “*elverişli hareketler*” de bulunarak icraya başlamış, ancak iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

b. İçtima

TCK m. 43/3 gereği, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Cinsel saldırı suçu aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmeyip, bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Ancak failde ayrıca eziyet

⁷⁰ Irza geçme suçunda, icra hareketlerine başlayan fail isteyerek icra hareketlerini bitirmemişse, fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır ve fail irza tasaddi veya sarkıntılıktan cezalandırılabilir. Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 342.

⁷¹ Dönmezer, irza geçme suçu için, iktidarsızlık mutlak surette yetersiz ise işlenemez suçun olduğunu, mutlak değil de nispi ise elverişli araç bulunmakla beraber sadece yetersiz olacağından failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği belirtmektedir. Dönmezer, s. 66.; Ayrıca bkz., Selçuk, Sami, *Kızlık Bozma Suçu*, Ankara 1996 s. 55 vd.

⁷² Bkz., TCK m. 35'in gerekçesi.

etme kastı da varsa, cinsel saldırı ve eziyet suçu bakımından fikri içtima hükümleri uygulanır.

TCK m. 109/5’de düzenlenen cinsel amaçlı olarak kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendikten sonra, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali de söz konusu olursa gerçek içtimanın uygulanması gerekli olup, failin her iki suçtan da sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Cinsel saldırı suçunun mağdurun direncini kıracak şekilde cebir kullanılarak işlenmesi halinde, ayrıca cebir suçundan⁷³ ceza verilmez.

c. İştirak

Bu suçta kişinin, kendi iktidarsız olduğundan, mağdurun vücuduna organ sokulması için bir başkasını araç olarak kullanması örneğinde olduğu gibi, suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilmesi söz konusu olabileceğinden dolayısıyla faillik mümkündür. Ayrıca, iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme söz konusu olabilir.⁷⁴

D. Cinsel Saldırı Suçu ve Diğer Bazı Suçlar

1. Cinsel Saldırı Suçu ve Tehdit Suçu

Türk Ceza Kanunu’nun tehdit suçunu düzenleyen 106. maddesinin 1. fıkrasında bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişinin cezalandırılacağı öngörülerek tehdit suçu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun maddi unsuru, birini kendisini veya yakınına hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz etmektir.

Türk Ceza Kanunu m. 106/3’e göre; tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir. Suçun temel şeklinde hayat, vücut ve malvarlığına zarardan bahisle tehditin işlenmesinden söz eden kişinin, kasten öldürme, kasten yaralama ve malvarlığına zarar verme suçunu tehdit amacıyla işlemesi halinde ayrıca bu suçlardan cezalandırılması TCK m.

⁷³ TCK m. 108/1’e göre; “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”

⁷⁴ İçtima ve iştirak konusunda suçun temel şeklindeki açıklamalara bkz.,

106/3'de öngörülürken, tehdit amacıyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde cinsel saldırı suçundan ayrıca cezalandırmaması anlaşılır değildir. Kanımca, 106/3'e göre gerçek içtima uygulanacak suçlar arasında, diğer suçlar sayıldığına göre cinsel saldırı suçunun da sayılması gerekirdi. Bu hükmün gerekçesinde, kişi, tehdidin ciddiliğini vurgulamak için, öldürme veya yaralama ya da mala zarar verme suçlarını işlerse bu suçlardan dolayı da cezaya hükmedileceği belirtildiğine göre, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz eden kişinin de "tehdidinin ciddiliğini vurgulamak için" cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemesi olasılığı vardır. Üstelik tehdidin, mağduru malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle yapılması, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılmasına nazaran daha az cezayı gerektirmektedir. Bütün bu nedenlerin yanında ihlal edilen hukuksal değerler karşılaştırıldığında da TCK m. 106/3 de tehdit suçuyla malvarlığına zarar verme suçunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanıp da tehdit suçuyla cinsel dokunulmazlığa karşı olan suçlardan cinsel saldırı suçunda gerçek içtimanın uygulanmaması açıklanamaz.

Cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz etmek tehdit suçunun unsuru olmakla birlikte, fail tehdit suçunu gerçekleştirdikten sonra cinsel saldırı suçunu işlerse gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.⁷⁵

Türk Ceza Kanunu m. 148'de düzenlenen yağma suçu açısından tehdidin, kişiyi, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılması halinde; mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı halinde de yağma ve cinsel saldırı suçları bakımından gerçek içtima söz konusudur.

2. Cinsel Saldırı ve İşkence Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu düzenleyen 94/3'e göre, işkence suçunu oluşturan fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi cezalandırılmış olup, fiil cinsel saldırı boyutuna ulaştığında işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekmektedir. Bir başka deyişle bir kişinin cinsel arzuları tatmin amacına

⁷⁵ Artuk - Gökçen - Yenidünya da failin tehdit fiilini gerçekleştirdikten sonra tehdit konusu suçu irtikap etmesi halinde gerçek içtimanın uygulanacağını belirtmektedir. s. 164; Aksi görüş Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 44.

yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi veya cinsel arzuları tatmin amacı olmasa da vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Ancak kanunun sistematığıne baktığımızda, kanun koyucunun bazı suçlarda, m. 102/4 veya m. 106/3’de olduğu gibi gerçek içtimanın uygulanacağını madde metninde göstermeyi tercih ettiğini görüyoruz. Bu nedenle işkence suçunda gerek ihlal biçimi ve gerekse ihlal edilen hukuksal değer göz önüne alındığında, kanımca işkence suçunda da fiilin cinsel saldırı şeklinde gerçekleşmesi halinde ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılacağı madde metninde belirtilmeliydi.

3. Cinsel Saldırı ve İnsanlığa Karşı Suç

Nürnberg Mahkemesi Statüsü’nün 6 (c) maddesinden esinlenen ve yeni Fransız Ceza Kanunu 212/1. maddesinde de aynı yönde düzenleme bulunan TCK’nın 77/1 maddesine göre, cinsel saldırıda bulunma, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenirse, insanlığa karşı suç oluşturur. TCK m. 42/1’e göre; biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denilip, bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmayacağı için, burada bileşik suç söz konusu olup, suçu oluşturan araç suç olan cinsel saldırıdan dolayı ayrıca ceza verilmez.

E. Cinsel Saldırı Suçunda Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması Hali

TCK m. 104/4’e göre, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. Bir başka deyişle cinsel saldırı ve kasten yaralama suçunda gerçek içtima söz konusu olur.

Suçun işlenmesinde cebri unsur olarak aramayan, ancak cinsel saldırı suçu mağdurun iradesi dışında gerçekleşeceğinden, failin cebir kullanmak suretiyle mağdurun direncinin kırılabileceğini öngören kanun koyucu cinsel saldırı suçunda kullanılan cebirin ölçüsünü “*mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde*” diyerek belirlemektedir.

Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu bakımından failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için getirilen ölçütte farklılık söz konusudur. Cinsel saldırı suçunun çocuklara karşı işlenmesi halinde kanunun deyiimiyle cinsel istismar suçunda, TCK m. 103/5, suçun işlenmesi sırasında başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını hüküm altına alıyor. Oysa yetişkine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için ölçüt, kullanılan cebrin *"mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde"* olması iken, mağdur, çocuk olduğunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için *"cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması"* ölçütü getiriliyor. Maddenin gerekçesine bakıldığında ise, durum iyice anlaşılabilir hal alıyor. 103/5'de 4. fıkraya atfen cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesinin cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edildiği, ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiği için 5. fıkranın bu şekilde düzenlendiği belirtiliyor. Oysa kanun, 103/1-b' de 15 yaşından büyük çocuklara karşı eylemin cebir ile işlenebilmesinden de söz etmektedir. Bu durumda da eğer cinsel istismar için uygulanan cebirde *"cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiği"* ölçütü aranır ise çocukların korunduğundan söz edilemez. Cebir kullanılarak işlenen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için öngörülen mağdur yetişkin olduğunda kullanılan ölçüt ile mağdur 16-18 yaş arasında olduğunda öngörülen ölçüt çelişki arz etmektedir. Kaldı ki 103. maddenin 4 ve 5. fıkrasındaki düzenlemelerin birlikte değerlendirileceği maddeden anlaşılmamaktadır. 5. fıkra tüm çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçuna ilişkin düzenlemedir. Maddenin bu düzenleniş şekliyle uygulamada sorunlar açması kaçınılmazdır.

F. Cezanın Ağırlaşmasına Neden Olan Nitelikli Haller

102. maddenin 3. fıkrası cinsel saldırı suçunun temel şeklinin ve nitelikli halinin ağırlatıcı nedenlerini göstermektedir.⁷⁶ Bu hallerin varlığı halinde suçun işlenmesindeki ve mağdurun direncini kırmadaki kolaylık ve failin

⁷⁶ Öztürk, 102. maddede iki ayrı düzenleme olduğu için "suçun" ağırlatıcı nedenlerinden söz ederken hangi suçun kastedildiğinin anlaşılmadığı görüşündedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144.

mağdur üzerinde nüfuz ve güce sahip olması göz önünde tutularak ağırlatıcı neden uygulanmaktadır.⁷⁷

1. Mağdurun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Olması Hali

Mağdurun bedenlen veya ruh bakımından cinsel saldırı fiiline direnemeyecek durumda olması ve failin bu durumu bilmesi gerekmektedir.

765 sayılı TCK m. 416/1' de fiilin akıl veya beden hastalığından dolayı fiile direnemeyecek mağdura karşı işlenmesinden söz edilmektedir. 5237 sayılı TCK'daki bu düzenleme, "akıl hastalığı" gibi bir ölçüt getirmediğinden, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeye nazaran daha kapsamlıdır. 765 sayılı TCK'da 416/1' de düzenlenen failin fiilinden başka sebepten dolayı fiile direnemeyecek bir halde bulunan mağdura karşı fiilin işlenmesi hali de bu madde kapsamında ele alınmalıdır.

Bağırarak, yardım istemek, failin geldiğinin görülmesi, duyulması karşısında tedbir almak direnmek anlamında olduğundan;⁷⁸ görme özürülü veya sağır dilsizlere karşı cinsel saldırının olması halinde, mağdur kendisini savunamayacak durumda sayılmalıdır. Mağdur, içinde bulunduğu bir elemenden dolayı ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olabilir. Mağdurun anlama ve kavrama yeteneğindeki eksiklik, herkesin sözüne inanma gibi hallerin varlığı da mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durum olarak değerlendirilmelidir. Tüm bu hallerin varlığının tespiti bir uzman tarafından yapılmalıdır. Kanımca, mağdurun iradi sarhoşluk veya uyuşturucu madde kullanmış olduğu halde cinsel saldırıda bulunulursa, failin sorumluluğunu tespitite bu ağırlatıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağı somut olayda değerlendirilmelidir.

2. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanıldığı Haller

Kanun koyucu, failin kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması halinde daha ağır ceza öngörmektedir. Öğretide

⁷⁷ 765 sayılı TCK m. 417, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarındaki ağırlatıcı nedenleri düzenlemiştir. Buna göre; "Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır."

⁷⁸ Otacı, s. 27.

kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması halinin düzenlenmemesi, bir eksiklik olarak belirtilmişti.⁷⁹

Fail, eğitim ve öğretim görevi ile yükümlü kişi olabileceği gibi, mağdurla veya mağdurun yanında oturduğu bir yakınıyla veya mağdurun içinde bulunduğu yatılı bir kurumla hizmet ilişkisi içinde bulunabilir. Önemli olan bu görevin ve hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıkla fiilin işlenmiş olmasıdır.

3. Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi Hali

Kanun koyucunun böyle bir ağırlatıcı neden kabul etmesinin nedeni, hısımlık ilişkisinden dolayı mağdurla olan yakınlığın bu suçu işlemede kolaylık sağlaması ve mağdur üzerindeki nüfuz ve güce sahip olması ve mağdurun faile duyduğu güvenin kötüye kullanılmasıdır.

4. Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Hali

Cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.⁸⁰ Ancak kanımca, birden fazla fail, aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlerse, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak ağırlatıcı neden uygulanmalıdır.⁸¹

Fiilin silahla işlenmesi hali de ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. TCK m. 6/1-f'ye göre silah deyiminden, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler,

⁷⁹ Soyaslan, s. 364.

⁸⁰ Bkz., 102. maddenin gerekçesi. Irza geçme ve irza tasaddi suçlarında ferî maddi iştirak hallerinde bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ferî maddi şerikin olay yerinde bulunması gerektiği gibi, manevi iştirak şekillerinde bu ağırlatıcı nedenin uygulanmayacağı ileri sürülmekteydi. Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 344.

⁸¹ Irza geçme ve irza tasaddi suçları bakımından Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde olup, öğretilerde de Nuhoğlu, (s. 624); Artuk - Gökçen - Yenidünya'da (s. 842) bu görüşte olmakla birlikte, Tezcan - Erdem (*Ceza Özel*, s. 344) bu ağırlatıcı nedenin ancak mağdurun direncinin kırılmasına etkisi olan asli ve ferî maddi iştirak durumlarında uygulanabileceğini belirtmektedir.

saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılacağından fiilin bunları kullanmak suretiyle işlenmesi halinde failin cezası artırılabacaktır.

5. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri; 1. Mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması hali (m. 102/5),⁸² 2. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hali.⁸³ Bu hallerin varlığı daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (m. 102/6).⁸⁴ 765 sayılı TCK'nın 418. maddesinde düzenlenen Yargıtay tarafından kızlık zarının yırtılması halinde uygulanan "*fiilin mağdurun mayubiyetini*⁸⁵ *müstelzim bulunması*" hali öğretide⁸⁶ ve kadın sivil toplum kuruluşlarınca eleştirilmiş, 5237 sayılı TCK'da isabetli olarak bu hükme yer verilmemiştir.

Kişi cinsel saldırı suçunu işlerken eylemi, kastettiği neticeden başka, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü gibi bir neticeye neden olmaktadır. Meydana gelen bu ağır neticeye failin cinsel saldırı fiilinin sebebiyet vermesi gerekir.⁸⁷ Bu durumda faili bu neticelerden sorumlu tutabilmek için, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir. TCK m. 23'e göre, cinsel saldırı suçunun failinin bu neticelerden sorumlu tutulabilmesi; failin, bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesine bağlıdır. Failin bu ağır neticelerin ortaya çıkacağını öngördüğü durumlarda ise, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket ettiği için bu ağır neticelerden sorumlu tutulacaktır.

⁸² TCK m. 102/5'a göre; "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

⁸³ TCK m. 102/6'a göre; "Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

⁸⁴ 765 sayılı TCK'nın 418. maddesine göre; "Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir. (f. 1) Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya malüiyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur (f. 2)."

⁸⁵ Önder mayubiyeti, bir uzvun fizyolojik fonksiyonuna herhangi bir halel gelmeden uzun, estetik, güzellik ve şeklinin bozulması olarak tanımlanmaktadır. Önder, s. 478.

⁸⁶ Nuhoğlu, s. 627-628.

⁸⁷ Özgenç, İzzet - Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 192.

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, daha ağır bir ceza öngörülmekle birlikte, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin ölçüt uygulamaya bırakılmıştır.⁸⁸ Her cinsel saldırı suçunda doğal olarak mağdurun psikolojik bir travmaya maruz kaldığı göz önünde tutulduğunda,⁸⁹ mağdurun ruh sağlığındaki bozukluğun tespiti için hakim uzman görüşünden yararlanacak, belki de uygulamada yaralama suçlarında olduğu gibi kısa süreli, geçici gibi ölçüt-lere gereksinim duyulacaktır.

G. Soruşturma ve Kovuşturma

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur. Suçun nitelikli hali ise resen kovuşturulur. Ancak suçun nitelikli halinde mağdur eş olduğunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlıdır.

V. CİNSEL TACİZ SUÇU

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu,⁹⁰ 765 sayılı TCK'nın 421 maddesindeki suç⁹¹ karşılık olarak düzenlenmiş olup, 421. maddede geçen "söz atma ve sarkıntılıkta bulunma" ifadeleri yerine "cinsel amaçlı taciz" kavramına yer verilmiştir.⁹² Suç Amerikan

⁸⁸ Öztürk' de haklı olarak psikolojik bozukluğun ölçüsünün akıl hastalığı mı olduğunu sormaktadır. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144.

⁸⁹ Ayrıca aynı doğrultuda Aydın'da, maddi fiilin beden ve ruh rahatsızlığını doğurması gerektiğini belirterek bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 145.

⁹⁰ TCK Madde 105. - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir.

(2) Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

⁹¹ 765 s. TCK m. 421'e göre; "Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür."

⁹² 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı 321. madde de hem söz atma, sarkıntılık hem de cinsel tacizden söz edilmekteydi. "Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya üç yüz elli milyon liradan bir milyar liraya

hukukunda öteden beri var olan ve 1994 Fransız Ceza Kanunu'nda da yer verilen "cinsel taciz" suçunu tanımlamaktadır.⁹³ "Cinsel Taciz" başlıklı Fransız Ceza Kanunu'nun 222-33 maddesine göre, "görevinin verdiği yetkiyi kullanarak emir, tehdit veya maddi cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezasına mahkum olur."⁹⁴ Ancak Fransız Ceza Kanunu'nun bu hükmü, suçun nitelikli hali olarak belirlenen 105/2 maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme içermektedir.⁹⁵ 2003 TCK Tasarısı m. 321/3'de mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi, söz atma ve sarkıntılık fiillerinin cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklini alması biçiminde tanımlanmış ve söz atma ve sarkıntılık suçlarının ağırlatıcı nedeni olarak öngörülmüştür.

Cinsel tacizi düzenleyen TCK m. 105/1'de cinsel taciz suçu açıkça tanımlanmamış, ancak eylemin cinsel amaçlı taciz şeklinde olacağı belirtilmiştir. Oysa, ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi için, kanunilik ilkesinin yanında kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve seçik olması gerekir ki belirlilik ilkesi denen bu ilke, hangi insan davranışının suç oluşturduğunu belirleyen kanun metinlerinin çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde formüle edilmesini gerektirir.⁹⁶

765 sayılı TCK'da da söz atma ve sarkıntılık eylemleri tanımlanmamış, öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi kavramı ve farklılıkları tanımlanmış idi.⁹⁷ Cinsel taciz, maddenin gerek-

kadar ağır para cezası verilir. Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller, mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklinde olursa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır."

⁹³ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı m. 321'in gerekçesi.

⁹⁴ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 826.

⁹⁵ Öztürk'de cinsel tacizin aslında literatürde ve Avrupa, Amerika uygulamasında 2. fıkradaki düzenleme olduğunu belirtmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144; Cinsel taciz suçunun İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemeleri için bkz., Nuhoğlu, s. 638-639.

⁹⁶ Özgenç - Şahin, s. 21-22.

⁹⁷ Y. CGK, 24.12.1990 tarihli 343/361 kararında "Sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Fail ile mağdurenin vücutlarının teması şart değildir. Islık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırtışıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Tasaddi ise mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme katı taşımayan, devamlılık gösteren

çesinde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Öğretide ise; “Cinsel taciz, birey ve bireylerin edep ve iffetlerine yönelik rahatsız edici nitelikte hareketlerdir.” şeklinde tanımlanmakta, bu tanımdan yola çıkılarak, cinsel taciz kavramına söz atmaktan ırza tecavüze kadar birey ve bireyleri cinsiyeti ile ilgili rahatsız eden her türlü davranışın girdiği belirtilmektedir.⁹⁸ Ancak Kanun’un cinsel saldırı suçunu ayrıca düzenlediği göz önünde tutulduğunda,⁹⁹ cinsel tacizin bu kadar genişletilemeyeceği açık olup, cinsel arzuları tatmin için bir kimsenin cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız edilmesi cinsel taciz anlamındadır.¹⁰⁰

B. Cinsel Taciz Suçunun Temel Şekli

1. Fail ve Mağdur

105. madde, bu suçun faili ve mağduruna ilişkin özel bir düzenleme getirmemektedir. Cinsel taciz suçunun faili kadın veya erkek olabileceği gibi, maddede “bir kimseyi”¹⁰¹ cinsel amaçlı taciz eden denildiğinden, mağduru da kadın veya erkek olabilir.¹⁰² Bu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir.

şehevî hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, şehevî hislerinin tatmini için süreklilik arz eden hareketlerde bulunmaktadır.”, s. 502-503 Sanıkların birlikte yazıp evinin kapısının altından atarak mağdureye ulaştırdıkları mektup ile ekindeki resimlerin bir defada olması karşısında eylemlerin söz atma yerine sarkıntılık olarak kabulüyle hükümlülüklerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (Y. 4. CD, 9.10.2002, 12216/14621). “Bursa’ya geldiğin zaman seninle buluşmak istiyorum, beni bu kartla bulurun” diyerek kartvizitini veren sanığın eylemi söz atma suçunu oluşturur (8.6.2004, 2003/5889, 20003/4691). Bu konudaki kararlar için bkz., Meran, s. 502-507.

⁹⁸ Artuk - Gökçen - Yenidünya’ya göre; “Cinsel taciz kavramına birey ve kamunun edep ve iffetine yönelik bir eylem oluşturan söz atma, sarkıntılık suçu (TCK 421); mağdurla bedeni teması gerektiren, cinsi münasebet derecesine varmayan bir takım şehvani hareketler olan ve sarkıntılık fiilinden daha ileri bir hal teşkil eden “ırza tasaddi” eylemi de (TCK 415, 416) mağdurun rahatını kaçırdığından “cinsel taciz” kavramı içinde mütalaa edilmelidir. “Biriyle onun rızası hilafına normal veya anormal yoldan cinsi münasebette bulunmak şeklinde tanımladığımız “ırza geçme” eylemi (TCK 415, 416) bu fiile muhatap edeni rahatsız ettiğinden cinsel tacizin en ağır şekli sayılmalıdır. “alenen hayasızca vaz’u hareket” eylemi (m. 419) toplumun cinsel nitelikteki utanç duygusuna saldırı oluşturduğundan cinsel taciz sayılır. Cinsel taciz kavramına 8. babın dışında kalan edebe muhalif hareketler suçu da (TCK 576) girer.” Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 826-827.

2. Maddi Unsur

Suçun oluşabilmesi için, vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayacak şekilde cinsel amaçlı davranışlarda bulunmak gerekmektedir. Bu madde 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde düzenlenen suça karşılık olarak düzenlendiğinden, söz atma ve bedeni temas şeklinde gerçekleşmeyen sarkıntılık fiili cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.¹⁰³ Önemli olan eylemin cinsel amaçlı olarak yapılmasıdır. Örneğin; birine cinsel ilişki teklifinde bulunmak,¹⁰⁴ kişiyi ısrarla takip ederek cinsel içerikli söz atmak, cinsel organını göstermek¹⁰⁵ cinsel taciz suçunu oluşturur.

TCK m. 105. maddenin gerekçesinde ise cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde tanımlandığından, gerekçedeki hem "*cinsel davranış*" hem de "*ahlak temizliğine aykırı*" kavramları tartışmaya açıktır.

Cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği açık olmadığı gibi,¹⁰⁶ cinsel davranış modelinin temelinde belirli bir zamanda ve belirli bir yerde geçerli olan ahlaksal yargı bulunmaktadır. Ancak ahlaksal yargı, duygusal kökenlidir ve dolayısıyla görelidir.¹⁰⁷ Madde de fiilin cinsel amaçlı

⁹⁹ Ünver'e göre; Tasaddi ve sarkıntılık dışında taciz eylemi özel bir suç haline getirilmemelidir. Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 56-57. Öztürk'de madde hakkında görüşünü "Cinsel taciz, cinsel amaçlı taciz eden ne demek?" demek suretiyle bildirmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144.

¹⁰⁰ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı'nın 321. maddesinde cinsel tacizle birlikte söz atma ve sarkıntılık suçları düzenlenmiş, maddenin gerekçesinde ise söz atma ve sarkıntılık, öğreti ve uygulama doğrultusunda tanımlanmıştır. "Söz atma" ve "Sarkıntılık" cinsel tacizdir. Maddede yer alan "Söz atma" fiili, cinsel taciz içeren sözlü saldırı durumudur. Söz atma, sarkıntılık derecesine varmayan, sadece sözle gerçekleştirilen yani süreklilik göstermeyen saldırılardır. Sözler bir defa söylenmekle kalmayıp devamlılık gösterir yani tekrarlanırsa ya da fiili temasa yönelirse fiili sarkıntılık olarak nitelendirmek gerekir. Cinsel taciz, bir kişiye karşı onun rızasına aykırı olarak söz ve hareketle cinsel bütünlüğüne saldırı oluşturacak surette ve cinsel tecavüz veya cinsel bütünlüğe tasaddi suçuna veya bunların teşebbüsüne varmayacak hareketlerden oluşur."

¹⁰¹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, Cinsel tacizin belirli bir kimseye yönelmesinin zorunlu olmadığı görüşündedir. Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 827.

¹⁰² 765 s. TCK'nın 421. maddesinde de failden hiç söz edilmemekte ancak mağdurun kadın ve genç erkek olacağı belirtilmekteydi. Maddedeki "genç" deyimini, Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.2002, 39/35 sayılı kararıyla madde metninden çıkarıldığı için, fiil kadın veya erkeğe karşı işlenebilir.

¹⁰³ "Sanık TCK'nın 547. maddesi uygulanarak cezalandırılmışsa da; uyuyan bir kadının yorganını açarak onun rengini vücut ahengini şehvi bir zevkle sanığın eylemi sarkıntılıktır. Sarkıntılık için bu kadının genç bir erkeğin tenine, vücuduna el do-

olmasından söz edilirken, madde gerekçesinde fiilin “cinsel davranış”larla gerçekleştirileceği şeklindeki açıklama yerinde değildir. Örneğin; mağdura buluşmayı öneren bir mektup yazılması fiilin cinsel amaçlı olabileceği söylenebilirse de cinsel davranış olduğu söylenemez.

“Ahlak temizliğine aykırı” kavramı belirsiz bir kavramdır. Cinsel konularda “ahlak” genel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlak, edep, iffet veya “ahlak temizliği” gibi devamlı hareket halinde olan ve değişen kavramlara müspet bir hukuk kuralını oturtmak oldukça güçtür ve bunun doğruluğu hususunda da kuşkuyla hareket etmek gerekir.¹⁰⁸ Ahlaklığın hukuksal değer karakterinin ne olduğu sorusu araştırılırken cinsel ahlakın yapısı dikkate alınmalı, ahlaklılığın her nesil için aynı geçerlilikte, kapsamda ve yapıda olmadığı bilinmelidir. Genelde konuşma dilinde ahlaklılıktan söz edilirken cinsel davranışlar hatırlanır da, bu her zaman kastedilen şeyi karşılamaz. Hukukçularca cinsel ahlak diye adlandırılan şey yalın ahlaki bir iddiayı mı içerdiği, bunun genel ahlakın bir parçası mı olduğu veya bu ifadenin yanlış mı olduğu sorgulanmalıdır.¹⁰⁹ Kanımca, belirsiz bir kavram olan ahlaklılık, görecelidir. Ahlak anlayışı, her toplumun kültürel yapısına göre ve kişinin ahlak bilincinin sosyalleşme süreciyle birlikte geliştiği¹¹⁰ göz önüne alındığında hatta kişiye ve zamana göre değişiklik gösterecektir. Örneğin; “ayna tutma” veya “bıyık bükme” gibi bir davranış, bir toplumda ahlak temizliğine aykırı olarak kabul edilebilecekken diğer bir toplum için böyle algılanmayabilir. Bir davranışın “ahlak temizliğine aykırı” olup olmadığı bu düzenleme karşısında uygulamada şekil alacaktır ancak bunun uygulamada ne kadar birlik yaratacağı ise tartışılır.¹¹¹ Burada failin

kundurmuş olması şart değildir.” (CGK, 25.12.1961, 24/24), bu karar ve sarkıntılık suçu hakkında diğer kararlar için bkz., Otacı, s. 152.

¹⁰⁴ Bir kadına karşı cinsi münasebet teklifinde bulunmak, sarkıntılık niteliğindedir. (CGK, 9.5.1977,1786202), Otacı, s. 151.

¹⁰⁵ “Sanığın mağdureyi ısrarlı biçimde takip ederek söz atması sırnaşıkça hal alan eylemleri, sarkıntılık suçunu oluşturur. (Y. 5. CD, 11.5.1994,1322/1649), bkz., Otacı, s. 158; “Sanığın kızgınlık sonucu olsa da cinsel organını şikayetçiye göstermesi, hakaret değil sarkıntılık sayılmalıdır.” (Y. 5. CD, 4.4.1984, 1272/1394), bkz., Otacı, s. 164.

¹⁰⁶ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü; Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 308.*

¹⁰⁷ Can, s. 303, dnp. 39.

¹⁰⁸ Yarsuvat, Duygun, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, s. 648 ve 663.

¹⁰⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 1028.

¹¹⁰ Can, s. 303.

¹¹¹ Sosyal örgütlenme biçimleri farklı olan toplumların bireyleri, cinsel davranışları açısından birbirlerinden ne ölçüde farklıysalar, aynı toplum içerisindeki değişik sosyal

cinsel taciz suçundan sorumluluğu belirlenirken, TCK m. 4/2'deki "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." hükmünün önemi de ortaya çıkmaktadır. Kişinin cezai sorumluluğu için, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olması gerekeceğinden ve hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacağından, tüm suçlar için genel bir prensip olan bu husus özellikle kişinin cinsel taciz suçundan sorumluluğunda önem arz etmektedir.

Cinsel taciz oluşturan eylemin, vücuda temas etmemesi gerekir. Cinsel taciz, cinsel saldırı suçu veya cinsel saldırı suçuna teşebbüse varmayacak eylemlerden oluşur. Cinsel amaçlı eylem, sözle, yazıyla ve bedensel hareketlerle gerçekleştirilebilir. Eylem doğrudan mağdura yönelik olmalıdır.¹¹² Mağdurdan başkasına yapılan hareketler cinsel taciz suçunu değil şartları varsa hakaret suçunu oluşturur.¹¹³

3. Manevi Unsur

Suç ancak kasten işlenebilir. Genel kast yanında suçun oluşması için özel kast da aranmıştır. Bu da; failin cinsel amaçlı olarak hareket etmesidir. Failin, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışları ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız edecek hareketleri bilerek ve isteyerek cinsel amaçlı olarak yapacaktır.¹¹⁴ Hakim davranışın cinsel amaçlı olup olmadığını, somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

sınıfların, grupların, bölgelerin bireyleri de birbirinden aynı ölçüde ayrılmaktadırlar. Can, s. 303.

¹¹² "Sanık A. Y'nin cinsel organı görülecek şekilde külotlu iken müştekiye bakıp cinsel organını okşamak şeklinde tezahür eden eylemini, belli kişi hedef alınarak yapılmış bulunması nedeniyle TCK'nın 42172. maddede tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde TCK'nın 419. maddesiyle hüküm kurulması" Y. 5. CD, 18.09.2001, 9069/5061, Meran, s. 505.

¹¹³ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 869.

¹¹⁴ Öğretide Artuk - Gökçen - Yenidünya'nın cinsel taciz fiilinde mutlaka cinsel bir saikin, onu harekete geçiren şehvi duygusunun bulunmasına ihtiyaç olmadığı yolundaki tespitleri, kanımca cinsel tacize verdikleri anlamla ilgili olup, kanunun açık düzenlemesi karşısında cinsel taciz suçunda cinsel saikin aranmayacağından söz edilemez. Bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 827.

C. Cinsel Taciz Suçunun Nitelikli Hali

105. maddenin 2. fıkrasında, cinsel taciz suçunun nitelikli halleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.¹¹⁵ Böylece çalışanların işyerlerinde karşılaştığı cinsel tacize açıkça TCK'da ilk kez yer verilmiş bulunmaktadır.¹¹⁶

Bu fiillerin mağdurun hüküm ve nüfuzu altında ya da iş yerinde; emrinde ya da birlikte çalıştığı bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinin ağırlaştırıcı neden sayılmasının sebebi, failin eylemini yineleme olanağına sahip olması ve hüküm ve nüfuzun yarattığı mağdur üzerindeki psikolojik baskı nedeni ile bu fiilleri daha kolay işleyebilmesidir. Bu suçun nitelikli halinin oluşması için cinsel taciz niteliği taşıyan fiilin bir kere yapılması yeterli olup, süreklilik aranmaz.

Cinsel taciz suçunun nitelikli halinde fail, mağdur ile hiyerarşi veya hizmet ilişkisi olan kişi ya da mağdurla aynı iş yerinde çalışan kişi olması gerekmektedir. Bu nedenle okul ya da yatılı bir kurumda kalan öğrencilere karşı gerçekleştirilen veya evdeki hizmetçiye karşı gerçekleştirilen cinsel taciz eylemleri suçun nitelikli halini oluşturur.

Cinsel taciz suçunun temel şeklinde üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, suçun nitelikli halinde cinsel tacizi oluşturan fiil nedeniyle, mağdur işini terk etmek zorunda kalmış ise verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağı belirtilerek mağdur daha fazla korunmuştur.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Suça Teşebbüs

Cinsel taciz suçuna teşebbüs mümkündür. Kişi işlemeyi kastettiği cinsel taciz suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da

¹¹⁵ Öğretide Ünver, okul, işyeri gibi yerlerdeki cinsel taciz eylemlerinin ayrı bir suç olarak değil, sarkıntılığın bir ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği belirtmektedir. Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 56-57.

¹¹⁶ TCK m. 417'de irza geçme ve irza tasaddi suçlarında ağırlatıcı nedenler arasında sayılan "hüküm ve nüfuz sahibi kişiler" in sayılması suretiyle, failin işyerinde çalışma gibi nedenlerle mağduru egemenliği altına alabilecek veya onu etkileyebilecek bir durumda olması halinde daha ağır ceza öngörülmüştü. Ancak bu düzenleme söz atma ve sarkıntılık suçlarını kapsamamaktadır.

elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayabilir. Örneğin; kişinin yazdığı aşk mektuplarının mağdurun eline ulaşmaması veya mağdureye el kol işaretlemleri ile birlikte olma isteğini belirtirken başkaları tarafından engellendiği için hareketlerine devam edememesi örneklerinde olduğu gibi fail suçun icrasına başlamış ancak suç teşebbüs derecesinde kalmış olabilir.

Bu suçta gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36).

2. İştirak

Bu suçta iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür. Örneğin; cinsel amaçlı oluşunu bildiği mektubu muhatabına ulaştıran kimse yardım etmeden sorumludur.

3. İçtima

Cinsel taciz suçu değişik zamanlarda aynı kişiye birden fazla olarak, aynı suç işleme kararıyla işlenmişse zincirleme suç söz konusu olup tek bir cezaya hükmedilir, ancak bu ceza arttırılarak verilir (TCK m. 43/1).¹¹⁷ TCK m. 43/2'e göre, aynı suç birden fazla kişiye karşı tek bir fiile işlenmişse de zincirleme suç söz konusudur. Bu durumda cinsel taciz suçunu oluşturacak bir fiilin birden fazla kişiye karşı yönelmesi durumunda da tek bir cezaya hükmedilecek ancak ceza arttırılacaktır. Örneğin; failin cinsel organını birden fazla kişiye göstermesi durumunda, her bir mağdur bakımından ayrı cinsel taciz suçları değil, bir cinsel taciz suçu oluşur.

Cinsel taciz suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Örneğin; önce kardeşine sonra ablasına cinsel ilişkide bulunma teklifinde bulunma örneğinde ablaya karşı ve kardeşe karşı ayrı ayrı cinsel taciz suçunun varlığı söz konusu olup, olayda cezaların içtimaî hükümleri uygulanır.

¹¹⁷ Yargıtay'ın sarkıntılık suçuna ilişkin bir kararına göre; "Sanığın kısa aralıklarda, telefon açtığı müştekiye " seni seviyorum, evlenmek istiyorum" diye söylemekten ibaret eyleminin tümüyle sarkıntılık suçunu oluşturduğu ve bu haliyle bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeden TCK'nın 421/2 maddesiyle tayin olunan cezanın ayrıca 80. madde ile artırılması" bozmayı gerektirmiştir. (Y. 5. CD, 28.11.2002, 2100/8108), bkz., Meran, s. 503.

Bir kişi, aynı suç işleme kararıyla bir kimseyi cinsel amaçlı taciz etse, daha sonraki bir zamanda tacizde bulunduğu, suçun mağduru ile arasında hiyerarşik bir ilişki kurulsun, bu hiyerarşiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak fail tekrar cinsel tacizde bulunursa, TCK m. 43/1'e göre; bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından, aynı cinsel taciz suçunun birden fazla işlenmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda zincirleme uç hükümleri uygulanacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu düzenleyen 94. maddesinin¹¹⁸ 3. fıkrasına göre; *"Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". "İşkence olarak bir kişiye insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiilleri de içerir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır."*¹¹⁹ Burada TCK 94/3'de suçun ağırlaştırıcı halinin söz konusu olabilmesi için *"Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi"* denildiğinden, cinsel tacizin süreklilik arz eder şekilde sistematik ve belli bir süreç içinde yapılması gerekecektir. Kamu görevlisi, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak işkence fiilini uyguladığı kişiyi rahatsız edici cinsel davranışlarda bulunacaktır. Örneğin kamu görevlisinin işkencede bulunduğu kişiye *"Bu akşam seninle birlikte olalım"* demesi yetmeyecek, sistematik olarak ve belli bir süreç içinde hareketlerin tekrarlaması gerekecektir. Cinsel tacizi oluşturacak hareketler, aynı olmayıp farklı hareketler olsa bile önemli olan fiilin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi ve bu durumda kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etki ve kişide aşağılanma duygusu oluşturmasıdır. TCK 94/3'de bileşik suç söz konusu olup, içtima hükümleri uygulanmaz. Bir başka deyişle, cinsel taciz şeklinde hareketlerle işkencenin gerçekleştirilmesi durumunda failin sorumluluğu TCK m. 94/3'e göre olup, ayrıca bir de cinsel taciz fiilinden (m. 105) dolayı sorumlu tutulacaktır.

¹¹⁸ TCK m. 94'e göre; *" Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*

¹¹⁹ TCK 94. maddenin gerekçesi .

Cinsel taciz suçunun cezasına baktığımızda 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası iken, işkence suçunu oluşturacak fiilin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde 10 yıldan 15 yıla kadar bir hapis cezası öngörülmüştür. Kanun koyucu burada işkence suçunun mağdurunu koruma kaygısıyla kanımca, cinsel taciz suçu ile işkencenin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halindeki cezalar karşılaştırıldığında oldukça ağır bir ceza öngörmüştür.

E. Soruşturma ve Kovuşturma

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır.¹²⁰ Suçtan zarar gören kişi, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fiilin ve failin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren 6 ay içinde (TCK m.73), 5271 sayılı CMK m. 158’de gösterilen makamlara şikayette bulunacaktır.

VI. SONUÇ

- 5237 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, esas itibariyle kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle, TCK’nun 2. Kitabı’nın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirilmiş, 765 sayılı TCK’da geçen ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramlarına yer verilmemiştir.

- Cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardandır. 765 sayılı TCK’da bu suçlar “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” babında düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK’da bu sistematiikten vazgeçilmesi, bu suçlarda korunan hukuksal değerlerin bireyin cinsel dokunulmazlığı olduğunu göstermesi bakımından, bu suçların kanunda düzenleniş yeri isabetlidir. Böylece ceza kanunu tarafından bireylerin cinsel özgürlüğüne yönelik eylemler cezalandırılarak koruma sağlanmıştır.

¹²⁰ TCK Kadın Çalışma Grubu, “TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri”nde, işyerinde cinsel tacizin, kişinin iş hayatını tehdit eden ve çalışma hakkını ihlal eden ciddi bir suç olduğu, mağdur hükmü ve nüfuzu altında bulunduğu kişi tarafından veya işyerinde tacize uğradığı takdirde, şikayeti işini veya konumunu tehdit edebileceğinden, suçun kovuşturulması ve soruşturmasının şikayete bağlı olmaması gerektiği belirtilmektedir.

• 5237 sayılı TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunda, 765 sayılı TCK’nın 414, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarına yer verilmektedir. 765 sayılı TCK’daki sarkıntılık suçunun cinsel saldırının kapsamında değerlendirilmesi, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkün olduğu ve ayrıca cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğu için yerinde olmuştur. Ayrıca bu düzenleme ile, uygulamada eylemi söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi şeklindeki nitelendirmedeki zorluk da giderilmiştir.

• Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde (m. 102/1), cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cinsel saldırının nitelikli halinde (m. 102/2) ise cinsel arzularını tatmini amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır. Ancak TCK 102/2’de her ne kadar maddenin tümünden ve gerekçesinden nitelikli hal olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, 102’deki eylemin cinsel arzuları tatmin amacının aranmaması karşısında bu şekliyle m. 102/2’de ayrı bir suç düzenlenip düzenlenmediği açık değildir.

• TCK m. 102/2’de “vücuda” ve “bir organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle” denildiği ve eylemin cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması aranmadığı için; bir kimsenin ağzına cop veya şişe sokulması örneğinde cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleştiğinden söz etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu göz önünde tutulduğunda maddenin sair bir cismin oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmin amacı aranmalıydı. Uygulamada bu sorunu gidermek için, failin 102/2’den sorumluluğu için organın vücuda anal, vajinal ya da oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmini amacının aranmaması, yine bir cismin vajinal ya da anal yoldan sokulmasında da cinsel arzuları tatmini amacının aranmaması, ancak bir cismin oral yoldan sokulmasında maddenin tümü değerlendirilerek cinsel amaçlı olması aranması şeklinde bir çözüme gidilmesi olasılığı söz konusudur. Ancak bunun kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

• Evlilik içi rıza dışı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesi, evliliğin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı anlayışını önlemek bakımından yerinde olmuştur. Kanımca, sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuksal değer aynı olduğu ve bazen cinsel saldırının temel şeklinin nitelikli halinden mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce, eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmeliydi.

• Yetişkinine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için getirilen ölçüt, kullanılan cebirin “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde” olmasıdır (m. 102/4). Cinsel istismar suçunda ise failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için getirilen ölçüt ise, suçun işlenmesi sırasında başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halidir (TCK m. 103/5). Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu bakımından failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için getirilen ölçütteki farklılık çelişki arz etmektedir.

• Cinsel taciz, bir kimsenin cinsel arzularını tatmin için bir başkasını, cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız etmesidir.

• TCK m. 105. maddenin gerekçesinde ise cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Gerekçede belirtilen “*ahlak temizliğine aykırı*” kavramı belirsizdir. Kanımca, ahlaklılık, göreceli bir kavram olup, her toplumun kültürel yapısına göre ve kişinin ahlak bilincinin sosyalleşme süreciyle birlikte geliştiği göz önüne alındığında hatta kişiye ve zamana göre değişiklik göstereceğinden, bir davranışın “*ahlak temizliğine aykırı*” olup olmadığı uygulamada şekil alacaktır ancak bunun uygulamada ne kadar birlik yaratacağı ise tartışılır. Ayrıca failin cinsel taciz suçundan sorumluluğu belirlenirken, TCK m. 4/2’deki “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*”. Hükmü, özellikle kişinin cinsel taciz suçundan sorumluluğunda önem arz edecektir.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2004.
- Artuk, M. Emin - Yenidünya, Caner, "Evlilik İçinde Irza Geçme", *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999.
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004.
- Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" *HPD*, s. 2, Sonbahar 2004.
- Bafra, Jale, "Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü", *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 69, s. 10-11-12.
- Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.
- Centel, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan*, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Bası, İstanbul 1983.
- Galatasaray Üniversitesi, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Yarsuvat ,Duygun - Bayraktar, Köksal - Yüzbaşıoğlu, Necmi..., *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Nuhoğlu, Ayşe, "Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar", *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004.
- Meran, Necati, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.
- Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2000.
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul 1994.
- Özek, Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul 1999.
- Özgenç, İzzet - Şahin, *Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001.

Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.

Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2002.

Selçuk, Sami, *Kızlık Bozma Suçu*, Ankara 1996.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2002.

TCK Kadın Çalışma Grubu, "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri", bkz., <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

TCK Tasarı 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarı Metni.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan; "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002.

Toroslu, Nevzat, "Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977.

Türkiye Barolar Birliği, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004*, Ankara.

Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.

Ünver, Yener, "Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi", İstanbul 2003.

Ünver, Yener, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", *Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı*, İstanbul 2001.

Yarsuvat, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", *İHFM* 1964, c. XXX, s. 1-2.

Yarsuvat Duygun, "Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Güney DİNÇ*

I. İNSAN HAKLARI HUKUKU VE DENGE

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller çevresinde oluşan hukukun belirgin özelliği, kamu otoritesinin üstünlüğünü pekiştiren ayrıcalıklı hukuk anlayışından uzaklaşarak bireysel hakların önem kazandığı özgürlükçü bir kamu düzenine yöneliştir. Hukukun “*baskın taraf*” egemenliği yerine “*denge*” anlayışını öne çıkarması, oldukça yeni ve son derece heyecan verici bir gelişmedir.

Sözleşme’de, “*silahların eşitliği*” sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. bendindeki “... *hakkaniyete uygun* ...” yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumları sonucunda “*silahların eşitliği*” ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur.

Mahkeme kararları, bu iki sözcüğe yargısal işlemlerin niteliklerini açıklayan çok çeşitli anlamlar yüklemiş bulunmaktadır.

Yargılamada “*eşitlik*” denildiği zaman, ilk anımsanan çekişmeli yargılama oluyor. Çekişmeli yargılama ancak, karşıtların birlikteliği ile gerçekleşebiliyor. Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. bendine göre karşıtlar, ceza yargılamasında kendisine bir suç yüklenen kişi ile, onu suçlayan kamu görevlisi ya da suçtan etkilenen bir başka kişi oluyor. “*Medeni ve hukuki uyumsuzluklar*”ın karşıtları ise, davacılar ve davalılar. Bu karşıtlardan birisi hiç varolmaz veya davanın yanı konumunda bulunmazsa, kamu adına yürütülen işlem bir mahkemece sonuçlandırılrsa dahi, orada çekişmeli yargılamanın varlığından söz edilemez.

* İzmir Barosu üyesi.

Silahların eşitliği deyimi, yargılamanın niteliğini de belirliyor. Silahlar savaş araçlarıdır. Yargılama ise, bireysel ve kitlesel savaşları önlemeyi amaçlıyor. Çelişkili gibi görülebilen bu anlatım, yanların, yargılama sürecindeki etkinliklerini vurguluyor. Çoğu zaman, çetin bir yarışmanın yürütüldüğü çekişmeli yargılamada, yanların sunum ve yönlendirmelerinin önemi üzerinde duruluyor. Yerine göre, uslu sanık, anlayışlı avukat, özverili davacı görünüşleri mahkemeler önünde bilinçli tutumlar olarak sergilenebilir. Ancak onlardan, savunma hak ve olanaklarından ödün vererek karşıtlarıyla ya da mahkeme ile işbirliği içerisine girmeleri beklenemez. Yanlar, açık ve kesin biçimde kendi istemleri ile mahkeme önündeki etkinliklerinin bir bölümünü uygulamama kararlılığı içerisine girmedikleri sürece, savunma hakları kısıtlanamaz.

Bu anlayış yargılama sürecinde mahkemelerin konumunu da belirliyor. Yanları etkisiz bırakan geleneksel yargılama yöntemleri, yargıçları mahkemelerin sahipleri durumuna getirmiştir. Mahkemelerde yargıçların elinde toplanan yönetim ve karar egemenliği, giderek önyargılı yaklaşımların da kaynağı olmuştur. Osmanlı'dan günümüze yansıyan, "*mahkeme kadiya mülk değildir*", özdeyişi, kolaycılığa kaçan bencil yargılama alışkanlıklarının bir eleştirisidir.

Silahların eşitliği kuramı, yanların etkinliğini arttırarak mahkemeleri daha bir yansız ve bağımsız konuma yönlendirmiştir. Kamu adına yürütülen yargılamanın adil, verilecek kararların doğru olabilmesi için, yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından yanlar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

II. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

AİHS, 6. maddede adları anılan hak ve güvenceler açısından olduğu gibi, genelde de adil yargılanma olgusunu eşitlik kavramı üzerine oturtmuştur. 1. bentte sözü edilen "*... kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından ... makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette ...*" yargılanmak, uyuşmazlığın tüm yanları için geçerli olan ortak kuraldır. Eşitlik, bu düzenlemelerin doğasında vardır. 3. bentte yer alan kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda anladığı dilde ayrıntılı biçimde bilgilendirilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak, savunman edinmek, eğer akçalı olanakları yeterli gelmiyorsa ücreti kamu eliyle ödenen bir savunmanın yardımından yararlanmak, iddia tanıklarını sorgulamak, kendi tanıklarını da aynı koşullarda mahkemeye getirip dinlenilmesini sağlamak, duruşmada kullanılan dili anlamıyorsa, üç-

retsiz bir çevirmenin yardımından yararlanmak, yargılanan sanıkların hak ve olanaklarını, onları suçlayan organ veya kişilerle aynı konuma getirip eşitliği gerçekleştirmek için öngörülen yöntemlerdir. Sözleşme’de tek tek sayılan bu hakların dışındaki diğer konularda da yargılama dengelerinin kurulması, AİHM’nin silahların eşitliği doğrultusunda geliştirdiği ilkesel kararlarla sürdürülmektedir. Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, mahkeme kararlarında, “eşitlik”, “karşılıklık”, “orantılılık” gibi sözcüklerle anlatılmaktadır.

Mahkeme’ye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan “hakkaniyet”in en önemli gereği, taraflar arasında “silahların eşitliği”, diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. (Del court/Belçika 1970, Monnel ve Morris/İngiltere 1987, Ekbatani/İsveç 1988) Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyumsuzluğun niteliğine göre değişimler göstermektedir. Örneğin; yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargılama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır.

III. CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU’NA GÖRE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Kamu adına suç yönelten organ ile suçlanan kişinin gerek ön soruşturma gerekse mahkeme önündeki yargılama aşamalarında CMUK’a göre sahip oldukları hak ve yetkilerin karşılaştırılması, yasal açıdan silahların eşitliği ilkesinin ne oranda önemsendiğini ortaya koyacaktır. Hukuksal belgelerdeki hakların işlerliği ise, uygulamadaki sonuçlarına göre değerlendirilecektir.

1. Başsavcılık Tebliğnamesi

Türkiye’de ve Avrupa’da başsavcılık tebliğnamelerinin AİHM kararları ile geçirdiği evrim, Avrupa Konseyi’ne üye bütün ülkelerin ulusal hukuklarını etkilemiştir. Bu konuda yürütülen hukuksal tartışmalar, silahların

eşitliği kuramının daha iyi anlaşılacak, benzer alanlarda da uygulanıp çeşitlenmesine katkıda bulunmuştur. Önce Türkiye'deki gelişmelere kısaca değineceğiz.

a. Türkiye'deki İşleyiş

Ceza mahkemelerinde kimi zaman yargıçlar ve savcılar, aynı kürsüyü paylaşmanın alışkanlıklarından da yararlanarak birlikte hareket ettiklerini izlemekteyiz. Sonuçlanma aşamasına gelen davalarda duruşma salonunun boşaltılarak, yargıç ve savcının biraz sonra açıklanacak olan kararın ayrıntılarını birlikte tartıştıkları görülebilmektedir. Bu tür uygulamalar, özellikle avukatları tedirgin eder. Yargılama sürecinden dışlandıkları ve savunma çabalarının boşa gittiği inancına kapılırlar.

Yargıtay'daki yerleşik uygulama, savunmanın etkinliği açısından daha da önemli sakıncalar içermektedir. Ceza davalarının Yargıtay'daki incelenmesi sırasında duruşmaların nasıl yapılacağı, CMUK'un 319. maddesinde aşağıda yazılı olduğu biçimde düzenlenmiştir.

“Yargıtay'da duruşma raportör tarafından işin açıklaması ile başlar. Bu azanın duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ile dosyaya koymuş olması lazımdır.

Raportör üyenin açıklamasını müteakip Cumhuriyet Başsavcısı, sanık ve müdafî iddialarını beyan ve bunları izah için söz alırlar. Bunlar arasında temyizi talep etmiş olan taraf önce dinlenir. Son söz sanıktır.”

CMUK'da, duruşma açılmayan durumlarda Yargıtay incelemesinin hangi koşullarda yürütüleceği, sanıklarla nasıl ve ne tür iletişim kurulacağı konularında herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Yargıtay'da duruşma yapılmayan davalarda, sanıkların gelişmeleri izleme olanağı bulunmamaktadır. Yargısal işlemlerin belli bir takvimi yoktur. Temyiz edilen dava dosyasının, tebliğnamenin hazırlanması için Başsavcılıkta ne kadar süre bekleyeceği, karar için Mahkeme'ye ne zaman gönderileceği, hangi oturumda temyiz isteminin karara bağlanacağı, ilgililerce izlenip bilinmemektedir.

Aşağıda açıklayacağımız AİHM'nin M. Göç/Türkiye kararının uygulanması amacıyla 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle CMUK'da gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlanıp, dava dosyasının yerel mahkemeye

gönderilmesinden sonra, Başsavcılık Tebliğnamesi'nin içeriğini öğrenebilmekteydiler. Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu.

b. Avrupa İnsan Hakları Yargısı'ndan Örnekler

Savcılığın ceza davalarındaki konumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ilk kez 1970 yılında Delcourt-Belçika davasında tartışıldı. Yerel mahkemede çeşitli cezalara çarptırılan Emile Delcourt adındaki sanığın 1965 yılında Belçika Yargıtay'ındaki duruşmasında Başsavcı, tüm temyiz istemlerinin reddi ve mahkumiyet kararının onanması doğrultusunda görüş bildirmişti. Avukatının gelmediği duruşmada Delcourt, kendi savunmasını yapmak zorunda kalmıştı.

Duruşmadan sonra karar vermek üzere başka bir salona geçen yargıçların arasında Başsavcı da bulunuyordu. Belçika'da 1815 yılından beri yürürlükte olan bir Kraliyet Kararnamesi'ne göre; Başsavcı, oy hakkı olmaksızın Yargıtay yargıçlarının karar öncesindeki tartışmalarına katılıp görüşlerini açıklayabiliyordu. Bu duruşmadan iki yıl sonra, 10 Ekim 1967'de yürürlüğe giren Yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 1109. maddesinde de aynı işleyiş sürdürülmüştü.

İç hukuk yollarının tükenmesinden sonra Delcourt, Başsavcı'nın Yargıtay'daki tartışmalara katılıp görüş bildirmesinin savunma hakkına ve özellikle "silahların eşitliği" ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu. Başsavcı'nın Yargıtay'a verdiği görüşlerden bilgisi olmadığını, son sözün kendisine tanınmadığını ileri sürerek AİHS'nin 6. maddesinin 1. bendinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının çiğnendiğine karar verilmesini istedi.

Komisyon'un kabul edilirlilik kararının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyuşmazlığı sonuçlandıran 17 Ocak 1970 günlü ve 11 sayılı kararını verdi.

AİHM'nin yorumuna göre; "Yargıtay Başsavcılığı, kovuşturma yapmadığı, dava açmadığı, davacı niteliğine sahip olmadığı için, mahkeme önünde taraf olarak kabul edilemez. Yargıtay Başsavcılığı ile alt mahkemelerdeki savcılıklar, birbirinden farklı kurumlardır. Ancak yasalara ve uygulamaya bakıldığında, bu farklı işleyişin kolayca ayırımına varılamamaktadır. Görünümü nedeniyle kimi sanıkların Başsavcılığı kendilerinin karşıtı gibi algılamaları ve özellikle Yargıtay'ın kapalı oturumundaki tartışmalara katıldığını izleyince, böylesi kuşkulara kapılmaları doğaldır.

Bu yapılanmaya yüzeysel olarak bakıldığında 'adaletin özde yerine getirilmesi yeterli değildir, görüntüde de adalet yerine getirilmelidir' biçimindeki özdeyişe uyulmadığı sonucuna varılabilir. Ancak bu durum, tartışılan olayda adil yargılanma hakkının çiğnendiği anlamına gelmemektedir.

Yargıtay Başsavcılığı bağımsız bir kurum olduğundan, Başsavcılık'tan bir savcının Yargıtay müzakeresinde yer alması, Yargıtay'ın bağımsızlığını ve yansızlığını olumsuz yönde etkilemez.

Yargıtay Başsavcılığı tarafından duruşmanın sonucunda sunulan tebliğname-nin önceden taraflara verilmemesi, başsavcılık görevinin özelliği ile açıklanabilir.

Sözleşme'nin 6. maddesi, Belçika'nın en yüksek mahkemesine bağlı olan, ona yardım ve danışmanlık görevi yapan bağımsız bir kurumun tümüyle hukuksal nitelikteki görüşlerine sanık tarafından yanıt verilmesini anımsatma yoluyla bile gerekli kılmamaktadır."

Böylece Emile Delcourt'un çok haklı nedenlere dayanan başvurusu, şaşırtıcı gerekçelerle reddedilmiş oluyordu.

Eğer bu anlayış günümüzde de geçerliliğini sürdürseydi, Strasbourg yargısı güvenilirliğini ve yaratıcılığını büyük ölçüde yitirebilirdi. Delcourt/Belçika kararını izleyen gelişmeler, çağdaş hukukun, feodalizm kalıntısı durağan kurumlarla birlikte yürütülemeyeceğini belgelemesi bakımından önem taşıyor AİHM, yanlış kararından aşamalı bir biçimde dönerek, doğru ilkelere yönelmekte gecikmedi.

AİHM, 2 Mart 1978 günü sonuçlanan Monnel ve Morris/İngiltere davasında ise konuyu eşit temsil olgusu kapsamında değerlendirdi ve aşağıdaki kararı verdi; "Üst mahkemeye yapılan başvuru üzerine yürütülen kısa yargılama sürecinde iddia makamı da yer almadığından, bu yargılamada başvurucunun veya avukatının bulunmaması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir."

Bu süreç içinde, Pakelli/Almanya davası önemli bir başlangıç oluşturuyor. Almanya'da işçi olarak çalışırken, bir suç nedeniyle tutuklanıp yargılanan Lütfi Pakelli'ye yerel mahkemedeki ceza davası sırasında adli yardım yoluyla avukat atanmıştı. Verilen hapis cezası kadar tutuklu kalan Pakelli, kararın kesinleşmesini beklemeden Türkiye'ye döndü.

Pakelli'nin Yargıtay'daki duruşma için, giderleri devletçe karşılanmak üzere avukat istemi ise, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 350. maddesinin 2 ve 3. bentlerine dayanılarak; tutuksuz sanığa Yargıtay'daki duruşma için avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddedildi.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne kadar taşınan bu uyuşmazlıkta Pakelli'nin, savunmasını yapmak üzere Yargıtay'daki duruşmaya katılabileceği gibi, dilerse, giderlerini kendi ödeyeceği bir avukatın yardımından da yararlanabileceği, Türkiye'de yaşamasının ise, yasal koşulları değiştirecek bir neden olmadığı görüşüne varıldı. Avukatının ve kendisinin bulunmadığı duruşmadan sonra Yargıtay, Pakelli'nin cezasını onadı.

AIHM'nin 25 Nisan 1983 tarihinde sonuçlanan Pakelli/Almanya kararında, araştırmamızı doğrudan ilgilendiren aşağıdaki gerekçeler yer aldı:

"Bu dava, Federal Mahkeme'nin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu ender uyuşmazlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşmalı inceleme yapılmaktadır. Pakelli'nin temyiz gerekçelerinin kabul edilebilir nitelikte görülmesi, Federal Mahkeme'yi sözel yargılama yöntemini benimsemeye zorlamıştır.

Federal Mahkeme eğer duruşma kararı vermeseydi, savcılık yazılı açıklama sunmakla yetinecek, bunun bir örneği de sanığa iletilecekti. Böylece sanık, temyiz aşamasında savcılığın görüşlerini öğrenip yanıtlama olanağını bulacaktı. Sözel yargılama yönteminin benimsendiği bu davada, başvuruçuya savcının duruşmada açıkladığı savlarını inceleyip, tartışmak fırsatının verilmesi gerekiyordu. Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın, sanığa savunman atanmaması, davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte önemli bir eksikliklerdir. Yargıtay incelemesi duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yürütülseydi, yanlar arasındaki eşitlik bozulmayacağından, dava, belki de başvuruçunun istemleri doğrultusunda sonuçlanabilirdi."

AIHM, Yargıtay'daki sözel yargılama aşamasında Pakelli'ye ücreti devletçe karşılanacak bir avukatın atanmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/c bendine aykırı düştüğüne karar verdi. Bu sonuç nedeniyle, olayın bir kez de 6. maddenin 1. bendi kapsamında değerlendirilmesine gerek görülmedi.

Pakelli/Almanya kararı, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılama- larla Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlama olanağının tanınması gereğini ortaya koyduğu gibi, duruşmalı incelemelerde sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlama hakkına sahip bulduklarını benimsemiş oluyordu.

Brandstetter/Avusturya Davası'nın 28.8.1991 günlü kararında da AIHM, çekişmeli yargılamanın, iddia ve savunmanın diğer tarafın verdiği görüşler ve gösterdikleri kanıtlar hakkında yorum ve açıklama belirtme olanağına sahip bulunmaları gerektiğinden, iç hukukta çeşitli biçimde

kullanılabilecek bu imkandan, dava konusu olayda iddia makamının verdiği mütalaayı başvuru hukukunun bilememesi nedeniyle çekişmeli yargılama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı.

AİHM 22 Haziran 1993 günlü Borgers/Belçika kararında tebliğname konusunu, adil yargılanma hakkının temelinde bulunan “silahların eşitliği” ve “çekişmeli yargı” ilkeleri kapsamında değerlendirdi. Yargılamada “... görünüme yüklenen önem ve halkın adil yargılanma güvencelerine karşı artan duyarlılığı ışığında başvurucuya, kamu adına görev yapan savcılığın mütalaasını yanıtlama olanağının sağlanmamasını”, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlali olarak niteledi.

Kararın gerekçesine, “özellikle Başsavcı’nın Yargıtay yargıçlarının karar vermeden önceki müzakerelerine katılmasının savunma ile iddia arasındaki eşitsizliği arttırması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlali olduğu...” belirtildi.

Böylece, Delcourt/Belçika kararının sakıncaları, yine Belçika uygulamalarından kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle büyük ölçüde giderilmiş oluyordu. Aynı konudaki son iki örnek de Türkiye’den geldi. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, İncal/Türkiye davasının 25 Şubat 1997 günlü ve 22678/93 sayılı sonuç raporunda, yerel mahkemece verilen hapis cezasının Yargıtay’da duruşma açılmaksızın onanmasına ilişkin Türkiye’deki yerleşik uygulamayı değerlendirdi. Komisyon raporunda; “... kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki yanların, yargıçların verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile olsa, yargıca sunulan tüm kanıt ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları ...” gerektiği belirtildi. “Yargıtay’daki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri (CMUK), Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çekişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtlama hakkının tanınması gerektiği ...” üzerinde duruldu. “Başvuru konusu olayda ise, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık Tebliğnamesi’ne karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşme’nin 6/1. maddesi ile güvence altında tutulan ve adil yargılanmanın temel öğelerinden olan karşıt konumdakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı düştüğü” yargısına varıldı. Strasbourg Yargısı’nın önceki yapılanmasına göre son kararı vermek durumunda bulunan AİHM ise, aynı başvuru nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin yapılanmasını ve TCK 312/2. maddesine dayanan mahkumiyet kararını Sözleşme ihlali olarak nitelendiğinden, diğer bir çok başvuruda yaptığı gibi, bu saptamalarla yetinerek, ayrıca “Yargıtay’da izlenen yöntemsel süreçle ilgili ...” istemlerin karara bağlanmasına gerek görmedi.

AIHM'nin bu konudaki son değerlendirmeleri de, Mehmet Göç/Türkiye kararında yer aldı. Ulusal yargı önündeki uyuşmazlık 466 sayılı Kanundışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa'ya dayanıyordu. 466 sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre, *"Mahkeme, Cumhuriyet Savcısı'nun yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını"* veriyor. Yargıtay aşamasında ise, CMUK'un genel kuralları uygulandığından, dosya üzerinden yürütülen incelemede, son söz Yargıtay Başsavcılığı'nın oluyor. Yasa'nın öngördüğü özel düzenlemeye göre, tazminat istemini içeren bir uyuşmazlık, adli ya da idari yargıya bırakılmaksızın ceza mahkemelerince incelenip karara bağlanıyor. Başvuru konusu olayda, yakınmacı ve Hazine, karşılıklı ve birbirlerinden habersiz olarak, Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını temyiz ediyorlar. Temyiz dilekçeleri karşı taraflara gönderilmediği gibi, Yargıtay Ceza Dairesi, Başsavcılığı'nın onama istemli tebliğnamesi doğrultusunda, her iki yanın temyiz istemlerini reddederek yerel mahkeme kararının onanmasına karar veriyor. AIHM'nin 9 Kasım 2000 günlü ve 36590/97 sayılı Göç/Türkiye kararında, bu işleyiş özetle şöyle değerlendirildi; *"Mahkeme, Başsavcı'nun tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvurucuya tebliğnameye karşı farklı bir görüş sunma olanağının sağlanmamasını, hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Hızlı bir süreç içerisinde çabuk sonuçlandırılması amaçlanan davalarda, ulusal yargılama düzeninin bağımsız bir üyesince ileri sürülmüş bile olsa (örneğin; Cumhuriyet Başsavcısı gibi) adil yargılanma hakkı, ilkesel olarak hukuk ya da ceza yargılamasının yanlarına, sunulan tüm görüşler ve gösterilen tüm kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorumda bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır."* Başvurucunun temyiz itirazlarının reddini isteyen *"Cumhuriyet Başsavcısı'nun Hazine'nin de temyiz isteklerinin reddi yolunda öneride bulunduğu bir gerçektir. Bu yansız yaklaşım, yerel mahkemece belirlenen tazminatı yetersiz bulan başvurucunun davasının Yargıtay aşamasında devam etmekte olduğu bir sırada, yanların silahlarının eşitlenmesi sonucunu getirmiştir. Aslında başvurucunun ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkına sahip olmadığı dikkate alınacak olursa, bu tür bir mütalaanın kendisine iletilmesi, adil yargılanmanın doğal gereğidir. Açıklanan nedenlerle başvurucu, Yargıtay önündeki yargılamada, başarı olanaklarını zayıflatacak her tür sunumdan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay'a sunduğu tebliğnamesinin başvurucuya tebliğ edilmemesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlalidir."* Tebliğname konusunda ihlali saptayan AIHM 4. Daire, 466 sayılı Yasa'ya göre tazminat istemlerinin yüz yüze ve sözel yargılama yapılmaksızın dosya üzerinden sonuçlandırılmasının Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı düştüğüne ilişkin başvurucu istemleri konusunda bir karar verilmesine gerek görmedi. 4. Daire'nin Kararı, Sözleşme'nin 73. maddesi doğrultusunda incelenmeye değer bulunan tarafların itirazlarının bir karara bağlanması için Büyük Kurul önüne getirildi. Büyük Kurul, duruşmalı

yapılan incelemeden sonra, 11.7.2002 günü açıkladığı kararında, 466 sayılı Yasa'nın duruşma yasağı koymasını, temyiz edilen davalarda başsavcılık tebliğnamesinin taraflara tebliğ olunmamasını oyçokluğu ile Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı buldu. AİHM Büyük Kurul Kararı, Türkiye için olduğu gibi, Avrupa Hukuku açısından da yenilik sayılabilecek bazı önemli saptama ve değerlendirmeler içeriyordu. Şöyle ki;

- Ulusal düzenlemelere göre Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülüp temyiz incelemesi Yargıtay Ceza Dairesi'nce sonuçlandırılan haksız tutuklama tazminatı davası, özü bakımından Sözleşme'nin 6/1. maddesinde tanımlanan *"medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili niza"* dır. Yani parasal içerikli bir hukuk uyuşmazlığıdır.

- Ağır Ceza Mahkemesi ve Yargıtay olayda yöntem kuralları olarak CMUK'ı uygulamışlardır. Davalı TC Hükümeti, ceza mahkemelerinde yürütülen bu davanın temyiz dilekçesinde, başvurusunun HUMK'a göre duruşma isteminde bulunmamasını iç hukukun uygulanışı açısından bir eksiklik olarak ileri sürmüştür. Büyük Kurul ise, her iki yasaya göre de başvurusunun duruşma isteminin yerine getirilmesinin anılan yasalarla yasaklanması nedeniyle oluşan hukuksal olanaksızlığın üzerinde durarak Sözleşme ihlalini saptamıştır.

- Her iki yanın da karşılıklı olarak bozma istemiyle temyiz ettikleri bir karar nedeniyle Yargıtay Başsavcılığı'nın onama istemli tebliğnamesi, iki yandan hiçbirinin görüşünü destekler nitelikte bulunmuyordu. Ancak onama istemi sonuçta başvurusunun beklentilerine aykırı düşen bir talepti. Sözleşme'nin kamu gücüne karşı bireyleri korumaya yönelik genel amaçları doğrultusunda, başvurucuya tebliğnameyi yanıtlama olanağı sağlanmaması, Sözleşme'ye aykırılık olarak nitelendi.

- Türkiye'deki işleyişe göre Yargıtay'daki çalışma takviminin belirsizliği nedeniyle İzmir'de bulunan başvurusunun 600 km. yolu aşır zaman zaman Ankara'ya gitse bile, Tebliğname'ye ulaşmasının çoğu kez olanaksızlığı ile birlikte, henüz elektronik posta ve benzeri yöntemlerin bulunmaması nedeniyle, davalı hükümetin bu doğrultudaki savunmaları yerinde bulunmadı. Türkiye'nin bireysel başvuru yolunu açmasından sonra AİHK'nın raporları ve AİHM kararları doğrultusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1992 yılından itibaren önemli değişimler gerçekleştirildi. Yakalama, gözaltına alma, tutuklama yöntem, koşul ve süreleri büyük ölçüde Sözleşme'nin 5. maddesiyle uyumlu durumlara getirildi. Suçlanan kişiye savunman atanması, yasak sorgulama yöntemlerinin belirlenmesi, savunmanın hak ve yetkilerinin genişletilmesi gibi konularda, Sözleşme'nin 6. maddesindeki hak ve güvenceler büyük ölçüde ulusal hukuka yansıtıldı.

Silahların eşitliği konusunda ise, yukarıda da belirttiğimiz M. Göç davası kararının ulusal hukuka uyarlanması amacıyla 11.1.2003 günü yürürlüğe giren 4778 sayılı Yasa ile CMUK'un 316. maddesine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamenin "*tarafalara*" tebliğ edileceğine ilişkin bir tümce eklendi. Ancak bu kısa anlatım, uygulamada bazı karışıklıklara neden oldu. CMUK'un 316. maddesi 27.3.2003'te yürürlüğe giren 4829 sayılı Yasa ile bir kez daha değiştirilerek, Tebliğname'nin "*... aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi*" durumunda, sanığa, davaya katılana, kişisel davacıya ve bu kişilerin savunmalarına gönderileceği belirtilerek açıklığa kavuşturuldu. Tebliğname'nin davanın yanlarına gönderilmesi, yalnız ilgilileri bilgilendirmekle sınırlı bulunmuyor. Amaç, yargılama sürecinde karşıt konumdaki yanlara tartışma ve birbirlerini yanıtlama olanağının sağlanması CMUK'un 316/3. maddesi, tebliğnameyi yanıtlama süresinin tebliğden itibaren yedi gün olduğunu belirtmekle bu konuyu da açıklamaya kavuşturmuş oluyor.

2. Hazırlık Soruşturması

Hazırlık soruşturması, Cumhuriyet Savcılarının mutlak egemenliği altında geçmektedir. Bir suç duyumu alması üzerine C. Savcısı'nın yapacağı işlemler, CMUK'un 153 ve 154. maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Savcılarının bu yetkilerini kullanırlarken, 54. maddeye göre tanıkların birbirleriyle ve sanıkla yüzleşmelerini önlemeleri, 59. maddeye göre tanıkları yemin vererek sorgulamaları (sonraki aşamalarda aynı tanığın tekrar dinlenmesi durumunda yemin verilmesine bile gerek bulunmuyor), 66. maddeye göre bilirkişi seçip soruşturma konusu suçla ilgili inceleme yaptırıp rapor almaları, 90. maddeye göre acele durumlarda arama ve elkoyma kararı verip bu kararları uygulatmaları, 92. maddeye göre telgraf, mektup gibi iletişim bilgi ve belgelerine aynı koşullarda el koymaları, genellikle sanığın ve avukatının yokluğunda kararlaştırılıp uygulanan işlemler olmaktadır. CMUK'un 162. maddesinde yer alan "*Bir keşif veya muayenenin yapılması sırasında sanık, mağdur ve müdafiler hazır bulunabilir.*" biçimindeki düzenlemenin, Cumhuriyet Savcısı'nın ve zabitanın acele işlerdeki yetkileri nedeniyle hazırlık soruşturması aşamasındaki işleyişi her zaman tartışma konusu olabilecektir. Çok sık ve parça parça değiştirilen yasanın büyük ölçüde bütünlüğü bozulduğundan, maddeler arasında uyum sağlamak oldukça güçleşmiştir. Bu koşullarda, 155. maddedeki, "*Cumhuriyet Savcısı ancak hakim tarafından yapılabilecek olan bir tahkik muamelesine lüzum görürse, taleplerini bu muamelelerin cereyan edeceği mahallin sulh hakimine bildirir.*" yolundaki düzenleme de, silahlarda eşitliğin sağlanmasına yeterli gelmeyecektir. Son

soruşturma sırasında değerlendirilecek olan en önemli kanıtların, sanığın ve avukatının katılımına olanak sağlanmayan yöntemlerle toplanması, bu sakıncaların sonraki yargılama aşamalarında da giderilememesi silahların eşitliği yönünden üzerinde durulması gereken sorunlardı

3. Son Soruşturma

Hazırlık soruşturması sırasında sanığın ve avukatının yokluğunda sağlanmış olabilen tanık anlatımları, bilirkişi raporları, el konulan belge ve araçlar gibi kanıtlarla olay bir biçimde çözüm aşamasına getirilmemişse, CMUK'un duruşmalı yargılama için öngördüğü yöntemler, büyük ölçüde silahların eşitliği ilkesine uygun görünmektedir. CMUK'un 213. maddesine göre mahkeme başkanının reddetmesine karşın, sanığın, gösterdiği tanık ve bilirkişileri mahkeme aracılığı ile duruşmaya çağırmaya ya da getirdiğinde dinletmeye yetkili bulunması, son derece demokratik bir düzenlemedir. Mahkeme kaleminde görevli memurlar, daha önce Başkan'ın dinlenilmesine karar verdiği tanıkları, sanığın ve avukatının istemi üzerine yazılı bildirim göndererek duruşmaya çağırarakla yükümlü bulunuyorlar. Yasa, mahkeme başkanına sanığın bu istemini uygulamamak gibi bir hak ve yetki tanımıyor. Tanıkların ve bilirkişinin savcı ve sanık tarafından karşılıklı olarak doğrudan sorgulanmalarını öngören 232. madde, yukarıda değindiğimiz 213. madde ile birlikte AİHS'nin 6/3 (d) maddesindeki adil yargılanma güvenceleri ile tam bir uyum içerisinde bulunuyor. Buna karşılık, 31. maddedeki, *"Davaya duruşma esnasındaki kararlar iki taraf dinlendikten ve duruşma haricindeki kararlar Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı veya şifahi mütalaası alındıktan sonra verilir"* 302. maddedeki, *"Kanunda yazılı olan haller müstesna olmak üzere itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Şu kadar ki icabında C. Savcısı dinlenir."* Biçimindeki düzenlemeler son sözün savcılara bırakılması nedeniyle silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayan yorumlara açık bulunmaktadır.

4. Uygulamanın Değerlendirilmesi

CMUK, insan hakları açısından çok fazla eleştirilmesi gereken bir yasa değildir. İleriye dönük yorumlarla, temel insan haklarına uyumlu bir işleyişe kavuşturulabilecek düzenlemeler içermektedir. Ancak uygulamayı izlediğimiz zaman, aynı görüşleri sürdüremiyoruz. Ulusal yasanın sözüne uygun düşen yukarıdaki açıklamalarımız, sanki bir başka ülkenin yasasından söz ediyormuşuz gibi anlamsız görülebilir. Yasalarla uygulama

arasında özüksenmesi olanaksız bir yabancılaşma oluşmuştur. AİHS'nin öngördüğü güvencelere koşut olarak sanığa, tanıklarını doğrudan mahkemeye getirip çapraz sorgulama olanağı sağlayan CMUK'un 213 ve 232. maddeleri, mahkemelerce adeta yok sayılmıştır. Temel hak ve özgürlükler demokratik ülkelerde genellikle yargı kararları ile çeşitlenip geliştirilmiştir. Türkiye'de ise bu süreç tersine işlemiştir. Yasada varolan haklar bile yeterince uygulanma olanağı bulamamıştır. Giderek doğrular unutulmuş, yanlışlar kural olmuştur. Yargılama adaletinin duruşma tutanağındaki düzene göre sınanması ise, bu olumsuzluğun başlıca nedenleri arasındadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi CMUK'un bir süreden beri AİHM kararları doğrultusunda düzeltilip yenilenmesi, geleceğe yönelik yeni bir tasarı hazırlanması, doğrudan yasal düzenlemelerden ileri gelebilecek sözleşme ihlallerini önlemeyi amaçlamaktadır. Yargı'nın da sorunların aşılmasında aynı doğrultuda özen ve çaba göstermesi gerekmektedir.

IV. HUKUK USULÜ MUHADEMELERİ KANUNU'NA GÖRE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

1. Genel Yaklaşım

Yüz yüze ve sözel yargılama yöntemlerinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde silahların eşitliği kuramı büyük sorunlarla karşılaşmadan uygulamaya konulabilmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da bu açılardan uygun düzenlemeler içermektedir. Yargılama sürecinde mahkemeleri devinime geçiren birinci etken, davacılar olmaktadır. İlk atağın davacıdan gelmesine karşın, HUMK'un 72. maddesine göre "*Hakim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez.*" Böylece davanın açılışından sonra, davalı yan da, yargılamanın sürekliliği bakımından davacıya paydaş konuma getirilmekte, 185. madde ile de karşılıklılık sağlanmaktadır. Her iki yanın dinlenilme hakkı ise, 73. maddede silahların eşitliği kuramına koşut olarak güvence altında bulundurulmaktadır. 73. maddeye göre, "*Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim, her iki tarafı istisna veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez.*" Bu maddenin uygulamadaki yansıması olarak yürütülen sözel yargılama aşamalarında iki oturum arasındaki gelişmeler yanların bilgilerine sunulmakta, karşılıklı tartışma olanakları açık tutulmaktadır. Duruşmalı yargılama doğru ve hakkaniyete uygun biçimde uygulandığı zaman, silahların eşitliği kuramının gerçekleştirilmesi açısından en uygun koşulları içeren bir yöntem olmaktadır. Dava dilekçesi ve bunu izleyen karşılıklı yanıtlar, sürelerde eşitlik, kanıtların bildirilmesi gibi konularda yanlar arasında ayrıcalıklı uygulamalara yol açabilecek dü-

zenlemelere HUMK'da rastlanılmamaktadır. HUMK'un 213. maddesine göre "tahkikat", 222. maddeye göre "hadise", 230. maddeye göre "isticvap" yanların katılımları ile çözümlenen yargılama aşamalarıdır. Yasa'nın 279. maddesindeki, bilirkişi, "diğer taraf hazır olmaksızın iki taraftan birini isticvap edemez ve bu cihet bilirkişiye evvel emirde ihbar olunur." biçimindeki buyurucu kuralı, silahların eşitliği ilkesine verilen önemin bir göstergesi olarak yorumlayabiliriz.

2. Uygulamada Silahların Eşitliği

CMUK'da olduğu gibi, HUMK da, AİHS'den yarım yüzyıl önce benimsenip uygulamaya konulan hukuk kurallarından esinlenerek ulusal hukukumuzda katılan yasalardır. Genel çatılarında önemli değişiklikler yapılmamıştır. HUMK'un tümünü konumuz açısından değerlendirecek değiliz. Buna gerek de bulunmuyor. Yasa'nın genel yönünü belirlemeye yardımcı olacak bazı kilometre taşlarını vurgulamakla yetindik. Görülüyor ki HUMK, yanların dinlenilme hakkı ile birlikte sav ve savunmalarının değerlendirilmesinde silahların eşitliğini ve bu olgunun yargılamanın tüm aşamalarında sürdürülmesini gerçekleştirecek bir yargılama düzenine açık bulunmaktadır. Elde böyle bir yasanın bulunması, yargılama hukuku açısından son derece önemli bir olanaktır. Ancak salt yasal düzenlemeler, silahların eşitliğini gerçekleştirmeye yeterli değildir. AİHM'nin Sözleşme'den esinlenerek karar gerekçelerinde çok sık yinelediği bir deyim bulunuyor: "Demokratik bir toplumun gerekleri". Başvuruları bu süzgeçten geçirdiği zaman, benzer ve birbirine yakın olaylarda farklı kararlar verdiği de görülebiliyor. Mahkeme, zorunlu olmadıkça nicel değerlerle çok fazla uğraşmıyor. İnsan hakları ihlalleriyle çelişmediği sürece ulusal yargılama yöntemlerini zorlama eğiliminde de bulunmuyor. Örneğin bilinen konutunda bulunmadığı için ilan yoluyla tebligat yapılan kişinin, kullandığı otomobille ezdiği kedinin ölümü nedeniyle sahibine giderim ödemek zorunda kalmasını Sözleşme'ye uygun bulabilir. Ulusal hukuka göre, konutu araştırılmış, bildirim gönderilmiş, bulunamayınca başkaca bir yöntem kalmadığından gazetede duyuru ile tebligat gerçekleşmiş sayılabilir.

Ancak yurtdışında uzun bir tatil geçirmeye giden çok varlıklı kişinin yokluğunda eşi ya da çocuğu tarafından ulusal hukuka göre geçerli sayılan tebliğler ve nedenlerle tüm malvarlığının elinden alınmasını öngören kesinleşmiş yargı kararını da, "demokratik bir toplumun gereklerine" aykırı bulabilir. Mahkeme, bu olayda nitelikle birlikte nicel ve daha önemlisi özel koşulların da gözetilmesi gerektiğini vurgulayarak, gereken özeni göstermeyen ulusal yargı kararının "orantısızlık" nedeniyle Sözleşme'ye aykırı

düştüğünü saptayabilir. Mahkeme'nin olası yaklaşımını sunabilmek için yukarıda verdiğimiz iki örnek de gerçek dışıdır. Ancak her olayı, kendi koşulları içerisinde değerlendiren Mahkeme'nin bu tutumu bir çelişki biçiminde algılanmamalıdır. HUMK'un 149. maddesine göre ulusal yargıcın aldığı "gizlilik" kararının, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendindeki gizlilik nedenlerine uygun düşmesi gerekir. Yargıcın, 150. maddeye dayanarak yanların sözlerini kesmesi, kısıtlaması, yargılamaya katılımlarını engellemesi, silahların eşitliği, orantılılık ve demokratik toplumların gerekleri ölçütlerinde sınanacak uygulamalar olacaktır. 150. maddeye göre duruşma salonundaki kişilerin tutuklanıp, yargılama sonucunda cezalandırılmaları, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendindeki mahkemelerin tarafsızlığı, 2. bentteki bireylerin suçsuzluk karinesi ve 3. bendindeki savunma olanaklarından yararlandırılma güvencelerine aykırı düşecektir. 151. maddeye göre, yanların sözlerini kendi anlatımları ile tutanağa yazdıramamaları, tanıkların dinlenilmesinde 266 ve 267. maddelere göre, yanların yöneltecekleri soruları yargıcın benimseyip benimsememesi ve 268. maddeye göre, yanlara tanıkları doğrudan sorgulama olanağını tanımaması, davanın sonucu üzerindeki etkileri gözetilerek silahların eşitliği kuramına ya da doğrudan 6. maddedeki adil yargılanma güvencelerine aykırı bulunabilir. Silahların eşitliği ile bağdaşmayan kurgular, gelecekte yararlanılmak üzere davanın yanlarınca birer tuzak olarak ta mahkemenin önüne getirilebilir. Savunma ve hak arama sürecinde eşitliğin ortadan kaldırılması eğer ulusal yasalardan ileri gelen bir sorun değilse, mahkemelerin ve yargıçların açık vermemek için bu konulara özen göstermeleri, kararları ile yanlar arasındaki dengeleri gözetmeleri gerekmektedir.

V. İDARİ YARGI'DA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

1. İdari Davaların Niteliği

AIHM adil yargılanma güvence ve ölçütlerini sağlamaları koşulu ile, ulusal mahkemelerdeki görev bölümünü çok fazla önemsememektedir. Sözleşme'nin korunması altındaki bir hakkın, adli ya da idari yargının görevine girmesi, yargılanma yöntem ve güvenceleri açısından farklı uygulamalara gerekçe gösterilemez. Belirleyici olan uyuşmazlığın konusunu oluşturan haktr.

Sözleşme, tüm hak ve özgürlükleri korumamaktadır. Kamu hizmetine girme, devlet memurluğu ve koşulları, disiplin suçları, yabancıların ülkeye girişleri ve sınır dışı edilmeleri, genel olarak sözleşme kapsamında değerlendirilmeyen uygulamalardır.

Buna karşılık, “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar*” deyimini, idari yargının da görev alanına giren bir çok uyuşmazlığı kapsamaktadır. Özelikle 1 Numaralı Protokol’ün 1. maddesinde tanımlanan mülkiyet hakkı, yargı kararları ile çok geniş bir uygulama alanı bularak, tüm parasal hakları içeren bir yaygınlığa ulaşmıştır:

Kiracılar derneği ödentisi (Langborger/İsveç 1989), içki ruhsatı (Tre Traktörer AB/İsveç 1989) şirket hisse senetleri (Bramelid ve Malmström/İsveç 1979), patent hakları (Smith Kline ve French Laboratories/Hollanda 1990), çarpışan gemilerle bağlantılı hasar tazminatı (Pressos Compania Naveira SA/Belçika 1995), sinemanın müşterileri (Latridis/Yunanistan 1999), mülkiyeti kanıtlanamayan Van Gogh tablosuna zilyetlik (Beyeler/İtalya 2000), avukat stajyerinin ücretsiz çalıştırılması (Van Der Mussak/Belçika 1983), imar planları ile getirilen geçici veya uzun süreli yapılaşma yasakları (Sporrong ve Lönnroth/İsveç 1982), (Allan Jakobsen/İsveç 1989), doğal sit kapsamına alınan taşınmaza getirilen kullanım sınırlamaları (Derlemaas/Hollanda 1991), benzin istasyonu işletme ruhsatı (Benthem/Hollanda 1985), mahkemece bir kitabın zor alımına karar verilmesi (Handyside/İngiltere 1976), kaçak altın sikkelerin zorunluluğu (Agosi/İngiltere 1986), kilise vergisi (Darby/İsveç 1990), itfaiye hizmetine katılım vergisi (Karlheinz Schmidt/Almanya 1994), taşınmaz kiralarna devletin müdahalesi (Mellacher ve diğerleri/Avusturya 1989), uçak ve gemi sanayinin millileştirilmesi (Lithgow ve diğerleri/İngiltere 1986), Meslek odalarına üye olma zorunluluğu getirilmesi Van Marle/Hollanda 1986), kamulaştırma işlemleri (Erkner ve Hofauer/Avusturya 1987) ve (Poiss/Avusturya 1987), özel yasa ile kişisel taşınmazlara kamulaştırma yapılmadan bedelsiz el konulması (Papamichaloupoulos/Yunanistan 1991), 1974 Kıbrıs müdahalesi nedeniyle taşınmazlarından yararlanamayan kişinin tazminat istemleri (Loizidou/Türkiye 1995, 1996, 1998), yüksek enflasyona karşın kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi (Akkuş/Türkiye 1997), (Aka/Türkiye 1998), hükümet güçlerinin konutları yakması (Selçuk ve Asker/Türkiye 1998), teşçil edilmiş marka (Anheuser-Busch/Portekiz 2003), emekli aylıkları (Müller/Avusturya 1997), haksız tutuklanan kişinin devletten tazminat istemi (Mehmet Göç/Türkiye 2002) medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar ve mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen uygulamalardan bazılarıdır.

Yukarıdaki örnekler, benzer türde daha pek çok davanın, mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilerek, “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili niza ...*” kavramı içerisinde yorumlanabileceğini göstermektedir. Bu davaların hangi mahkemelerde incelenip karara bağlanacakları konusu da AİHS açısından önemli değildir. Önemli olan, uyuşmazlığın yanlarının, adil yargılanma

güvencelerinden yararlandırılmalarıdır. Bu açıdan Danıştay'da ve İdare Mahkemeleri'nde görülen davaların çok büyük bir bölümü, doğrudan doğruya "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili" uyuşmazlıklardan oluşmakta ve Sözleşme'nin 6. maddesinin güvencesi altında bulunmaktadır.

2. Yargısal Süreç

AİHM'nin silahların eşitliği konusundaki ilk kararları ağırlıklı olarak ceza yargılamasıyla ilgilidir. Gelen başvuruların yönlendirmesi nedeniyle 1993 yılından itibaren hukuk davalarında ve idari uyuşmazlıklarda da silahların eşitliği ilkesi uygulama alanı buldu.

- Dombo Beheer/B. V./Hollanda, 1993 (Bir banka ile müşterisi arasında, ticari krediler nedeniyle oluşan uyuşmazlık,

- Bendemoun/Fransa, 1994 (Sanat ürünlerinin alım satımıyla uğraşan başvurucuya gümrük ve vergi dairelerince salınan vergi ve para cezaları nedeniyle idare mahkemesine açtığı davada, konuyla ilgili belgelere ulaşamadığı savları),

- Vande Hurk/Hollanda, 1994 (Avrupa Birliği kararları nedeniyle süt üretim kotaları daraltılan üretim çiftliği sahibinin idari organlara yaptığı itiraz ve başvuruların reddedilmesi),

- Hentrich/Fransa, 1994 (Kamu kurumundan koşullu olarak satın alınan tarım alanının bedeline ilişkin uyuşmazlık),

- Stran Greek Rafineres ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 1994 (Yunan Askeri Cunta yöneticileri ile bir petrol rafinerisi inşa etmek için anlaşmaya varan başvurucuların, sonuçlandırılmayan bu girişim için yaptıkları çalışma ve harcamalar nedeniyle demokrasiye dönüşten sonra, açtıkları tazminat davası),

- Schouten ve Meldrum/Hollanda, 1994 (Fizik Tedavi Merkezi işleten başvurucuların, çalıştırdıkları fizyoterapistlerin sigorta primlerini ödeme-meleri nedeniyle oluşan idari uyuşmazlık)

Yukarıda yalnız konularına ve adlarına değinmekle yetindiğimiz bu davalar, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar"dan oluşmaktadır. Davaların diğer bir ortak yönü de, AİHM kararlarında 1 Numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesine göre, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmeleridir. Bu ve benzeri türdeki davaların önemli bir bölümü, Türkiye'de idari yargının görev alanına girmektedir.

3. İdari Yargı'da Silahların Eşitliği Konusunda Çözülmesi Gereken Sorunlar

Bir davada, dosyaya sunulan ve sonucu etkileme olanağı bulunan tüm kanıtlara ulaşmak, bunları değerlendirip görüşlerini yargı yerine sunmak, davanın taraflarının "silahların eşitliği" ilkesi çerçevesinde Sözleşme ile korunan haklarıdır. Ulusal yargılama sürecinde yer alan bağımsız bir organdan da gelse, mahkemece verilecek kararı etkilemeyi amaçlayan her görüş ve istem, davanın yanlarına bildirilmeli, onlara bu istemleri yanıtlayıp yargıçlar önünde tartışma olanağı sağlanmalıdır. Özellikle duruşma açılmaksızın yürütülen davalarda, silahların eşitliği ilkesinin uygulanması, daha karmaşık sorunlara neden olabilmektedir. Bu ölçüler içinde, Türkiye'deki idari yargının işleyişinde, aşağıda değineceğimiz sakıncaların giderilmesi önem taşımaktadır

a. İdari Davaların Açılışı

İdari davalarda silahların eşitliği ilkesine aykırılıklar, davaların açılışı ile birlikte başlamaktadır. 2577 sayılı Yasa'nın "İdari Davaların Açılması" başlıklı 3. maddesinin 3. bendinde, "Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur." Böylece, davacı kanıtları, yasa ile öngörüldüğü için, davanın açılışıyla birlikte davalı idareye gönderilmektedir. Bu kurala aykırılık durumunda 15. madde uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilmektedir. Davalı idarenin yanıtlama koşulları ise, Yasa'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Davalının mahkemeye sundukları belgelerin birer örneğini davacıya gönderme yükümlülüğü bulunmamaktadır. 2577 sayılı Yasa'nın 16. maddesine 4001 sayılı Yasa ile eklenen 5. bende göre, "Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir." İşlem dosyalarının çok fazla belgeden oluşabileceği düşünülürse, bu dosyaların da davacıya iletilmemesi bir oranda haklı görülebilir. Ancak idareler en azından işlem dosyalarının içeriğini özetleyen "dizi pusulası" ile, mahkemeye sundukları dosyalar konusunda davacıyı bilgilendirmelidirler.

İdarelerin, birinci yanıtlarının ekinde işlem dosyalarını mahkemeye göndermemelerinin ise, yasada hiçbir yaptırım bulunmamaktadır. Davacının dava dilekçesi iptal edilirken, davalı idarelere mahkemece tekrar tekrar yazıldığı halde istenen belgeleri göndermemesi nedeniyle kendiliğinden işleyen bir hak kaybı yöntemi belirlenmemesi önemli bir eksiktir.

b. Mahkemelerin Kendiliğinden Kanıt Toplaması

2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin 1. bendine göre, "Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilir. Mahkemeler, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler."

20. maddenin öngördüğü işleyiş, gereksinim duyulan bilgi ve belgelerin genellikle davanın yanlarına da birer örneği gönderilen ara kararları ile istenilmesi biçiminde gerçekleşmektedir. Yanlar, mahkemenin sorularını ve yanıt için tanınan süreyi kendilerine ulaşan ara kararından öğrendikleri için, araştırmanın sonuçlarından dava dosyasını inceleyerek bilgi edinebilmektedirler.

Ancak zaman zaman idare mahkemeleri, hatta Danıştay daireleri ivedilik gerektiren araştırmalar için ara kararının tebliğine gerek duymaksızın, istemlerini bir soru yazısı ile ilgili yerlere iletebilmektedir. Gelen yanıt ayrıca yanlara bildirilmemektedir. Bu işleyiş sonucunda elde edilen kanıtların daha sonra verilecek karara dayanak yapılması durumunda, silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı kolaylıkla ileri sürülebilecektir.

2575 sayılı Yasa'nın 49/1. maddesinde de benzer bir yöntem öngörülmüştür. Yargı yerleri kendiliğinden kanıt toplayabilirler. Ancak bu kanıtların davanın yanlarına iletilmesi, onlara, bunları tartışıp değerlendirme olanağının sağlanması gerekmektedir.

c. Danıştay Savcısının Görüş ve Kanıt Sunması

Danıştay'da ilk ve son derece mahkemesi olarak görülen davalarda 2575 sayılı Yasa'nın 60/2. maddesi uyarınca, Danıştay Başsavcısı, incelediği dava dosyaları hakkındaki "görüşleri"ni, mahkemeye bildirmektedir.

Aynı Yasa'nın 61/1. maddesinde de, başsavcının görevlendirmesi doğrultusunda, savcıların dava dosyaları hakkındaki görüşlerini mahkemeye sunmaları öngörülmüştür.

Danıştay savcılarının raporları, gerek davaların nesnel koşulları, gerekse hukuksal değerlendirmeleri açısından son derece özenli araştırma ürünü olmaktadır. Sonuçta savcılar, temyiz isteminin ya da davanın kabulü veya reddi doğrultusunda görüş açıklıyor, istemde bulunuyorlar. Bu görüşlerin, yargıçları etkilememesi olanaksızdır. Danıştay Savcılığı, kamu adına mahkemeleri etkilemek amacıyla oluşturulmuş bir kurumdur.

Danıştay'daki incelemenin 2577 sayılı Yasa'nın 18/4. maddesinde öngörülen sözel ve yüz yüze yargılama düzeni içerisinde yürütülmesi, yanlara savcılık görüşünü yanıtlama olanağı vereceği için silahların eşitliği ilkesine aykırılık bir oranda giderilebilmektedir.

Ancak, duruşmasız yargılamada, savcının, 2575 sayılı Yasa'nın 61/1. maddesine göre kendiliğinden derlediği bilgi ve kanıtları da ekleyerek mahkemeye sunduğu görüşlerinin davanın yanlarıncı öğrenilip tartışılmasına olanak verilmeden yargılamanın sonuçlandırılması, Mehmet Göç/Türkiye kararının gerekçelerine göre, silahların eşitliği ilkesinin açık ihlalini oluşturacaktır.

d. Danıştay Savcısı'nın Danıştay'daki Duruşmaya Katılması

2577 sayılı Yasa'nın 18/4. maddesinde, Danıştay'da yanların katılacakları davalarda, savcının da bulunması zorunlu kılınmıştır. 2575 sayılı Yasa'nın 61/3. maddesinde ise, yargı yerleri önünde gerek görüldüğünde, Danıştay savcılarının görüşlerini sözlü olarak açıklayacakları yazılıdır. Böylece davanın yanlarının katılmadıkları karar toplantılarında, savcının da yer alması, düşüncelerini sözlü olarak açıklaması öngörülmüştür.

Bu işleyiş, Mehmet Göç/Türkiye Davası ile birlikte, Borgers/Belçika (1993) kararında yer alan gerekçeler nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin açık ihlali sonucunu vermektedir.

e. Danıştay Tetkik Hakimleri'nin "Talep"de Bulunmaları

2575 sayılı Yasa'nın 62. maddesinde Tetkik Hakimleri'nin görev ve yetkileri tanımlanmıştır. Tetkik Hakimi, Mahkeme'nin yardımcısı mı? Yoksa davanın taraflarından birisi mi?

62. maddenin 1. bendindeki "... kendilerine havale edilen işleri inceleyerek *daire veya görevli kurula gerekli açıklamaları yapmak*", mahkemeye yardım amacına yönelik bir tür raportörlük olmaktadır.

Ancak tümcenin devamındaki, "*Kendi düşünce ve görüşlerini sözlü ve yazılı olarak bildirirler*", biçimindeki anlatım Tetkik Hakimleri'nin konumunu değiştirmekte, çok farklı yerlere götürmektedir.

Nitekim duruşmalarda, tetkik yargıçları, raporlarını okumakta, duruşmasız sonuçlanan davalardaki istem ve görüşleri de, gerekçeleri ile birlikte

kararlara yazılmaktadır. Yaptıkları iş, raportörlüğün boyutlarını aşmaktadır. Bu işleyiş, Tetkik Hakimleri'ne görev yaptıkları daireden bağımsız ve kendi değerlendirmeleri doğrultusunda çalışan bir konum kazandırmıştır. Tetkik Hakimleri'nin dosyaları incelemekteki etkinlikleri Danıştay'da davaları olan yanlar ve kurumlar açısından önemli güvenceler oluşturabilir. Ancak sonuçta onlar da, savcılar gibi, davanın ya da temyiz isteminin kabulü veya reddi doğrultusunda görüş açıklıyor istemde bulunuyorlar.

Böylece tetkik hakimleri de karar verecek mahkeme önünde taraf konumuna düşüyorlar. Diğer görevlerini bir yana bırakırsak, davalardaki yerleri bakımından Danıştay savcıları ile aynı kurumsal işlevleri üstleniyorlar. Örneğin; yerel İdare Mahkemesi'nde tek bir birime karşı dava açan kişi, dosya Danıştay'a gönderildiğinde, mütalaaların içeriğine göre bir anda karşısında üç davalı bulabilmektedir. Hiç kuşkusuz bu işleyiş de silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Ya tetkik hakimlerinin istemde bulunmalarına son verilmeli, ya da bu istemler uygun bir süre tanınarak, karar öncesinde yanıtlanmak üzere taraflara gönderilmelidir.

f. İdari Yargı'da Tanık Dinlenmemesi

İdare mahkemeleri ve Danıştay'da tanık dinlenmemektedir. Bu uygulamanın hukuksal dayanağı bulunmamaktadır. 2577 sayılı Yasa'nın HUMK'a yollamalarda bulunduğu 31. maddesinde tanıklıktan söz edilmemesi kanımca yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. AİHS'nin 6. maddesinin 3/d bendinde, suçlama altındaki her sanığın, "... iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek ..." hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Mahkeme, tanık konusunu, iki ana başlık altında değerlendirmektedir; "Tanıkları Dinleme Hakkı" ve "Tanıkları Sorgulama Hakkı" Eğer tanıkların dinletilmesinde başarı sağlanamıyorsa, onlara soru yöneltme olanağı da kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. bendi, "Sanık" güvencelerini kapsamaktadır. Böylece tanıklarla ilgili düzenlemenin ceza davalarıyla sınırlı kaldığı, diğer davalara yönelik olarak genişletilemeyeceği izlenimi doğmaktadır.

Ancak Mahkeme'nin silahların eşitliği ilkesinden yola çıkarak 1993 yılında sonuçlandırdığı Dombó Beheer B. V./Hollanda kararı, bu kuşkuvarı sonuçlandırmıştır. AİHM'ye göre; "Her davada adil yargılamanın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini takdir etmek, ulusal mahkemelerin görevidir.

Sözleşmeciler devletlerin hukuk davalarında 'adil yargılanma konusunda ceza davalarına göre daha geniş bir takdir yetkisi olmasına karşın, davanın tarafları

arasında 'adil denge'nin gereği olarak 'silahların eşitliği' ilkesi, her iki tarafa da, diğer taraf karşısında zayıf durumda kalmaması için kendi görüş ve kanıtlarını sunma olanağını tanımaktadır. Olayda davalı bankanın tanığı dinlenmişken başvurucunun birinci elden bilgi sunacak tanığının dinlenilmemesi, silahların eşitliği ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlalidir."

İdari yargı kendisi tanık dinlemediği halde, işlem dosyasındaki davalı idarenin ajanları eliyle saptanan tanık anlatımlarına dayanarak karar verebilmektedir. Soruşturmayı açtıran kişi veya organın görevlendirdiği muhakkik, soruşturmacı adı verilen kamu personeli, teftiş kurulu üyesi müfettişler, soruşturulan kişiyi sorumluluk altında bırakabilen pek çok tanığı yemin vererek dinlemektedirler. Soruşturulanın tanık dinletme istemini ise, tutanaklara bile geçirmemektedirler. İşlem dosyasındaki tanık anlatımlarının karar üzerinde etkili olduğu durumlarda, davacının tanık dinletme isteminin kabul edilmemesi "*Silahların Eşitliği*" ilkesine temelden aykırı düşecektir.

Türkiye'nin idari yargılama yöntemlerinin saptanmasında, Fransız Danıştay'ın önemli etkileri olmuştur. Oysa günümüzde, Fransız Danıştay'ı da içtihat değişikliği yaparak idari davalarda tanık dinleme yolunu açmıştır. Yargılama yasalarının değişmesini beklemeden Türkiye'de de aynı yöntemle bu sakıncayı giderme olanağı vardır.

4. İdari Yargılama Yöntemlerine İlişkin Öneriler

Dosyaya sunulan kararı etkileyebilecek tüm bilgilere ulaşmak, bağımsız bir kamu organından da gelse yargıçları yönlendirmeyi amaçlayan önerileri yanıtlama olanağına sahip olmak, idari yargıda görülen "... medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklarda ..." tarafların ve özellikle davacıların, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin güvencesi altında bulunan hakları arasında yer almaktadır.

Konuya bu açıdan bakıldığında, Danıştay'da ilk ve son derece mahkemesi olarak duruşmasız incelenen davalarda 2575 sayılı Yasa'nın 60/1, 61/1 ve 3. maddeleri uyarınca Danıştay Başsavcısı'nın ve savcılarının mahkemeye sundukları istemlerinin, 62/1. maddeye göre Tetkik Hakimleri'nin görüşlerinin, yanıtlayabilmeleri için uygun bir süre belirlenerek taraflara gönderilmemesi, Sözleşme'nin 6/1 maddesindeki güvencelerle bağdaşmamaktadır.

2575 sayılı Yasa'nın 61/2. maddesine göre Danıştay savcısının kendiliğinden edindiği kanıtları mahkemeye sunması durumunda, davanın

yanlarına gönderilip yanıtlama olanağı verilmeden bu kanıtların karara dayanak yapılması yasal açıdan önlenmelidir.

2575 sayılı Yasa'nın 61/3. maddesine göre Danıştay savcısının mahkeme ve kurullar önünde dinlenilmesine gerek görüldüğü durumlarda, bu olanak davanın yanlarına da tanınmalıdır. İdari yargı yasal temeli bulunmayan tanık dinlememe konusundaki direngenliğine son vermelidir. İdari yargılama yasaları, mahkemelerin kendiliğinden kanıt toplamalarını olanaklı kılmaktadır. Bu doğaldır, ancak mahkemelerce elde edilen kanıtların davanın yanlarıncı bilinip tartışılmadan kararlara dayanarak yapılması, adil yargılanma ilkesine aykırıdır. 2575 sayılı Yasa'nın 61/2, 49/1 ve 2577 sayılı Yasa'nın 20/1. maddeleri uyarınca mahkemelerce getirilen bilgi ve belgelerin davanın yanlarıncı değerlendirilmesi sağlanmadan mahkemelerce kanıt olarak kabulü, "yargılamada silahların eşitliği" ilkesine ve yukarıda özetlediğimiz AİHM'nin örnek kararlarına uygun düşmemektedir. 2575 ve 2577 sayılı Yasalar'ın değiştirilmesi amacıyla hazırlanmakta olan yeni tasarımlarda bu sakıncaların da giderilmesi gerektiği görüşündeyiz.

VI. SON SÖZ

Hukuk kurallarının yapılmasında ve uygulanmasında mutlak denge sağlanması gibi aşırı iyimser bir beklenti içerisinde bulunmuyoruz. Çeşitli ekonomik ve siyasal etkenlerin toplumun bütününde olduğu gibi, yargıda da dengeleri bozup sarsıntılar yaratabildiğini biliyoruz. Yapılması gereken, doğru amaçların konulması ve çalışmaların bu doğrultuda sürdürülmesidir. Savunma ve hak arama sürecinde silahların eşitliği kuramına yönelik, hukukun temelinde her zaman varolan denge arayışlarının güncel bir görünümüdür. Bu ilkenin hukuk uygulayıcılarınca özümsemesi, yargılamanın daha güvenli yürütülmesine katkıda bulunacaktır. 21. yüzyılda yeni sorunlarla karşılaşılıyor. Yürürlükteki yapılanma, adaleti ne oranda gerçekleştiriyor? Yargı, gerçeği saptayıp doğru kararlar verebiliyor mu? Yargılama işlevinin bu yönü elbetteki çok önemli. Ancak adaletin özde gerçekleşmesi artık insanlara yeterli gelmiyor. Bireyler ve toplum, adaletin görüntüde de gerçekleştiğini görmek istiyorlar. Bu beklenti öylesine belirleyici oluyor ki, kapalı kapıların ardında yetenekli yargıçların kimsenin söz istemesine gerek bırakmadan verdikleri en adil kararlar bile, toplum içinde inandırıcı ve adaletli bulunmuyor. Giderek, görüntüde gerçekleştirilemeyen adaletin, özde de sağlanamayacağına inanılıyor.

Günümüzün değişen hukuk anlayışı içerisinde, silahların eşitliği ilkesinin eksiksiz uygulanması yoluyla yargısal dengelerin kurulması, adaletin özde ve görüntüde gerçekleşmesi açısından büyük önem taşıyor. TC

Anayasası'nın 90. maddesine 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarla milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır." kuralı, hukukçulara uluslararası insan hakları yasalarına doğrudan yönelik açısından hukuk yaşamımızda daha önce hiç bir dönemde varolmayan çok önemli bir dayanak sağlıyor.

Not: Bu çalışmada sözü edilen AİHM Kararları'nın Türkçe çevirileri için aşağıda adları belirtilen kitaplardan yararlanılmıştır. Bazı kararlar da Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi'nce yayınlanan dönemsel bültenlerden özetlenerek alınmıştır.

KAYNAKLAR

- A. Feyyaz Gölcüklü - A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- Güney Dinç, "AİHS ve Mülkiyet Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 51 Mart-Nisan, 2004 Ankara.
- Monica Carss - Frisk, *Mülkiyet Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg 2001.
- Nuala Mole - Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg 2001.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlar*, Adalet Bakanlığı, Ankara 2003.
- Osman Doğru - Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri*, İstanbul Barosu Yayını, 2001.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, (1960-1994) İstanbul Barosu, 1999.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, C. 3, İstanbul Barosu, 2000.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, C. 2, İstanbul Barosu, 1998.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, C. 1, İstanbul Barosu, 1998.
- Güney Dinç, *İnsan Haklarına Uzanmak*, Say Yayınları, İstanbul 1986.
- Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi*, Ankara 2002.

AZINLIK HAKLARI VE LOZAN ANTLAŞMASI

İlker Hasan DUMAN*

Lozan Antlaşması, egemen-emperyalist galiplere başkaldıran, dünyanın ilk kurtuluş ve bağımsızlık savaşını veren Türklerin kurduğu yeni devletin siyasal ve ekonomik varlığını (Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunu) kabul eden uluslararası bir belge olup; Türklerin Anadolu'dan sürülüp çıkarılmasını ve Anadolu'nun parçalanmasını planlayan, dinsel ve etnik ayırma olanak tanıyan çok hukuklu bir sistem yaratan Sevr Antlaşması'nın yırtılıp atılmasını, yürürlükten kaldırılmasını, kapitülasyonlardan arınmış, ekonomik yönden bağımsız Türk Devleti'nin kurulmasını sağlamıştır. *“Lozan Antlaşması'nı iyi anlayabilmek ve yorumlayabilmek için, Sevr Antlaşması'yla karşılaştırmak gerekir. Özellikle Sevr'in 'ruhuyla' Lozan'ın 'ruhunu' karşılaştırmak gerekir. Sevr Antlaşması, yenilen bir imparatorluğun temsilcilerine zorla dayatılan ve eğer uyulmazsa savaş durumunun başlayacağı açıklanan, zavalı bir belgedir. Lozan Antlaşması ise, bir zafer sonrasında masaya oturan gururlu temsilcilerin söke söke aldıkları hakları içeren bir belgedir. Kapitülasyonlardan doğan hakları ve bunların oluşturduğu düzeni özleyenlerin, Lozan Antlaşması'na böylesine düşman olmalarını anlamak gerek.”*¹

Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıkların kendi gruplarındaki diğer üyeler ile birlikte, kendi kültürel yaşamlarına sahip olmak, kendi dinlerini öğretmek ve icra etmek ya da kendi dillerini kullanmak hakkı uluslararası sözleşmeler ile korunmaya çalışılmaktadır.

Lozan Antlaşması, Rum, Ermeni ve Musevilerden oluşan gayrimüslimleri *“azınlık”* kabul etmiş, tanıdığı haklara uluslararası garanti vermiş, onların dışında dil ya da din azınlığı bulunmadığını benimsemiştir. Bunun do-

* İstanbul Barosu üyesi.

¹ Toktamış, Ateş, *“Lozan”*, Cumhuriyet Gazetesi, 24.7.2003.

ğal sonucu olarak, dil ya da din azınlığı görülmeyen grupların haklarına yalnız ulusal hukuk garantisi verilmiştir. Yalnız gayrimüslimlere değil, diğer gruplara da derece derece haklar tanındığı için, bu antlaşma hem bir azınlık hakları belgesi, hem de insan hakları belgesi niteliğindedir. Kimi alt kültürlere (kimliklere) “şimdilik” azınlık statüsü kazandırmak amacıyla ülke içinde ve dışında çok yoğun çalışma ve girişimler bulunmaktadır. Ortak noktaları zayıflatmak, toplumsal dokuyu bozmak, farklılıkları özendirip kurumsallaştırmak ve benzeri amaç ve yollar izlemek suretiyle “azınlığa uygun ortam” yaratılmaktadır. Ülkemizin azınlık değil, çoğunluk (bir bütün olarak ulusun her yönden geri kalmışlık) sorunu vardır. Ülkedeki farklılıklar ve bunların dil ve kültürel varlıkları kabul edilmiştir. Yerel dillerin özel yaşamda, basın ve sanat alanında kullanılması serbesttir. Ancak yerel dillerden herhangi biri, ortak iletişim ve eğitim aracı olarak tanınmamıştır. Ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan devlet yapısını bozmaya kadar varacak federatif sistemler, özerklik veya özyönetim biçimleri gibi kolektif hak tezahürleri ülkemizin koşullarına ve gerçeklerine uymaz. Ne var ki, çoğulcu ve demokratik bir toplumda kültürel farklılıklar zenginlik kabul edilir ve bunları korumaktan geri durulmaz. Çünkü her kültürün, saygı görmesi ve korunması gereken bir saygınlık ve değeri vardır. Her halkın, kültürünü geliştirmek hakkı ve ödevidir. Zengin değişkenliği ve çeşitliliğiyle ve karşılıklı etkileşimleriyle her kültür tüm insanlığa ait ortak mirasın bir parçasını oluşturur. Tüm kütlerlerin zenginleştirilmesi için eğitim, bilim ve kültüre ilişkin etkinliklerde işbirliğine gerek vardır.² Kültürel haklardan yararlanmak ve etnik kimliğine bağlı kültürünü geliştirmek önemli bir insan hakkıdır. Belki de, sorunun ayrılıkçılık, federatif, bölgesel özerklik veya özyönetim aşamalarına varmamasının ve ülke bütünlüğünün bozulmamasının yolu, kültürel haklardan yararlanmayı güvence altına almaktan geçiyor.

1. Lozan Antlaşması'nın Hak Tanıdığı Gruplar

a. Gayrimüslim Türk Uyrukları

Bu Gruba Tanınan Haklar: aa. Dolaşım ve göç etme konusunda tüm Türk uyruklarına uygulanan özgürlük (m. 38/3). bb. Müslümanların yararlandığı medeni ve siyasi haklar (m. 39/1). Giderlerini ödeyerek her türlü kurum (her türlü hayır kurumlarıyla, dinsel ve sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları) kurmak, yönetmek, denetlemek, buralarda kendi dillerini kullanmak ve ayinlerini yapmak konusunda eşit haklar (m. 40). cc. Önemli bir oranda otur-

² Uluslararası Kültürel İşbirliği İlkeleri Bildirgesi, Muzaffer Sencer, Belgelerle İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 1988, s. 285.

dukları il ve ilçelerde, ana dillerinde öğrenim yapabilmeleri için, çeşitli bütçelerden (devlet, belediye vd.) hakkaniyete uygun pay alma hakkı (m. 41/1-2) dd. Aile ve kişi statüsü konusunda gelenek ve göreneklerine saygı (m. 42/1), ee. İnançlarına aykırı davranışta bulunmaya ve hafta tatilinde resmi işlemleri yerine getirmeye zorlanmama hakkı (m. 43).

b. Tüm Türk Uyrukları:

Bu Gruba Tanınan Haklar: aa. Din, inanç ya da mezhep farkının ayrımcılığa yol açmaması (m. 39/3), bb. Herhangi bir Türk uyruğunun, gerek özel, gerekse ticaret ilişkilerinde, din, basın ya da her çeşit yayın konularıyla açık toplantılarında, dilediği dili kullanmasına karşı hiçbir kısıtlama konulmayacaktır (m. 39/4).

c. Türkçe'den başka Dil Konuşan Türk Uyrukları:

Bu Gruba Tanınan Haklar: Devletin resmi dili bulunmasına rağmen, Türkçe'den başka bir dil konuşan (ana dili Türkçe olmayan) Türk uyruklarına, mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır (m. 39/5).

d. Türkiye'de Oturan Herkes:

Bu Gruba Tanınan Haklar: aa. Milliyet, dil, soy ya da din ayrımı olmaksızın hayat ve özgürlük hakkı (m. 38/1); bb. İncancına, dinine ya da mezhebine karışılmama hakkı (m. 38/2); cc. Din ayrımı gözetilmeksizin yasa önünde eşitlik hakkı (m. 39/2).³

Lozan Antlaşması'nın "azınlık" kabul ettiği grupların (Rum, Ermeni, Musevi olan gayrimüslimlerin) tanınan haklardan yararlanmada bir sıkıntı olmadığı bilinen bir gerçektir. Tüm yurttaşların yararlandığı siyasi ve medeni haklardan onlar da yararlanmaktadır. Taşınmaz malların edinilmesinde gerçek kişi olan azınlığa mensup bireylerin herhangi bir güçlüğü söz konusu değildir. Cemaat vakıflarının veya azınlığa mensup bireylerin oluşturduğu tüzel kişilerin taşınmaz mal edinmelerinde yaşadıkları sıkıntı, ülke bütünlüğünü ve bağımsızlığını koruma düşüncesine da-

³ Baskın, Oran, *Bir İnsan Hakları ve Çok Kültürcülük Belgesi Olarak 1923 Lozan Barış Antlaşması*, Kopenhag Kriterleri (Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu), İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, s. 212-213.

yanmakta ve bu nedenle de haklıdır. Daha doğrusu azınlıkların yaşadığı sorunlar, onlar için “kasti” olarak çıkarılmış değil, ülke gerçeklerinden ve uygulama yetersizliğinden kaynaklanmıştır. Azınlık olmayan yurttaşlar da hak ve özgürlüklerini kullanırken sıkıntı çekmektedirler.⁴

2. Anayasa Mahkemesi Kararları’nda Azınlık Hakları ve Lozan Antlaşması

“Türk Yurttaşlığı” kavramı, açıklamakta olduğumuz “bütünlük” kavramı ile çok yakından ilgilidir: Anayasa’nın 66. maddesinde “Türk Devleti’ne yurttaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür” ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke, evrensel bağlamda ülkesi ve ulusuyla bir bütün olan Türkiye Cumhuriyeti’nde bireysel insan hakları yönünden eşitliği sağlamak için getirilmiş, ulusu kuran herhangi bir etnik gruba ayrıcalık tanımamasını önleyen birleştirici ve bütünlüştürücü bir temel oluşturmuştur. Burada Türklük, ırka dayalı bir anlam taşımamaktadır. Her kökenden gelen yurttaşların yurttaşlığı ve ulusal kimliği anlamına gelmektedir. Bir kimsenin “Ben Türküm!” deyişi, “Türkiye Cumhuriyeti yurttaşım, Türk Ulusunun bir bireyiyim” anlamını taşır. Irka dayalı bir “Türklük” savı ve etnik kökenleri değiştirme ya da kaldırma anlamı yoktur. Yurttaşlık ve ulusal kimliğin getirdiği haklar yanında elbet sorumluluklar da vardır. Yurttaşlık ve ulusal kimlik, yurttaşların etnik kökenlerini yadsıma anlamına gelmez. Etnik kökenlerin gözetilmesi de yurttaşlık niteliğini ve ulusal kimliği zedelememeli ve etnik kökene dayalı ayrı ulus olma savlarına, dayanak yapılmamalıdır. Türk Ulusu içinde yer alan her kökenden yurttaş, hiçbir ayırım gözetilmeksizin istek ve başarılarına göre her görev ve işte çalışmış, Türkiye’nin her yerinde, köyünde, kentinde yaşama, yerleşme, okuma, evlenme, gelişme ve yükselme ile ortak dil ve kültürden yararlanma ve katkıda bulunma olanağına kavuşmuştur. Böylece herkese ülkede her düzeyde tüm demokratik, siyasal ve yasal haklar tam eşitlikle tanınmıştır. Bu tarihsel oluşum nedeniyle “ülke ve ulusun bölünmez bütünlüğü” Anayasa’da vazgeçilmez ve ödün verilmez temel kural olarak yer almıştır. Tarihsel bir gelişme süreci içinde gerçekleşen, ayrılması olanaksız bir kaynaşma ve bütünleşme, eşitliğe dayanarak ırkçılığı reddeden Türk Ulusu gerçeğine karşı, ayrıcalığa, bölücülüğe ve sonuçta yok olmaya yol açacak davranışları insan hakları kapsamında görmek olanaksızdır.⁵

Bin yıldan beri birlikte yaşayan çeşitli soy ve kökenden gelen bireyler arasında Türkçe en yaygın dildir. Sadece resmi işlerde değil, ai-

⁴ Aydın Aybay, “Azınlık Raporu”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 18.11.2004.

⁵ AMK, 16.6.1994, 3/2 SPK.

lede, günlük yaşamda ve eğitimde kısacası toplumsal ilişkilerin her alanında kullanılan ortak bir dil olmuştur. Türkçe'yi bilmeyen ve kullanmayan çok az kişi vardır. Ayrıca kapalı ve açık özel ortamlarda, ev ve işyerinde, basın ve sanat alanında yerel dillerin kullanılması da yasak değildir. Ulus bütünlüğü içinde yer alan kimi etnik grupların kendi aralarında kullandıkları yerel dillerin resmi dil yerine ortak iletişim ve çağdaş eğitim aracı olarak tanınması olanaklı değildir. Türkiye'de özellikle yasaklanan bir dil kalmadığı gibi, özel yaşamda birçok dil kullanılmaktadır. Anayasa'nın 42. maddesinin son fıkrasında, Türkçe'den başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında Türk yurttaşlarına ana dilleri olarak okutulup öğretilmeyeceği, uluslar arası antlaşmalar saklı tutularak kurala bağlanmıştır. Bu anayasal gerçek öğretim ve eğitim birliği ile ilköğretimin zorunlu olmasının ve bu yolla ulusal bütünlük ve dayanışmanın taşıdığı öneme bağlanmalıdır. Anayasa'nın 14. maddesi, hak ve özgürlüklerden hiç birinin dil ayrımı yaratmak amacıyla kullanılamayacağını öngörmektedir.⁶

İrk ve dil farklılıklarına göre azınlık statüsü tanımak, ülke ve ulus bütünlüğü kavramıyla bağdaşmaz. Ülkemizde, etnik toplulukların kimliklerini belirtmeleri yasaklanmamış, ancak onların azınlık ve ayrı ulus olmadıkları, Türk Ulusu dışında düşünülmemeyecekleri, devlet bütünlüğü içinde yer aldıkları kabul edilmiştir. Azınlığın sosyolojik ve hukuksal tanımlarına uygun bir nitelik, ... kökenli yurttaşlarda bulunmadığı gibi, onları öbür yurttaşlardan ayıran herhangi bir kural da yoktur. Türkiye'nin her yerinde her yurttaş hangi kurala bağlı ise onlar da aynı kurala bağlıdır. Azınlıkların bağlı olduğu kuralların kaynağını anlaşmalar oluşturmakta, ... kökenli yurttaşlarla öbür yurttaşlar arasında hiçbir ayırım yapılmamakta, bireysel hak ve özgürlüklerden sınırsız biçimde yararlanmaktadırlar. Esirgenen, yoksun kılınan, dar tutulan bir hak yoktur. İşçi, işveren, hekim, avukat, memur, subay, yargıç, milletvekili, bakan, cumhurbaşkanı gibi her görev ve gelebilmektedirler. Kimi yerel ve etnik köken özellikleri dışında, dil birliği, din birliği, tarihsel birlik vardır. Evlilikler nedeniyle kan bağılılığı oluşmuştur. Aynı yörede birlikte yıllardır yaşamaktadırlar. Sınırsız hakları, sınırlı haklara, ulusun kendisi olmayı azınlık olmaya dönüştürmenin anlamsızlığı açıktır. Anayasa'daki "*ulus bütünlüğü*" ilkesinden uzaklaşp, Türk ve Kürt Ulusları ayırımına gidilemez. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde, tek bir devlet ve tek bir ulus vardır, birden çok ulus yoktur. Türk Ulusu içinde değişik kökenli bireyler olsa da hepsi Türk yurttaşıdır. Tarihsel bir gerçek olan "*Türk Ulusu*" olgusu yerine, ırkçılığa dayanan ayrılıklar, azınlıklar kabul edilemez.⁷

⁶ AMK, 23.11.1993, 1/2SPK

⁷ AMK, 14.2.1997, 1/1 SPK.

Ulus kavramı, dar çerçeveli topluluk ve dinden başka toplumsal bir bağı olmayan ve başka öge aramayan ümmet kavramından çok farklıdır. Ulus; tarihsel ve sosyal gelişmenin yarattığı birlikte yaşama olgusu olup; ırk gibi antropolojik ve filolojik niteliklere dayanan dar bir kavram ya da ortak bir tarih bilinci yaratmamış olan göçebe, yerel dil ve soy gruplarından oluşan sosyolojik bir yapı olan kavim değildir. “Misak-ı Milli” sınırları içinde Türkiye Cumhuriyeti’nin üzerinde kurulduğu, Avrupa, Asya, Afrika kıtaları arasında köprü durumunda olan, çeşitli göç ve sığınmalara kukak açan vatanda, bin yılı aşan uzun bir tarihsel gelişme sonunda yaşayan ve Kafkaslar’a, Balkanlar’a, Afrika ve Orta Doğu’ya uzanan Osmanlı İmparatorluğu’ndan arta kalan çeşitli etnik kökenlerden meydana gelen insanlar ortak geçmişe, tarihe, ahlaka, değer yargılarına, dine, hukuka ve eşit haklara sahip olarak karşılıklı olarak birbirlerinin kültürlerini ve eski Anadolu uygarlıklarından kalan değerleri de özümseyerek birlikte ortak kültür ve kimliğe sahip bir vatan ve ulus oluşturmuşlardır. Bu nedenle Atatürk, “Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran Türkiye halkına Türk Ulusu demir” demiş ve ulus bütünlüğünü esas almıştır.⁸

3. Ülkemizde “azınlık” veya “azınlık hakları” kavramları Lozan Antlaşması çerçevesinde tartışılmakta ve özgün koşulların önemi öne çıkarılmaktadır

Belirsizlik, güvensizlik, eşitsizlik, korku ve arzuların karşı konulmaz gücü günümüzün temel sorunlarının birkaçı. Yaderklik, cemaat, hemşerilik, tarikat veya benzeri oluşumlara, bireyi içinde bulunduğu korku ve iletişimsizliğe karşı koruyan, bir başka deyişle bireyin kendini cemaatin kollarına bırakması, özerkliğin sonudur. Çok ciddi toplumsal sorunların hazırlayıcısıdır. En önemli sorun katılaşma, cemaatlerin kendi aralarında etkileşime, iletişime kapanmaları. Sayıları hızla artan, birbirlerine dokunmayan binlerce adacıktan oluşan, kendi içine kapalı gruplar oluşmakta. Siyasallığı bir amaç olarak kullanmak söz konusu değil. Problem çözümünde karşılıklı iletişim olmaz. Demokratik siyaset kesintiye uğrar. Kültürleri birbirinden ayrı duran, etkileşime girmeyen adacıklar olarak gören, etnik grupları kapalı, yalıtılmış oluşumlar olarak yeniden yaratır. Küreselleşmede, etnik yapılar, farklılıklar olarak var. Bölüşüm ve paylaşım dikkate alınmadan, toplumsal eşitsizlikler yok sayılarak geliştirilen bu yaklaşımlarla, toplumsal eşitsizlikler, dışlanma, ayrımcılık, ırkçılık, sınıfsal farklılıkların kültürel farklılıklara indirgenmesi olarak yaşanıyor. Ev sahibi kültürler ile diğer kültürler arasındaki farklılıklar, uçurumlar büyüyor. De-

⁸ AMK, 14.7.1993, 1/1 SPK.

rinleşme, çok kültürlülük ideolojisi ile kültürleri, birbiriyle ilişkisi, iletişimi olmayan kompartımanlara, etnik gruplara ait kılma yaşanıyor. “Öteki daha da öteki oluyor.” Azınlıklara ilgi çekici, eksantrik olarak yaklaşma, aslında daha da çok dışlamayı getiriyor. Azınlıklara ilgiye, korumaya muhtaç, acizane yaklaşımlar, hoşgörü, azınlıkları daha da çok azınlıklaştırıyor. Siyasal, sınıfsal eşitsizlikleri göz ardı eden, farklı, otantik, kültüre hoşgörü ile sınırlı yaklaşımlar, kültürleri olduğu gibi, gelişmeksizin kalmaya, daha da otantik, fanatik çizgide yapılanmaya, kütleştirmeye götürüyor. Farklı, otantik kültürler kütleşmesi gelişiyor. Alaşıma izin vermeden, kalın çizgili ayrışmalar yaşanıyor.⁹

Aleviler, Laik Cumhuriyet’in temeline harç olduktan sonra, duvarlar yapılırken haksızlığa uğradılar. Ancak bu tür haksızlıkları hiçbir zaman Cumhuriyet karşıtlığı zeminine oturtmadılar, tam tersine, Cumhuriyet’in daha da güçlü olmasının kendi sorunlarının çözümünden geçtiğini, sağlam bir sağduyu ile sürekli dile getirdiler. Onlara, “Siz Alevi-siniz Suriye’de yönetimde sizin inancınıza yakın kişiler var. Suriye Türkiye’ye savaşa açarsa, hangi tarafta yer alırsınız. Sizin dini inancınızla yönetilen bir ülkeyle hareket etmek istemez misiniz”; “Siz Türkiye Cumhuriyeti’nden farklısınız, eğer bunu kabul ederseniz önünüze farklı olanaklar açılabilir”; “Biz Alevilerle protestanlar arasında büyük bir benzerlik gördük. Bunları araştırıp, ortak noktalar bulmaya ne dersiniz?”; “Siz farklı bir anlayışsınız. Mezarlıklarınız neden Müslümanlarla birlikte. Farklı mezarlıklar yapsanız, ülke yönetiminden ayrı mezar yerleri istesiniz. Bu sizin inançsal, kültürel hakkınız.”; “Eğer isterseniz size kiliselerde cem yapma olanağı veririz. Kimi kiliselerimizde sizin cem yapabileceğiniz düzenlemeler yapabiliriz.” Biçiminde öneriler götürdüler. Amaçları, Alevilerin Anadolu’da inançsal azınlık ve devamında etnik azınlık olarak algılanmasını sağlamak! Alevi yurttaşlarımızın, onları temsil eden dernek yöneticilerimizin çok büyük bir bölümü, neredeyse tümü bu tür önerileri reddettiler. Kürt kartının tutmadığını görenler, Türklerle Kürtlerin bütün kısımlara karşın, etle tırnak gibi olduğunu görenler, terör olgusunun etnik savaşa dönüşmemesine üzülenler, başka nasıl bir kart kullanabiliriz arayışında. Alevilerin bu oyuna gelmemesi, sağlam durması elbet övüncümüz. Ancak yukarıda sözünü ettiğimiz kartı arayanlara malzeme vermek de başlıca görevimiz.¹⁰

Türkiye Cumhuriyeti; Osmanlı İmparatorluğu gibi, “çok uluslu” bir imparatorluğun, kalıntı ve yıkıntıları üzerinde kurulmuş olan bir devlet-

⁹ Şükran Soner, 9.5.2002 tarihli *Cumhuriyet Gazetesi*’nde “Azınlıklaştırma” başlıklı yazısında, Henrich Böll Vakfı’nın düzenlediği bir toplantıda Prof. Ayhan Kaya’nın sunduğu bildirinin özetini yapmıştır.

¹⁰ Mustafa Balbay, *Cumhuriyet Gazetesi*, 6.5.2002.

tir. Osmanlı İmparatorluğu'nun, yüzyıl boyuncu çekildiği topraklarda, bugün 34 ayrı devlet yaşamaktadır. Üstelik bu devletlerin kuruluş aşamalarında ve daha sonralarda; buralardan "anayurda" göçenlerin, Anadolu'nun yerli halklarıyla yan yana gelmelerinden sonra, son derece karmaşık bir yapı ortaya çıkmıştır. Etnik olarak bu karmaşık yapının yanı sıra; dinsel açıdan olmasa bile, mezhepsel açıdan büyük farklılıklar gözlenmektedir. Lozan Antlaşması'yla Hıristiyan azınlıklar "azınlık" olarak kabul edilmiş, fakat farklı mezhepten Müslümanlar; hangi etnik kökenden gelirlerse gelsinler ve hangi mezhepten olurlarsa olsunlar, azınlık olarak değerlendirilmemişlerdir. Zaten bir insan topluluğunun, "Biz azınlığız" demesiyle azınlık statüsü kazanılmaz. Bir insan topluluğunun azınlık sayılabilmesi için, ya ikili bir antlaşmayla ya da çok taraflı bir konferans ve antlaşmayla bu statünün kabulü gerekir. Bugün Türkiye'de; kendi ana dili, kendi folkloru, kendi mutfağı vb. olan yirminin üzerinde etnik grup yaşamaktadır. Böyle bir yapı; bence Türkiye'nin zaafı değil, zenginliğidir. Aynı biçimde, diğer ufak tefek nüansları bir yana bıraksak bile, İslamiyet, iki farklı mezhep çerçevesinde yaşanmaktadır. Fakat özellikle Alevi yurttaşlarımız arasında, bölgesel farklılıklar ve tarihsel yapıdan gelen, farklı yaklaşımlar vardır. Farklı "dedeler", farklı yorumlar getirebilmektedir. Bu derece köklü olmasa bile, Sünni vatandaşlarımız arasında da farklı Müslümanlık anlayışları vardır. Merkezi bir hiyerarşinin ve "Klerikal düzenin" olmadığı Sünni Müslümanlıkta, temel farklılıklar olmasa da, birbirine uzak kimi yorumlar ve uygulamalar vardır. Fakat bunlar, ihmal edilebilir farklılıklardır ve Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türk halkı; bu etnik ve mezhepsel farklılıklar içindeki insanlardır ve istisnasız herkes "birinci dereceden ve birinci sınıf Türk vatandaşlarıdır". Zaten Mustafa Kemal'e "Türk kimdir" sorusunu sordukları zaman verdiği yanıt da, bu görüşü doğrulamaktadır: "Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran insanlara Türk denir." Hangi etnik ve mezhepsel kimlikten gelirse gelsin; Türkiye Cumhuriyeti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan ve ana dili ne olursa olsun, resmi dil Türkçe'yi kamusal alanda kullanan herkes Türk'tür. İşte AB üyesi devletlerine anlatamadığımız bu. Avrupalının "azınlık" olarak gördüğü gruplar, ülkemizde etle tırnak gibi kaynaşmışlardır. AB üyesi ülkeler, mezhepsel olmasa bile, genellikle etnik olarak türdeş bir yapı içindeler. Bu etnik yapı dışında kalan "azınlıkları" da var. Fakat demokrasinin gelişmesi sürecinde, bu azınlıkların hakları ve varlıkları yasalarla güvence altına alınmış. Benzer şeyleri, Türkiye için de istiyorlar. Fakat azınlık olarak gördükleri farklı etnik grupların, bu devletin kurucuları arasında olduğunu unutmuyorlar. Türkiye'de, böyle farklı bir bölgede yaşayan, herhangi bir etnik grup yoktur. Güneydoğu'da yaşayan Kürt kökenli vatandaşlarımızı buna örnek gösterilemez. Zira, orada yaşayan Kürt kökenli vatandaşlarımızdan daha fazlası, İstanbul metro-

polünde yaşamaktadır. Avrupalının “azınlık” olarak gördüğü gruplar, ülkemizde etle tırnak gibi kaynaşmışlardır. Günümüze değin ulus, “aynı ırktan, aynı dilden, aynı dinden, aynı kültürden vb. gelen ve ortak yaşama iradesine sahip insanların oluşturduğu topluluk” olarak tanımlandı. Bu tanımın günümüzde herhangi bir “kıymet-i harbiyesi” yoktur. Kimileri, tüm varlıkları ve seslerinin tüm gücüyle “ulus devlet anlayışı artık çöktü” diyedursun, ulus devlet tüm gücüyle yaşamaya devam ediyor. Yeni dünya düzeni adı verilen kandırmacanın, “siyasal düzen” olarak önerdiği “yeni demokrasi”; “yarı doğrudan” ve “yerel ağırlıklı” olmanın yanı sıra, “alt kimlik”leri öne çıkarma ilkesini de getiriyor. Burada alt kimlik olarak önerilen; “dinsel kimlik”, “mezhep kimliği” ve “etnik kimlik” oluyor ki, Türkiye’de ve Türkiye gibi, farklı etnik grupların bir arada yaşadığı ülkelerde, böyle bir anlayış, o devletin çökmesi anlamına gelir. Türkiye’de yüzyıllardır birlikte yaşayan ve etle tırnak gibi iç içe geçmiş kimi etnik grupların, bu etnik kimliklerine dayanarak siyaset yapmalarında büyük sakınca vardır. Aynı ırktan gelenlerin oluşturduğu ulusa, “ırk ulusu” adı verilmektedir. Aynı kandan gelenlerin oluşturdukları ulus, “kan ulusu” olarak adlandırılır, aynı dilden gelenlerin oluşturdukları uluslar, “dil ulusu”dur. Aynı din veya mezhepten oluşan insanların oluşturdukları ulusa; “din ya da mezhep ulusu”, ya da “ümme” adı verilir. Aynı kültürden gelen insanlar “kültür uluslarını” oluştururlar. Tüm bu ulus türleri, tarihin belli dönemleri açısından elbette değer taşırlar. Fakat 19. yüzyılda ortaya atılan bir başka ulus türü vardır ki, buna “devlet ulus” denilebilir. Yani “aynı devletin yurttaşı olan insanların oluşturdukları”ulus”. Günümüzde belki birkaç istisnasıyla, bütün devletlerin ulusları bu türden devlet ulusudur. Mustafa Kemal, kuruluşuna önyak olduğu modern Türk Devleti’ni, işte böyle bir “devlet ulus” çerçevesinde oluşturdu. “Hangi dilden, hangi ırktan, hangi dinden, hangi mezhepten vb. gelirse gelsin, Türkiye Cumhuriyeti’ne yurttaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür ve bu devletin birinci sınıf yurttaşdır.” O günlerde, böyle bir anlayışı ortaya koymak ve yaşama geçirebilmek, çok büyük bir başarıdır.¹¹

Kendini bunca zaman “Müslüman” veya “Kürt” olarak tanımlamış, hayatı o çerçeveden izlemiş olanların artık bireyin bizzat kendisinin “ırkından” ya da “dininden” de bağımsız olarak önemli olduğunu kavramaları gerekiyor. Kimse ırkından ya da dininden ötürü baskı görmeyecek, ama kimse de bir ırkın ya da dinin gerekliliklerini devlet eliyle topluma kabul ettiremeyecek. Toplumsal gelişmeye “din” ya da “ırk” noktasından hareketle çözüm arayanlar AB’de tabii ki istediklerini bulamayacaklar. Çünkü AB bu tür hassasiyetleri “bireyin özgürlüğü” çerçevesinde çözmekte. Kendini öncelikle, “birey, vatandaş, insan” olarak tanımlamak yeri-

¹¹ Toktamış, Ateş, “Türkiyelilik”, Cumhuriyet Gazetesi, 25.9.2003.

ne, “siyasal hassasiyetlerine” göre yola devam etmek isteyenler şimdi yakınıyor. AB hiçbir düşünceye ya da inanca devlet gücüyle bireyi baskı altına alma izni vermez.¹²

Alevi ve Bektaşilerin Kurtuluş Savaşı’na ve Cumhuriyet devrimlerine katkısı günümüze değin sürmüştür. Bundan sonra da sürecektir. Tarih boyunca Türkiye’de aydınlanmanın, laikliğin, demokrasinin ve ulusallığın temel taşı olan Alevi ve Bektaşiler her zaman Türkiye Cumhuriyeti’nin asli unsuru olmuşlardır. Alevi ve Bektaşileri azınlık olarak göstermek gaflettir, dalalettir. AB İlerleme Raporu’nun Alevilerle ilgili bölümüne şiddetle karşı çıkıyor ve kınıyoruz.¹³

Türkiye’deki resmi anlayış azınlık sözcüğünü, Lozan Antlaşması’nın mirası olarak Müslüman olmayan dini azınlıklar olarak kabul ediyor. Batı’da azınlık sözcüğü, dini, etnik, mezhepsel, cinsel gibi birçok alanı kapsayacak şekilde tanımlanıyor ve tartışılıyor. Bir ülkedeki egemen grubun dışındaki bütün topluluklar Batı’da “azınlık” diye tanımlanıyor ve onların hakları teminat altına alınmaya çalışılıyor. Örneğin eşcinseller bir cinsel azınlık olarak kabul edilirken Romanlar da etnik bir azınlık sayılıyor. Türkiye’deki azınlık sözcüğü ile Batı’nın yeni anlamlar yüklediği azınlık sözcüğü aynı değil. Sorun Alevilerin “azınlık” olup olmaması değil, haksızlığa uğramaları, dışlanmaları, yok sayılmalarıdır. Kürtler için de benzer sorunlardan söz edebiliriz. Dil, kültür, eğitim gibi alanlarda onların da haksızlığa uğradığı, dışlandıkları bir gerçek. Türkiye, bu haksızlıkları düzeltmeli. Mesele onların azınlık olup olmamaları değil, yok sayılmaları.¹⁴

Ulus devlet tek bir toplumsal sınıfın değil, bütün ulusun devletidir. Derin devlete dönüşmemesinin biricik güvencesi, sivil toplumun güçlenmesidir. İnsanlık tarihinin günümüzdeki koşullarında ve Türkiye gibi bir ülkede ulus devletin yok olması, ulusun dağılıp yok olması demektir. Bu gerçeklerin bilincinde olmaksızın ulus devletin varlığına karşı çıkılması, bunun demokrasi savaşımının sanki bir koşulu sayılması, ulusal devlet ve derin devletin tek ve aynı şey olarak görülmesi, korkarım ki sonuçta, demokrasinin gelişip güçlenmesinden çok, derin devlet yandaşlarına ve başka ulusların çıkarlarına hizmet etmektir.¹⁵

¹² Mehmet Atlan, “İslamcılar-Kürtler ve 2. Vites”, *Sabah Gazetesi*, 4.10.2004.

¹³ Ali Rıza Selmanpakoğlu, “Türkiye’yi Bölmek İstiyorlar”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 15.10.2004.

¹⁴ Oral Çalışlar, “Sorun Azınlık Sözcüğünün Ötesinde”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 15.10.2004.

¹⁵ Ataç Behramoğlu, “Ulus Devlet-Derin Devlet”, 1.2.2003 tarihli *Cumhuriyet Gazetesi*.

Türkiye’de azınlık sorunu yaratmadan, ırkı, dili, dini inancı ne olursa olsun, bütün hak ve yükümlülüklerden eşit olarak yararlanmalarıyla sorunun azınlık-çoğunluk ayrımına gerek kalmadan çözüleceğine inanıyorum. Anadolu gibi birçok inancın, saymakla bitmez ve her dönemde göçlerle yenilerinin katıldığı birimlerin oluşturduğu etnik mozaik içinde, ırk, etnisite esasına dayalı bir coğrafyada, ırka dayalı bir üst kimlik zaten olanaksızdır. Örneğin; kendimi Türk olarak görüyorum. Bunun tanımı da “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı*”dır. Bütün inançların eşit özgürlüğü ve değere sahip olduğu, bütün etnisitelerin aynı biçimde kendini ifade olanağı bulunduğu bir Türkiye’de, devletin resmi dilinin Türkçe olduğu, ama isteyenin istediği dilde ifade ve yayın özgürlüğüne sahip bulunduğu bir cumhuriyet çatısı altında, sorunlar azınlık kurumuna gerek kalmadan çözülür. Ama farklılıkları görmezden gelmek, istesenez de istemesenez de azınlık sorunu getirir, gündeme oturtur.¹⁶

Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu “*Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu*” Ekim 2004’te yayımladığı raporda; sıkıntıların yalnız Lozan’ın sınırlı tanımından kaynaklanmadığı, imzalanan uluslararası sözleşmelere Türkiye’nin getirdiği çekincelerin ve 1982 Anayasası’nın getirdiği kısıtlamaların da sıkıntı verdiği, gayrimüslimlere tanınan hakların tam olarak uygulanmadığı, yalnızca Ermeni, Musevi ve Rumların azınlık sayıldığı, bunların dışında kalan gayrimüslimlere azınlık hakkı tanınmadığı, zorunlu vatandaşlıktan gönüllü vatandaşlığa geçmek gerektiği, devletin ulusu ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğü kavramının milleti oluşturan alt kimliklerin inkarı anlamına geleceği ve demokrasinin özüne ters düşeceği, ülkede azınlık bulunduğunun ileri sürülmesinin milli güvenlik gerekçesiyle engellenemeyeceği, uluslararası sözleşmelerde “*millet bütünlüğü*” kavramının sınırlama nedeni olarak kabul edilmediği, Devletin dilinin olamayacağı, ancak resmi dilin bulunacağı, devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğü kavramının kültürel alt kimlikleri kabul etmediği, mevzuatta Türk kelimesinin “*Türk ırkını*” ifade ettiği, Türkiye’nin “*azınlık*” kavramında 1923’e takılıp kaldığı, azınlığın farklı kimliğinin kabulü ile azınlık hakları vermenin aynı şey sanıldığı, demokrasi anlamına gelen “*iç self-determinasyon*” ile parçalanma anlamına gelen “*dış self-determinasyon*” aynı şey sanıldığı sonuçta farklı kimliklerin tanınması ile devlet toprağının parçalanmasının aynı şey sanıldığı, millet konusunda teklik ile birliğin aynı şey sanıldığı ve birincinin ikinciyi gitgide tahrip etmekte olduğunun fark edilmediği, “*Türk*” teriminin aynı zamanda etnik bir grup anlamına geldiği, Türkiye’nin, Osmanlı İmparatorluğu yıkıldıktan sonra onun yerine geçerken, onda bulunan alt kimlikleri olduğu gibi miras aldığı, fakat im-

¹⁶ Ali Sirmen, “Azınlık Sorununu Bu Kafalar Çıkardı”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 13.11.2004.

paratorluktaki üst kimlik “Osmanlılık” iken, Türkiye Cumhuriyeti’nde “Türk-*lük*” olarak ortaya çıktığı, bu durumda alt kimliklerden birinin aynı zamanda üst kimlik olarak belirlediği, bu durumun diğer alt kimlikleri yabancılaştırdığı, üst kimliğin “Türkiyelilik” olsaydı bu durumun ortaya çıkmayacağı, çünkü toprak esasına dayanan bu üst kimliğin bütün alt kimlikleri eşit biçimde kucaklayacağı ve işin içine etnik, dinsel özellikleri karıştırmayacağı, Türkiye’de tek kültürlü homojen bir ulus oluşturma yolunda önemli adımlar atıldığı, ama farklı kimlik ve kültürlerin bir mozaik olarak Anadolu topraklarında varlığını sürdürdüğü, yurttaşlık kavramı yeniden gözden geçirilerek zorunlu vatandaşlıktan “gönüllü” vatandaşlığa geçmek gerektiği, çok kimlikli, çok kültürlü, demokratik, özgürlükçü ve çoğulcu bir toplumsal modelin zorunlu olduğu, bağımsız, yaratıcı yetenekleri ile kültürel haklarını rahatça kullanabilen, hak ve görevlerinin bilincinde olan bireylerin sahip buldukları siyasal ve hukuksal statünün tanınması gerektiği, eşit vatandaşlık temelinde, farklı kimlik ve kültüre sahip kişilerin kendi kimliklerini koruma ve geliştirme haklarının güvence altına alınması, merkezi ve yerel yönetimlerin yurttaşların katılımını ve denetimini esas alacak biçimde şeffaflaştırılması ve demokratikleştirilmesi, uluslararası sözleşmelere Türkiye’deki alt kimliklerin inkarı anlamına gelecek çekince ve yorum beyanlarının getirilmemesi, 1920-1930 modelinin topluma çok dar geldiği ve çatışma doğurduğu, milliyet ve vatandaşlık kavramlarının ayrı ve bağımsız kavramlar olarak ele alınması, yasalar taranarak bireysel özgürlüklere sahip olma hakkı, ekonomik ve toplumsal olanaklardan özgürce yararlanma hakkı, devlete katılma hakkı, kültürel çoğulculuk hakkının hayata geçirilmesi savunulmuştur.

Türk-İş’in Aralık 2001’de hazırladığı “Avrupa Birliği, Türkiye’den Ne İstiyor” başlıklı raporda, Avrupa Birliği’nin bölücü ve ayrılıkçı hareketi desteklediği ve Kürtler’e azınlık statüsü tanınmasını savunduğu, ülkede birinci sınıf insan olarak benimsenen Kürtler’in bu tuzağa düştükleri anlatılmıştır; Avrupa Birliği, farklı etnik kökenlerden oluşan Türk Ulusu’nu kökenlere göre bölme ve parçalama çabası içindedir. “İnsan Hakları” ve “demokrasi” adına yapılan bu girişim, terör örgütlerini teşvik etme ve destekleme noktasına kadar gelmiştir. Aralarında Avrupa Birliği ülkelerinin de bulunduğu ülkelere imzalanan Lozan Antlaşması’nda Türkiye’de yalnızca Ermeni, Rum ve Musevilerin “azınlık” olduğu açıkça belirtilmekle birlikte, Avrupa Birliği, Türk Ulusu’nu oluşturan çeşitli etnisiteleri “azınlık” başlığı altında değerlendirmekte ve bölücülere destek vermektedir.

Bu ülkede “etnik kimlik” denen ve ne olduğu da kesin tanımlanamayan kimliklerin tepesinde bütün yurttaşları birleştirici bir “üst kimlik” yaratmak için “Türkiyelilik” diye bir kavram olamaz. O ortak kimli-

ğın adı “*Türk vatandaşlığı*”dır ve Türkiye Cumhuriyeti’nin bütün vatandaşları, bir hukuk terimi olarak, “*Türk*”türler. “*Türk*” sözcüğünün hukukta etnik kökenle hiçbir ilgisi yoktur. Türkiye’nin adı Osmanlılar’dan değil, Türkiye’nin adı Türklerden geldi. Osmanlılar “*Türk*” ve “*Türkiye*” sözcüklerini hemen hiç kullanmazken Batı, yüzyıllar boyu, Osmanlı’ya Türk ve hatta Osmanlı topraklarının hepsine de “*Türk İmparatorluğu*” deyip durmuştur.¹⁷

4. Prof. Dr. Alain Bocker, Fransa’daki durumu şöyle değerlendiriyor; Azınlıklar gerçekten de vardır; yani ulusal çoğunluktan etnik kökenlerine göre, konuşulan dile göre ya da icra edilen dine göre farklı topluluklar bulunmaktadır. Eğer Fransa’da kendilerine bu özelliklerinden dolayı hiçbir hak verilmiyorsa, bunun karşılığında, her dinsel, kültürel, dilsel ya da diğer bir grubun, yani her azınlığın, kendisini oluşturan bireylerin bireysel haklarının korunması yoluyla karakteristik özelliklerine saygı gösterilmektedir. “*Yahudilere ulus olarak her şeyi reddetmek gerekir*” diyordu devrimci Clermont-Tonnerro, “*ve onlara her şeyi vermek gerekir birey ve yurttaş olarak*”, bu gerçekten o zamanki Yahudilerin içinde bulunduğu haksuz duruma nazaran bir devrimdi. Kısacası; gruplara hiçbir şey, dil, din, kültür topluluğu üzerine kurulmuş hiçbir kolektif hak, ama bu grubu oluşturan kişilerin özgürlüğüne tam bir koruma.

İfade ve iletişim özgürlüğü radyoda, basında ya da televizyonda tercih edilen dilde ifade hakkını kapsamaktadır; eğitim özgürlüğü de anadilini öğrenmeyi ve incelemeyi kapsamına almaktadır, bunun zorunlu değil, özel okullarla sınırlı kalması ve aynı zamanda Fransız dilindeki eğitimin iyi bir yer muhafaza etmesi koşuluyla (nisbi olarak bu dillerin daha çok konuşulduğu bölgelerdeki bölgesel dillerdeki okullardaki statü bu şekildedir) ana dilini öğrenme ve bu dilde eğitim hakkını kapsar. Kültür özgürlüğü, zaten kültürel merkezlerde ve yerel radyoda desteklenen, herkese kendi kültürünü ifade hakkını verir; din özgürlüğü eksiksizdir, politik ve idari özgürlük, yalnızca azınlık gruplarının yararına değil de ilgili bölgede yaşayan herkesin yararına düzenlenmiş, geniş bir yerinden yönetimde kendisini göstermektedir.

Kısacası, Fransa böyle yapmakla insan haklarına saygılı kaldığını savunmakta ve Bölgesel Diller Şartı’nın onaylanmasının reddi paradoksu ona hak veriyor görünmektedir. Önerilen yükümlülüklerden 39’unu kabul eden Fransa tarafından bu şart imzalanmıştı. Anayasal Konsey onaylamaya karşı çıktı, zira büyük çoğunluğu zaten uygulamada olan, bu Şart’ın uy-

¹⁷ Mümtaz Soysal, “Türkiye’lilik Sayıklaması”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 20.11.2004.

gulanmasında imza altına alınmış yükümlülüklerin Anayasa'ya uygunluğunu kabul ederek, özellikle onların esas olarak yerleşik olduğu bölgelerde, Şart'ın giriş bölümünde yer alan bazı maddeler azınlık gruplarına kolektif haklar tanınmasını tavsiye etmekteydi.

Bir taraftan özel bir tanım, bireysel haklardan kolektif haklara ve kültürel haklardan ve politik haklara geçiş ve özerklik tanınmasını, hatta fazlasını talep eden azınlıkların baskısı. Öte taraftan, özellikle Avrupa çevresinde, henüz çekingen olan, Ulusal Devlet'in gerilemesi eğilimi. Aşğıdan bölgesel özerklik gelişirken, yukarıdan ulusal üstü kural ve yetkiler zorlamalar dayatmaktadır. Cumhuriyetçi anlayış için her zaman tatminkar olmayan, etnik anlamda azınlıklar olmasından ziyade, mahalli veya bölgesel demokrasinin gelişmesi söz konusudur. Fransız anlayışının temelini oluşturan birlik ve devletin bölünmezliği ilkeleri, Korsika'ya Katalanya'dan daha geniş olarak tanınacak geniş bir özerkliğin daha genel bir hareketin ilk adımı olmasından korkmakta ya da bunu umut etmektedir.¹⁸

5. Değerlendirme

Lozan Antlaşması, Türkiye ülkesinin tapusunu Türkiye'de yaşayan tüm halklara vermiştir. Gayrimüslim Türk uyrukları, tüm Türk uyrukları, Türkçe'den başka bir dil konuşan Türk uyrukları ve Türkiye'de oturan herkes olmak üzere dört grup üzerinde durulmuş ve bunların her birine farklı (ve yer yer benzer) haklar tanınmıştır. Halkın birlikte yaşama, ak ve kara günü birlikte paylaşma, dayanışma, birlikte üretme, birlikte zenginleşme ve çağdaşlaşma iradesini güçlü bir biçimde taşıyan ülkenin asli unsuru olan alt kültürler, kendilerini tali unsur haline getirmeye ve daha sonra da farklılıkları kurumsallaştırmaya izin vermezler; çözümün ve çıkarların Lozan Antlaşması'nda bulunduğunu kabul ederler. Antlaşma'nın düzenlediği grupların ve bunlara tanınan hakların ne olduğu, bugün bunlardan hangilerinin kullanılabilirdiği, hangilerinin niçin kullanılmadığı iyi anlaşılmalıdır. Anadolu insanı, çok ulusluluk ve çok hukukluluk esasını benimseyen Sevr hayalcilerinin tuzağına düşmez; ama demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün nimetlerinden yoksun bırakılmayı da kabul etmez. Çünkü Lozan Antlaşması çağdaş dünyaya açılmanın bir fırsatı, tüm yurttaşların geleceği ve çıkarıdır, ayak bağı değil. Antlaşma'nın 38, 39, 40, 41, 42, 43 ve diğer maddelerde yer alan hakları kullanma talebi, çok kültürlülüğün doğal bir sonucu, demokrasi ve insan haklarının gereğidir. Ülke insanlarının tümü-

¹⁸ Alain Bocker, *Azınlık Hakları, Üniter Devlet, Fransız Örneği*, Kopenhag Kriterleri (yayına hazırlayan Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu), s. 253 vd.

nü çağdaş demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarının nimetlerinden eşit ve adil bir biçimde yararlandırarak, azınlıkçı, ayrışmacı ve ayrılıkçı hareketlerin önüne geçilebilir.

Geçmişten günümüze değin devlet ve toplum önderlerinin “*gaflet ve dalalet*” düzeyindeki tutumları yüzünden Lord Curson’un bugün haklı çıktığını görüyoruz: Hani O, “*ne diyorsanız veriyoruz, ileride bunları teker teker geri alacağız*” demişti ya, işte o günleri yaşıyoruz. Söke söke aldığımız hakları, birer birer kaybediyoruz. Toplumun büyük bölümü olup bitenden habersizdir. Gelişmeleri izleyenler ise ikiye bölünmüş durumda; Lozan Antlaşması’nın “*ömrünü tamamlamış*” bir belge olduğunu savunan ve bu belgeyi iyice delik deşik ettikten sonra rafa kaldırmayı isteyen “*Sevr bağlıları ve hayalci-leri*” bir yanda; Lozan Antlaşması’nı özüyle, ruhuyla ve sözüyle geçerli, sağlam ve canlı tutunlar öte yanda yerlerini almışlardır. Lord Curson bu ayrışmayı görse zevkten dört köşe olurdu. Çünkü, ülkemizde yüz binlere ulaşan Lord Curson’lar “*zevkten dört köşedirler.*” Gaflet ve dalalet içinde olanların sayısı ve etkinlikleri ne kadar çoğalırса çoğalsın, haklı ve akıllı bir temele dayanan Lozan Antlaşması (özü ve sözüyle) varlığını sonsuza değin sürdürecektir.

5187 SAYILI YENİ BASIN KANUNU

Araş. Gör. Barış GÜNAYDIN*

1. BASIN HUKUKU

İletişim ve hukuk sosyal bilimlerin iki farklı disiplini olsa da kesiştikleri çok ortak nokta bulunmaktadır. Ünlü bir Latin atasözüne göre "*Nerede toplum varsa orada hukuk vardır.*"¹ Her sosyal ilişkinin sonucunda bir hukuksal durum ortaya çıkacaktır. İletişim literatüründe de insanoğlunun bulunduğu her ortamda iletişimin varlığından söz etmenin mümkün olduğu ifade edilir. Sessizlik de bir anlam taşıdığı için iletişimsizlik mümkün değildir.²

İletişimin kitlesel boyut taşıyan kullanım biçimine kitle iletişimi adı verilmektedir.³ Kitle iletişim araçları aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimin bu biçimi, üzerinde en çok araştırma ve tartışma yapılan yönünü oluşturur. Hukuk alanında iletişimin bu kullanım biçimini medya hukuku, basın hukuku, radyo ve televizyon hukuku gibi adlar taşıyan hukuk dalları inceler. Kitle iletişim araçlarının ya da ortamlarının genel adı, dilimizde medya olarak anılmaktadır. Bu nedenle medya hukuku kavramı diğerlerini de kapsayıcı nitelikte görülmektedir.

İletişim, aynı zamanda genel hukuk kuralları çerçevesinde tanınmış bir hak ve özgürlüktür. İletişimin kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen boyutu da bu hak ve özgürlüğün bir başka kullanım biçimini ifade eder. En genel biçimde kitle iletişimi, düşünceyi açıklama ve ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile yakından ilişkilidir. İletişim özgürlüğü kavramı da bu çerçevede anlam kazanmaktadır.

* Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi Basın ve Yayın Bölümü;
barisg@anadolu.edu.tr

¹ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 2.

² Yüksel, Erkan, *Medyanın Gündem Belirleme Gücü*, Çizgi Kitabevi Konya, 2001.

³ a.g.e., s. 2

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde "hukuk", "toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü" ve "bu yasaları konu alan bilim" şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı sözlükte "iletişim" kavramı için "duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme" ve "telefon, telgraf, televizyon, radyo gibi araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi" biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak iletişim literatüründe kavramın 160'ın üzerinde tanımı bulunduğu, 4560 farklı kullanımına rastlandığı ve daha sonra 15 ayrı anlam üzerinde kategorileştirilebildiği gibi bilgilere ulaşılmaktadır.⁴ En genelleyici biçimde iletişim, taraf olanların yarattıkları ortak anlamların ortak paylaşımı biçiminde işleyen bir süreç olduğu ifade edilebilir.⁵

Toplumdaki kişi ve kurumların eşit haklara sahip olarak ve eşit yükümlülükler altında sürdürdükleri ilişkileri düzenleyen hukuk alanına "özel hukuk" denilmektedir.⁶ Bu alana giren hukuk dalları medenî hukuk, ticaret hukuku, borçlar hukuku ve devletler özel hukuku'dur. Toplumsal örgütlenmeyi ve kişi ile toplum ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları bütünü "kamu hukuku" kolunu oluşturur. Kamu hukuku alanına ise Anayasa hukuku, idare hukuku, mali hukuk gibi hukuk dalları girmektedir.⁷ Hukuk alanındaki özel ve kamu hukuku biçimindeki bu ayrımın kökenleri Roma Hukuku'na kadar uzanmaktadır.⁸

Türkiye'de de kamu ve özel hukuk ayrımı kabul edilmektedir. Ancak hangi hukuk disiplinlerinin kamu hukukuna, hangilerinin özel hukuka girdiği konusu tartışmalıdır. Bu konuda yapılan sınıflandırmalar az ya da çok subjektif özellikler taşınmaktadır. Kamu hukuku ve özel hukuku ayrımında hangisine gireceği tartışmalı olan hukuk kollarına "karma hukuk dalları" başlığı altında toplanmaktadır. İş hukuku, fikir hukuku gibi dallar bu gruba girmektedir.⁹

Basın özgürlüğü ve bunun kullanımını düzenleyen ve kitle iletişim araçları içerisinde yer alan gazete dergi gibi basılmış eserlerin basımı ve yayımı ile ilgili kavram, kurum ve faaliyetleri inceleyen hukuk dalına ise "Basın Hukuku" adı verilmektedir. "Medya Hukuku" kavramı ise basılı yayınlar ile birlikte kitlesel iletişime olanak veren her türlü elektronik ortam aracılığıyla yapılan yayınları da kapsayacak biçimde kitle iletişimini konu alan kavram, kurum ve faaliyetleri bir arada incelemektedir.

⁴ a.g.e., s. 1-2

⁵ a.g.e., s. 1-2

⁶ Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 97.

⁷ a.g.e., s. 109.

⁸ a.g.e., s. 95.

⁹ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 88.

Sürelî bir yayın çıkarmak için yapılması gerekenler, basın kuruluşlarının yayın faaliyetleri sırasında uyması gerekenler, hukuki ve cezai sorumluluk, kişilik haklarının ihlali gibi basın yolu ile işlenen suçlar, yargılama usulü ve davalar basın hukuku'nun temel konularını oluşturmaktadır. Bu yapısı ile basın hukuku, "karma hukuk" dalında yer almaktadır.

Anayasa'da "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlığı altında düzenlenen "basın özgürlüğü", böylece anayasal bir güvenceye sahip olmuştur. Bu hüküm gereğince basın hukuku, Anayasa hukuku ile ilişkili görülmektedir. Ayrıca düzeltme ve cevap hakkı, sürelî ve süresiz yayın hakkı ve basın araçlarını korunması hükümleri çerçevesinde de Anayasa'ya başvurmak gerekmektedir. Öte yandan basın yoluyla kişilik haklarının ihlali ve haksız fiile ilişkin konular, medeni hukuk ve borçlar hukuku içerisinde ele alınmaktadır. Dolayısı ile basın hukuku, diğer özel hukuk dalları ile ilişki içerisinde bulunmaktadır. Ayrıca basın suçu ve basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı cezai sorumluluk ve yargılama usulü ise ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun kavram ve kurumları ile ilişkilidir. Dolayısı ile karma hukuk dalı içerisinde yer alan basın hukuku, bir çok özel hukuk ve kamu hukuku dalı ile ilişki içerisinde yer almaktadır.

Bu noktadan sonra artık dünyada ve Türkiye'de basın hukuku düzenlemeleri üzerinde durulmalıdır.

2. DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE BASIN HUKUKU DÜZENLEMELERİ

Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü (BYEGM) tarafından yurt dışında Basın Müşavirliği bulunan ülkelerdeki basın mevzuatını ortaya koymayı amaçlayan "Basınla İlgili Mevzuat" adlı çalışmada anayasalar ve basına düzenleme getiren ana mevzuat ve kısmen de ceza kanunları ele alınarak bir karşılaştırmaya gidilmektedir.

Yazılı bir anayasanın bulunmadığı İngiltere ve Suudi Arabistan dışındaki ülkelerin Anayasa, Basın Kanunu ve Basın Kanunu yerini alan kanunlarında basın hukukunu düzenleyen hükümlere yer verilmektedir. BYEGM'nin değerlendirmesine göre Türk Anayasası, basın özgürlüğü ile ilgili olarak, gerek hakların gerekse kanunu sınırlamaların belirtilmesinde, diğer anayasalara oranla daha ayrıntılı hükümler içermektedir.

BYEGM'nin değerlendirmesine göre genel olarak inceleme konusu her ülkenin mevzuatında basın özgürlüğünün varlığı belirtildikten sonra, bu özgürlüğün bir yandan ülkenin milli menfaatlerine aykırı olarak, diğer

yandan yine Anayasa ile teminat altına alınmış kişi haklarını ihlal edecek şekilde kötüye kullanılmasını önleyecek hükümlere yer verilmektedir. İnceleme konusu bütün ülkelerde, bir yayın nedeniyle mağdur olan kişilere düzeltme ve cevap hakkı tanınmış, ayrıca bu yayınlardan zarar gören kişilerin tazminat talep edebileceği belirtilmiştir. Yine incelenen ülkelerden İtalya'da gazete ve dergi çıkartma yargı organlarından alınacak izne tabi iken, Yunanistan'da genellikle izin verilmekte birlikte, Basın ve Enformasyon Sekreterliği'nin izni aranmaktadır.

Basın kanunu açısından incelenen ülkeler bazında bir karşılaştırma yapılırsa yazılı bir anayasa metni bulunmayan İngiltere'de yazılı bir Basın Kanunu'nun da bulunmadığı dikkati çekmektedir. İngiltere'de basınla ilgili düzenlemeler kaynağını geleneksel olarak ortaya çıkan yargı ve mahkeme kararlarından oluşan "Common Law" (Genel Kanun) ile yerel otoritelerin ve kuruluşların koydukları kanunlardan almaktadır. Bu tür kanun ve kurallar da "Essential Law for Journalist" (Gazeteciler için gerekli kanun/düzenlemeler) adlı rehberde toplanmıştır. Federal Almanya'da da her eyaletin ayrı Basın Kanunu bulunmaktadır. Ancak bunların tümü 1960-1963 yılları arasında özel bir komisyonca hazırlanan bir model göz önüne alınarak değerlendirildiğinden aralarında önemli bir farklılık bulunmadığı kaydedilmektedir. Bunun dışında Belçika, Fransa, İtalya, Avusturya, Yunanistan, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Japonya, Rusya Federasyonu, Pakistan, Özbekistan, Tacikistan, Kazakistan, Türkmenistan, Azerbaycan, Suudi Arabistan, Mısır ve İran hukukunda Basın Kanunu bulunmaktadır. İleride yeri geldikçe BYEGM'nin bu çalışmasına yine değinilecektir.

Türkiye'de ise 1982 Anayasası'nda basın özgürlüğüne yer verilmekle birlikte basınla ilgili düzenlemelere ayrı bir kanunla gidilmiştir. Son olarak düzenlenen ve 26 Haziran 2004 günü yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu bundan sonraki başlıklarda yasalaşma süreci ve değerlendirilmesi ayrı bir biçimde açıklanacaktır.

3. 5187 SAYILI BASIN KANUNU'NUN YASALAŞMA SÜRECİ

Yeni Basın Kanunu hakkındaki "Kanun Tasarısı" çalışmalarına 2000 yılında başlanmıştır. Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu, Prof. Dr. Nevzat Toroslu, Avukat Fikret İlkiz ve Av. Gülten Günay tarafından hazırlanmış olan ilk taslak 57. Hükümet döneminde 2001 yılı Mart ayında açıklanmıştır. Türkiye Gazeteciler Cemiyeti (TGC), 28 Mart 2001 günü Ankara'da basından sorumlu Devlet Bakanı Rüştü Kazım Yücelen'i ziyaret ettiğinde Basın Kanunu Taslağı kamuoyuna açıklanarak tartışmaya açılmıştır. Bu Tasarı 14 Şubat 2002'de

Ankara’da yapılan bir toplantı ile herkesin görüş ve tartışmasına açıldı. Söz konusu tasarı Bakanlar Kurulu gündemine 4 Mart 2002 tarihinde alındı. Ancak o tarihte Bakanlar Kurulu Basın Kanunu konusundaki bu taslağı tasarı olarak değerlendirerek Meclis’e göndermek yerine 5680 sayılı Basın Kanunu’nun birkaç maddesinde değişiklik yapılmasını tercih etmiştir. Dolayısıyla hazırlanan taslak rafa kaldırılmıştır.

59. Hükümet yeni bir basın yasası yapılması kararını gündeme alınca 4 Mart 2002 tarihindeki Basın Kanunu Taslağı’nı tamamıyla değiştiren yeni bir Tasarı ortaya çıkmıştır. Basından sorumlu Devlet Bakanı Beşir Atalay Yeni Basın Kanunu Taslağı’nı 17 Temmuz 2003 günü Meclis’te yaptığı basın toplantısı ile tanıtmıştır. Daha sonra da bu taslak Bakanlar Kurulu’nda “Kanun Tasarısı” olarak kabul edilerek, 24 Mart 2004 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) gönderilmiştir.

Bakanlar Kurulu’nca 3 Mart 2004 günü kararlaştırılan ve TBMM Başkanlığı’na iletilen Basın Kanunu Tasarısı’nın genel gerekçesine bakıldığında, şu ifadelere yer verildiği dikkati çekmektedir:

“Artık evrensel bir nitelik kazanmış olan iletişim alanı, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile onun temel araçlarından biri olan basın özgürlüğü kavramlarını yeniden ele almayı, bütün uygar ülkelerin benimsediği ilke ve kuralların içselleştirilip yürürlüğe konulmasını gerekli ve zorunlu kılmasından hareketle ve günümüzün şartlarına uygun olarak basın özgürlüğünün ve düşünce özgürlüğünün sağlanması, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun bir Basın Kanunu hazırlanması, 15 Temmuz 1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu’nun yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir.

Evrensel demokrasi anlayışının ortaya çıkardığı bir önemli kavram da bilgi edinme hakkı, doğru bilgiye ulaşma ya da başka bir deyişle gerçeği öğrenme hakkıdır. Bu yürürlükteki bakış açısı karşısında düşünceyi açıklama özgürlüğü ve basın özgürlüğü, onu kullananlar açısından bir özgürlük olduğu kadar, gerçekleri öğrenmek özgürlüğüne sahip birey ve kitleler açısından da temel bir hak niteliğindedir.

Çoğulcu, özgürlükçü, hoşgörülü, demokratik toplumlarda, düşünceyi açıklama özgürlüğü, sadece genel kabul gören ve zararsız yahut önemsiz adledilen düşünceler yönünden değil, aynı zamanda halkın bir kısmı tarafından benimsenmeyen kural dışı, hatta endişe verici düşünceler için de geçerli olmalıdır.

Demokratik rejimlerde, kamuoyunun oluşması ve bilinçli bir şekilde işlemesi, düşüncelerin ve haberlerin en yaygın ve hızlı bir şekilde dolaşımını gerekli kılmaktadır.

Öte yandan yaratıcı, artistik ve bilimsel düşüncelere özgürce sahip olunamaması ve bunların özgürce açıklanamaması, her toplumda var olan yaratıcı zekanın

ve onun insanlığın gelişimine olan katkısının aşağılanması anlamına gelecektir. Bilimin değişik alanlarında bilgi sahibi olmaya yönelik eğitim ihtiyacının karşılanması da düşünce özgürlüğünün bir gereğidir.

Düşüncelerin toplumda dolaşımı, kanın vücuttaki dolaşımına benzer bir işlev yerine getirmekte ve sosyal hayata gerekli oksijeni sağlamaktadır. Bu dolaşımın, en geniş, en hızlı ve en nüfuz edici şekilde gerçekleşmesini sağlarken, başkalarının düşünce özgürlüğüne, iyi niyetine, şerefine, itibarına veya toplumun temel değerlerine ve inançlarına zarar verebilen durumların giderilmesi de zorunludur."

Gereğlerinde bu ifadeler bulunan Basın Kanunu Tasarısı 5187 numarası ile, mecliste üzerinde en az konuşulan, en az tartışılan bir kanun olarak 9 Haziran 2004 günü TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 26 Haziran 2004 günü 25504 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece 54 yıldır yürürlükte olan, 15 Temmuz 1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanun'un yürürlük tarihinde 5680 sayılı Basın Kanunu gereği mevkuhte neşredenler, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereği mevkuhte neşretmekten alkonulamazlar." Hükümün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) tarafından Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır.

4. 5187 SAYILI BASIN KANUNU'NA GENEL BAKIŞ

9 Haziran 2004 kabul tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu, 26 Haziran 2004 tarihli ve 25504 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yeni Basın Kanunu 15 Temmuz 1950 tarihinden beri yürürlükte bulunan 5680 sayılı Basın Kanunu'nu yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu daha önce on beş kez değişikliğe uğratılmış ve en son iki yıl önce, 15 Mayıs 2002 kabul tarihli 4756 sayılı, 3 Ağustos 2002 kabul tarihli 4771 sayılı ve 2 Ocak 2003 kabul tarihli 4778 sayılı kanunlarla değişiklik yapılmıştır.

Yeni Basın Kanunu ile gerçekleştirilen en önemli değişiklik, 1950'den beri yürürlükte olan Basın Kanunu'nun dilinin güncelleştirilmesi olmuştur. Örneğin mevkuhte, gayri mevkuhte, neşir ya da neşriyat gibi kimi kavramlar yeni Kanun metninde güncel dildeki karşılıkları ile kullanılmıştır.

Yeni Kanun'da süreli, süresiz yayın tanımlarının yanı sıra; yaygın, bölgesel ve yerel süreli yayın gibi yayın türlerine yer verilmiştir. Kanunun para cezalarına ilişkin maddelerinde de yayın türlerine yönelik bu ayırım dikkati çekmektedir. Kanun'un ikinci en önemli farklılığı ise para cezalarının söz konusu yayın türlerine göre düzenlenmesidir. Gerçekten de Türkiye çapında yayın yapan bir gazete ile herhangi bir il ya da ilçede sınırlı sayıda kişinin yayınladığı bir gazetede işlenen basın suçuna aynı ceza verilerek yaygın yayın yapan basın organı ile yerel yayının eşit derecede nitelendirilmesi kanaatimizce pek adilane bir uygulama olmayacaktır.

5187 sayılı Kanun'un üçüncü maddesinde ayrıca, "*Basın Özgürlüğü*" ifadesine yer verilmiştir. Yürürlükten kaldırılan Basın Kanunu'nun 1. maddesinde "*Basın serbesttir*" ifadesine yer verilmiş, ancak basın özgürlüğüne ilişkin herhangi bir göndermede bulunulmamıştır. Ancak yeni kanun metninde anayasal güvence altına alınmış "*Basın Özgürlüğü*" kavramı, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde yer alan "*İfade Özgürlüğü*" kavramı ile tanımlanmış ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasının da ancak AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlandırma nedenleri ile mümkün olabileceği hükme bağlanmıştır.

Yürürlükten kaldırılan Basın Kanunu ile yürürlüğe giren Kanun metni arasındaki farklılıklardan biri, beyanname verme usulü konusundadır. Beyanname, bildirme demektir ve önceki 5680 sayılı Basın Kanunu'na göre en büyük mülki amirliğe; eş deyişle yerel yönetimlerde en yüksek devlet makamına, yayın faaliyetini bildirmek için verilir. Bunun amacı bilgilendirmektir. 5680 sayılı yürürlükten kaldırılan Basın Kanunu'na göre yayınlanacak olan süreli yayınlar bakımından beyannamenin "*Yayın nerede çıkarılacaksa o yerin en büyük mülki amirliğine verilmesi*" öngörülmüştür. Ancak yeni Kanun metninde beyannamenin verilmesi ve incelenmesi bakımından yayıncının bulunduğu yer Cumhuriyet Savcılığı'nı yetkilendirilmektedir.

Beyannamenin Cumhuriyet Savcılığı'na verilmesi, kanaatimizce uygun bir düzenleme olarak görülmemektedir. Çünkü aynı şekilde Kanun'un teslim yükümlülüğünü öngören hükmünde de "*Basımcı, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtımın ve yayımın yapıldığı gün, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslimi ...*" denilmektedir. İçel¹⁰ bu konuda şöyle kaydetmektedir: "*Dünyanın hiçbir yerinde çıkan eserlerin, yayınların Cumhuriyet Savcılığı'na tevdi edilmesi gibi bir sistem yoktur. Avrupa Birliği'nin hiçbir ülkesinde yoktur. Tevdii ve teslim yükümlülüğü masrafa girmeden devletin arşivini ve kütüpha-*

¹⁰ İçel, Kayıhan, "Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Mayıs 2004.

nelerini zenginleştirmek için yapılır. Halbuki buradaki teslim yükümlülüğünün kaldırılması gerekiyor. Bunun konulması ve bununla Cumhuriyet Savcılığı'na yine yetki verilmesi son derece sakıncalıdır. Bunun yapılması basın özgürlüğü ile bağdaşmaz. Savcılığa kitabın, eserlerin verilmesi ön sansürün görünümüdür. Bunun hala basın özgürlüğünden bahsedilen bir kanunda yer alması sakıncalıdır." Dolayısı ile beyannamenin yargılama sürecinin bir ögesi olan Cumhuriyet Savcılığı'na verilmesinin ne gibi bir anlamı bulunduğu tarafımızdan anlaşılamamaktadır.

Her iki kanun metni arasındaki önemli farklılıklardan biri de düzeltme ve cevap hakkının kullanımına ilişkin sürelerin düzenlenmesi konusundadır. Bu konuya ilişkin değerlendirmeye kitabın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

"Yargıyı Etkileme" başlıklı maddeyle getirilen suçun konusu bir diğer farklı hükümdür. 5187 sayılı Kanun'un 19. maddesinde bu başlıklı hükme göre, "Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır." Dolayısı ile bu hüküm yalnızca yayın ile ilgili bir hükümdür. Eş deyişle, hazırlık soruşturulmasında, henüz daha takipsizlik kararı verilmeden ve de kamu davası açılmadan önce hazırlık soruşturmasındaki bir belgenin yayımlanmasını konu almaktadır. Bu konuda lehe, aleyhe beyanda bulunulması da yayın suçudur. İkinci fıkrada, "Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır" denilmektedir. Dolayısı ile görülmekte olan davalar sonuçlanana kadar yargıyı etkileyici nitelikte yayında bulunmak suçtur.

Kanaatimizce, 19. madde neredeyse "adli haber" kapsamına giren haberlerin tümüyle yayımını yasaklamış olacaktır. Bir cinayet ya da dolandırıcılık haberinin yanı sıra yolsuzluk haberleri de sansüre uğrayacaktır. "Saydam ve temiz toplum" kavramları da işlemez hale gelecektir. Bu nedenle sınırlandırmanın "haber vermenin sınırlarını aşan" durumlar için söz konusu olmasının sağlanması gerekmektedir. Çünkü iddianameden kısa bir alıntı yapmak veya duruşmada savunma yapan sanığın sözlerini habere dönüştürmek bile "yargıyı etkileme" sayılarak gazeteciler hakkında sürekli dava açılması söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce maddenin başlığının "Yargıyı etkileme" yerine "Adli haber" olarak değiştirilmesi amacına daha uygun olacaktır. Çünkü radyo ve televizyonlar için herhangi bir ayrıntılı sınırlama bulun-

mamaktadır. “Yargıyı etkileme” gibi bir kavramdan hareketle ve yapılan yayınların yargıyı etkilediği bahane edilerek yargı aşamasındaki her olayla ilgili yayına yönelik bir yayın yasağı ya da sansüre olanak tanınması doğru olmayacaktır. Kanun metninin esasen korumak istediğinin “sanık ve sanığın masumiyeti” olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu düzenleme ile esasen yargılanmamış veya yargılaması sürerken bir kişinin kamuoyu önünde suçlu olarak gösterilmesinin yanlışlığı ele alınarak sanık korunmaya çalışılmıştır. Aksi düşünüşle yargı aşamasındaki davaların hiçbir şekilde yayınlanmaması gibi bir uygulamaya gidilmesi halinde ortaya çıkan uygulama basın özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelecektir.

Yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu’na göre “cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirme” suç sayılmaktadır. 20. maddeye göre artık bu filer hakkındaki haberlerde, haber vermenin sınırları aşılmayacaktır. Okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar suç işlemiş sayılacak ve bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacaklardır. Yeni Basın Kanunu intihar olayında “haber verme sınırlarının aşılması” halinde cezalandırmayı kabul etmektedir. 5680 sayılı yürürlükten kaldırılan Kanunda “cinayet” haberleri için böyle bir cezalandırma olmadığı gibi “cinsel saldırı” olayları hakkında da düzenleme bulunmamaktadır. Bundan böyle, okuyucuyu bu tür fiillere “özendirmek” ifadesinden ne kast edildiğini bilmemiz gerekmektedir. Çünkü yürürlükteki bir kavram olarak “özendirmek” fiili kanuna girmiştir. *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*’nde “özendirmek” sözcüğü, özenmesini sağlamak, teşvik etmek anlamlarına gelmektedir. “Teşvik etmek” deyimini ise sözlükte, “isteklendirmek, özendirmek” ve mecazi anlamda da “bir kimseyi kötü bir iş yapması için kandırmak, kıskırtmak” biçiminde tanımlanmaktadır. Kanaatimizce bu sözcük, farklı yorumlara neden olabilecek ve uygulamada sorunlar yaratabilecek niteliktedir.

Dağıtım konusu ile ilgili yeni düzenlemeye ise 23. maddede yer verilmiştir. Dağıtım şirketlerinin sorumluluğuna ilişkin bu düzenlemeye göre süreli yayınların dağıtımını üstlenen kişi sadece kendi yayınlarını değil, kendine başvuran diğer yayınları da dağıtmak zorundadır. Bu yükümlülüğe aykırı davrananlar hakkında yayının toplam bedelinin yarısından fazla ağır para cezası getirilmiştir. Bu durum ceza hukuku ile özel hukukun karşılaştığı bir alana ilişkin olup, devletin bu tür bir yaptırım uygulaması eleştirilebilir. Diğer yandan konuyu rekabet hukuku kuralları içerisinde değerlendirmek de olasıdır.

“El Koyma, Dağıtım ve Satış Yasağı” başlıklı 5187 sayılı Basın Kanunu’nu 25. maddesi, yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Kanun’un ek 2. maddesindeki düzenlemeyi daraltmıştır. Hükme göre, belirli kanunlarda yer alan suçların yayın organları vasıtasıyla işlerliğini tespit eden ya da haber alan

savcılık hakime müracaat edebilir ve hakim basılmış eserlerin tamamına el koyabilir yani toplatabilir. Böylece henüz aleniyete kavuşmamış, topluma dağıtılmamış olan eserlere el konabilmektedir. Aslında bu durum kanunun kendi koyduğu prensip ile çatışmaktadır. Çünkü basın suçunun yayınla oluşacağı ifade edilmiştir. Ortada teknik olarak işlenmiş olduğu varsayılacak ancak aleniyete kavuşmamış bir suç olsa bile, bu suçlunun peşinen kabulü ve yargısız infaz anlamına gelebilecek bir sonuçtur.¹¹

Yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'ndaki bir diğer önemli farklılık, dava sürelerine ilişkindir. Yeni düzenleme ile dava açma sürelerinde öngörülen altı ay ve bir yıllık süre, günlük süreli yayınlar için iki ay ve diğer basılmış eserler yönünden dört aya indirilmiş durumdadır.

Son olarak yeni Basın Kanunu'nda internet yayınlarının kanun kapsamında değerlendirilmemesi de dikkat çekicidir. Yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Kanun'un Ek Madde 9'da yer verilmiş olan bilişim teknolojileri ile yapılan yayın ve internet ortamındaki yayıncılık konusuna yeni Kanun'da yer verilmemiştir. Dolayısı ile internet yayıncılığı Basın Kanunu kapsamı dışında görülmüştür. Kanaatimizce bu durum olumlu olarak değerlendirilmektedir. İnternet yayıncılığının başka bir kanun ile düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan cezai sorumluluk ve hapis cezalarını iki madde için hala koruması, para cezalarının özellikle yerel medya kuruluşları için yüksek miktarda olması yeni kanunun kanaatimizce olumsuz olan yanlarını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu'ndan farklı olarak "*Basın Özgürlüğü*" kavramına yer veren 5187 sayılı Basın Kanunu'nun cezai sorumluluk bakımından hapis cezalarını muhafaza etmesi ve para cezalarının özellikle yerel basın kuruluşları için yüksek miktarda olması, "*Yargıyı Etkileme*" başlıklı düzenlemenin sansüre yol açabilmesi olasılığı diğer eleştirilecek yanlarıdır.

4.1 Basın Kanunu'na Göre Yayım ve Yayın Kavramları

Yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu ve yürürlükteki Basın Kanunu arasında kavramlar açısından anlam ilişkisi bazında bazı farklılıklar söz konusudur. *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'ne göre "*yayım*", "*kitap gazete gibi*

¹¹ Alacakaptan, Uğur, "Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Mayıs 2004.

okunacak şeylerin basılıp dağıtılması", "herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla seyirciye ulaştırılması, neşir" anlamlarına gelmektedir. "Yayın" ise "basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete gibi okunan veya radyo televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan iletilen şey, neşriyat" olarak ifade edilmektedir.

Yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesine göre "yayın" kavramı "neşir" olarak ifade edilmektedir. Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı fiilleri "yayın" faaliyeti olarak sayılmıştır.

Gösterilme, basılmış eserin herkes tarafından görülebilecek bir yere konulmasını ifade eder. Gösterilme terimi "teşhir" kavramını karşılık olarak asılmayı da kapsasa da asılma fiili ayrıca belirtilmiştir. Kanunda ayrıca asılma kavramı kullanılmış olsa bile, gerçekte, kitap, gazete, dergi gibi çok sayfalı basılmış eserler hakkında "gösterilme"; "tek yapraklı ilan, bildiri" gibi yayınlar için ise asılma teriminin kullanılması uygun düşmektedir. Dağıtılma, basılmış eserlerin halka yayılması, halkın eline ulaşmasını ifade eder. Dağıtılma şeklindeki yayınlarda yayımın gerçekleşmesi açısından ulaşılan kişilerin sayısı çok önemlidir. Satılma kavramı, dağıtılmanın bir bedel karşılığı yapılması anlamına gelir. Dağıtılmada ücretsiz, bedelsiz olarak verilen basılmış eser, burada belirli bir bedel karşılığı olarak verilmektedir. Basılmış eserin topluma açık bir yerde okunması suretiyle içeriğinin duyurulması da "dinletilme" şeklinde bir yayın çeşidi olacaktır. Bu kavramı basılmış eserin içeriğinin kamuoyuna duyurulması olarak anlamak gerekir. Dinletme, genel anlamda kaset, cd, radyo gibi araçlardan kayıtlı seslerin başkalarına duyurulması anlamına gelmekle beraber, kaset ve benzeri araçlar Basın Kanunu anlamında basılmış eser sayılmadığı için, bu araçlarla kaydedilmiş seslerin başkalarına duyurulması, Basın Kanunu anlamında "yayın" sayılmayacaktır.¹² Satışa arz kavramı, basılmış eserin satılması amacına yönelik her türlü hareketleri ifade etmektedir. Bir basılmış eserin satışa çıkarılması anlamına gelen her hareket "satışa arz" anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu "yayın" fiili içinde değerlendirilecek durumları sayma suretiyle belirtmiş olsa da kavramın sınırlarını oldukça geniş tutmuştur.

Yürürlükteki 5187 sayılı Kanun'da da "yayın" faaliyeti tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde bu tanım yapılırken, mevcut düzenlemede olduğu gibi sayma usulüne gidilmemiş, "bu usulün sakıncalarını gidermek amacıyla

¹² Erman, Sahir ve Özek, Çetin, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İzahlı Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000, s. 32-33

yayın için basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmuş olması yeterli görülmüştür, bunun iradi olması gerekmektedir” denilmiştir. Ancak; basılmış eserlerin herhangi bir şekilde kamuya sunulması kavramı günümüz gelişen teknolojileri içinde kapsayacağı alanın büyüklüğü nedeniyle hangi durumları kapsadığı konusunda bir netlik söz konusu değildir.

Hükme bağlanan süreli yayın tanımına günlük, haftalık veya başka bir süre ile yayımlanan gazeteler; haftalık, aylık veya daha fazla süreli dergiler ve yıllıklar gibi belli aralıklarla yayımlanan basılmış eserler ile resmi veya özel haber ajanslarının yayımladıkları bültenler dahildir.

KAYNAKÇA

Bilge, N., *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi Ankara 1996.

Erman, S. ve Özek, Ç., *Açıklamalı Basın Kanunu ve İzahlı Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000.

Güriz, A., *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.

İlkiz, F., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü Açısından Basın, Radyo ve Televizyon Kanunlarının Değerlendirilmesi”, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, Ceza Hukuku Derneği yayınları, İstanbul 2003.

Yüksel, E., *Medyanın Gündem Belirleme Gücü*, Çizgi Kitabevi, Konya 2001.

KİTAP, DERGİ VE GAZETELER

Basınla İlgili Mevzuat, Başbakanlık Basın-Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, Ankara.

Güncel Hukuk Dergisi (5-6), “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı”, 2004.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozara.htm>. Erişim Tarihi: 9 Eylül 2004.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa2004.htm>. Erişim Tarihi: 10 Eylül 2004.

Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr> Erişim tarihi: 15 Eylül 2004.

FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR ALEYHİNE İŞLENEN SUÇLARIN KOVUŞTURULMASI VE YARGILAMASINDA SORUNLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI*

Mustafa ALBAYRAK**

GİRİŞ

Çalıştığım Yargıtay 7. Ceza Dairesi özel yasalarda düzenlenen suçların temyiz incelemesini yapmaktadır. Fikri ve sınâî haklar aleyhine işlenen suçlar da dairemizin görev alanında olan suçlardır. Çalıştığım süre zarfında incelemiş olduğum dosyalarda sorun olarak gördüğüm noksanlıklarla ilgili dairemizin görüşlerinden de yararlanarak düşüncelerimi arz edeceğim. Ele aldığım sorunlar genellikle fikir ve sanat eserleri ile markalar aleyhine işlenen suçlarla ilgili olacaktır. Böyle olmasının sebebi daireye en çok bu suçlara ilişkin davaların gelmiş olmasıdır. Kaldı ki burada ele alacağım konular bu iki mevzuatın tüm sorunlarını kapsadığı söylenemez.

Amacım tespit ettiğim konuların hukuçu bilim adamlarımız tarafından ele alınıp tartışılmasıdır.

A. YARGILAMA ÖNCESİ SORUNLAR

1. Suçun İhbarı ve Olaya Elkonulması

Fikri ve sınâî haklar aleyhine işlenen suçların kovuşturmaları şikayete bağlıdır.¹ Buna göre şikayet hakkı sahipleri² ilgili makamlara (Cumhuriyet

* Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye'de Fikri ve Sınâî Mülkiyet Haklarının Etkin Korunması Semineri'ne (9-10 Eylül-2004 Ankara) sunulan tebliğ kısaltılarak ve bir kısım ilaveler yapılarak yayınlanmaktadır.

** Yargıtay Tetkik Hâkimi; m.albayrak@yargitay.gov.tr

¹ 5846 sayılı FSEK madde 75, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK 61/A-c

² Örnek olarak aldığımız 5846 sayılı Kanun'da (74. madde) şikayet hakkı olanlar;
1. Hakları tecavüze uğrayan kimseler,

Savcısı, polis ve jandarma) şikayetlerini bildirmek zorundadırlar. Bu bildirim üzerine kolluk makamı harekete geçip delilleri toplamaya mecburdur. Edindiğimiz bilgilere göre bu aşamada karşılaşılan en önemli sorunlar:

1. Suçüstü hali olmasına rağmen ilgililerin harekete geçmemesi.

2. Arama kararı mahkemeden istendiğinde yeterli delil olmadığından bu kararın verilmemesi.

Suçun işlenmesinden sonra suça elkoyma devletin görevleri arasındadır. Devlet bu görevini adli ve idari organlar eliyle yürütür. CMUK'un 153. maddesi "*Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz hukuku amme davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmağa mecburdur.*

Cumhuriyet Savcısı yalnız maznunun aleyhine olan hususları değil, lehine olan cihetleri de arar ve kaybolmasından korkulan delillerin toplanmasına ve zaptına çalışır" hükmünü içermektedir. Yine aynı Kanun'un 154. maddesi gereğince savcı, bu araştırmada zabıta makam ve memurlarını kullanır.

Kanunumuza göre hazırlık soruşturması bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Ancak savcıların iş yoğunluğu nedeniyle CMUK'un 154. maddesi gereğince soruşturma zabıtaca yapılmaktadır.

Cumhuriyet Savcısı bunlar arasında yetki ve görevi en fazla olduğu için (Keşif yapması, bilirkişi kurulu oluşturması gibi) soruşturmayı onun yapması en sağlıklı olanıdır. Çünkü asıl tahkikat vazifesi kendisine ait olduğu gibi hukuk mezunu, meslekten yetişme, ilmi ehliyeti ve bilgiyi haiz bulunması soruşturmayı iyi istikamet verebilecek mevkie olması sebebiyle olayların araştırılması Cumhuriyet Savcılarınca yapılması gerekir. Sayılan bu sorunların giderilmesi için biraz dikkat ve görev şuurunun yeterli olduğunu düşünüyorum.

2. Milli Eğitim Bakanlığı,

3. Kültür Bakanlığı,

4. Basın Yayın Genel müdürlüğü (36. maddeye göre genel menfaat düşüncesiyle yaralanılan eserlerde 71/4. maddesine aykırı olarak kaynak göstermeme halinde),

5. Türk Basını Temsil Eden Kuruluşlar,

6. Meslek birlikleri,

556 sayılı KHK ise şikayet hakkı olanlar (61/A-c);

1. 61/A-a ve b maddelerindeki sayılan suçlar için Türk Patent Enstitüsü (bu suçlar yukarıda (A) ve (B) başlığı altında açıklanan marka tescili ile ilgili suçlar ve marka tescilinden doğan hukuki işlemlerle ilgili suçlardır.

2. Marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayanlar (yukarıda tek tek sayılan suçların tamamından zarar gören kişilerin şikayet hakkı vardır),

3. 5590 veya 507 sayılı Yasa'ya tabi kuruluşlar

Arama kararı için delil ise aranması istenen yerde bulunan taklit veya korsan ürünlerdir. Bu aşamada dengenin sağlanması gerekir.

2. Arama Kararı Aldırılması

Bilindiği gibi 5846 sayılı Kanun 76. maddesi ile 556 sayılı KHK'nin 71. maddeleri bu mevzuata aykırılık nedeniyle oluşan ihtilaflara bakmak üzere görevli mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olduğunu kabul etmiş ve bu maddelerin uygulamasına ilişkin olarak HSYK'nin aldığı karara göre³ görevli mahkemeler belirlenmiş ve görevli mahkemelerin; Ankara, İstanbul ve İzmir'de ihtisas mahkemeleri, bunların dışındaki yerlerde Adalet Komisyonlarının bulunduğu yerlerdeki mahkemeler olduğu belirtilmiştir.

Komisyonların dışında bulunan mahkemelerin arama kararı vermede çekingen davrandıkları ve arama kararını ihtisas mahkemesinden veya yetkili mahkemeden alınması gerektiği gerekçe gösterilerek arama kararı vermedikleri görülmüştür.

Fikir ve sanat eserleri aleyhine işlenen suçların yargılaması 3005 sayılı Yasa'ya tabi, aynı şekilde markalar aleyhine işlenen suçlar da 3005 sayılı Kanun'a tabi işler gibi görülen acele işlerden sayılmışlardır. Suçun işlendiği yer

³ Kanun düzenlediği suçlarda hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğunu 76. maddede düzenlemiştir. Bunlar, Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemeleri olarak belirtilmiştir. İhtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar hangi asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinin görevlendirileceğini ve bu mahkemeleri yargı çevresini Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca görüşülerek, 20.11.2003 gün ve 537 sayılı Kararı ile belirlenmiştir.

Kararda;

I. İstanbul ve Ankara'da kurulup faaliyete geçirilen Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemelerinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerden kaynaklı hukuk davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesine ve yargı çevrelerini ise kuruldukları mülki hudutları olarak tespit edilmesine,

II. İstanbul, Ankara ve İzmir'de kurulup faaliyete geçirilen Fikri ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemelerinin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerden kaynaklı ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesine ve yargı çevrelerinin ise kuruldukları yer mülki hudutları olarak tespit edilmesine,

III. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemesi kurulmayan yerlerde, komisyonların bulunduğu ağır ceza merkezlerinde olmak üzere 5846 sayılı Fikir ve Sanat

mahkemelerinin görevli mahkeme olmadıklarını ileri sürerek arama kararı vermeme yoluna gitmemeleri gerekir. Nasıl ki ağır ceza mahkemesinin görevli olduğu işlerde arama kararı verilebiliyorsa bu suçlar için de bu kararı vermeleri gerekir.⁴ Bu konuda tereddüt edilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

3. Arama Kararının Uygulanmasında Müşteki veya Avukatlarına Yapılan Saldırıları

Gerek suçüstü hükümlerine gerekse arama kararı üzerine suç delillerinin tespiti sırasında hazır olan müşteki veya vekilleri avukatların saldırıya uğradığı genel şikayetler arasındadır. Bu suçların şikayete tabi olması müşteki veya vekillerinin elkoyma anında hazır bulunmasını zorunlu kılmaz. Bunun bir zorunluluk olmadığı, şikayetin varlığının yeterli olduğu unutulmamalıdır. Zabitanın ciddi önlemleri ile bu sorunun giderilmesi mümkün.

4. Suç Delillerinin Toplanması

Ceza davası bir şüpheyle başlar ve dava bu şüphe üzerine devam eder. Ceza mahkemesinde de bütün muamele ve işlemler bu şüphenin açıklığa kavuşması veya izalesi için hakikati ortaya çıkarmaya yöneliktir.

Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Hakların Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerden kaynaklanan;

A. Hukuk davaları için;

1. Müstakil Ticaret Mahkemesi olan yerlerde;

a. Bir ticaret mahkemesi varsa bu mahkemenin,

b. Birden fazla Ticaret Mahkemesi varsa bu mahkemeler arasında dosyaların eşit olarak tevzi suretiyle,

2. Müstakil ticaret mahkemesi olmayan yerlerde;

a. Bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,

b. İki asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye hukuk mahkemesinin,

c. İki'den fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde ise (3) numaralı asliye hukuk mahkemesinin,

B. Ceza Davaları için;

1. Bir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,

2. İki asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ceza mahkemesinin,

3. İki'den fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise (3) numaralı asliye ceza mahkemesinin, Yetkilendirilmesine ilgili mahkemelerin yargı çevrelerinin ise adli yargı adalet komisyonların merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine.; olarak belirtilmiştir.

⁴ CMUK 94 ve devamı maddeler

Delillerden yalnız sanığın aleyhine olanlar değil lehine olanlar da toplanır.

Bugün ceza işlerinde vicdani delil usulü geçerlidir. Böyle olmakla beraber, gerek delillerin aranışı ile toplanışında ve gerek bunların münakaşasında kanun bir takım kurallar koymuş ve adli makamlara bu kurallara uyma mecburiyetini yüklemiştir.

Bu itibarla delillerin aranması, toplanması, bunların münakaşası ve tatbikinde lazım gelen usul ve kuralların bilinmesi gerekir.

Deliller, umumi surette suçun mevcut olup olmadığını ve zan altına alınmış olan şahıs tarafından işlenip işlenmediğini ispat için ileri sürülür. Muayyen bir suçun mevcudiyeti için o suça ait unsurlardan her birinin bulunması lazımdır. Denilebilir ki hükme tesir edebilecek olan her husus kural olarak ispat edilmelidir.⁵ Yargılama için bu derece önemli olan delillerin yeteri kadar ciddiyetle toplanmaması halinde maddi gerçeğe ulaşılmakta zorlanılmaktadır. Nitekim bu eksiklikler nedeniyle birçok mahkeme kararı Yargıtay'ca bozulmuştur.⁶

⁵ Ceza Yargılamasında Delillerin Çeşitleri: Bunlar doğrudan doğruya ve dolayısıyla delillerdir. Doğrudan Doğruya Deliller: 1. Hakimin şahsen bilmesi, 2. Tanıklık, 3. Bilirkişi beyanları, 4. İkrar, 5. Yazılar.

Dolayısıyla Deliller: 1. Kanuni Karineler, 2. Maddi karine ve emareler. Medeni yargılamada ispat vasıtası olan deliller kesin ve taktiri delil olarak ayrıma tabi tutulmuştur.

Kesin Deliller: 1. İkrar, 2. Kesin hüküm, 3. Senet, 4. Yemin, 5. Ticari defterlerdir. Sayılan bu deliller hakimi bağlar. Hakimin bu deliller karşısında takdir yetkisi yoktur.

Takdir Deliller ise 1. Tanık anlatımları, 2. Bilirkişi beyanları, 3. Keşif. Bunları hakim serbestçe tayin eder.

⁶ 1. Sanıklar aşamalarındaki savunmalarında dava konusu eşyaların zapt edildiği yeri, işyeri aynı zamanda ev olarak kullanmakta olduklarını, eşyaların kendilerince kullanılan özel giysiler olduğunu bunları satışa arz etmediklerini belirttikleri cihetle, zabıt münzileri dinlenilip dava konusu ürünlerin nerede ve ne şekilde ele geçirildiği satışa arz halinin bulunup bulunmadığı hususu sorulup tespitiyle hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve taktirinin gerekmesi, (7. CD. 5.7.2004/9705-9111)

Sanık aşamalarındaki savunmalarında deposunda ele geçen eşyaların kendisinin ilgisinin bulunmadığını, olay günü oğlunu hastaneye götürdüğünü, deposunda polis tarafından arama yapıldığının komşularınca kendisine bildirilmesi üzerine, olay yerine geldiğinde deposunun arka tarafında bulunan ve kendisi tarafından kapatılmış olan kapının açılmış olduğunu gördüğünü, eşyaların depoya başkalarınca bırakılmış olabileceğini belirttiği cihetle, zabıt münzileri dinlenilip olay yerinde uzman bilirkişi marifetiyle deponun arka kapısı açılarak bu miktar eşyanın sanığın bilgisi dışında başkalarınca depoya konulup konulamayacağını keşfen saptanarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve taktiri gerekirken eksik soruşturma ile hüküm tesisi, (7. CD. 30.6.2004/9599-/8971).

Arama kararına rağmen zabitanın kilitli kapıları açmaması karşılaşılan en önemli eksik soruşturmaya örnektir. Bunun içinde ayrıca hakim kararı aldırılmasına gerek yoktur.⁷

5. Elkonulan Ürünlerin Muhafazası

Suç delillerine elkonulmasının yanında bu delillerinde muhafazası büyük önem arz etmektedir. Çünkü yargılama aşamasında bu delillerin incelenmesi gerekebileceği gibi karar sonunda müsadere ve iade hallerinde de bunların olduğu gibi muhafazası gerekmektedir.

Bu aşamada elkonulan ürünlerin tarafların müdahalesini engelleyecek şekilde adli emanete alınması gerekmektedir. Pratikte ise adliye emanetlerinin küçük olması nedeniyle ürünler ya müşteriye yada sanığa yediemin sıfatıyla teslim edilmektedir ki daha sonraki aşamada tarafların her biri yakalanan ürünlerle ilgili itirazları olmakta veya ürünler yok edilmektedir.⁸ Kaldı ki korsan ve taklitçilikle mücadelede ciddi yol alınması karşısında mevcut adli emanetlerin yetersiz kaldığı yeni yerlerin kiralanması yolu da bir çözüm olarak gözükmektedir.⁹

B. YARGILAMA AŞAMASI SORUNLARI

1. Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Yürürlükte bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak ceza hükümleri içermemekte idi. Bu noksanlık 3.11.1995 tarihinde yayımlanan 4128 sayılı Kanun'la giderilmiş ve 61/A maddesi ilave edilerek suçlar ve cezalar belirtilmiş ve bu madde de 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanun'la tekrar ceza miktarları değiştirilmiştir. Benim tespit ettiğim kadarıyla bu KHK'de cezalandırılan suç fiilleri 16 çeşit olup¹⁰ bunlardan ilk 5 tanesi Kanun'la düzenlenmiş, geriye kalanlar KHK'de daha önce haksız fiil olarak kabul edilen fiiller

⁷ Dosyanın birinde olay zabtına göre arama için işyerine gidildiğinde işletme sahibi hemen çıkması gerektiğini, acil bir durum olduğunu belirterek arama yapılmasına fırsat vermeden dükkanını kapatmış. Vitrindeki görünüşe göre zabıt tutulmuş. Tabi ki yargılama sonunda sanığın beraatine dair karar Yargıtay'ca onanmıştır.

⁸ İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi 19.11.2001/esas ve 2002/638 kararı gibi.

⁹ İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 7.6.2004 tarih ve 369 sayılı yazıları.

¹⁰ Bkz., Mustafa Albayrak, *Fikir ve Sanat Eserleri İle Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçlar (Marka-Patent-Tasarım)*. Ankara Eylül 2004.

cezai yaptırma bağlanarak suç fiili haline getirilmişlerdir.¹¹ (Belki de esas sorunun kaynağı bu durum) Yasama Organı'na gerek kalmadan Yürütme Organı tarafından fiiller her zaman tamamen kaldırılabileceği gibi içeriklerinin de değiştirilmeleri mümkündür. Önceleri Anayasa Mahkemesi bu durumun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdiği halde¹² son verdiği bir kararında KHK'de haksız fiil olarak düzenlenen eylemlerin suç fiili olarak kabul edilmeyeceğine dair önüne gelen olayla ilgili olarak iptal kararı vermiştir.¹³ Bu şu demektir; diğer suç fiillerinin önüne gelmesi halinde de bunların iptal edilmesi gündeme gelecektir. Bu iptal kararından sonra sınaî haklarda düzenleme yapılmasına rağmen KHK kanunlaştırılmamıştır.¹⁴

2. Düzenlenmesindeki Noksanlıklar Nedeniyle Sorun Oluşturan Hükümler

a. Bir Suç İçin Birçok Yaptırımın Öngörülmesi

5846 sayılı FSEK madde 81/7 "Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır"

Korsanlıkla mücadelede istenilen sonucun alınamaması karşısında bu maddenin ilave edildiğini düşünüyorum. Ancak ülke gerçeklerine de çok uygun düştüğü söylenemez. Bunun özet olarak anlamı şudur, korsan ürünlerin satışı genellikle bu gibi yerlerde yapılmaktadır, korsanın satışını önleyemiyoruz bütün fikir ve sanat eserlerinin bu gibi yerlerde satışını yasaklarsak korsan eserlerin de satışını engellemiş oluruz.

Hükmün bu amaçla kabul edildiğini düşünsek bile bir tane yasak için dört ayrı ceza maddesi düzenlenmesini ceza tekniğiyle bağdaşmamaktadır. Düzenlenen bu yasak fiil için öngörülen yaptırımlar:

¹¹ 7.11.1995 tarih ve 22456 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4128 sayılı 24.6.1995 tarihli 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

¹² 25.1.2001 tarih 32/10 sayılı kararı (4128 sayılı Yasa'yla 560 sayılı KHK'ye eklenen ceza maddeleri dolayısıyla verilen karar).

¹³ Anayasa Mahkemesi 2.3.2004 tarih ve 2002/92 esas ve 2004/25 sayılı kararı. Kararı 14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmış olup yayın tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

¹⁴ 22.6.2004 tarihli 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 26.6.2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1. *“Hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, bu Kanun’un 81. maddesinin 7. fıkrasında sayılan yerlerde satan kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” (72/2),*

2. *“Bir icra, fonogram veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshalarının bu Kanun’un 81. maddesinin 7. fıkrasında sayılan yerlerde satışı ile ilgili ihlallerde üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” (80/son),*

3. *“Bu maddenin 7. fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” (81/9-2),*

4. *“Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışını yapanlar hakkında üç milyar lira” (ek 10/1).*

Bu ceza maddelerinden çıkarabildiğim sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

aa. Eserler orijinal, şikayet varsa madde 72/2 uygulanacaktır.

Yani eser sahibi mali haklarının ihlali olarak gördüğü yasal olarak çoğaltılmış eser nüshalarının adı geçen yerlerde satışını istemiyorsa bu satışı yapan kişiler hakkında şikayette bulunacaktır. Bunun uygulamasının olacağına pek ihtimal vermiyorum. Bu fıkradan şu da anlaşılabilir, fıkrada *“hak sahibinin izni olmaksızın”* ibaresinin mefhumu muhalifinden bu gibi yerlerde eser ve çoğaltılmış nüshalarının satışına izin verebileceği anlamı çıkıyor. Ancak 81/7 bu gibi yerlerde satışı kesinlikle yasakladığı için de bunun da olamayacağı açıktır.

bb. Bir icra, fonograf veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshaları ise ve bağlantılı hak sahiplerinin şikayeti varsa Kanun’un 80/son maddesi uygulanacaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda 4630 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucu eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar başlığı altında, eser sahibinin haklarından ayrı haklar sistematikleştirilmiştir. Bu hakların kabul edilmesi ile eserin meydana gelmesinde bazen olmazsa olmaz katkılar koruma altına alınmıştır. Özellikle bir eseri yorumlayıp icra ederek onun değerini ortaya koyan, eseri belki de gerçek anlamda aleniyete kavuşturarak topluma mal olmasını sağlayan aracı sanatçıların ve eserin icrasını

ilk defa ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalara kaydederek eserin toplumda yaygın şekilde dinlenip seyredilmesine imkan sağlayan fonograf yapımcılarının ve nihayet yaptıkları yayınlarla eseri ülke çapında, hatta sınır ötesinde tanıtan radyo televizyon kuruluşlarının haklarının, fikri hukuk tarafından, verimin himayesi ilkesi çerçevesinde korunması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁵

Bu başlık altında korunan haklar;

1. Eser sahibini haklarına komşu haklar,
2. Film yapımcılarının hakları, olarak belirtilmiştir.

Kanun bağlantılı hakları “Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları” olarak belirtilmiştir (1/b-j).

Burada komşu hak sahipleri olan; icracı sanatçılar, ses taşıyıcı yapımcıları (fonograf yapımcıları)¹⁶ ve radyo televizyon kuruluşları ile film yapımcılarının “icra, fonograf veya yapımın izinsiz çoğaltımları” aleyhine şikayetlerinin olması halinde bu madde uygulanacaktır.

cc. Eser ister korsan isterse orijinal olsun; ancak bandrolsüz ise şikayet aranmaksızın 81/9-2 maddesi uygulanacaktır.

Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara¹⁷ bandrol yapıştırılması FSEK’in 81. maddesine göre zorunlu hale getirilmiş, bandrolsüz satış suç sayılmıştır. Bu maddedeki suçlar için şikayet aranmamıştır. Bu fıkranın uygulamasında suç için aranan birinci şart bandrolün olmamasıdır. Eserin korsan olup olmaması, yani izinsiz çoğaltım olması aranmamaktadır. Yasal çoğaltım olsa bile eğer bandrol alınmamışsa bu gibi yerlerde satışı halinde bu madde uygulanacaktır.

dd. Eser bandrollü şikayet yok ise ek 10. madde uygulanacaktır

Eser yasal olarak çoğaltılmış ve bandrollü olsa da meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı halinde ek 10. madde

¹⁵ Cem Baygın, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar”, *Erzincan HF Dergisi*, 2001 S. 1-2, s. 298.

¹⁶ Fonogram: Sinema eseri gibi görsel-ışitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya temsilcilerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortam-(Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete Tarihi* 8.11.2001, S. 24577.

¹⁷ Süreli Olmayan Yayın: Fikir ve sanat eserlerini içeren, belirli sürelerle tabi olmaksızın yayımlanan ve gazete, dergi, ünite dergisi, yıllık, almanak ve benzeri dışında kalan her tür yayın-(Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete Tarihi* 8.11.2001, S. 24577.

uygulanacaktır. Burada her hangi bir şikayete gerek yoktur, genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır.

Tüm bu açıklamaları kısaca özetlersek: FSEK'in 81. maddesinde belirtilen *"Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır."* hükmünden anlamamız gereken;

- Yasal olarak çoğaltılmış bandrollü nüshaların bulunması halinde sadece ek 10. madde uygulanacaktır. Bunun için 72/2 maddesi için eser sahibinin şikayeti var mı yok mu? diye sorulmasına ve araştırılmasına gerek yoktur.

- Hak sahibinin eserinin 81/7 maddede sayılan yerlerde satılması halinde şikayet varsa 72/2 madde uygulanacaktır.

- Bağlantılı hak sahiplerinin şikayeti varsa ve bir icra, fonograf veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshaları yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satılıyorsa 80/son maddesi uygulanacaktır.

Bundan çıkan sonuca göre hak sahibinin rızası varsa ve bandrol alınması zorunlu değilse güzel sanat eserlerinin satışının serbest olduğudur.¹⁸

Dikkat edilirse yasa koyucu da bu cezalar bakımından işin içinden çıkmadığı için adli cezaların her üçünde de aynı miktarı esas almıştır. (üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden)

b. Bir Kanunun Çeşitli Usul Hükümlerine Tabi Olması

Bilim adamı hukukçu Hirch'in hazırlamış olduğu FSEK'in bir eser olduğu hususunda hukukçularımız ittifak halindedir. Öyle zannediyorum ki

¹⁸ Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafı,

2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

3. Mimarlık eserleri,

4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,

5. Fotografik eserler ve slaytlar,

6. Grafik eserler,

7. Karikatür eserleri,

8. Her türlü tiplerdir.

kanun iyi uygulanamadığı için bütün sorumluluk ona yüklenmesinden veya gelişmelerin zorunlu kılması nedeniyle zaman içinde bir çok değişikliğe uğramıştır. Bunların en başlıcaları 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleridir.

Son değişiklikten sonra da kanundaki düzenlemelere baktığımızda kanunda hem şikayete tabi suç, hem doğrudan açılan kamu davası yanında şahsi davalık suçların da bulunduğunu görmekteyiz.

• 71, 72, 73 ve 80. maddelerdeki suçları için kamu davası açılabilmesi için şikayet aranıyor. Yargılamaları 3005 sayılı Yasa'ya tabi.

• 81. maddedeki suçlar da şikayet aranmadan doğrudan kamu davası açılabilir. 300 sayılı Yasa'ya tabi

• 83, 84, 85, 86. maddelerdeki suçların ise şahsi dava ile takipleri mümkün. Çünkü CMUK'un 344. maddesinin 8 numaralı bendi halen yürürlükte. Bu maddelerdeki suçların yargılması ise genel hükümlere tabi.

c. Hem Kast Hem de Taksirle İşlenebilen Suç

Markaların Korunması Hakkında Kararname'nin 61/ A-c maddesinin cezalandırdığı fiillerden birisi de 61/c maddesindeki failin "*Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak*" eylemidir. Bu fiil için Kanun hapis veya para cezası öngörmüştür.¹⁹ Benzer hükümler diğer fikri ve sınai haklar mevzuatımızda da bulunmaktadır.²⁰ Ceza mahkemelerinde görülen markalar aleyhine işlenen suçların tamamına yakını bu maddeye aykırı davranışlardır.²¹

¹⁹ KHK'de düzenlenen diğer suçlar için bkz., Mustafa Albayrak, *Fikir ve Sanat Eserleri ile Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara 2004.

²⁰ 5846 sayılı Kanun'un 73. maddesinde diğer suçlar başlığı altında "Kasten: ...
2. Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak satışa çıkarıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını başkalarına satan veya bunlardan umumî yerlerde temsil veya radyo ile yayım maksadıyla veya kâr temin için herhangi bir surette faydalanan;

Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf salâhiyeti bulunmadığını bildiği veya bilmesi icabettiği malî hakkı veya ruhsatı başkasına devreden veya veren yahut rehin eden veyahut herhangi bir tasarrufun konusunu yapan;..."

Benzer şekilde 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK madde 136/a ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK 48/b maddesinde de düzenlenmiştir.

²¹ Fikri ve sınai haklar aleyhine işlenen suçların temyiz incelemesini yapan Yargıtay ilgili ceza dairesinde çalıştığımdan elimde istatistiki bilgi olmamasına rağmen gözlemlerime dayanarak bunu söyleyebilirim.

Maddedeki “Markanın taklit edildiğini bilmek veya bilmesi gerekme”ten neyin kastedildiği hususu ceza hukukçularımız tarafından yeteri kadar ele alınıp işlenmemiştir.²²

Uygulama dosyalarından edindiğim kanaat ve bir kısım hukukçularımızın bu konudaki görüşleri doğrultusunda baktığımızda KHK'nin 61/c maddesinde düzenlenen taklit markalı ürün ticareti hem kast hem de taksirle işlenebilen ve her iki halde de yaptırımını aynı olan bir suçtur. Failin markanın taklit edildiğini bilmesi kasti, markanın taklit edildiğini bilmesinin gerekmesi ise taksiri ifade eder. Kusurluluk türü kast olup cürümlerden dolayı cezalandırabilmek için kanuni tarifte açık bir hüküm bulunmasa bile kastın varlığı araştırılır. Taksirden doğan kusurluluk halinde ise eylemin cezalandırılabilmesi için kanuni tarifte açık bir hükmün bulunması gerekir. İnceleme maddemizde ise bu durum “bilmesinin gerekmesi” olarak belirtilmiştir.

Düzenlenen suçu şekli veya neticesiz suç olarak düşünsek bile netice hareketin yapılmasıyla tamamlanan suçlarda unsur sayılmayacağından suç oluşmaktadır. Kaldı ki taksir durumu düşünülmemiş olsaydı şekli bir suç olduğu kabul edilen 6136 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki gibi bir düzenlemenin yapılması yeterli olabilirdi.²³

Nitekim doktrinde bu görüşte olan bilim adamı hukukçularımız vardır.²⁴

²² Bu yöndeki açıklamalar için bakınız İzzet Özgenç, “Marka Hakkına Tecavüz ve Ceza Sorumluluk, Bilgi Toplumunda Hukuk”, Ünal Tekinalp'e Armağanı, İstanbul 2003, s. 230; Serap Keskin, *Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara, 2003, s.141.

²³ 6136 sayılı Yasa madde 13 Bu kanun hükümlerine aykırı olarak (yani ruhsatsız olarak) ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alan veya taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında ... cezası uygulanır.

²⁴ “Marka üzerinde hukusal işlemlerle elde edilen haklarla ilgili hukuka aykırı tasarrufta bulunmak suçu ve taklit markayı ticaret alanına çıkarmak suçu hem kast hem de taksirle işlenebilen bir suçtur. Buna göre, sözelimi taklit markayı tcaaret alanına çıkarmak suçunda fail, markanın taklit edildiğini bilerek ve isteyerek söz konusu malları ticaret alanına çıkarmışsa kasten bu eylemi işlemiş demektir. Ancak fail, markanı taklit edildiğini bilmesi gerektiği halde, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyip, yada mesleğinde acemilik gösterip, tedbirsiz ve dikkatsiz davranışının sonucunda taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret alanına çıkarmış yada bu amaçla ithal etmiş veya elde bulundurmakta ise bu kez taksirli eyleminden dolayı ceza tehdidi altına girecektir. Ancak ceza hukuku bakımından, her iki suç açısından kasten işlenen bir eylemin, taksirli şeklinin de aynı ceza ile karşılanması ceza normunun orantılılığı ilkesine aykırı düşmektedir.” (Serap Keskin, *Fikri Düşünsel Haklarında, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara 2003. s. 148).

“Bu bent kapsamındaki suç seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Keza, söz konusu bent kapsamında tanımlanan suç, kasden işlenebilen bir suç olabileceği gibi, taksirle işlenebilen bir suçta olabilmektedir. Zira, suçun oluşabilmesi için, failin “markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde” söz konusu seçimlik hareket-

Madde de haksız fiil olarak sayılan eylem suç fiili haline getirilirken ikili bir düzenleme yapılabilir ve yaptırımları da farklı olarak düzenlenebilir. Şöyle ki;

1. Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edilen ürünlerini bilerek (kasten) satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmaktır.

2. Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edilen ürünlerini taksirli olarak (dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer emir ve talimatlardan her hangi birine uymayarak) satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmaktır.

Özetleyecek olursak;

1. Fıkıradaki belirtilen taklit markalı “ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarma veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmaktır” fiillerine konu markalı ürünün taklit olduğunu bilerek işlenmesi halinde manevi unsur kast olup maddede yazılı hapis ve para cezası uygulanacaktır.²⁵

lerden birinin gerçekleştirmiş olması gerekir. Bent kapsamında söz konusu edilen fiillerin gerçekleştiren kişinin başkasına ait bir markanın taklit edildiğini bilmiş olması gerekmemektedir. Aksine suçun oluşabilmesi için, bent kapsamında söz konusu edilen seçimlik hareketlerden birini gerçekleştiren kişinin başkasına ait markanın taklit edildiğini bilebilecek durumda olması yeterlidir. Böylece söz konusu hüküm, ceza hukuku açısından ilginç bir hükümdür. Bu yönü itibarıyla ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir.” (İzzet Özgenç, “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, *Ünal Tekinalp’e Armağan* 2003, s. 203).

“5846 sayılı Yasa’nın 73. maddesinin ilk cümlesinde, kasten ifadesi geçmekle birlikte, maddenin ilerleyen kısımlarında “... bildiği veya bilmesi icap ettiği...” ifadesine birkaç kez yer verilmiştir. Bu maddenin kendi içinde hem kasta, hem de taksire karşılık gelen başka bir ifadeye yer vermesi bir çelişkidir. Yine eserin çoğaltılmasını veya satışa çıkarılmasını bilmesi gerekçeği ifade edilerek bir karine kabul edilmiştir. Böylece sanık, hukuka aykırı durumu bilmediğini veya bilmesi gerekmediğini ispat etmek zorunda bırakılmıştır...” (Cahit Suluk, *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, İstanbul 2004, s. 155).

“Manevi unsur açısından, bent hükmünde bilmesi gerekme ifadesine yer verilmesi, yerinde bir düzenleme değildir. Burada somut bilgi aranması gerekirdi. Çünkü öngörülen yaptırım oldukça ağırdır. Bilmesi gerekme kavramının ceza hukukundaki şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet kriterleri açısından bakıldığında sağlıklı olmadığı kanısındayız. Bu yönüyle konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürülse sanık lehine kararlar çıkabilecektir.” (Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku*, Ankara 2003, s. 544).

²⁵ 556 sayılı KHK madde 61/A-c: işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altı yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men

2. Fail tarafından açıkladığımız markanın taklit edildiğini bilmesi gerektiği halde sayılan ticaret konusu fiilleri (satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarma veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak) işlemesi halinde ise manevi unsur taksir olup aynı şekilde maddedeki hürriyeti bağlayıcı ceza suç tarihi 5.1.2003'e kadar olanların tamamının para cezasına çevrilmesi, bu tarihten sonrakiler için ise bilinçsiz taksir olması halinde de para cezasına çevrilmesi şartları varsa imkan dahilinde olacaktır.²⁶

3. Manevi unsurun taksir olması halinde doktrin ve uygulamanın kabulüne göre iştirak hükümleri uygulanamayacaktır.²⁷

edilmelerine, hükmolunur. (Maddedeki para cezası ağır para cezasıdır. Benzer bir madde, 3984 sayılı Yasa madde 34/1 " ... fiilin ağırlığına göre altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ve yüz milyon Türk Lirası'ndan on milyon Türk Lirası'na kadar para cezası verilir", "3984 sayılı Yasa'nın 34/1 maddesinde belirtilen para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya bağlı olarak verildiği cihetle, adli yargının görevine giren ağır para cezası olarak kabulü gerekeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi ..." (Yargıtay 7. Ceza Dairesi 31.1.2002/834-714).

²⁶ Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Paraya Çevrilmesi, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre ağır hapis cezası hariç olmak üzere kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar para cezasına yada madde de yazılan tedbirlerden birine çevrilmesi düzenlemiştir.

Maddenin 3. fıkrasında taksirli suçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli de olsa para cezasına çevrilebilir hükmünü taşımaktadır. (5.1.2003 tarihinden sonra bilinçli taksir hariç).

²⁷ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 61/A: Fiile iştirak edenler hakkında olayın mahiyetine göre Türk Ceza Kanunu'nun 64, 65, 66 ve 67. maddeleri hükümleri uygulanır.

Taksirli suçlarda iştirak kuralları uygulanmaz. Taksirli harekette bulunan kişiler birden fazla oldukları takdirde her kişi kendi taksirli hareketinden sorumlu tutulur. Bununla beraber taksirli suçlarda iştiraki işbirliği olarak da düşündüğümüzde bu mümkün olmaktadır. Değişik kişilerin birbirlerinden habersiz olarak bir kısım taksirli hareketlerde bulunmuş ve neticede taksirli bir suç meydana gelmişse burada taksirli hareketlerin içtimandan söz edilir; ancak taksirli bir suçta iştirak olmaz. (Dönmezer-Erman, *age*, C. 2, s. 494; A. Bülent Gürel, *Taksirle Adam Öldürme ve Müessir Fiil Suçları*, İstanbul, 1967, s. 30.).

Taksirli suçlarda iştirak işbirliği şeklinde anlaşılmalıdır. Her failin taksirli hareketi diğer faille birlikte yapmakta olduğu şuuru ile hareket etmesi gerektiği için bu şart gerçekleşmemişse taksirli suçlarda iştiraktan söz edilmeyecektir. (İştirakin ancak kasıtlı suçlarda kabul olacağı gözetilmeden kasıtsız suçta (arabasını sanığa teslim ederek taksirle adam öldürmeye sebebiyet vermek) sanığın yardımcı olarak mahkum edilmesi yolsuzdur". (Yargıtay 4. CD, 4.6.1952, E. 6521/K. 6074.9) "Gayri kasdi suçlara iştirak bahis mevzuu olmaz". (Yargıtay 4. CD, 2.10.1994, E. 13/ K. 207.) Taksirli suçlarda TCK'nın 65. maddesi uygulanmaz. Yargıtay 4. CD. 30. 1. 1971 E. 447/ K. 661) (...Yargıtay, çağdaş görüş doğrultusunda bu bağ (nedensellik) ve taksirde işbirliğini benimsemelidir. (Taksirli suçlarda iştiraki kabul etmeyen genel kurul kararına muhalif üyelerin görüşü-. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.2.1983-9-561/68).

d. Markaların Korunması Hakkında KHK'de Müsadere

556 sayılı KHK müsadereyi genel müsadere maddesi olan TCK'nın 36. ve yargılama usulünü belirten Ceza Usul Yasası'na atıfta bulunarak çözmektedir.²⁸ Kararname'nin 61/A-c son maddesine göre "Marka hakkı başvurusu veya marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması veya yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır" hükmü mevcuttur.

Kararnamenin müsadereyi düzenleyen bu hükmü yanında davacının (marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin) Kararname'ye göre açabileceği hukuk davaları ve taleplerine göz atacak olursak;²⁹

1. Delillerin Tespiti Davası (madde 75)
2. Tecavüzün Kaldırılması ve Men'i Davası (madde 62/1-a)
3. Tazminat Davası (madde 62/1-b)

Bu davalarında davacı aşağıdaki taleplerde de bulunabilecektir.

a. Üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araç ve gereçlere el konulması (62/c, Tecavüzün önlenmesine yönelik)

b. El konulan ürün üzerinde mülkiyet hakkı tanınması (62/d, uğranılan zararın karşılanmasına yönelik)

c. Markaların silinmesi, ürün ve araçların imhası (62/e, tecavüzün önlenmesine yönelik)

²⁸ 556 sayılı KHK'den önce yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Yasası müsadereyi kendi içinde düzenlemişti. Yasa'nın 51/1 maddesi, "Başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynı veya benzerlerini kullananlar veyahut sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışa arz edenler, satanlar, dağıtanlar, memlekete sokanlar veya memleketten çıkarılanlar ve bu fiillere iştirak edenler..." ve aynı Yasa'nın 53. maddesinde, "51. maddenin (b) bendi hükümlerine göre haksız olarak kullanıldığı tespit olunan markayı taşıyan emtia, etiket, zarf, ticari evrak gibi vasıtalarla bu markaların imal ve vaz'ında kullanılan mühür, soğuk damga, klişe gibi alet ve edevatın müsaderesine karar verilir. Beraat halinde de aynı hükümler tatbik olunur." 30 hükmü mevcut idi.

²⁹ Hukuk dava ve talepleri için bkz., Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, s. 458.

Bu talepler içerisinde, marka sahibi, hakkına tecavüz nedeniyle üretilmesi cezayı gerektiren ürün üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını istemesi ancak tazminat davası açtığı durumlarda olacaktır. Diğer talepler ise taklit malların ticaret alanından çıkarılmasını sağlamaya yönelik bir tedbirdir. Uygulamada yapılan ceza davası yanında ayrıca tazminat davasının da ayrı olarak açılması durumudur.³⁰ Bu durumda yani hem tazminat davası hem ceza davası devam ederken veya daha sonra açılacak tazminat davasında el konulan taklit ürünler konusunda hukuk mahkemesinde istenen “*el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması talebi ve tazminattan indirilmesi*” nasıl sağlanacaktır.³¹ Çünkü müsadere edilen eşyanın mülkiyeti devlete geçmekte geri alınması ise bugünkü ceza yargılaması içinde çözümü bulunmamaktadır.

Bu konuda olan boşluğun uygulama ile doldurulması gerekmektedir.

Mahkumiyet Halinde Müsadere

Kararname’ye göre marka hakkı başvurusu veya marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, makine gibi vasıtalar TCK’nın 36. maddesine göre müsadere edilecektir. Ancak 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin amacı ve yukarıda açıkladığımız ceza davasından ayrı olarak hukuk davalarındaki talepler nazara alındığında müsadere yapılması halinde müşteki müdahilin zararlarını karşılamayı amaçlayan Kararname’nin amacı gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle taklit olduğu kabul edilen ürünler bizzatlı müsadereyi gerektiren eşya olmadıkları için ceza mahkemelerinin yargılama aşamasında müşteki-müdahillerin taleplerini alarak bu eşyalar üzerinde onlara “*mülkiyet hakkı*” tanımaları öyle zannediyorum ki daha adil bir sonuç olacaktır. Hiç şüphesiz müşteki müdahilin böyle bir talebinin olmaması halinde dava konusu malların müsaderesine karar verilecektir.

Beraat Halinde Müsadere

Burada beraat içeriğine göre karar verilecektir. Eğer ürünlerin Markaların Korunması Hakkındaki Kararname’ye göre taklit olmadıkları anlaşılmasından beraat kararı verilmişse tabii ki malların sanığa iadesi açıkladığımız genel

³⁰ Ceza davası sonuçlandıktan sonrada bu davanın açılması mümkün.

³¹ KHK’nin 62/d maddesinde elkonulan ürünlerden bahsettiği için eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, makina gibi vasıtalar bakımından mülkiyet hakkı tanınması istenemeyecektir.

müsadere kuralının bir gereğidir.³² Yok malların taklit oldukları anlaşılmuş ancak sanık tarafından suçun işlenmediği gerekçesiyle beraat kararı verilmişse malların müsadere gerekir. Burada da mahkemenin yargılamaya devamla müşteki-müdahilin hak sahibi olduğunu kabul ettiği takdirde yukarıda açıkladığımız gibi davacıya mülkiyet hakkının tanınması gerekir.

Şikayetten Vazgeçmede Müsadere

Şikayetten vazgeçme halinde kamu davasını düşmesine karar verilmektedir. Şikayet hakkının tespitinden sonra malların müsadere ve iadesi düşünülmelidir. Öncelikle yargılamaya devam edilip müştekinin şikayet hakkı olup olmadığı tespit edilmeli, ikinci olarak malların taklit olduğu tespit edilmeli bundan sonrada müştekinin şikayet hakkını bulunduğu ve malların taklit edildiği kabul edildiğinde müştekiye yukarıda mahkumiyet halinde açıkladığımız tercih hakkının sorulması ve böylece 62. maddede sözü edilen el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkının tanınması gerekir. Müşteki-müdahilin kabulü olmazsa taklit olduğu anlaşılan malların müsadere karar verilmelidir.

Sanığın Ölümü, Zamaşımı Nedeniyle Kamu Davasının Ortadan Kaldırılması, Ceza Tayinine Yer olmadığına Karar Verilmesi Hallerinde Müsadere

Yukarıda mahkumiyet, beraat ve şikayetten vazgeçme halinde belirttiğimiz düşünceler doğrultusunda müşteki müdahilin talebinin alınarak adil bir çözüm sonucunu doğuracak şekilde karar verilebilir.³³

³² Zoralım eyleme bağlıdır, eylem suç oluşturmuyorsa kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat oluşturmeyen eşyanın zoralımına karar verilemez. YCGK 24.10.2000-8/202-204

³³ Benzer bir uygulama 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda mevcuttur. Bu Yasa'nın 31. maddesinde "Ölüm, af, 34. maddeye göre ödeme veya zamaşımı sebebiyle sanık hakkındaki ceza soruşturma veya kovuşturmasının devamına olanak kalmayan hallerde, Cumhuriyet Savcısı veya ilgili idare dava konusu eşyanın zoralımını görevli mahkemeden talep eder. Görevli mahkemece, suç konusu olduğu belirlenen eşyanın zoralımına, suç konusu olmayan eşyanın iadesine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 392. ve sonraki maddelerinde öngörülen usul dairesinde karar verilir." hükmü mevcuttur. Görüldüğü gibi burada müdahil idareye iade söz konusudur. Benzer uygulamanın Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'ye göre de yapılabileceği sonucuna varmak mümkündür. Bu Kanun'dan önce yürürlükte olan 1918 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde benzer hüküm vardı. "1918 sayılı Kanun'un 22. maddesinde 2867 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle eşya kaçak olduğu takdirde müsadere hükmü getirilmiş olmasına göre dava konu-

Sonuç Olarak Marka Suçlarında Müsadere

Tüm bu açıklamalardan, iadelerin marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibine ait olduğu unutulmamalıdır.

Ceza mahkemesi tarafından mülkiyet hakkı tanınması hükmü bulunmadığından, mahkemelerin dava konusu ürünlerin hak sahibi müdahillere iadesine karar vermesi belki de en doğru ve adil çözüm olacaktır. Burada da mahkeme iadeyi gerçekleştirirken ürünün tekrar pazara girmesini engelleyecek tedbirleri alması gerekir (ürünün üzerindeki taklit etiketlerin sökülmesi gibi). Markaların korunması hakkındaki Kararname ve benzeri kararnameler³⁴ için özel müsadere mahkemesi³⁵ kurulması gerekli değilse bile konunun yasal açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi uygulamanın nasıl olması gerektiğini Yüksek Yargıtay'ın vereceği kararlar belirleyecektir.

3. İşyerinin Kapatılmasına Karar Verilmesi

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin 61/A-c maddesi "61. maddede yazılı fülllerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, hükmolunur." hükmünü taşımaktadır.

Feri cezalar arasında yer alan ayrıca iş yerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine karar verilir hükmünün, o işyerinde çalışan belki de yüzlerce işçinin işsiz kalmasını ve çalışma hakkının elinden alınmasını doğuran bu cezanın Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünüyorum.

Bir kere Anayasa'nın 38. maddesindeki "Ceza sorumluluğu şahsidir." ilkesine ve 48. maddedeki çalışma hürriyetine aykırı olmasıdır. Kanun

su eşyaların menşesine kadar inilip kaçak olup olmadığı kesinlikle saptanmasından sonra sonucuna göre müsadere veya iadesi konusunda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi" Yargıtay 7. Ceza Dairesi 19.9.1989/12159-8048.

³⁴ Benzer müsadere hükümleri için aynı tarihte yürürlüğe giren, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK madde 48/A-son; Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK madde 24/A-son.

³⁵ Belki de bu konuda tek örnek mahkeme olan Deniz Müsadere Mahkemeleri'dir (3894 sayılı Yasa madde 100). 1940 yılında kurulmasına karar verilen bu mahkemeler için bkz., "Kuruluş ve Görevleri İtibarıyla Deniz Müsadere Mahkemeleri", Yrd. Doç. Dr. Süha Tanrıver, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, S. 1-2, s. 131.

bunu uygulanmasında hakime takdir yetkisi tanımamıştır.

Yeni Kara Mürsel mağazalarından biri hakkında böyle bir dava açıldığı ve suçun subuta erdiğini bu işyerinin bir yıl süreyle kapatıldığını düşündüğümüzde bundan acaba kim karlı çıkacaktır. Bu en az 100 kişinin işsiz kalması ve o işyerinin sonu demektir

Yargıtay ferî ceza olan kapatmaya da takdiri indirim de uygulanarak cezanın hafifletilmesini amaçlamıştır.³⁶

Bunun yanında benzer bir kanun maddesini Yüksek Mahkeme dar yorumlayarak önemli bir adım atmıştır. Benzer uygulamanın bu suçlar için de olabileceğini düşünüyorum.³⁷

4. Masraf ve Para Cezasından Sorumluluk

FSEK'in 74/3. maddesi bir tüzel kişinin işleri çevrilirken 71, 72, 73 ve 80. maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse masraf veya para cezasından tüzel kişi diğer suçlularla birlikte müteselsilen sorumludur hükmünü içermektedir. Aynı düzenleme 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'de bulunmaktadır (m. 61/A-2).

Düzenleme bu şekilde olmasına rağmen uygulamada şimdiye kadar hükmün uygulandığına şahit olmadım. Bunun en önemli sakıncası işyeri sahiplerinin çoğu zaman sorumluluğu bu işyerinde çalışanlara yüklemekte

³⁶ Sanığın işyerinin kapatılmasına ve ticaretten men'ine dair kararın fer'î ceza niteliğinde bulunduğu cihetle bu cezadan da TCK'nın 59. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, (7. CD. 17.2.2004 / 4562-2016).

³⁷ 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langurt ve Benzeri Oyun Alet Ve Makinaları Hakkında Kanun; Madde 1: Türk Ceza Kanunu'nun 567. maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langurt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır.

Ele geçirilen alet, makina ve bunların çalıştırılmasına yarayan tesisat ve paralar zapt ve müsadere edilir. Bu gibi oyun oynanan yerler bir daha açılmamak üzere kapatılır. (1072 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin son fıkrasında oyun oynanan yerlerin bir daha açılmamak üzere kapatılacağı öngörülmüşse de; sanığın bilardo salonunda bulundurduğu ve oynattığı makinesinin bir adet olması ve salonun bulunduğu mekanın münhasıran bu işe tahsis edilmemiş olduğu anlaşılınca kapatma kararı verilemeyeceği düşünülmeden yazılı şekilde hüküm tesisi Yargıtay 7. CD 15.10.2003/ 3050-8552).

ve mahkumiyet halinde mahkum olan kişiler kapı dışarı edilmektedirler. Mahkemelerin bu konuda gereken hassasiyeti göstermeleri gerekir.

5-Şikayet Hakkının Tespiti

Şikayet suçtan zarar gören kişiye aittir. Uygulamada görülen örneklerden biri de şikayet hakkını kullanan yayınevlerinden şikayet ettikleri eserlere ilişkin eser sahibi ile yapmış oldukları sözleşmeyi, yani mali hakların devri sözleşmesinin istenmesi halidir.

Kanun davacı-müştekiden istediği delillerin neler olduğunu belirtmemiş, sadece iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanat oluşturacak kadar delil sunmasını yeterli görmüştür. Davacı; madde hükmüne göre dava konusu eserleri bu Kanun'da öngörülen izin ve yetkileri alarak haklı olarak bulundurduğuna dair delilleri sunmak zorunda değildir. Burada önemli olan sunulan delillerin iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanat oluşturmaya yeter miktarda olmasıdır.

FSEK'in 76. maddesi şu hükmü içermektedir *"Bu Kanun kapsamında açılacak davalarda mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanun'da öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder."*

FSEK'in 76. maddesinden hareketle;

Davacı-Müştekinin Delil Sunma Zorunluluğu

Kanun, davacı-müştekiden istediği delillerin neler olduğunu belirtmemiş, sadece iddiasını doğruluğu hakkında kuvvetli kanat oluşturacak kadar delil sunmasını yeterli görmüştür. Davacı; madde hükmüne göre dava konusu eserleri bu Kanun'da öngörülen izin ve yetkileri alarak haklı olarak bulundurduğuna dair delilleri sunmak zorunda değildir. Burada önemli olan sunulan delillerin iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktarda olmasıdır. Örneklendirirsek (A) yayınevi piyasada korsan baskılı bir eseri hakkında şikayetçi ise onun sunması gereken delil, kendilerinin (A) yayınevi yetkilisi veya vekili olduğunu ve

eser üzerinde yazılı yayıncının kendilerinin olduğudur. Burada yayınevi eser sahibi ile arasındaki mali hakların devri sözleşmesini sunmak zorunda değildir. Kanun'un 11. maddesi eser sahipliği karinesini kabul ettiğinden bunun sonucu olarak eser sahibini mali hakkı olan 22 ve 23. maddelerde belirtilen çoğaltma ve yayma hakkını yayınevine devrettiği kabul edilir. Kaldı ki yayınevinin müstear isimli yayınlarda bulunabileceği gibi eseri meydana getirenleri açıklanmaya da zorlanamaz.³⁸

Davalı-Sanığın Delil Sunma Zorunluluğu

Yukarıya aldığımız FSEK'in 76/3. maddesi, mahkeme davalı-sanıktan *"korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanun'da öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir"* hükmünü içermektedir. Mahkeme dava konusu eser hakkında gerekli görürse bu belgeleri isteyebilir. Kanun zorunluluk getirmiyor, her haliyle haksız kullanım olan eserler hakkında bunların sunulmasını istemek davaları uzatmadan başka sonuç doğurmayacaktır.

Madde metninde belirtildiğine göre belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder. Ancak burada belirtilen karineyi sanığın suçluluğuna kanuni karine olarak anlamamak gerekir. Kanuni karine her karine gibi daima nisbidir. Çürütülmeyen manasına mutlak karine olmaz. Çünkü çürütülme, ihtimal kavramının gereğidir. Eğer çürütülme kabul edilmiyorsa karine değil, kanuni delil söz konusu demektir. Bu ise vicdani delil sistemine aykırı düşer. Hakimler suçun maddi unsurunu sabit görseler bile diğer unsurlar bakımından serbesttirler.³⁹

Şu ana kadar mahkemelerimizdeki davalar bakımından baktığımızda FSEK'in 81. maddesinin açık hükmü karşısında, yargılama konusu olan müzik ve sinema eserleri ile süreli olmayan yayınlar konusunda, üzülmek üzere söylemeliyim ki mahkemelerimizin uygulamaları hak sahiplerini korsan yayın satıcılarını şikayet ettiğine pişman hale getirmiştir. Eserler üzerindeki (©) işaretinin bir anlamı olduğu unutulmuştur. Bu konuda ilave olarak şunu da söyleyebilirim ki 12.3.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5101 sayılı Kanun'la değiştirilen 75 ve 81. maddelerdeki açık hükümler karşısında artık hak sahiplerinin, bandrolsüz ürünlerinin umuma açık alanlarda satışı halinde,

³⁸ ÖSYM'nin yayınladığı sınav soru kitapçıkları gibi.

³⁹ Kunter-Yenisey, *Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2000, s. 553.

haklarını ispat zorunluluğu kaldırılmıştır. Bunun istisnası hak sahiplerinin maddi ve manevi tazminat talepleri halinde olacaktır.

6. İdari Para Cezasının Uygulanması Yanında Adli Cezanın da Uygulanması

Kanun'un 81. maddesi sinema ve müzik eserlerinin bandrolsüz olarak satışını yasakladığı ve 81/son maddesiyle de yaptırım altına aldığı halde uygulamada 3257 sayılı Kanun uygulanmıştır.⁴⁰ Belki cezaların yüksek olması böyle yanlış bir uygulamaya yol açmıştır. Ancak 5101 sayılı Yasa'dan sonra bunun artık uygulanması kalmadığı gibi yeni Sinema Kanunu'da 3257 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.⁴¹

7. Cezanın Suçlunun Kişiliğine Uydurulması

Mahkemece ceza tayin edilirken Anayasa'nın 141/3 ve TCK'nın 32. maddeleri uyarınca gösterilen gerekçenin, TCK'nın 29. maddesinde belirtildiği şekilde sanığın kişiliği, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişte şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususlarla ilgili bilgi belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olması zorunludur. Yargıcın, aşağı ve yukarı sınırlar arasında takdir yetkisini kullanırken gösterdiği gerekçenin yasal ve yeterli olup olmadığı, 29. maddede yer alan ölçülerin göz önünde tutulup tutulmadığı, hükmün temyizi halinde Yargıtay'ca denetlenecek ve takdirde yanlışlığa, çelişkiye ve zafiyete düşülüp düşülmediği saptanacaktır.⁴²

Yasal gerekçe ve uygulama bu gerekçeyi aramakla birlikte uygulaması bu kadar kolay olmamaktadır. Örnek olarak korsan bir kitap için öngörülen üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar

⁴⁰ Hediyeelik eşya satan sanığın işyerinde oyun ve film CD'leri elde edilmiş olup bunları bizzat çoğalttığına dair delil olmadığı cihetle bandrolsüz CD satmaktan ibaret fiilinin 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun 9. maddesi delaletiyle 12. maddesinin tatbikini gerektireceği nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi, Yargıtay 7. CD 18.2.2004/4491-2169.

⁴¹ 14.7.2004 tarihli "Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun" 21.7.2004 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁴² CGK 26.9.200, 1-/158; CGK 27.2.2001 2-/26-34.

ağır para cezası veya taklit marka bir gömlek için iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine dair cezayı suçlunun kişiliğine uydurulmasının ne kadar zor olduğu görülmektedir.

Cezaların suçlunun kişiliğine uyarlanması getirdiği sorunları yok etmeye yönelik olarak mahkemelerce cezalar ertelenmektedir. Bütün sanıkların cezalarının ertelenmesi bir kez ceza alan yerine daha sonra ki bas-kınlarda bir başkasını sanık olması sonucunu doğuru ki cezai hükümler böylece dolanabilir.

C. YARGILAMA SONRASI SORUNLAR

1. Şikayete Bağlı Olma

Bilindiği gibi bütün fikri ve sınai haklar aleyhine işlenen suçlar şikayete tabidir.⁴³ Şikayete tabi olmasını sonucu devletin bu suçları koğuşurma konusu yapabilmesi için suçtan zarar görenin şikayette bulunması ve aynı şekilde suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçmesi halinde de kamu davasının düşürülmesine karar verilmesidir.

Henüz uygulaması tam oturmayan sınai mülkiyet hakları aleyhine işlenen suçlarda ki bir çoğunun ceza hukuk anlamında suç olduğu tartışmalı hükümler karşısında bir kısım müşteki veya vekillerinin yakalanan 3-5 taklit ürüne karşılık 15-20 milyarlık bir paranın ödenmesi karşısında şikayetten vazgeçmeyi teklif etmeleridir. 2.6.2004 tarihine kadar 2 yıl hapis 59 milyar liraya kadar para cezası , bu tarihten sonra ise 27 milyar liradan başlayan para cezası veya 2 yıldan başlayan hapis cezası ile müştekilerin ellerine büyük kozlar verilmiş ve üzülererek söylemeliyiz ki bu hak kötüye kullanılmaktadır.

2. Kanunsuz Oluşumların Ortaya Çıkması

Yüksek mahkemeye intikal eden birçok benzer dosyada sanıklar savunmalarında *“Dün minibüsle bu ürünleri inceleyip sipariş vermemiz için bıraktılar. Bugün gelecekerdi, beğenmezsek iade edecektik, beğenirsek bunlardan satın alacak olduğumuzu bildirecektik, ürünleri getirenlerin kimlikleri hakkında bilgimiz yok, bugün onları beklerken polisler geldi ürünlerin taklit olduğundan el*

⁴³ Bandrol suçu hariç (FSEK/81. madde).

konuldu, taklit olduklarını bilmiyoruz, bilseydik kesinlikle almazdık.” Tanınmış markaları bu gibi olaylardan tenzih ediyoruz. Dileğimiz bu alanda da kanunsuz oluşumlara meydan verilmemesidir

KAYNAKLAR

- Albayrak, Mustafa, *Fikri ve Sinaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçlar (Fikir ve Sanat Eserleri-Marka-Patent ve Tasarım)*, Ankara 2004.
- Baygın, Cem, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar” *Erzincan HF Dergisi*, 2001, S. 1-2.
- İçel, Kayıhan-Sokulu, Füsun ve Arkadaşları; *Suç Teorisi*, İstanbul 2000.
- Karahan, Sami, *Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat*, Konya 1998.
- Keskin, Serap, *Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet M, *Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini*, FMR, 2001/3 s. 24.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2000.
- Oytaş, Kutlu, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku*, İstanbul 1999.
- Özgenç, İzzet, “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk” *Ünal Tekinalp’e Armağan*, İstanbul 2003.
- Öztekin, Tosun, *Türk Suç Muhakeme Hukuku*, Cilt 1. İstanbul 1989.
- Seyithanoğlu, Teoman, *Avrupaya Girerken Mahkemelerimizin Uygulamaları, Avrupaaya Girerken Sınai Mülkiyet Zirvesi-2000*, Yapa Tanıtım ve Organizasyon, İstanbul, Cilt 2.
- Suluk, Cahit, *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, İstanbul 2004.
- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2002.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakeme Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 1989.
- Yılmaz, Zekeriya, *Teori ve Uygulamada Müsadere*, Ankara 1997.
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1986.

MAĞDUR ÇOCUKLARA HUKUKİ YARDIM KONUSUNDA BAROLARIN YÜRÜTTÜKLERİ ÇALIŞMALARINA BİR ÖRNEK

Harika SELİÇİ*

İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi (Çocuk Mahkemeleri Komisyonu-Çocuk Hakları Komisyonu), 1989 yılından bu yana; bir taraftan çocuk haklarının tanınması, korunması uygulanması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yaparken, diğer taraftan da istismar ve ihmale uğrayan çocuklara hukuki yardımlarını sürdürmektedir.

Ancak gönüllü avukatlar vasıtası ile sürdürülen hukuki yardımların, müracaatları karşılayamaz hale gelmesini önlemek ve bu alanda çalışacak avukatların sayısını arttırmak ve mağdur çocuklarla ilgili hukuki desteği daha organize bir biçime dönüştürmek amacı ile; 12.09.2001 tarihinde “İhmal ve İstismar Mağduru Çocuklara Hukuki Yardım Birimi” oluşturulmuştur.

Merkez Yönetmeliği'nin, “istismar ve ihmale maruz kalan, suçta itilen, herhangi bir biçimde hakları ihlal edilen çocuklara yönelik bilgilendirme ve hukuki yardım sağlanması” amacını içermesi ve yine “hakları ihlal edilen çocuklara yönelik hukuki yardımların iyileştirilmesi için çalışmalar ve danışmanlık ve davada temsil dahil her türlü hukuki yardımın” Merkez'in faaliyet alanlarında belirtilmesi, Baro Yönetimi'nce yeterli görülünce; ayrı bir yönetmelik sunulmasına gerek kalmamıştır.

Sonuç olarak, İstismar ve İhmal Mağduru Çocuklara Hukuki Yardım Birimi'nin çalışmaları, Merkez'e bağlı ve Merkez Yönetmeliği esasları doğrultusunda, Merkez üyesi sorumlular tarafından yürütülmektedir.

Birimi oluşturmamızı takip eden günlerde, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176-181. maddeleri uyarınca Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan ve 14.11.2001 tarih 24583 sayılı *Resmî Gazete*'de

* İstanbul Barosu üyesi; İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 2000 Ekim-2003 Mayıs Dönemi Sorumlusu.

yayımlanan “Adli Yardım Yönetmeliği”nin yürürlüğe girmesi ve İstanbul Barosu’nda “Adli Yardım Bürosu”nun kurulması ve mağdur çocukların da adli yardımdan yararlandırılması, hukuki yardımlarımızı daha etkin ve sistemli hale dönüştürmüştür.

Çocuk Hakları Merkezi, bu alanda çalışmak isteyen avukatlara çocuk hukukunun kapsamına giren; özel hukuk, kamu hukuku, uluslararası sözleşmeler, tavsiye kararları ve kuralları ve uygulamadan örnekleri de içeren, Meslek İçi Eğitim Seminerleri (Ek. 1) düzenlemektedir. Bugüne kadar 124 avukat eğitim seminerlerine katılmış, 299 avukat da eğitim seminerlerine katılmak üzere başvurmuştur.

Meslek içi eğitime katılmış Hukuki Yardım Birimi Avukatları, her ayın önceden tespit edilmiş belli bir gününde; karşılaştıkları sorunları ve çözüm önerilerini paylaşmak, uzmanından, hukuki bir konu veya kavramları öğrenmek, tartışmak ve nöbet günlerini belirlemek için toplanmaktadır.

24 saat başvuru kabul eden Çocuk Hakları Merkezi Hukuki Yardım Birimi nöbetçi avukatları her gün -tatil günleri hariç- Baro Çocuk Hakları Merkezi’nde nöbetleri sırasında (9.00-12.00 ve 14.00-17.00 arası -Nisan ayından itibaren sabah nöbetlerine de başlanmıştır-) başvuru sahibini dinleyerek hangi hukuki aşamalardan geçileceği hakkında bilgi vermekte hem de başvuru belgesine olayı ve görüşlerini aktararak; formun doldurulması ve adli yardım ile ilgili belgeler konusunda açıklamalarda bulunmaktadır. (Başvuru formu (Ek. 2) ve adli yardım talep formu) eklenebilir.

Nöbetçi avukat tarafından alınan başvurular, Adli Yardım Bürosu’na iletilmekte, eğitim almış avukatlar, bölgesine göre görevlendirilmektedir. (Avukatların ve bölgelerinin bir listesi de Adli Yardım Bürosu’nda bulunmaktadır.) Tüm belgelerin temin edilmesi mümkün olan hallerin dışında, acil korunma ihtiyacı olan çocuklar ile ilgili başvurularda belge istenmesi mümkün olmadığı ve mağdur çocuk, “çocuk” ve “mağdur” olduğu için, fakir kabul edilmekte, bazen görevlendirilen avukatın tuttuğu tutanak ile bazen de Adli Yardım Bürosu’nun tutanağı ile adli yardımdan yararlandırılmaktadır. Örneğin gece gelen taleplerde ... (özellikle savcılık ve karakol taleplerinde), CMUK gece görevlisi nöbetçi memur tarafından Çocuk Merkezi listesinden avukata sözlü bildirim yapılmakta, bu durum ancak ertesi gün Adli Yardım Bürosu’na iletebilmekte, Adli Yardım Bürosu listeden sıraya göre görevlendirme yapmaktadır. Görevlendirilen avukat, görevlendirilmeye konu iş için asgari ücret tarifesine göre ücret ve masraflarını (belgelendirdiği takdirde) almaktadır. 10.3.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren yeni Adli Yardım Yönetmeliği’ne göre; vekaletname masrafları da adli yardım kapsamına alınmıştır.

Küçüğün menfaati ile yasal temsilcinin menfaatinin çatıştığı durumlarda, örneğin; velayet, soybağı, küçük ile kişisel ilişki düzenlenmesi, nüfus kaydının düzeltilmesi vs. davalarında, çocuk için kayyım talebinde bulunmaktadır. Avukatların kayyım olarak atanmasının uzun bir prosedüre tabi olmaması ve davaların mümkün olduğu kadar kısa sürede ve çocuk yararına sonuçlandırılmasını sağlamak amacı ile; görevli avukatlar, meslektaşlarının kayyım olarak tayini talepleri mahkemelerce kabul edilmektedir. Çocuğun temsili ve kendisine kayyım veya vasi tayini için Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin (25.1.1996 tarihinde imzalanmış, 18.1.2001 tarih ve 4620 sayılı Kanun ile onaylanmıştır) uygulanması mahkemelerden talep edilmektedir.

Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Birimi'nde mevcut 187 dosya incelenmiş ve başvuru konuları sırasıyla şöyle tespit edilmiştir:

- I. Velayet davaları,
- II. Soy bağı, ırza geçme ve zorla alıkoyma davaları,
- III. Nüfus kaydı,
- IV. Kişisel ilişki kurulması,
- V. Kuruma yerleştirme,
- VI. Ensest; çocuğun fuhuşta kullanılması ve cinsel taciz,
- VII. Tazminat davaları (hakaret, müessir fiil ve darp dolayısı ile) ve aile içi şiddet
- VIII. Çocuk kaçırma, çocuk teslimi ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesi,
- IX. Tanıma; eğitim hakkının elinden alınması, darp sonucu ölüme sebebiyet vermek yer almaktadır.

Başvurularda karşılaştığımız sorunlardan biri de ana-baba nüfusuna yazılmak hakkının ihlali (ÇHS m. 7) yani kimlik belgesi olmayan çocuklarla ilgilidir. Bu sorunu çözmek için Medeni Kanun'un 41 ve 42. maddelerinin yanında Nüfus Kanunu'nun çeşitli maddeleri ve özellikle Ek 1 ve Ek 2 maddede hükümlerinden ve 27 Ağustos 2003 tarihli ve 25212 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 17/c madde hükümlerinden yararlanılmaktadır.

Merkezin Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Birimine başvuran istismar mağduru çocuklara verdiğimiz hukuki destek, birçok kurumla eşgüdümlü

işbirliğini gerektirmektedir. Valilik, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu İl Müdürlüğü, Çocuk Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Aile Mahkemelerinde değişiklik yapan 14.4.2003 tarih ve 5133 sayılı Kanun'a göre sulh ve asliye hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri, Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlükleri, Milli Eğitim Müdürlüğü, nüfus müdürlükleri, hastahaneler, üniversiteler ve benzeri kurumlar yardım ve desteğini aldığımız başlıca kurumlardır. Aynı şekilde sözü geçen kurumlardan Merkezimize ihbarlar gelmekte veya başvurular yapılmaktadır.

İstismar olaylarının çoğunda adli mekanizmaları harekete geçirmeden, çocuklar açısından doğacak sonuçların çok yönlü ve dikkatli değerlendirilmesi ve özellikle cinsel istismar mağduru çocukların acilen sağlık kurumlarına yönlendirilmesi gerekmekte, oradan çıkan sonuçlara göre adli işlemlere başlanmaktadır. Takip edilen olaylarda çocukların değişik kişilere tekrar açıklama yapmalarını önlemek amacıyla uzman kişilerle işbirliği yapılmakta ve mahkemelerde onların dinlenmesi talep edilmektedir.

Merkez üyesi avukatların müdahil olarak katıldığı Eyüp 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davada çocuk ve ailesini tedavi eden psikoloğun tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş, dinlenen uzmanın mağdurenin olay nedeniyle dinlenmesinin kendisine zarar verecek olmasının bildirilmesi üzerine mağdurenin dinlenmesinden mahkemece vazgeçilmiştir. (2000/216 K. sayı ve 19.10.2000 tarihli karar)

İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi olarak; çocukların mağduriyetinin toplumda duyarlılık oluşturmak ve önleyici tedbirler almak suretiyle engelenebileceğini özellikle ana baba okulları, aile danışmanlığı ve terapisi ile aile koşullarının düzeltilmesine çalışılmasının önemli olduğuna inanıyor, bu görevin de başta devlet ve tüm resmi ve özel kuruluşlar ile baroların çocuk komisyonlarının işbirliğinde gerçekleşeceğini düşünüyoruz.

**İSTANBUL BAROSU ÇOCUK HAKLARI MERKEZİ İSTİSMAR VE
İHMAL MAĞDURU ÇOCUKLARA HUKUKİ YARDIM BİRİMİ
BAŞVURU FORMU**

MAĞDURUN

Adı Soyadı :.....

Adresi :.....

.....

Telefon Ev Tel :.....

İş Tel :.....

Cep Tel :.....

D. Tarihi-Yeri :.....

Cinsiyeti :.....

Nüfus Bilgileri :.....

Ana-Baba Adı :.....

BAŞVURU SAHİBİNİN

Adı Soyadı :.....

Adresi :.....

.....

Telefon Ev Tel :.....

İş Tel :.....

Cep Tel :.....

Sıfatı :.....

Nüfus Bilgileri :.....

GÖNDEREN KURUM

Adı :.....

Belge Tarihi :.....

Belge Numarası :.....

Getiren Görevlinin

Adı Soyadı ve Sicili :.....

Başvuru Konusu ve Olay Tarihi, Yeri vb. Bilgiler

.....
.....
.....

Failin Kimliği ve Diğer Bilgiler

.....
.....
.....

Varsa Rapor, Şikayet ve İlgili Dökümanlar

.....
.....
.....

Görüşen Avukatın Notları

.....
.....
.....

Avukat Başvuru Sahibi

Tarih / İmza

Tarih / İmza

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 23.11.2004

E. 2004/8-130

K. 2004/206

- * Laiklik ilkesi
- * Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu
- * Ağır eleştiri
- * Kamu düzeni
- * İfade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti
- * Açık ve yakın tehlike
- * Ölçülülük ilkesi

(Anayasa m. 2, 3, 4, 13, 14, 24, 25, 26, 42, 5170 sayılı K. ile değişik Anayasa m. 90; 4744 sayılı K. ile değişik 765 sayılı TCK m. 312/2; CYUY m. 25; 2370 sayılı K. m. 13; 5237 sayılı K. m. 266; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel K. m. 2/1, 12; İHAS m. 5, 9/2, 10/2, 17, 19; BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşme m. 5, 18/b, 19).

Halkı din farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan sanık S. A'nın TCK'nın 312/2-son ve 59. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul 6 Nolu DGM'ce verilen 02.10.2002 gün ve 307-197 sayılı hüküm, sanık ve vekilinin temyizi üzerine, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın 16.12.2002 gün ve 183264 sayılı "onama" istekli tebliğnamesine dayalı olarak dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 19.3.2004 gün ve 357-2457 sayı ile;

"Anayasa'mızın 2. maddesi 'Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirttikten sonra, 14. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin hiç birinin, millet bütünlüğünü bozmak ve laik Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek amacıyla kullanılmayacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca hiçbir uluslararası sözleşme, Demokratik devletleri kendilerini yıkmayı hedefleyen görüşlere hoşgörü göstermekle yükümlü kalmış değildir.

Laiklik ilkesi Türkiye Cumhuriyeti'nin özü ve iskeletidir. Bu ilke korunduğu sürece değişik din, mezhep ve düşünceye sahip toplum kesimleri barış içinde yan yana yaşayabilirler. Diğer bir deyişle laiklik, toplum barışının (kamu düzeni) ve ulusal birliğin vazgeçilemez koşuludur. Onun içindir ki, Anayasa'mızın 3. maddesi Cumhuriyetin laik niteliğinin değiştirilemeyeceğini, hatta bunun teklif dahi edilemeyeceğini belirtmektedir.

Dava konusu yazı bir bütün halinde değerlendirildiğinde; sanık, yakın tarihimizde dinsizliğin revaçta olduğu bir dönemin yaşandığını, bu dönemde dindarlara manevi işkenceler yapıldığını, çocuk ve gençlerin Kur'an okumalarının engellendiğini, Allah diyenlere hakaretler edildiğini, hatta Kur'anı Müslümanların elinden nasıl alırsız planlarının bile yapıldığını, aynı zihniyetin bugün de 8 yıllık temel eğitimi millete dayatmak, imam hatip okullarının sayısını azaltmak ve Kur'an kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasını engellemek suretiyle faaliyetini sürdürmekte olduğunu, İslam'a karşı ittifak yapan bu fesat ve dinsizlik komiteleri ile onları destekleyenlerin 'küfür ehli' bulunduğunu, istikbalin yalnız ve yalnız İslamiyet'in olacağını belirtmek suretiyle, dini esaslara dayalı bir devlet düzeni istek ve özlemi içinde olduğunu açığa vurmaktadır. Bunun yanında, sanık düşlediği özlemin gerçekleşmesi için en büyük engel olarak gördüğü Cumhuriyetin laik niteliğine saldırarak onu zayıflatmayı hedeflemekte ve hedefine ulaşmak amacıyla da laik Cumhuriyetin temelini oluşturan devrim ve tasarrufları dinsizlik sayarak kötülemekle kalmayıp, bunları savunan ve destekleyenleri İslami söylemde tanrının varlığını ve birliğini toptan inkar eden anlamında kullanılan 'küfür ehli' diye niteleyerek onlara karşı toplumun diğer kesimini inanç ayrılığı temeline dayalı olarak kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmektedir.

Mahkemenin sanığın bu eylemini TCK'nın 4744 sayılı Yasa ile değişik 312/2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Çünkü anılan maddede tanımlanan suç bir tehlike suçu olduğu gibi, oluşması için şiddet çağrısında bulunmak zorunluluğu aranmaz. Şiddet kullanma olasılığı yaratacak biçimde toplumsal barışın (kamu düzeni) bozulması tehlikesinin doğması yeterlidir. Sanık dava konusu yazı ile toplum barışının eksenini oluşturan Cumhuriyetin laik karakterini zayıflatıp yıkmayı hedeflediği cihetle, eylemi yeterince yakın şekilde kamu düzenini bozma tehlikesi yaratmaktadır. Farklı inanç ve düşüncelere hoşgörüsüzlüğün hüküm sürdüğü ülke ve toplumlarda yaşanan şiddet olayları, bu tehlikenin yeterince yakın (somut) olduğunun açık delilleridir." açıklamalarıyla,

Daire Başkanı Sn. Z. A ve üye N. Y.'ni;

"TCK'nın 312/2. maddesinde; 'Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse (...) cezalandırılır' hükmünü içermektedir. Maddede düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bir tehlike suçudur, ceza hukukunda tehlike olasılıktır. Bir zarar doğurmaya elverişli olmadıkça tehlike ceza hukuku konusu olmayacaktır. Esasen 4744 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yasa maddesine 'kamu düzeni için tehlikeli olabilecek' ibaresi eklenmiş ve bu değişiklikle maddenin 'somut' tehlike suçu haline getirildiği gerekçede vurgulanmıştır. Bu itibarla suçun oluşabilmesi için yazı veya eylemin yakın ve somut tehlike içermesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçütlerine göre de düşünce açıklamaktan öte şiddete

çağrı niteliğinde olması ve bu unsurlarla birlikte kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde halkı birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eder biçimde olmalıdır. Bunun dışındaki eylemlerin düşünce açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir, aksi halde Anayasa'nın hiçbir hükmü, Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz ilkesi göz ardı edilmiş olacaktır.

Sanık tarafından kaleme alınan yazıda özetle; Dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda, dindarlara manevi işkenceler yapıldığı, çocuk ve gençlerin Kur'an okumalarının engellendiği, sekiz yıllık eğitimin dayatıldığı, imanı hatip okullarının sayısının azaltıldığı, Kur'an kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasının engellendiği, başörtüsünün hiçbir dayanağı olmadan kamusal alanda yasaklandığı, çocuk ve gençleri Kur'an ve İslam'dan uzaklaştırmak için çaba harcayanların rezil olacakları belirtilmiştir.

Somut olay yukarıda açıklanan bilgi ve açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde;

Sanık tarafından kaleme alınan ve yukarıda bir bölümü aktarılan dava konusu yazı bir bütün olarak ele alındığında sanığın kendi dünya görüşü doğrultusunda, karşı görüşte olanlar hakkında bazı değerlendirmelerde bulunurken eleştiri sınırlar zorlar şekilde belirli kişi ya da kişilere matufiyeti kesin olarak saptanamayan hakaretimiz sözlere yer verilmiş ise de, bu açıklamalarda şiddet çağrısı bulunmayıp, somut ve yakın tehlikeden söz edilemeyeceği cihetle yazının halkı din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrikinin söz konusu olmadığı, bu haliyle yersiz, haksız ve ağır eleştiri niteliğinde değerlendirilmesi gerekir. Dairemiz birçok kararında da tahrikin kamu güvenliğim ve düzenini tehlikeye düşürebilmesi ihtimali ölçüsünü esas almıştır. Yazının, zarar neticesini yaratmaya uygun olmamasına rağmen cezalandırılması, düşünceyi açıklama ve demokratik hakların sınırlandırılması sonucunu doğurur. Oysa, demokratik hukuk devleti evrensel ilkelerinin benimsenmesi halinde düşünce açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasının bireysel ve toplumsal öğeler arasında uzlaşmayı hedefleyen esaslara uygun şekilde yapılması gerekir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu yazıdaki ağır eleştiri niteliğindeki ibarelerde atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı" gerekçeleriyle hükmün bozulması yönündeki karşı oyları ile oyçokluğuyla onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 11.06.2004 gün ve 183264 sayı ile; TCK'nın 312/2. madde ve fıkrasında yapılan değişiklik ve bu bağlamda farklı kararlar ve görüşler dikkate alınarak, değişikliğin suçun yasal öğelerine yansımalarının bir kez de Yüksek Genel Kurul'unuz tarafından tartışılıp değerlendirilmesi ve kimi duraksamalar aşılarak istikrarlı bir uygulamaya yön ve yol verilmesi gereksinimi doğmuştur.

TCK 312/2. maddesi " sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde hüküm taşımaktadır.

Sucun Yasal Unsurları

A. Maddi Unsur: Sosyal sınıfı, ırk, din, mezhep, bölge farklılığının demokratik yapıda ilke ve farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürmek, değişik fikir kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamak yerine, sayılan farklılıklara esas alınan halkı düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik edilmelerinin ortaya çıkaracağı somut tehlikedir.

B. Manevi Unsur: Kamu düzeni içki tehlikeli olabilecek (şiddeti çağrıştıracak ve açık, yakın ve somut tehlikeyi içerecek) şekildeki yoğunlaşmış kasta yaklaşan öngörü ve irade ile işlenmelidir.

Yasa gerekçesinde, çağdaş demokrasilerde katılımcı ve çoğulcu düşüncelerin, insan hakları ve temel hürriyetlerin tanınması ve koruma altına alınması için uluslararası belgelerle ve en son Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak adlandırılan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alındığı;

Bu doğrultuda Anayasa'mızda 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe uygulama kabiliyeti kazandırmak için TCK'nın 312/2 maddesinde 4744 sayılı Yasa ile yeni çehresine kavuşturulmuş olup, suçun tehlike suçu olduğu, açık, yakın ve mevcut tehlikeyi içermesi gerektiği;

Uygulamada bu kavramların açıklığa kavuşturulup tespitinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce saptanan ölçütlerin de göz önüne alınarak, Yüksek Yargının yorum ve içtihatlarının toplumsal tehlikeyi önleme, eleştiri, ifade ve siyasal propaganda hürriyetlerini aynı zamanda sağlama amacına ulaşmanın sağlam ilke, çare ve uygulamaları olarak kabul ve ifade edilmiştir.

Madde metni yeni ve belirleyici unsur olarak kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekildeki tahriki esas almıştır. Suç tehlike suçu olup, bununla eleştiri, ifade ve siyasal propaganda hürriyetlerinin kullanımı ile kamu düzeni ve toplumsal bütünleşmeyi dengelemek ve korumak amaçlanmıştır.

Tehlikelilik unsurunun yakın, açık, somut ve kamu düzenini bozmaya elverişli biçimde alenen düşmanca bir eyleme girişilmesi önerisini içermesi ve şiddet çağrısını yapacak kuvvet ve kudret de olması gerekmektedir. Yüksek Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2003/30709 - 2004/3913, 2002/10521 -10510, 2002/9667 - 10406 ve 2002/10893 - 11068 sayılı kararlarında, kamu düzeni için tehlikelilik unsurunu "*açık ve yakın tehlike olarak ifade edip, şiddeti çağrıştırtıp, cebir ve şiddet uygulamasını öneren, hedef alan tahrik*" şeklinde açıklamıştır.

Milli Gazete'nin 11 Eylül 2001 tarihli sayısının 12. sayfasında yer alan sanığın davaya konu "*çocuklarımızı sahip çikalım*" başlıklı köşe yazısı bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, Anayasa'mızın 2, 13, 14, 24. maddelerinde yer alan Türkiye Cumhuriyetinin Devlet ve toplum yapısını oluşturan tüm değerlerinin temel taşı olan laiklik ilkesinin hedef alındığı, sarsıcı, rahatsız edici ve incitici ve hatta meydan okuyucu üslup taşıdığı kuşku yoktur.

Yazıda; laiklik, dinsizlik olarak nitelendirilmekte, laik görüşe sahip olanlar ağır bir dil ile eleştirilmekte, hatta küfür ehli oldukları söylenmekte, İslam'ı ve Kur'an'ı yok etmek istedikleri, din eğitimini engelledikleri, kimi İslami kuralların uygulanmasını yasakladıkları, fesat yuvaları oldukları, ancak başarılı olamayacakları görüşü ileri sürülmektedir.

Laiklik ilkesi, Yüksek Dairenin onama kararının gerekçesinde *“Türkiye Cumhuriyetinin özü ve iskeletidir. Bu ilke korunduğu sürece değişik din, mezhep ve düşünceye sahip toplum kesimleri barış içinde yan yana yaşayabilirler. Diğer bir deyişle, laiklik toplum barışının (kamu düzeni) ve ulusal birliğin vazgeçilemez koşuludur. Onun içindir ki, Anayasa'mızın 4. maddesi, Cumhuriyetin laik niteliğinin değiştirilemeyeceğim, hatta bunun teklif dahi edilemeyeceğini belirtmektedir”* şeklinde isabetle açıklamıştır.

Gerçekten laiklik, Türk Ulusu'nun aydınlık geleceği, çağdaş ve uygar demokratik toplum olmanın ön ve temel koşuludur; Türk Devrimi'nin de temelidir. Bu temel ne kadar sağlam tutulursa, uygarlık savaşı o kadar kısa sürede kazanılabilir; dolayısıyla huzur ve refaha kavuşulabilir. Önemli olan, laik demokratik Türk toplumunun huzur ve refahı, diğer dünya toplumları karşısında insanlık idealleri ve uygarlık yarışında geri kalmamak, hatta hepsini geçmektir.

Laiklik, özü itibarıyla din ve devlet işlerinin ayrılması, dinin devlet işlerine karıştırılmamasıdır. Bu anlayışın en önemli sonucu devlet yapılanmasında Anayasa, kurumlar ve hukuk sisteminde dinsel normların etkili ve belirleyici olmamasıdır. Din ve vicdan özgürlüğü laikliğin diğer bir sonucudur. Laiklik, katı, donuk, dini doğmalara, bağınazlığa, yobazlığa, cehalete karşı devletin, yönetimin ve insanın özgürleştirilmesi hareketidir. Laiklik ilkesine göre, Devlet, dinlere ve inanç sahiplerine karşı tarafsız, nötr konumdadır. Bu, devletin negatif sorumluluğudur. Ancak devletin, dinler, mezhepler, sair inançlar arasında barışı sağlamak ve korumak, dinin devlet yönetimine müdahalesini önlemek görevi de vardır ki, bu da devletin pozitif görevidir.

Demokrasi, bir anlamda şeriat düzeninin karşıtıdır. Demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olan laiklik ilkesi, demokratik topluma yönelik tehlikenin varlığı, önem derecesi ve boyutu itibarıyla bu ilkenin algılanması, yorumu ve uygulanmasında özde değişmeyen farklılıklar göstermektedir. Bu doğaldır da. Dinsel normların Devlet ve toplum yaşamına hakim olma düşüncesi ve pratiği, kimi toplumlarda ciddi ve yakın tehlike yaratmaktadır. Demokrasinin dayanma ve defetme gücü, tehlikenin vahametinde ölçüyü belirlemektedir. Bu bir anlamda ifade özgürlüğünün sınırını da çizmektedir.

Türkiye, hatta dünya için demokrasi, yegane modeldir. Bu model içinde laiklik ilkesinin, tarihsel misyonuna, özüne uygun olarak korunması yaşamsal önem taşır. Böyle olmasına rağmen, kimi kişiler ve kümeler ve hatta kurumlar, türlü neden ve beklentilerle dinin dünyevi normlarını ve hedeflerim öne çıkarma gayreti içinde, her çeşit din mensupları ile felsefi görüşe koruma ve güvence

sağlayan laikliği hedef almışlardır. Bu amaç doğrultusunda her yol ve yöntem denenerek yoğun etkinlik ve propaganda faaliyetlerinde bulunmaktadır.

Davaya konu yazıyı da, bu ortam ve kapsamda değerlendirmek doğru olur. Ancak yargı, yazının TCK'nın 312. maddesinin 2. fıkrasındaki suç tipine uygun olup olmadığını, bu maddeyi ihlal edip etmediğini, yazının konusu, teması, mesajını dikkate alarak ceza hukuku ilkeleri ışığında incelemek ve sonuca varmak durumundadır.

Bu tespitler karşısında somut olaya geldiğimizde:

Sanık yazısında Cumhuriyet'imizin temelini oluşturan devrim yasalarını dinsizlikle suçlayıp, dinsel bağnazlığın ve ortaçağ dogmatizminin karanlığına aydınlığa çeviren çağdaş, modern ve demokratik toplum ile ulusallaşmayı yaratıp yaşatmaya olan etkin rolünün yanında din, vicdan ve ibadet özgürlüğünü de güvence altına alan laiklik ilkesine, bu ilkeyi getirenlere ve savunanlara ağır, haksız ve incitici saldırılarda bulunduğu konusunda kuşku yok ise de, suçun maddi unsurunun değerlendirilmesinde yasa maddesinde yapılan değişiklik sonucu olarak dikkate alınması gereken, kamu düzeni için açık ve yakın tehlike ile şiddete çağrı ve önerisi mevcut bulunmadığı görüşüyle suçun yasal unsurlarının oluşmadığı düşünülmektedir.

Nitekim, Yüksek 8. Ceza Dairesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere, *"suçun yasal unsurlarının irdelenmesinde, açık ve yakın tehlikenin yanında şiddeti çağrıştırmaması gerektiği ifade edilip belirsizlik giderilmiş ve suçun yasal tipe uydurulmasında önemli bir adım atılmıştır."* gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurularak Özel Daire'nin 19.03.2004 tarih 357-2457 sayılı onama kararının kaldırılarak, sanığın mahkûmiyetine ilişkin mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.

Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca okunup, konu müzakere edilmiş, ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından ikinci müzakerede açıklanan karara varılmıştır.

Ceza Genel Kurulu Kararı

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik etmek suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, suçun yasal unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Ancak, konu uyuşmazlığın çözümü vesilesi ile, TCY'nin 312. maddesi 2. fıkrasında düzenleme altına alınan suç türünün analizini yapıp, zorunlu unsurlarının ne olduğunu ortaya koyarak, süregelen yorum dağınıklığını gidermek ve Yargıtay C. Başsavcılığı'nın talebi doğrultusunda *"kimi duraksamaları aşarak istikrarlı bir uygulamaya yön ve yol vermek"* isabetli olacaktır.

Amaca sağlıklı bir biçimde ulaşabilmek için; öncelikle ifade hürriyetini ve bu hürriyetin kısıtlamalarını öngören uluslararası ve ulusal normları sıralamak, ardından TCY'nin 312/2. maddesinin tarihi değişimini sergileyip aldığı son şekli belirlemek, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı yeni TCY'deki yansımaları sergilemek, bilahare bahse konu suçun soyut kavramların oluşturduğu "kamu düzeni" ve "tehlikeli olma" unsurları ile ilgili öğretilerdeki kimi görüşleri, kabullenilir ölçüler bağlamında açıklamak, bunu takiben TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun hangi koşullarda oluşabileceğini, zorunlu unsurlarının ne olduğunu, içtihat mahiyetinde ortaya koymak ve nihayet maddi olaya ilişkin çözümleyici değerlendirmeyi yapmak gerekmektedir.

Bu sıralamaya uygun olarak;

Uluslararası ve ulusal düzenlemeler, Demokratik bir hukuk devletinde, toplumsal barış ve düzenin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, farklı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölgelere mensup insanların, güven ve barış içinde yaşayabilmeleri ile mümkündür. Bu nedenledir ki hukuk sistemleri kamu düzenini bozacak, düşmanlık veya kin duygusu oluşturacak tahriklere izin vermemiş, toplumun çeşitli katman, kesim ve grupları arasında, çatışmalara, kin ve düşmanlığa dönüşebilecek davranışları, ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu nedenle TCY'nin 312. maddesindeki düzenlemelere benzer hükümlerin varlığı doğal karşılanmalıdır. Ancak bir hareketin ne zaman kin veya düşmanlığa tahrik, ne zaman bir hakkın savunması, ya da haksızlığın enerjik biçimde dile getirilmesi sayılacağı keyfiyeti düşünce/ ifade hürriyeti ile doğrudan ilgili olduğundan, uyumsuzluk konusunda sağlıklı bir değerlendirme ancak, düşünce hürriyetinin kapsam ve sınırlarının ulusal ve uluslararası normlar ışığında belirlenmesi ile mümkündür.

Doğal haklardan kabul edilen ifade hürriyeti, çoğulcu demokrasilerde, vazgeçilemez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Öğretilerde değişik tanımlara rastlanmakla birlikte, genel bir kabul ile ifade/ düşünce hürriyeti, insanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkan ve özgürlüğüdür. Demokrasinin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade hürriyeti, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır.

İşte bu özelliğinden dolayı ifade hürriyeti, temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirilerek, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, TC Anayasası'nda da ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Bu bağlamda;

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin

19. maddesinde;

"Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmaz görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir."

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin;

9. maddesinin 1. fıkrasında;

"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir."

10. maddesinin 1. fıkrasında;

"Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir." hükümlerine yer verilmiş,

Anayasa'nın;

24. maddesinde din ve vicdan hürriyeti başlığı altında;

"Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir."

14.madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz."

25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında;

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

26. maddesinde ise, İHAS'ın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer şekilde;

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi 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." hükümleri yer almıştır.

Görüldüğü gibi, Sözleşme'nin 9. maddesinin 1. fıkrası ve Anayasa'nın 24. maddesinde din ve vicdan hürriyeti, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrası ile Anayasa'nın 25 ve 26. maddelerinde ifade (düşünce) hürriyeti en geniş anlamıyla güvence altına alınmıştır.

Ancak, ifade hürriyetinin sonsuz ve sınırsız olmadığı, kısıtlı da olsa sınırlandırılmasının gerekeceği, uluslararası ve ulusal alanda normlara konu edilmiştir.

Bu cümleden olarak uluslararası alanda;

İHAS'ın;

9. maddesinin 2. fıkrasında;

"Din veya inançlarını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlâkının, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli lebidirler olarak ve yasayla sınırlanabilir."

10. maddesinin 2. fıkrasında,

"Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir."

17. maddesinde ise;

"Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz." tarzında düzenlemeler yapılmış,

Ulusal alanda ise Anayasa'nın;

2. maddesinde;

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir."

4. maddesinde;

"Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyet'in nitelikleri ve 3. üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

13. maddesinde;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"

14. maddesinde;

"Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz."

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

26/2. maddesinin 2 ve devamı fıkralarında ise;

"Bu hürriyetlerin kullanılması, milli 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.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

Hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2, 4, 13, 14 ve 26/2. ile İHAS'ın 9/2, 10/2 ve 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; hürriyetlerin demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite veya tarafsızlığının korunması için kanunla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlama ve yaptırımlara tabii tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği, sınırlandırmanın önemli bir toplumsal ihtiyaç veya zorunluluğun bulunması, bu sınırlandırmanın meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılması, sınırlandırmada aşırıya gidilmemesi ve her halükârda gelişimi zedelemeyecek ölçüde yapılması görüşü genel bir kabul görmüştür.

Sınırlama veya müdahale için; yasal bir düzenleme, sınırlamanın meşru bir amacı, fıkrada sayılan sınırlama nedenlerinin bulunması, sınırlamanın meşru amaçla orantılı ve önlemin demokratik toplum bakımından "zorunlu" olması gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre; sınırlama için belli bir sınırlama nedeninin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda demokratik bir toplum bakımından zorunluluk bulunmalıdır. Zorunluluk, ölçüsüz bir sınırlamaya olanak tanımaz. Üye devletlere sınırlamada bir takdir alam tanınmakla birlikte, ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle devletler üzerindeki denetim sıkı olmalı,

sınırlandırma zorunluluğu inandırıcı bulunmalıdır. Dolayısıyla, sınırlamalar dar ve sınırlayıcı bir ölçüde yorumlanmalıdır. “Kamu düzeni” genel hükmünde düşünülebilecek sınırlama nedenleri, genel çıkarların, yargı gücünün otorite ve yansızlığının ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması amacıyla sınırlamaya konu olabilir.

Anılan önlemin izlenen meşru amaçla sınırlı olması şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi, demokratik bir rejimin dayandığı “değerler”, (çoğulcu, hoşgörülü, hukuka ve bireysel özgürlüklere saygılı) öne çıkarılarak titiz ve derinleştirilmiş bir denetime tâbi tutulmalıdır. (Prof. Dr. İ. Özden Kabaoğlu; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde İfade Özgürlüğü* s. 111 ve 112)

“Demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil eden ifade hürriyeti, sadece kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler veya fikirler için değil aynı zamanda kırıci, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmaz tolerans ve hoşgörünün gerekleridir.” (Prof. Dr. D. Tezcan, Yrd. Doç. Dr. M. R. Erdem - Yrd. Doç. Dr. O. Sancaktar, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, s. 462)

Günümüz özgürlükçü demokrasilerinde, istisnaları dışında, geniş bir yelpazeyle düşüncüyü açıklama korunmakta ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmek suretiyle özgürlüğün sağladığı haklardan en geniş şekilde yararlandırılmaktadır.

Ne var ki; iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehcen içerikli söz, yazı, resim ve açıklamalar, savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzenini cebir yoluyla değiştirmeye yönelen, nefret, ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan ifadeler ise düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmemekte, suç sayılmak suretiyle cezai yaptırımlara bağlanmaktadır.

TCY’nin 312. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemeye tâbi tutulan suç da, bu kısıtlamalar bağlamında yasada yerini almıştır.

TCY’nin 312/2. Maddesinin Tarihi Gelişim ve Değişimi

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu olarak da adlandırılan TCY’nin 312/2. maddesindeki suç düzenlemesi;

Resmi Ceridede yayımlanan ilk metinde;

“... halkı kanuna ademi itaate tahrik yahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse.....mahkûm olur.
“ şeklinde iken,

9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Yasa ile;

“... halkı kanuna itaatsizliğe veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse .. mahkûm olur.

Yukarıdaki fıkrada yazılı suçları neşir yolu ile işleyenlere verilecek ceza bir misli arttırılır." biçiminde değiştirilmiş,

7.1.1981 gün ve 2370 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle;

"Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse... ..cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. maddenin ikinci fıkrasında sayılan vastalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır." şeklinde yeni bir değişikliğe uğramış,

6.2.2002 gün ve 4744 sayılı Yasa ile de;

"Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında arttırılır." biçiminde değiştirilmek suretiyle inceleme konusu suç bugünkü halini almıştır.

Normun değişim süreci bu düzenlemeyle de sona ermemiş;

01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı Yasa'nın 216. maddesinde ise;

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" başlığı ile;

"(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlen alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." biçiminde yeni bir düzenleme gündeme gelmiştir.

Maddede yapılan değişikliklerle ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapmadan, uyuşmazlığın daha iyi anlaşılabilmesi için tehlike suçlarının özellikleri ve yapılarının irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Öğretideki Görüşler

Prof. Dr. U. Alacakaptan, Hukuk Kurultayı 2000'de, düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları ile ilgili olarak sunduğu bildiriye, tehlike suçları hakkında şu değerlendirmelerde bulunmuştur.

“Tehlike suçu, somut bir zararın netice olarak öngörüldüğü zarar suçlarından farklıdır. Bu suçlarda hareketin zararı meydana getirip getirmediği, somut bir biçimde saptanabilir. Oysa, tehlike suçunu oluşturan hareketin, ceza kuralı ile tecrim edilen tehlike şeklindeki sonuca vücut verip vermeyeceği konusunda, bir değerlendirme yapılması gereği ortaya çıkar. Eğer böyle bir değerlendirme sonunda; tahrik, teşvik, övme gibi hareketlerin tehlikeyi yaratmak bakımından uygun ve elverişli olduğu belirlenebiliyorsa; suçun varlığı, aksi halde; oluşmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Eğer hareket, tehlikeyi yaratmak bakımından somut ve yakın tehlike (clear and present danger) teşkil etmiyorsa; suçun meydana gelmeyeceği kabul edilmelidir. Bu bakımdan, eylemin; kin ve düşmanlığa tahrike yönelik olduğunun açıkça anlaşılması gerektiği gibi, bu sonucu meydana getirmek açısından uygun ve elverişli olduğunun da belirlenmesi zorunludur. Dolaylı etkilemeler, tahrik unsurunun gerçekleşmesi için yeterli değildir.

Eğer norm; hukuksal yararı korumak üzere yaratılan suç tipinin yaratılma nedenine uymayan biçimde uygulanacak olursa, tipiklik ve yaşattık ilkeleri ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, eğer normla güdülen amaç; tehlikenin zarar doğurmasını önlemekse, tehlikenin hem koşul olarak aranması, hem de bilfiil gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekecektir.

Gerçekten bu suç tipleri, zarar yaratmayı; suçun işlenmesi konusunda bir tehlike ya da zarar tehlikesi yaratabilecekleri için, cezalandırılan istisnai eylemlerdir. Tehlike; amaç suçun işlenmesine uygun, yani elverişli değilse, hukuka aykırı, dolayısıyla suç sayılamaz. Eylemin zarar neticesini yaratmaya uygun olmamasına rağmen cezalandırılması, basta düşünceyi açıklama hakkı (özgürlüğü) olmak üzere, demokratik hakların (özgürlüklerin) sınırlandırılması sonucunu yaratır.

Demokratik devletin temel görevi, ülkesinde yaşayan bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak, onların maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilecekleri ortamı sağlamaktır. Demokratik devlette; bireylerin devlete karşı ileri sürebilecekleri, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükleri vardır. Devlet, bu koruma görevini yerine getirirken, herkesin; tüm hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını sağlamaya özen göstermek ve bu hak ve özgürlükler arasında bir denge kurmak zorundadır. İnsanın aklında olup bitenlerin ne sınırlandırılması, ne de cezalandırılması mümkündür. Sorun, düşüncenin açıklanış biçimi itibarıyla; toplum, devlet, rejim ve siyasal düzene yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarıp çıkarmayacağını ve buna bağlı olarak; kişileri, kanunlara aykırı eylemlere yöneltici bir nitelik taşıyıp taşımadığının, saptanmasıdır. Demokratik rejimde fikir suçunun kabulünde ölçü, düşüncenin açıklanış biçimi dolayısıyla, toplum yönünden, belirli ve gerçekleşmesi kesin, yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmaması ve kişileri eyleme teşvik edici bir içeriğin yaratılıp yaratılmamasıdır.” (Prof. Dr. U. Alacakaptan, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Fikir ve Düşünce Özgürlüğü”, Hukuk Kurultayı, Cilt 2, s. 20 vd.)

Açıklanan görüşlerin benimsenir gerekçelere dayandığı ve bu itibarla çözümlemede ölçü alınabileceği kabul edilmelidir.

Tehlike suçlarında duraksamaları giderecek somut kavramları belirlemenin zorluğu, ceza yargulamaları sürecinde farklı yorum ve uygulamalara neden

olmuş, bu tutum, Türk öğretisinde olduğu gibi İtalyan öğretisinde de çeşitli eleştirilere konu edilmiştir.

Majno, Türkçe'ye çevirisi 1927 yılında yapılmış olan "Ceza Kanunu Şerhi" isimli eserinde, bu durumu, yaşadığı dönemin dar kapsamlı ifade hürriyeti anlayışı altında dahi eleştirmiş; "Teessüfle görüyoruz ki mahkemeler, 247. madde hükmünü kanun vazının maksadına muhalif olarak tatbik ediyorlar. Bu madde adi düşünce propagandası hakkında kabili tatbik değildir. Mahkemelerde hakim olan görüş kanunun ruhuna büsbütün muhaliftir. Kanun bir içtimai tehlike istiyor. Bu tehlike önemsiz bir takım faraziyelere bina edilemez." biçiminde ifadelerle uygulama hatalarına işaret etmiştir. (Majno, Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, s. 7, 8)

Ülkemizdeki gelişmeler de farklı olmamıştır.

Türk Ceza Mevzuatı'nda 12.04.1991 gün ve 3713 sayılı Yasa ile TCY'nin 141, 142 ve 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, gerekçe olarak; "mevcut şekilleriyle, düşünceyi ifade hürriyeti ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı mahiyet iktisap etmişlerdir. Bu sebeplerle hem Devletin maddi düzenini korumak ve hem de düşünceyi ifade ve örgütlenme hürriyetini sağlamak ve böylece bu iki hukuki menfaati dengeli ve çağdaş demokratik hukuk düzenine uygun hale getirmek için bu maddeleri yürürlükten kaldırarak, bunların yerine yeni bir hüküm getirmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır." açıklamasına dayanılmış, ancak sonraki süreçte TCY'nin 312/2. maddesi uygulamaları, sanki varmış gibi bir yasal boşluğu doldurma gayretine dönüştürülmüş, bu nedenle de yoğun tartışma ve eleştirileri gündeme taşımıştır.

Öğretide bu tartışmalar "kamu düzeni" kavramının içeriği etrafında yoğunluk kazanmaktadır.

Bu cümleden olarak;

Doç. Dr. F. H. E.;

Kamu düzeni kavramı (...) farklı siyasal sistemlere, yönetimlere, toplumsal-siyasal koşullara zaman ve mekanlara göre değişebilen bir kavramdır. Ancak, bu kavram, içeriği bakımından değişken ve görelî olmasına karşılık yine de değişmeyen bir öz bünyesinde barındırmaktadır. Bu öz, "toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzenliliğin ve barışın hakim olmasıdır. " (...) Yargıtay'a göre de kamu düzeni "toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür." Kısaca kamu düzeni, insanların toplu halde yaşamasını mümkün kılan iç barıştır (...)

TCK'nın 312. maddesinde tanımlanan eylemlerin, cezai yaptırıma bağlanmak suretiyle, işlenmesinin önlenmek istenmesi, toplumda barışı tesis etme amacına yöneliktir. Bu amaç, özellikle maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suç tipinde çok daha belirgindir. Gerçekten bu fıkrada düzenlenen "halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu" farklı sınıf ırk, din, mezhep ve etnik kökene bağlı insanlardan oluşan bir toplumun barış içerisinde birlikte yaşamasının

hukuksal güvencesini oluşturmaktadır. Bu hukuksal güvence demokratik devletin işlerliği açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Zira demokrasi, barışçı bir toplumsal birlikteliğin ortak platformunu temsil etmektedir. Daha açık bir deyişle, demokrasi “farklılıkların doğallıkla biraradalığıdır.” Farklılıkların barış içerisinde biraradalığı ise ayrı dünya görüşlerine, dinsel ve mezhepsel inanışlara, etnik köken ve toplumsal sınıflara mensup birey ve toplulukları kucaklamak, söz konusu farklılıklardan herhangi birine öncelik ya da üstünlük tanımamakla sağlanabilir. Eğer toplumda mevcut bu farklılıklardan biri ya da bir kaç diğelerinin aleyhine olmak üzere öne çıkartılır ve bunlara daha fazla değer verilirse, bu gibi durumlarda demokrasinin varlığından söz etmek güçleşir. Çünkü, bu tür ayrımcı politikalar, demokrasinin dayanağı olan “farklı yaşam tarzlarının meşruluğu” ve “barışçı toplumsal birliktelik” temel değerlerini yok etmektedir.

TCK'nın 312. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 4744 sayılı Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de(...) şu görüşlere yer verilmiştir. “Çağdaş uygar toplum çoğulcudur. Bunun anlamı, toplumun değişik din, mezhep, ırk, sosyal sınıf, bölge farklılığı, siyasal görüşler, idealler toplum insanlarına hizmet bakımından farklı yollar, metotlar, değişik zihniyetler taşıyan insanlardan oluştuğudur. Böyle bir toplum yapısında demokratik ilke, farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürerek birlikte, barış içerisinde yaşamayı zorunlu kılar; sosyal yapıyı oluşturan yapısal unsurlar birbirleriyle ahenkli bir bütün oluşturmakta devam etmelidir. Bütünleşme derecesi bu derecede yüksek olursa, demokratik özgürlükler de, toplumda aynı oranda geniş olarak kullanılabilir. Bütünleşmenin temel koşullarının başında değişik yapıdaki insanların, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamayı benimsemeleri, bu tutumu içlerine sindirmiş bulunmaları gelmektedir (...)

“Kamu düzen”i (...) kavramının hem özgürlüklerin kullanımının gerekli koşulunu ve hem de özgürlükleri sınırlamanın temel sebeplerinden birini oluşturduğu anlaşılmaktadır (...)

Nitekim, gerek uluslararası hukuk belgelerinde ve gerekse iç hukuk düzenlemelerinde “kamu düzeni” kavramı, özgürlükleri sınırlamanın meşru bir değeri olarak kabul edilmiştir (...)

Ülkemizde de başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalarımızda “kamu düzeni” sebebine dayanılarak özgürlükler sınırlanabilmektedir (...)

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ulusal ve uluslar arası hukuk belgelerinde özgürlükleri sınırlamanın başlıca sebeplerinden biri olarak yer alan “kamu düzen”i kavramı, gerek yasa koyucuların, gerekse uygulayıcıların elinde özgürlükleri aşırı sınırlamanın ve bastırmanın etkin bir silahına dönüşebilmektedir. Öyle ki, söz konusu kavram niteliği ne olursa olsun, kurulu olan herhangi bir düzenin korunması ve sürdürülmesinin bir mücadele aracı olarak kullanılabilir. Nitekim, totaliter veya baskıcı rejimlerde bu tür eğilimlere sık rastlanmakta; kamu düzeni kavramı özgürlükleri güvence altına almanın değil, onları bastırarak suretiyle mevcut düzeni korumanın hukuksal

ve söylemsel aracım oluşturmaktadır. Oysa, bu tür rejimlerden farklı olarak demokratik rejimlerde kamu düzeni, özgürlükler açısından bir güvenceyi ifade etmektedir. Bu güvence ise, kamu düzeninin çatışan özgürlükler arasında uzlaşmayı sağlayan, toplumsal barış ve bütünlüğe hizmet eden özellikleri ile sağlanmaktadır (...)

Kamu düzenini korumak gerekçesi altında belli bir ideolojinin dokunulmazlık zırhına büründürülmesi, ya da “*en fazla korunmaya mahzar*” bir ideolojik kategorinin yaratılması çoğulculuğu baltalayacaktır (...)

Kamu düzeni gerekçesi ile düşünce özgürlüğünün sınırlanmasında çatışan iki değerın uzlaştırılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir yandan(...) çekirdek özgürlük olarak değerlendirilen düşünce özgürlüğünün güvence altına alınması, diğer yandan da bütün özgürlüklerin kullanımının asgari koşulu olan...) kamu düzeninin korunması zorunluluğuyla karşı karşıya bulunmaktayız. Bu sorunun çözümünde söz konusu değerlerden biri diğerine feda edilmeden, her ikisinin birlikteliğinin sağlanması gerekmektedir. Kuşkusuz, her iki değerın birlikte varoluşlarının sağlanması karşılıklı sınırlama ve dengeleme çabalarını beraberinde getirmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, sınırlama ve dengeleme çabaları hiçbir zaman düşünce özgürlüğü aleyhine işleyecek ve bu özgürlüğü işlevsiz hale getirecek bir anlayışın ürünü olmamalıdır. Zira, insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda sayısız işlevler yerine getiren ve böyle bir toplum yapısının “*onsuz olmaz*” koşulunu oluşturan düşünce özgürlüğü, korunması gereken değerlerin basında gelmektedir. Dolayısıyla, “*özgürlüklerin esas, sınırlamanın istisna*” olduğuna ilişkin genel ilkedenden hareketle düşünce özgürlüğünün ancak kamu düzeni açısından zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlandırılması kabul edilmelidir.

Nitekim(...) AİHM'nin “*Avrupa kamu düzeni karakterine yaslanarak*” geliştirdiği içtihatlar incelendiğinde, mahkemenin her iki değer arasındaki hassas dengeyi düşünce özgürlüğü lehine kurmaya çalıştığı görülmektedir (...)

AİHM'nin yalnızca kanaatlerin ifadesi olan düşünce açıklamaları ile kamu düzenini ve bunun bir ögesi olan kamu güvenliğini şiddet yoluyla bozmaya yönelik olan düşünce açıklamaları arasında ayırım yaptığı anlaşılmaktadır (...). Sınırlama ancak bu ikincisi için söz konusu olabilir (...). Aksoy/Türkiye davasında da AİHM, Türkiye Devleti'nin mevcut düzenini, ilkelerini ve yapısını sorgulayan, ancak şiddete ya da silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur içermeyen konuşma ve yayınların cezalandırılmasını düşünce özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür.

Öte yandan AİHM, açıklanan düşüncenin salt saldırgan bir nitelik taşımasının dahi, düşünce açıklamalarının cezalandırılması için yeterli olmadığını, düşüncenin açıklandığı yer ve zaman koşullarının dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılması gerektiğini vurgulamıştır (...)

Ayrıca AİHM, bir çok kararında düşünce özgürlüğünün yalnızca zararsız bilgi ve düşünceler açısından değil, “*devleti veya halkın bir bölümünü rahatsız*

eden, taciz eden/şoke eden veya kaygılandırıcı” bilgi ve düşünceler açısından da geçerli olduğunu kabul etmiştir ...) AİHM, şiddet unsuru içermemek koşuluyla, toplum ve devlet katında yaygın olan siyasal görüşlerin sorgulanabileceğini, bunlara ters düşen düşüncelerin özgürce açıklanabileceğini ortaya koymuş ve böylece çoğulcu toplum yapısını korumak istemiştir. Bu bağlamda AİHM, devletlerin, “*kamu düzenini*” koruma gerekçesinin arkasına sığınmak suretiyle meşru siyasal muhalefeti etkisiz kılma çabalarını engellemiştir (...)

Özetle, özgürlükleri sınırlama sebebi olarak ortaya çıkan “*kamu düzeni*” kavramı, niteliği ne olursa olsun, mevcut bir siyasal düzenin korunmasının bir aracı değil, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik toplum yapısının asgari güvencesini oluşturmaktadır (...) Kamu düzeni gerekçesiyle bir düşünce açıklamasının sınırlandırılabilmesi, ancak düşünce açıklamasının kamu düzenini bozmaya yönelik gerçek/somut bir tehlike olarak ortaya çıkması halinde mümkün olmalıdır (...)

Türkiye’de (...) “*kamu düzeni*” kavramı ideolojik yüklü bir kavram olarak algılanmakta ve bu doğrultuda özgürlükleri sınırlayıcı bir işlev görmektedir (...)

Açıklamalarına yer vermiş, “*Türkiye Pratiği: Devlet Düzeni ve Kamu Düzeni*” başlığı altındaki değerlendirmesinde de, TCY’nin 312. maddesinin uygulamada aldığı şekli eleştirerek;

“*Böylece, “kamu düzeni” kavramı bu şekilde kimi düşüncelerin “zararlı”, “sakıncalı” ya da “tehlikeli” kabul edilerek “yasak düşünce alanı” yaratılırken kullanılan hukuksal meşrulaştırma araçlarından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda “kamu düzeni” kavramı demokratik, siyasal ve toplumsal muhalefeti suskunlaştırmakta, etkisizleştirmekte ve baskı altında tutma amacına yönelik hukuksal tasarrufları haklılaştırıcı bir işlev görmektedir.*

Dolayısıyla, TCK’nın 312. maddesinin koruduğu değer, çoğulculuk ve barış esasına dayalı bir kamu düzeni değil, sınırlan resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır. TCK’nın 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer bir işlev yerine getirmiş olan TCK’nın mülga, 141, 142 ve 163. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesi yerine ikame edilmesine kullanılmak istenilmesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten, 12.4.1991 tarih 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 23. maddesiyle, TCK’nın 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından önce, ilgili madde hükümleri, tıpkı bu gün yürürlükte bulunan 312. madde gibi resmi söylem dışı düşünce açıklamalarını cezalandırmanın, bireylerin ve örgütlü toplumun demokratik taleplerini bastırmanın ve siyasal muhalefeti suskunlaştırmanın aracı olarak kullanılmışlardır (...)

Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, sanki bir boşluk doğmuşçasına, Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesi işletilmeye başlanmış, birçok gazeteci, yazar ve düşünür bu madde kapsamında mahkum edilmiştir. Bu maddenin uygulanmasında özel suç kastı aranmamış, genel kastın bulun-

ması mahkûmiyet kararı için yeterli sayılmıştır. Ancak, 1995 yılı sonunda bu maddenin değiştirilerek düşünce özgürlüğü lehine kısmen yumuşatılmasıyla bu kez oluşan boşluk, yıllardır yürürlükte olan TCK'nın 312. maddesiyle doldurulmaya çalışılmıştır.

TCK'nın 312. maddesinin, "devlet düzeni"ni koruma refleksiyle ve adeta bu alanda TMK'nın 8. maddesinin değiştirilmesi sonucu olduğu iddia olunan, boşluk doldurulurcasına uygulamaya sokulduğu izlenimini yargı kararlarında görmek mümkündür. 1994 yılında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen bir dava dosyasında yer alan ifadenin Yargıtay ilgili Dairesi'nce de aynen tekrarlanmış olması böyle bir izlenimi doğrular niteliktedir. Gerçekten, ilgili dava dosyasında yer alan "TCK'nın 163. maddesinin kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla..." ifadesi, somut olaya ilişkin bir hukuki çözümleme çabasından çok, bir boşluk doldurma çabası olarak gözükmektedir. Öte yandan, savcıların bu maddeyi, daha önce pek rastlanmadık bir şekilde, maksadının bir hayli dışına taşan biçimde işletmeye ve yargıçların da bu doğrultuda kararlar vermeye başlamaları, böyle bir yönelimin var olduğunu ortaya koymaktadır.

TCK'nın 312/2'de düzenlenen suçun oluşması için halkın devlete karşı değil, birbirine karşı kamu düzenini bozacak bir şekilde kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu madde ile korunan hukuksal değer, devlet ve onun kurduğu "düzen" değil "kamu düzeni"dir. Nitekim, TCK'nın 312. maddesi "kamu düzeni aleyhine cürümler" arasında düzenlendiği gibi, bu maddede 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle söz konusu metne "halkı birbirine karşı" ibaresi eklenmek suretiyle bu hususa açıklık kazandırılmıştır (...)

Oysa, Türkiye 'de, gerek mevzuattan ve gerekse uygulamadan kaynaklanan nedenlerden ötürü kamu düzeni, demokratik içeriğinden yalıtık bir biçimde tanımlanmakta; kamu düzeni ile devlet düzeni kavramları arasında olması gereken ayırım gözetilmemekte, hatta bunlar es anlamlı olarak ele alınmaktadır (...) Sözde kamu düzeni, gerçekte ise devlet düzenini koruma adına özgürlüklerin bastırılması, paradoksal olarak kamu düzeninin bir türlü sağlanamaması hatta bozulması sonucunu doğurmaktadır (...) Yaşanan deneyim göstermiştir ki, "kamu düzeni" baskı ve korkuya dayalı olarak değil, özgürlüklerin yaygın kullanım olanağına sahip kılınmasıyla daha sağlıklı biçimde güvence altına alınabilir. Nitekim, AİHM'nin yerleşik kararlarında da ifade edildiği gibi özgürlükler, demokratik toplum düzeninin ve Avrupa ortak mekanında oluşturulmaya çalıştırılan "Avrupa kamu düzeni"nin özünü oluşturmaktadır. (Doç. Dr. F.H. Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi", AÜHFED, 2003, 38 ila 62. sayfaları arasından özet seçmeler) biçiminde, bilimsellik kapsamında olumlu bir değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirmelerin "kamu düzeni" kavramına açıklık getirdiğinde kuşku yoktur. TCY'nin 312/2. maddesinin uygulanmasında objektif bir ölçütün belirlenmesinde zorlukla karşılaşılması, yasa koyucuyu da harekete geçirmiş, nitekim 4744 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte, maddenin uygulanma koşulları ve suç tipinin özellikleri, madde gerekçesinde, oldukça ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Anılan gerekçede;

“Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığına dayanarak insanları birbirine karşı kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye, alenen tahrik”, aslında bir tehlike suçudur.

Tehlike suçları, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından etrafında duraksamalara, yanlış anlaşılmalara elverişli bir alan yaratırlar. Bu bakımdan demokratik hukuk düzenlerinde, tehlike suçu yaratmaktan olabildiğince sakınılır; ancak, teknolojinin insan yaşamına bu derecede egemen olduğu bir dönemde bireyler, tehlikelerle çevrilmiş olarak yaşadıkları için tehlike suçlarına yer vermek zorunlu olmaktadır.

Çağdaş uygar toplum çoğulcudur. Bunun anlamı, toplumun, değişik din, mezhep, ırk, sosyal sınıf, bölge farklılığı, siyasal görüşler, idealler, toplum insanlarına hizmet bakımından farklı yollar, metotlar, değişik zihniyetler taşıyan insanlardan oluştuğudur. Böyle bir toplum yapısında demokratik ilke, farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürerek birlikte, barış içerisinde yaşamayı zorunlu kılar; sosyal yapıyı oluşturan yapısal unsurlar birbirleriyle ahenkli bir bütün oluşturmakta devam etmelidir. Bütünleşme derecesi ne derecede yüksek olursa, demokratik özgürlükler de toplumda aynı oranda geniş olarak kullanılabilir. Bütünleşmenin temel koşullarının başında, değişik yapıdaki insanların, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamayı benimsemeleri, bu tutumu içlerine geçirmiş bulunmaları gelmektedir. O halde kişilerin, maddenin saydığı farklılıkları esas alarak düşmanlığa, kin beslemeye alenen tahrik edilmelerinin ortaya çıkaracağı tehlikeye karşı hukuk sisteminin savunma araçları getirmesi gerekli ve zorunludur. Hele toplum yapısı, geniş bir mozaik biçiminde olan ülkeler yönünden bu zorunluluk daha da önemlidir.

Ancak temel sorun, bu zorunluluğu, eleştiri olanağını, ifade özgürlüğünü, siyasal propaganda yapmak hakkını zedelemeyen karşılayabilmektir.

Bu bakımdan çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu veya stratejiyi uygulamaktadır: Soyut (mücerret) tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç haline getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibarıyla belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak Bu yaklaşım, -Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği bir ölçü ile- *“açık ve mevcut tehlike”* (clear and present danger) kavramına da uygundur.

Bu amaca, tehlike suçlarına ait kanun metinlerini uygulamada yorumlamakla görevli bulunan yüksek yargı organlarının karar ve içtihatları ile, yani bu yüksek kurumların tehlike suçunun oluşmasını, kanun metinlerini somut bir tehlikenin meydana çıkarması olasılığını esas alarak yorumlamaları suretiyle ulaşılabileceği gibi, kanun metinlerinde somut tehlikeyi belirleyen sözcük ve kavramlara yer vererek de hedefe ulaştırarak çözümler gerçekleştirilebilir;

böylece toplumsal korunma ve özgürlükler aynı zamanda sağlanıp korunmuş olabilirler.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hususta belirttikleri ve saptadıkları, artık hukukçularca bilinen ölçütler, içtihatlarla toplumsal tehlikeyi önleme ve eleştiri, ifade, siyasal propaganda hürriyetlerini aynı zamanda sağlama amacına ulaşmanın sağlam ilke, çare ve uygulamaları olarak değerlendirilmektedir.

Bazı ülkeler ise, yukarıda açıklandığı üzere, tehlikeyi giderme ve aynı zamanda hürriyetleri sağlama stratejisi olarak ikinci yolu yeğleyerek, somut tehlike suçu oluşturulması için kanun metinlerine bu hususta şekil vermeyi, açıklık getirmeyi uygun saymışlardır.

Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'nun 283. maddesi şöyledir: *"Ülkede bulunan kilise veya din gruplarına veya bir ırka veya bir halka veya halk grubuna karşı, kamu düzenini bozmaya elverişli biçimde alenen düşmanca bir eyleme girişilmesi çağrısını yapan veya bunu tahrik eden kimseye bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza verilir.*

Yukarıdaki fıkrada açıklanan gruplara karşı alenen kışkırtmada bulunan ve insan onurunu zedeleyecek biçimde söven veya aşağılayan kimseye aynı ceza verilir. "

Alman Ceza Kanunu'nun 130. maddesi şöyledir:

"(1) Toplumsal barışı bozmaya elverişli bir şekilde,

1. Halk gruplarını birbirinden nefret etmeye veya halk grupları aleyhine cebir ve şiddet uygulanmasına veya keyfi uygulamalar yapılmasına tahrik edenler veya,

2. Halk gruplarını küçük düşürmek suretiyle insanlık onurunu ihlâl edenler, Üç aydan beş yıla kadar hapisle cezalandırılır.

(2) Yukarıdaki fiiller yayın yoluyla işlenirse ceza artırılır.

(3) Nasyonal Sosyalist rejim tarafından işlenmiş fiilleri, toplumsal barışı bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantıda onaylayanlara veya yapılan fiilleri yalanlayanlara zorunlu bir eylem gibi gösterenlere beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına hükmedilir."

1881 Fransız Basın Kanunu'nun 24. maddesinin altıncı fıkrası ise şöyledir: *"23. maddede yer alan vasıtalarından birisi ile menşeleri veya etnik bir gruba, millete, ırka veya belirli bir dine mensup bulunmamaları nedeniyle, kişiye veya kişiler grubuna karşı ayrımcılık yapılmasına, kine veya şiddete tahrik eden kimseler, bir yıl hapse ve 300 000 frank para cezasına veya bunlardan birisine mahkûm edilirler."* Aynı maddenin yedinci fıkrasında, bu suçtan dolayı mahkûm edilen kişilere ayrıca belirli fer'i cezaların da verileceği belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un 24 bis maddesinde, yukarıda değinilen Alman Ceza Kanunu'nun 130. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan hüküm, değişik sözcükler ve ifade biçimiyle tekrarlanmaktadır.

Görülüyor ki, toplumsal barış ihtiyacı ile eleştiri ve ifade, siyasal propaganda hürriyetlerini bağdaştırmak üzere, 312. maddenin ikinci fıkrasında yer alan suça ilişkin hükümlerin benzerleri, yabancı demokratik ülkelerde de yer almaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, yukarıda açıklanan ilke ve strateji doğrultusunda kamu düzenini ve toplumsal bütünlüğü korumak bakımından fiili, somut tehlike suçu haline getirmiştir. Sucun şeması şu suretle belirlenebilir:

"1. İnsanlar, birbirlerine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik edileceklerdir.

2. Bu tahrik, bir tür bağımlı hareketle yani insanların sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanılarak gerçekleştirilecektir, yani düşmanlık veya kin, bu farklılık üzerine dayanmak suretiyle yerleştirilmeye çalışılacaktır.

3. Tahrik yapılırken başvuru eylem, beyan ve ifadeler, kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak bir şekilde olacaktır. Hareketlerin belirtilen maksada uysun nitelik gösterip göstermediği, fiilin somut bir tehlike suçu olduğu söz önünde bulundurulur hâkim tarafından takdir edilecektir. Elbette bu takdir yapılırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda sürekli tekrarladığı ölçütleri söz önünde bulundurmamak gereklidir.

4. Failde yukarıda belirtilen koşul ve eylemlere yönelik cürüm kastının varlığı saptanacaktır." (4744 sayılı Yasa Gereği) denilmektedir.

7.1.1981 gün ve 2370 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramadan, bugün yürürlükte bulunan düzenlemeye benzer bir düzenleme içeren TCY'nin 312. maddesinin 2. fıkrasındaki suçla ilgili olarak açıklamalarda bulunan Doç. Dr. Erol Cihan;

"Sosyal sınıfları kin ve adavete tahrikin, 'umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda' gerçekleşmesi zorunludur", bu şart bir cezalandırılabilme şartıdır. Sosyal sınıflar arasındaki düşmanlığı tahrik hareketi, suç olarak telakki edilmemiş, bu tahrikin kamunun emniyetini tehlikeye düşürebilmesi ihtimali şart koşulmuştur.

Kamu güvenliği düşüncesinin tehlikeye düşürülmesi ihtimalinden ibaret olan bu kavram bir tehlike potansiyelini, kamu güvenliğinin azaltılması, sarılması olasılığını, kısaca fiili zarar olasılığını deyimlemektedir.

Umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda bir tahrikin mevcut olup olmadığının belirlenmesi, soyut bir biçimde (a priori) yapılamaz. Bunun belirlenmesinde özellikle tahrikin yeri, kişiler, tahrikte özellikle kullanılan araç göz önünde tutulmalıdır. Bir başka deyişle bu problem, somut bir biçimde araştırılmak gerekir, burada olayı araştıran hakim durumu takdir edecektir.

Bu ibarede özellikle iki şart üzerinde durulmalıdır; sadece düşmanlığa tahrik hareketi umumun emniyetini tehlikeye düşürmediği takdirde TCK'nın 312. maddesi uygulanmaz, öte yandan kamunun emniyetini tehlikeye düşürme

durumu da yalnız başına yeterli değildir, umumun emniyetini tehlikeye düşürme, sosyal sınıfları düşmanlığa tahrikin bir sonucu olarak gerçekleşmelidir.

(Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu, İÜHFMD Cilt XL, s.119, 120) tarzında isabetli bir tahlile girişmiştir.

4744 sayılı Yasa ile TCY'nin 312. maddesinde yapılan düzenlemeleri değerlendiren Yrd. Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar ise;

"..... 312. maddenin önceki şekli hem soyut hem de somut tehlikeyi cezalandırırken, yeni şekli sadece somut-objektif tehlikeyi cezalandırmaktadır.

312/2. maddenin düşünce özgürlüğü ile yakın bağlantısı, somut olayı ve hükmü yorumlamakla görevli olan yargı organının tutumuna göre biçim almasına yol açmaktadır. Gerçekten de bir beyanın ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman sert bir eleştiri veya karşı çıkış ya da bir hakkın savunulması olduğu noktasında, yargının yorumu büyük önem taşımaktadır.

Demokratik çağdaş bir ceza hukukunda, tehlike suçlarında hukuksal yararın ihlali, eylemin önlenmek istenen netice açısından somut tehlike yaratmasına bağlı görülmektedir. Somut tehlike yaratmaya uygun olmayan eylem özellikle siyasal suçlarda, kişi özgürlüğünü sınırlayıcı, haksız cezalandırılmalara yol açar. Bu nedenle 312. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve sadece soyut tehlikenin varlığını yeterli sayan hükmün kaldırılması ve somut tehlikenin aranması isabetli olmuştur. Ancak 312. maddenin yeni halinin düşünce özgürlüğüne bir rahatlık ve genişleme sağlayıp sağlamayacağını yine yargı pratiği belirleyecektir. Yargının 'özgürlükleri daraltıcı yorum' yapma gibi bir tutuma girmesi halinde, normla uygulama arasında uçurum daha da açılabilecektir. Bunun tersi bir tutumla ve daha dinamik bir yorumla yargı, maddede sözü edilen tehlikenin 'açık ve yakın' olmasını da arayarak tehlikeyi somutlaştırabilir ve düşünce özgürlüğünün kullanımında önemli bir adım atabilir. Bu adım demokratik bir toplumda yaşama hakkına sahip insanımızın, söyleyeceği bir sözün ya da yazacağı bir yazının suç olup olmadığı noktasında neredeyse paranoyaya varan kaygılarını da bertaraf edebilecek, özgürlük ve özgürleşme bilincini de hızlandıracaktır." biçiminde görüş açıklamıştır. Bu düşüncenin paylaşılacak hiçbir yönü yoktur. (Yrd. Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar, "TCK'nın 159 ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", AÜHFMD. 2003, s. 99)

Tcy'nin 312/2. Maddesinde Düzenlenen Sucun Oluşum Koşulları;

Tüm bu değerlendirmeler gözetildiğinde;

TCY'nin 4744 sayılı Yasa'yla değişik 312/2. maddesinin bir tehlike suçu olduğu, kamuyu oluşturan değişik katmanlar arasında düşmanlık ve kin yaratmayı önleme amacıyla vaz edildiği, ancak uygulamada objektif ve duraksamaları önleyecek kriterlerinin netlikle belirlenemediği, bu nedenle bu kriterlerin tesbitinde zorunluluk bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda;

Suçun oluşması için;

1- Eylemin aleni yapılması,

2- Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi,

3- *“Suç ve ceza da yaşattık ilkesi”* nedeniyle kışkırtmanın, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların bu özelliklerine dayandırılması halinde anılan suçun oluşmayacağına bilinmesi,

4- Kışkırtmanın, farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin *“kamu düzeni”* için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve yeterlilikte olması,

5- 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun göz önünde tutulması ve Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bir çok kararma yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi,

6- Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağına kabul edilmesi,

7- Tek başına yeterlilik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemlerin anılan suçu oluşturabileceğinin, ancak bunun için, bütünün parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağına bilinmesi,

8- Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği durumunda tanımlanan cürümün oluşmayacağı,

9- Ceza Yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla şiddet çağrısını içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı,

10- *“Kuşkunun lehe yorumlanacağı”* temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında, tahrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığına, halkın birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, kamu düzenini bozabilecek etkinliğe ulaşmış olduğunda, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında kuşku hali doğduğunda, aşılması gerektiğinin ve aşılamıyorsa yorumun sanık yararına ve ifade hürriyetinin genişletme doğrultusunda yapılması icap edeceğinin göz önünde tutulması, zorunluluk arz etmektedir.

Ancak bu disiplinle olaylar yorumlanıp, suçun olduğu kesin kanısına varıldığında mahkûmiyete hükmediliyorsa ceza yargısının “kanuniliği” gerçekleştirilebilecek ve TCY’nin 312/2. maddesi kapsamındaki değerlendirmelerde; görüş, düşünce, yorum ve hüküm farklılıkları ortadan kalkacak, göreceliklere dayalı zıt yorumlar sonlanacak, yargı birliğine ulaşabilecektir.

Aksi halde, aynı uluslar arası ve ulusal normlara dayanan, aynı ilkeleri benimseyerek “ifade özgürlüğünün esas, kısıtlamalarının ise sınırlı” olduğunu kabul edenler bile, bu norm ve ilkeleri olaylara uygularken farklılaşacak, kişisel düşüncelerine, yorumlarına, yaşamı algılama biçimlerine ve siyasi değer yargılarına öncelik ve üstünlük tanıyarak yekdiğeriyle zıtlaşan sonuçlara varabilecek, böylece “ceza yargısının kanunilik disiplini” bozulabilecektir.

Gerçek odur ki; ceza normlarının ilk ve asıl muhatabı savcılar ve yargıçlar olmayıp, toplum bireyleridir. Yasa öncelikle onlar tarafından okunup öğrenilecek ve günlük yaşantılarının disiplini olarak benimsenecektir. TCY’nin 312/2. maddesi normunu, öncelikle, düşüncesini açıklayan kişinin bilmesi ve eylemini buna göre denetlemesi lüzumu ortaya çıkmaktadır. Hangi davranışının ceza yaptırımıyla karşılaşacağını, hangisinin ise ifade özgürlüğü kapsamında olacağını yorumlamada hataya düşmemesi ehemmiyet arz etmektedir. Kişinin, yasaya uygun olduğu ve suç oluşturmayacağı inancıyla yaptığı bir yayının, yargıcın kendi duyarlılıklarından kaynaklanmış yorum ve değerlendirmesiyle mahkûmiyete götürmesi, hukukun temelini oluşturan güven duygusunu zedeleyecektir. Böyle bir zafiyetin sürgit kamu düzenini bozacağı, düşünce ve ifade hürriyetini zedeleyeceği ve toplumun gelişim dinamizmini engelleyeceği tartışmasızdır. Bu hal yargıya duyulan güveni de sarsacaktır. Çünkü, özlenen ve hedef tutulan bir kamu düzeni, çelişse ve yekdiğeriyle zıtlaşsa dahi, hoşgörü içinde, her fikir ve düşüncenin birlikte yaşadığı, yasaların bireylerce sağlıklı ve doğru tarzda bilinip yorumlanarak davranışların uyarlandığı beraberliğinin kendisidir.

Unutulmaması gereken bir diğer gerçek, uygar dünyada ifade özgürlüğünün sınırının genişlediğidir. Ülkemizde de TCY’nin 312/2. maddesinin değişim ve gelişimi bu doğrultuda gerçekleşmiştir.

Nitekim, yasa koyucu 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı yeni TCY’nin aynı tür suçu düzenleyen 216. maddesinde; suç oluşumunu biraz daha zorlaştırmış, “tehlikenin açık ve yakın olması” gereğini kabullenmiştir.

Anılan düzenlemenin, toplumun ulaştığı sosyal ve kültürel olgunluk düzeyi ve bireyin layık olduğu ifade hürriyeti itibarıyla, yürürlük tarihi beklenilmeden, günümüzün TCY’nin 312/2. maddesi uygulamasına da yansıtılması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu nedenledir ki; sıralanan ilkelerin, 5237 sayılı TCY’nin yürürlüğü sonrasında da geçerli olacağı tartışmasızdır.

İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlamakta da yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en

zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkum edildiğinde, ya merak saiki ya da acıma duygularıyla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir.

Dava konusu yazının toplumun vazgeçilmez değerleri düzeyine ulaşmış laikliği zedelemeye bu itibarla yetmeyeceği, kendi içindeki yetersizlik, ölçüsüzlük ve ifade zafiyeti nedeniyle yandaş bulamayacağı açıktır. Yazarının, savunur görüldüğü Dinin Kutsal Kitabı'nda; *"oku, Rabbinin adıyla oku"* ayetiyle zıtlaşan bir düşünceyi dile getirmesi nedeniyle kendi okuyucu kitlesince de kabul görmeyeceği ve reddedileceği düşünülmelidir. Zorunlu eğitimin üç yıl daha arttırılmasının okumayı emreden Tanrı buyruğuyla neden zıtlaşır görüldüğü o okuyucu kitlelerince sorulabilecek ve savunulan fikrin hatalı olduğu açığa çıkartılabilecektir. Böyle bir fikir müsademesi yaratmak ve görüşün geçersizliğini ortaya koymak yerine, zorlamalı bir kabulde, yazarına verilebilecek bir mahkûmiyetin, o fikre eğilimi arttırabileceği ve kamu düzenini daha ziyade zedeleyebilecek bir sonuç yaratabileceği düşünülmelidir.

Artık bundan böyle, halkın ve o halkı oluşturan laik demokrasi sevdalılarının, benimsemediği fikirler karşısında, şiddet ve kavga içgüdüsüne kapılacağı görüşü terk edilmeli ve farklılıkların kavgasızlığı deneyerek, hoşgörü duygularını arttırmalarına ve karşı söylemle yekdiğerini iknaya yönelmelerine olanak sağlanmak suretiyle, birlikteliğe dayalı bir *"kamu düzeni"* yaratılmalıdır.

Bu bağlamda, yakın tarihimiz hatırlanmalı, birbirleriyle ölümcül düzeyde ideoloji kavgası yapanların, şiddetten arındıklarında aynı siyasi koalisyonda, demokratik uygarlıkla millete hizmet verebildikleri göz önüne getirilmelidir.

Düşünceleri mahkûmiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir *"kamu düzeni"* nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye alışan *"kamu düzeni"* nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği, zihinlere nakşedilmelidir.

Yönetenlerce önerilen kurallar dizesinin her zaman ve her koşulda *"kamu düzeni"* kavramıyla birebir örtüşeceği yanlışına düşünmemelidir.

Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle *"resmi ideoloji"* adı altında bir çok düzenlemeyi *"uyulması zorunlu kurallar bütünü"* olarak halka dayatıp *"korunması gereken düzen"* namıyla hukukun himayesi altına aldırılmış olanların, halkını ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkum ettiği gerçeği hatırlanmalıdır.

Yakın tarihimiz yeniden hatırlanmalı; *"devlet düzeni"* olarak kabul olunan ve doğru sayılıp *"kamu düzeni"* namıyla korunan nice *"resmi ideolojinin"*, olağan ya da ara rejimlerle değiştirildiği, yerine ikâme edilenlerin yine *"devlet düzeni"* adı altında *"yeni doğrular"* olarak hukukun koruması kapsamına alındığı, bunların da bilahare yerini yenilerine terk ettiği hatırlanmalı, bu değişimleri benimseyenlerle, benimsemeyip cesaretle eleştirenlerin oluştura geldiği Kamu'nun,

birlikte yaşama zorunluluğu ve yararı düşünülmesi, halkı farklı tercihlerden soyutlamanın ve yönetenlerin düşünceleri doğrultusunda kabule zorlamanın olanaklı bulunmadığı, bu nedenle de “kamu düzeni” kavramının ideolojik “devlet düzeni” ile her zaman örtüşmediği sonucuna varılmalıdır.

Esasen doğasındaki disiplin gereği, aynı doğrultuda düşünme ve zıtlıkları reddederek uygulama zorunluluğu içeren “devlet düzeni” ile, zıt görüşler ve düşüncelerin hoşgörü ile birlikteliğini reddedilmez sayan “kamu düzeni”nin, farklı kavramlar olduğu sonucuna varılmalıdır.

Mensubu olmakla kıvanç duyduğumuz Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, kuruluşu ve geliştirilmesi döneminde “olmazsa olmaz” sayılarak korunan “tam bağımsızlık” ilkesinin, müteakip yarım asrı aşkın dönemde, Devlet adına yürütülen ve yürütüldüğü evrede “kamu düzeni” tanımlaması ve sunuşuyla hukuki koruma altına aldırılan programlar neticesi, bugünkü şekline dönüştürüldüğü gerçeği isabetle değerlendirilmeli ve “devlet düzeni” tanımının TCY’nin 312/2. maddesindeki “kamu düzeni” idealiyle her zaman tam bir örtüşme halinde olamayabileceği fikri netleştirilmelidir.

Konu Yazının Değerlendirilmesi

Somut olayda;

İstanbul’da basılıp yayımlanan ve tüm ülkede satışa sunulan, Sorumlu Yazı İşleri Müdürlüğünü S. Ç.’nin yaptığı *Milli Gazete*’nin, 11.9.2001 günlü nüshasının 12. sayfasında yayımı yapılan Selahattin Aydar imzalı, “Çocuklarımızın sahipsizliğine” başlıklı yazı;

“Dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda dindarlara manevi işkenceler yapılıyor, çocuk ve gençlerin Kur’ân okumaları engelleniyor, Allah diyenlere hakaret ediliyordu. Hatta Kur’an-ı bile Müslümanların elinden nasıl alırız planları yapılıyor.”

O ehli küfür mevcut dessaslığım gerçekleştiremedi. O dönemin dindar halkından korktu ve projelerini gerçekleştiremediler. Ama bir şeyler yaptılar; okullarda, üniversitelerde gençliği dinden uzaklaştıracak metotları devreye soktular ve bir nebze başardılar.

Aynı zihniyet Türkiye’de sekiz yıllık eğitimi yüzde doksan dokuz Müslüman olan bu millete dayattı ve bunu da başardı. İmam hatip okullarının sayısı çeşitli desiselerle azaltıldı. Kur’ân kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasını engellediler.

Allah’ın emri olan başörtüsüne, kamusal alanda, hiçbir dayanağı olmayan hiçbir kanuna dayanmayan yasaklamayı getirdiler.

2001 ve 2002 yılı eğitim ve öğretimde gençlerimizin maneviyatla olan alakasını kesmek veya uzaklaştırmak için yeni yeni senaryoları uygulamaya geçirecekler. O saf ve temiz çocuk ve gençlerimizin, kendi usullerini ve metotlarını devreye koyarak paklığını ve saflığını bozacaklar. Ayrıca istidat ve kabiliyetlere ruh ve akla uygun olmayan, maleyanı işlerle bozacaklar.

Bütün fesat ve dinsizlik komiteleri alem-i İslam'da müthiş faaliyetler yapıyor ve taraftarları onları destekliyor ve hepsi de İslamiyet aleyhinde ittifak ediyorlar.

Bu ittifaklara karşı biz veliler çocuklarımızın maddi ve manevi yönlerinin geliştirilmesi, okulun en faziletlisi en zekisi ve en çalışkanı olmak için zamanımızdan feragat etmeliyiz ve çocuklarımızla meşgul olmalıyız, çünkü bizler çobanız ve maiyetimizden mesul ve mükellefiz.

Milli Eğitim Bakanlığı, eksik olan okul ve öğretmen sayısını tamamlaması, eğitim ve öğretim kalitesini yükseltmesi gerekirken, kız öğrencilerin kıyafetiyle uğraşiyor.

Bu milleti sevenler bu milletin evlatlarına, gençlerine tarihte olduğu gibi şimdi de sahip çıkacaklar.

Yine şunu bilmeliler ki her yokuşun bir inişi, her gecenin bir sabahı, her kışın bir baharı vardır. Bu millet kıştan sonra baharı da yaşayacaktır. Ama bu milletin gençlerini Kur'ân'dan veya İslâm'dan uzaklaştırmak için çaba harcayanlar rezil olacaklar.

Hulasa edersek İslam'a karşı olanların kısa bir başarı göstermelerinin, bizleri yolumuzdan alıkoyamaz. Allah'a ulaşmak için daha fazla çalışmaya mecburuz.

Çalışmamızın neticesinde yer yüzünün mevcut pisliklerden temizleneceğini işaret eden elimizde Allah'ın kelamı var. O bize kâfidir. Çünkü "İstikbal yalnız ve yalnız, İslâmiyet'in olacak. Vesselam(...)"

ifadelerini içermektedir,

Görüldüğü gibi kamu davasına konu yazı iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; yazar tarafından kendi dünya görüşü doğrultusunda tarihi olaylar değerlendirilmekte, uygulamaların İslam düşmanları tarafından Müslümanları İslam'dan uzaklaştırma ve dini değerleri tahrip etmek için sistemli olarak yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. İkinci bölümde ise; bu faaliyetlere karşı gerek fert gerekse aileler olarak yapılması gerekenler belirtilmektedir. Yazıdaki değerlendirmelerin objektif ve tarafsızlıktan uzak bulunduğu, kullanılan kimi sözcüklerin incitici ve rahatsız edici olduğu yönünde herhangi bir kuşku bulunmamakta ise de, düşünce özgürlüğü sadece herkesçe kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren fikirler için değil, AİHM'nin bir çok kararında da benimsendiği üzere "rahatsız edici, hatta şok edici olanlar" için de geçerlidir. Diğer yönden atılı suçun oluşabilmesi için, maddede sayılan grup veya sınıfların birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik edilmesi gerekmekte olup, somut olayda kin veya düşmanlığa tahrik edilen bir grup da bulunmamaktadır.

Yazıda kullanılan kimi sözcük ve ifadelerin, tartışılmaz bir değer olarak Anayasa'da Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında kabul edilip, "tüm zamanların doğrusu ve değiştirilemezi" olarak benimsenegelen laiklik ilkesiyle çelişir mahiyette ölçülere ulaştığı görülmekte ise de,

AİHM'nin 4.12.2003 tarihli 35071/97 sayılı Kararı'nda da vurgulandığı üzere, çağdaş kurumlara dönük, şiddet içermeyen ve şiddet kışkırtıcılığı

bulunmayan açıklama ve beyanlar da düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

Konunun Genel Kurul'da görüşülmesi esnasında; “yazıda kullanılan ‘ehli küfür’ ve ‘kafir’ sözcüklerinin İslam Dini’nin Kutsal Kitabı’ndaki bazı ayetler nedeniyle, şiddet ve katliami çağrıştırdığı ve bu itibarla, suçun oluşması için açıkça ve ayrıca şiddet çağrısına gerek bulunmadığı” ileri sürülmüş ise de, bu soyut saptamaların, anılan Kutsal Kitap’ın bütünlüğü gözetilmeden yapıldığı, eksik ve yetersiz tespitlere dayandırıldığı, bu nedenle, bu karar kapsamında değerlendirilmeye tâbi tutulmasının gerekli olmadığı düşünülmüştür.

“Hakaret ve sövme içeren söz veya yazının şiddet içermesine gerek bulunmadığı bu tür açıklamaların muhatabını esasen şiddet arzusuna yönelteceği, bu itibarla bu türden beyanların düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği ve anılan suçu oluşturmaya yeteceği” görüşü ise; yazının TCY’nin 312/2. maddesindeki suçun oluşumunu elverişli kılan unsurları taşımaması ve keza kişi veya kurumların onur ve saygınlığını zedeleyen, iftira, sövme, müstehcen içerikli beyan mahiyetine de ulaşmaması karşısında kabule şayan görülmemiştir.

Tartışmalar sürecinde dile getirilen, “Ülkemizdeki zorlayıcı sosyal gereksinimin, şeriat konusundaki düşüncelere, şiddet çağrısı olmasa bile kamu düzeni ve ulusal güvenlik yönünden sınır getirilmesini zorunlu kıldığı, şeriatın farklı kurallarını benimsettiği mey e yönelik düşünce açıklamalarında şiddet ve şiddete çağrı ölçütünün aranmasının hakların kötüye kullanılması sonucunu yaratacağı, ülkenin özel koşulları nazara alındığında bu tür söylemlerin doğası icabı her an açık ve yakın bir tehlike doğurduğu, anılan türden söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği” görüşüne gelince; Ülkemiz için laikliğin vazgeçilmez temel bir değer olduğu yönünde herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak, laikliğe aykırı söylemlerin cezai bir yaptırımla karşılanıp karşılanmayacağı keyfiyeti, yasa koyucunun takdirinde bulunan bir yetkidir. yasa koyucu bu eylemleri yaptırıma bağlayan TCY’nin 163. maddesini, 3713 sayılı Yasa ile 1991 yılında yürürlükten kaldırmış, bu konuda başkaca bir yasal düzenlemeye gerek görmediği gibi, anılan türden suçların, Yasa’nın 312/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesine yönelik bir irade de ortaya koymamıştır.

Yasa koyucunun, bu yöndeki iradesi ile “laiklik” ilkesini korumasız bıraktığı düşünülmemelidir. Toplumun ulaştığı sosyal ve kültürel düzey itibarıyla “laiklik” kavramının günlük yaşama girdiği, reddedilemez ve zayıflatılamaz düzeyde benimsenir olduğu saptanmış, kahir çoğunluğun sahiplenmesine tevdi edilmiştir. Artık böylesine korumaya alınmış bir kavramın ceza yaptırımı tehdidiyle himayeye tâbi tutulması gereksiz addedilmiştir.

Yasa koyucu, konuyu düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirdiğini eylemli biçimde sergilemiştir.

Suç ve cezada yasallık evrensel hukuk ilkesi uyarınca, Yasa koyucunun, cezai bir yaptırıma bağlamadığı bir eylemin, ülke koşulları nazara alınarak, zorlamalı yorumlarla cezalandırılır sayılması kuvvetler ayrılığı sistemini ze-

deler mahiyette olacaktır. Kuşkusuz, laikliğe aykırı beyan ve açıklamalarda, ifade biçimi itibarıyla, şiddet önerisinin yer alması ve yasada belirli halk kesimleri yönünden kin ve düşmanlığa sevk edici kesin ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması ve bu halin kamu düzenini bozacak somut etkinliğe ulaşması durumunda, Yasanın 312/2. maddesinin açık hükmü kapsamında kişinin cezalandırılması gerekeceği tartışılmaz bir gerçektir.

Bu değerlendirmeler kesinlikle ve hiçbir şekilde, Anayasa'nın 68. maddesinde; siyasi partiler için getirilen; "tüzükle, program ve eylemlerin 'laik Cumhuriyet ilkelerine' aykırı olamayacağı kuralına yeni bir açılım kazandırıyor ve bu kuralı zayıflattıyor" biçiminde algılanmamalıdır.

Böylesine kapsamlı bir incelemeye bir Ceza Genel Kurulu kararında girilmesindeki amacın; TCY'nin 312/2. maddesi uygulamalarında oluşan dağınıklığı gidermek, yorum farklılıklarının "suç ve cezanın kanuniliği" kapsamında birleştirilmek olduğu kabul edilmelidir. Esasen Yargıtay Ceza Kurulu'nun temel görevlerinden birisi de içtihat farklılıklarını gidermektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında;

Konu yazınının, TCY'nin 312/2. maddesindeki suç öğelerini taşımadığı, yasanın sınırlı olarak tanımladığı farklılıkları kin ve düşmanlığa sevk edecek nitelik ve niceliğe ulaşmadığı, şiddet çağrısını içermediği, kamu düzenini bozucu mahiyete varmadığı, düşünce ve ifade özgürlüğünün istisnasını teşkil eden kapsama dahil olmadığı, bu nedenle yazarı sanığın eyleminde suç teşkil eden bir hal görülmediği ve beraati gerektiği kabul edilmeli ve bu nedenle Yargıtay C. Başsavcılığı'nın isabetli görülen itirazı benimsenmelidir.

Bu kabulün yasal sonucu olarak; hakkında verilmiş mahkûmiyet kararı temyiz edilmemekle kesinleşmiş bulunan sorumlu Yazı İşleri Müdürü S. Ç.'ye CYUY'un 325. maddesi uyarınca bozma kararının teşmili gerekmektedir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Başkanı Sn. Ş. Güngör ve 8. Ceza Dairesi üyesi Sn. H. Y. Aktan;

Milli Gazete'nin 11 Eylül 2001 tarihli 12. sayfasında sanık Selahattin Aydar "Çocuklarımıza sahip çıkalım" başlığı ile yazdığı yazıda;

"Dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda dindarlara manevi işkenceler yapılıyor, çocuk ve gençlerin Kur'an okumaları engelleniyor, Allah diyenlere hakaret ediliyordu. Hatta Kur'an'ı bile Müslümanların elinden nasıl alırız planları yapılıyordu. O ehli küfür dessashlığını gerçekleştirmedi. O dönemin dindar halkından korktu ve projelerini gerçekleştiremediler. Ama bir şeyler yaptılar; okullarda, üniversitelerde gençliği dinden uzaklaştıracak metotları devreye soktular ve bir nebze başardılar. Aynı zihniyet Türkiye'de sekiz yıllık eğitimi yüzde doksan dokuzu Müslüman olan bu millete dayattı ve bunu da başardı. İmam hatip okullarının sayısı çeşitli desiselerle azaltıldı. Kur'an kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasını engellediler. Allah'ın emri olan başörtüsüne, kamusal alanda, hiçbir dayanağı olmayan, hiçbir kanuna dayanmayan yasaklamayı getirdiler."

“Bütün fesat ve dinsizlik komiteleri alem-i İslam’da müthiş faaliyetler yapıyor ve taraftarları onları destekliyor ve hepsi de İslamiyet aleyhinde ittifak ediyorlar (...) şunu bilmeliler ki her yokuşun bir inişi, her gecenin bir sabahı, her kışın bir baharı vardır. Bu millet kıştan sonra baharı da yaşayacaktır. Ama bu milletin çocuk ve gençlerini Kur’an’dan veya İslam’dan uzaklaştırmak için çaba harcayanlar rezil olacaklar.” gibi ibareler kullanmıştır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 19.3.2004 gün ve 357/2457 sayılı kararı ile ve oyçokluğuyla sanık hakkında Yerel Mahkeme tarafından TCK’nın 312/2. madde-fıkrası uyarınca kurulan mahkûmiyet hükmünü onamıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 11.6.2004 gün ve 183264 sayı ile yazı içeriğinde şiddet ögesi bulunmadığı gerekçesiyle onama kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurarak Daire kararının kaldırılmasını ve sanığın mahkûmiyetine ilişkin mahkeme kararının bozulmasını talep etmiş ve Ceza Genel Kurulu’nca da oyçokluğuyla bu yönde karar verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararına aşağıda belirttiğimiz gerekçelere bağlı ve dayalı olarak katılmamaktayız.

Anayasa’nın *“Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması”* başlıklı 13. maddesi, *“temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*; *“Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması”* başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrası *“Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmamaz”*; *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrası da “Bu hürriyetlerin kullanılması, 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 usulince belirtilen bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”* hükümlerini öngördüğü gibi ilgili 2. maddesi de laikliği, Cumhuriyetin niteliklerinden saymakta ve Anayasa’nın Başlangıç’ında da *“Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği ilke ve inkılabları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı”*nı açıklamaktadır.

Anayasa’nın 13. maddesi genel sınırlama ilkesini düzenlerken *“sınırlamayı sınırlayıcı”* düzenlemeyi de içermektedir. Laik Cumhuriyet’in gereklerinden ise *“kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması; kimsenin, devletin sosyal, ekonomik, siyasal veya hukuksal temel düzenini din kurallarına da-*

yandıramaması, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edememesi; din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması" gibi durumlar anlaşılmaktadır. (Yılmaz Aliefendioğlu, "001 yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirmesinde Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı*, S. 19, s. 154)

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün "başkalarının hak ve Özgürlüklerinin korunması" için sınırlanabileceği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (m.9/2, 10/2) ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (m.18/b, 19/3) de öngörülmüş ve özgürlüğün sınırları belirtilmiştir.

Felsefi yaklaşımda İ. Kant'a göre "umumi hürriyet kanuna uygun olarak bir kişinin hürriyetini, diğer kişilerin hürriyeti ile bağdaştırmak" gereklidir ve hukuk bu koşulların bütünüdür. (Sadri Maksudi Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, İstanbul, 1945, s. 248, dipnot: 2)

Herkes için özgürlük "paylaşılmış özgürlüktür." Paylaşılmış özgürlük ise "sınırlıdır" Özgürlüklerin bir takım koşullara bağlanması, bir yandan bunların kötüye kullanılmasının önlenmesi, diğer yandan da herkesin yararlanabilme olanak ve ortamının sağlanması amacına yöneliktir. (İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul, 1996, s.54.)

Arthur Miller'in "Cadı Kazanı" adlı oyununda, 17. yüzyıl Amerika'sında Massachusetts'in Salem Köyünde yaşanan cadı avı anlatılırken "münferit bir zulüm karşısında mazlumlara sadece açınabilir, böylesi bir durumda bizlere de acınacağı gibi. Ama hiçbir baskı olmaksızın da toplumsal bir hayat kurulamaz, düzen ile özgürlük arasında bir denge bulmak zorundayız" denilir. (A. Miller, *Cadı Kazanı*, Çev. S. Eyuboğlu- V. Günyol İstanbul, 1962, s. 8'den Zühtü Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Ankara, 2003, s.29)

Özgürlük-sınırlama sorunsalı bu denge zorunluluğundan doğmuş ve sınırsız özgürlük anlayışı yerine sınırlamaya, değişik ölçütler çerçevesinde yaklaşmıştır. İtirazda kullanılan "açık ve yakın tehlike" testi de bunlardan biridir. Ancak, kanaatimce Amerikan öğretilerinde Zechariah Chafee, tarafından da ifade edildiği üzere "düşünce özgürlüğünün iki sınırı vardır: Birincisi her zaman geçerli olan hukuken korunmayan düşünce açıklamalarıdır. İkincisi ise kamu güvenliğini bozabilecek nitelikteki düşünce açıklamalarının zararlı etkileridir. Bu ikincisinde sınırlandırmayı ancak yargı mercileri somut olay bağlamında yapacakları değerlendirme sonrasında gerçekleştirebilirler." (Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara, 2000, s.64-65)

Nitekim ABD'de Yüksek Mahkeme 9.3.1942 tarihli Chaplinsky V. New Hampshire kararında, düşünce özgürlüğünün nesnel sınırları içinde hukuksal olarak koruma göremeyecek ifadelerin varlığına "iyice tarif edilmiş ve kapsamı dar tutulmuş bir takım ifade kategorileri vardır ki bunların ifadesinin önlenmesi ve cezalandırılması hiçbir Anayasal soruna yol açmaz. Bunlar bayağı, müstehcen, küfür,

iftira, şeref ve haysiyet kırıcı olup toplumsal barışı aniden bozmaya meyilli ifadelerdir." gerekçesiyle işaret etmiştir. (Hakyemez, a.g.e., s. 69, Arslan, a.g.e., s. 152)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Jersild-Danimarka kararında (23 Eylül 1994 tarihli karar, seri:A, no:298, s.25, paragraf 35) kin, nefret söylemini oluşturan somut ifadelerin ve küfürsel sözlerin kişileri veya grupları hedef alması durumunda AİHS'nin 10. maddesinin sağladığı güvenceden yararlanamayacağını dile getirmektedir. 29 Nisan 1976 tarihli Handyside- İngiltere kararında kırıcı, şok edici veya rahatsız edici fikirlere de özgürlük tanınması gerektiği ifade edilirken, davaya konu olan müstehcenlikle ilgili yasaklama Sözleşmeye aykırı görülmemiştir. Öte yandan aynı Mahkeme 10. maddenin bireylere görev ve sorumluluklar da yüklediğine işaretlerle, din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek söylemlerden ve bu yönde kamuya açık tartışmalarda diğer kimselerin haklarını ihlal edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini açıklamaktadır. (Otto-Preminger-Enstitüsü-Avusturya kararı, 20 Eylül 1994; Wingrove-İngiltere kararı 25 Kasım 1996)

Başkalarının haklarına saygı, başkalarının şanı, şöhreti, kişiliği hakkında küçük düşürücü, hakaret, sövğu ve iftira niteliğindeki ifadelerin koruma göremeyecekleri ortak hukukun değişmeyen ilkelerindedir. Bu tür ifadelerin fikir açıklaması olmadığı aynı zamanda bir ön kabuldür. (Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1969, s.73-74; Ömer Korkmaz; "Düşünce, Özgürlüğü ve Sınırları", *Seyfullah Ediş'e Armağan* İzmir, 2000, s. 13; Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", *AÜSBFD*, S. 572, 2002, s. 26)

Herhangi bir düşünsel içerik taşımayan dinsiz, ehli-küfür, dessay, rezil gibi ifadeler kin dolu bir söylemi oluşturmaktadır. Uluslararası yasalarda olduğu gibi ulusal yasalarda da kine dayalı bir düşünce, dinsel hoşgörüsüzlüğe dayalı kin ve nefreti oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi'nin R (97) 20 sayılı kararına göre, Üye Devletlere, "kin söylemini" yayan ifadelere karşı hukuki çerçevede gerekli önlemleri almaları ve bu yola başvuran kimselerin Sözleşme'nin 10. maddesinden yararlanamayacakları yönünde tavsiyede bulunmaktadır.

Sanığın kullandığı sözlerin genel olarak hiçbir yararı olmadığı gibi düşünce özgürlüğü açısından da değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Yanlış da olsa eleştirilerini sözü edilen sözcükleri kullanmadan da yapabirdi. (Aynı yönde bkz., Constantinescu-Romanya Kararı, 22 Haziran 2000, paragraf. 74)

1952 tarihli Beauharnis V. Illinois kararında Amerikan Federal Mahkemesinin belirttiği üzere "şana, şöhrete, namusa dokunan ifadeler, hakaretler, tıpkı müstehcen söz ve yazılar gibi, daha açıklanır açıklanmaz yasaklama alanına girmiş olacaklar, bastırılmaları için ayrıca açık ve mevcut tehlike haline yol açmış olmaları beklenmeyecektir. Bu türlü ifadeler deyim yerindeyse zaten ifadeden sayılmazlar." (Tanör, a.g.e., S.59-60)

Sanık, toplumun bir kesimine saldırırken laiklik karşıtı görüşlerini şeriat rejimine dayandırarak, bu görüşte olmayanları ve laikliği savunanları dinsiz, dессas, ehli-küfür olarak nitelirmektedir ki, bu sözlerde ayrıca şiddet aranmasına gerek bulunmamaktadır.

Laiklik, Cumhuriyetin temel niteliklerinden olup bireyin özgürlüklerini ortaya çıkararak, özgürlükleri geliştiren ve bireyin özgürleşmesini sağlayan bir içerik taşımaktadır. (Aynı yönde bkz., Çetin Özek, *Türkiye’de Laiklik*, İstanbul, 1962, s.295) Anılan ilkeye karşı ve bu ilkenin gereği yapılan ve tümüyle yasal olan uygulamalara yönelik olarak eleştiride bulunurken dinsiz, dессas, ehli-küfür nitelendirmeleriyle yaklaşılması dikkate alındığında hakaret edici olmanın yanısıra, saldırıyı kışkırtan- teşvik eden söylem içerdiği de ayrıca belirtilmelidir. Gerçekten de ortalama bir kişiyi misillemeye tahrik etmesi bu suretle kamu huzurunun bozulmasına sebep olabilecek ifadeler olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan ülkemizdeki türban ve sekiz yıllık temel eğitime ilişkin uygulamalar tümüyle yasal ve Cumhuriyet’in niteliği gereği de ayrıca devletin takdir yetkisi içindedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 gün ve 1/12 sayılı kararında türban “ayrım aracı niteliğinde” görüldüğü gibi Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 17.6.1999 gün ve 1993/61 esas ve 1994/327 sayılı kararında da kamusal alanda kullanılmaması kabul edilmiştir.

Örgütlenme özgürlüğü bağlamında da yine Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına göre, laiklik ilkesine aykırılık oluşturacağı, toplumda çatışmalara neden olabileceği ve başkalarının inanç özgürlüğünü ihlal edebileceğinden dolayı kamu düzenini bozabileceği belirtilmiştir. (Ay. m. 16.1.1998 gün, 1997/1 esas ve 1998/1 ve 22.6.2001 gün ve 1999/2 esas ve 2001/2 sayılı kararlar)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de idarenin “çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgelerin sergilenmesini bu tür bir sergilemenin yer ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar getirerek düzenleme yapabileceğini”, belirterek (Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye Kararı, 13 Şubat 2003, *Yargı Bülteni*, Sayı 208, s.80) “Laiklik ilkesi ... bir dini işaret olarak başörtüsü takılmasının yasaklanmasının temelinde yatan başlıca nedendir. Öğrencilerin (...) dini sembolleri takmalarını kabul etmenin; çoğulculuğun değerleri, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliğinin gözetildiği ve uygulamaya konulduğu böyle bir bağlamda, bu tür değerlerin gelişmesine aykırılık teşkil edeceğim” (Leyla Şahin/Türkiye Kararı, 29 Haziran 2004) açıklamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, Türkiye’deki Laiklik kavramı, “Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle uyumludur ve (...) bu ilkenin desteklenmesi Türkiye’de demokrasinin korunması için gerekli”dir. (L. Şahin/Türkiye Kararı, paragraf 100)

İnanç söylemi bağlamında hakimiyet halinde özgürlük değil emir olacak olan türbanın, kamusal alanda yasaklamasında ve ayrıca eğitim ve öğretimi düzenleyebilmesinde idarenin yetkisi bulunmaktadır. Diğer taraftan *“Eğitim-öğretim kamu hizmeti çerçevesinde öğrenim özgürlüğü ile giyim-kuşam serbestliği arasındaki çatışmada, öncelik, öğrenim özgürlüğü kategorisine verilmelidir.”* (Kaboğlu, a.g.e., s.208)

“Eğitimin kendi doğasının düzenleyici yetkisi gerekli kıldığı kaydedilmektedir.” içtihadım üreten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Kjeeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark 7 Aralık 1976, paragraf 53) aynı zamanda eğitim-öğretim kurumlarında türbanın kadını ikinci sınıf konuma getirdiğini de benimsemektedir. (Lucio Dahlab/İsviçre kararı, 42393/98)

Anayasa'nın 42. maddesi, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağını öngörmektedir. 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 2/1. madde-fıkrası da Türk Millî Eğitim'in genel amacının Atatürk devrim ve ilkeleri ile Milliyetçiliğine dayalı olmasının yanı sıra *“insan haklarına ve Anayasa'nın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti”* ilkelerine bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan anılan yasanın 12. maddesi, *“Türk Millî Eğitimi'nde Laiklik esastır.”* kuralını getirmekte ve 4306 Sayılı Yasanın 5. maddesiyle değişik 24. maddesi de ilköğretim kurumlarının sekiz yıllık okullardan oluşacağını ve kesintisiz eğitim yapılacağını öngörmektedir. Tüm bu yasal düzenlemelere, ulusal ve uluslararası yargı kararlarına aykırı düşünmek ifade özgürlüğü olarak kabul edilebilir. Ancak, bu yöndeki düşünce açıklamalarının kin ve nefret uyandırıcı, şiddete teşvik niteliğinde olmaması gerekir. Şeriat özlemi içinde olan sanığın şeriat düzenini kabul etmeyenlere ve bu bağlamda laik düşüncedeki toplum kesimlerine yönelik olarak yaptığı nitelermeler ve yazısının tüm içeriği dikkate alındığında bu kesimleri hedef gösterdiğine kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle yazı sadece rahatsız edici boyutta kalmamakta, içeriği itibariyle açık ve yakın tehlike içerdiği için kamu güvenliğini ve dolayısıyla kamu düzenini bozucu nitelik taşımaktadır. *“Toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzenliliğin ve barışın hakim olması”*, (Tanör, a.g.e., s. 13 8) *“toplumsal yaşamın devamı olan asgari kuralların yerine getirilmesi”* vb. (Korkmaz, a.g.e., m. s. 131-132) şekilde tanımlanan kamu düzeni kavramının amacının hukuki düzenliliği korumak olduğundan şiddeti teşvik eden, kin ve nefret söylemi yoğun ifadeler olduğuna kuşku bulunmayan sanığın yazısı kamu güvenliğini tehlikeye düşürmüştür.

Bu tür düşünce açıklamasının yasaklanması ve cezalandırılması hukuksal bağlamda yerindedir. *“Din özgürlüğünün genel sınırı kamu düzeni, güvencesi de laiklik”* olduğundan, (Kaboğlu, a.g.e., s.200) gerek laiklik ilkesine aykırı kin ve nefret söylemi yoğun ve salt bu nedenden dolayı dahi Amerikan Federal Mahkemesi'nin 1969 tarihli Brandenburg kararında ifade edildiği üzere aynı zamanda yakın ve mevcut tehlike oluşturan ve gerekse kine ve ayrımcılığa da-

yalı toplumsal hakaret ve karalamada bulunmanın cezai yaptırıma tabi olduğu ve gerektiği şeklindeki Avrupa Komisyonu'nun Irkçılık ve Hoşgörüsüzlük karşıtı (ECRI) 7 nolu genel siyasi kararının 18. paragrafında ifade edildiği üzere evrensel hukukta kabul gören ve iç hukukta da bu içtihat ve ilkelere koşut olarak düzenlenip cezai yaptırıma bağlanan TCK'nun 312/2. madde-fıkrasındaki suçun, davaya konu maddi olayda gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.

"Yazdığı yazıyla sanık, yakın tarihimizde dinsizlik döneminin yaşandığı, dindarlara manevi işkenceler uygulandığı, Kur'an okumanın engellendiği ve hatta Kur'an'ın Müslümanların elinden nasıl alınacağına planlarının yapıldığını, günümüzde de aynı zihniyetin sekiz yıllık temel eğitimi dayatıp, hiçbir yasal dayanağı olmadığı halde kamusal alanda başörtüsü yasaklaması getirdiğini belirterek, uygulamacıları ehli-küfür olarak nitelendirmek suretiyle gerek Laiklik ilkesine uygun düşen uygulamalara karşı saldırgan, hedef gösteren ve gerekse toplumsal barışı bozucu, gerçeğe ulaşmada gerekli tartışma ve eleştiriyle ilgisi bulunmayan, dahası ortalama bir insanın, incitici, yaralayıcı, saldırgan bulacağı ve misillemeye tahrik yönü muhtemel, şeref ve haysiyet kırıcı ve dolayısıyla hukuki koruma alanı dışında kalan ifadelerle halkın bir kesimini diğer bir kesimine karşı din ve inanç anlayışı aykırılığı temelinde dayalı olarak kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye açıkça tahrik ettiğinden, eyleminin bir tehlike suçu olan TCK'nun 4744 sayılı yasayla değişik 312/2. madde-fıkrasında tanımı yapılan suç kapsamında değerlendirilerek mahkemece verilen mahkumiyet kararının onanmasını yerinde gördüğümüzden, vaki itirazın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun görüşüne katılmamaktayız." gerekçeleriyle,

11. Ceza Dairesi Başkanı Sn. E. Ülker:

"765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın" amme nizamı (kamu düzeni) aleyhine işlenen cürümlere" ilişkin ikinci kitap beşinci babında düzenlenen "suç işlemeye tahrik, korku ve panik yaratma amacıyla tehdit" başlıklı 312. maddesinin ikinci fıkrası;

"Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin liradan on iki bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır." şeklinde iken; 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle bu ikinci fıkra

"Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nun 312/2. maddesinde yapılan bu değişiklikle, iki cümleden oluşan fıkra tek bir cümle halinde yeniden düzenlenmiş, ayrıca maddenin düzenlendiği beşinci babı başlığında da geçen ve bu fıkranın da hukuki konusunu oluşturan "kamu düzeni" ibaresi madde metnine eklenmiş, önceden mevcut ağırlaştırıcı nedeni oluşturan cümleye ise ayrıca yer verilmemiştir. Değişiklik öncesinde

bile düzenlendiği bap nedeniyle suçun hukuki konusu kamu düzeni olup, uygulamada da tipiklik unsuru yönünden “kamu düzeni” unsuru şimdiki gibi zorunlu olarak aranmakta idi.

4744 sayılı Yasa’yla yapılan düzenleme öncesi ve sonrasında TCY’nin 312/2. maddesindeki suçun varlığı açısından normatif yönden bir farklılık oluştuğunu söylemek imkansızdır. Ancak 4744 sayılı Yasa’nın gerekçesinde, bu değişiklik sonrasında TCY’nin 312/2. maddesindeki suçun “somut tehlike suçu” haline geldiği söylenmekte ise de; bu maddenin yorumunda anılan gerekçeye dayanabilmek için, o gerekçenin madde metninde ifadesini bulması, yani metinden kopuk olmaması gerekmektedir. Oysa yeniden düzenlenen madde metninde tipiklik yönünden bir farklılık yaratılmamış, böylece değişiklik gerekçesi madde metnine yansıtılmamıştır. TBMM tarafından yapılanın, madde metninde değil, maddenin gerekçesinde değişiklik yapmaktan öteye geçmediği ortadadır. O halde maddenin gerekçesindeki bu yeni ibarenin, TBMM’nin yasaları yorum yetkisi de kaldırılmış olduğundan bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Yasaları yorum yetkisi, önüne gelen olaylarla sınırlı olarak verdiği kararlar uyarınca, yargı organlarına aittir. Yasaların kapsamı bu kararlarla yani içtihatlarla şekillenip, belirginleşir.

Kurallar ve kavramlar, uygulandığı toplumun yapısı ve sosyal gereksinimlere uygun olarak, evrensel normlar da gözetilerek, yargı organlarının kararlarında zamanla farklı anlam ve içeriğe bürünebilir. Bu durum hukukun canlı bir varlık olması, dogma olmamasının doğal bir sonucudur.

Yasa metnine bağlı olmak kaydıyla, yargı organları tarafından metindeki kavramların anlamlandırılması zamanla değişiklik gösterebilir. TCK’nın 312/2. maddesi kapsamının, yeni hukuksal düzenlemeler ve gelişmeler de gözetilerek irdelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu irdeleme, her zaman somut olay ön plana çıkarılarak yapılmalıdır.

Anayasa’nın 26/son maddesinde, düşünciyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının yasayla düzenleneceği; 14. maddesinde de hiçbir hak ve özgürlüğün insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacağı, aykırı eylemlere yönelik yaptırımların da yasayla düzenleneceği ifade edilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasası’nda yine 222 sayılı İlköğretim ve Eğitimi Yasası’nda bu çerçevede laik ve demokratik cumhuriyet ilkelerine bağlı kalınarak düzenleme yapılmış; ayrıca ilköğretimin kesintisiz ve sekiz yıl olduğu da anılan ilkelere bağlı kalınarak kabul edilmiştir.

Anayasa’nın 90/son maddesine 07.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklikle

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

cümlesi eklenmiştir.

Bu kapsamda konuya ilişkin olup ülkemiz yönünden de geçerliliği bulunan uluslararası sözleşmeler incelendiğinde;

BM Siyasi ve Medeni (Kişisel) Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesinde herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmış ancak, maddenin üçüncü fıkrasında

"(...) Bu hak, belirli kısıtlamalara tabi tutulabilir. Ancak bunlar yasayla öngörülme koşuluyla başkalarının haklarına ve itibarına saygı göstermek; ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya kamu sağlığı ve genel ahlakı korumak için gerekli olan kısıtlamalar olabilir." denilmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS'ın) 10. maddesinde de ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, maddenin ikinci fıkrasında

"Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

Denilerek, bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir.

Gerek BM Sözleşmesi'nde (m. 5) gerekse İHAS'ta (m. 17), bu sözleşmelerde korunan hakların, kötüye kullanılmayacağı ve bu hakların sözleşme ile tanınan hak ve özgürlükleri yok edici nitelikte yorumlanamayacağı açıklıkla ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelerden hareketle ifade özgürlüğünün diğer bir deyişle düşünceyi açıklama özgürlüğünün irdelenmesi gerekmektedir.

İfade özgürlüğü gerek iç hukukta gerekse ulusal üstü hukukta, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu özgürlük hiçbir şekilde sınırsız değildir. Genel bir ilke olarak hak ve özgürlükler en geniş kapsam yaratabilecek, öngörülen kısıtlamalar ise en dar içerik oluşturabilecek şekilde yorumlanmalıdır.

İfade özgürlüğü, nitelikli haklar kategorisi içerisinde yer almakta olup; haktan yararlanabilmek için, devletin müdahaleci olmaması yanında gerekli ortamı da yaratması gerekmektedir.

TCY'nin 312/2. maddesi ele alınacak olursa; maddedeki düzenlemenin ulusal üstü normlara aykırı olduğu söylenemez. Ancak maddedeki kavramların da, ulusal ve ulusal üstü düzenlemelerdeki kavramlara ve bu düzenlemelere dayanan kararlara dayanılarak yorumlanması gerekmektedir.

TCY'nin 312/2. maddesinde öngörülen suç, bir tehlike suçudur. Mevzuatımızda başka tehlike suçları da yer almaktadır. Ulusal üstü normlarla tehlike suçlarının ortadan kaldırıldığı söylenemez. Ancak hukuksal gelişmeler ışığında

tehlike suçlarının dar kapsamda değerlendirildiği de bir gerçektir. Bu bağlamda önceden, TCY'nin 312/2. maddesindeki tehlike suçu yönünden, soyut bir tehlikenin yani tehlikenin soyut varlığı, diğer ifade ile bu tipikliğe uygun eylemin sadece ortaya çıkması yeterli görülmemekte iken; sonraları bu soyut tehlikenin gerçekleşebilir nitelikte olması, daha sonra ise açık olması, yakın olması gibi ölçütler ortaya çıkmıştır. Anılan maddedeki tehlikenin soyut varlığının mı yoksa somut varlığının mı gerektiği tartışmaları da yapılmıştır.

Evrensel normlar ışığında tehlikenin soyut değil somut olması gerektiği kabul edilmeli, madde bu çerçevede yorumlanmalıdır. Ancak burada "somut" kavramının içeriğinin, her toplum için aynı anlamı ifade etmediği, ülkelere göre de farklılık göstereceği unutulmalıdır. Tartışmalarda yapılmakta olduğu gibi, "somut" kavramının içeriğinin her toplum yönünden aynılığını kabul etmek, tüm toplumları türdeş ve özdeş kabul etme yanılığını ortaya çıkarmaktadır. Somut kavramının, "soyutu da" içerdiği ondan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu bir gerçektir. Burada aranan, tehlike içeren eylem yapıldığı anda, zarar olasılığı da gerçekleşebilir olmalıdır. Yani zararın kaçınılmaz ama gerçekleşebilir olması gerekmekte, eylemle sadece korku halinin ortaya çıkması yeterli olmamaktadır. Ancak soyut ve somut tehlikenin bazen aynı anda gerçekleşeceği, yani eylemin ortaya çıktığı, soyut olarak var olduğu an da, bu tehlikenin toplumsal yapı nedeniyle kendiliğinden somut bir niteliğe bürüneceği, bürünebileceği, yani gerçekleşebilir özellik taşıyabileceği de unutulmamalıdır. TCY'nin 312/2. maddesi yönünden üzerinde en çok durulması gereken konu da burasıdır.

Kamu düzeni, toplumsal hayatta karışıklığın ve düzensizliğin olmaması anlamındadır. Kamu düzeni kavramı, kuşkusuz ulusal güvenlik kavramına göre daha dar ve değişken yani nispi bir nitelik ve içeriğe sahiptir. Kamu düzenini bozucu faaliyetler, geçici bir süre için ortaya çıkar ve devamlılık göstermez. Ayrıca bu faaliyetler, ülke yönünden bütüncül değil, bölgesel nitelik taşır. Düzeni bozucu faaliyetlerin geçicilik niteliğinin ortadan kalkıp devamlılık göstermesi, bölgesel değil genel bir nitelik taşıması durumunda ise, karşımıza "ulusal güvenlik" kavramı çıkmaktadır. Ulusal güvenlik, kamu düzenini de içine alan ancak daha üst ve geniş nitelikte bir kavramdır. İç güvenliği bozan her davranış kamu düzenini de bozmakta ise de, kamu düzenini bozan her eylem ulusal güvenliği bozmayabilir. Sadece halkın değil, ulusun, ülkenin ve yerleşmiş düzenin devamına yönelik ekonomik, siyasi ve hukuki normlarla çatışan her olgu, ulusal güvenlik kavramını ilgilendirmektedir. O halde kamu düzeni ve ulusal güvenlik kavramlarının, ülkelere göre farklılık göstermesi de doğaldır.

İfade özgürlüğünün sınırları arasında "(...)kamu düzeni, kamu güvenliği, ulusal güvenlik (...)" kavramlarının da yer aldığı; TCY 312/2. maddesinde ve yukarıda gösterilen uluslararası düzenlemelerde de, bu durumun söz konusu olduğunu görmekteyiz.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması nedeni olarak öngörülen haller, her somut olay yönünden değerlendirilip irdelenmelidir. Bu bağlamda sınırlamalar konusundaki yaklaşımın açıklanması gerekmektedir:

İfade özgürlüğünün iç hukukta kısıtlanması, mutlaka bir yasaya dayanmalıdır. Bu kısıtlama nedeni, haklı da olmalı; yani uluslararası sözleşmelerde gösterilen nedenlerden mutlaka birisine dayanmalıdır.

Bu irdeleme yapılırken sınırlamanın her somut olayda “uygun, ilgili ve yeterli, ölçülü ve orantılı” olup olmadığı da ortaya konulmalıdır. Uygulanacak yaptırım da “radikal yani aşırı, uç” nitelikte olmamalıdır. Burada karşımıza bir başka kavram çıkmaktadır. Kısıtlama ve uygulanacak yaptırım “demokratik toplum gereklerine uygun” olmalıdır.

Demokratik toplum gerekleriyle kastedilen, çoğulcu demokrasidir. Kavramın içeriği her ülke için aynıdır. Yani karşıt düşüncelerin kendilerine yaşam hakkı bulabildiği bir ortam gerekmektedir. Bu demokrasilerde düşünceler rahatsız edici, şok edici, incitici nitelikte de olsa kısıtlanamaz. Çoğulculuk, karşıt düşüncelerin de ortaya çıkmasını, her düşüncenin karşıtının da ifade edilebilmesini gerektirir. Ancak demokratik toplum gerekleri yönünden burada düşünce açıklamasında, “incitici yani sövme içerikli, şiddete çağrı yapan, şiddeti teşvik eden, ırkçılığı, terörizmi, yabancı düşmanlığını körükleyen” açıklamalar, çoğulculuk şemsiyesinin altında da korunmaz.

Kısıtlama ya da sınırlamanın zorlayıcı sosyal bir gereksinimden kaynaklanması gerekmektedir. Zorlayıcı sosyal gereksinim kavramı, her ülke de aynı şeyi ifade etmez. Toplumsal hayatı düzenleyen kurallar, uygulandığı toplumdaki koşullara göre anlamını bulur. Kamu düzeninin ya da ulusal güvenliğin bozulmasına neden olabilecek eylemleri önleme noktasındaki kısıtlama, ancak zorlayıcı bir sosyal gereksinim halinde, inandırıcı gerekçelere dayalı olarak yapılmalıdır. O halde zorlayıcı sosyal gereksinim kavramı ve bu konudaki ülkelerin takdir marjı her ülke yönünden farklılık gösterir.

Bu noktada demokratik toplum gerekleri ve zorlayıcı sosyal gereksinim kavramlarını birlikte yorumlamak sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için zorunludur.

Düşünce açıklamasında kural olarak şiddet ve şiddete çağrının aranması, o düşüncelerin demokratik bir ortamdan yararlanarak oluşturacağı baskıcı bir yapıda kolaylıkla taraftar toplamasına engel olma amacını da taşımaktadır. Yine ayrıca hiçbir hak ve özgürlük, diğer hak ve özgürlükleri yok etmek için yani kötüye de kullanılamaz. Bazı toplumlarda, demokratik düzeni yok edici, demokrasiyle bağdaşmayan terkedilmiş sistemlerle ilgili düşünceler, herhangi bir baskı ya da şiddet ortamı oluşturmadan da kolaylıkla taraftar bulabilmektedir. Demokrasinin çoğulcu niteliğinden yararlanan bu düşünceler, demokrasiyi ortadan kaldırmak için tanınan hak ve özgürlükleri kendilerine araç olarak kullanmaktadırlar. Kendi savundukları sistem gerçekleştiğinde, bu hak ve özgürlükler söz konusu olmayacak, bu bağlamda ifade özgürlüğünden de bahsedilemeyecektir. Bu bağlamda toplumların sosyolojik yapıları ve tarihsel geçmişleri irdelenmeli, her düşünce açıklaması, o toplum yapısı yönünden ayrıca bu yönüyle de değerlendirilmelidir. Kuşkusuz demokrasiyle

bağdaşmayan her düşünce açıklaması, her toplumda aynı etkiyi göstermez. O toplumun sosyolojik yapısı ve tarihsel geçmişi yönünden, kamu düzeni ya da ulusal boyut itibarıyla tehlike oluşturmayan, çoğulculuk içerisinde kişilerce serbestçe değerlendirilebilen düşünce açıklamalarına, rahatsız edici nitelikte taşısalar bile, şiddet veya şiddete çağrı anına kadar müdahale edilmemesi, demokrasinin gereğidir. Bu bağlamda geçmişinde şeriat yönetimi yaşamamış, halkının büyük çoğunluğu Müslüman olmayan bir batı ülkesinde, şeriata yönelik söylemlerde şiddete çağrı ögesi aranabilir.

O halde, ülkemizin toplumsal yapı ve tarihsel geçmişi nedeniyle, baskı ve şiddet olmadan bile taraftar bulabilecek, demokrasiyle bağdaşmayan düşünce açıklamaları için de “*şiddet veya şiddete çağrı*” unsurunu aramak, sistemin kendisini korumasız bırakması, anayasal düzenini ve varlığını yok edici düşüncelere kucak açması anlamını taşımaktadır. Hak ve özgürlüğü koruyan sözleşmelerde esas alınan ve korunan birey ise de, devletler hukukunda devletlerin kendilerini koruma hakkının da bulunduğu evrensel nitelikte değeri olan bir kuraldır. Bu koruma hem iç hem dış tehlikeler yönündendir. Terkedilmiş sistemler konusunda kolaylıkla taraftar bulan ve geniş kitleleri arkasına takan, toplumda kıvılcım saçan, demokrasiyle bağdaşmayan düşünce açıklamalarında, düşünce açıklandığı anda, kuşkusuz bu açıklama “*açık ve yakın bir tehlike*” oluşturmaktadır. Toplumsal yapı nedeniyle de tehlike “*somut*” yani “*gerçekleşebilir*” nitelikte taşımaktadır.

Ülkemiz yönünden şeriat olgusu irdelendiğinde, seksen yıldır terk edilen ve terk edilmeden önce de yüzyıllar boyunca ülkemizde uygulanan, toplumun tamamına yakın denilebilecek bir bölümünün de bu düşüncenin çok kolaylıkla yaşam alanı bulduğu İslami düşünceye sahip olduğu gözetildiğinde, şeriatı destekleyen, onu savunan, o sistemi topluma ideal bir model olarak sunan, farklı yer ve zamanlarda şeriatın farklı kurallarını yavaş yavaş benimsettirmeye yönelik düşünce açıklamaları için de, şiddet ve şiddete çağrı ölçütünün aranması, hakların kötüye kullanılmasına sessiz kalmak, ancak bir devrim yoluyla terk edebildiğimiz eski modele yönelik çağrılara taban yaratmak ve ancak bir devrimle yerleşebilen sistemi yok etmeye yönelik düşüncelere kapıları aralamak anlamını taşımaktadır.

Şeriatın demokrasiyle bağdaşmadığı tartışmasızdır. Hatta demokrasi ve şeriat kavramları birlikte yaşayabilen, yan yana gelebilen sistemler de değildir. Biri diğerini ortadan kaldıran yönetim modelidir. Bir dinin ibadet alanının ötesine geçen, toplumu her konuda sadece dinsel kurallarla yönetmeyi esas alan şeriat, bunun için öncelikle demokrasiyi yok etmeyi amaçlar. Demokrasi yok edilmeden de şeriat ortaya çıkamaz. Bu kapsamda iki sistemin yan yana var olabileceği söylemler de yok değildir. Bu düşünce karşımıza “*İlmli İslam Cumhuriyeti*” kavramını çıkarmaktadır ki; Türkiye’nin devlet düzeni ve yönetim modeli, laik ve demokratik cumhuriyet kavramında ifadesini bulmaktadır. Son dönemlerde gerek ülkemizde gerekse ülke dışında “*İlmli İslam Cumhuriyeti*” gibi kavramların telaffuz edildiği ve Türkiye’ye yakıştırıldığı bilinen bir ger-

çektir. Bu kavram kuşkusuz yoz bir demokrasiyi esas almaktadır. Türkiye'nin savunduğu, uyguladığı ve yaşatma kararlılığında olduğu sistem, yozlaşan bir demokrasi değil, çoğulcu (doğal olarak laik) bir demokrasidir. Belirtildiği üzere, şeriat, İslam Cumhuriyeti ya da İlimli İslam Cumhuriyeti kavramları çoğulcu demokrasi dışında kalan kavramlardır.

Bu bağlamda, düşünce açıklaması konusunda irdeleme yapılırken mutlaka somut durum irdelenmeli ve bu somut durum değerlendirilmeden *"mutlaka şiddet veya şiddete çağrı gerektiği gibi kesin nitelikte bir kural"* konulmamalıdır. Müslüman olmayan bireylerden oluşan bir toplumda şeriat söylemlerinin, şiddet olmadan şiddet çağrısı yapmadan dile getirilmesi koşulunun aranması sözleşmelere göre yerindedir.

İHAS'a taraf ülkelerden sadece Türkiye ve Azerbaycan halkının büyük bir çoğunluğunun Müslüman olduğu göz önüne alındığında, bu noktada şeriat konusunda Türkiye'nin durumunun özellik ve farklılık gösterdiği gözden kaçırılmamalıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), Refah Partisi-Türkiye kararında bu durumu özellikle vurgulamaktadır. Özgürlüğün en geniş algılandığı siyasi parti kapatma davalarında bile, İHAM uyguladığı *"Venedik İlkeleri"* denilen ilkelere, şiddet, ırkçılık, yabancı düşmanlığı yanında hoşgörüsüzlüğün parti kapatma nedeni olduğu vurgulanmış ve şeriata yönelik söylemler *"hoşgörüsüzlük"* nedeniyle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiş ve Refah Partisi'nin başvurusu bu nedenle reddedilmiştir. Gerçekten şeriat hoşgörüyü değil, kendi kurallarını esas alan ve ötesine yaşam hakkı tanımayan bir modeldir. Şeriata yönelik söylem içeren davalarda İHAM kararları irdelendiğinde, Divan'ın Türkiye'nin mahkûmiyetlerini seri söylemlerin serbest olmasına değil, kararlardaki gerekçe yoksunluğuna dayandırdığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Şeriatta esas olan, seri kurallardır; ifade özgürlüğü değildir. İfade özgürlüğünün olmadığı bir model, ifade özgürlüğünü kendisine kalkan yapamaz. Bu arada şeriatın kendi içinde şiddeti de barındırdığı, yerleşebilmesi için cihadı da geçerli bir yol olarak kabul ettiği de hatırlanmalıdır. Şeriata yönelik söylemlerde şiddete çağrı anına ya da şiddet anına kadar müdahale etmeyerek şiddet unsurunu aramak, cihat ilanına kadar ya da cihadın yapılacağı, o ortamın oluşacağı ana kadar eyleme müdahale etmemek sonucunu da doğurmaktadır. Cihat anını beklemenin pratikte Cezayir'de ortaya çıkan sonuçları gözler önündedir. Burada şeriatı çağrıştıran, öven, ön plana çıkaran, ideal bir yönetim modeli olduğunu ifade eden, ona alt yapı ve zemin yaratan, sadece seri bir sistemde ifade edilebilecek söylemlerin de, şeriat kavramı içerisinde kalıp, kamu düzeni yönünden kısıtlamaya tabi olması gerektiği unutulmamalıdır.

Ülkemizdeki zorlayıcı sosyal gereksinim, şeriat konusundaki düşüncelerde şiddet çağrısı olmasa bile kamu düzeni hatta ulusal güvenlik yönünden sınır getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ne iç mevzuata ne de uluslararası sözleşmelere aykırıdır. Toplumumuzda insanların en kolay etki altına alındığı

konular din söylemi altında seri konularla yapılmaktadır. Ülkemizin, ifade özgürlüğü konusunda “zorlayıcı sosyal gereksinim ölçütünü” yorumlarken, özellikle seriata yönelik söylemlerde takdir marjı diğer ülkelere ve konulara göre daha geniştir. Yakın zamanlarda Sivas’taki “Madımak Otel” olayı hatırlanmalıdır. Olayların nasıl alevlendiği ve sıçradığı, kaç kişinin yaşamını yitirdiği unutulmamalıdır.

“Olayda davaya konu olan sözler bir bütün halinde irdelendiğinde, hitap edilen kitle de gözetildiğinde, bu eylemlerin toplumun geçmişte terk ettiği sistem içerisinde yaşam alanı bulabilecek, bu gün benimsediği sisteme aykırı söylem içerdiği ortadadır. Eyleme konu söylemin TCY’nin 312/2. maddesi kapsamında kaldığı, toplumsal yapı itibarıyla her an kıvılcım patlatabilmeye elverişli olduğu, taraftar bulmakta zorlanmayacağı, demokrasi dışında kalan bu söylemleri seslendirebilecek bir kitlenin her zaman var olduğu gerçeği de karşısında; mevcut tehlikenin açık, yakın, gerçekleşebilir, somut olduğunda tartışma bulunmamaktadır. Öngörülen ve uygulanan yaptırım da somut duruma göre, radikal bir nitelik taşımamakta olup, eylemle orantılıdır.

Bu nedenlerle olayda sanığın yukarıda gösterilen söylemi, ifade özgürlüğünün dışına taşmakta olup; atılı suçun unsurları oluşmuştur. Yerel Mahkeme ve Özel Daire’nin kararı yerindedir. Sayın çoğunluğun düşüncesine yukarıda belirtilen gerekçelerle katılmıyorum” gerekçesiyle,

8. Ceza Dairesi Üyeleri Sn. M. H. Özek ve A. E. Özgenç:

“Anayasamız, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu açıkladıktan sonra, 12. maddesinde yurttaşların kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip bulunduğunu belirterek, bunlar arasında saydığı düşünce özgürlüğünü 25 ve 26. maddeleriyle koruma altına almıştır.

Bu hükümlerin doğal sonucu şudur: Türkiye Cumhuriyeti hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu bir demokrasidir. Çoğulculuk ise birden çok düşüncenin varlığı ve bunların özgürce açıklanması temeli üzerinde kurulabilir. “Çünkü, dış dünyaya yansıtma olanağı verilmediği takdirde düşünce özgürlüğü işlevini yapamaz ve varlık nedenini yitirir. Kişiler ve toplum özgür beynin ürünlerinden yararlanamaz. Düşünceleri tartışarak ve tartarak doğruyu yanlıştan ayırma imkanından yoksun kalır. Düşüncelerin çokluğu ve çeşitliliği bir ülkenin zenginliği ve ilerlemesinin itici gücüdür. Onun içindir ki çoğulcu demokrasiyi benimseyen ülkeler gelişmekte, ötekiler geri kalmaktadır.”

“Düşünce özgürlüğü çoğunluk gibi düşünmeme, kurulu düzeni sorgulama ve hatta eleştirme haklarını da kapsamalıdır. Bu eleştiriler toplumun bir bölümünü rahatsız edici ve sarsıcı nitelikte de olabilir. Eğer bir toplumda düşünce özgürlüğü yerleşik düzeni eleştirme, sorgulama ve kınama hakkını kapsamıyor ve yalnızca onu övmeyi öngörüyor ise, o ülkede bağnazlık kaçınılmaz hale gelir. Çünkü, bir toplumda herkes aynı şeyi düşünüyor ise, aslında kimse bir şey düşünmüyor demektir. Böyle bir ülke gelişme gücünü kaybetmiştir. Zira mutlak hakikat ya da gerçeğin gerçeği diye bir şey olamaz. Bir düşünce o an için doğru bile olsa, yarın için yetersiz kalmaya mahkumdur. Nitekim tarihsel süreç 19. yüzyılın doğrularının 20. yüzyılda yanlış çıktığını, bir

zamanlar Karadeniz'in kuzeyinde doğru görülenlerin güneyinde yanlış sayıldığını göstermektedir. Her an ve her yerde değişmez sanılanlar değişmekte ve bugünün doğruları yarının yanlışları olabilmektedir. Çoğulculuk ve çok sesliliğin korunabildiği ölçüde toplum gelişme ve değişme yeteneği kazanmakta ve ilerlemenin esrarı burada yatmaktadır. Onun içindir ki demokratik hukuk devleti bireysel özgürleşmeyi ve farklı düşünmeyi özendirilmeli, aykırı düşünceleri susturmaya kalkışmamalıdır."

Bunun yanında, düşünce özgürlüğü her bireyin kendisini gerçekleştirme-
sinin de temel koşullarından birine oluşturur. Bu özgürlük sayesinde insan
kendisini tanımlar, başkalarını algılar ve yaşamını anlamlı hale sokar. Eğer
demokratik bir süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyor ise düşünce özgürlü-
ğünün korunması hayati önem taşır. Serbest bir kamuoyu oluşturmak, bütün
seçeneklerin tartışılmasını sağlamak ve en geniş anlamda halkın yönetime
katılımını ve denetimini gerçekleştirmek ancak bu sayede mümkün olabilir.

Elbette düşünce özgürlüğü çok önemli ve gerekli bir değerdir. Bu, çağımı-
zın tartışılmaz bir gerçeğidir. Ancak, bir gerçek daha var; sınırlama veya kısıt-
lama. Çünkü, sınırlama veya kısıtlama olmadan toplumsal bir hayatın, dirlik
ve düzenin sağlanması olanaksızdır. Ne kadar değerli olursa olsun düşünce
özgürlüğü demokratik bir toplumda "tek değer" değildir ve başka değerler de
vardır. Demokratik toplumun diğer değerleriyle çatıştığında aralarında bir
uzlaşma veya makul bir dengenin kurulması zorunludur.

Anayasa'mızın 26/2. maddesinde düşünce özgürlüğünün sınırlandırılabil-
ebileceği belirtildikten sonra, sebep ve şartları açıklamıştır. Ayrıca 90. maddeye
eklenen cümleyle uygulama önceliği kazanmış bulunan Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde de düşünce özgürlüğünün sınırları çizilmiştir.
Anılan maddeye göre sözleşmeye taraf olan devletler, kullanılması görev ve
sorumluluk yükleyen bu hak ve özgürlüğü, demokratik bir toplumda zorunlu
tedbirler niteliğinde olmak üzere, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya
kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin
önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması
veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için, yasayla öngörülen
bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlayabilirler. Avrupa
İnsan Hakları Mahkemesi de, yasayla önceden öngörülmüş olmak, yukarıda
sayılan demokratik değerlerden birini veya birkaçını korumaya yönelik bulun-
mak ve demokratik bir toplumda zorunlu tedbir niteliğinde olmak koşuluyla
ifade özgürlüğüne müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

Bu noktada dava konusu olayla doğrudan ilişkisi nedeniyle iki kavram
üzerinde genel bir açıklama yapmak gerekmektedir.

Bunlardan ilki, kamu düzenidir. Bilindiği gibi, kamu düzeni toplumun
huzur ve güvenlik içinde yaşamasını ve gelişmesini sağlayan düzenin bütünü-
dür. Başka bir anlatımla, kamu düzenine karşı işlenen cürümler kamu huzur ve
güvenliğini, toplum barışını tehlikeye düşürebilen suçlardır. Burada "tehlîke"
sözcüğüne yüklenecek anlam veya tehlikenin nitelendirilmesi özel bir önem
taşımaktadır.

Sekizinci Ceza Dairesi son zamanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarından da esinlenmek suretiyle bu konuda birtakım kıstaslar geliştirmiş ve uygulamaya başlamıştır. Bunları şöyle özetleyebiliriz:

Nefret saçan veya şiddet çağrısında bulunan yahut kışkırtıcı nitelikte olup şiddet kullanmayı özendiren ifadeler kamu düzeni için açık ve yakın (somut) tehlike oluşturma yeteneğine sahip bulunmaları nedeniyle düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında kalırlar. Böyle ifadelere müdahale için kamu düzeninin fiilen bozulması, örneğin bir başkaldırı ya da çatışmanın meydana çıkmış olması beklenmez. Kışkırtmanın bu olasılığı yaratma kabiliyetine veya potansiyeline sahip bulunması yeterlidir. Çünkü kamu düzenine karşı işlenen suçlar zarar suçu olmayıp, tehlike suçlarıdır.

Açıklanması gereken ikinci kavram, laiklik ilkesidir.

Laiklik, inancın hakimiyet alanı ile aklın hakimiyet alanının birbirinden ayrılması ve iktidarın kaynağının Tanrısal olmaktan çıkarılarak, halk iradesine dayandırılmasıdır. *"Böylece hukukun temelleri dinsel doğmalardan arındırılmakta, onun yerini insan aklının ürünü olan kurallar almaktadır. Bu kurallar bilimin ışığında toplumun ihtiyaçlarına göre değiştirilebildiği için gelişmelere kolayca ayak uydurabilmekte ve sorunlara başarılı çözümler üretebilmektedir. Oysa dinsel hukukun kuralları Tanrısal ve ilişilemez olduklarından değiştirilememekte ve bu yüzden de toplumsal gelişmeye ayak uyduramamaktadır."* Ancak inanç bağınazları bu gerçeği görmezden gelerek, laikliği Tanrının iktidarının ve yeryüzündeki hakimiyet alanının daraltılması veya gasp edilmesi olarak yorumladıklarından ve Tanrının egemenliğinin sınırlandırılmayacağını, dinin toplumun ve devletin her sahasını yönetmesi gerektiğini ileri sürdüklerinden, laikliğin amansız düşmanı kesilmekte ve onu dinsizlik olarak nitelendirmektedirler.

Oysa laiklik olmadan demokrasi yaşatılamaz. Laiklik demokrasinin ve demokratik değerlerin güvencesidir. Bireyi dış baskılardan korur. Aşırılıkları uzlaştırarak barış ve kardeşlik yayar. Yurttaşların dini inançlarına göre ayrışmasını (kategorize olmalarını) önleyerek ulusal birliği güçlendirir. Çünkü, herkes kendi düşünce ve inancının mutlak gerçekliğine inanır ve bunu başkalarına dayatmaya kalkarsa, çatışma ve şiddet kaçınılmaz hale gelir.

Ülkemiz bakımından laikliğin ayrıca özel bir önemi vardır.

Türk toplumu bin yıl süreyle teokratik devlet anlayışıyla yönetilmiştir. Bu dönemde akıl ve bilim dışlanmış, başarı ve başarısızlıklar insandan doğma sonuçlar değil ve fakat kaderin oluşturduğu şeyler sayılarak, kadercilik inancı insanlarımızı adeta iliklerine kadar sarmıştır. Egemenliğin Tanrı'dan geldiği ve Tanrı'nın yeryüzündeki vekili (halife) tarafından kullanılacağı, onun da yalnızca Tanrı'ya karşı sorumlu bulunduğu kabul edildiğinden demokratik kurumlar ve insan hak ve hürriyetleri gelişmemiştir. Laik Cumhuriyet'in kurulması ile birlikte bu anlayış terk edilerek, doğu uygarlığından batı uygarlığına geçilmiştir.

Bu dönüşüm tamamlanmış değildir. On asrın oluşturduğu tortular henüz silinememiştir. Kökten dinci rejimlerle yönetilen uzak ve yakın komşularımız laik cumhuriyeti kendi sistemleri için bir tehdit olarak algıladıklarından, onu yıkmak için var güçleriyle çabaladıkları gibi, inanç bağına bağlılığının cezasına kapılmış içimizdeki kimi tarikatlar da laik cumhuriyeti tepelemek için ellerinden geleni arkalarına koymamaktadırlar. Cumhuriyetin ilanını izleyen yıllarda ortaya çıkan başkaldırıları, yakın geçmişte yalnızca laik cumhuriyeti savundukları için hunharca katledilen onlarca aydın, Hizbullah'ın mezar evlerinden çıkarılan sıra sıra cesetler ve daha birkaç ay önce İstanbul'da patlayan bombalarla öldürülen ve yaralanan yüzlerce masum insan bunun apaçık delilleridir. Geçmiş sarılmakla, gelecek kurtarılamaz. Gericiliğe saplanan ülkelerin perişanlıkları bunun kesin göstergesidir.

Her toplum belli bir tarihin ve coğrafyanın ürünüdür. İçinde doğduğu iklimin özelliklerini taşır. Yasalar yapılırken, yorumlanırken ve uygulanırken toplumun kendine özgü şartları, ihtiyaçları ve maruz bulunduğu tehlikeler göz önünde bulundurulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konuda devletlerin farklı takdir marjına sahip bulunduğunu kabul etmektedir. Nitekim Leyla Şahin/Türkiye ve Refah/Türkiye davalarında mahkeme, "(...) kökten dinciliğe dayalı siyasi hareketlerin bazı devletlerde siyasi iktidarı ele geçirmek için sık sık başkaldırdığı, iktidarı ele geçirdikten sonra da arzuladıkları toplum modelini herkese dayatacakları göz ardı edilemez. Bu nedenle sözleşmeye taraf devletler, sözleşme hükümlerine uygun olarak, tarihteki deneyimleri ışığında bu tür siyasi hareketlere karşı koyabilirler(...)" demek suretiyle, bu amaca dönük ifadelere müdahaleyi meşru saymaktadır.

Bu açıklamalardan sonra sanığın kaleme aldığı yazıya göz atıldığında karşımıza çıkan manzara şudur:

"Sanık dava konusu yazısında, yakın tarihimizde dinsizliğin revaçta olduğu bir dönemin yaşandığını, bu dönemde dindarlara manevi işkenceler yapıldığını, çocuk ve gençlerin Kur'an okumalarının engellendiğini, Allah diyenlere hakaretler edildiğini, hatta Kur'anı Müslümanların elinden nasıl alırız planlarının bile yapıldığını, aynı zihniyetin bu gün de sekiz yıllık temel eğitimi millete dayatmak, imam hatip okullarının sayısını azaltmak ve Kur'an kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasını engellemek suretiyle faaliyetim sürdürmekte olduğunu, İslama karşı ittifak yapan bu fesat ve Dinsizlik komiteleriyle onları destekleyenlerin Küfür Ehli bulunduğunu, istikbalin yalnız ve yalnız İslamiyetin olacağını ileri sürmek suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti'nin felsefi anlamda ruhu, maddi anlamda ise özü ve iskeleti mahiyetinde bulunan laik niteliğine saldırmakta, teokratik devlet yapısını yıkarak demokratik bir toplum ve devlet yaratmak için gerçekleştirilen hilafetin ilgası, tekke ve zaviyelerin kapatılması, şerie vekaletinin ve mahkemelerinin kaldırılması, bazı sıfat ve unvanların kullanılmasının yasaklanması, latin alfabesinin kabulü, kılık ve kıyafetin çağdaştırılması, öğrenim birliğinin sağlanması gibi devrim kanun ve tasarruflarını dinsizlik ve İslama karşı fesat kurmak olarak nitelendirmek suretiyle, laik anlayışı benimseyen ve savunularına karşı nefret tohumları yaymakla kalmayıp, onları kafir ilan eyleyerek saf ve samimi inanç

sahiplerini bu kesime karşı şiddet kullanmaya kışkırtmaktadır.

Bütün dinler gibi İslam dini de kavramlar, kurumlar ve törenler üzerine inşa edilmiş ve belli sözcüklere kendine özgü anlam ve mesaj yüklenmiştir. İslami söylemde “küfür ehli” yani kafir sözcüğü Tanrı’nın varlığını ve teklifini toptan inkar edenler için kullanılır. Bu sözcük aynı zamanda bir mesaj ve emir taşımaktadır. Bu emir ise “Öldürmek” dir. Kur’an’ın Bakara, Nisa, Enfal, Tevbe, Ahzap ve Muhammed surelerinin tam 19 ayetinde kafirlerin öldürülmelerinin buyrulmuş olması bunun aşikar kanıtıdır.

Sanığın laik anlayışa sahip olanları dinsiz ve kafir ilan ederek onlara bu sözcüklerin doğasına yüklenmiş nefret krövcümları saçmasına ve şiddet çağrısında bulunmasına göz yumulamaz. Böyle bir ifadeye yapılan müdahale tamamen meşrudur. Çünkü burada müdahale düşüncesinin kendisine değil, açıklanmış biçimi ve üslubundaki nefret ve şiddete yapılmış olmaktadır.

Konu Genel Kurul’da tartışılırken, bazı Sayın Başkan ve üyeler, sanığın kullandığı kimi sözcüklerin aşağılayıcı ve hakaretimiz olduğunu, bunlara katılmanın ve savunmanın mümkün bulunmadığını, hakaret veya tazminat davası açmak suretiyle yaptırma bağlanabileceğini, ancak yazının bütünü itibarıyla ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını ileri sürmüşlerdir.

Biz bu görüşte isabet göremiyoruz. Zira hakaret veya sövme suçunun mağduru ancak belirli bir şahıs veya şahıslar olabilir. Olayda hakarete maruz kalan şahıslar belirsiz ve sayıyı kestirilemeyecek kadar geniş bir toplum kesimidir. Hakaret davasını kim açacak ve eylemin kendisine matufiyetini nasıl kanıtlayacaktır. İşiltili görünse de bu görüşün uygulama yeteneği bulunmadığı açıktır. Kaldı ki demokrasilerde kamu düzeni bizzat devletin kendisi tarafından korunur. Kamu düzeninin akıbeti yurttaşların açacağı hakaret veya tazminat davalarına havale edilemez.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, sanığın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale kamu düzeni gibi bir başka meşru değer koruması amacına dönüktür. Müdahalenin şekli, şartları ve yaptırımı eylemden önce TCK’nın 312/2. maddesinde öngörülmüş bulunmaktadır. Müdahale demokratik devletin yaşatılması için gerekli bir tedbir niteliğindedir. Bu nedenlerle ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmü usul ve kanuna uygun ve Sekizinci Ceza Dairesinin onama kararında bir isabetsizlik bulunmadığından, Genel Kurul’un bozma doğrultusundaki çoğunluk kararına katılmıyoruz.” gerekçeleriyle ve diğer bir kısım kurul üyeleri ise atılı suçun oluştuğu görüşü ile itirazın reddi yönünde oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı’nı itirazının kabulü ile Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 19.3.2004 gün ve 357-2457 sayılı onama kararının kaldırılmasına, İstanbul 6 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 2.10.2002 gün ve 307-197 sayılı kararının bozulmasına,

2- Bozma kararının CMUK'un 325. maddesi uyarınca hükmü temyiz etmeyen Sorumlu Yazı İşleri Müdürü S. Ç.'ye teşmiline,

3- Dosyanın Mahkemesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı tevdiine, 12.10.2004 günü yapılan ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından 23.11.2004 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 15.12.2004

E. 2004/9-726

K. 2004/715

* Yıllık izin ücreti farkı

* Kesin hüküm

* Fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması

(1086 sayılı HUMK m. 237, 4145 sayılı K. ile değişik HUMK m. 427)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A. Dava: Dava, önceki davada hükmedilmeyen yıllık izin ücreti farkının ödenmesi istemine ilişkindir.

B. Davacının İsteminin Özeti: Davacı, yanlar arasında daha önce görülen dosyada Toplu İş Sözleşmesi yapılmasından sonraki döneme ilişkin olarak ücret alacağına hükmedildiğini, bundan önceki döneme ilişkin yıllık ücretli izne hükmedilmediğini ileri sürerek, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak, sendikaya üye olduğu tarihe kadar lehine doğmuş olan ücretli izin alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B. Davalının Cevabının Özeti: Davalı, yanlar arasında bu konuda daha önce görülen davanın görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturduğu savunması ile davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C. Yerel Mahkemenin Kararının Özeti: Mahkemece, her iki davanın yanları aynı olmakla birlikte, davanın konusu ve nedeninin farklı olduğu, görülmekte olan davada, önceki davada hükmedilmeyen ve saklı tutulan döneme ilişkin olarak istemde bulunulduğu, bu nedenle yanlar arasında daha önce görülen davanın, görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D. Temyiz Evresi ve Direnme: Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, yukarıda açıklanan biçimde, yanlar arasında daha önce aynı

konuda görülen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturduğu kanaati ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme, daha önce açılan davada, sendika üyeliğinin bildirildiği, dolayısıyla Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı tarihten sonrası için talepte bulunulduğunu ve bu dönem bakımından karar verildiğini, oysa görülmekte olan davada önceki kısmi davada talep edilmeyen, işe giriş tarihi ile aktin fesih tarihine kadar hak ettiği yıllık izin ücretinden, ilk davada hükmedilen miktarın düşülmesi suretiyle hesaplanacak yıllık izin ücretine hükmedilmesin! istediğini, bu nedenle önceki davanın bu dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağını açıklayarak ilk kararında direnmiştir.

E. Uyuşmazlık: Yanlar arasında aynı konuda daha önce görülüp kesinleşen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır.

F. Gerekçe: Bu dosya açısından kesin hüküm oluşturduğu ileri sürülen dava Aliğa Asliye (İş) Mahkemesi'nin 24.09.2001 gün ve 2001/2412-4212 sayılı ilamı ile karara bağlanmıştır. Bu davada yanlar aynı olup, istek kalemleri arasında ücretli izin alacağı da bulunmaktadır. Ne var ki, davacı buradaki talebinde Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı dönemden sonrası için TİS m. 71'e dayalı olarak hak kazanıp, kullanamadığı yıllık için ücretinin hesaplanarak ödenmesini istemiştir. Alınan bilirkişi raporunda, davacının sendikaya üye olup, toplu iş sözleşmesinden yararlandığı dönem sonrası için hesaplama yapmıştır. Davacı vekili rapora ilişkin beyanında, *"sadece en son yılın yıllık izin ücretinin hesaplandığını, bu nedenle dikkate alınmayan yıllara izin ücreti konusunda ayrıca dava açma hakkını saklı tuttuklarını"* belirtmiştir. Yerel mahkeme gerekçesine davacının bu beyanını işlemiş ve bilirkişi hesabı doğrultusunda, sendika üyelik tarihi olan 13.10.1999 ile iş aktinin feshi tarihi 12.01.2001 tarihi arasındaki dönem bakımından davacının hak ettiği yıllık izin ücreti konusunda karar vermiş, verilen karar temyiz edilmeksizin 02.10.2001 tarihinde kesinleşmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde, hem kişilerin hem de Devletin yararı vardır. Çünkü kişiler, aralarındaki uyuşmazlığın kesin bir biçimde sonuçlanması için dava sırasında bütün olanaklarını kullanırlar ve dava sonucunda verilecek kararla artık, bu uyuşmazlığın sona ermesini isterler. Bu açıdan, Devletin de menfaati söz konusudur. Çünkü Devlet, mahkemelerin sınırsız bir biçimde aynı uyuşmazlık (dava) ile, sürekli ve yinelenerek meşgul edilmesini istemez.

Kesin hüküm, hem kişiler, hem de devlet için hukuksal durumda istikrar sağlar. Hukuksal güvenlik ve yargı erkine güven, kesin hüküm kurumu ile sağlanır.

Kesin hüküm ikiye ayrılır. Bunlar şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hükümdür. Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karara karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapandığı anlamına gelir. Şekli anlamda ke-

sin hükmün amacı, davanın sona erdirilmesine hizmet etmektir. Bir son karar, şekli anlamda kesinleşince, yanların o davada izledikleri amaç gerçekleşmiş olur. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler (Örneğin; 20.6.1996 tarihinde kabul edilen 4145 sayılı Yasa gereğince HUMK m. 427’de yapılan değişiklikle 1.1.2000 tarihinden itibaren miktar ve değeri 40.000.000 TL’yi geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin verilen son kararlar kesindir. Bu kararlara karşı herhangi bir olağan yasa yoluna başvurulamaz).

Yasa yolu açık olan bir karar, yasa yoluna başvurma süresi geçmekle de kesinleşir. Öte yandan, temyiz yolu açık olan bir karar temyiz edilip sonuçta onanmış ve karar düzeltme süresi geçirilmişse, ya da karar düzeltme istemi de reddedilmişse, veyahut yasa yoluna başvurmadan feragat edilmişse verilen hüküm şekli anlamda kesinleşir.

Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükmeye karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.

Diğer yandan, maddi anlamda kesin hüküm, yargısal kararlara tanınan hukuksal gerçeklik niteliğidir. Maddi anlamda kesin hüküm sayesinde, mahkeme kararlarına güven duyulması ve bu kararların uygulanması, yanlar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulması, çelişik kararlar verilmesine engel olunması, toplumsal yaşam için zorunlu olan hukuksal istikrarın sağlanması amaçlanır.

Maddi anlamda kesin hükmün koşulları HUMK m. 237’de açıklanmıştır. Bunlar; dava konularının (müddeabihlerinin), dava nedenlerini ve yanlarının aynı olmasıdır.

Görülmede olan davada, yanlar konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık dava nedeni ve konusunun aynı olup olmadığı noktasındadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olaya baktığımızda, ilk açılan davada, davacı vekilinin dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakkını saklı tuttuğu ve yalnızca davacının sendikaya üyelik tarihinden iş aktinin feshine kadar döneme ilişkin talepte bulunduğu, bilirkişi raporunun ve bu rapora karşı beyanlarının da aynı yönde olduğu, mahkemenin bu hususu gerekçesinde açıkça belirttiği ve yalnızca sendikaya üyelik tarihinden sonrası için karar verildiği, işe giriş tarihinden, sendikaya üyelik tarihine kadar olan dönem bakımından bir karar verilmediği, görülmekte olan davada ise önceki karar kapsamı dışında olup, saklı tutulan sendikaya üyelik öncesi döneme ilişkin yıllık izin ücreti alacağına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, her iki davanın konularının ve nedenlerinin aynı olmamasına göre, kesin hükmün bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Hal böyle olunca bu yönleri amaçlayan direnme hükmü doğrudur.

Bununla birlikte işin esasına ilişkin davalı vekilinin temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.11.2004

E. 2004/4-604

K. 2004/608

* Manevi tazminat

* Hak arama özgürlüğü

* Kişilik hakları

(Anayasa m.12, 17, 36; 4721 sayılı
TMK m. 24, 25; 818 sayılı BK m. 49)

Taraflar arasındaki “*manevi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Samsun 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 24.12.2002 gün ve 2001/300-2002/762 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 4.12.2003 gün ve 4324-14141 sayılı ilamı ile, (...Davacı davalı tarafından haksız olarak şikayet edildiğini bu yüzden kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia etmek suretiyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemece istem reddedilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa’nın hakların Korunması ile ilgili hükümler başlığı altında ve 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şekli ile yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki kişi, gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir.

Anayasa’nın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasa’nın Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Medeni kanunun 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK’nın 49. maddesinde de saldırının yaptırımı düzenleme altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, Anayasa’da ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik, değerleri güvence altına alınmıştır.

İşte bu noktada, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir.

Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda korumaya altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında konu biraz yakından incelendiğinde her iki değer aynı anda birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir.

Şu durumda uyumsuzluğun çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır.

Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hakaret etmesinin uygun görüleceği diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı ve şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda, davalı polise başvurarak öğretim üyesi olduğu Tıp Fakültesindeki odasının kilidiyle oynandığını anladığında durumu üniversitenin güvenlik birimine haber verdiğini ve odanın kapısının açılarak içeri girildiğinde çalınma ihtimalini düşündüğü evrakların yerinde olduğunu gördüğünü, bu evrakların hastalara yanlış rapor veren davacıya ait raporlar ve bölümde yapılmış bilimsel bir doktora tezine ait önemli yazışmalar olduğunu, bu iki konu da soruşturma ve mahkeme aşamasında olduğundan bu evraklar için bu işe teşebbüs edilebileceğini belirterek davacıdan şüphelendiğini, odasına girmek isteyen kimse ondan şikayetçi olduğunu belirtmiştir. Savcılıkça hırsızlık iddiasıyla ilgili olarak ortada bir suç ve suçlu bulunmadığı, suçun oluşmaması ve müştekinin soyut iddiası dışında herhangi bir kanıt olmadığı gerekçesiyle takipsizlik kararı verilmiştir.

Somut olayın oluşu ve yukarıda belirtilen ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, hiçbir emare olmadığı halde, davalının davacıdan şüphelendiğini belirtmesi nedeniyle onun kişilik haklarına saldırıldığı kabulü gerekir. Yerel mahkemece bu yön gözetilerek olaya uygun düşecek miktarda manevi

tazminata karar vermek gerekirken, davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma Kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 15.12.2004

E. 2004/4-709

K. 2004/720

* Manevi tazminat

* Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuki sorumluluk

(5680 sayılı Basın K. m. 16, 17;

1086 sayılı HUMK m. 440-442)

Taraflar arasındaki "*manevi tazminat*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karşıyaka Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın, davalılardan R. B. N. yönünden husumet nedeniyle reddine, F. İ. yönünden kısmen kabulüne dair yerilen 11.9.2002 gün ve 2001/703 E. 2002/586 K. sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalı F. İ. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2003 gün ve 2002/13068 E. 2003/3714 K. sayılı ilamı ile; (... 1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının davalılardan B. N.'ye yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2. Davalının temyizine gelince; davalı tarafından davaya verilen cevapta "*Beyaz Enerji*" operasyonu ile ilgili soruşturma dosyası getirilip incelendiğinde yayının gerçek olduğunun belirleneceği savunulmuştur. Delil listesinde de Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan "*Beyaz Enerji*" operasyonunda davacının adının geçip geçmediğinin sorulması istenmiştir. Ne var ki, mahkemece bu kanıt üzerinde durulmamıştır. O halde, mahkemece adı geçen soruşturmanın bu savunmaya ilişkin bölümü getirtilerek ya da ilgili yere yazılacak yazı ile savunmada ileri sürülen konu sorularak davalının savunması incelenip değerlendirildikten sonra bir karar verilmelidir. Açıklanan yönlerin gözetilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir ...) gerekçesiyle, davalılardan R. B. N yönünden onanmış, F. İ. yönünden bozulmuş ise de davacı vekilinin karar düzeltme talebi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2003 gün ve 2003/7713 E. 2003/8836 K. sayılı ilamı ile davalı R. B. N. yönünden verilen onama kararı (... 1. Temyiz

ilamında bildirilen gerektirici nedenler karşısında davacının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değişik 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiç birine uygun olmayan aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan karar düzeltme istemleri reddedilmelidir.

2. Davacının davalı B. N.'ye yönelik karar düzeltme istemine gelince; Dava, Basın Yasası'ndan kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalılara yapılan yayında kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiası ile davayı B. N. ve F. İ.'ye yöneltmiştir.

Basın Yasası'nın 16. maddesinde, basın yoluyla işlenen suçlarda yazıyı yazan ve sorumlu yazı işleri müdürünün sorumlu tutulacağı belirtilmiş, aynı Yasa'nın 17. maddesinde ise hukuki sorumluluk içinde 16.maddede belirtilenlerle birlikte ayrıca, yayın sahibinin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Yasanın 16. maddesinin son fıkrasında yayının sahibinin gerçek ve tüzel kişi olması durumunda, gerçek kişi temsilci konumunda ise, tüzel kişinin hukuken sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Davaya konu edilen yayının yapıldığı gazetenin kimlik bölümlerinde, imtiyaz sahibi B. N., yayınlayan ve basan Yeni Gün Haber Ajansı gösterilmiştir. Yasa'nın düzenleniş biçimine göre gazetenin sahibi B. N.'dir. Basın Yasası'nın 17. maddesindeki düzenleniş biçimi karşısında hukuken sorumludur. Aynı Yasanın 16. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme, sorumluluk hukuku bakımından farklı bir amacı içermemektedir. Sorumlu olarak gösterilen kişiyi, başka bir kişi temsil ediyorsa haliyle temsilci değil, temsil edilenin hukuken sorumlu olması gerekir. Somut olayda B. N. bir tüzel kişi temsilcisi olmayıp, gazetede belirlemeye göre bizzat imtiyazın yani yayın yapan gazetenin sahibidir. Bu nedenle de tazminatı gerektiren durumlarda sorumlu tutulması gerekirken husumet nedeniyle hakkındaki davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir ise de, kararın bu bölümü onanmış bulunduğundan, davacının karar düzeltme istemi HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama karan kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenlerle de bozulmalıdır...) gerekçesiyle kaldırılmış, verilen bozma kararı ile dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece R. B. N yönünden önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

1. Davalılardan F. İ. yönünden bozma nedenine uyularak oluşturulan yeni hüküm Özel dairece incelenmediğinden, bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

2. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, davalı R.B.N. yönünden Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme karan bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.10.2004

E. 2004/4-525

K. 2004/539

- * Maddi tazminat
- * Hırsızlıkla itham
- * Haksız şikayet nedeniyle yargılama giderleri
- * Kişilik haklarına saldırı (1086 sayılı HUMK m. 429)

Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar N. İ., N. İ. ve S. D. vekili, davalının davacıları hırsızlıkla itham ettiğini, yapmış olduğu şikayetlerle mahkeme kapılarında dolaştırdığını, davacıların kendilerini savunmak amacıyla avukat tutmak zorunda kaldıklarını, davalarla ilgili yol masrafı ve çeşitli masraflar yaptıklarını, uğradıkları maddi kayıplar toplamı 500.000.000 TL maddi tazminatın davalıdan alınmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuş, yerel mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, Özel Daire'ce, yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

N. B.'nin şikayeti üzerine T. Ç., N. İ., S. D., Sulh Ceza Mahkemesi'nde hırsızlık suçundan yargılanmışlar, herhangi bir delil bulunamadığından beraat etmişlerdir.

Davacılar tarafından aynı olayla ilgili olarak açılan manevi tazminat davası kabul edilmiş, Yargıtay'dan geçmek suretiyle kesinleşmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, bir tarafın haksız davranışından ötürü sanık olarak ceza mahkemesinde yargılanan kişi, yargılama nedeniyle katlanmak zorunda kaldığı giderlerden ötürü, genel hükümler çerçevesinde hukuk mahkemesine başvurarak istemde bulunabilir (15.12.1948 t, 25/10 sayılı İBK). Bu nedenle kural olarak, haksız şikayet nedeniyle, ceza yargılaması sırasında yapılmak zorunda kalınan giderler istenebilir.

Somut olayda davacılar N. ve S., davalının şikayeti üzerine Sulh Ceza Mahkemesi'nde yargılanıp, beraat etmişlerdir. Şikayetin kötü niyetli olarak yapıp yapılmadığı yönündeki sorun, manevi tazminat bakımından daha önce görülen Bursa 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/317 E, 2000/42 K. sayılı dosyasında çözümlenmiş ve sonuca bağlanmıştır.

Bu sonuç karşısında artık davalının davacı N. ve S.'nin kişilik haklarına saldırıda bulunduğu sabit olmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre Ceza davasında, anılan davacıların avukat ile temsil edildikleri, avukat ile ücret sözleşmesi yaptıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda Avukatlık Ücret Tarifesi ve Avukatlık Kanunu hükümlerine göre vekâlet ücreti; ayrıca, yol masraflarının davacılar N. ve S.'ye ödenmesi gerekmektedir.

Davacı N. İ. hakkında ise davalı tarafından yapılmış bir şikayet, açılmış bir ceza davası bulunmamaktadır. Maddi tazminat gerektirir bir durum mev-

cut olmadığından bu davalı hakkında mahkemece verilen ret kararına ilişkin direnme karar usule ve yasaya uygun olup, yerindedir.

SONUÇ: 1. Davacı N. İ. yönünden, temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına,

2. Davacılar N. İ. ve S. D. yönünden, temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.10.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 07.04.2004

E. 2004/3609

K. 2004/4423

* Yabancı boşanma kararı

* Tenfiz

* Türk kamu düzeni

(743 sayılı TMK m. 134, 146)

Tenfizi istenen Hollanda (Arnhem Asliye Hukuk) Mahkemesi'nin boşanma kararında Türk Hukuku uygulanmış Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesi gereğince tarafların boşanmalarına, müşterek çocukların velayetinin annelerine verilmesine, mal paylaşımının Türk Kanunu Medenisi'nin 146. maddesi gereğince tasfiyesine karar verilmiş ve bu karar orada 17.04.1998 tarihinde kesinleşmiştir.

Yabancı boşanma kararında; velayetleri annelerine verilen müşterek çocuklar için iştirak nafakasına hükmedilmemiş olması ve babanın çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmemesi, bu düzenlemenin çocuk koruma kurumunun tavsiyesinden sonraya bırakılması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz. Zira, baba kişisel ilişkisinin düzenlenmesini, sonradan isteyebileceği gibi, sonradan da çocuklar için iştirak nafakası istenebilir. Hükmün, bu konularda eksiklik taşıması kamu düzenini zedelemez. Yabancı mahkeme, tarafların müşterek milli hukuku olan Türk hukukuna göre boşanma kararı verdiğine göre, davanın kabulüne karar verilecek yerde, reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeple bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2004

E. 2004/3276

K. 2004/4252

* **Birden fazla devlet vatandaşlığı*** **Kısmen tenfiz*** **Türk Hukuku*** **Velayet hakkı**

(Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşme m. 3; 2675 sayılı MÖHUK m. 4/b, 40)

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşme'nin velayet hakkı dışında üçüncü maddesi koşulları oluşmuş bulunmasına göre davalının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2. Toplanan delillerden tarafların aynı zamanda Hollanda vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku uygulanır (2675 sayılı K. m. 4/b). Diğer taraftan mahkemece ilamın kısmen tenfizine de karar verilebilir (2675 sayılı K. m. 40). Küçük B.'nin velayet hakkı yönünden yapılan düzenleme Türk hukukuna uygun olmadığından, mahkeme yabancı mahkeme ilamının küçüklerin velayet hakkı dışında tenfizine karar verilmesi gerekirken, tamamen tenfizine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: 1. Hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 1. bentte gösterilen nedenlerle onanmasına,

2. Hükmün 2. bentte gösterilen nedenlerle bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 29.03.2004

E. 2004/2872

K. 2004/3909

* **Evlilikte mal rejiminin belirlenmesi*** **Aile mahkemelerinin görev alanı**
(4721 sayılı TMK m. 202, 206; 4787 sayılı K. m. 4/1, Geçici m. 1)

1. Medeni Kanun'un 206. maddesi; haklı bir sebebin varlığı halinde hakim in eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Davacı, eşi hakkında açmış olduğu boşanma davasının 02.10.2001'de retle sonuçlandığını ayrı yaşadığını belirterek mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine

karar verilmesini istemiştir. 01.01.2002 tarihinde 4721 sayılı Medeni Kanun yürürlüğe girmiş, yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu kabul edilmiştir (TMK m. 202) Sözü edilen Yasa'nın 206. maddesindeki beş bent şeklinde yapılan düzenleme örnek niteliğindedir. Mahkemece tarafların delilleri toplanıp, değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

2. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/1 maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından (TMK m. 118-494) kaynaklanan bütün davaların aile mahkemesinde bakılacağını, geçici 1. maddesi de; sonuçlanmamış davaların yetkili ve görevli aile mahkemesine devredileceğini hükme bağlamıştır. Karar bozulmakla sonuçlanmamış hale gelmiştir. Bu açıklama karşısında işin görev yönünün de düşünülmesi zorunludur.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün birinci bentte gösterilen sebeple bozulmasına karar verildi.

* * *

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ KARARI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

T. 24.01.2004

E. 2004/14673

K. 2005/165

- * Anonim şirkete kanuni takip
- * Aciz vesikasına bağlanmamış borç
- * İdari işlemle yurt dışına çıkış yasağı
- * İdari işlemin iptalinde görev (TC Anayasası m. 2, 5, 23; 7129 sayılı Bankalar K.'na 5020 ve 4389 sayılı K.'larla eklenen Ek 5 ve 15/3; AİHS 4 no'lu ek protokol m. 2/2, 3)

Davacılar vekili, müvekkillerinden E. İ.'nin %20 hissedarı, diğer müvekkilinin %5 hissedarı olarak yönetim kurulu üyesi olduğu S. Denizcilik San, ve Tic. A. Ş. nin kanuni takibe uğradığını, ancak henüz aciz vesikasına bağlanmamış borcundan dolayı Bankalar Kanunu'na 5020 ve 4389 sayılı Kanunlarla eklenen Ek 5 ve 15/3. madde hükümleri uyarınca müvekkillerinin yurt dışına çıkışına tahdit getirildiğini, kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 nolu

ek protokolün 2/2 ve 3. fıkrası hükümlerine ve TC Anayasası'nın 2, 5 ve 23. maddelerine aykırı olduğunu, Anonim şirkete yapılan takibin semeresiz olarak sonuçlanmadığını, Anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olduğundan ortakların kişisel olarak takibinin mümkün olmadığını, bankanın müvekkillerinin ortağı olduğu şirket hakkında yaptığı takibe itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasının davalı banka lehine sonuçlandığını ve temyiz aşamasında olduğunu, başka deyişle, şirket alayhine takibin sonuçlanmadığını, ileri sürerek, müvekkillerine konan yurt dışı çıkış yasağının kaldırılarak, çekişmenin giderilmesine, Bankalar Kanunu'nun Ek 5 ve 15/3. maddesindeki düzenlemenin TC Anayasası'nın 2, 5 ve 23. maddelerine aykırı olduğundan konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, Bankalar Kanunu hükümleri uyarınca, müvekkili tarafından Ankara Emniyet Müdürlüğü'nden yurt dışına çıkış yasağı konulmasının talep edildiğini ve idari işlem sonucu davacılar hakkında yurt dışı çıkış yasağı konulduğunu, bu nedenle idari yargıda işlemin iptali için dava açmaları gerektiğini, mahkemenin görevsiz olduğunu, iptal davasında da husumetin İç İşleri Bakanlığına yöneltilmesi gerektiğini, 5020 sayılı kanunla bankalar kanununa getirilen Ek 5. maddeden müvekkili bankanın da yararlandığını, S. Denizcilik A. Ş. nin borcu nedeniyle müşterek ve müteselsil kefil ve ortak olan S. İ. ile şirketin hakim ortağı E. İ. hakkında yurt dışına çıkış yasağının talep edildiğini, yasağın TC Anayasası'na aykırı olmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir,

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamından, Ankara Emniyet Müdürlüğü tarafından idari olan işlemlerle yurt dışına çıkış yasağının konulduğu, idari işlemin iptali sonucunu doğuracak bir davanın adli yargı mercilerinde görülmesinin mümkün olmadığı, uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu, somut norm denetimi suretiyle anayasaya aykırılık savının görevli mahkemede değerlendirileceği gerekçesiyle, mahkemenin görevsizliğine, davacıların idare yargıda dava açmakla muhtariyetlerine, karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, 5020 sayılı Kanun'la 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na getirilen Ek 5. maddesi ve aynı Kanun'un 15/3 fıkrası uyarınca davacılar hakkında uygulanan yun dışına çıkış yasağının kaldırılması ve anılan yasal düzenlemelerin TC Anayasası'nın 2, 5 ve 23. maddelerine aykırı olması nedeniyle konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi işlemine ilişkindir.

Davacılar hakkında yun dışına çıkış tahdit fişi, davalı bankanın Ankara Emniyet Müdürlüğü'ne hitaben yazdığı 13.07.2004 tarihli yazı üzerine konulmuştur Emniyet Müdürlüğü bankanın yazısının gereğini yerine gelinmiştir. Dolayısıyla, dava konusu muarazayı banka yaratmıştır. Davalı banka özel hukuk tüzel kişisi olduğundan ve Bankalar Kanunu'nun verdiği yetkiyi kullanması nedeniyle dava konusu uyuşmazlığın çözümünde adli yargı görevlidir. Ancak, yargılama sırasında bankanın 13,09.2004 tarihli yazısı üzerine davacılar hakkındaki yurt dışına çıkış yasağı kaldırılmış olduğu ve bu hususun son celsede

taraf vekillerince de doğrulandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece, davanın konusu kalmadığından, konusuz kalan davanın reddine karar vermek gerekirken, idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 24.01.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi
T. 22.06.2004
E. 2003/11272
K. 2004/7542

*** Menfi tespit**
*** Teminat senedi**
*** Bono**
 (6792 sayılı TTK m.599)

Davacı vekili, müvekkilinin davalı B. C.'den 26.5.1998 tarihinde protokol imzalayarak taşınmaz aldığını, protokole göre müvekkilinin taşınmazda yapacağı binadan bir dükkanı davalıya vermeyi taahhüt ettiğini, ancak sit alanı içinde kaldığından inşaata başlayamadığını, yükümlülüğüne karşılık davalı Bayram Cilasun'a ödeme tarihi boş olan senet tanzim ederek verdiğini, davalının teminat senedini diğer davalı M. P. A'ya ciro etmesi ile bu davalının icra takibine başladığını ileri sürerek, senetten dolayı borçlu olmadığına tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M. P. A. vekili, keşideci ile lehdar arasındaki ilişkinin müvekkilini bağlamayacağını iddia ederek, davanın reddi gerektiğini savunmuş, diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, senedin teminat senedi olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, senetten dolayı davacının borçlu olmadığına tespitine karar verilmiş, hüküm davalı M. P. A. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı hamil M. P. A.'nın dava konusu bononun teminat senedi olduğunu bilerek aldığı gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de, bu kabul şekline hangi delillere dayanılarak varıldığı kararda açıklanmamıştır. TTK'nın 599. maddesine göre, bonodan dolayı kendisine başvuru kimse keşideci veya cirantalardan biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Bunun istisnası hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olması halidir.

Bu durumda davalı M. P. A.'nın kötü niyetli hamil olduğunu kanıtlamaya yarar delillerin neler olduğu belirlenip tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı M. P. A. yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 22.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 22.06.2004

E. 2003/11182

K. 2004/7541

*** Menfi tespit**

*** Kira sözleşmesi**

*** İvaza aykırılık**

*** Kiralananın amaca elverişli**

durumda olmaması

(818 sayılı BK m.249)

Davacı vekili, müvekkili şirketin davalı şirkete ait T. Otel ve Müstemilatını 23.3.2001 tarihli kira sözleşmesi ile kiraladığını, iki yıllık kira ücreti 20.000.000.000 TL olup, otelin 5 katlı kullanıma hazır ve faal olarak verildiğini, ancak otelin üst katının imara aykırılığı nedeniyle belediye tarafından yıkırıldığını ve eski hale getirmek için 30.408.000.000 TL'lik harcama yapılması gerektiğini buna rağmen davalının iki yıllık kira alacağı için icra takibine geçtiğini belirterek kira alacağına mahsuben zararlarını karşılayacaklarından kira borçlarının bulunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 2001 ve 2002 yılı kira bedellerinin ayrı ayrı 20.000.000.000 TL olduğunu otelin bir katının yıkılmasından dolayı mahsup yapılamayacağını ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne, davacının 1.733.336.000 TL borçlu olmadığını tespiti ile bu miktarın davacıya ödenmesine ve inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacı BK'nın 249. maddesinden hareketle davalının istediği kiradan indirimle borçsuzluğuna karar verilmesini istemesine karşılık davalı meydana gelecek zararı davacının baştan bildiğini ileri sürmüştür. Alınan madde buyruğu gereğince kiralananın amaca elverişli durumda olmaması bakımından kiracının baştan belirlenen kira parasının indirilmesini isteme olanağı vardır. Somut olayda zarar üst katın yıkılmasından kaynaklanmıştır. Davalı kiralamadan önce Belediye Encümeninin bu yolda bir kararı bulunduğunu ve davacının da bunu bilerek kira parasının belirlendiğini savunduğuna göre bu savunma üzerinde durulup madde yorumunun ona göre yapılması gerekirken eksik inceleme ile istek doğrultusunda karar verilmiş olması yanlıştır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle davalı yararına bozulmasına, bozma biçimine göre davacının tüm ve davalının diğer temyiz itirazlarının şimdiden incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 22.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 30.06.2004

E. 2004/6525

K. 2004/7832

*** Menfi tespit**

*** Boş çek keşide etmek**

Davacı vekili, müvekkili kooperatifin davalıdan bina yapımında kullanılmak üzere demir satın aldığını, teminat olarak sadece hamiline ibaresi yazılı boş bir çek keşide ederek verdiğini, alınan demirlerin bedeli ödendiği halde davalının ödemelerdeki gecikmeyi bahane ederek boş çeki 14.000.000.000 TL olarak doldurmak suretiyle müvekkili aleyhine icra takibi başlattığını belirterek müvekkilinin takibe konu çekten dolayı davalıya borçlu bulunmadığının tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili duruşmadaki beyanında taraflar arasında yapılan sözleşme gereği davacının mal satın aldığını karşılığında çek keşide ederek verdiğim, ancak almış oldukları demir ve çimento bedellerini ödememeleri nedeniyle takibe konu yapılan çek tutarı kadar borçlu olduklarını bildirerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece taraflar arasında demir alım-satımı yapıldığının sabit olduğu, icra dosyasındaki ödemelerin toplam 8.049.836.206 TL bulunduğu ve davalının asıl alacağına ise 14.000.000.000 TL tutarında olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davacının takibe konu çek nedeniyle davalıya 8.049.836.206 TL borçlu olmadığına tesbitine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Takip konusu çekin taraflar arasında inşaat malzemesi alım satımı nedeniyle boş olarak davalıya verildiği, çekin daha sonra davalı tarafından doldurularak işleme konulduğu hususları taraflar arasında tartışmasızdır.

Davacı yan alınan inşaat malzemesi bedelinin ödendiğini iddia ederken davalı taraf satılan demir ve çimento bedellerinin ödenmemesi üzerine çekin doldurulduğunu savunmuştur.

Bu durumda davacı taraf alınan mal bedelinin ödendiğini iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Mahkemece tarafların tacir olduğu gözetilerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınıp dosya içerisine ibraz edilen protokolün tarihi ve içeriği de değerlendirilerek bir karar

verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalılar yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 30.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 21.04.2004

E. 2004/1093

K. 2004/4016

* Hizmet akdi

* Sigortalının Kurum'a bildirilmeyen hizmetinin tespiti

* Kamu düzeni

(506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 2, 9, 10, 79/8-10)

Davacı, 1978'den dava tarihine kadar davalıya ait iş yerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespitini istemiştir.

İstek, tanık beyanı ve bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm altına alınmış ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Gerçekten; bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Daire'mizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/8. maddesi olan bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren tarafından verilir vermediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli, daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusu, niteliği başlangıç ve bitiş tarihleri hususlarında tanık sözleri değerlendirilmeli ve dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde çalışan işyerinde kayıtlı bordro tanıkları ya da komşu ve yakın işyerlerinde çalışan kayıtlı tanıklar olması sağlanarak çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir.

Somut olayda ise yukarıda açıklanan şekilde bir inceleme yapılmadığı ortada olup hükme esas alınan bilirkişi raporu dahi yeterli değildir.

Mahkemece yapılacak iş; yukarıda açıklanan şekilde davanın niteliğine uygun olarak inceleme yapılmakla birlikte, özellikle davacının 01.05.1978 tarihli bildirme ile F.'ye ait işyerinde çalışmaya başladığı yine 01.01.1982-15.06.1992 tarihli işe giriş bildirgelerinin davalı işveren şirketten başka işyerlerinden verilmiş olduğu, davalı işyerinden verilen bildirgenin ise 25.07.1996 tarihli olduğu ortadadır. Bu durumda iddia edildiği gibi çalışılan yer aynı işyeri ise önceki işverenlerin ya da mirasçılarının yönteminde davaya dahil edilerek, taraf teşkilinin sağlanması gerektiği açıktır. Usule ilişkin bu sorun giderildikten sonra, işyeri ve işverene ait çalışma dönemini kapsayan, davacı ile ilgili tüm işyeri kayıt ve belgeleri varsa ücret bordroları ile birlikte istenmeli davacıya ait Sosyal Sigortalar Kurumu'nda bulunan şahsi sicil dosyası ile işyerinin kurumda bulunan işyeri sicil dosyaları eklenmeli ve çalışma dönemini kapsayacak şekilde işyerinden Sosyal Sigortalar Kurumu'na bildirilen dönem bordroları da dosyaya eklenmelidir. Gelen belgelerin ve davacı adına yapılan bildirimlerin tespiti ile işyerinden verilen bildirimler dikkate alınarak çalışmanın kesintili bir çalışma olduğunun tespiti halinde ise 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi içeriğine göre hak düşürücü sürenin bulunup bulunmadığı da tespit edilmelidir. Eklenen belgeler ve yapılacak değerlendirmelerden sonra yukarıda belirtildiği üzere işyerinde kayıtlı bordro tanıkları ayrıntılı bir şekilde dinlenmeli tespiti istenilen dönemlere ilişkin işyeri kayıtlı tanıklarının tespit edilememesi halinde ise komşu ve yakın işyerlerinde aynı dönemlerde çalışan kayıtlı tanıklar dinlenmelidir. Davanın niteliği dikkate alınarak gerektiğinde resen yapılacak araştırma ve incelemeler ile çalışmanın niteliği ve süre saptanmalı gerektiğinde de iş ve sosyal güvenlik hukuku konusunda, uzman bir bilirkişiden, varsa çalışma dönemleri ve bildirimsiz sürelerle ait çalışma ücreti ve dönemlerini gösterir, yönteminde rapor da alınarak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.

Söz konusu fiili hukuki gerçekler ve özellikle 506 sayılı Yasa'nın madde 79/8, 2-9-10 hükümleri dikkate alınmadan eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan teniyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 13.05.2004

E. 2004/3980

K. 2004/4846

* İş kazası

* % 0 iş göremezlik

* Cismani zarar

* Sigortalının anne ve babasının
manevi tazminat istemi(1086 sayılı HUMK m. 459; 818
sayılı BK m. 46, 47)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalılardan B. San. A. Ş. ile B. Y.'nin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Her ne kadar hüküm fıkrasında maddi tazminat miktarının 4.252.500 TL olarak yazılması gerekirken, maddi hata sonucu 4.552.500 TL olarak yazılmış olması HUMK'un 459. maddesi gereğince her zaman düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, bozma nedeni sayılmamıştır.

3. Dava, iş kazası sonucu zarara uğrayan sigortalı ile anne ve babasının tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, oğlunun geçirdiği iş kazası sonucu % 0 iş göremez duruma gelmesi nedeniyle anne ve babanın manevi tazminat talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak, cismani zarar kavramına (BK m. 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğün de korunduğu öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse, bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin, eyleme uğrayan yakın kişi % 100 iş göremez duruma gelmişse) onların manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.1995 gün ve E. 1995/11-122, K. 1995/430 ile 23.09.1987 gün ve E. 1987/9-183, K. 1987/655 sayılı kararları da aynı esaslara dayanmaktadır.

Somut olayda, 28.05.1997 tarihinde 17 yaşında olan sigortalı D. K.'nin geçirdiği iş kazası sonucu 45 gün iş ve gücünden kalır şekilde ve % 0 oranında iş göremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre sigortalı ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca, davacı anne ve babanın ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular nedeniyle olayda uygun illiyet ve hukuka aykırılık bağı koşulları oluşmadığından davacı anne ve babanın manevi tazminat isteminin reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davalı B. San. A. Ş. ile davalı B. Y.'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 15.06.2004

E. 2004/3434

K. 2004/5920

* Yurda kesin dönüş

* 3201 sayılı Kanun'a göre yurt dışı hizmet borçlanması

* Kurum işleminin iptali

* Olumsuz dava koşulu olarak "kesin hüküm"

* Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı

(3201 sayılı K. m. 3/1; 1086 sayılı HUMK m. 237)

Uyuşmazlık 3201 sayılı Yasa'ya göre yapılan borçlanma işlemi iptal eden Kurum işleminin iptali ile borçlanma işleminin geçerli olduğunun ve kesin dönüş tarihi itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine ilişkindir.

Davacının uzun yıllar Almanya'da işçi olarak çalıştıktan sonra yurt dışında 14.07.1972-18.08.1995 tarihleri arasında geçen hizmetlerine ilişkin, yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı kuruma 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanmış, prim borçlarını ödedikten sonra yaptığı başvuru üzerine kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak daha sonra Almanya Sosyal Güvenlik Kuruluşu'ndan getirilen hizmet cetveline göre davacının 15.10.1995 tarihine kadar yurt dışında çalıştığı ve 26.12.1995 tarihine kadar da işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından, yurda kesin dönüş yapmadığı kabul edilerek borçlanması ve yaşlılık aylığı iptal edilmiştir. Bunun üzerine davacı, Ankara 1. İş Mahkemesi'nin 1997/957 Esas ve 1997/2062 Karar sayılı dosyasında Sosyal Sigortalar Kurumu'nu hasım göstererek, Kurum'un borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden işleminin iptali, borçlanmanın geçerli olduğunun tespiti ve kesilen aylıkların ödenmesi istemli dava açmıştır. Mahkemece yargılama neticesinde davanın kabulüne ilişkin karar Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nce kesin dönüş şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle 24.11.1997 tarihinde bozulmuş, bozma ilamına uyularak verilen davanın reddine dair karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Daha sonra davacı, Ankara 5. İş Mahkemesi'ne 21.06.2000 tarihinde 200/794 Esas sayılı dosya ile yeniden, Sosyal Sigortalar Kurumu'nu hasım göstererek, Kurum'un

borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden işleminin iptali, borçlanmanın geçerli olduğunun tespiti istemli dava açmıştır. Bu dava kesin hüküm nedeniyle reddedilmiş, Daire'mizin 14.05.2001 tarihli ve 2001/3576 Esas ve 2001/3713 Karar sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

Davacı kesinleşen bu karardan sonra bu defa Ankara 4. İş Mahkemesi'nde 2001/939 Esas sayılı dosyasında dava açarak yeniden 3201 sayılı Yasa çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "(...) yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş (...)" sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptaline ilişkin 12.12.2002 tarihli kararı uyarınca borçlanmayı iptal eden Kurum işleminin iptalini ve borçlanmanın geçerli olduğunun ve kesin dönüş tarihi itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespitini istemiş, mahkemece hükümde belirtildiği şekilde istemin kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, uyumsuzluk konusunda daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı vardır. Dava konusu uyumsuzluğun daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için HUMK'un 237. maddesi uyarınca birinci ve ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve taraflarının aynı olması gerekir.

Ankara 5. İş Mahkemesi'nin ve Ankara 1. İş Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen dosyaları kapsamında, aynı davacı tarafından aynı davalı Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine, aynı maddi vakıalara dayanarak ve aynı isteklerle daha önce açılan davanın reddine ilişkin kararlar kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddi vakıaları önceki davalar ile aynı olup, kesin hükmün oluştuğu ortadadır.

Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir. Yeni bir niza söz konusu olmayıp, retle sonuçlanan 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesine dayalı ilk dava ile bu davanın vakıaları, diğer bir deyişle sebepleri aynıdır. Davacı her üç davada da yurt dışı borçlanmasının geçerli olmasını istemektedir. Birinci davada yurt dışı borçlanmasının geçerli olmadığı saptanmıştır. Borçlanmanın geçerli olmadığı yolundaki bu hüküm davacı yönünden bağlayıcıdır. Artık borçlanmanın geçerli olduğu yönünde yeni bir dava açamaz. İşbu davanın dinlenebilmesi için, bu vakıaların önceki davalardaki vakılardan farklı olması gerekir. Son açılan davanın dayandığı vakıalar aynı, sadece dayandığı delil farklı ise (davacı Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanmaktadır) dava sebebi aynı olduğundan, bu davanın dinlenebilme olanağı yine yoktur.

Benzer bir olay nedeniyle YHGK'nın 05.02.2003 gün ve 2003/21-30-57 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, kesin hükme karşı açılan ve tarafları, dava konusu, dava sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenebilmesine olanak olmadığı gibi, davanın görülmesinden sonra Anayasa

Mahkemesince verilen 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesindeki yurda kesin dönüş koşulunun iptalini öngören kararın bu davaya etkisi yoktur. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. İleriye etkili olur. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sonrasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçlan ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir.

Bu nedenlerle mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

Davacının istemini kısmen kabul, kısmen reddeden mahkemenin 11.02.2004 tarihli kararı Daire'ce usul ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuş ise de aşağıda anlatılan nedenlerden ötürü tarafımca yerinde bulunmadığından ötürü çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

Davacı yurtdışında geçen hizmetlerinin bir bölümünü 3201 sayılı Yasa'ya göre kuruma borçlanarak tahakkuk ettirilen prim borcunu da ödediğinden ötürü kendisine 01.01.1996 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlamış ise de davacının 15.10.1995 tarihine kadar yurt dışında çalıştığı ve 26.12.1995 tarihine kadar da işsizlik yardımı aldığı ve yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçe gösterilerek yurtdışı borçlanması işlemi ve neticeden bağlanan yaşlılık aylığı tahsis işlemi iptal edildiğinden yerinde olmayan kurum işleminin iptal edilerek borçlanma işleminin geçerli olduğunun tespitine ve yeniden kesilen aylığının bağlanmasına ilişkin eldeki davayı açmış bulunmaktadır. Yapılan yargılama neticesinde tüm deliller dosyaya getirildikten sonra mahkemece istemin kısmen kabulüne davacının 3201 sayılı Yasa'ya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun tespiti ile aksi yöndeki kurum işleminin iptaline aylıklarının 01.07.2001 tarihinden itibaren başlatılmasına dair hüküm kurulmuştur. Bu hüküm Yüksek 21. Hukuk Dairesi üye çoğunluğunca yerinde bulunmayarak davacının daha önce aynı istemli olarak Ankara 1. İş Mahkemesi'ne tespit ve iptal davası açtığı 1997/1853 Esas ve 1998/66 Karar sayılı ilamı ile bu davadaki isteminin reddine karar verilip temyiz edilmeksizin kesinleştiği; yine tarafı ve istemi aynı olan 21.06.2000 tarihinde dava açılmış ise de bu kere doğrudan I devre söz konusu edilip kesin hüküm nedeni ile reddedilmiş ve 21. Hukuk Dairesi'nce 14.05.2001 tarihinde onandığından aynı taraflarca aynı istemle dava söz konusu olup HUMK 237. maddesi gereğince kesin hükmün varlığından söz edilerek eldeki davanın reddedilmesi gerekirken kabulünün yerinde bulunmadığından bahisle bozulmasına karar verilmesi gerektiği yolunda hüküm kurulmuştur. Dava dosyası ekinde davacının bozma kararında belirtildiği gibi işbu davadan önce tarafları,

konusu ve dava sebebi aynı olan davacının yurtdışı borçlanması geçireliliği ve yaşlılık aylığını iptal eden kurum işleminin iptaline dair iki dava açtığı ve retle sonuçlandırıldığı görülmekte ise de eldeki dava ile tarafları ve istemin aynı olması dışında benzerlik taşımamaktadır. Diğer bir anlatımla kesin hükmün varlığını teşkil eden iki unsur (taraf ve konusu) aynı olmakla birlikte üçüncü unsur olan dava sebebi artık birinci dava ile aynılık arz etmemektedir. Şöyle ki; önceki davaların açılıp sonuçlandırıldığı tarihte yürürlükte olan yasa 08.05.1985 tarihinde kabul edilip 22.05.1985 de yayınlanarak yürürlüğe giren 3201 sayılı Yasa'dır. Bu Yasa gereğince açılıp sonuçlandırılan tespit ve iptal davalarının ret ile sonuçlandırılıp kesinleşmiş bulunması son derece isabetlidir. Çünkü borçlanma koşullarını belirleyen 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde sigortalıların borçlanma yapabilmesi için yurtdışından kesin dönüş yapmaları gerektiği zorunlu bulunmakta olduğundan ve davacının da işsizlik sigortası alması nedeniyle yurtdışından henüz kesin dönüş yapmadan borçlanma yapmış bulunduğunun kabulü o tarihte yürürlükteki yasa ve yüksek mahkeme içtihatlarına uygun düşmekteydi. Ancak 3201 sayılı Yasa'nın 3. ve 6. maddelerinde konu edilen yurda kesin dönüş yapma olgusu uygulamada yurtdışında çalışan vatandaşlarımıza borçlanma yapmaları için zorlaştırmalar getirdiği ve yurtiçi çalışanlarının çalışma olgusu ve yaşlılık aylığı bağlatma koşulları arasında eşitsizlik yarattığından Anayasa'nın 10, 49, 60 ve 62. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle bir Ankara İş Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz davası açılmış olup bu mahkemece yapılan somut dava incelemesi neticesinde 12.12.2002 tarihli açıklanan kararla 3201 sayılı Yasa'nın kesin dönüşü konu eden 3 ve 6. maddelerindeki kesin dönüş ibaresinin iptal edildiği tefhim edilmiştir ve 25.04.2003 tarihinde de *Resmî Gazete'* de yayınlanarak eski yasa yürürlükten kaldırılıp iptal edilen şekli ile 3201 sayılı Yasa yürürlükte uygulanmaya devam edilmiştir. Bunun anlamı doğal olarak yurtdışında çalışan işçiler artık yurda kesin dönüş yapmaya gerek kalmaksızın çalışma sürelerini bir gün karşılığı iki dolardan olmak üzere borçlanabilme hakkını elde etmiş bulunmaktadırlar.

Ancak aylık bağlanması ise yurtdışından kesin dönüş yapılması gerekliliğini korumuş bulunmaktadır. Davacı 3201 sayılı Yasa'da aranan kesin dönüş olgusunun iptal edilmesinden sonraki döneme rastlayan tarihte eldeki davayı açmış olduğundan artık bu dava için yürürlükteki 3201 sayılı Yasa'nın 3. ve 6. maddesindeki kesin dönüş koşulu aranmayacaktır. Davacının istemi yine birinci davadaki gibi borçlanmanın geçireliliği ve iptal edilen yaşlılık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi ise de bu isteme uygulanacak yasa maddesi artık birinci dava ile aynı yasa maddesi değildir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yeni bir şekil almıştır. Benzer tüm davalarda uygulanması zorunludur. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi yargılamasının bir gereğidir. Oysa ki, kesin hükmün varlığını belirleyen davanın sebebi artık değişmiştir. Gerek doktrinde gerekse yargısal uygulamalarda bu konuda yazılmış çok fazla doküman bulunmamakta ise de davanın sebebinden anlaşılan hukuki ve maddi sebeptir. Hukuki sebep,

açılmış bulunan davaya dava tarihinde yürürlükte bulunan yasa maddelerinin uygulanmasının gerektiği kuralıdır. Maddi sebep ise, davanın açılmasına neden olan muarazalar ve nizalardır. Eldeki davada davanın maddi sebepleri aynı ise de hukuki sebebi artık farklı olduğu için kesin hükmün varlığını belirlenmesini teşkil eden unsurlardan birisi hukuken kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de birinci dava ile eldeki dava aynı şartları ve sebepleri taşımayacağından kesin hükmün varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu anlatılanlar iç hukuktaki HUMK 237. maddesinde anlatılan ve mahkemece resen göz önüne alınması gereken dava şartlarının irdelenmesine ilişkin ve onu ortadan kaldıran kişisel görüşümdür.

Dairenin bozma ilamında emsal olarak gösterdiği 05.02.2003 gün ve 2003/21-30-57 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı kapsam olarak aynı özellikte değildir. Özetle bu kararda yerel mahkemenin kesin hükmün varlığından ötürü ikinci kez açılan davayı reddeden mahkeme kararının onanmasına karar verilmiş olup gerekçeli karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2002'de tefhim edilen 3201 sayılı Yasa'nın 3 ve 6. maddelerinde yer alan kesin dönüş ibaresini kaldıran karar daha *Resmi Gazete'* de yayınlanmadığından yüksek dairece bozma şeklinde hüküm kurulmuş bulunduğu eski yasa halen yürürlükten kalkmamış olup ancak iptal kararları resmi gazetede yayımlandıktan sonra eski yasa yürürlükten kalkıp yeni şekli yürürlüğe gireceği için bu kurala uyulmadığından yerinde bulunmamıştır. Ayrıca Anayasa 153. madde gereğince iptal kararları geriye yürümediğinden bu davada yasanın yeni şeklinin uygulamasının yer alamayacağına dair görüş bildirilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yargılamasının bu kuralının bu şekilde ifade edilmesine katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz yolu ile somut dava açan dava mahkemelerinin iptal istemleri yapıp bitirilen Anayasa yargılamasının sonucuna göre iptal veya ret kararı ile sonuçlandırılmadan mevcut yargılama bitirilemez. Eğer dava mahkemesince hüküm kurulmamışsa dava kesinleşinceye kadar yasanın yeni şekli üst mahkemelerde de uygulanmak zorundadır. Çünkü iptal ararları bağlayıcıdır. Ayrıca benzer konulara bakan ilgili ve görevli mahkemeler dahi bu itiraz mahkemesinin başvurusu nedeniyle oluşacak iptal kararlarından etkileneneceği için bu mahkemeler dahi Anayasa Mahkemesi'nin başvuruya ilişkin kararının sonucunu beklemeli ve Erga Omnes = herkese eşit kuralından hareketle tüm yasalar herkes için eşit uygulanmak zorundadır. Aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu kararındaki gibi düşünüldüğünde itiraz yoluyla yasaların iptal isteminin bir gereği ve yararı olmayacaktır. Mahkemeler uygulayamayacakları Anayasa iptal kararlarını beklemelerinin bir anlamı olamazdı. Yerel mahkemelerde ki mevcut uygulamalarda yasal için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğunda çıkacak sonuç beklenmektedir. 1982 Anayasası'nın oluşumu bu zorunluluğu getirmiştir. Bir önceki 1961 Anayasası'nda ise sadece itiraz yoluna başvuran mahkeme için iptal kararı geçerli olmakta diğer mahkemeleri bağlamamakta idi. Diğer yandan kazanılmış haklar geri verilmez ilkesinin uygulamadaki yeri

ancak Anayasa'nın 150. maddesi gereğince soyut norm davalarının maddede belirtilen kişi ve kurumlarca açılması halinde uygulanmakta olup geriye yürümezlik ilkesinin bir neticesi burada yerini bulmaktadır. Ancak Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz yoluyla açılan davalarda ise tam aksi bekleyip sonucundan etkilenilmesi yargılamanın zorunluluğudur. Eldeki dava ile Anayasa'nın 150. maddesindeki iptal davası prosedürü ile hiçbir ilgisi yoktur.

Diğer yandan çalışan kesimin sosyal güvenceden yoksun bırakılmaması ve mevcut koşulların en uygun biçimde çalışanlara tanınarak yaşamın kolaylaştırılması devletin ana temel görevlerinden birisidir. Bu hak diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin katıldığı Avrupa Sosyal Şartı anlaşmalarının da bir gereğidir. Sosyal güvenlik haklarını belirleyen Anayasa'nın 60, 65. maddelerinde anlatıldığı gibi özellikle 62. maddesinde yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bazı Batı Avrupa ülkeleri ile Türkiye Cumhuriyeti hükümetleri arasında sosyal güvenliğe ilişkin ikili sözleşmeler imzalanmış olup yine Anayasa'nın 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğü konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz denilerek uluslararası hukuktaki sözleşmelere yurt içinde yürürlükte bulunan kanunlara oranla üstünlük tanınarak titizlikle mutlak uyulmasının sağlanması düşünülmüştür. Bu nedenlerdir ki sosyal güvenlik haklarından vazgeçilemez bu haklardan kimse yoksun bırakılamaz, miras yoluyla yakınlar geçer. İlgili kişi kadar devlet tarafından da korunması sağlanmalıdır. Bu hakların korunduğu en yüce makamda bağımsız yargıdır. Amaç hayati zorlaştırarak hukuk normları arasında boğmak değil kolaylaştırmak olmalıdır. Dava konusu edilen uyuşmazlıklarda davacının sosyal sigortalar kurumuna yurtdışı borçlanması için yatırmış olduğu borçlanma bedeli halen uhdesinde bulunmaktadır. Bunun karşılığı davacı yaşlılık aylığına kavuşturulmuş ise de iptal edilerek işlem askıya alınmış bulunmaktadır. Demek oluyor ki bu kişilerin yaşamlarını sürdürebilmelerine ilişkin olan gelirlerden mahkum bırakıldığı ortadadır. Bu sosyal gerçek karşısında bazı hukuk normlarının engelleyiciliği bahane edilerek yasalarca dahi sağlanan kolaylıklar ve yeni haklardan kişiyi yoksun bırakmak Türk hukuk sistemindeki adalet anlayışına da uygun düşmeyecektir. Artık engel teşkil eden tüm şartlar uygun hale getirildiği için (Anayasa'nın Yargısı buna olanak sağladığından) davacıya çok önemli bir sosyal hak olan yaşlılık aylığına kavuşturmak gerektiği bu görüşün aksine hüküm içeren çoğunluğun oluşturduğu bozma gerekçesine bu nedenlerle katılamamaktayım yerel mahkemenin kararını isabetli bulduğum için benimsemekteyim.

Yukarıda anlatılan nedenlerle yerinde olan mahkeme kararının onanması gerektiğini düşündüğümden sayın çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

Asuman CELKAN
21. Hukuk Dairesi Üyesi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 24.09.2004
E. 2004/200
K. 2004/294

* **Görevli memura hakaret**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları
m. 27/1)

Şikayetli avukatın, şikayetçiye hakaret ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında şikayetçi tarafından müvekkilinin işyerinde uygulanan haciz talimatındaki borçlunun başkası olduğunu, borç ile müvekkilinin hiçbir ilgisi bulunmadığı sebebiyle icra memuruna usulsüz haciz yapamazsınız dediğini, ancak buna rağmen haciz ve muhafaza yapıldığını, yapılan işlemin hukuki olmadığını belirtmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın haciz mahalline gelerek haciz işlemi uygulayan icra memuruna hitaben "*burada haciz işlemi yapamazsınız, defolun gidin, burada pazarlık yapıyorsunuz*" diyerek hakarete bulunduğu, bu eylemi sebebiyle Mersin 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılandığını, mahkemenin 29.12.2003 gün ve 2002/453 esas, 2003/382 karar sayılı ilamı ile TCK'nın 266/3 maddesine muhalefetten ceza aldığı, ancak olaya şikayetçinin keyfi tutum ve hareketlerinin sebep olması nedeni ile cezanın TCK'nın 272. maddesi gereğince büsbütün ortadan kaldırılmasına karar verildiği ve kararın 19.01.2004 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Kesinleşen ceza mahkemesi kararı ile sabit olan eylem Avukatlık Yasası'nın 34, TBB Meslek Kuralları'nın 27/1 maddesine aykırı bulunduğundan "*disiplin suçu*" oluşturmaktadır.

Bu neden ile Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu olduğuna ilişkin değerlendirilmesi isabetli bulunmakla birlikte, açılan kamu davasında olaya şikayetçinin neden olması sebebiyle şikayetli lehine TCK'nın 272. maddesinin uygulanması karşısında eylem ile tayin edilen ceza arasında adalete uygun bir dengenin sağlanamadığı anlaşılmış ve Avukatlık Yasası'nın

158. maddesi de gözetilerek “kınama” cezasının “uyarma” cezasına çevrilmesi uygun görülmüştür.

Sonuç olarak, Mersin Barosu Disiplin Kurulu’nun “kınama” cezası verilmesine ilişkin kararının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın “uyarma” cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.09.2004
E. 2004/202
K. 2004/295

* Büro adres değişikliğinin
baroya bildirilmemesi
* Dava ve icra takiplerinin
sürüncemede bırakılması
* Zamanaşımı
* Doğruluk ilkesi / meslek etiği
(Av. K. m. 34, 43/1-3, 159/1)

Şikayetlinin değiştirdiği bürosunu barosuna bildirmedeği, mahkemeye ve icra dairelerine verdiği dilekçe ve yanıtlarda da büro adresi yanlış bildirerek bu adrese yapılan tebligatların iadesine neden olduğu ve bu nedenle de dava ve icra takiplerinin sürüncemede kaldığı iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı sebebi ile ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında, kiralayan ile aralarındaki ihtilaf sebebi ile bürosunu 01.08.1999 tarihinde aynı iş hanında başka bir odaya taşıdığını, vergi kaydını değiştirmemek için ihtilafın sona ermesini beklediğini, bu nedenle baroya bildirimde bulunmadığını, disiplin kovuşturmasına konu bu eylem ile yakınma arasında 3 yıldan fazla bir süre bulunması sebebiyle de Avukatlık Kanunu’nun 159/1 maddesi gereğince disiplin kovuşturmasının zamanaşımı sebebiyle ortadan kaldırılması gerektiğini beyan etmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetlinin 2002 yılı içerisinde muhtelif tarihlerde İstanbul Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesi’ne, İstanbul 7. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2002/205 D. İş sayılı dosyasına, İstanbul 7. İcra Tetkik Mercii’nin 2002/1204 esas sayılı dosyasına, İstanbul 11. İcra Müdürlüğü’nün 2002/12823 ve 2002/12824 sayılı dosyalarına verdiği dilekçelerde, büro adresi olarak ... adresini gösterdiği, mahkeme ve icra müdürlüklerince bu adrese gönderilen tebligatların ilgilinin adresten gittiği gerekçesiyle iade edildiği, şikayetlinin şikayetçiye Beyoğlu 28. Noterliği’nden 02.01.2003 gün ve 0005 yevmiye no ile gönderdiği ihtarnamede de büro adresini ... olarak gösterdiği, yine şikayetlinin barosuna kayıtlı adresinin de ... olduğu görülmüştür.

01.08.1999 tarihinde bürosunu değiştiren ve bunu barosuna bildirmeyen şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun 43/3 maddesine aykırı olup halen temadi ettiğinden baro disiplin kurulunca eylem ile yakınma arasında üç yıldan fazla süre geçtiği gerekçesi ile Avukatlık Kanunu'nun 159/1 maddesi gereğince disiplin kovuşturmasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi hukuken isabetli değildir.

Yine, şikayetli takip ettiği dava ve icra takiplerindeki yazışmalarda büro adresini tam ve doğru bildirmeyerek resmi kurumlarca bu adrese yapılan tebligatların iadesine sebebiyet vermiş, dava ve icra takiplerinin sürüncemede kalmasına neden olmuştur.

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun 43/1 maddesine aykırı olduğu gibi, yine aynı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen "doğruluk" ilkesine ve meslek etiğine aykırı olup disiplin suçu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle baro disiplin kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış şikayetli hakkında disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin kovuşturmasının zamanaşımı sebebiyle ortadan kaldırılmasına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.09.2004
E. 2004/207
K. 2004/300

* Davanın müracaata kalması
* Vekaletten çekilme
(Av. K. m. 41)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçi adına açtığı davayı takip etmeyerek müracaata bıraktığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylemin disiplin suçunu oluşturduğu kabul edilerek "uyarma" cezası verilmiştir.

Şikayetli avukat gerek baro başkanlığı, gerek baro disiplin kurulu başkanlığına verdiği savunmalarında, "şikayetçinin vekil ücretini ödemediğini, ücretini talep ettiğinde ise şikayetçinin davaya girmemesini söylediğini, bu nedenle davayı müracaata bıraktığını" savunmuştur.

Şikayetli avukatın, şikayetçinin vekili sıfatı ile davayı açtığı, duruşmaya girilmemesi sebebiyle davanın müracaata kaldığı, hem şikayetlinin savunmalarından, hem de disiplin kurulunun tespitlerinden anlaşılmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 41. maddesi avukatın vekaletten çekilmesini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, vekaletten çekilecek avukatın o işe

ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder. Bu nedenle, takip ettiği davadaki vekaletten çekilen avukat, vekaletten çekildiğini vekil edenine tebliğ ettirecek ve bu tebliğden sonraki on beş gün sonuna kadar vekil eden adına yapılması gereken her türlü işlemi yaparak davayı takip edecektir.

Şikayetli avukat ise Yasa'nın bu hükmüne uymamış, davadan çekildiğini vekil edeni şikayetçiye tebliğ ettirerek, yasal on beş günlük sürede davayı takip etmemiş, şikayetçinin davayı takip etmemesini söylediğini iddia ederek, davayı müracaata bırakmıştır.

Şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturmakla, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Elazığ Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkındaki "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/175
K. 2004/321

* "Avukatlık Bürosu" ibaresi
* Reklam yasağı
* Haksız rekabet
(Av. K. m. 44/A, 55, 136, 158; TBB
Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 5, 6)

Şikayetli hakkında büronun dış cephesine "A. H. Bürosu" unvanlı tabela astığı ve resimli olarak bastırıldığı kartvizitlerde de aynı unvanı kullandığı gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturması sonucu disiplin cezası tayan edilmiştir

Şikayetli kovuşturma esnasında savunma vermemiş olup, itiraz dilekçesi ve kurul huzurunda alınan sözlü beyanında tabelayı kaldırdığını ve kartvizitleri de kullanmadığını beyan ile cezanın kaldırılmasını istemiştir.

Kovuşturmaya konu tabela ve resimli kartvizitte "A. H. Bürosu" ibaresi yer almakta, alt kısımda ise Av. H. Ö. ismi bulunmaktadır.

Kullanıldığı sabit olan tabela ve dosyada örneği bulunan resimli kartvizit Avukatlık Yasası'nın 55. maddesinde düzenlenen reklam yasağına aykırı bulunduğu gibi, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 5 ve 6. maddelerine de açıkça aykırıdır. Ayrıca, Avukatlık Yasası'nın 44/A maddesinde ancak birlikte çalışan avukatların biri ya da bir kaçının ad ve/veya soyadının yanında "Avukatlık Bürosu" ibaresinin kullanılmasının zorunlu olduğu bildirilmiş olup, bu halde ortakların karşılıklı hak ve yükümlülükler, gelir ve giderlerin paylaşılması, büro yönetimi, birlikteliğin sona ermesinin birlikte çalışanlarca belirleneceği ve durumun ilgili baroya bildirilmesi gerektiği belir-

tilmiştir. O halde tek başına çalışan avukatın usulüne uygun olarak prosedürü tamamlamadan "Avukatlık Bürosu" ibaresini kullanmasının, kendisine haksız iş temin etmeye, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açmaya yönelik ve aynı zamanda kamuyu yanıltıcı bir davranış olduğu tartışmasızdır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun kovuşturma konusu eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi isabetli bulunmuştur. Ancak, disiplin kurulları, ceza verirken Avukatlık Yasası'nın "Cezaların Uygulanma Şekli" başlıklı 136. maddesi ile "Ceza Vermenin Amacını" düzenleyen 158. maddesindeki ilkeleri gözeterek değerlendirme yapmaları gerekirken, eylem ile ceza arasında yasanın anılan hükümlerinin öngördüğü ölçülere uygun bir dengenin sağlanamadığı görülmüş ve kararın kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli itirazının kabulü ile, yeniden inceleme ve araştırma-yı gerektirir bir husus bulunmadığından, Bingöl Barosu Disiplin Kurulu'nun "Üç ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararın kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/215
K. 2004/326

* Baroya bildirim yükümlülüğü
* İcra takibi aşamasındaki bilgi
verme yükümlülüğünün sonraki
aşamaları da kapsamı

Şikayetli avukatın, şikayetçi meslektaşı aleyhine açılan bir davayı baroya bilgi vermeden üstlendiği gerekçesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi avukat hakkında daha önce, Zonguldak Barosu Disiplin Kurulu'nun 2001/11 D. İş Esas sayılı dosyası ile "baro başkanlığına bilgi vermeden icra kovuşturması yaptığı" gerekçesiyle disiplin cezası verildiği ve bu cezanın kesinleştiği anlaşılmıştır.

Bu kez kovuşturma konusu yapılan eylem, Gökçebey Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/233 Esas sayılı menfi tespit davası ile ilgili olup, sözü edilen dava önceki disiplin cezasının verilmesini gerektiren icra takibinin devamı niteliğindedir.

Menfi tespit davasının, takip hukuku kapsamında bulunduğu tartışmasız olduğundan, icra takibinin yapıldığı aşamadaki baroya bilgi verme yükümlülüğünün daha sonraki aşamaları da içerdiği ve yeni bir yükümlülüğün doğmadığı tartışmasızdır.

Bu nedenle, aynı eylem için ikinci kez cevap verilmeyeceği yolundaki Baro Disiplin Kurulu kararı isabetli bulunmuş ve onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Zonguldak Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/216
K. 2004/327

* İş sonuna kadar takip
zorunluluğu
* Vekaletten çekilme
* Uyarma
* Ceza tayininde baronun takdir
yetkisi
(Av. K. m. 34, 41, 135/1, 158, 171)

Şikayetli avukatın Avukatlık Kanunu'nun m. 34, 41 ve 171. maddelerine aykırı hareket ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat N. K. 23.01.2001 günlü vekaletle sanık Ö. Y.'nin vekili olmuş ve 21.02.2001 günlü celseye katılmıştır. Şikayetli, vekaleti alıp mahkemesine ibrazla görevi ve sorumluluğu üstlenmiştir. Avukat, aldığı işi sonuna kadar takip etmek zorundadır.

Vekaletten çekilmenin koşulları varsa, vekaletten çekilen avukat, çekilme sebep ve ifadesini müvekkiline usulüne uygun olarak bildirmekle yükümlüdür. Dosyanın incelenmesinde şikayetli avukatın gerek savunmasında bildirdiği, gerekse yasanın düzenlediği vekaletten çekilme koşullarına uygun davranmadığı anlaşılmıştır.

Bu nedenle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiştir.

"Uyarma" cezası, Avukatlık Yasası'nın 135. maddesinin 1. bendine göre en hafif "*disiplin cezası*" olarak kabul edildiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun aynı Yasa'nın 158. maddesinde yer alan ilkelere göre takdir yetkisini kullanarak "*uyar-ma*" cezası tayin etmesinde de hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, C. Savcısı'nın ve şikayetli avukatın itirazlarının reddi ile, Denizli Barosu Disiplin Kurulu'nun "*uyarma*" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/219
K. 2004/330

* Nakil
* Uyarma
* Ceza tayininde baronun takdir yetkisi
(Av. K. m. 68, 69, 135/1)

Şikayetlinin Denizli Barosu'na kayıtlı avukat iken 13.12.1996 tarihinde İstanbul Barosu'na kayıt için yaptığı müracaat kabul edilmediği halde, Pendik'te büro açıp fiilen avukatlık mesleğini icra ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Mesleğini ifa etmeyi düşündüğü yöreyi ve baroyu değiştirmek isteyen avukat, Avukatlık Yasası'nın 68-69. maddelerinde öngörülen koşulları yerine getirmek zorundadır.

13.12.1996 tarihindeki başvuru ile Denizli Barosu'ndan İstanbul Barosu'na nakille levhaya yazılma isteği, aidat borcu ve hakkındaki disiplin kovuşturması ile gerçekleşmeyen şikayetlinin kendisinden beklenen, nakletmeyi düşündüğü yöre de büro açıp mesleki faaliyette bulunmak değil, nakli engelleyen yasal nedenleri ortadan kaldırmaktır.

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 68-69. maddelerini ihlal eder niteliktedir.

Bu nedenle eylem disiplin suçu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiştir.

"Uyarma" cezası, Avukatlık Yasası'nın 135. maddesinin 1. bendine göre en hafif disiplin cezası olarak kabul edildiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun aynı Yasa'nın 158. maddesindeki ilkelere göre takdir yetkisini kullanarak "uyarma" cezası tayin etmesinde de hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, C. Savcılığı'nın itirazının reddiyle, Denizli Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/224
K. 2004/335

* Meslektaş hakkında küçük düşürücü sözler
(TBB Meslek Kuralları m. 27/1)

Şikayetli avukatın bir meslektaşını dosyadan belge çalmakla suçladığı gerekçesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu oluşturan dilekçesinde yer alan sözler açıkça şikayetçiyi hırsızlıkla suçlayan nitelikte görülmesi de, onun

böyle bir davranışta bulunduğu izlenimini yaratabilecek bir üslupla yapıldığı anlaşılmaktadır. Avukat, böyle bir eylemin işlendiği inancında ise yasal yollara başvurmalı, elinde inandırıcı bir kanıt bulunmadığı takdirde de ima yoluyla dahi olsa meslektaşını küçük düşürecek sözleri sarf etmekten kaçınmalıdır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin mahiyetine uygun düşmeyen gerekçelerle yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılarak disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir neden bulunmadığından şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

T. 22.10.2004

E. 2004/234

K. 2004/339

*** Dolandırıcılık**

*** Kesin hüküm**

(Av. K. m. 5/a, 136/1)

Şikayetli avukat hakkında, "bürosuna gelen ve kamu davasının müştekileri olan şahıslardan, eşinin emekli subay olduğu, çevresinin bulunduğu, Tuzla'daki bir askeri fabrikaya işçi olarak alınmalarını sağlayacağını vaat ederek, müştekilerden döviz ve para aldığı, böylece dolandırıcılık suçunu işlediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek, "meslekten çıkarma" cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın eylemi nedeniyle Ankara 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2001/1029 esasında kayıtlı olarak "dolandırıcılık" suçundan dolayı açılan kamu davası 24.09.2003 tarihinde 2003/714 karar sayısı ile hükme bağlanmış, eylem sabit görülerek TCK'nın 503/1, 522 maddelerinin üç kez tatbik edilmesi suretiyle neticeden 3 yıl 6 ay hapis ve 4.578.068.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararın 15.12.2003 tarihinde kesinleşmiş olduğu, karardaki kesinleşme şerhinden anlaşılmaktadır.

Şikayetli avukatın, kamu davasında şikayetçi olan üç müştekiden, Ankara'daki bürosunda müştekilere iş bulma ve işe yerleştirme vaadi ile avukatlık mesleğini dolandırıcılıkta vasıta olarak kullanıp, hile ve desise yolu ile müştekileri hataya düşürüp, müştekilerin zararına ve kendi çıkarına önemli miktarlarda döviz ve Türk parası aldığı, dolandırıcılık suçunu işlediği ve kararın kesinleştiği dosya içindeki yargı kararı ile sabit olmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın "Avukatlığa kabulde engeller" başlıklı 5. maddesinin a bendinde "Taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olmanın avukatlık mesleğine kabul isteminin red olunacağını" hüküm altına almıştır.

Aynı Yasa'nın "Cezaların Uygulanma Şekli" başlıklı 136/1 maddesi de "(...) 5. maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır" hükmünü içermektedir.

Şikayetli avukat Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesinde kabul edildiği gibi "dolandırıcılık" suçundan dolayı kesin hüküm giydiğinden aynı Yasa'nın 136/1 maddesi uyarınca "meslekten çıkarma" cezası tayin etmiş olan baro disiplin kurulunca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında meslekten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/235
K. 2004/340

*** Davaların takipsiz bırakılması**
*** Zamaşıma**
(Av. K. m. 159/1-2)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçinin, başlangıçta murisleri daha sonra mirasçısı olarak şikayetçi ve diğer mirasçılarla ilgili açılan davaları vekil sıfatıyla takip ettiği, ancak davaları takipsiz bırakıp, daha sonra da davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesine sebep olduğu, şikayetçinin hak kaybına uğradığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin kovuşturmasının zamaşıma uğramış olması sebebiyle şikayetli hakkında "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" dair karar verilmiştir.

Dosyadaki belge ve bilgilerden, şikayetli avukatın şikayete konu davaları müracaata bıraktığı ve açılmamış sayılmasına karar verildiği tarih 1985 ile 1988 yıllarıdır.

Şikayetçi ise şikayetli avukatın eylemleri sebebiyle Baro Başkanlığı'na 31.07.2002 tarihinde şikayette bulunmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 159. maddesinin 1. fıkrası "Disiplin cezasını gerektirecek eylemlerin işlenmesinden itibaren üç yıl geçmiş ise kovuşturma yapılamaz." Aynı maddenin 2. fıkrası ise "disiplin cezasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren dört buçuk yıl geçmiş ise disiplin cezası verilmez." hükmünü içermektedir.

Baro Disiplin Kurulu'nun yaptığı soruşturmada, şikayetli hakkında açılmış bir ceza davasının olmadığı saptanmıştır.

Bu sebeple, zamaşıma uzatan bir neden olmadığından, şikayetli avukatın 1985 ve 1988 tarihli eylemlerinden dolayı yukarıda açıklanan 159/1. maddesindeki zamaşıma geçtiği gibi 159/2. maddesindeki zamaşıma da geçmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararının gerekçesinde, şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası'nın 159/1 ve 2. maddeleri uyarınca zamanaşımına uğradığını kabul etmiş ancak kararında "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" dair karar yerine "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar vermiştir.

Disiplin Kurulu'nun eylemin zamanaşımına uğradığı konusundaki değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, ancak "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" şeklinde düzeltilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının düzeltilerek, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.10.2004
E. 2004/236
K. 2004/341

* Haricen icra dosyasına mahsuben yapılan tahsilatın gecikmeksizin icra dosyasına bildirilmesi
* Mesleğin özenle ifa yükümlülüğü
(Av. K. m. 34, 134)

Şikayetli avukatların, şikayetçi aleyhinde başlattıkları icra takibi sırasında alacağa mahsuben yaptıkları tahsilatı icra dosyasına geç bildirdikleri, şikayetçinin alacaklı bankanın şubesine yaptığı bir başka ödemeyi şikayetlilere fakslanmış olmasına rağmen bu ödemeyi icra dosyasına hiç bildirmedikleri iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucu baro disiplin kurulunca eylemleri sabit görülerek her iki şikayetli avukat hakkında "kınamama" cezası tayin edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatların 04.12.2001 tarihinde, şikayetçi aleyhinde icra takibi başlatarak toplam 719.496.269 TL üzerinden şikayetçiye ödeme emri gönderildiği, icra takibinin 20.12.2001 tarihinde kesinleştiği, şikayetçinin mal beyanında bulunmaması sebebiyle 06.02.2002 tarihinde şikayetçi aleyhinde mal beyanında bulunmama suçundan dolayı İTM'ye ceza davası açtıkları, 03.04.2002 tarihinde hacze gidildiği, aynı tarihte şikayetçinin, şikayetli avukatlara haricen 300.000.000.TL'si ödeyerek makbuz aldığı, bu ödemenin şikayetli avukatlarca 24.07.2002 tarihinde icraya bildirildiği, ayrıca şikayetçi tarafından 27.12.2001 tarihinde kredi kartının alındığı alacaklı banka şubesine icra dosyasındaki borcuna mahsuben 463.000.000.TL'si ödemede bulunduğu, bu ödeme makbuzunun ise şikayetli avukatlara 09.04.2002 tarihinde faks yoluyla gönderildiği, ancak bu ödemenin icra dosyasına bildirilmemiş olduğu, şikayetçi aleyhinde İTM'de açılan mal beyanında bulunmama suçu ile ilgili davanın ise 04.06.2002 tarihinde şikayetçinin 10 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmek suretiyle sonuçlandığı anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatlar, 03.04.2002 tarihinde haricen tahsil ettikleri tahsilatı şikayetçinin gerek kendilerine gerek icra dairesine yaptığı ısrarlı başvurulara rağmen 24.07.2002 tarihinde icra dairesine bildirmişler, şikayetçinin 27.12.2001 günü alacaklı banka şubesine ödediği ve şikayetçilere 09.04.2002 tarihinde faks yoluyla bildirilen 463.000.000 TL'lik ödemeyi ise icra dosyasına hiç bildirmeyerek takibe devam etmişlerdir. Avukatların haricen icra dosyalarına mahsuben yaptıkları tahsilatı gecikmeksizin icra dosyasına bildirmeleri mesleğin özenle ifa yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu sebeple şikayetli avukatların eylemleri 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddelerine aykırı olup disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazların reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetli avukat hakkında kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/242
K. 2004/347

* İşten yasaklı olma
* Hukuki danışmanlık
* Avukatlığın amacı
(Av. K. m. 2, 155/1)

Şikayetli avukat hakkında şikayetçi kooperatifteki, bazı zimmet ve yolsuzluk olayları sebebiyle, şikayetli avukatla sözleşme yapılmasına rağmen şikayetlinin kooperatif ile ilgili davaları takip etmediği, işten yasaklı olduğu dönemde hukuki danışmanlık yaptığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/352 Esas, 2003/610 karar sayılı kararında şikayetli avukatın taraf olmadığı, hakkında herhangi bir tahkikatın yürütülmediği anlaşılmıştır.

Ancak Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.10.2002 tarihinde kesinleşen 2001/8 Esas ve 2004/18 karar sayılı ilamının tetkikinde şikayetli avukatın bir yıl süre ile işten yasaklı olduğu devrede önceki danışmanlık görevini sürdürdüğü, 24.04.1999 tarihinde 80 milyon lira, 31.06.1999 tarihinde de yine 80 Milyon lira ücret aldığı anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde "Avukatlığın amacı hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakimler, resmi ve özel kişi ve kurumlar nezdinde sağlamak" şeklinde açıklanmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 155/1. maddesi ise "işten yasaklanmış olanlar bu tarihten itibaren avukatlığa ait yetkileri hiçbir şekilde kullanamazlar" hükmünü getirmiştir.

Şikayetli avukatın yasaklı olduğu dönemde, dosyadaki savunmalarından da anlaşılacağı gibi, her ne kadar adli ve idari mercilerde dava takip etmemiş ise de hukuki danışmanlığını sürdürdüğü ve karşılığında ücret aldığı görülmüştür.

Şikayetli avukatın eylemi, avukatlığın amacının tarif edildiği 2. maddedeki koşullara göre disiplin suçunu oluşturmaktadır. Zira şikayetli avukat yasaklı olmasına rağmen hukuki bilgi ve deneyimlerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis etmiştir.

Bu nedenle eylem Avukatlık Yasası'nın 155/1 maddesine aykırı olup disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nun danışmanlık yapmak ve hukuki yol göstermek gibi işlerin avukat olarak yapılmadığı, hukukçu olarak yapıldığı yolundaki değerlendirmesinde hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına şikayetli avukatın önceden aldığı bir yıl meslekten çıkarma cezasındaki eylem tarihi tekrüre esas teşkil etmediğinden şikayetli avukat S. B. Ç.'nin "kınama cezası ile cezalandırılmasına" oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/243
K. 2004/348

* İş sahibinin ikinci bir avukata vekalet vermesi
* İkinci avukatın ilk avukata bilgi verme yükümlülüğü
(TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukat hakkında TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın, şikayetçinin davacı vekili sıfatı ile takip ettiği dava ile ilgili yerel mahkeme hükmünü duruşmalı olarak temyiz etmesi sonucu Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nde yapılan duruşmaya, şikayetçi avukata bilgi vermeden katıldığı ve dilekçe verdiği anlaşılmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesi hükmüne göre iş sahibi anlaşma yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata vekalet vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermek zorundadır. Bu yükümlülüğe uymamak "disiplin suçu" oluşturur.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/249
K. 2004/350

* Savunma sınırları
* Hakaret
* Beraat kararı

Şikayetli avukat hakkında Cumhuriyet Savcılığı'na verdiği 06.03.2003 tarihli dilekçe ile şikayetçiyi savunma sınırlarını aşarak suçladığı gerekçesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Kovuşturmaya neden olan dilekçede, şikayetçi hakkında "(...) sanığın amacı dolandırmış olduğu Almanların (...)" sözlerine yer verdiği anlaşılmıştır.

Şikayetlinin bu sözlerinden dolayı Antalya 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nde hakaret suçundan açılan kamu davası sonunda "sanığın avukat olarak C. Savcılığı'na verdiği şikayet dilekçesi içerisinde müştekiye yönelik hakaret kastını içeren herhangi bir beyan ve sözü bulunmadığından ve üzerine atılı suçun maddi ve manevi unsurları oluşmadığından" beraatına karar verilmiştir.

Ceza mahkemesince eylem suç olarak kabul edilmediği gibi, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na göre de savunma sınırlarının aşılmadığı anlaşıldığından, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli Av. A. Ç. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.11.2004
E. 2004/260
K. 2004/358

* Baroya bildirim yükümlülüğü
* Avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında baro organlarının görevi
* "Dava" kavramının yorumu
(Av. K. m. 58, 59, 95/1, 97/6;
TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli hakkında, şikayetçinin şahsına yönelik hakaretleri iddiasıyla ceza davası açılması için Adalet Bakanlığı'na yaptığı suç duyurusunu baro-

suna bildirmediği sebebiyle açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli, avukatların bir başka avukata karşı açacağı davaların bildirim yükümlülüğü kapsamında olduğunu, Adalet Bakanlığı'na yapılan suç duyurusunun dava niteliğinde olmadığını, Avukatlık Yasası'nın 58 ve 59. maddelerince öngörülen kovuşturma izni ile ilgili prosedürün idari mahiyette bir işlem olduğunu, maddenin geniş yorumlanarak kıyaslama yolu ile cezai müeyyide tayin edilemeyeceğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Avukat, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca *"bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek"* yükümlülüğündedir.

Avukatlık Yasası'nın 95/1. maddesi ile baro yönetim kurulu, *"Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamakla"* genel, 97/6. madde ile baro başkanı, *"Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya ve dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmakla"* özel olarak görevlendirilmiştir. Maddenin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baronun bilgisi ve öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır.

Görüldüğü üzere bildirim amacının izin veya avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında baro organlarını daha aktif hale getirerek mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmek, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamakla sorumlu kılmasıdır.

Uluslararası uygulamada bu yönde olup, Paris Barosu İç Yönetmeliği'nin 43. maddesinde, *"hiçbir avukat, evvelden baro başkanına haber vermeden yargıç, avukat, savcı veya diğer adalet yardımcısı hakkında, şikayet dilekçesi veremez"*, Vod Kantonu Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde, *"Meslektaşlar arasında ihtilaflar mümkün olduğu kadar dostça çözümlenir. Bu maksatla her iki avukat tecrübeli meslektaşlarının, baro başkanının ve yönetim kurulunun mütalaasını alır"* denilmektedir. Bu da göstermektedir ki, madde ile öngörülen *"taptikten önce"* yapılması gereken bildirimle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin özenle korunması, meslektaşlar arasındaki sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde dostça çözümlenmesi ve meslek itibarının zarar görmemesi amaçlanmıştır.

Bu nedenlerle *"dava"* kavramının dar yorumu sonucunda ceza kovuşturması başlatılması amacıyla yapılan şikayetin dava sayılmaması ve Adalet Bakanlığı soruşturma izni vermediği için ortada takip edilecek bir dava bulunmadığı,

dolayısıyla disiplin cezası tayinine yer olmadığı yolundaki değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulüyle, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına şikayetli avukat A. Ç.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/265
K. 2004/362

* **Hizmet nedeni ile emniyeti suiistimal**
* **Yüz kızartıcı suç**
(Av. K. m. 5/2, 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli hakkında Çanakkale İcra Müdürlüğü'nün 2001/2617 esas sayılı dosyasından dolayı borçludan 22.09.2001 tarihinde haricen tahsil ettiği 465.000.000 TL parayı müvekkiline ödemediği ve bu sebeple hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçu işlediği sebebiyle resen açılan disiplin kovuşturması sonucu disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunma vermemiş, hakkında Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/419 esasında kayıtlı hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal iddiası ile açılan kamu davası sonunda mahkemenin 2003/203 Karar ve 21.04.2003 tarihli kararı ile TCK 510, 522, 523, 59. maddeleri uyarınca 1 ay 20 gün hapis cezasının 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca 237.276.000 TL ağır para cezasına çevrilmek suretiyle mahkumiyetine karar verilmiş ve karar taraflarca temyiz edilmeksizin 20.05.2003 tarihinde kesinleşmiştir.

Baro disiplin kurulunca eylemin Avukatlık Yasası'nın 34. Avukatlık Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırılığı nedeniyle kınama cezası tayin edilmiş ise de; Avukatlık Yasası'nın 5. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da, avukatlığa kabul edilmeyeceklerinin bildirilmiş olması karşısında, baro disiplin kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, kararın kaldırılması ile Avukatlık Yasası'nın 136/1 maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, yerinde görülen İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektirir bir halin bulunmaması nedeniyle şikayetli Av. M. Ö.'nün meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/266
K. 2004/363

* **Vekil/müvekkil ilişkisinin kurulduğuna salt vekaletnamenin delil olmaması**
* **Zamanaşımı**
(Av. K. m. 159/1)

23.02.1995 tarihli dilekçe ile Kartal İş Mahkemesi'nde ikame edildiği iddia edilen işten alacak davasını, 27.02.1995 tarihli vekaletname verilmesine karşın şikayetlinin takip etmediği ve bu suretle şikayetçiyi zarara uğrattığı sebebiyle açılan disiplin kovuşturması sonucu, disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli savunma vermemiş, şikayetçide dava dilekçesi örneği, vekaletname ve şikayetliye ait kartvizit fotokopisinden başka delil ibraz etmemiştir. Yazılı bir ücret sözleşmesi ibraz edilmediği gibi, dava ile ilgili ücret ödendiğine ilişkin belge de sunulmamıştır. Salt vekaletname çıkartılmış olması vekil müvekkil ilişkisinin kurulduğuna delil olamaz.

Bu sebeple baro disiplin kurulunca yapılan disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli ise de; şikayet 04.04.2003 tarihinde yapıldığından Avukatlık Yasası'nın 159/1. maddesi uyarınca disiplin cezasını gerektiren eylemin işlenmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra disiplin kovuşturması yapılamayacağından, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddine, şikayetli Av. M. E. hakkında İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 2003/D.158 esas sayı ile yürütülen disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/267
K. 2004/364

* **Hakime görevi sırasında hakaret**
(Av. K. m. 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 17)

Şikayetli avukat hakkında, duruşma hakimine görevi sırasında hakaret ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmemiş ve şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukatın disiplin cezasına konu eylemi nedeniyle Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/152 esasında "hakime görevi sırasında hakaret etmek" suçundan dolayı yürütülen kamu davasında mahkemece eylem sabit görülmüş ve TCK'nın 268/1 maddesi uyarınca şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verilmiş, Yargıtay incelemesinden geçen karar 13.09.2002 tarihinde kesinleşmiştir.

Şikayetli avukatın, duruşma hakimine “Siz kimsiniz”, “çok meraklı değilim canım, biz bu davaya girmiyoruz, böyle dava görülmez, işkenceci doktoru kollamaya yönelik hareket ediyorsunuz, yazın iyi gerekçe olur” şeklindeki sözleri aynı zamanda Avukatlık Yasası’nın 34, 134. maddeleri ile TBB Meslek Kuralları’nın 17. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu’nun kovuşturma konusu eylemin disiplin suçunu oluşturmadığına ilişkin değerlendirmesi isabetli bulunmamış, olayı mahiyeti ve gelişimi, şikayetli avukatın sicilinde disiplin cezasının bulunmaması da nazara alınmak suretiyle disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle; İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirecek bir halin bulunmaması nedeniyle şikayetli Av. M. N.’nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2004
E. 2004/269
K. 2004/366

*** Bononun borçluya iade edilmemesi**
*** Tekerrür**
(Av. K. m. 136/2)

Şikayetli avukat hakkında, “şikayetçinin borçlu bulunduğu ancak bedelini ödemiş olduğu bononun, şikayetli tarafından, şikayetçiye iade edilmemesi, aksine senedin iadesi için dava açılmasına sebebiyet verilmesi” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukatın sicilindeki uyarma cezası nedeniyle Avukatlık Yasası’nın 136/2 maddesi uyarınca “kınama” cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetçiye ait olan 5.000 Alman Markı bedelli bono borçlu-şikayetçi tarafından tamamen ödenmiştir. Bono bedelinin tamamının ödendiği, bononun bedelsiz kaldığı, şikayetli avukat tarafından da kabul edilmektedir.

Şikayetli avukat, müvekkilinden sözlü talimat aldığı için bedeli ödenmiş olan bonoyu şikayetçiye iade etmediğini savunmuştur.

Bono bedeli tamamen ödenmiş olduğu takdirde, bononun, borçlusuna iade edilmesi yasal bir zorunluluktur. Bedeli tamamen ödenmiş olan bononun, iade edilmemesi yönünden verilen talimat bu sebeple yasaya aykırı olup, geçerli değildir.

Şikayetli avukat, şikayete konu bonoyu, müvekkiline vererek, en azından kendisini taraflar arasındaki husumet ve çatışmanın dışında tutması mümkün iken bunu da yapmamıştır.

Bedeli tamamen ödenmiş olan bir senedi, haklı ve yasal bir gerekçe olmaksızın, şikayetçiye iade etmeyen şikayetlinin eylemi disiplin suçu oluşturmaktadır. Bu nedenle baro disiplin kurulunun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuki değerlendirmesi doğrudur. Ancak Baro Disiplin Kurulu kararında, şikayetlinin disiplin sicilinde uyarma cezası bulunduğundan Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi uyarınca bir üst ceza olan kınama cezasının verildiği belirtilmiştir. Şikayetlinin sicilinde bulunan ve bu dosyamızdaki eylemin işlendiği tarihten sonra kesinleşen uyarma cezası tekerrüre esas teşkil edemeyeceğinden kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, yeniden araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli Av. A. T.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

AĞIR CEZALIK ANILAR

Ömer Dedeoğlu, Ankara 2004

(Dağıtımı Legal Kitabevi tarafından yapılmaktadır.)



Avukat Ömer Dedeoğlu, ağır ceza mahkemelerinde görev yaptığı davalardan ilginç bulduklarını hukukçulara ve konuya ilgi duyanlara yararlı olması amacıyla bu kitapta okuyucularına sunmaktadır.

Geçen sayımızda tanıttığımız meslektaşımız Tahir Abacı'nın "*Adı Senfoni Kalsın*" romanı için söylediğimiz gibi, okunması kolay anlatılması zor bir kitap. Altmışa yakın ağır cezalık dosyanın özeti sayılabilecek kitapta Ömer Dedeoğlu'nun hukuk ve avukatlık hakkındaki görüşlerini de ilgi ile okuyacağınızı sanıyoruz.

TÜRKİYE'NİN CEZAEVİ GERÇEĞİ

Eda Mat., Ankara 2004

BASINDA CEZAEVLERİ VE GERÇEKLER

Eda Mat., Ankara 2005

TÜRKİYE'DE VE DÜNYADA AÇLIK GREVLERİ

Eda Mat., Ankara 2005

Ahmet Taşkın

Dergi'mizin bu sayısında tanıtımını yapacağımız üç kitap bir yazara ait. Halen Adalet Bakanlığı'nda tetkik hakimliği görevinde bulunan yazar Ahmet Taşkın'ın tanıtımını yapacağımız kitaplarından ilk ikisi cezaevleriyle, üçüncüsü açlık grevleriyle ilgili.

"*Türkiye'nin Cezaevi Gerçeği*"nde, öncelikle Türkiye'deki cezaevlerinin yapısı açıklanmış. A, A1, A2, A3, B,C, D, K1, K2, E, M, H, Özel, F Tipi kapalı cezaevleriyle kapalı çocuk cezaevleri, açık cezaevleri, çocuk ıslahevleri ve tutukevlerinin özellikleriyle ilgili bilgiler verilmiş. F Tipi kapalı cezaevleriyle ilgili ayrıntılı bilgiler, ayrı bir başlık altında ayrıca verilmiş. İkinci bölüm cezaevlerinde açlık grevlerinden bahsetmekte. Açlık grevinin tanımı, türleri, tarihçesi, nedenleri ve önleme yolları, boyutları, insan hakları kavramıyla bağlantısı, açlık grevcisine müdahale ve ilgili yasal düzenlemeler etraflıca incelenmiş. Son bölüm ise basında çok fazla yer almış ve çok tartışılmış bir konuya, "*Hayata Dönüş Operasyonu*"na ayrılmış. Bu bölüm içinde öncelikle cezaevi ve infaza ilişkin kavramlar,

infaz sistemlerinin açıklaması yapılmış, Türk ceza infaz kurumları ile Operasyon öncesi ve sonrası cezaevlerinin durumuyla ilgili açıklamalar yapılmış. Kitapta, ceza infaz kurumlarının fotoğrafları da yer almakta.

Yazar, özellikle F Tipi kapalı cezaevleri, açlık grevleri ve Hayata Dönüş Operasyonu'yla ilgili olarak toplumda yanlış bilgi ve kanılar olduğunu ifade ederek, konuyla farklı bir yaklaşım sergilemeyi amaçlamıştır. *"Özellikle F Tipi kapalı cezaevleri konusunda yazılan olumsuz yazıların çoğunda ya hiçbir kaynak gösterilmemiş veya kaynaklar..'bir hükümlü yakınının söylediğine göre' gibi soyut kaynaklara dayandırılmış ya da bulunan kaynaklar çarpıtılarak sunulmuştur. Adeta 'Devleti ve kurumlarını gereksiz eleştirmek, karalamak ve zan altında bırakmak' doğru ve haklı bulunmuştur. ..Maalesef bazı köşe yazıları hakikatin ve adaletin defnedildiği mezarlıklara dönüşmüştür...F Tipi kapalı cezaevlerinde tecrit uygulanmamaktadır... Basında çıkan açlık grevleri ile ilgili haberlerin bir kısmı ise tamamen gerçek dışı ve tek yanlıdır....Güvenlik sorunu çözülememiş bir cezaevinde mahkumların topluma kazandırılması, suçluluk duygusundan arınma bir yana, suçta uzmanlaşma olmakta; terör suçlarında ise sempatizan giren azılı militan çıkmaktadır. Cezaevleri suç işleme duygusundan arınma yeri değil, suçta uzmanlaşma yeri olmaktadır. ..Hayata Dönüş Operasyonu'nun temel amacı, koğuş sisteminin neden olduğu tüm olumsuzluklardan kurtulmak ve insan haklarına uygun bir sisteme geçmektir...Açlık grevlerini sona erdirmek için yapılan büyük bir operasyon olmadığı gibi, F Tipi cezaevleri de bir cezaevinden diğerine sıradan bir geçiş vasıtası değildir..."*

"Basında Cezaevleri ve Gerçekler" ise Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in Önsözü'yle birlikte, yukarıdaki kitabın, özellikle konularla ilgili basında çıkan haberlerle genişletilmiş şeklidir.

*"Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri"*nde, ilk bölümde açlık grevi kavramı ve tarihçesi, ikinci bölümde açlık grevcisine tıbbi müdahalenin insan haklarına uygunluğu, üçüncü bölümde açlık grevcisine tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu incelenmiş. Dördüncü bölümde açlık grevlerinin insani, sağlık, sosyal, dini ve hukuki boyutları ele alınmış. Açlık grevi ve intihar kavramları beşinci bölümde karşılaştırılmış, açlık grevinin ötenaziyle ilişkisi ise altıncı bölümde ele alınmış. Yedinci bölümde, açlık grevleri ve terörizm, sekizinci bölümde açlık grevleri ve sivil itaatsizlik 10 ülkeden örneklerle anlatılmış. Dokuzuncu bölümde açlık grevleri ve hak arama hürriyeti uluslar arası belgeler doğrultusunda incelenmiş. Nihayet onuncu bölüm, açlık grevleri ve baskıya karşı direnme hakkına ayrılmış. Kitabın ekinde ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararları yer almakta.

"... İki yıllık çalışmalarımız sonunda, açlık grevlerinin bazen protesto, bazen eylem veya mücadele olarak uygulandığını, zorla besleme ile zorla tıbbi müdahalenin birbirinden farklı kavramlar olduğunu, intihar ve ötenazi ile benzer yönünün olmadığını, belli koşullarda sivil kimseler tarafından yapıldığında sivil itaatsizlik olabildiğini, hak arama hürriyeti ve baskıya karşı direnme olmayacağını, sadece birkaç ülkede kabul edilen ötenazi dışında ölme hakkı diye bir insan hakkın insan hakları belgelerinde

yer almadığını, hekimlerin görevlerinin insanı öldürmek veya ölümüne göz yummak değil onu yaşatmak ve sağlığına kavuşturmak olduğunu gördük..."

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU İÇİN EL KİTABI

M. Sezgin Tanrıkulu, Seçkin Yay., Ankara 2004

Avukat Sezgin Tanrıkulu, AİHM'ye ilk bireysel başvurusunu yaparken karşılaştığı zorluklardan yola çıkarak hazırladığı kitapta, hem AİHM'nin yapısıyla, hem de başvuru süreci ve yöntemiyle ilgili ayrıntılı bilgiler vermiş. AİHM'nin yapısı, başvuruları inceleme yetkisi ve Sözleşme'de güvence altına alınan haklarla ilgili genel bir bilgiden sonra, birinci bölümde başvuruya hazırlık aşaması, ikinci bölümde başvurunun yapılması anlatılmış. Acil bireysel başvuru, başvuruya ilişkin tedbir kararı, başvuruya öncelikle incelenmesi ve başvuruya ilişkin şikayetin genişletilmesi gibi özel durumlar açıklanmış. Üçüncü bölüm, kabul edilebilirlik yargılamasına, dördüncü bölüm esas hakkındaki yargılamaya ayrılmış. Yazılı aşama, duruşma aşaması, kanıtların değerlendirilmesi aşamaları ayrı ayrı açıklanmış. Kararlar ve yerine getirilmesi de beşinci bölümün konusu. Kitabın ekinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi mevzuatı, Bireysel başvuruyla ilgili formlar ve açıklayıcı not, dilekçe ve yazışma örnekleri, mahkeme ile ilgili (somut) bilgiler ve Mahkeme'nin Türkiye'yle ilgili kararları yer almakta.

Konuyla ilgili büyük bir boşluğu dolduran ve konuyla ilgili bilgileri toplu halde içeren bu kılavuz eseri meslektaşlarımıza önermekteyiz.

HUKUK SOSYOLOJİSİ

Mustafa Tören Yücel, Başkent Klise Matbaacılık, Ankara 2004

Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi* adlı kitabını, 2000-2004 yıllarında Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verdiği "*hukuk sosyolojisi*" dersinde öğrencileriyle yaptığı konuşmalar/sorgulamalarla biçimlendirmiş. Yazar, hukuk ilminin hukuk kurallarının incelenmesi ve açıklanması üzerine odaklanmayla yetinemeyeceği gerçeğinden hareketle, öncelikle pozitif hukuka sosyolojik açıdan bir bakışla egemen kavram, kural ve ilkeleri irdelemiş; genel bilimsel tespitlerden sonra da özellikle Türkiye'ye yönelmiş. "... Akla ve bilime saygılı isek, başka ülke verilerini kendi ülkemiz verileriyle geliştirebiliriz. Göz ardı edemeyeceğimiz gerçek, bir hukuk kuralının pratik anlamının çoğunu kendi sosyal ve kurumsal muhtevasından aldığıdır ..."

Eserin hukuk kavramını açıklamaya ayrılmış ilk kısmında davranış modelleri, hukuk merkezli tez, sosyal kontrol, hakimlik ve sosyal gerçek, hukuksal pozitivizm gibi alt başlıklar mevcut. Yazar, objektif bir bakışla, bu kısımda hukukun sakıncalı konumundan da bahsetmiş: "... Özel bir zaman ve mekan boyutundaki anayasal ve yasal kurullarla saptanan sosyal siyaset veya içtihatlarla hukuk, tutuculuğa yönelik bir eğilim göstermektedir ... Hukukun tutucu eğilimlerine ilişkin

olarak normatif yapıda bir rijitlik türü belirlemektedir. Hukuk kuralları genel, soyut ve üniversal nitelikli olduğundan, bazen deli ceketi niteliğine bürünmekte; belli bir illegal davranışta, aç kalan insanın çalması örneğinde, hafifletici nedenler göz önüne alınmamaktadır...”

Kitabın 2. kısım başlığı “Yargılama”. Bu başlık altında adliyelerin kapasitesi ve etkinlik, e-adalet, üst mahkemeler- istinaf, bilirkişi olgusu, ceza davasında tanık olmak gibi güncel ve ilgi çekici konular ele alınmış.

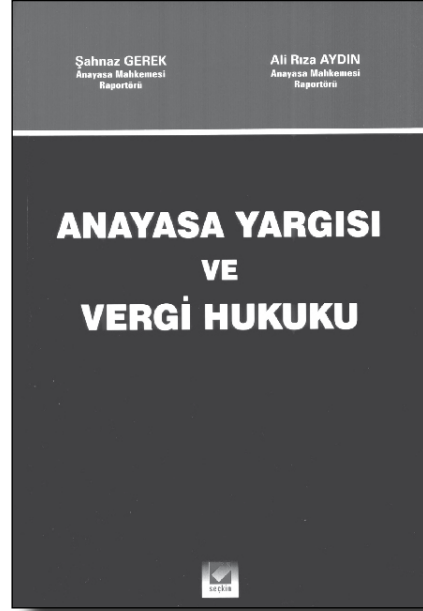
3. kısım normatif düzenlemeye ayrılmış. Hobbes’un söylemi ve yasalarla başlayan bu kısım, hukuk kurallarının formüle edilmesi, ceza hukuku ve siyaseti, hatalı kararlar, ölüm cezası, popülist ceza yaklaşımı, cezaevleri ve sosyal gerçekler gibi yine çarpıcı ve güncel konularla devam ediyor. “... Her suçlunun cezalandırılması gerektiği konusunda ısrar edildiğinde, bazı suçlu kişilerin serbest kalmasına izin vermeye hazırlıklı olduğumuzdakinden daha fazla ölçüde bazı suçsuz kişilerin haksız yere cezalandırılması riski belirecektir...”

“Medya” başlıklı 4. kısımda medyada hukuk sosyolojisi bulguları ile yargılama ve medya ilişkisi, “Adalet ve Güç” başlıklı 5. kısımda ise adaletsizlik duygusunun bireysel, toplumsal boyutu ve aklın rolü ele alınmış. 6. kısım ise bilimsel yaklaşıma ayrılmış. Ampirik hukuk sosyolojisi, hukukun analizi, araştırma yöntemleri gibi konular incelenmiş.

Akademik sınırlamalara sıkışmamış olan, adalet-hukuk kavramlarıyla ilgilenen herkesin ilgiyle ve kolaylıkla okuyabileceği bu eseri de meslektaşlarımıza önermekteyiz.

ANAYASA YARGISI VE VERGİ HUKUKU

Şahnaz Gerek-Ali Rıza Aydın,
Seçkin Yayınevi, Ankara 2005



Anayasa Raportörü olan Gerek ve Aydın, kitaplarında Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu yıldan bu yana, 42 yıllık tüm kararlarını inceleyerek, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Tetkik Hakimliği (GEREK) ve Sayıştay Uzman Denetçiliği (AYDIN) geçmiş deneyimlerinin de katkısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili kararlarının değerlendirmesini yapmışlardır.

Anayasa'nın 73. maddesine göre herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, yükümlü olduğu vergilerin “adaletli” ve “denge” olması gerekmektedir. Ayrıca vergi, resim, harç ve benzeri mali

kitaplar...dergiler...

yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması mümkündür.

Elimizdeki kitapta vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kavramlarının anlam ve kapsamı, muaflik, istisna ve indirimler, kamu giderlerinin karşılanması, mali güç, genişlik ve eşitlik, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, verginin kanuniliği, Bakanlar Kurulu yetkisi, Maliye Bakanlığı yetkisi gibi pek çok konu Anayasa Mahkemesi kararları ışığında inceleniyor.

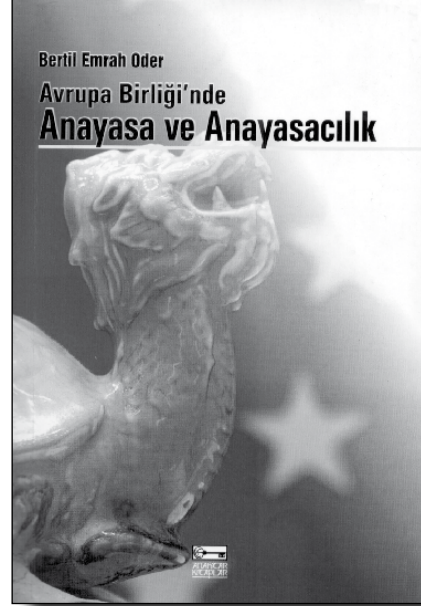
Kitaptan yararlanmada büyük kolaylıklar sağlayan dizinler ile birlikte bu özgün çalışma, yeni çalışmalara öncülük edebileceği gibi yazarların önsözde belirttiği "temel hak ve özgürlüklerle, toplumun ekonomik ve sosyal yapısı ve kalkınmasıyla yakından ilgisi olan vergi ve diğer mali yükümlülüklerle ilgili sistemin ve vergi hukukunun evrensel hukukun üstünlüğü ve güvenliği içinde yerini almasına ve bu çabaya Anayasa ve Anayasa yargısından ışık tutarak bireyin ve toplumun refahının yükselmesine katkıda" amacına hizmet edebilecektir.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ANAYASA VE ANAYASACILIK

Bertil Emrah Oder, Anahtar Kitaplar, İstanbul 2004

Beş bölümden oluşan kitap, anayasanın tarihsel süreç ve düşünsel dönüşümlerle değişen anlamlarından yola çıkarak, kavramın AB hukuk düzenindeki yerini araştırmaktadır. İşlevcilik, federalizm, hükümetlerarası yönelim gibi AB'ye özgü bütünleşme kuramları arasında, "Anayasa-

cılık" olarak nitelendirilebilecek bir kuramın varlığını savunmaktadır. Araştırmanın tamamlanmasında 30 Nisan 2004 tarihi esas alınmıştır. AB Anayasası taslağı ile ilgili sonraki gelişmelere, zorunlu olarak, kitapta yer verilmemiştir.



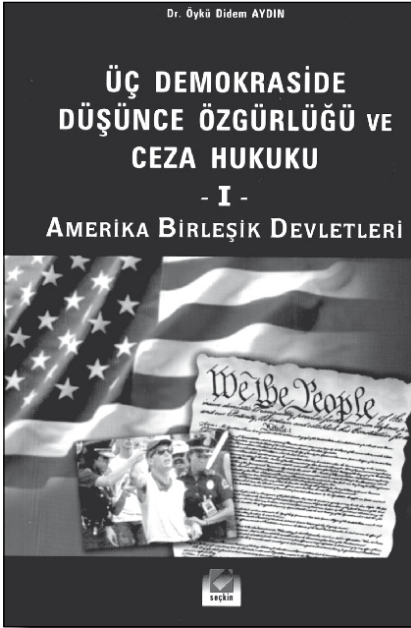
Yazarın önsözde belirttiği gibi "Çalışma AB'nin 'içine' yönelse de, hem anayasa kavramı, hem de AB anayasa sorunları konusunda Türkiye'deki öğretiyi de gözardı etmemiş" tir.

ÜÇ DEMOKRASİDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE CEZA HUKUKU, I - AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Dr. Öykü Didem Aydın, Seçkin Kitabevi, Ankara 2004

Düşünce özgürlüğü konusunda üç cilt olarak tasarlanan dizinin birinci cildinde Amerikan Birleşik

Devletleri'nde düşünce özgürlüğünün koruma rejimi ve sınırlamaları incelenmektedir. İkinci ciltte Almanya özelinde Avrupa ,da düşünce özgürlüğünün koruma ve sınırlanma rejimi incelenecek, üçüncü cilde de Türk Anayasası, Anayasa Mahkememsi kararları ile korunan düşünce özgürlüğü anlayışı konu edilecektir.



TCK. m. 312 ve Yeni TCK m. 216'nın düşünce özgürlüğü bağlamındaki konumuna açıklık getirme amacına yönelik olduğu önsözde belirtilmiş bulunmaktadır.

Kitabın bir dizi temel ölçütlerle birlikte Yeni Türk Ceza Yasası'na giren "açık ve yakın tehlike" ölçütünü Amerikan hukukuna göre ayrıntılı biçimde çözümleyerek Türk ceza hukuku uygulayıcısı için temel kaynak olma iddiası bulunmaktadır.

İCRA VE İFLAS KANUNU ŞERHİ (İİK43-67)

Avukat Talih Uyar, Üçüncü Cilt,
Ankara

Birinci cildinin yayımlandığını 53. sayıda haber verdiğimiz kitabın üçüncü cildi ile sayfa sayısı 5320'ye ulaşmış bulunmaktadır. Üçüncü cilt İİK'nın 43-67. maddeleri ile bu maddelerin uygulamasından doğan Yargıtay kararlarına yer veriyor.

Meslektaşlarımızın icra konusunda yararlandıkları Avukat Talih Uyar'ın kitaplarının genel yapısına sahip bu ciltten sonra 10 cilt kadar daha bekleniyor.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir

YASALAR

RG 17 Aralık 2004/25673

5271 Ceza Muhakemesi Kanunu

RG 24 Aralık 2004/25680

5272 Belediye Kanunu

RG 29 Aralık 2004/25685

5275 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

RG 06 Ocak 2005/25692 (Mükerrer)

5279 2005 Mali Yılı Katma Bütçeli İdareler Bütçe Kanunu

5278 2003 Mali Yılı Kesin Hesap Kanunu

5280 2003 Mali Yılı Katma Bütçeli İdareler Kesin Hesap Kanunu

RG 11 Ocak 2005/25697

5284 Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın 9. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5285 Afyon İlinin Adının Afyonkarahisar Olarak Değiştirilmesi Hakkında Kanun

RG 18 Ocak 2005/25704

5287 Ticari Karayolu Taşıtlarının Geçi İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi'nin Uygun Bulunması Hakkında Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

5288 Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü'nün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 19 Ocak 2005/25705 (Mükerrer)

5283 Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun

RG 28 Ocak 2005/25710

5286 Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 08 Şubat 2005/25721

5289 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerine Bir Derece Verilmesi Hakkında Kanun

5291 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile Lübnan Cumhuriyeti Tarım Bakanlığı Arasında Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Protokolü'nün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5292 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile Küba Cumhuriyeti Tarım Bakanlığı Arasında Karantina ve Bitki Koruma Alanında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5293 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile Küba Cumhuriyeti Tarım Bakanlığı Arasında Veterinerlik Alanında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5294 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile Moğolistan Gıda ve Tarım Bakanlığı Arasında Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Protokolü'nün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5295 Türkiye Cumhuriyeti ve Slovenya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5296 Türkiye Cumhuriyeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5297 Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5298 Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5299 Türkiye Cumhuriyeti ve Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 09 Şubat 2005/25722

2004/8404 At Yarışları Müşterek Bahisler Tüzüğü

YÖNETMELİKLER

RG 16 Aralık 2004/25672

- Dış Protezciliği Dalında Kalfalık Belgesi Sahiplerine Dış Protez Teknisyenliği Meslek Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TÜLOMSAŞ Türkiye Lokomotif ve Motor Sanayii Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü'nün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları İçin Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Endüstri Bölgeleri Yönetmeliği
- Odalar, Borsalar ve Birlik Bütçelerinden Ayrılan Payın Kullanılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 17 Aralık 2004/25673

- Devlet Malzeme Ofisi Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliği
- Gözlükçülük Ruhsatnamesi Verilmesi İçin Gerçekleştirilecek Kurs ve Sınav Yönetmeliği
- İşyeri Kurma İzni ve İşletme Belgesi Alınması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Petrolleri A. O. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 18 Aralık 2004/25674

- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Yüksek Çevre Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Ana Yönetmeliği

RG 19 Aralık 2004/25675

- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi (Hastane) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Aralık 2004/25676

- Cumhuriyet Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği

RG 21 Aralık 2004/25677

- Türk Silahlı Kuvvetleri Astsubay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Subay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi ve Deniz Araçlarının İnşa, Tadilat, Bakım, Onarım ve Söküm İşlemlerinde Gazdan Arındırma Yönetmeliği
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Döner Sermaye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Aralık 2004/25678

- Yedek Subay Aday Adaylarından veya Yedek Subay Adaylarından Erbaş ve Er Çıkarılacaklara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Dalgıçlık Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- PTT Reklam Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği
- BOTAŞ İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Toplumsal Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Aralık 2004/25679

- 2004/8202 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Tip Onayı Yönetmeliği (2002/24/AT)

RG 24 Aralık 2004/25680

- Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Aralık 2004/25682

- Gemilerden Atık Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 27 Aralık 2004/25683

- Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Aralık 2004/25684

2004/8246 Devlet Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Tarafından Yapılacak Piyasa Gözetimi ve Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü (İYTE) Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Aralık 2004/25685

- Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lise Devresi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Aralık 2004/25686

- Milli Eğitim Bakanlığı Yabancı Dil Ağırlıklı Liseler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Sağlığı Önlemlerine Yönelik Ahşap Ambalaj Malzemelerinin İşaretlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2004/25687

- Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği
- Avcı Eğitimi ve Avcılık Belgesi Verilmesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Özel Finans Kurumları Özel Cari ve Katılma Hesapları Güvence Fonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 02 Ocak 2005/25688

- Yapı Malzemeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/106/EEC)
- Fırat Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Ceza Bilimleri Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Ocak 2005/25689

- Niğde Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Müzik ve Bale İlköğretim Okulu Yönetmeliği

RG 04 Ocak 2005/25690

- Yurt Dışına Gönderilecek Danıştay Meslek Mensuplarının Seçimleri ile Diğer Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Ocak 2005/25691

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Dış Ticarete Standardizasyon Denetmenlerinin Sınav, Görev, Yetki, Sorumluluk, Çalışma, Atama ve Yer Değiştirmeleri Usulüne İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (SHY-6A)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Öğrenim Kredisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Ocak 2005/25692

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Kontrolörler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kablolü Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kapalı Devre Radyo ve Televizyon Yayınları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalarca Karşılık Ayrılacak Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 07 Ocak 2005/25693

DÜZELTME (Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 08 Ocak 2005/25694

- Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş. (SEKA) Genel Müdürlüğünün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. Maddesinin (g) Bendi Uyarınca Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kanatlı Hayvan Eti ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Yerli ve Yabancı Avcıların Av Turizmi Kapsamında Avlanmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Oda ve Borsa Şubeleri ile Oda Temsilciliklerinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Yönetmelik
- Kayıt Ücreti ile Yıllık Aidat ve Munzam Aidatın Tespiti ve Ödenmesi Hakkında Yönetmelik
- Ticaret Borsalarına Tabi Maddeler ve Bu Maddelerin Alım veya Satımlarının Tescili Hakkında Yönetmelik
- Ticaret Borsaları ile Ürün İhtisas Borsalarında Alivire ve Vadeli Alım Satım Yönetmeliği
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Çağ Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale On sekiz Mart Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lise Devresi Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Osmangazi Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 11 Ocak 2005/25697

- Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TÜDEMSAŞ Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayi Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü'nün 4734 Sayılı Kanun'un 3/G Maddesi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları İçin Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Tahvil ve Bono Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ocak 2005/25698

- Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görevi Sona Erenlere Tedavi Yardımı Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Valilik ve Kaymakamlık Büroları Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Bağ-Kur İsteğe Bağlı Sigortalılık Yönetmeliği
- Asansör Yönetmeliğinde (95/16/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgelerinde ve Turizm Merkezlerinde İmar Planlarının Hazırlanması ve Onaylanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları Çalışmaları ile Koruma Yüksek Kuruluna Yapılacak İtirazlara Dair Yönetmelik
 - Ziraat Odalarının Giriş Ücreti ve Yıllık Aidatları Hakkında Yönetmelik
 - Abant İzzet Baysal Üniversitesi Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliği
 - İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Orta Öğretim Alan Öğretmenliği Tezsiz Yüksek Lisans Programı Yönetmeliği
- DÜZELTME (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 13 Ocak 2005/25699

- Diyanet İşleri Başkanlığı Yurt Dışı Teşkilatına Atanacak Personelin Seçim Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Memurları Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik
- Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Sözleşmeli Personeli Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim ve Orta Öğretim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği
- Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- T C Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Taşınmaz İhale Yönetmeliği
- Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği
- Ticaret Borsalarında Alım Satım Yapan Aracılar Hakkında Yönetmelik
- Doğal Gaz İletim Şebekelerine Yapılacak Bağlantılara İlişkin Usul ve Esasların Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar
- Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ocak 2005/25700

- Çağ Üniversitesi Çift Anadal Programları ile İlgili Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Veteriner Fakültesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 15 Ocak 2005/25701

- Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Şehir Plancıları Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Ocak 2005/25702

- Tarımsal Üretici Birliklerinin Kuruluş Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Yeminli Mali Müşavirlik ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Sınav Yönetmeliği

RG 17 Ocak 2005/25703

- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Ocak 2005/25705

2004/8351 Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Saray, Köşk, Kasır ve Müstemilatının Bakım, Onarım ve Korunmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Memurları, Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Mali Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği
- Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Canlı Hayvanlar ve Hayvansal Ürünlerde Belirli Maddeler ile Bunların Kalıntılarının İzlenmesi İçin Alınacak Önlemlere Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İnsan Taşımak Üzere Tasarımlanan Kablolulu Taşıma Tesisatı Yönetmeliği (2000/9/AT)
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Organ Seçimleri Hakkında Yönetmelik
- Odalarda Mesleklerin Gruplandırılması Hakkında Yönetmelik
- Ticaret Borsalarında Mesleklerin Gruplandırılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Şehir Planlama Mimar Mühendisleri Odası Serbest Şehircilik Hizmetleri, Büro Tescil, Mesleki Denetim ve En Az Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ocak 2005/25706

- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Masraf Karşılıklarının Tespiti ve Uygulamasına İlişkin Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Ocak 2005/25707

2005/8387 Devlet Muhasebesi Genel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ocak 2005/25708

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 27 Ocak 2005/25709

- Ordu Evleri, Askeri Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Halk Sağlığı Alanında Haşerelere Karşı İlaçlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 28 Ocak 2005/25710

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Ulaştırma ve Lojistik Yüksekokulu Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Ocak 2005/25711

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi-New York Eyalet Üniversitesi (SUNY) Uluslararası Ortak Lisans Programları Eğitim-Öğretimine İlişkin Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Lisans Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Ocak 2005/25712

- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadı Enstitüsü İkinci Öğretim İşletme Yöneticiliği Tezsiz Yüksek Lisans Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Şubat 2005/25714

- Milli Eğitim Bakanlığı Spor Liseleri Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yabancı Mühendis, Mimar ve Şehir Plancılarının Çalışma İznine Esas Değerlendirilmesi ve Geçici Üyelik Müracaatları Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Tıpta Uzmanlık Eğitimi ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Şubat 2005/25715

- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Emniyet Camları ve Cam Malzemeleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2001/92/ AT ile değişik 92/22/ AT)

RG 03 Şubat 2005/25716

- Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- Maden Kanunu'nun I (a) Grubu Madenleri ile İlgili Uygulama Yönetmeliği

RG 03 Şubat 2005/25716

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2005/25717

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Şubat 2005/25718

- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Şubat 2005/25719

- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Şubat 2005/25720

- Dumlupınar Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

RG 08 Şubat 2005/25721

2005/8411 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Anayasa Mahkemesi Personelinin Görevde Yükselmelerine İlişkin Yönetmelik

RG 09 Şubat 2005/25722

- Motorlu Araçlar ve Römorkların Lastikleri ve Bu Lastiklerin Takılması ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2001/43/AT ile Değişik 92/23/AT)

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Belirli Motorlu Araç Sınıflarının ve Römorklarının Frenleme Düzenecekleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2002/78/AT ile Değişik 71/320/AT)
- Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği
- Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Şubat 2005/25723

- Ufuk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ufuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Şubat 2005/25725

- Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı İlaç Listesi ve Uygulama Talimatının Düzenlenmesi Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Türkiye Sektör Meclislerinin Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği
- Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Şubat 2005/25726

- Başkent Üniversitesi Kültür ve Sanat Araştırmaları Merkezi Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Farmakoekonomik ve Farmakoepidemiolojik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Şubat 2005/25727

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Fizik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gıda Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Çevre Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Metalürji Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 15 Şubat 2005/25728

- Başbakanlık Uzman Yardımcılığı Giriş ve Başbakanlık Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Gıda ve Gıda ile Temas Eden Madde ve Malzemeleri Üreten İşyerlerinin Çalışma İzni ve Gıda Sicili ve Üretim İzni İşlemleri ile Sorumlu Yönetici İstihdamı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gereken Teknik Şartlar, Kurulmaları, İşletilmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Spor, Kültür ve Sanat Birliği Birim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik