

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

AVUKATLIK KANUNU

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 18

SAYI: 58

MAYIS - HAZİRAN 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

30.04.2005

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

Av. Serkan Açar

Av. İlker Hasan Duman

Av. Oya Günendi

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Av. Olcay Küçükpehlivan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (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. Oya GÜNENDİ	23	TBB Başkanı Av. Özdemir ÖZOK ile Söyleşi
Cengiz KUŞÇUOĞLU		
Selim LEVİ	29	Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Tartışma Yaratacak Bir Hükmü Nasıl Değişti?
Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	41	Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları
Yrd. Doç. Dr. Seydi KAYMAZ	73	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu
Dr. Ali KARAGÜLMEZ	120	Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK'nın İncelenmesi
Doç Dr. Firuz D. YAŞAMIŞ	137	Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu
Dr. Nevzat ALKAN	149	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi
Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ	163	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük ve Güvenliği
Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA	189	Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı Rec (2002) 2
Av. Olgun DEĞİRMENCİ	195	2004 Türk Ceza Kanunu'nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi
Av. Şerafettin GÖKALP	209	Yeni Dernekler Kanunu
Hasan DURSUN	215	Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri
Arif N. ALPSOY	247	Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler
Kemal AKINBİNGÖL	264	506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İşyerini Bildirme Yükümlülüğü
Av. Serkan AĞAR	273	Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları
Av. Coşkun ONGUN	302	Üretimin Adı Namı Diğer Marka
Av. Mehmet BAYRAKTAR	306	Kanuni Faiz Oranında Bütçe Kanunları ile Yapılan Değişiklikler ve Uygulama Sorunları
Av. Talih UYAR	323	İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK. M. 69/II, II, IV, V)
Yargıtay Kararları	341	
Disiplin Kurulu Kararları	408	
AİHM Kararları	417	
Kitaplar - Dergiler	443	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	447	
Ekler	465	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Adnan DEYNEKLİ

İşverenin İflası veya İşverene Yönelik Haciz Halinde İşçinin Ücret Alacağıının Önceliği Sorunu

Dr. Ece GÖZTEPE

Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi

Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN

Mülki İdare Amiri Olarak Vali ve Kaymakamların Belediye Meclisi Kararları
Aleyhine İdari Yargıya Başvurması ve Getirebileceği Sorunlar

Dr. Tayfun AKSOYAK

İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Doç. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Vergi Yargılaması Hukukunda Avukatın Rolü

Dr. Mustafa T. YÜCEL

Ateşli Silahlarla Mücadelede Teorik Yaklaşımlar

Ahmet BÜLTER

Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar

Cemil ÇELİK

Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde
Katma Değer Vergisi Tevkifatı

Saffet CAN

Maaş ve Ücretlerin Hazine İlişkin Sorunlar

Av. Ö. Umut EKER

Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukuksal Boyutu

Serkan AĞAR

Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 sayılı Vergi Barışı Yasası

Serkan AĞAR

Vergi Davalarının Hukuksal Niteliği

Dr. Mustafa SALDIRIM

Cumhuriyet Savcısı'nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika
Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri

Doç. Dr. Nevzat Alkan

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi

editör'den...

Türkiye Barolar Birliği 28. Olağan Genel Kurulu, 21-22 Mayıs günlerinde Antalya'da yapılacak. Baro başkanları ile baroların genel kurul delegeleri birinci gün geçmiş iki yılın -aslında dört yılın- muhasebesini yapacaklar ve ikinci gün oylarıyla TBB'yi dört yıl yönetecek Başkan ile Yönetim Kurulu, Disiplin Kurulu üyelerini ve denetçileri seçecekler.

Türkiye Barolar Birliği, Trabzon Genel Kurulu'na sunulan rapor gereğince, iki yıldan bu yana, geçmiş dönemlere göre kapsamlı, düzenli ve zengin içerikli bir yayın dönemi yaşadı. Yayın Kurulu, bu alanda özgür bir çalışma ortamı sağlayan TBB Başkanı sayın Özdemir Özok ile Yönetim Kurulu'nun sayın üyelerine teşekkürü borç bilmektedir. Bu dönemin yayın başarı ve kalitesinin onuru ve büyük payı onlara aittir. Bizler bu gerçeğin Genel Kurul arifesinde bilinmesinde yarar görmekteyiz.

* * *

Halkımızın Nasrettin Hoca ile simgelenen emsalsiz bir mizah anlayışı bulunmaktadır. Geniş kapsamlı ve iddialı bir yasalastırma faaliyetinin 1 Nisan'da yürürlüğe sokulması ve iki satırlık bir yasayla, bir gün önce iki ay ertelenmesi de aynı anlayışın bir ürünü sayılmalıdır.

Basının Türk Ceza Kanunu'nun magazinsel maddeleri peşinde koşarken, TBB ve aşağı yukarı tüm ceza hukukçularının feryatlarına kulaklarını tıkadıktan sonra feryada başlamaları da Nasrettin Hoca'dan intikal eden genetik mizah anlayışının bulunduğu gösteresidir.

TBB yayınlarında, toplantılarında dile getirilen gerçekleri bir kere daha sıralamakta yarar var:

1. Avrupa Birliği'nin isteği mazereti altında muhalefet "uzlaşma"ya zorlandı. Oysa AB, yeni kanunlar değil, adil yargılanmaya imkan verecek hükümler ve uygulama ile ölüm cezası, kadın-erkek eşitliği, düşünce ve toplanma özgürlüğü konularında Sözleşme'ye uygun değişiklikler istiyordu.

2. Yasalaşan tasarılar, Dönmezer düşmanlığı, çalışmalara dahil olmama, Bozkurt sendromu gibi çeşitli dürtüler altında altı ay gibi kısa bir sürede tasarlandı.

3. "Gök kubbe altında söylenmemiş söz olmadığından" pek çok alanda rahmetli Sulhi Dönmezer tasarısından kopya çekildi. Ama, sistem alt üst edildiği için gerekçelerde, maddelerde hatalar yapıldı.

4. Adalet Bakanı'nın sözlerinin aksine, ceza hukukunda yanlışlıkların uygulamada yargıçlar tarafından düzeltilmesi mümkün değildir.

5. Bunun için de önümüzde bu yasaları düzeltmek için yoğun bir değişiklik ve ek kanunlar dönemi uzanmaktadır.

6. Özgürlük ve hümanizm derken tamamen aksini sağlayacak hükümler Avrupa Birliği'nin isteklerini yerine getirme iddiasını boşlukta bırakmaktadır.

İki aylık bir ertelemenin sergilenen eleştiriler ile duyulan endişeleri nasıl gidereceğini merak etmekteyiz. Başından beri izlenen yöntemin yeni bir örneği ile karşı karşıya olup olmadığımız da ortaya çıkacaktır.

Teoman Ergül

**YARGITAY CUMHURİYET
BAŞSAVCISI, YARGITAY
BAŞKANI VE DANIŞTAY
BAŞKANI AYRI AYRI
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ
ZİYARET ETTİLER**

Nisan ayı içinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, bir gün sonra da Yargıtay Başkanı Osman Arslan ve Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ettiler. Başsavcı ve Yargıtay Başkanı TBB Başkanı Özdemir Özok ile yargı sorunları ve yargı ile barolar ve avukatların ilişkileri konusunda sohbet ettiler ve olumlu sonuçlara vardılar.

**ANKARA'DA YENİ TÜRK CEZA
KANUNU SEMİNERİ YAPILDI**

Türkiye Barolar Birliği'nin, Ankara Barosu ve hukuk fakülteleri ile işbirliği yaparak, 11-12 Mart 2005 tarihlerinde gerçekleştirdiği Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri'nde, "*Genel Olarak Türk Ceza Kanunu*" (Doç. Dr. Hakan Hakeri-Dicle ÜHF), "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" (Yrd. Doç. Dr. İbrahim Dülger-Selçuk ÜHF), "*Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler*" (Prof. Dr. Doğan Soyaslan-Çankaya ÜHF, Prof. Dr. Emin Artuk-Marmara ÜHF), "*Hürriyete Karşı Suçlar*" (Yrd. Doç. DR. Caner Yenidünya-Marmara ÜHF), "*Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar*" (doç. Dr. Mahmut Koca-Kadir Has ÜHF), "*Malvarlığına Karşı Suçlar*", "*Hayata Karşı Suçlar*" (Doç. Dr. Hakan Hakeri-Dicle ÜHF) konularına yer verilmiştir.

**TBB'NİN BAROLAR VE HUKUK
FAKÜLTELERİ İLE ORTAKLAŞA
DÜZENLEDİĞİ YENİ TCK, CMK
VE CGİK SEMİNER
TOPLANTILARI BÜYÜK İLGI
GÖRÜYOR**

TBB 01 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği yasa ile kabul edilmiş TCK, CMK ve CGİK konularında barolarımızda hukuk fakülteleri öğretim üyeleri ile birlikte bir dizi program düzenlenmesine karar vermişti. Bu program büyük bir duyarlılıkla uygulanmış ve kırk dört baroyu kapsayacak kapsamda otuz beş baro merkezinde toplantılar düzenlenmiştir.

Bilim adamları ve meslektaşlarımız açısından faydalı geçen toplantılar sonunda çalışmalara katılan bilim adamları ile ortak bir değerlendirme toplantısı yapılacaktır.

**BALIKESİR'DE BARO
BAŞKANLARI BÖLGE
TOPLANTISI YAPILDI**

Balıkesir Barosu'nun kuruluşunun 85. yıldönümü dolayısıyla düzenlenen Baro Başkanları Toplantısı ilgi topladı. Afyon, Ankara, Antalya, Aydın, Burdur, Bursa, Çanakkale, Çorum, Denizli, Düzce, Eskişehir, İstanbul, Isparta, İzmir, Kahramanmaraş, Kayseri, Karabük, Kırşehir, Kocaeli, Konya, Kütahya, Manisa, Mersin, Sakarya, Tekirdağ, Uşak, Yalova baro başkanları ile Zonguldak Baro Başkan Vekili'nin katıldığı toplantıda yurt ve meslek sorunları tartışıldı.

Toplantı sonunda sonuç bildirgesi yayımlandı:

• Müdafaayı Hukuk ilkeleri esas alınarak Kuvvayı Milliye kültürü ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin Baroları olarak, ulusal ve uluslar arası sorunlara, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde görev yapan birinci TBMM'nin milletin tümünü kucaklayan, ulusal birlik ve dayanışma anlayışı ile baktığımızı ve bu yaklaşımın ülkemizin devleti ve milleti ile hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğünün gerçekleşmesine ulaştıracağına inancımızı ve ilkemizin devleti ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün yılmaz savunucusu olduğumuzu, Lozan Antlaşması'nın doğrudan doğruya ve dolaylı olarak tartışmaya açılmasını doğru bulmadığımızı, Ulusal Bütünlüğümüzü bozmaya dönük girişimlere şiddetle karşı çıktığımızı, kamuoyuna duyururuz.

• Türkiye Cumhuriyeti'nin diplomatik düzlemde deklere etmiş olduğu kırmızı hatlarının Atlantik ötesinden dayatılmaya çalışılan senaryolar ile ihlal edilmesine tam bir kararlılık ile karşı olduğumuzu, Jandarma Genel Komutanı Org. Eşref Bitlis'in uçağının düşürülmesi ile 1993 yılında başlayan süreçte gelişen olgular sonucu bugün Kerkük'te ve diğer Türkmen kentlerinde yaşanan acı olaylara varlığını ve bu süreçten tüm ulusal kurum ve kuruluşlarımızca gereken derslerin alınması gerektiğini, duyururuz.

• Yargıtay Başkanlığı'nın değişik açıklamaları ile avukatlık mesleğine yönelen gerçek dışı ve üzücü beyanları ve Cumhuriyetimizin kururcuları arasında saygın ve bir yeri olan ve birinci TBMM'nin Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un tarihi konumunun tartışılmaya açılmasına olanak verecek beyanları kesinlikle kabul etmedi-

ğimizi, yargının her türlü uygulaması ve kararları ile siyasallaşmasını tasvip etmediğimizi kamuoyuna açıklarız.

• Hukuk fakültesi eğitim ve diplomasının hak etmediği ölçüde prestij kaybına uğramasına ve bu yönde yasal ve yönetsel olarak yapılan onur kırıcı düzenlemelere karşı yalnızca barolar ve avukatların değil hukuk fakültesi mezunlarının görev yaptığı adalet bakanlığı ve yargı kurumlarını da açıkça karşı çıkmaya davet ettiğimizi kamuoyuna duyururuz.

• Küreselleşmenin getirdiği teknolojik gelişme karşısında tekelleşen müvekkil olgusuna önlem olarak Avukatlık Ortaklıkları'nın işlevsel bir hale getirilmesi için yasal dayanakların güçlendirilmesi,

• İdari yargıda yargıçların hukuk fakültesi mezunu olması konusunda Adalet Bakanlığı'nca geçmişte hazırlanan yasa taslağının hayata geçirilmesinin ve idari yargılamada duruşma sisteminin getirilerek, duruşmalarının zapta bağlanması yönünde yasa değişikliği yapılması gerektiğini,

• Kapatılan mahkemelerin kuruluş ve kaldırılmasının hukuk devletinin objektif ilkelerine göre yapılması gerektiğini,

• Son birkaç yıl içinde gerçekleştirilen yasa değişiklikleri ile avukatın hizmetinin kamu ihale kanunu ile satın alınan bir görev olarak nitelendirilmesini kınadığımızı ve bu değişikliklerin derhal geri alınmasını talep ettiğimizi,

• Kamuda görevli ve kamu ile çalışan avukatların da yargı görevi yapmaları nedeni ile diğer yargı

mensupları ile aynı oranda ücret almalarının sağlanarak, Kara Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sisteminde savcının “*Kamu Avukatı*” olduğu ilkesinin hukuk sistemimize yasal olarak aktarılmasını, Avukatlık Yasası’nın açık ve amir hükmüne rağmen kamu avukatına ait olan avukatlık ücretlerinin kamu kurum ve kuruluşları tarafından gasp edilmesi uygulamasına son verilmesini, TBB Kamu Avukatları Komisyonu’nun barolar temsilcilerinden oluşan geniş bir komisyona dönüştürülerek etkin hale getirilmesini,

- Avukatların sağlık sigortalarının ve emekli aylıklarının, yargı mensubu oldukları gözetilerek yargıç ve savcılarla eşit düzeye yükseltilmesi için yeni bir kurumsal yapıya kavuşturulmasına,

- Baroların, vekaletname pulu için bütçelerinin ortalama dörtte birini işlevsiz bırakmalarının önlenmesi için Türkiye Barolar Birliği’nce önlem alınması gerektiğini,

- Kökten değiştirilen ceza mevzuatının yeterince tartışılmadan kanunlaştırılan bazı hükümlerinin bir çok hukuksal alanda toplumu kaosa sürüklememesi için yasal düzlemde gerekli önlemlerin alınması gerektiğini önerdiğimizi,

- Barolarımızın bilgisayar alt yapı ve programlarının bir an önce tamamlanması için Türkiye Barolar Birliği’ne çağrıda bulunulmasını,

- Başta Ceza Yasası’nda olmak üzere “*Yargı Görevi*” yaptığı kabul edilen avukatların, anayasal hak arama ve savunma hakkını mesleklerinde hayata geçirdikleri gözetilerek anayasanın 140. maddesinde gerekli

değişiklik yapılmak sureti ile avukatlık mesleğine de anayasada yer verilme-
lidir. Yasal statüden anayasal statüye yükseltilmesi gerek avukatlık mesleğine ilişkin yasamızın birinci maddesindeki “*Kamu Hizmeti*” kavramı yerine “*Kamu ve Yargı Görevi Yapan Avukat*” tanımı kullanılarak yasal sistemde bütünlük sağlanmalıdır.

- Savunma ve hak arama mesleğinin kurumları olan TBB’nin ve barolarımızın bağımsızlığının bizim için vazgeçilmez bir temel hukuk ilkesi olarak kabul edildiğini ve bizlerin mesleki ve bizlerin mesleki ve kurumsal bağımsızlığımızı savunma kararlılığı içinde bulunduğumuzu, meslek örgütümüz olan baroların ulus üstü kurumlarla vesayet ilişkisi sonucunu doğuracak ve hukuk kurumlarını boyunduruk altına alacak parasal ilişkileri kabul etmediğimizi,

- Avukatların yargısal statülerine uygun, hakim ve savcılarla eşdeğerli olarak “*Yeşil (Hususi) Pasaport*” alabilme haklarının kesinlikle tanınmasını,

- Hakimlik ve savcılık mesleğine giriş kaynağının, kesinlikle avukatlık mesleği olması yönünde acilen yasal düzenleme yapılmasını,

- Ermeniler dahil olmak üzere Türk Milleti’nin soykırımında bulunmadığını, buna ilişkin Batı Parlamentoları’nın gerçek dışı iddialarını ve yurt içi ve dışındaki ülke bütünlüğüne yönelen hayasız yayınları şiddetle kınadığımızı,

- Bu bildiriye açıklanan ve talep edilen konularda TBB’nin aktif ve duyarlı bir şekilde çalışmalarda bulunmasını,

• Ağırlaşan ve giderek bir kırılma noktasına doğru yaklaşan mesleki sorunların, yasal ve anayasal düzlemde çözüme ulaştırılması, ve mesleğe ilişkin evrensel hukuk ilke ve kazanımlarının mevzuata geçirilmesi için; TBMM'de grubu bulunan siyasi partiler ve tüm hukukçu milletvekillerine çağrıda bulunularak *"Avukatlık Mesleğinin Konumu ve Sorunları Hakkında TBMM'de Meclis Araştırması Açılması"* için TBB ve barolar tarafından girişimde bulunulmasına,

• Üst maddelerde belirtilen mesleki sorunların çözümü için bugün gelinen nokta ve muhatapların duyarsızlığı gözetilerek; TBB Genel Kurulu sonrasında Ankara'da barolarımızın tüm mensuplarının katılımı sağlanarak *"Büyük Avukatlar Mitingi'nin"* yapılmasının ve bu şekilde sorunların çözümüne yönelik olarak somut adımlar atılmasına bizler aşağıda imzaları bulunan baro başkanları ve temsilcileri olarak tüm katılımcılar adına çağrımızı ve görüşümüzü ulusumuz ve demokratik kamuoyunun bilgisine saygı ile sunarız. 06.03.2005

YENİ TÜRK CEZA KANUNU SEMPOZYUMU YAPILDI

İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi, Yeditepe Üniversitesi ve Türk Ceza Hukuk Derneği işbirliği ile 05 Mart 2005 tarihinde, Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu'nda, Prof. Dr. Ahmet Serpil (Yeditepe Ü. Rektörü), Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Galatasaray Ü. Rektörü), Av. Filiz Saraç (İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı) ve Prof. Dr. Erol Cihan (Türk Ceza Hukuku Derneği) açılış

konuşmalarını yaptıktan sonra; Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu'nun başkanlığını yaptığı birinci oturumda, Ceza Hukuku Genel Hükümleri Açısından Yeni Türk Ceza Kanunu (Prof. Dr. Emin Artuk), Kişilere Karşı Suçlar (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat), Yeni TCK'deki Cezalar ve Emniyet Tedbirleri (Prof. Dr. Nur Centel); Yeditepe Ü. Mütevelli Heyet üyesi Zuhâl Çokar'ın başkanlığını yaptığı ikinci oturumda, Devlete Karşı Suçlar (Prof. Dr. Köksal Bayraktar), Hürriyetlere Karşı Suçlar (Prof. Dr. Erşan Şen), Bilişim Alanına ve Haberleşme Hürriyetine Karşı Suçlar (Yrd. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu); İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyesi Av. Ömür Dedeoğlu'nun başkanlığını yaptığı üçüncü oturumda, Topluma karşı Suçlar (Av. Fehmi Demir), İnsanlığa Karşı Suçlar (Av. Fikret İlkiz) konularında tebliğler sunulmuştur.

YENİ TCK, CMK, CGİK VE ON AYRI KANUNUN YÜRÜRLÜK TARİHİ ERTELENDİ

Büyük iddialarla ve bilim çevrelerinde ileri sürülen endişe ve eleştirilere boş verilerek AB'ye girme telaşı içinde kabul edilen ve 01 Nisan 2005 yılında yürürlüğe girmeleri beklenen yasaların yürürlük tarihleri, 31 Mart 2005 tarihinde kabul edilen ve aynı gün mükerrer olarak çıkaran *Resmî Gazete*'de ilan edilen 5328 sayılı Kanun'la 01 Haziran 2005 tarihine ertelendi.

Doğal olarak söz konusu yasaların kabul edilmesinden sonra heyecanlanarak M. E. Bozkurt özentisi ile *"Cemil Çiçek dönemi başladı"* diye

ilan edenler açısından bu erteleme ümit kırıcı olmuştur. Ancak genellikle ertelemenin uzatılması ve yasaların “bilimsel” yöntemlerle hazırlanması

için zaman tanınması görüşü ileri sürülmektedir.

5328 sayılı Kanun'un tam metni *Ekler* bölümünde yayımlanmaktadır.

SUÇU CMUK'A ATACAKLAR DEMEMİŞ MİYDİK!

Nasıl da dediğimiz oluyor. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün basiretsizliğinin faturası CMUK'a çıkarılacak diye yazdık, anında öyle oldu. “*Polisin eli kolu bağlı*” diyorlar. Kanun polisin elini kolunu bağlar mı, yoksa güçlendirir mi, bunu hesaplayan yok. İşini iyi yapmamanın, işini savsaklamanın, proje plan üretmemenin sonucunda ortaya bir tablo çıkıyor, sorumlular topu yasaya atıyor. “*Bu yasa ile çalışamayız*” Allah'tan Adalet Bakanı “*adam gibi adam*” da, yanıtı veriyor. Ama bence bu iş burada bitmeyecek. Bu kafayla çalışan Emniyet haklılığını ortaya çıkarmak için suç oranlarının daha da yükselmesini bekleyecek. Göreceksiniz. (Fatih Altaylı, *Hürriyet*/01.03.2005)

AVUKATLAR, YAVUZ DONAT KURBANI

Bu köşede, 18.02.2005 tarihinde “*Yargıtay Başkanı Yargıyı Magazinleştiriyor*” başlıklı yazımıza, Yargıtay Genel Sekreterliği'nden cevap geldi.

Yazıda, özellikle başlık seçimimin “*Yargıtay Birinci Başkanı sayın Osman Arslan'ın şahsına ve çalışma ilkelerine tamamen aykırı düşen bir sıfatı kişiliğine hiç uymayan bir şekilde izafe etmesi üzüntü ile karşılanmıştır*” deniliyor.

Hatırlatmakta fayda var. Donat'ın köşesinde, sayın başkanla yapmış olduğu konuşma şöyle yer almıştı:

“- 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.”

Tekrar Yargıtay'dan gelen mektuba dönecek olursak, şu önemli vurgu yapılmış:

“Yavuz Donat’la geçen konuşmada ifade edilen ve kastedilen kişi avukatlar olmayıp, dava taraflarıdır ve insan unsuru ile yargı erkinin doğasından kaynaklanan bir gerçeğin ifadesidir.” diyerek, *“... adalet hizmeti ve kamu görevi yapan değerli avukatlarımız hakkında böyle genişletici bir yorumda bulunmadığı ve bulunamayacağı”* belirtiliyor.

Bu açıklama, Yavuz Donat'ın 16.02.2005 tarihli köşesinde yayımlanmış.

Bu nedenle aynı açıklamayı büyük bir memnuniyetle biz de yayımlıyoruz.

Ayrıca, avukatlarla ilgili töhmetin bizatihi Yargıtay Başkanı'ndan değil, Yavuz Donat'ın yanlış anlamasından kaynaklanmış olmasını sevinçle karşıladığımızı da belirtmek isteriz. (Adnan Ekinci, *Radikal*/01.03.2005)

TBB 28. OLAĞAN GENEL KURULU YAPILACAK

Türkiye Barolar Birliği'nin 17-18 Mayıs 2003 tarihinde Trabzon'da yapılan 27. Olağan Genel Kurulu'nda kararlaştırıldığı şekilde, 28. Olağan Kurul 21-22 Mayıs 2005 tarihinde Antalya'da yapılacaktır.

Genel Kurul'da TBB Başkanı Av. Özdemir Özok ile Ankara Barosu avukatlarından Sadık Erdoğan başkanlık için yarışacaklardır.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE AVRUPA KURUMLARI SEMPOZYUMU DÜZENLENDİ

Avrupa Komisyonu'nun *“Avrupa Ufukları ve Mozaik Programı”* kapsamında, enformasyon ve kültür alanında destek vermeyi kararlaştırdığı yedi projeden birisi olan *“Hukukçular İçin Bilgilendirme Projesi”*, Türkiye

Barolar Birliği ile İngiltere ve Galler Hukuk Derneği (England and Wales The Law Society) tarafından ortaklaşa olarak yürütülmektedir.

Bu proje kapsamında yer alan Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği müktesebatı konusundaki sempozyum, İstanbul Dedeman Hotel'de, 30-31 Mart ve 1 Nisan 2005 tarihleri arasında gerçekleştirildi. 140 Türk, 35 İngiliz avukatın katılımı ile Türk ve yabancı konuşmacıların yer aldığı toplantı, uluslararası bir organizasyon olmuştur. Sempozyum sonrasında, basılı evrak niteliğindeki broşür vs. dokümanlar hazırlanarak Türkiye'deki yerel barolara gönderilmesi de projenin amaçları arasında yer almaktadır.

Toplantının önemi ve etkisi ile ilgili olarak *“Eskişehir Sakarya”* gazetesinde Prof. Dr. S. Rıdvan Karlık'ın yazısından küçük bir alıntı yapmaktayız: *“AB ile müzakereler başlayın-*

ca ve müzakere sürecinde ortaya çok sayıda hukuki ihtilaf çıkacaktır. Bu alanda AB hukukunu bilmeden Adalet Divanı içtihatlarını okumadan ve temelinde AB Anayasası'nı ve bu Anayasa içine konulan Avrupa Birliği ilişkilerinde doğabilecek hukuki sorunlarda başarıya ulaşmak imkansızdır. (...) Bu uluslararası sempozyumun İstanbul'da gerçekleştirilmesinde büyük emeği geçen başta Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok olmak üzere İngiltere ve Galler Hukuku Kurumu Başkanı Alison Hook ile İngiltere Başkonsolosu Barbara Hay'ı candan kutlarım. Türkiye-AB ilişkileri geliştikçe bunun gibi sempozyumların daha sık yapılmasında sonsuz yarar vardır.”

STAJ KREDİ SÖZLEŞMELERİNE DAMGA PULU YAPIŞTIRILMAYACAK

01 Ocak 2005 tarihinden itibaren, kredi talep eden avukat stajyerlerinin düzenleyeceği staj kredi sözleşmelerine damga pulu yapıştirilmayacaktır. Damga vergisinin ödenmesi makbuz karşılığı olacak, kredi talep eden avukat stajyerleri, yetkili vergi dairesine damga vergisi beyannamesi vererek, sözleşmenin damga vergisini makbuz karşılığı ödeyecekler, vergi dairesince verilen makbuz diğer evrak ile birlikte Türkiye Barolar Birliği'ne gönderilmek üzere barosuna teslim edecektir.

“TURKCELL LEHİNE KARAR VERİN”

“Neşter-2” soruşturması sonunda 19 kişi hakkında, altı ay ile otuz yıl arasında hapis cezalarının istendiği

davanın duruşması 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapıldı. Duruşmaya altı sanık, sanıkların avukatları ve SSK'nın avukatları katıldı. Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı Uğur Sayın tanık olarak dinlenildi.

Sayın, üye olduğu dönemde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu eski başkan vekili Ergül Güryel'in, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi üyesi Halil Yılmaz ile eski üye Ender Arıkan'ı aradığını, onlardan Türk Telekomünikasyon AŞ ile Turkcell arasındaki davada, Turkcell'in talebi doğrultusunda, Turkcell lehine karar vermelerini istediğini duyduğunu; Halil Yılmaz'ın kendisine, Ankara'ya tayinini yaptığı için Ergül Güryel'e vefa borcunun olduğunu söylediğini belirtti. Sayın, üyeler Halil Yılmaz ve Betül Azizağaoğlu'nun oylarıyla, kendisinin muhalefetiyle Turkcell lehine karar çıktığını ifadesine ekledi. Duruşma, tanık olarak dinlenilmelerine karar verilen ancak duruşmaya gelmeyen Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi üyeleri Halil Yılmaz ve Betül Azizağaoğlu'na yeniden davetiye çıkarılmasına karar verilerek ertelendi.

YARGITAY CEZA KURULU'NUN YENİ KARARI

Geçen sayımızda tam metnini yayımladığımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, kimi çevrelerde düşünce özgürlüğü bağlamında umut ve memnuniyet yaratırken kamuoyunun büyük kesiminde laiklik ve şeriat savunuculuğu konusunda ciddi şüpheler uyandırmış ve endişe yaratmıştı.

Bu kararın üzerinden çok bir zaman geçmeden Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı konuda 4'e karşı 24 üyenin oyu ile aksi yönde bir karar aldı. Bu kararın tam metnini yazılmasını müteakip sütunlarımızda yayımlayacağız.

Bu aşamada gazetelere intikal eden tartışmalar ve görüşleri şöyle özetleyebiliriz.

- Birinci kararda ileri sürülen *"laikliğin korunmasına gerek kalmadığı"* düşüncesi ikinci kararda eleştirilerek *"şeriat tehlikesinin Türkiye'de sürdüğü ve halen yakın ve açık tehlike olduğu"* ve *"laikliğin korunmasına gerek olduğu"* düşüncesi vurgulandı.

- Resmi ideolojiye göndermelerde bulunan ilk karar gibi bu kararda da *"resmi ideoloji"* tartışıldı. *"Hükümetlerin politikaları, iktidarların dayatmacı uygulamaları resmi ideoloji adıyla eleştirilse bile bunları resmi ideoloji olmadığı"* değerlendirildi.

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun son kararının tartışma aşamasında tartışma konusu yerel mahkeme kararındaki şu cümlelerin de karardan çıkarılması istendi: *"Türk milleti, Müslümanlığı kendi isteğiyle kabul edip benimsemiştir. Her zaman bununla gurur duymuştur ve bundan sonra da duyacaktır. Müslümanlığın tüm dünyaya yayılmasına, bir dünya dini haline gelmesine en çok hizmet eden millettir ve bundan sonra da böyle olmaya devam edecektir."* (Sabah, Cumhuriyet, Hürriyet/16.3.2005)

ALİ GÜNDAY YILIN HUKUKÇUSU ÖDÜLÜ

Türkiye Barolar Birliği Genel Kurul kararıyla Baro Başkanlığı görevinden dolayı öldürülen Gümüşhane Barosu Başkanı Ali Günday adına düzenlenen *"Yılın Hukukçusu"* ödülü Prof. Dr. Baki Kuru'ya verildi.



FİKRİ VE SINAI HAKLAR TOPLANTILARI

Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi (FİSAUM), Fikri ve Sınai Haklar konusunda, üniversite öğretim üyeleri, kamu sektöründe ve özel sektörde bu alanda çalışan ve faaliyet gösteren uygulamacıların spesifik konularda tebliğ vermek suretiyle katkıda bulunacağı *"Fikri ve Sınai Haklar Toplantıları"* adı altında tebliğler dizisini başlatmıştır.

Fikri ve Sınai Haklar Toplantıları 2005/1 dönemi tebliğlerinin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun izniyle, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri'nin hakimleri tarafından verilmesine karar verilmiş ve bu çerçevede ilk tebliğ olan "Marka Hukukunda Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri", 24 Mart 2005 tarihinde, FSHHM Hakimi Levent Yavuz tarafından, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi FİSAUM Toplantı Salonu'nda sunulmuştur. 28 Nisan 2005 tarihinde, "Tescil Esasına Dayalı Marka Sistemi ve Uygulama Sorunları" konusundaki tebliğ, FSHHM Hakimi Serdar Arıkan tarafından; 13 Mayıs 2005 tarihinde "Türkiye'de Marka ve Tasarımın Cezai Koruması" konulu tebliğ de FSCHM Hakimi Türkay Alica tarafından sunulacaktır.

ÇANAKKALE BAROSU TOPLANTISINDA YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI KONUŞTU

Çanakkale Barosu 05 Nisan Avukatlar günü dolayısıyla, tiyatro, konser gibi etkinliklerle birlikte TCK, CMK ve CGİK konusundaki eğitim çalışmasını da düzenlediği bir törenle başlattı.

Açılış töreninde Çanakkale Barosu Başkanı Adnan Güler'den sonra, TBB Başkanı Özdemir Özok ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok da birer konuşma yaptılar.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı konuşmasında önemli konulara değindi. Öneme binaen konuşmanın tam metnini *Ekler* bölümünde yayımlamaktayız.

Başsavcının TBB ve barolar ile yargı organının diğer iki kanadı arasındaki ilişkiler konusundaki düşüncelerini önemine binaen aynen aşağıya almaktayız:

"Son yıllarda baroların ve Barolar Birliği'nin demokrasi, hukuk devleti, hak ve özgürlükler, ulus birliği ve ülke bütünlüğü, çağdaşlık, Atatürk ilke ve devrimleri konularındaki, kimilerinde yabancıların katılımını da sağlayarak gerçekleştirdikleri etkinliklerin yanında adalet hizmetlerini iyileştirme ve hukuku geliştirme amacına yönelik faaliyetlerini takdirle ve övgüyle izliyoruz. Bu etkinlikler ve faaliyetlerin yargıya güç, hizmetlerine kalite kattığında ve katacağında kuşku yoktur. Bunların yanında, mesleki ve sosyal dayanışma, tanışma, dostluk ve iletişim sağlama işlevini başarıyla yerine getirdiğine tanık olmaktadır. Kendilerine şükran borcumuz olduğunu biliyoruz. (...) Hakimlere yönelik meslek ahlakı standartları, BM girişimiyle hazırlatılıp 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen Bangalor ilkelerinde belirlenmiştir. Önsözünün bir yerinde 'bu prensipler (yargı etiği ilkeleri) yasama ve yürütme mensuplarıyla, avukatların ve kamuoyunun yargıya daha iyi destek olmalarına ve onu daha iyi anlamalarına yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır' denilmektedir. Bununla yargı etiği kurallarının adalet talep edenler, yani halkımız tarafından bilinmesi, dikkatle izlenmesi ve özenle istenmesine vurgu yapıldığı gibi, avukatlara da düşen göreve işaret edilmektedir. Yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı temsil eden avukatların yargı etiği kurallarını dikkate alarak takınacakları tavır ve duruş, hem yargı etiği, hem

de avukatlık mesleği kurallarının tam olarak yaşanmasını sağlayacaktır. Bu tutum, hakimlere ve avukatlara olan güveni pekiştirecek, saygınlıklarını sürekli kılacaktır.

Barolar Birliği ve Baroların meslek etiği ile ilgili çalışmaları ve bu kapsamda gerçekleştirdikleri paneller avukatların bu konuya verdiği önemi göstermektedir.

Temel etik kuralların, her alanda geçerliliğinin olduğu unutulmamalıdır. Sadece yargı ve avukatlık etiği kurallarının öne çıkarılmasıyla yetinilmesi, diğer alanlardaki etiğin ihmal edilmesinin etik olmadığı da bilinmelidir.”

İSTANBUL BAROSU'NUN AVUKATLAR GÜNÜ PROGRAMI

Avukatlar günü kutlama programları çerçevesinde İstanbul'da çeşitli etkinlikler yapıldı.

İlk gün 25, 30 ve 35. yıl plaket törenleri yapıldı. Aynı gün gecesi Atatürk Kültür Merkezi'nde konser verildi. “Ab'ye Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları” konulu paneli Av. Ayşen Önen yönetti. Prof. Dr. Oya Aralsı, Av. Nazan Moroğlu, Prof. Dr. Can Tuncay, Prof. Dr. Nur Centel kadın hakları konusunda ilgi ile izlenen konuşmalar yaptılar.

Kutlama törenleri çerçevesinde Avrupa Avukatlar Birliği (UAE) ile birlikte düzenlenen Avukatlık Mesleği ile ilgili uluslararası sempozyum büyük ilgi ile izlendi. “Ortak Meslek Kuralları”, “Avukatlıkta, Uzmanlaşma ve Reklam Yasağı”, “Mahkeme Sürecinde Karşılaşılan Sorunlar ve

Denetim Mekanizmaları-Belçika Örneği”, “Avukatların Serbest Dolaşımı”, “Savunma Özgürlüğü”, “Savunma Hakkı-Avrupa Hukukunda Temel Prensipler”, “Savunma Avukatının Hak ve Dokunulmazlığının Sınırı”, “Uyumlaştırma Tarihi” başlıkları altında tebliğler sunuldu. Tartışıldı.

İZMİR BAROSU AVUKATLAR HAFTASINI ETKİNLİKLERLE KUTLADI

İzmir Barosu Avukatlar haftasını bir dizi etkinlikle kutladı.

Uzun bir süreden beri İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı ile çekişmelere neden olan Adliye Baro Hizmet Birimi'nin törenle hizmete açılmasıyla başlayan törenlere TBB Başkanı Özdemir Özok ve TBB Yönetim Kurulu üyeleri de katıldılar. Konserler, geziler, futbol karşılaşmaları, ağaç dikimi gibi etkinlikler yanında “Türkiye AB İlişkileri” ve Avukat Sabri Kurt'un yönettiği panelde “İzmir Barosunun Tarihsel Çizgisi”, “Avrupa Birliğinde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Kapsamında Avukatlık Hizmeti”, “Avukatlık Kanunu Çerçevesinde Avukatların Ortaklık Halinde Örgütlenmesi, Avukatlık Şirketleri”, “Ceza Muhakemesinde Avukatın Rolü” konuları tartışıldı.

ANKARA BAROSU İLE VİRGİNİA EYALET BAROSUNUN ORTAK TOPLANTISI

Ankara Barosu'nun çağrılısı olarak Türkiye'ye gelen Virginia Eyalet Barosu yargıç ve avukatlarından oluşan kurul Ankara Barosunun düzenlediği

panelde hukuk sorunlarını tartıştılar. TBB Başkanı Özdemir Özok ve Ankara Barosu Başkanı V. Ahsen Coşar'ın açış konuşmalarını yaptıkları panelde "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Arbuluculuk, Tahkim, Müzakere Teknikleri" ve "Yargı etiği-Avukatlık Meslek Kuralları, Yargı-Baro ve Yargıç-Avukat İlişkileri, Sivil Toplum ve Barolar" konuları tartışıldı.

ANKARA BAROSU FELSEFE KULÜBÜNÜN SEMİNERİ

Ankara Barosu Felsefe Kulübü, "Etik ve Siyaset İlişkisi Üzerine" Prof. Dr. Sabri Büyükdüvenci, "Övülesi Suçlar" konusunda Doç. Dr. Erdal Cengiz, "Çağın Ruhunu Anlamak, Çağın Getirdiklerinin Aptalı Olmak" konusunda Yard. Doç. Dr. Ertuğrul R. Turan'ın, "Özgürlük ve Yaraticılık" konusunda Büyükdüvenci'nin, "İnsan Hakları ve İnsan Üstü Değerler" konusunda Prof. Dr. Yasin Ceylan'ın ve "Modern Epistemolojinin Çıkması" konusunda Prof. Dr. Kurtuluş Dinçer'in konferanslarını duyurmaktadır. Ankara Barosu Kültür Merkezi salonunda 14, 28 Mayıs ve 11 Haziran günlerinde verilecek son üç konferansı dinlemelerini meslektaşlarımıza önermekteyiz.

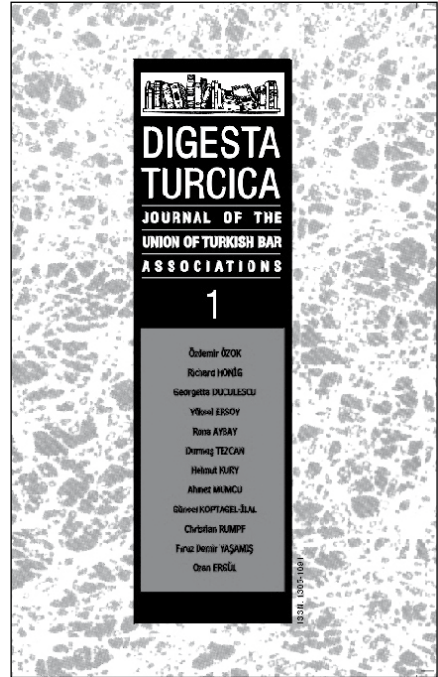
DIGESTA TURCICA ÇIKTI

Uzun zamandan beri yayınlanması için çalışılan TBB'nin İngilizce redaksiyon dilli dergisi *DIGESTA TURCICA*'nın ilk sayısı yayımlandı. *DIGESTA TURCICA*'nın yılda iki sayı çıkarılması planlanmış olup, Türk hukukçularının ve TBB'nin uluslararası

etkinliğine katkısı olacağı ve sesini duyurabileceği düşünülmektedir.

Editörlüklerini Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Ahmet Mumcu, Av. Şahin Mengü, Prof. Dr. Yüksel Ersoy ve Av. Talay Şenol'un yaptığı dergide İngilizce makalelerin yanında Almanca ve Fransızca Türk ve yabancı yazarların makaleleri bulunuyor.

DIGESTA TURCICA dergisi TBB'den temin edilebilir.



MESLEKTE 40 VE 50. YILINI İDRAK EDENLERE PLAKET VERİLDİ

TBB, meslekte 40 ve 50. yılını doldurmuş meslektaşlarımıza bu yıl plakelerini Ankara, İzmir ve İstanbul'da düzenlenen bir törenle verdi.

Duygusal görüntülerin sergilen-
diği törenler TBB Başkanı Özdemir
Özok'un konuşması ile başladı. Ve
plaketlerini alan meslektaşlarımız
aileleri ve arkadaşları ile birlikte he-

yecanlı dakikalar geçirdiler, resimler
çektirdiler ve birbirlerini kutladılar.

Her üç ilimizde de plaket törenin-
den sonra plaket alan meslektaşları-
mız onuruna kokteyl verildi.



HUKUK FAKÜLTESİ AÇILMAYACAK

Adalet Bakanı Cemil Çiçek, YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç, hukuk fakültelerinin dekanları, Yargıtay Başkanı Osman Arslan, Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanvekili Celal Altınkaynak, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'un katıldığı toplantı dün Ankara Hakimevi'nde yapıldı. Zirveden çıkan sonuçlar:

- Yeni hukuk fakültesi açılmayacak.
- Fakültele hazırlık sınıfı konulacak. Hazırlık sınıfında felsefe, sosyoloji ve tarih eğitiminin yanı sıra üniversite yabancı dil eğitimi de verebilecek.
- Uygulamalı eğitime geçilecek, sınavlar yazılı ve sözlü olarak yapılacaktır.
- Mevcut hukuk fakültelerinin yeterliliği denetlecek. Yeterli öğretim görevlisi olmayan fakültele yaptırım uygulanacak. (*Vatan*/22.04.2005)

Haberler: O. G.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI Av. ÖZDEMİR ÖZOK İLE SÖYLEŞİ

*“A’dan Z’ye Hukuk, Barolar, Barolar Birliği
Çalışmaları, İç ve Dış Politika, Geçmiş
Günlerin Değerlendirmesi, Gelecekle
İlgili Düşünceler”*

Söyleşi: Av. Oya GÜNENDİ*
Cengiz KUŞÇUOĞLU**

Oya Günendi: Sayın Başkanım, Dergi Yayın Kurulu’nda çalıştığım süre içinde, Başkan’dan köşesi için yazılarınızı Dergi’nin çıkış tarihine azami dikkat göstererek verdiğinizizi biliyorum. Öncelikle Yayın Kurulu adına teşekkürle söyleşiye başlamak istiyorum.

Özdemir ÖZOK: Ben de teşekkür ederim. Bir süre Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin sorumluluğunu yükledim. Başkandan yazı almanın zorluğunu bildiğim için bu sıkıntıyı sizlerin yaşamasına gönlüm razı olmadığından zamanlamanıza dikkat ediyorum.

O. G.: TBB Başkanı olarak sizce hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti mücadelesinde gelinen nokta nedir? Bu konuda anayasal değişikliklerin ve uyum yasalarının etkisi ne olmuştur?

Ö. Ö.: Türk hukukçusu en azından 50-60 yıldır hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi, hukukun üstünlüğü konusunda mücadele vermiştir. Rahmetli kurucu başkanımız, hocamız Faruk Erem, “hukukun üstünlüğü” kavramının yaygınlaşmasına, Anayasa’ya girmesine neden olmuştur. Avrupa Birliği’nin ilk örgütlenmesinden itibaren Türkiye için içinde olmuş, 1961 Anayasası ile hukuk alanında çok önemli bir açılım yapmıştır. Aslında haksızlık yapmamak gerekiyor. Türk hukuk devrimi de bu amaçla yapılmıştır. O günün koşulları içinde Mustafa Kemal Atatürk, TBMM’nin açılış töreninde bu alanda dünyada ne varsa Türk halkının da bunu istediğini vurgulayarak bu hedefi göstermiştir. Onun için Türkiye’de uyum yasaları önemli olmakla beraber bilmediğimiz duymadığımız bir yenilik getirmemiştir. Sorun süre-

* Ankara Barosu üyesi.

** TBB basın müşaviri.

lilik ve uygulamada çıkmaktadır. Uyum yasaları da bu zorunluluğun ifadesi olmalıdır. Anayasa'da ve özellikle AB mevzuatına uyum nedeniyle çıkarılan yasalarda yapılan yeni düzenlemelerle Türkiye'de "hukukun üstünlüğü" ve "hukuk devleti" kavramları biçimsel olarak mevzuatımızın ayrıntılarına girmiştir. Ancak bu ilke ve kavramlara uygun bir yönetim biçimi yaşama hemen geçecek midir sorusuna olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Çünkü sadece yasa maddelerini değiştirmek yeterli olmamakta, yasalar kadar hatta ondan daha önemli olarak kafalardaki anlayışı ve buna koşut olarak da uygulamayı değiştirmek gerekmektedir.

O. G.: Yargı bağımsızlığı ve savunma hakları konusu hiç gündemden düşmemektedir. Bunların tam olarak sağlandığını ne zaman göreceğiz?

Ö. Ö.: (Gülerek) Siz gençsiniz. Tabii ki göreceksiniz. Yargı bağımsızlığı konusu TBB'nin gündeminden hiç düşmedi. Yargı bağımsızlığı mükemmel yakın bir şekilde 1961 Anayasası'nda sağlanmıştı. Uygulamada başarılı olamadı. Bana sorarsanız bunun ilk nedeni yargının gerektiği biçimde bağımsızlığı kavrayamaması olmuştur. İlk Yüksek Hakimler Kurulu toplantısında rahmetli, efsanevi Yargıtay Başkanı Recai Seçkin bu tehlikeyi işaret ettiği halde gereken özen gösterilemediği için bu bağımsızlık gıdım gıdım geriledi. Bugünkü koşullar oluştu. Yargının bu zaafını siyasi iktidarlar ve idare her zaman istismar etti. Çünkü bağımsız bir yargı ne siyasi iktidarların ne de onların uzantısı yönetimin işine gelmektedir. Şimdi AB deniyor. Bu aşamada AB'nin yargı bağımsızlığı konusunda önerdikleri var. Adalet Bakanlığı kendi yetkilerinden ve konumundan bir adım geri atmıyor. HSYK kararlarına karşı yargı yolunu açmıyor. Anlaşılması mümkün olmayan bir düşünce ile kapalı kapılar arkasında, süjenin haberi olmadan, bilmediği belge ve bilgilerle oluşan idari karar ile; açık, delillerin tartışılarak alındığı yargı kararı birbirine karıştırılıyor ve Kurul'un yüksek yargıçlardan oluştuğu ileri sürülerek yargı yolu kapatılıyor. Yargıcı bağımsız olmayan bir yargılamada savunmanın durumunun iyi olmasını beklemek hayal. Yanlış noktadan hareket edildiğinde hedeften çok uzaklara düşüleceği basit geometri bilgisi ile algılanacak bir durum. Yargıcı ile iddia makamı bir ve tek izlenimi verilen bir yargılamada savunmanın gücü ne kadar olabilir ki? Ancak ben ileriye umutla bakıyorum. Biraz geç oluyor ama her şey tartışılıyor. Bir süre sonra her şey yerli yerine oturacak. Temennim bu...

Cengiz Kuşçuoğlu: TBB'nin dış ilişkileri ve faaliyetleri konusu...

Ö. Ö.: Artık dünyada sınırların kalkma noktasına geldiği, özellikle Avrupa ülkeleri arasında oluşturulan, siyasi, mali, ekonomik birliktelik nedeniyle ve ulaşılan ileri teknoloji karşısında dünya küçülmüş, hiçbir ulus ben kendi sınırlarım içinde ve kendi dünyama kapanarak yaşarım diyememektedir. Bu nedenle de uluslararası arenada kişilikli politika istemek

yerine, içine kapanmayı öngören düşünceleri anlamakta zorluk çekiyorum. Dünyanın en uzak köşesinde yaşanan her acı ve tatlı olay, tüm insanlığı doğrudan ilgilendirmekte ve etkilemektedir. Bu gerçekler karşısında, ülkemizin en saygın ve güçlü hukuk kuruluşu olan TBB'nin dış ilişkilere daha çok önem vermesi son derece doğaldır. Kendi ülkesine ve düşüncesine güvenen kişilerin yapması gerektiği gibi, AB ile ilişkiler içine girilmesinde bir sakınca görmemekteyim. Bu bize Mustafa Kemal Atatürk'ün önerdiği yoldur. Çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak, çağdaş dünyanın özgür bir unsuru olabilmek, ancak bu şekilde mümkün olabilir. İşte bu düşüncelerle, TBB bünyesinde AB Komisyonu, TBB İnsan Hakları Merkezi, TBB Dış İlişkiler Komisyonu oluşturulmuş ve yabancı ülkelerdeki hukuk ve savunma örgütleriyle saygın ve ölçülü ilişkilere girilmiştir. Son olarak da Yönetim Kurulu yabancı dilde bir dergi çıkarılmasına karar vermiş ve bu karar hayata geçirilmiştir. *DIGESTA TURCICA* adlı dergi hukuk alanında uluslararası ilişkiler bağlamında büyük bir atılımın ilk adımı olacaktır, ben buna inanıyorum.

C. K.: *Hukukçu milletvekilleri ve hukukçu gazetecilerin avukatlık mesleğine, yargının düzeltilmesine, hukuk devleti olmaya, hukukun üstünlüğünün uygulanmasına katkıları hakkında düşünceleriniz nelerdir? Olması gerektiği kadar mıdır yani yeterli midir? Sizce TBB, basından hak ettiği ilgiyi görüyor mu?*

Ö. Ö.: Hukukçu milletvekilleri ve hukukçu gazetecilerin, avukatlık mesleğine, yargının düzeltilmesine, hukuk devleti olmaya, hukukun üstünlüğünün uygulanmasına katkılarının olmadığını söylemek haksızlık olur. Kuşkusuz bu mesleklerde çok ilkeli ve saygın kişiler gerekli gayreti gösteriyorlar. Ama bu çalışmalar yeterli mi diye soracak olursanız, asla yeterli değil. Bırakınız hukukçu milletvekili, gazeteci olmayı bu ülkede sade aydın olarak hepimizin soylu halkımıza karşı sonsuz görevlerimiz var. Ancak ben yine de basında insan hakları, kişilik hakları konusunda daha bilinçli politikalar izlenmesi konusunda hukukçu yönetici ve yazarların çoğalmasını gönülden isterim. Özellikle adil yargılanma hakkı konusunda gazete ve televizyonlarımız zaman zaman halkı yanlış yönlendirecek yayınlar yapıyorlar.

C. K.: *Bir örnek verir misiniz?*

Ö. Ö.: Bakınız tutuklama konusunda basınımız yeterli derecede bilinçli yayın yapmıyor. Tutuklamanın niteliği konusunda halkı yanlış yönlendiriyor. Tabii bu konuda yargıç, savcı ve avukatlarımız da gerekli duyarlılığı göstermiyor. Tutuklanmayan kimsenin suçsuz olduğu veya tahliye edilen kimsenin beraat ettiği gibi bir izlenim yaratılıyor. Bu da mahkemelerin kişi özgürlüğü konusunda duyarlı davranmasını geciktiriyor. Oysa kamuoyuna tutuklamanın bir tedbir olduğu, her suçlunun tutuklanmasının gerektiği

ve tutuksuz yargılanan kişinin beraat etmiş olduğu düşüncesinin yanlışlığı anlatılırsa, yargıçlarımız bu konuda bir baskıdan kurtulmuş olurlar. Kişilik hakları konusunda da özensizlikler oluyor. Kamuoyu yanlış yönlendiriyor. Ancak, ben yine de basın özgürlüğünü kısıtlamanın yararına inanmıyorum. Aksine basının özgürlük alanı daraldıkça, demokrasi için oksijen kadar önemli olan şeffaflık ve denetim olanağı ortadan kalkacaktır. Bu da yönetimde ve diğer alanlarda çürümenin habercisi olacaktır. Her şeye rağmen basının bilinçli kullanacağı bir basın özgürlüğünden yanayım.

O. G.: Tutuklamanın algılanışındaki yanlışlıkta başka neden yok mu?

Ö. Ö.: Bana kalırsa bu anlayışın bir nedeni de kolluk güçleri. Asayiş, önleyici kolluk zihniyeti yerine tutuklama yani insanları hapse tıkmakla sağlama anlayışı.

O. G.: Baroların, avukatların, TBB'nin bağımsızlığı ... ve çok konuşulan bir konu: TBB'nin varlığı barolarımızın bağımsızlığını zedeliyor mu?

Ö. Ö.: Bu konuda benim her zaman açıkça ifade ettiğim bir görüşüm var. Bunu sorunuz nedeniyle yinelemek isterim. Bence, bugünkü yasal düzenlemeler karşısında, barolar ve Barolar Birliği arasında bağımsızlık ve vesayetle ilgili bir sorun yoktur. Adı üstünde Barolar Birliği, tüm barolar arasında belirli bir birlikteliği sağlamakta, gerekli koordinasyonu temin etmektedir. Bugünkü noktaya yıllardır süren gereksinimler sonucu varılmıştır. Kaldı ki, TBB yönetiminin oluşumunda baroların delegeler aracılığıyla doğrudan katkısı vardır. Başka bir deyişle, TBB'nin kurumsal işlevini yerine getiren Başkan, Yönetim Kurulu, Disiplin Kurulu barolardan gelen delegelerden oluşan Genel Kurul tarafından demokratik yollarla seçilerek dört yıl süre ile göreve getirilmektedirler. Yani barolar TBB'yi kendi içinden demokratik seçimle çıkarmaktadırlar. Yine Genel Kurul, baroların delegeleri arasından seçtiği üç kişilik bir Denetleme Kurulu ile TBB'nin mali işlemlerini sürekli olarak denetlemektedir. Böylesi karmaşık ve sürekli iç içelikte, bir ilişkide vesayetten söz etmeye olanak yoktur. Çünkü, barolar kendisini yönettikleri iddia edilen vesayet organını kendileri seçmektedirler; bu organı her an değiştirmeye, ibra etmemeye, sorgulamaya yetkilidirler. Böyle vesayetin hukukta örneği de yoktur, tanımı da...

O. G.: Toplum hayatını doğrudan etkileyen yasa tasarıları (TCK, CMK, TMK gibi) hakkındaki düşünceleriniz nelerdir? Sizce bunların, bu şekilde kamuoyunda tartışılmadan alelacele çıkarılması doğru mu?

Ö. Ö.: Kesinlikle doğru değildir, nitekim bu yasalar yasalastıktan sonra dahi tartışmalar bütün hızıyla sürmektedir. Ülkemiz ve toplumumuz için son derece önemli olan bu temel yasaların yeterince tartışılmadan yasa-

laştıklarını göstermektedir. Son olarak TCK ile ilgili sorunlar bu davranış yüzünden çıkmıştır. Yasa ve Adalet Bakanı büyük yara almıştır. En önemlisi Adalet Alt Komisyonu'nda kısa bir sürede, üç doçentin hazırladığı yasada büyük hatalar olduğu ortaya çıkmaktadır ve çıkacaktır. Temel yasalar bir anlamda anayasalar kadar önemlidir. Daha titiz çalışmalarla çıkarılmalıdır.

O. G.: *Yoğun yasalaşma döneminde TBB'nin görev yükü artmış ve faaliyet alanı genişlemiştir. Özellikle yayın konusunda, TBB yapması gerekeni yapmaktadırmıdır?*

Ö. Ö.: TBB geçmişten günümüze yasa çalışmalarına daha Bakanlık aşamasından başlayarak bütün evrelerinde destek vermekte ve katkı sunmaktadır. Ancak bu destek ve katkı yeterli midir diye sorulduğunda asla yeterli değil diyebiliriz. Çünkü yüzlerce maddelik yasa tasarıları TBB'ye zaman zaman çok kısa süre için gönderilmekte, bunun sonucu olarak yeterli ve ayrıntılı katkı sunma olanağı yakalanamamaktadır. Ancak yeni dönemde görev üslendiğimiz taktirde bu konularda profesyonel hizmet anlayışıyla daha kapsamlı çalışmalar yapacağımızı umut ediyorum. Yayın konusunda ise çok önemli gelişmeler yaşandığını pek çok kişi ifade etmektedir. Biz bunun devamlılığını istiyoruz ve sağlamak için de elimizden geleni yapacağız.

C. K.: *Hukuk fakültesi sayısının artmasının, avukatlık mesleğine olumlu veya olumsuz etkileri nasıl olmuştur?*

Ö. Ö.: Hukuk fakülteleri ve hukuk eğitimi konusundaki yakınmalarımızı yıllardır çeşitli nedenlerle dile getirmekte, konuyla ilgili çeşitli etkinlikler düzenlemekteyiz. Bu konuda gerekli altyapı oluşturulmadan açılan hukuk fakültelerinin sadece avukatlık mesleğine değil, tüm yargı kesimine ciddi sorunlar getirdiğini söylemek çok iddialı bir söz olmaz. Nitekim bizim yıllardır dillendirdiğimiz bu sorun, Adalet Bakanlığı tarafında da ciddiye alınmıştır. Tüm bu gelişmelerin sonucu olarak "hukuk eğitimi" ciddi bir biçimde masaya yatırılmak üzere, 21 Nisan 2005 günü Sayın Adalet Bakanı ve Yüksek Yargı organları başkanlarının katılımıyla çok önemli bir toplantı yapılacaktır. TBB olarak konuyla ilgili hazırladığımız raporumuzu bu toplantıda sunacağız.

O. G.: *Hukuk fakültelerindeki lisans eğitimi, süresi, dersler, derslerin içerikleri vb. yönlerden yeterli midir?*

Ö. Ö.: Bize göre yeterli değildir. İşte bu konular ve hukuk eğitimi ile ilgili tüm sorular 21 Nisan 2005 günlü toplantıda tartışılacaktır.

O. G.: *Tıp ve diş hekimliği fakültelerinde verilen deontoloji dersleri sizce hukuk fakültelerinde de okutulmalı mıdır?*

Ö. Ö.: Kesinlikle okutulmalıdır. Çünkü hukuk mesleğinde etik son derece önemli bir kavramdır.

C. K.: *Türkiye’de avukatları ve baroları, bir meslek grubu üyeleri ve sivil toplum örgütü olarak yeterince etkin görüyor musunuz? Özellikle kamuoyu yaratmaları ve üyelerini yürütmenin siyasal baskısına karşı korumada, diğer dünya baroları ile karşılaştırdığımızda nerededir?*

Ö. Ö.: Yeterli bulmuyorum. Bu bizim demokrasi geçmişimiz ve demokrasi kültürümüzle doğrudan ilgilidir. Daha çocukluğundan itibaren yıllardır susturulan, hep sözü kesilen, kendisini ifade etme konusunda çok eksiği bulunan bir toplumun üyesi olarak, dünya barolarıyla aramızda çok büyük mesafeler olduğunu söyleyebilirim.

O. G.: *Ocak 2004’teki Avukatlık Yasası’nda yapılan değişikliğin, yaşamsal bir konu olan, avukatların sosyal güvenlik sorununun çözümüne katkısı hakkında ne düşünüyorsunuz?*

Ö. Ö.: Bu konuda çok başarılı bir çalışma sürecinden geçerek oldukça önemli kazanımlar elde ettik. Vekalet pullarında %50 artış sağlanarak bu paraların toplandığı bir fon oluşturduk ve yine baro başkanlarımızla yaptığımız görüş alışverişleri sonucu fon yönetmeliği ve bunun öngördüğü fon yönetimini oluşturduk. En kısa sürede bu çalışmalar meyvelerini verecektir.

O. G.: *Sayın Başkan teşekkür ederiz. Gelecek sayılarımız için de bizimle birlikte olacağınızı ümit ediyorum.*

Ö. Ö.: Ben teşekkür ederim. Gelecek günlerde daha geniş kapsamlı çalışmalar yapmayı ümit ediyorum. Genel Kurul uygun gördüğü takdirde görevimi sürdüreceğim ve TBB’nin çalışmaları ve yayın faaliyeti konusunda büyük adımlar atmayı düşünüyorum. Kalıcılık ve istikrar. Bu iki kavram kurumsallaşma demektir. Önümüzdeki dört yılı bu amacı gerçekleştirmek için kullanacağız. Geçmiş dört yılda yaptıklarımızın kurumsallaşmasını sağlayacağız. Türk avukatlarının bu gücü ve yeteneği vardır. Bunun hayata geçirilmesi gerekmektedir. Tekrar teşekkür ederim.

O. G. - C. K.: *Başarılar dileriz sayın Başkan...*

Ö. Ö.: Teşekkür ederim.

YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN TARTIŞMA YARATAÇAK BİR HÜKMÜ NASIL DEĞİŞTİ?

Selim LEVİ*

Sınır Dışı Edilme

En genel Şekliyle sınır dışı edilme, bir Őlkede bulunan yabancının, kamu dŐzeninin korunması gibi çeşitli gerekçelerle, Őlkesinde bulunduğu devlet tarafından Őlkesel egemenliğine dayanarak, isteği olmadan Őlke dışına çıkarılmasıdır. Bu yetki, devletlerin kendilerini çeşitli tehlikelerden koruyabilmeleri amacıyla uluslararası hukukça da kabul edilmiş bir durumdur.¹

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda (YTCK) Sınır Dışı Edilme

12 Ekim 2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan 26 EylŐl 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ilk Şekliyle, "GŐvenlik Tedbirleri" başlıklı ikinci bŐlŐmŐnde yer alan, "Sınır Dışı Edilme" başlığı altındaki 59. maddesi ile "İŞlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla sŐreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hŐk-molunur" kuralını getirmekteydi.

Maddenin gerekçesine de bakıldığında yalnızca "Madde metninde, bir gŐvenlik tedbiri olarak sınır dışı edilme dŐzenlenmiŐtir" Şeklindeki, hiçbir açıklayıcı bilgi içermeyen bir cŐmleyle karŐılaŐılmaktaydı. Bu nedenle söz konusu maddeye ilişkin incelememiz açısından gerekçeden yararlanma olanağı bulunmadığından çalışmamızda, madde metninin ŐzŐmlenmesi temel yöntem olarak kabul edilmiştir.

* İstanbul Bilgi Őniversitesi Hukuk FakŐltesi, araştırma görevlisi.

¹ Aybay, R., *Yabancılar Hukuku*, İstanbul Bilgi Őniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 109, 227 vd.

59. maddenin yukarıda belirtilen şekli okunduğu zaman, yargılamayı yapan ve hüküm verecek olan mahkemenin karar verme yetkisinin, yalnızca işlenen suça karşılık olarak verilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresinin belirlenmesinde söz konusu olabildiği, bununla birlikte, cezanın iki yılı aşkın olması durumunda, kararı veren mahkemenin verdiği cezayı alan kişinin sınır dışı edilmesi sonucunun da, kendiliğinden zorunlu olarak doğacağı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, bu hükümle cezanın tam olarak belirlenmesinde mahkemenin takdir yetkisi sınırlanmış olmaktadır.

YTCK 59. maddesinin ilk şeklinde düzenlenen sınır dışı edilmenin olası yansımaları ve etkileri

Ceza yargılamasında kararların verilmesinde yargıcın vicdani kanaatinin büyük önem taşıdığı da düşünülürken maddenin eski şekliyle yürürlüğe girmesinin belli bazı uyumsuzluklar ve eşitsizlik görünümüleri yaratması söz konusu olabilecekti.

Örneğin Kanun'un 89. maddesinin dördüncü bendinde düzenlenen ve altı ay ile üç yıl arasında hapis cezası öngörülen birden fazla kişiyi takirle yaralama suçunu farklı olaylarda fakat aynı şekil ve şartlarda işleyen, birbiriyle ilgisiz iki yabancıların farklı mahkemelerdeki yargılamalarında, birinin bir yıl onbir ay ceza alması halinde sınır dışı edilmesi söz konusu olmazken, diğer olayla ilgili olarak yargılama yapan başka bir mahkeme tarafından yalnızca bir aylık fazla cezanın verilebilmesiyle iki yıla ulaşan ceza nedeniyle kişinin sınır dışı edilmesi de beraberinde gelmesi gibi bir sonuçla karşılaşılacaktı. Benzer örnekleri, alt ve üst sınırları iki yıldan aşağı ve yukarı olan diğer cezaların öngördüğü suçlar için de söylemek mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumun, belki de eşit durumda bulunan kişiler bakımından ciddi bazı eşitsizlikler yaratabileceği düşünülebilmektedir. Bu durumun yarattığı eşitsizlik, belki gerçek bir insan hakkı ihlali ve aynı alana ilişkin bir eşitsizlik olmasa da, söz konusu örnek ve benzerlerinin gerçekleşmesi halinde çeşitli tutarsızlıkların daha somut şekilde ortaya çıkması hukuk uygulamasına zarar verebilecek durumların yaratılmasına yol açabilecek bir olgudur.

Aynı suça başka bir açıdan bakıldığında ise, örneğin trafikte aracıyla giderken yanlışlıkla yayalara çarparak ya da sürücüsü olduğu arabayla bir kazaya karışması sonucu diğer yolcuların yaralanmasına neden olan bir yabancıların, kanunun öngördüğü altı ay ile üç yıl arasındaki süreye dayanarak verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına çarptırılması durumunda, cezasını çekmesinin ardından sınır dışı edilmesi gerçekten de akılcı ve yararlı bir davranış olacak mıydı sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de bütün kurallara, belki de vatandaşlardan daha çok uyarak yaşayan bir yabancı, tamamen kasıtsız ufak bir hata sonucu bu şekilde birilerini yaralaması nedeniyle, “sınır dışı edilmesini gerektirecek kadar” kamu düzenini sarsıcı bir davranışta bulunmadığı düşüncesinde olup, bu bakımdan da otomatik bir sınır dışı uygulamasının uygun bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyiz.

Konuya farklı bir suç üzerinden bakıldığında ise, söz konusu hükümle, adam yaralamaktan çok daha hafif nitelikli sayılabilecek bazı suçlar sonucunda da iki yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezası verilmesi halinde kişinin yine sınır dışı edilmesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Burada, acaba gerçekten de daha hafif suçlarda bile, suçu işleyen kişinin, cezasını çektikten sonra sınır dışı edilmesinin uygun ve yararlı bir sonuç olup olmadığı sorusu akla gelebilmektedir. Bize göre, en azından bu gibi suçlar sonucunda yabancıların sınır dışı edilmesini gerekli kılacak bir neden bulunmamaktadır.

Örneğin bilişim alanında işlenen suçlarla ilgili olarak Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 244. maddesi, ilk bendinde, “Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir hüküm getirmiştir. Bilişim alanındaki suçlar genelde sanal alem denilen soyut mekan üzerinde gerçekleştirildiğinden, bu kişiye verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasının sonucunda sınır dışı edilmesinin gerçekte çok da fiili bir yarar sağlamayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü her ne kadar bu kişi, sonuçta bir suç işlemiş olması nedeniyle sınır dışı edilip toplum dışına çıkarılsa da, bu işlem, tekrar aynı suçu yine Türkiye ve Türkiye’deki kurum ya da bireyler aleyhine işlemesinin önüne geçilmesi gibi herhangi bir sonuca hizmet edemeyecek ve bir güvenlik tedbiri olarak işlevli söz konusu olmayacaktır. Bir başka deyişle bu şekildeki bir suçun işlenmesi için yer ve zamanın değil de teknik donanım sahibi olmanın önem kazandığı eylemlerde kişi, dünyanın neresinde olduğu pek de önemli olmadığından, Türkiye sınırları dışında, binlerce kilometre uzaklarda yalnızca söz konusu donanım ve internet erişimi ile bahsettiğimiz türdeki suçları yine de işleyebilecektir.

Bu durumu daha hafif suçlar bakımından da aynı şekilde değerlendirmek mümkün olup, sınır dışı işleminin, pek de faydalı olmayacağı diğer tipteki suçlar sonucunda uygulanmasının özünde düşünüldüğü kadar yararlı bir çözüm olmayacağı sonucuna ulaşılabilir.

Bu nedenlerle, 59. maddenin yukarıda bahsedilen şekliyle yürürlüğe sokulması, bazı yargıçların, kişinin sınır dışı edilmesini uygun görmemeleri halinde, işlenen suça iki yıldan daha kısa süreli ceza vermeleri ve bu şekilde sınır dışı edilme durumunu fiili olarak ortadan kaldırmaları

eğiliminin belirebilmesini de getirebilecek ve böyle bir durum da, ister istemez verilecek cezanın süresi üzerinde dahi yargıcın takdir yetkisinin etkilenmesi sonucunu doğurabilecek bir hareket olarak da nitelenebilecektir. Olumlu yönden aldığımız bu durum, tam aksine olumsuz bir yaklaşım sonucunda, yani yargıcın aslında iki yıllık bir hapis cezası öngörmeyeceği bir suç sonucunda yalnızca yargılanan yabancı kişinin sınır dışı edilmesini sağlamak için yasal sınırlar içinde kalarak iki yıl veya daha uzun süreli bir ceza vermesi sonucunu da doğurabilecektir.

Söz konusu düzenlemenin yaratacağı bazı sorunların daha aza indirgenebilmesi için yapmış olduğumuz bir öneri

Sınır dışı etme işleminin de düzenlendiği Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un, konuya ilişkin 19. maddesine bakıldığında, "*İçişleri Bakanlığı'nca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur*"; 21. maddesinin ilk fıkrasına bakıldığında da "*Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almaya İçişleri Bakanlığı yetkilidir.*" şeklindeki hükümlerle karşılaşılır. Bu maddelere göre bir yabancının sınır dışı edilmesi, konuyla ilgili makam olan İçişleri Bakanlığının, her olay ve kişiye ilişkin olarak yapacağı ayrı ve özel bir inceleme sonucunda gerekli görülmesi halinde gerçekleştirilir. Bunun aksi bir tutumla sınır dışı etme işlemini, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesinin ilk şeklinde yapıldığı gibi belli ve katı çizgili bir standarda bağlamanın, sınır dışı etmenin ruhuna da aykırı olacağı ortadadır. Çünkü gerçekten de işlenen ve sonunda iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına hükmedilebilen suçların tamamının da kamu düzenini ciddi şekilde bozmadığı ve hatta bu suçların hiç bir kasıt olmadan tamamen taksirle işlenmiş olabileceği olasılığını göz önünde tutmak gerekmektedir.

Bu nedenlerle bizce, takdir yetkisinin kullanılması sonucu bağımsız mahkemelerce verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasını içeren bir karara, kanunun, hiçbir nitelik ayrımı gözetmeden doğrudan bir yaptırım olarak sınır dışı etmeyi de eklemesi özünde sakıncalı bir durumdur.

Elbette ki devletlerin, bazı yabancıların, ülkesinde bulunmasını çeşitli nedenlerle sakıncalı görme ve bunun sonucu olarak da egemenlik yetkilerine dayanarak sınır dışı etme işlemine başvurmaları uluslararası hukukça da kabul edilmiş bir uygulamadır.² Fakat özünde ıslah amacını güden cezalandırmanın sonucunda, kişinin gerçekten de ıslah olmuş şekilde

² Aybay, R., "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2003/2, s. 142.

ceza evinden çıkması durumunda, söz konusu kişinin yabancı da olsa bu aşamadan sonra bir daha hiçbir zararı olmama olasılığı bir yana, Türkiye Devleti ve Türk toplumuna yararlı katkıları olabileceğini de düşünmekte fayda olduğu inancındayız. Bu durumu dikkate almayan bir düşünce ile, mahkum olan her yabancı kişinin sınır dışı edilmesi, belki de ileride gerçekleşmesi olası bazı faydalı durumların daha baştan yok edilmesi anlamına gelmektedir.

Belirli bir süre hapis cezası almış olan yabancıların sınır dışı edilmeleri konusunda bir düzenleme yapılması isteniyorsa bunu, mutlak ve yargıcın takdirine hiç yer bırakmayacak biçimde yapmak yerine cezaların kişiselliği ilkesine daha uygun bir yöntemle yapmanın her zaman daha olumlu ve yararlı bir yaklaşım olacağı inancındayız. Bu konuyla ilgili olarak öne sürülebilecek çözümlerden birinin, bugünkü düzenlemeye paralel haliyle şu olduğunu, belirteceğimiz gerekçelerle her zaman savunmuştuk: Türk Yabancılar Hukuku mevzuatına bakıldığında, yabancı kişilerin durumlarının değerlendirilerek sınır dışı edilmelerinin, daha önce de değinildiği gibi İçişleri Bakanlığı'nın yetkisinde olduğu görülmektedir. Yukarıdaki, sınır dışı işleminin kişilerin her birinin durumlarının ayrı ayrı incelenerek gerçekten gerekli olanlara uygulanmaları düşüncesi temel alınarak izlenecek olan yola göre, herhangi bir suç işlemesi nedeniyle iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezası alan yabancıların dosyalarının Adalet Bakanlığı aracılığıyla İçişleri Bakanlığı'na gönderilmesi ve her bir dosya için yapılacak ayrı değerlendirme sonucunda, hüküm giyen bu kişilerden genel olarak kamu düzeninin gerektirdiklerinin sınır dışı edilmesi yoluna gidilebilmesi mümkündür. Böylece, bugün de kabul edilmiş olan yaklaşımla hem her zaman fayda doğurmayacak bir standardizasyondan kurtulunması hem de cezasını çektikten sonra bazı yabancıların ülkemizde faydalı işlere de katkıda bulunabilmeleri olasılığının açık tutulması durumu sağlanmış olabilecektir.

Bu yolla, bir ceza olarak uygulanmak istenen sınır dışı etmenin, gerçekten yaptırımında bu işlemi de gerektiren suçlar ve kişilere uygulanması ile ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan cezaların kişiselleştirilmesi noktasına da kısmen katkıda bulunulmuş olunur. Aksi takdirde maddenin ilk şeklinde öngörülen düzenlemeyle, yabancıların kişilikleri tamamen gözardı edilerek yalnızca süre bakımından kapsam içine giren her yabancı kişi için başka hiçbir niteliğine bakılmadan cezasını çektikten sonra ikinci bir ceza olarak sınır dışı edilmesi söz konusu olacaktır.³

³ "... kanunun sabit cezalar sistemini benimseyerek, hakimi cezayı suçlunun kişiliğine ve fiilin değişkenlik gösterebilen durumuna uydurabilmek imkanından yoksun hale getirmesi de öylece uygun görülemez." Dönmezer, S. - Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt III*, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 90.

Bu durumu oluşturan söz konusu 59. maddenin eski şekli karşısında, 5275 sayı ve 13 Aralık 2004 tarihli “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”⁴ ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olacak, 13 Temmuz 1965 tarih ve 647 sayılı “Cezaların İnfazı Hakkında Kanun”⁵ un 18. maddesinin de incelenmesi, gelinen aşamayı göstermesi bakımından önemli ve gereklidir. Bu maddeyle, Türk mahkemelerince hapis cezası verilen yabancılardan, bu cezalarını çekmeleri, kısmen ya da tamamen affedilmeleri veya şartla salıverilmelerinin ardından hepsinin değil de yalnızca gerekli görülenlerin, Cumhuriyet Savcılığı’nın talebi üzerine, cezayı veren mahkeme tarafından sınır dışı edilmelerine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

1965 yılında yapılan bir kanunun 1973 yılında değiştirilmiş bu hükmü ile, ceza almış bir yabancının sınır dışı edilmesi için Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine, kararı veren mahkemeye takdir yetkisini kullanma imkanı ve bununla, yapacağı değerlendirme üzerine sınır dışı etmeye ya da etmemeye karar verebilme yetkisi ve de bu yolla cezanın kişiselleştirilmesi imkanı ve yetkisi tanınmıştı. 31 Mart 2005 tarihine kadar söz konusu olan düzenlemeyle, hem yeni Türk Ceza Kanunu’nda hem de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da, cezaların kişiselleştirilmesi ilkesinin göz ardı edilmesi ile, belli bir süre üzerinde ceza alan her yabancının sınır dışı edilmesine karar verilmesinin zorunlu hale getirilmesi hukuk uygulamasında geriye doğru atılmış uzun ve sakıncalı bir adım oluşturmuştu.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 18. maddesinin son fıkrası da, mahkeme kararı üzerine sınır dışı edilen yabancının tekrar Türkiye sınırlarından içeri girebilmesi için beş yıllık bir sürenin geçmiş olması kuralını getirmektedir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra kanunun yürürlükten kaldırılmasıyla bu hükmün de geçerliliği kalmayacağı ve yerine yeni bir hüküm de getirilmediği için, sınır dışı edilen bir yabancının tekrar Türkiye’ye girebilmesi ile ilgili olarak yürürlükte yalnızca, genel hüküm niteliğindeki, Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 22. maddesi kalacaktır. Ceza hukuku bakımından bu durumun önemli bir eksiklik olduğu ve bu konuyla ilgili olarak mutlaka özel bir hükmün konulması gerektiği düşüncesindedir.

Söz konusu maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, cürüm işlemek nedeniyle ağır hapis cezasına çarptırılıp bu cezası çektirilerek sınır dışı edilenlerin Türkiye’ye dönmelerinin herhangi bir süre belirtilmeksizin yasak olduğu ve ancak İçişleri Bakanlığının iznini almak koşuluyla transit geçiş yapabilecekleri hükmünün varlığı görülmektedir.

⁴ RG, 29 Aralık 2004.

⁵ RG, 16 Temmuz 1965.

Günümüzde yabancı yatırımcıları ve yararlı olabilecek diğer yabancı kişileri ülkeye çekmeye çalışırken, belki de ileride bunlardan biri olabilecek yabancıların, işledikleri kasıtlı ya da kasıtsız çeşitli suçlar nedeniyle cezaların verilmesi dışında hiçbir incelemeye tabi tutulmaksızın sınır dışı edilmeleri sonucu Türkiye'ye dönmelerinin de kesinlikle ve süresiz olarak yasaklanmasıyla ileride Türkiye için bu gibi faydalı çalışmalarda bulunmaları, yasaklı oldukları ülkeye karşı yararlı duygular beslemeleri biraz zor bir olasılık olarak kalacaktır.

YTCK 59. maddesi eski şeklinin insan hakları bakımından uygulanabilirliği sorunu

Bu sakıncalara değindikten sonra, eski hükmün, uygulanması sonucunda doğurabileceği fiili sıkıntılara da değinmek gerekmektedir.

Duruma bir yönüyle İnsan Hakları Hukuku açısından yaklaştığımızda, karşımıza İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (AİHS) "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz*" hükmünü getiren 3. maddesi çıkmaktadır. Bu maddeyle öncelikle, sözleşmeye taraf devletlere doğrudan işkence ve genel olarak kötü muamele yasağı getirilirken, diğer taraftan dolaylı olarak kendi işlemleriyle de söz konusu kişilerin bu muamelelere maruz kalmalarına yol açmalarından kaçınmaları kabul edilmiştir. Bu yaklaşıma göre bir kişi, yabancı olarak bulunduğu bir devletin ülkesinden sınır dışı edilecekse, o kişinin sınır dışı edileceği ülkede de işkence ve kötü muameleyle maruz kalmayacağından emin olunmalıdır. Aksi takdire sınır dışı eden devlet de, kendisi doğrudan işkence ve kötü muamelede bulunmasa dahi, kişiyi bilerek, bahsedilen muamelelere maruz kalacağı bir ülkeye sınır dışı ettiği için bu işlemiyle Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı davranmış olacaktır.

Bu nedenle, hükmün değişmemesi halinde, Türk vatandaşı olmayan herkes şeklinde kabul edilen yabancılar hakkında iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezası öngörülmüş olanların sınır dışı edilmelerinin nasıl gerçekleşeceği de önemli bir nokta olarak karşımıza çıkacaktı.

Bu konuyla ilgili olarak dile getirilen bir çözüm, kişinin kendi istediği ülkeye sınır dışı edilmesidir. Böylelikle, kişinin kendi rızası dışında sınır dışı edildiği bir ülkede zarar görmesi nedeniyle, sınır dışı eden devletin, bile bile gerçekleştirdiği bu işlemi nedeniyle işlemiş olacağı insan hakkı ihlalleri bakımından sorumluluğu en aza indirgenebilmiş olacaktır. Ancak bu konuda da her devletin, uyuşu olmayan hiç kimseyi ülkesine kabul zorunluluğu olmaması durumu ile karşı karşıya kalınmakta ve genelde bu yolu fiili bir imkansızlıkla çıkmaz hale getirmektedir. Bu noktaya varılması halinde ise ne olacaktır?

Sınır dışı edilecek kişilerin birden fazla devletin uyruğu olması durumunda, bu kişinin hangi ülkeye sınır dışı edileceği, ya kişinin kendisine bırakılacak, ya da kişinin hiçbir tercihte bulunmaması durumunda Türk makamları tarafından belirlenecektir. Bu yapılırken de insan haklarına en uygun çözümün sağlanabilmesi bakımından kişinin en az sorun yaşayacağı ülkesine sınır dışı edilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Ancak “*en az sorun*” terimini de temkinli kullanmak gerekmektedir. Çünkü diğerine oranla daha az sorun yaratacak bir devlet olsa dahi, bu ikinci devlette de kişi açıkça işkence ya da kötü muameleye maruz kalacaksa oraya da sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

Söz konusu kişinin bir uyruklığı olup da, uyruğu olduğu devlete geri dönmemesi için uluslararası hukukça da kabul edilen haklı nedenleri varsa nasıl bir yöntem izlenmesi gerekecektir? Bu konuda herhangi bir açıklığın olmaması, kişinin herhangi bir ülke tercihinde bulunmaması ya da tercih ettiği devletçe kabul edilmemesi durumlarında bizi, yeni Türk Ceza Kanunu’nun 59. maddesinin ilk şeklinin doğrudan okunması sonucunda yine de kişinin uyruğu olduğu devlete sınır dışı edileceği sonucuna götürmekteydi. Kanun’un eski şekline göre zorunlu olarak uygulanacak bu işlem sonucunda eğer kişinin sınır dışı edildiği ülkesinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı açıksa, bile bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesine aykırı bir davranışta bulunmuş olunacak ve çok sayıda dava ve çok yüksek tutarlarda tazminatların ödenmesi gündeme gelme olasılığı artacaktır.

Sınır dışı edilme konusunda her şeye rağmen kişinin yollanacağı bir ülke bulma bakımından buraya kadar biraz daha kolay sayılabilecek çözüm, yurtsuz kişiler konusuna gelindiğinde ise fazlasıyla zorlaşmaktadır. Çünkü söz konusu kişinin sınır dışı edileceği herhangi bir yabancı devletle muhatap olunması mümkün olmayacak ve çok büyük bir olasılıkla da bu kişinin sınır dışı edilebileceği herhangi bir devlet bulunamayabilecektir. İşte böyle bir durumda kanunun gereği olan işlem nasıl gerçekleştirilebilecektir? Bu konuda izlenecek tutum artık sınır dışı edecek olan devlete kalmış olacaktır. Ancak bu devletin, konumuz açısından ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, sınır dışı edilen kişinin temel insan haklarının ihlal edilmeyeceği bir çözümle bu işlemi gerçekleştirmesi gerekecektir ki, bu da fazlasıyla zor bir durum olup yine çeşitli insan hakkı ihlallerinin işlenmesine yol açabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’de, Sözleşme’nin 3. maddesi üzerinde büyük hassasiyetle durmuş ve yukarıda söz konusu ettiğimiz durumlara benzer olaylara ilişkin olarak maddenin ihlaline ilişkin çok sayıda karar vermiştir.

Örneğin; D./ Birleşik Krallık davasında⁶ sanık, kokain bulundurmaktan tutuklanıp, verilen üç yıllık hapis cezasını çekerken iyi hali nedeniyle bir yıl sonunda şartla salıverilmiş ve kendi isteği olmamasına karşın ülkesi olan St. Kitts'e sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

Ancak söz konusu kişinin ağır AIDS hastası olması ve kendisi için gerekli olan, Birleşik Krallık'ta da ücretsiz olarak sağlanan tedavinin St. Kitts'te bulunmaması nedeniyle sınır dışı edilmesinin bir insan hakkı ihlali olduğu gerekçesiyle AIHM'de dava açılmıştır.

Yapılan yargılama sonunda bu konuya ilişkin olarak, başvurusunun sınır dışı edilmek istendiği St. Kitts'te yeterli gerekli tedavi imkanının olmadığı, buna karşın bu tedavinin Birleşik Krallık'ta ücretsiz olarak çok iyi bir şekilde sağlandığı; ayrıca St. Kitts'te başvurusunun yanında olabilecek uygun durumda bir yakınının da olmadığı saptanmıştır. Bu duruma rağmen söz konusu kişinin St. Kitts'e sınır dışı edilmesinin, kötü olan durumunu daha da kötüleştirileceği ve onun geri kalan kısa yaşamında çok büyük acılar çekmesine yol açacağı, bunun da insanlık dışı bir durum olduğu belirtilerek, bu olaydaki sınır dışı etme işleminin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddeye kesinlikle aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmıştır.⁷

Yine Mahkeme'nin önüne gelen başka bir uyuşmazlık olan Hilal/ Birleşik Krallık davasında⁸ ise, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti'nin bir bölümü olan Zanzibar doğumlu başvuru, ülkesinde üç ay boyunca gözaltında tutulduğu Madema Polis Karakolu'nda, yatamaması için suyla doldurulmuş hücrede günlerce tutulması, bacaklarından ters asılarak burnundan kan gelene kadar bekletilmesi ve zaman zaman da elektrik verilmesi gibi ciddi işkence ve kötü muameleyle maruz kalışı, hatta kardeşinin de yine benzer işlemler sonucu öldüğü gerekçeleriyle Birleşik Krallığa gitmiş ve orada mültecilik statüsü talep etmiştir.

Birleşik Krallık yetkililerince yapılan incelemede bu ölçüde ciddi bir durumun olmadığı sonucuna varılarak başvurusunun Tanzanya'ya sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.⁹

Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık bulmuş ve açıkça, 3. maddenin bu gibi tehlikelerin söz konusu

⁶ D/ United Kingdom; <http://www.echr.coe.int/Hudoc.htm> [1 Şubat 2005]; Başvuru no: 30240/96, Karar tarihi: 2 Mayıs 1997.

⁷ Karar metninde 47. paragraf.

⁸ Hilal/ United Kingdom; <http://www.echr.coe.int/Hudoc.htm> [1 Şubat 2005]; Başvuru no: 45276/99, Karar tarihi: 6 Haziran 2001.

⁹ Karar metninde 59. paragraf.

olabileceği durumlarda yabancıların sınır dışı edilmemesi gerekliliğini de içerdiğini hükme bağlamış ve bu bakımdan Birleşik Krallığın bu hareketinin söz konusu maddeyi ihlal anlamına geldiğine karar vermiştir.

59. Maddenin Değiştirilerek Kabul Edilen Yeni Şekli

Buraya kadar değinilen durumlar ve yaratacağı sakıncalara öğretide de dikkat çekilmiş ve eleştirilmiştir.¹⁰ Bununla birlikte YTCK hakkında geniş olarak toplumda yapılan eleştiriler karşısında TBMM'ye, YTCK'nın yürürlüğe girişini de 1 Haziran 2005 tarihine alan "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*" verilmiştir. Bu Teklif'in ilk halinde YTCK'nın 59. maddesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak söz konusu teklifin TBMM'de görüşüldüğü 30 Mart 2005 tarihindeki 77. birleşimin ikinci oturumunda Teklife birinci madde olarak eklenmesi amacıyla bir önerge verilmiştir. 59. maddenin "*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancıнын durumu, sınır dışı işlemlerinin değerlendirilmesi için idarî makamlara bildirilebilir*" şeklinde değiştirilmesinin istendiği önerge ve getirdiği madde yapılan oylamalar sonucunda kabul edilmiş, ve Teklif'in 1. maddesine bu şekilde girmiştir.

TBMM Genel Kurulu'nda 31 Mart 2005 tarihinde yapılan 78. Birleşim'de ise Adalet Komisyonu, aynı maddenin, metnin 30 Mart 2005 günü yapılan Genel Kurul oturumunda eklenmiş olduğu ve içinde bulunan bazı teknik hataların düzeltilmesi gerekçeleriyle tekrar görüşülmesini istemiştir. Kabul edilen bu istem üzerine Komisyon, 59. maddenin, "*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığı'na bildirilir*" şeklinde değiştirilmesini önermiş, bu madde kabul edilerek, Teklif metninin 1. maddesi olarak yer alması kesinleşmiştir.¹¹ Bu şekildeki 1. maddesiyle, Teklif'in kanunlaşması sonucunda da, YTCK'nın 59. maddesi, son olarak belirttiğimiz bu hüküm ile değiştirilmiş ve kanunlaşmıştır.

¹⁰ Aybay, R., *a.g.e.*, s. 243; Levi, S., "Yeni Türk Ceza Kanunu ile İki Yıl ve Üzeri Hapis Cezası Alan Tüm Yabancılar Sınır Dışı Edilecek. Bu Hüküm Ne Kadar Yerde?"; *Güncel Hukuk*, S. 16, Nisan 2005.

¹¹ Genel Kurul'a sunulan önerge gerekçesi ise şu şekildedir: "Yabancıнын sınır dışı edilmesi konusunda karşılaşılan güçlükler nedeniyle kanun metninde sınır dışı edilebilme hususunda ilgili kişinin durumunun değerlendirilebilmesine yönelik olarak İçişleri Bakanlığı'na takdir yetkisinin tanınmasının daha yerinde olacağı düşüncesiyle işbu önerge verilmiştir."

Görüldüğü gibi, yeni düzenlemeyle öncelikle, maddenin ilk şeklinde bulunan süreye ilişkin hüküm kaldırılmış ve her uzunluktaki hapis cezası için sınır dışı işleminin söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

İkinci ve daha önemli nokta ise, eski düzenlemeyle yargıcın takdir yetkisini kaldıran anlayışa burada yer verilmemesi ve yargıcı, belli bazı kişileri sınır dışı etmek zorunda bırakmayarak bu konuyla ilgili olarak yargıcı değil, daha isabetli bir şekilde idareyi yetkilendirmesidir. Böylece hapis cezası alan her yabancı, şartla salıverilme ya da cezasının infazının ardından İçişleri Bakanlığı'nca, kişiliği göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilecek ve gerçekten kamu düzeni ya da benzeri kurumlara zarar verip vermeyeceklerine göre sınır dışı edilmelerine ya da edilmemelerine karar verilecektir.

Sonuç

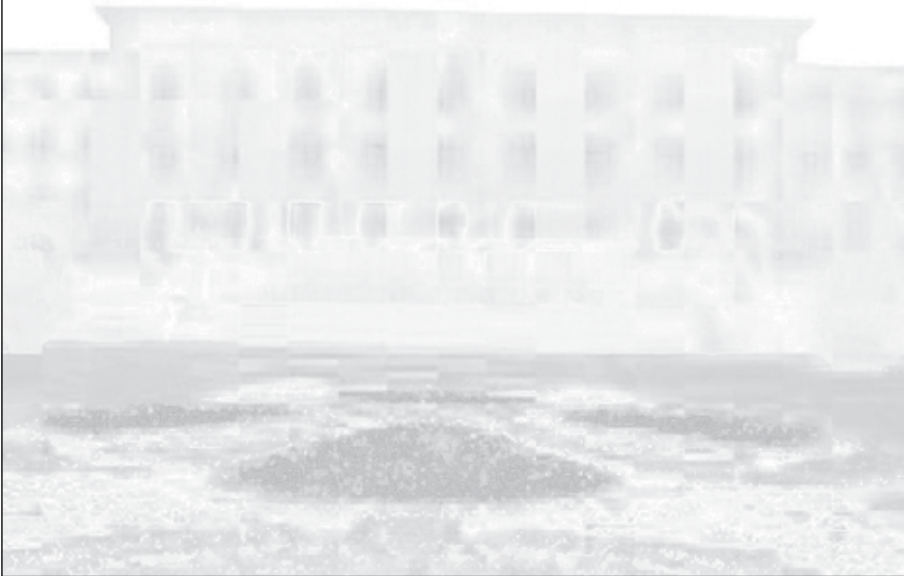
İşte başlangıçtan beri ortaya koymaya çalıştığımız tüm bu nedenlerle, her fırsatta yabancıları sınır dışı etme girişimi, yukarıda belirttiğimiz pek de hoş olmayan sonuçlar verebilecek bir yaklaşımdır. Buna dayanarak, gerekli gereksiz, yukarıda anlatılan her kapsama giren yabancı kişilerin tümünü sınır dışı etmek yerine, yapılacak bir değerlendirme sonucunda gerçekten zorunlu sayılmayabilecek bazılarını bu işlem dışında tutma yaklaşımı ile, hem kişilerin haklarının ihlal edilmesi olasılığı daha düşük tutulabilecek, hem devlet sınır dışı etme sorunuyla daha az uğraşacak, hem de daha önce de değindiğimiz gibi, belki de cezasını çeken bazı yabancılar sınır dışı edilmeyerek devlete ve topluma yararlı kişiler olarak ülkede barındırılabilir.

İşte 59. maddenin kabul edilen yeni şeklindeki düzenlemeyle, daha önce de değindiğimiz gibi çağdaş hukuk bakımından geriye doğru bir gidişin önüne geçilmiş ve hem yabancılar hukukunun hem de ceza hukukunun konuya ilişkin genel esaslarına daha uygun bir düzenleme getirilmiş, ayrıca insan hakları hukuku bakımından sorunlu bir konuyla yüzleşme olasılığının da daha düşük bir seviyede tutulması sağlanmıştır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAŞKA ~~N~~ LİK SİSTEMİ



ÇIKTI !..

TÜRK HUKUKUNDA SUÇSUZLUK KARİNESİ VE SONUÇLARI

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ*

GİRİŞ

Ceza yargılamasının amacı hukuk düzenini ve barışı yeniden kurmaya yarayan maddi gerçeğe ulaşmaktır.¹ Ancak ceza yargılamasında maddi gerçek ne pahasına olursa olsun araştırılmamakta, bu faaliyetin yargılama kurallarına uygun olarak insan hakları ihlal edilmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması sanık hakları olarak da nitelendirilen bir takım ilkelerle sınırlandırılmakta, sanığın kendisine kanunların tanıdığı hak ve yetkileri gereği gibi kullanabildiği bir süreç sonunda ulaşılan gerçeğe değer verilmektedir. Aşağıda ceza yargılamasına yön veren temel ilkelerden biri olan “suçsuzluk karinesi” üzerinde durulacaktır. Karinenin niteliği, kapsamı, gerek

* DPÜ Kütahya İİBF Kamu Yönetimi Bölümü öğretim üyesi.

¹ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 1996, s. 3. Bu amaç, ceza yargılamasının tarihi süreç içinde ulaştığı son aşama olup, bundan önce suçluların cezalandırılması ve sanığın korunması safhalarını geçirmiştir. Suçluların cezalandırılmasının amaçlandığı ilk devre 18. yüzyılın yarısına kadar sürmüştür. Bu dönemde ceza yargılaması suçlunun cezalandırılması için bir araçtır. Sanık ile suçlu arasında bir ayırım yapılmamıştır. Sanığın suçluluğu önceden kabul edilmiş, onun beraati ihtimali bu amaca aykırı sayılmıştır. “Hukuki vesayet” diye de adlandırılan sanığın korunması safhası 18. yüzyılın ikinci yarısında zamanın felsefi ve liberal akımlarının etkisiyle devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen, kişiyi koruyan bir yargılama sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Sanık, suçluluğu henüz sabit olmadığından masum sayılmış ve korunmuştur. Hakimlerin keyfi hareketlerine ve sanıkları suçlu görmek eğilimlerine karşı bir tepkinin ifadesi olan bu safhanın temel ilkesi, “kişi suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılır” prensibidir. Bkz., Cihan, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, *İÜHF.M.*, C. XXVIII, 1963/3-4., s. 709; Kunter, Nurullah - Yenisey Feridun, *Muhakeme Hukukunun Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 23-24; Cihan, Erol, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Sijesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İÜHF.M.*, C. L, 1984/1-4, s. 144.

ceza hukuku gerekse ceza yargılaması hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi pratiği de dikkate alınarak incelenecektir.

I. GENEL OLARAK

Suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını ifade eder.² Bazen suçsuzluk karinesi, bazen de masumluk karinesi olarak adlandırılan bu kavram³ ilk defa ve açıkça 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9. maddesinde tutuklulukla ilişkili olarak "*Her insan, suçlu olduğu bildirilinceye kadar suçsuz sayılacağından, onun tutulması gerekli görül­düğü zaman, kendisini elde tutmak için gereken sıklıktan artık bir sertlik yasayla ciddi biçimde cezalandırılmalıdır*"⁴ şeklinde temel insan hakları katalogundaki yerini almıştır.⁵ İlke daha önceleri buna riayet edilmemekle birlikte İngiltere'de de bilinmekteydi. Ancak ilkeye ilk kez Amerika'da Rhode Island Anayasası'nda açıkça yer verilmiştir⁶

Karine, insan hakları konusunu bütün dünyaya mal eden 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 11/1) ve 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde de (İHAS) (m. 6/2)⁷ yerini almıştır. Türkiye, gerek 1948 tarihli Bildirge'ye gerekse 1950 tarihli Sözleşme'ye taraftır. Diğer taraftan karine, her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş ise de, yasama, yargı ve yürütmeyi bağlayan ilke olarak mevzuattaki yerini⁸ 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde almış bulunmaktadır.

² Dönmezer, Sulhi, *Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 67; Kunter - Yenisey, kn: 241.

³ Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48, 1999/1-4, s. 135.

⁴ Madde metni için bkz., Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 2. Baskı, Ankara 1994, s. 80.

⁵ Schubarth, Martin, *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldvermutung*, Basel-Stuttgart 1978, s. 1.

⁶ Schubarth, s. 1.

⁷ Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrası, "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır*" şeklindedir.

⁸ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 67.

II. SUÇSUZLUK KARİNESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Karine hukuk dilinde bilinenden bilinmeyi çıkarılmaya yarayan hukuki istidlallere verilen addır.⁹ Diğer deyişle karine, bir hüküm vermek için “*tecrübe kuralı ile karşılaştırma*” denilen faaliyetin daha önceden benzer olaylar dolayısıyla yapılması ve gelecekteki bütün olaylarda uygulanacak mücerret sonucun önceden çıkarılmasıdır.¹⁰ Karine, vicdani kanaate ulaşmada veya ispat ameliyesinde başvurulmuş bir işlemdir.¹¹

Suçsuzluk karinesinde ise, böyle gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılması söz konusu değildir. Suçsuzluk karinesi, kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektiren temel bir hakır.¹²

Suçsuzluk karinesi geleneksel bir hukuk ilkesi olmasının dışında,¹³ hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucu olarak da kabul edilmektedir.¹⁴ Karinenin insan haklarına saygı prensibi çerçevesinde muhtevası belirlenmekte ve sınırı çizilmektedir. Suçsuzluk karinesi, manevi sorumluluk esasına dayanan maddi ceza hukukunun sonucu olarak yorumlanmaktadır.¹⁵

İnsana saygı düşüncesinden kaynaklanan suçsuzluk karinesinin¹⁶ hukuki niteliği hakkındaki görüşler farklıdır. Bir görüşe göre suçlu sayılmamaın diğer anlamı masum sayılmaktır, bunun başka bir oluş imkanı yoktur. Suçsuz sayılma kesin bir yargı değil, sadece bir varsayımdır.¹⁷ Şüphelinin

⁹ Karine sözlük anlamı itibariyle, karışık bir iş veya meselenin anlaşılmasına ve çözümlenebilmesine yarayan izi, ipucunu ifade eder. Bir durumun anlaşılmasına yardım eden hal ve belirti olarak da tanımlanmaktadır. Bkz., *Meydan Larousse, C.: 7*, İstanbul 1988, s. 13.

¹⁰ Kunter - Yenisey, s. 559. Karine bir ihtimal hükmüne dayanır. Daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak ve dolayısıyla daha iyi bir sonuca varmak mümkün değilse “çok defa böyle olur” denilerek karine kabul edilir. Karine mahiyeti itibarıyla daima olumludur, yani bir delilin sağlamlığını, içeriğinin doğruluğunu ifade eder. Olumsuz ihtimal, yani sağlam olmamak hesapta vardır. Bkz., Kunter - Yenisey, s. 559.

¹¹ Feyzioğlu, s. 138-139.

¹² Feyzioğlu, s. 139.

¹³ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 67.

¹⁴ Rüping Hinrich, *Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren-Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens*, ZStW., 1979/91, s. 357-358; Schubarth, s. 2; Frowein Jochen Abr./Peukert Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Kehl, Strassburg, Arlington, Engel 1996, s. 280; Villiger Mark E., *Handbuch Der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zurich 1993, s. 287.

¹⁵ Schubarth, s. 2, dpn. 7.

¹⁶ Yüce, Turhan Tufan, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, *TBB*, 1988/1, s. 160.

¹⁷ Yüce, s. 160.

suçluluğunu ortaya koyan mahkeme hükmüyle çürüyecek bir karinedir. Ancak bu safhaya kadar da herhangi bir vesileyle şüpheleri üzerine çeken kimseyi gerçeği araştırmadan suçlu saymaya kolayca eğilim gösteren kamu oyuna karşı hukukun bir uyarısı olarak kalacaktır.¹⁸

Katıldığımız aksi yöndeki görüş ise suçsuzluk karinesinin hukuki mahiyeti ceza yargılamasının amacından hareketle açıklamaktadır.¹⁹ Buna göre, kamu davasının amacı sanığın suçluluğu yönündeki iddiayı araştırmak ve onu suçlu ise cezalandırmak, suçsuz ise beraat ettirmektir.²⁰ Bu amaca ulaşıncaya kadar sanık hakkında gerekirse tutuklamaya kadar varan tedbirler alınabilecektir. Eğer sanık baştan masum sayılırsa, bu tedbirlerin alınış sebebi açıklanamaz.²¹ Öyleyse, sanığı önceden masum saymadığımız gibi suçlu da sayamayız. Sanık ne masumdur, ne suçludur. Sadece suçlu sanılan kimsedir. Hukuki durumu, suçlu ile masum arasındaki çizgidedir.²² Bu nedenle klasikleşmiş “*masum sayılır*” formülünün yerine, “*suçlu sayılmaz*” denilmesi daha doğrudur.²³ Zira, sanık hükme kadar suçlu sayılmasın demekle, masum farz edilsin demek aynı şey değildir.²⁴ Bu nedenle ilkenin, Anayasa’da (m. 38/4) “*suçlu sayılmaz*” şeklinde formüle edilmiş olması yerindedir. Ancak böyle bir kabul ile, hem henüz mahkum olmamış kişinin suçlu sayılmadığından cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanık iken hakkında bazı yargılama tedbirlerinin alınmasının nedeni açıklanmış olmaktadır.²⁵

Suçsuzluk karinesi, sanığa mahkemelerin tarafsızlığı garantisi veren, onun kusuru ispat edilmezden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz bir hakır.²⁶ Gerçekten suçsuzluk karinesi, Anayasa’nın temel haklar ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının “*kişinin hakları ve ödevleri*” başlığını taşıyan ikinci bölümünde hakların korunmasıyla ilgili bir ilke olarak belirtildikten sonra, yine Anayasa’nın ikinci kısmının birinci bölümündeki genel hükümler arasında yer alan temel hak ve hürriyetlerin kullanımının

¹⁸ Yüce, s. 160.

¹⁹ Kunter - Yenisey, s. 27; Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, 5. Bası, Ankara 1978, s. 161; Cihan, 50. *Yılda*, s. 144.

²⁰ Kunter - Yenisey, s. 27; Erem, *Ceza Usulü*, s. 161; Cihan, 50. *Yılda*, s. 144; Feyzioğlu, s. 136.

²¹ Tutuklama ve suçsuzluk karinesi arasındaki ilişkiyi açıklamaya yönelik diğer görüşler hakkında bkz., Schubart, s. 27-28.

²² Feyzioğlu, s. 138.

²³ Kunter - Yenisey, s. 27.

²⁴ Erem, *Ceza Usulü*, s. 161.

²⁵ Kunter - Yenisey, s. 27; Cihan, 50. *Yılda*, s. 144.

²⁶ Schroeder, Friedrich Christian - Yenisey, Feridun - Peukert, Wolfgang, *Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi*, İstanbul 1999, s. 30; Ruping, s. 358.

durdurulmasıyla ilgili 15. maddesinin 2. fıkrasında “...Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” şeklindeki bir hükümle savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan çekirdek haklar kategorisine dahil edilmiştir.²⁷ İHAS bakımından dokunulmaz çekirdek haklar kategorisi (m. 15) yaşama hakkı (m. 2), işkence ve benzeri kötü muamele yasağı (m. 3), kölelik ve kulluk yasağı (m. 4) ve ceza kanunlarının geriye yürümemesi hakkından (m. 7) oluşmaktadır.²⁸ Bu nedenle, 1982 Anayasası suçsuzluk karinesini İHAS’a oranla daha fazla güvenceye almıştır.

III. SUÇSUZLUK KARİNESİNİN UYGULANABİLİRLİK ŞARTI - BİR SUÇ İSNADININ VARLIĞI

Suçsuzluk karinesinin uygulanabilmesi için bir suç isnadının bulunması gerekmektedir. Bu şart, Anayasa’nın 38. maddesinin 4. fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar...” ve İHAS m. 6/2. fıkrada “Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar...” suçsuz sayılır şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, suçsuzluk karinesinin ileri sürülebilmesi kişi hakkında bir suç isnadının bulunmasına bağlı kılınmıştır. Bu noktada iki hususun önem kazandığı görülmektedir: a. Acaba suç kavramından ne anlaşılmalıdır, b. Bir suç ile itham edilmekten maksat nedir.

A. Suç Kavramının Anlamı ve Kapsamı

Sözleşme’ye taraf devletler herhangi bir fiili Sözleşme’de korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmemek kaydıyla suç haline getirmekte serbesttir-

²⁷ Feyzioğlu, s. 136. Anayasa’nın 15. maddesinin gerekçesi aşağıdaki gibidir: “Bu maddenin ikinci fıkrası savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi hiçbir sebep ve surette durdurulamayacak, ihlal edilemeyecek hak yahut hürriyetleri sınırlı bir şekilde saymış bulunmaktadır. Bunlar, fıkradan kolayca anlaşılabilir gibi, 17 nci maddenin son fıkrası hükmü saklı kalmak üzere yaşama ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı, ceza hükümlü kanunların geçmişe yürümeyeceği, suçsuzluk karinesi ve kendilerine ait maddelerde belirttikleri anlamda ve içerikte din ve vicdan, düşünce ve kanaat hürriyetidir”. Bkz., Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1988, s. 19.

²⁸ Bkz., Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1994, s. 8 vd.

ler.²⁹ Taraf devletlerin kendi mevzuatlarında idari suçlar öngörmeleri de mümkündür.³⁰ İç hukukun suç saydığı fiil Sözleşme uygulamasında da suçtur. Buna karşın, iç hukukun suç olarak nitelenmediği bir fiil Sözleşme anlamında suç oluşturabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Mahkemesi (AİHM) bir fiilin 6. madde anlamında suç sayılıp sayılmayacağını; a. Bu fiilin iç hukuktaki niteliği, b. Bu fiilin ait olduğu alan, yani bu fiil ceza hukukuna mı, disiplin hukukuna mı, yoksa her ikisine birden mi ait olduğu (sınırlı bir meslek grubunu yahut toplumun bütününe yönelik olup olmadığını), c. Söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlık derecesi gibi kıstasları göz önüne alarak belirlemektedir.³¹

Mahkeme bu temel prensipleri belirlediği Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında, askerlik hizmetini yapmakta olan bir kişinin silahlı kuvvetler faaliyetlerine ilişkin kanuni düzenlemeye aykırı bir fiilinin ya da ihmalinin kural olarak disiplin suçunu oluşturduğu tespitinde bulunmuş; ancak, suçun niteliğinin yanı sıra verilen cezanın da ağırlık derecesini göz önünde tutulması zorunluluğuna dikkat çekmiş ve kişinin uzun süre hürriyetinden yoksun bırakılmasını (olayda üç aylık bir disiplin cezası söz konusudur) ceza hukuku yaptırımı olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle, başvuru sahiplerinin 6. maddenin koruması altında olduğunu belirtmiştir.³²

AİHM disiplin yaptırımları ile cezai yaptırımlar arasındaki farkı Weber davasında ortaya koymuştur.³³ Buna göre disiplin müeyyidelerinin ortak özelliği, belli bir gruba mensup üyelerin gruba ilişkin davranış kurallarını ihlal etmeleri halinde uygulanıyor olmasıdır. Eğer söz konusu kural ilgili grup dışındaki kişilere, yani daha geniş bir kesime hitap ediyorsa, artık gerçek anlamda bir disiplin kuralı değildir ve içerdiği müeyyide de disiplin müeyyidesi olarak nitelendirilemez.³⁴

²⁹ AİHM'nin Engel ve diğerleri/Hollanda kararı, 08.06.1976, A 22, s. 34, §81; zikreden: Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994, s. 248; Ayrıca bkz., Feyzioğlu, s. 146; Hasler-Müller Elisabeth, *Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren Zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens*, Huber Druck AG, Entlebuch 1998, s. 6-7.

³⁰ Feyzioğlu, s. 146; Hasler, s. 7.

³¹ Bkz., Gölcüklü - Gözübüyük, s. 248; Feyzioğlu, s. 147; Çavuşoğlu, s. 27. Mahkemenin benzer diğer kararları için bkz., Gölcüklü - Gözübüyük, s. 248; Hasler, s. 7.

³² Çavuşoğlu, s. 27.

³³ Olayda, gazeteci olan Weber yürütülmekte olan bir ceza soruşturmasının gizliliği kurallarını bir toplantısı sırasında ihlal ettiği gerekçesiyle, duruşma yapılmadan, dosya üzerinden yürütülen bir yargılama sonuncunda mahkum olmuştur. Bkz., Feyzioğlu, s. 147.

³⁴ Feyzioğlu, s. 147; Hasler, s. 8.

Bu çerçevede, suçsuzluk karinesinin hukukumuz bakımından uygulama alanının tayininde “bir suç isnadının” varlığı şartını İHAS uygulamasını dikkate alarak belirlemek gerekmektedir. Özellikle, özgürlüğü kısıtlayıcı disiplin cezalarının uygulandığı sahalarda karine ihlal edilmemelidir.

B. Bir Suç İle İtham Edilmenin Anlamı ve Kapsamı

Sözleşme’deki anlamıyla suç isnadı deyimi iç hukuktaki nitelermelerden bağımsız otonom bir kavramdır.³⁵ AİHM bir suçlamanın bulunup bulunmadığını belirlerken, ithamın şekline, zamanına veya bunu gerçekleştiren makamın sıfatına değil isnadın içeriğine ve konusuna bakmaktadır. Bir kişinin suç şüphesi üzerine yakalanması veya tutuklanması, onun hakkında hazırlık soruşturmasının başlatılmış olması, ilgilinin durumunu etkileyeceğinden “suç isnadı” sayılmaktadır.³⁶ Diğer bir deyişle, suç isnadı ceza davası açılmadan da söz konusu olabilecektir. Çünkü İHAS m. 6’nın amacı genel bir ifadeyle savunmanın haklarını güvenceye almaktır. Bu nedenle, devletin suç işlediği şüphesine dayanarak yaptığı eylem ve işlemlerin bir kişiyi esaslı bir şekilde etkilediği andan itibaren İHAS m. 6’nın uygulanması gerekmektedir.³⁷

Bu çerçevede hukukumuz bakımından suçsuzluk karinesi, kişinin geniş anlamda sanıklık statüsü kazanmasıyla işlerlik kazanacak ve soruşturmayı yürüten organları bağlayacaktır. Bilindiği gibi ceza yargılaması bir kişinin suç teşkil eden bir hareketi yapıp yapmadığı konusundaki basit başlangıç şüphesi ile başlar.³⁸ Bu şüphe kuvvetlenirse yargılama devam eder, şüphenin yerine belirlilik ve kesinlik geldiğinde sona erer.³⁹ Şüphenin belli bir kişi hakkında hazırlık soruşturmasının başlatılmasına yetecek oranda kuvvetlenmesi ile şüpheli ortaya çıkar.⁴⁰ Şüphelilik statüsünün başladığı

³⁵ AİHM’nin Adolf/Avusturya, (2.3.1982, A 49, s. 15, §30), Wemhoff/Belçika (27.6.1968, A 7, s. 26, §19) ve Engel et Autres/Hollanda (8.6.1976, A 22, s. 34, §81) uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarında vardığı sonuçlar bu yöndedir. Bkz., Gölcüklü - Gözübüyük, s. 247.

³⁶ Bkz., AİHM’nin Wemhoff/Belçika (27.6.198, A 7, s. 26-27, §19), Deweer/Belçika (s. 24, §44-46), Eckel/Almanya (15.7.1982, A 51, s. 33 ve 35, §73 ve 77) uyuşmazlıkları; zikreden: Gölcüklü - Gözübüyük, s. 247-248; Feyzioğlu, s. 145.

³⁷ Feyzioğlu, s. 145.

³⁸ Kanunumuzun hazırlık soruşturmasının başlaması açısından aradığı basit şüphe somut olaylarla ortaya konmuş bulunan ve Kriminallistik biliminin verilerine göre, kovuşturulabilir bir suçun varlığı saptandığı için mevcudiyeti kabul edilen şüphedir. Bkz., Kunter - Yenisey, s. 402.

³⁹ Kunter - Yenisey, s. 400.

⁴⁰ Şüpheli kavramı, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 94. maddesinde, “bir suç işlemek veya buna iştirak etmek veya yataklık etmek şüphesi altında bulunan şahıs ...” şeklinde dolaylı olarak tanımlanmıştı. Bkz., Kunter - Yenisey, s. 404; Gökçen Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada El koyma

an, bir kişi hakkında hazırlık soruşturmasının başladığı andır. Ancak, bu kişi hakkındaki şüphe, henüz ona bir suç isnadı yapılacak kadar kuvvetli değildir.⁴¹ İşte, ilgilinin kendisi hakkında yapılan hazırlık soruşturması araştırmalarından haberdar olması gerekmezden kovuşturma makamlarının somut şüphelere dayanarak bir kişi hakkında soruşturma ve araştırmalara başlaması, ilgiliyi geniş anlamda sanık statüsüne sokar ve bu kişi suçsuzluk karinesinin getirdiği güvencelerden faydalanmaya başlar.⁴²

IV. SUÇSUZLUK KARİNESİNİN UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Suç ithamının, ilgilinin kendisi hakkında yapılan hazırlık soruşturması araştırmalarından haberdar olmasından bağımsız bir şekilde, kovuşturma makamlarının somut şüphelere dayanarak bir kişi hakkında soruşturma ve araştırmaları gerçekleştirilmesiyle başladığı yukarıda belirtildi. Bu nedenle suçsuzluk karinesi sadece kovuşturma aşamasında değil, suçlama anından itibaren yargılamanın tüm aşamalarında ve dolayısıyla hazırlık soruşturmasında da etkilidir.⁴³ Ancak bunun sadece kovuşturmanın hüküm safhasında geçerli olacağını belirten yazarlar da vardır.⁴⁴

Kanaatimizce doğru olan ilk görüşür. Çünkü, sanık suç işlediği sanılan kimsedir. Bir kimsenin şüpheli olması, diğer ifadeyle sanıklık karineyi ortadan kaldırmaz. Hatta karinenin hazırlık soruşturmasındaki önemi daha büyüktür.⁴⁵ Bu görüşe karşı, hazırlık soruşturmasında sanığın özel bir sta-

(Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994, s. 66 vd. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 74. maddesine göre şüpheli, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan kimsedir.

⁴¹ Kunter - Yenisey, s. 404; Şahin, *Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 44.

⁴² Buna karşın bir kişi kural olarak aleyhinde kamu davasının açılması ile sanık durumuna girer. Ancak, suç şüphesi altında bulunması nedeniyle hakkında ifade alma veya sorgulama için celb veya tutuklama istemi veya yakalama gibi bir ceza yargılaması işlemi yapılan kişiye de sanık denilmektedir. Geniş bilgi için bkz., Kunter - Yenisey, s. 404-405; Yurtcan, *Ceza Yargılaması*, s. 159; Taner, M. Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 2. Baskı, İstanbul 1950, s. 118; Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul 1982, s. 28; Şahin, s. 31-38; Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir 1996, s. 18-22. Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa R. - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2000, kn: 318.

⁴³ Demirbaş, *Hazırlık Soruşturmasında*, s. 69.

⁴⁴ Donay, s. 115-116.

⁴⁵ Koca, Mahmut, *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*, (İÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 1998, s. 87.

tüsünün bulunduğu ve belli haklara sahip olduğu itirazı ileri sürülebilirse de; buna hazırlık soruşturmasında bir suçluluk ihtimalinin söz konusu olduğu ve bu ihtimalin karineyi bertaraf edemeyeceği şeklinde cevap vermek mümkündür.⁴⁶ Esasen karinenin amacı sanıkla ilk temasa geçen yetkililerin bu kimsenin suçsuz olabileceğini düşünerek hareket etmelerini sağlamaktır.⁴⁷ Şu halde, savcı ve kolluk şüpheliyi araştırarak, şüphelinin kamu davasını açmaya imkan verecek derecede güçlenmesiyle sanık kovuşturma safhasına nakledilecek ve artık karineden tam olarak faydalanacaktır.⁴⁸ Ceza yargılamasının başında kuvvetli olan karine yargılama ilerledikçe, deliller kuvvetlendikçe zayıflayacak ve nihayet suç ispat edildiğinde ise ortadan kalkacaktır.⁴⁹

AIHK önceleri suçsuzluk karinesinin sadece esas hakkında hükmü verecek yargıcı bağladığını kabul etmiş ve bu kuralı hazırlık soruşturmasında uygulamamıştı. Fakat daha sonra ilkenin bütün resmi makamlar huzurunda geçerli olduğu yönünde kararını revize etmiştir.⁵⁰ Komisyon bu hususta ilk incelemesini Petra Krause/İsviçre davasında adalet bakanının televizyonda şüphelinin -muhtemel terörist- tutuklanması hakkında “o bir çok bombalama eyleminin sorumlusudur ve sonucuna katlanmalıdır, yargılamayı bilmiyorum” yönündeki açıklamaları üzerine yapmış ve şüphelinin sorumluluğuna vurgu yapılmasına rağmen yargılamanın sonucu açık bırakıldığı için karinenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁵¹ Buna göre, ceza soruşturması ile ilgili şüphe sebepleri, yakalanma ve suç itirafı gibi bilgiler kamu oyuna duyurulabilir; ancak resmi makamlar açıklamalarında kişiyi suçluymuş gibi göstermekten kaçınmalıdır. Suçsuzluk karinesi ilkesi her türlü ceza yargılamasında uygulanan usulü bir güvence olmasının dışında, sanık durumundaki kişilere suçluluğu yetkili bir mahkeme tarafından kanunen kanıtlanmadan önce suçlu muamelesi görmesini engelleyen temel bir prensip olarak değerlendirilmelidir.⁵²

AIHM’ye göre de, suçsuzluk karinesinin etkisi ceza davasının yalnızca sonucuyla sınırlı değildir. Suçlama anından itibaren yargılama faaliyetinin

⁴⁶ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 68.

⁴⁷ Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 134.

⁴⁸ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 70.

⁴⁹ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 30.

⁵⁰ Frowein - Peukert, s. 284; Villiger, s. 287; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 269; Çavuşoğlu, s. 39; Feyzioğlu, s. 149-150; Grabenwarter, Christoph, *Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı* (IHAS m. 6), (Çev: Can, Osman), “Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3”, *Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004, s. 243.

⁵¹ Frowein - Peukert, s. 284-285; Villiger, s. 289; Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 34.

⁵² Frowein - Peukert, s. 284-285; Villiger, s. 289; Çavuşoğlu, s. 39-40; Feyzioğlu, s. 150.

tüm aşamalarında⁵³ ve tüm resmi makamlar önünde geçerlidir. Mahkeme, örneğin, Allenet de Ribemont/F. olayında, Fransız iç işleri bakanının ve polis müdürlerinin bir televizyon konuşmasında davacıyı tanınmış bir politikacının öldürülmesinde kışkırtıcı olarak nitelendirmelerini,⁵⁴ başka bir olayda soruşturmayı yürüten savcının sanığın bir yardım kuruluşunun paralarını hileli bir şekilde amacı dışında kullandığını söylemesini suçsuzluk karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁵

B. Davanın Esasına Girilmediği Haller ve Asıl Dava ile Bağlantılı Davalar Açısından Suçsuzluk Karinesi

Suçsuzluk karinesi, davanın esasına girilmediği durumlarda ve asıl dava ile bağlantılı diğer davalarda da geçerlidir.⁵⁶ Mineli/İsviçre davasında,⁵⁷ yerel mahkeme davayı işin esasına girmeden zamanaşımı nedeniyle düşürmüş, fakat mahkeme giderlerinin davalı tarafından (AİHM önünde davacı) ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararını davalının “*görünüşe göre*” ve “*büyük ihtimalle*” mahkum olacağı öngörüsüne dayandırmıştır. AİHM ise, bu öngörünün muhtemel bir kusurluluk kabulü olduğunu, İHAS 6/2. maddenin ceza davasının tamamında uygulanması gerektiğini vurgulayarak taraf devleti mahkum etmiştir.⁵⁸ Aynı şekilde, I ve C/İsviçre olayında da, İsviçre yerel mahkemesi davayı zamanaşımı nedeniyle düşürmüş ve fakat davalının “*suçlu*” ve “*ısrarcı bir şekilde kanunu ihlal eden*” bir kişi olduğundan bahisle dava masraflarını ona yüklemiştir. AİHK olayda suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁹

AİHM’ye göre, bir ceza yargılaması sırasında tutuklanan sanığın beraat ettikten sonra talep ettiği tazminatın reddedilmesi suçsuzluk karinesi ihlal etmez. Ancak tazminat talebinin reddine ilişkin kararda sanığın suçluluğunu ima eden gerekçeler kullanılmamalıdır.⁶⁰

Englert olayında, davacı yerel mahkemede şiddet sebepli görevi ihmal suçundan mahkum olduğu halde, ırza geçme suçundan beraat etmiş ve bunun üzerine davacı yargılamada tutuklu kaldığı süreler için devletten

⁵³ Bkz., Mahkemenin Minelli/İsviçre davasında verdiği 25.3.1983 ve Lutz/Federal Almanya davasında verdiği 25.8.1987 tarihli kararlar. Gölcüklü - Gözübüyük, s. 268; Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 29-30.

⁵⁴ Frowein - Peukert, s. 285; Feyzioğlu, s. 150.

⁵⁵ Frowein - Peukert, s. 285.

⁵⁶ Frowein - Peukert, s. 287-288; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 268; Grabenwarter, s. 243.

⁵⁷ Dava konusu olay hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Frowein - Peukert, s. 288.

⁵⁸ Villiger, s. 289-290; Frowein - Peukert, s. 288; Feyzioğlu, s. 150.

⁵⁹ Villiger, s. 290.

⁶⁰ Grabenwarter, s. 243; Feyzioğlu, s. 152; Frowein - Peukert, s. 287.

tazminat talep etmiştir. Bu talep, Alman yerel mahkemesince sanığın tutuklanması anında suçsuzluk karinesini çürüten çok sayıda sebebin bulunduğu, bu nedenle mahkumiyetin beraata göre daha muhtemel olduğu gerekçeyle reddedilmiştir.⁶¹ Aynı şekilde, Luzt olayında “belgelerin durumuna göre ilgilinin büyük ihtimalle mahkum olacağından” ve Nölkenbockhoff olayında ise⁶² “yerel mahkemenin temyiz edilen kararının muhtemelen onaylanacağından” bahisle yerel mahkemeler tarafından ilgililerin tazminat talepleri reddedilmiştir. Bu kararlar, AİHM’ce suçsuzluk karinesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Komisyon bu olaylarda genellikle suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine karar verirken, Mahkeme bu ifadeleri suçluluğun tespiti değil yalın bir suçluluk tahmini, şüphenin dile getirilmesi (Schuldprognosen) olarak değerlendirmiş⁶³ ve m. 6/2’nin ihlali iddiasını reddetmiştir.

Buna karşın Sekanina/Avusturya davasında, adam öldürmek suçundan delil yetersizliğinden beraat eden davacı (yerel mahkeme önünde sanık) tutuklu kaldığı süreler için tazminat talep etmiştir. Davacının bu talebi, konuya ilişkin Avusturya Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrası böyle durumlarda tazminata hükmedilebilmesini şüphelerin yenilmiş olmasına bağlı kıldığından reddedilmiştir. Komisyon bu olayda suçsuzluk karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve Mahkeme de bu kararı onaylamıştır. Mahkeme’ye göre, ceza yargılamasının işin esasına girilmeksizin sona erdirildiği durumlarda şüphe dile getirilebilir. Ancak, kesin hükümle beraat kararı verildikten sonra, artık şüphe gerekçe gösterilerek uyuşmazlıkla ilgili bir diğer işlem yapılamaz. Bu nedenle, beraat kararı verildikten sonra şüphenin devam ettiği gerekçeyle talep edilen tazminatın reddi, suçsuzluk karinesinin ihlalidir. Mahkeme burada başka bir hususa daha dikkat çekmiştir. Tazminat talebine ilişkin yargılamayı yapan mahkeme beraat kararı ile bağlı değildir; bilakis tazminat talebine ilişkin yargılamada ileri sürülen delilleri göz önünde tutarak bağımsız değerlendirmelidir.⁶⁴

Görüldüğü gibi, suçsuzluk karinesinin ceza yargılamasının tamamında, tüm resmi makamlar önünde, ceza davasının esasına girilmediği durumlarda ve ceza yargılamasına bağlı diğer yargılamalarda geçerli bir ilkedir. Ancak, ne 6. maddenin 2. fıkrasında, ne de Sözleşme’nin diğer maddelerinde ceza yargılamasının esasına girilmediği veya şüphenin yenilememesi sebebiyle beraat kararı verildiği hallerde tazminata hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Madde 6/2, beraat kararı verildiği durumlarda beraat eden kişiye mahkeme masraflarının bir kıs-

⁶¹ Feyzioğlu, s. 153; Villiger, s. 290; Frowein - Peukert, s. 289.

⁶² Olayın ayrıntısı için bkz., Feyzioğlu, s. 151.

⁶³ Frowein - Peukert, s. 290; Villiger, s. 290.

⁶⁴ Frowein - Peukert, s. 290-291; Villiger, s. 290; Feyzioğlu, s. 153-154.

mının yüklenmesine engel de değildir. Sadece beraat edene aşırı ve keyfi bir şekilde mahkeme masrafları yüklenmesi halinde suçsuzluk karinesinin ihlali gündeme gelebilir. Bunun dışında, eğer düşme kararları veya beraat kararı sonrasında yargılama giderlerine ilişkin kararlar ya da düşen veya beraatla sonuçlanan davayla bağlantılı sonraki yargılamalar dolaylı veya direk bir şekilde ilgilinin sorumlu olduğu, söz konusu fiili işlediği, yargılama sonunda muhtemelen mahkum olacağı gibi suçluluk tespitine ilişkin ifadeler içeriyorsa suçsuzluk karinesi ihlali vardır.⁶⁵

V. SUÇSUZLUK KARİNESİ VE BASIN

Basın yoluyla suçsuzluk karinesinin ihlali iki şekilde ortaya çıkabilir. Bizzat resmi makamlar yaptıkları basın açıklamaları yoluyla karineyi ihlal edebilirler. AİHK çeşitli davalarda, yapılan resmi menfi açıklamaların sanığın adil yargılanma hakkını zedeleyebileceğini, özellikle olaya bakan hakimin bundan etkilenebileceğini belirtmiştir.⁶⁶ Bu tür ihlaller, bizzat olayla ilgilenen ceza yargılaması organlarının yaptığı basın açıklamalarından da kaynaklanabilir. Ancak, bu makamların kamuyu bilgilendirmek için yaptıkları objektif açıklamalar, örneğin muhtemel sanığın önceki mahkumiyetleri dikkate alınarak tehlikeli olduğunun söylenmesindeki gibi, hukuka uygundur. Yine de bu tür açıklamalarda suçluluğu yönündeki açıklamalardan sakınılmalıdır.⁶⁷

Basın yoluyla gerçekleşen diğer ihlal şekli basın yayın organlarının adli haberleri verişlerinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada, hem suçsuzluk karinesi ve basın özgürlüğü karşı karşıya gelmekte hem de suçsuzluk karinesinin üçüncü kişileri bağlayıp bağlamadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.⁶⁸

Suçsuzluk karinesi, adil yargılanma hakkının unsuru olarak sadece resmi makamlar önünde değil, bunların yanı sıra üçüncü kişiler huzurunda da ileri sürülebilir toplumsal yaşamın devamlılığı açısından gerekli temel bir hukuk prensibidir. Buna göre, bireylerin toplumda barış içinde bir arada yaşayabilmeleri, şüphelinin suçluluğunun kesin hükümle sabit olacağı yönündeki bağlayıcı usul kuralının kabulüne bağlıdır⁶⁹. Bu nedenle, resmi mercilerin dışında üçüncü kişilerin de suçsuzluk karinesini ihlal etmeme yükümlülüğü söz konusudur.

⁶⁵ Frowein - Peukert, s. 287-288.

⁶⁶ Frowein - Peukert, s. 286-287.

⁶⁷ Frowein - Peukert, s. 287.

⁶⁸ Bu hususta bkz., Marxen, Klaus, *Medienfreiheit und Unschuldsvermutung*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1980, s. 373.

⁶⁹ Marxen, s. 373; Centel, Nur, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", *AÜSBFD*, C. 49, 1994/3-4, s. 70.

Düşünce özgürlüğü kapsamında yer alan basın özgürlüğü (AY m. 26-32),⁷⁰ bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir (BK m. 3). Yayma hakkı, haber verme hakkını ifade etmektedir. Haber verme hakkı, esasen olayların aktarılması kadar olayla ilgili görüş, eleştiri, yorum ve yaratma haklarını da kapsayan bir haktır. Yorum, eleştiri ve yaratma hakları doğrudan düşünce özgürlüğü ile ilgili bir hak olup, bu ilgileri nedeniyle haber verme hakkı da düşünce özgürlüğünün kapsamında yer almaktadır.⁷¹

Güncel, kamunun ilgisini çeken ve açıklanmasında kamu yararı bulunan olayların, görüşlerin, yorumların ve eleştirilerin açıklanması haber olup,⁷² böyle bir haberin gerçeğe uygun ve objektif ölçüler içinde yayınlanması basın mesleğinden doğan bir hakkın kullanılması sayılır.⁷³ Hakkın kullanılması, ceza hukukunda hukuka aykırılığı kaldıran sebepler arasında yer almaktadır (5237 s. TCK m. 26/1).⁷⁴ Bu nedenle, basının yaptığı yayın yukarıda belirtilen şartları taşımak kaydıyla hakkın kullanılması kapsamına girer ve hukuka uygundur. Diğer bir deyişle, olay, yorum, eleştiri ve yaratma eserleri açıklaması suç oluşturmaz.⁷⁵

Basın yayın organları adli haberlerin yayınında da bu temel ilkeler çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Bu nedenle, güncel, kamunun ilgisini çeken veya yayınında kamu yararı bulunan adli bir haberin, gerçeğe uygun ve objektif olarak yayınlanması suçsuzluk karinesinin ihlalini oluşturmaz.

Suçsuzluk karinesi, yargılama makamlarının kolektif faaliyetinin sonucu kesin bir hüküm ile ortadan kaldırılabilir. Adli haberlerin verilmesi çerçevesini aşan, adeta ikinci bir iddia makamı gibi fonksiyon gören basın haberlerinden tarafsız olması gereken yargılama makamının etkilenmesi kaçınılmazdır.⁷⁶ Bu nedenle, gazete ve televizyonlar, kitleyi ilgilendiren suç haberlerini heyecanları sömürecek biçimde vermekten kaçınmalı, itham

⁷⁰ Özek, Çetin, “Devletin Korunması” , “Terörle Mücadele Yasası” ve “Bilgilenme Hakkı”, Edip F. Çelik’e Armağan, *Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 1995, s. 244.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978, s. 35 vd.; Dönmezer, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 1976, s. 41 vd.

⁷² Özek, *Devletin Korunması*, s. 246.

⁷³ Özek, *Basın Hukuku*, s. 162.

⁷⁴ Bkz., Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 42 vd.; İçel, Kayıhan - Özgenc, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu Fatih. S. - Ünver, Yener, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap , 1. Bası, İstanbul 1999, s. 176 vd.; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998, s. 387.

⁷⁵ Özek, *Devletin*, s. 246; Özek, *Basın Hukuku*, s. 162.

⁷⁶ Koca, s. 99.

altında bulunan kişi yönünden suçsuzluk karinesini suçluluk karinesine dönüştüren yazılar yazmamalı ve henüz bir yargılama makamı önüne çıkmamış sanığın önceden kamu oyununda mahkum edilmesine neden olmamalıdır.⁷⁷ Aynı şekilde, basın yayın organlarının kamunun ilgisini çeken bir takım suçlarda kendiliklerinden harekete geçip araştırma yapmaları, suç faillerini bulmaya ve delilleri toplamaya ve değerlendirmeye çalışmaları,⁷⁸ bunları basın ya da televizyon yoluyla yayınlamak, suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiyi kamu oyuna suçlu olarak takdim etmeleri de suçsuzluk karinesini ihlal eder.⁷⁹

Bu tür ihlaller ilgili kişiler (mağdurlar) tarafından ekonomik ve başkaca nedenlerle çoğunlukla engellenemediğinden adil yargılanma hakkını gerçekleştirmek görevi devlete düşmektedir. Devlet bu tür ihlalleri önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır.⁸⁰

Hukukumuzda suçsuzluk karinesinin ihlallerini önlemeye yönelik hukuki düzenlemelerden ilki Basın Kanunu'nun 19. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu 19. maddeye göre; *"Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz. Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır."* Bu hükümlerle basın yayın organlarının yargıyı etkileyebilecek, dolayısıyla bireylerin adil yargılanma hakkını zedeleyecek türdeki faaliyetleri bakımından ağır para cezası şeklinde yaptırımlar öngörülmüştür.⁸¹

⁷⁷ Dönmezer, s. 310.

⁷⁸ Medyanın yapmış olduğu bu tür yayınlar basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Haber verme hakkının söz konusu olabilmesi için, herşeyden önce, gazetecinin faaliyetinin dışında vukuu bulmuş bir olayın bulunması, bu olayın güncellik, gerçeklik ve kamu yararına uygunluk şartlarını ihtiva etmesi, yani bir haber niteliği taşıması gerekir. Bkz., Erman, Sahir, *Sentez Raporu, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul 1998, s. 80.

⁷⁹ Yarsuvat, Duygun, *Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan*, İstanbul 1998, s. 476; Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 310; Erman, s. 80.

⁸⁰ Frowein - Peukert, s. 286-287.

⁸¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu para cezası yaptırımı bakımından ağır para cezası ve hafif para cezası ayırımını kaldırmış, sadece adli para cezasını düzenlemiştir. Bu nedenle, Basın Kanunu'nun 19. maddesindeki para cezalarını 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre yeni Ceza Kanunu'na uygun şekilde dönüştürmek gerekmektedir.

Suçsuzluk karinesi ihlalleri için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Kanunun "gizliliğin ihlali" başlıklı 285. maddesine göre; "(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. (2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. (3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır." Görüldüğü gibi maddenin ilk fıkrasında ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerinden birinin, "soruşturmanın gizliliği" ilkesinin ihlaline ilişkin yaptırım öngörülmüştür. Ceza yargılamasının soruşturma evresinin içeriği ve sınırları, bu evrenin ne suretle işleyeceği, aktörleri ve yetkileri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un 157. maddesine göre; "Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir". TCK'nın 285. maddesinin gerekçesinde hükmün kanuna konuluş amacının suçsuzluk karinesine işlerlik kazandırmak olduğu açık bir şekilde belirtilmektedir.⁸²

TCK 285. maddenin 2. fıkrasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 182. ve devam eden maddelerine göre gizli yapılması gereken veya gizli yapılmasına karar verilen yargılamanın kovuşturma evresindeki gizliliğin ihlalinin yaptırımı gösterilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre, soruşturma ve kovuşturmanın gizliliğinin basın ve yayın yoluyla ihlal edilmesi cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır. Maddenin 4. fıkrasında, "Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolünür." şeklindeki bir düzenleme ile suçsuzluk karinesini ihlallerini önlemeye yönelik bağımsız bir suç tipine yer verilmiştir. Maddeyle televizyon veya gazetede kişilerin suçlu olarak damgalanmaları sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suç haline getirilmiştir. Böylelikle yakın zamanlarda "Pendik sapığı" ve "Okmeydanı sapığı" şeklinde örneklerine rastlanan damgalanmalar artık yaptırımsız kalmayacaktır.

⁸² "Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak, her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır". Bkz., madde gerekçesi.

Yeni Ceza Kanunu'nun soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişileri cezalandıran "ses veya görüntülerin kayda alınması" başlıklı 286. maddesi ile belli bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunanları cezalandıran ve bu fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesini nitelikli hal olarak düzenleyen "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" başlıklı 288. maddesi suçsuzluk karinesi ihlallerini önlemeye yönelik olan diğer hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

VI. SUÇSUZLUK KARİNESİNİN SONUÇLARI

A. Ceza Yargılaması Hukuku Açısından

1. Genel Olarak

Suçsuzluk karinesi, İHAS açısından adil yargılanma hakkının⁸³ (m. 6) bir unsurudur.⁸⁴ Hukukumuzda ise, Anayasa'nın hakların korunması ile ilgili hükümlerinden biri olan 38. maddesinin 4. fıkrasında ceza yargılamasını ilgilendiren bir hak olarak düzenlenmiştir. Suçsuzluk karinesi, doktrinde genel olarak ceza yargılamasına hakim olan ilkeler arasında ve fakat adil yargılanma hakkından bağımsız bir şekilde incelenmektedir.⁸⁵ Ancak, karinenin adil yargılanma hakkının unsuru veya bağımsız bir hak olarak kabul edilmesi, onun uygulama ve geçerlilik alanı bakımından farklı uygulamayı haklı göstermez.

Suçsuzluk karinesi için Anayasamız ve İHAS'taki tanımını tekrarlayacak olursak; bir suçla itham edilen kişi suçluluğu kanunen ispatlanıncaya kadar suçsuz (masum) sayılır. Bu tanımdan ceza yargılaması hukuku bakımından şu sonuçlar çıkarılabilir: a. ispat yükü (külfeti) iddiacıya düşer, b. sanığın susma hakkı vardır, c. şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro

⁸³ Anglo-Amerikan ceza yargılaması hukuku kökenli dürüst işlem (fair trial) ilkesi, ceza yargılaması işlemlerinin hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurmadan, kandırma, yanıltma ve zorlama gibi irade serbestisini engelleyen yollara sapılmaksızın, kanun tarafından önceden öngörülmüş esaslar çerçevesinde ve yeterli savunma imkanları sağlanarak yapılmasını ifade eder. Bkz., Şahin, s. 76; Schroeder/Yenisey-Peukert, s. 6; Demirbaş, s. 65; Gökçen, s. 46.

⁸⁴ Çavuşoğlu, s. 39. Gölcüklü-Gözübüyük'e göre; 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hükümler adil yargılama normunu koyan 1. fıkranın uzantısı ve bu kavramın bazı özel uygulama şekillerinden ibarettir. Bkz., Gölcüklü/Gözübüyük, s. 267.

⁸⁵ Bkz., Demirbaş, s. 57 vd.; Şahin, s. 67 vd.; Öztürk/Erdem/Özbek, kn: 105 vd.; Öztürk Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 64 vd.

reo), d. tutuklulukta makul süre aşılmamalıdır ve e. yasak sorgu yöntemi kullanılarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmış ise suçluluk kanunen sabit değildir.

2. İspat Yükü İddiacıya Düşer

Suçsuzluk karinesi öncelikle ispat yükünün nasıl dağıtılması gerektiğini belirlemek suretiyle mahkeme üyelerine hitap etmektedir.⁸⁶ Bir iddianın ispatının iddia eden tarafa ait olacağı hususu suçsuzluk karinesinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Esasen bu unsurdan susma hakkı ve şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) gibi ceza yargılaması hukuku ilkelerine ulaşmaktadır. Buna göre, sanığın suçluluğu yolundaki delilleri getirmek kovuşturmayı yapana düşer; zira, iddia görevi hukuka aykırı bir fiilin bulunduğunu ileri sürmekten ibaret olmayıp iddiayı ispata yönelik delillerin getirilmesini de kapsamaktadır.⁸⁷ Eğer delil getirilemezse beraat kararı verilmesi zorunludur. İspat görevi iddia eden tarafa düşmekteyse de savcı araştırmasını sanığın lehine olan hususları kapsayacak şekilde yapmak zorundadır (CMK m. 160/2, 260/3).⁸⁸

Hemen belirtelim ki, ispat yükü iddiacıya düşer kuralından yargılamada ispat işinin tek taraflı yürüyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Sanık da, iddia makamı tarafından ileri sürülen delillere karşı susma hakkını kullanabileceği gibi, bizzat suçsuzluğunu gösteren deliller getirip iddiaları çürütebilir.⁸⁹ Kuralın amacı, hiç kimse kendini ve yakınlarını suçlayan bir açıklamada bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz ilkesine (AY m. 38/5) işlerlik kazandırmaktır.

Ancak, kanunlar bazı hallerde bir takım fiili durumları, suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş bulunduğunu belirten karineler olarak kabul etmektedirler.⁹⁰ Özellikle suçluluk bakımından şüphenin güçlü olmasına karşın kovuşturma makamı için tam bir delil getirmenin çok zor olduğu bazı hallerde genel yarar gözetilerek suçsuzluk karinesine istisnalar getirilmektedir.⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu makul sınırlar içinde kal-

⁸⁶ Grabenwarter, s. 242.

⁸⁷ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 305.

⁸⁸ Jean, Pradel, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*, (Çev: Sulhi Dönmezer), İstanbul 2000, s. 150-153; Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 229; Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 50.

⁸⁹ Bu hususta bkz., Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 395, 324 vd.; Kunter - Yenisey, s. 423.

⁹⁰ Bkz., Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 70 vd.; Tosun, *Suç Muhakemesi*, s. 730 vd.

⁹¹ Pradel, s. 153 vd.

mak ve sanığın savunma hakkını ihlal etmemek kaydıyla bazı karinelerin konulabileceğini kabul etmiştir.⁹²

ÂİHM bu temel prensipleri 1988 tarihli Salabiaku kararında belirlemiştir.⁹³ Salabiaku adlı kişinin gümrükten geçirmekte olduğu sandıkta uyuşturucu madde ele geçirilmiş ve yargılama sonunda Fransız Gümrükler Kanunu'nun zorunlu olarak kast veya taksir bulunmaksızın gümrükten geçerken yasaklanmış maddelere sadece zilyet olma basit veya objektif eylemini cezalandıran 392/1 maddesinden mahkum olmuştur. Bunun üzerine Salabiaku olayda "yarı aksinin ispatı mümkün olmayan bir karineye" dayanılarak hakkında hüküm verildiğini ve bunun İHAS m. 6/2'ye aykırı olduğunu ileri sürerek mahkemeye başvurmuştur. Fransız hükümeti mahkumiyet kararına dayanak oluşturan Gümrükler Kanunu'nun 392/1. maddesinde bir suçluluk karinesinin değil sorumluluk karinesinin öngörüldüğünü, oysa İHAS madde 6/2'de suç ithamından söz edildiğini, dolayısıyla madde 392/1 ile getirilen sorumluluk karinesinin suç ithamı sayılamayacağı ve bu nedenle de suçsuzluk karinesi kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bir savunmada bulunmuştur.⁹⁴

Mahkeme, Fransız hükümetinin yaptığı bu ayrımı nisbi bularak olayda suçsuzluk karinesinin uygulanabileceğine karar vermiş ve hemen ardından her hukuk sisteminin hukuki ve maddi karineler kabul edebileceğini, bunların belli sınırlar içinde kalmak şartıyla sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca bu çerçevede suçluluk karinelerinin hangi şartlarla sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini gösteren bir takım kıstaslar getirilmiştir. Buna göre, öngörülen suçluluk karinesi sanığın savunma hakkını ihlal etmemelidir.⁹⁵ Mahkeme'ye göre fiili veya kanuni karinelerin bulunduğu hallerde, sanığa bunu çürütme imkanı mutlaka tanınmalı, yani savunma

⁹² Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 70; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 268; Feyzioğlu, s. 156; Grabenwarter, s. 242.

⁹³ Söz konusu olayda, Afrikalı Salabiaku, bir Fransız Havaalanı'nın bagaj salonunda kendisi için gönderildiğini söylediği gıda maddelerini talep etmiştir. Aramalar sonunda onun adına gönderilen paket bulunmuştur. O, yasal olmayan şeyler var ise paketi almaması yönünde yapılan uyarılara rağmen paketi almış ve gümrük işlemlerini yaptırmadan çıkmaya çalışmıştır. Daha sonra, gümrük memuru tarafından durdurulmuş ve yapılan aramalar sonunda pakette uyuşturucu madde bulunmuştur. Bkz., Frowein - Peukert, s. 282.

⁹⁴ Fransız hükümetine göre, burada fiili ve kurtulunması mümkün olmayan bir sorumluluk karinesi söz konusu olduğundan delil getirme yükünün tersine çevrildiği ileri sürülemez. Akit devletler, ilke olarak sözleşmenin himaye ettiği hakların normal kullanımı dışında işlenen fiilleri suç haline getirebilirler. Yine devletler, ilke olarak ve bazı şartlarla bizatihi objektif veya maddi bir fiili, failde kast veya taksir olmasa da suç haline getirebilirler. Bkz., Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 71.

⁹⁵ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s.

hakkı kısıtlanmamalıdır.⁹⁶ Hakimin, sanığı şüpheden yararlandırmak hususunda mutlak takdir hakkı bulunduğu, mücbir sebep sorumluluğunun kaldırılacağı kabul edildiği ve savunma hakkının ihlal edilmediği hallerde makul sınırlar aşılmış olmayacaktır. Ayrıca, karinenin sözleşme açısından kabul edilebilirliği ceza davasında risk altına sokulan menfaatle de doğrudan ilgilidir.⁹⁷

Sonuçta Mahkeme'ye göre, olayda sadece yasal olmayan maddelerin (olayda esrar) zilyedi bulunmaya dayanan bir karar söz konusu değildir. Gerçi, Fransız Gümrükler Kanunu'nda yasal bir suçluluk karinesi öngörülmüştür. Ancak, olayda sınırlayıcı bir şekilde uygulanmıştır. Ayrıca bu karine çürütülemez de değildir. Bu nedenle, olayda 6. maddenin 2. fıkrasına aykırılık söz konusu değildir.⁹⁸

Hollanda hukukuna göre bir motorlu araç ile sahibi dışındaki diğer kimseler suç işlediği takdirde araç sahibinin ceza sorumluluğu vardır. AİHK bu kuralla ilgili bir itirazda suçsuzluk karinesine aykırılık iddiasını reddetmiştir. Komisyon'a göre, olayda araç sahibi başkasının kusuru yüzünden değil kendi aracının başkaları tarafından kullanılmasını önlememe şeklindeki kendi fiilinden dolayı cezalandırılmaktadır.⁹⁹

3. Susma Hakkı

Suçsuzluk karinesine göre ispat külfeti iddiacıya düşer. Bunun mantıki sonucu ise, sanığa susma hakkının tanınması ve bundan onun aleyhine sonuçlar çıkarılmamasıdır.¹⁰⁰ Görüldüğü gibi, karine aynı zamanda, sanığa tanınan "susma hakkının" kaynağını oluşturmakta ve susmanın sanık aleyhinde delil olması veya suçluluğunun göstergesi sayılması engellenmek-

⁹⁶ Feyzioglu, s. 156.

⁹⁷ Dönmezer, Suçsuzluk Karinesi, s. 72; Feyzioglu, s. 156.

⁹⁸ Frowein/Peukert, s. 282-283.

⁹⁹ Schroeder/Yenisey/Peukert, s. 42.

¹⁰⁰ Schubart, s. 8; Dönmezer, Suçsuzluk Karinesi, s. 69. Susma hakkını, suçsuzluk karinesinin bir sonucu olarak gören bu görüşe karşı çıkanlar vardır. Buna göre, İHAS m. 6/2 uluslararası prensiplere göre yorumlanmalıdır. Bu hüküm ilk planda hakimlere yöneliktir ve onların belli bir önyargı ile muhakemeye başlamalarını yasaklamaktadır. Ayrıca bu hüküm sadece ispat külfetine ilişkin bir düzenlemeyi içermektedir. Diğer yandan, susma hakkı suçsuzluk karinesi kesin olarak tanınmasa da geçerlidir. Bu nedenle, susma hakkı ve suçsuzluk karinesi çakışmamaktadır. İHAS m. 6/2'de susma hakkının ne kadar düzenlendiği önemli değildir. Zira, İHAS bir hukuk devletinde bulunması gereken asgari haklar düzenlenmiştir. Bkz., Rogall Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin 1977, s. 109, zikreden: Schubart, s. 8-9.

tedir.¹⁰¹ Gerçekten aksi kabul CMK 147/1, e maddesince¹⁰² sanığa tanınan susma hakkının yok sayılması anlamında gelecektir.

Sanığın susmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılamaması delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesini sınırlamaz. Burada, eğer sanık susuyorsa değerlendirecek bir şey de yoktur şeklinde düşünmek mümkündür.¹⁰³ Sanığın susmasından aleyhine sonuçlar çıkarılamaması ilkesi, susma hakkının yargılamanın sadece belli bir aşamasında kullanması veya kısmi kullanması durumunda geçerlidir.¹⁰⁴ Çünkü bir hakkın kullanımı aleyhe sonuç doğurmaz.¹⁰⁵ Ancak, sanığın verdiği kısmi bilgiler her durumda maddi gerçeğin araştırılması bakımından büyük öneme sahiptir. Bunlar doğru olmasalar bile yargılamanın yürüyüşünde çeşitli bağlantı noktalarının ortaya çıkmasına yardımcı olurlar. Yine, sanığın susma hakkını tam olarak kullandığı durumlarda da, onun görünüş, boy, mimik, jest gibi halleri maddi ispat vasıtası olabilir. Ancak sanığın susması kusurunun göstergesi olarak değerlendirilmemelidir.¹⁰⁶

Hemen belirtelim ki, Alman mahkemelerince sanığın sadece belli sorular bakımından susması, fakat diğer sorulara cevap vermesi hüküm verilirken suçluluk emaresi (Schuldindiz) olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁷ Bu uygulamanın İHAS'a uygun olduğunu belirten yazarlar da vardır.¹⁰⁸

AIHM, John-Murray/İngiltere davasında gözaltı sırasındaki sorgulamalarında polis sorularına cevap vermeyen ve bu tutumu kendisi aleyhine yorumlanan bir sanığın başvurusu üzerine verdiği kararda; sanığın sorgulama sırasında susma ve kendisinin suçlanmasına yardımcı olmama hakkının evrensel ilkelere olduğunu ve bunun 6. maddede ifadesini bulan adil yargılama kavramının özünde yer aldığını belirtmiştir. Daha sonra sanığın sorgulama sırasında susması halinde bu durumdan sanık aleyhine sonuçlar çıkarmanın 6. maddeyi ihlal edip etmediğini araştırırken ise, olaya ilişkin tüm koşulların özellikle ulusal mercilerin delilleri değerlendirirken sanığın sessizliğine tanıdığı ağırlığın, suskunluk anındaki somut durumun göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, susma-

¹⁰¹ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 69.

¹⁰² CMK m. 147/1, e'ye göre sanığa "Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir".

¹⁰³ Schubart, s. 9.

¹⁰⁴ Wessels, Johannes, *Schweigen und Leugnen im Strafverfahren*, JuS., 1966, s. 171; Schubart, s. 10; Rüping, s. 352.

¹⁰⁵ Erem, *Ceza Usulü*, s. 168.

¹⁰⁶ Demirbaş, *Hazırlık Soruşturmasında*, s. 112; Şahin, *Sanığın*, s. 112-113.

¹⁰⁷ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 44; Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 69.

¹⁰⁸ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 44.

dan sonuçlar çıkarma hususu ciddi güvence altındadır. Özellikle, suçlayıcı kanıtların sanığın “cevabını gerektirdiği” durumlarda yalnızca akliselimin emrettiği sonuçlar çıkarılmıştır. Sunulan suçluluk delillerinin ağırlığını göz önünde tutulduktaki, sanığın suskunluğundan çıkarılan sonuçlar ne gayri adil ne de gayri makuldür. Mahkeme bu gerekçelerle sanığın yargılama boyunca süren sükutunun suçluluk karinesi olarak değerlendirilmediği sonucuna varmıştır.¹⁰⁹

Yine AİHM göre, susma hakkı her tipteki suçların yargılanmasında geçerlidir ve kamu yararı bu hakkın ihlalini meşru saydırmaz. Ancak, sanığın iradesinden bağımsız olarak, mevcut delillerin toplanılmasında zor kullanılabilir. Örneğin; bir kimseden kan alınabilir, suçsuzluk karinesi, iradenin bulunmaması ve susma hakkı bunu engellemez.¹¹⁰

Fransız hukukuna göre, gümrük mevzuatınca yetkili makamlarınca istenen bilgilerin verilmemesi nedeniyle uygulanan cezasının şikayet konusu olduğu Funke davasında, Komisyon suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğini kabul etmemiştir. Mahkeme ise bu konuda farklı görüş belirterek olayda 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve dolayısıyla 2. fıkra açısından olayı değerlendirmeye gerek görmemiştir.¹¹¹ Mahkeme’ye göre gümrük yetkililerinin sadece varolduğunu tahmin edip başka yoldan ele geçiremedikleri delillerinin bizzat zanlı tarafından kendilerine teslimini istemeleri ve bu isteği yerine getirmeyen kişinin cezalandırılması sözleşmedeki anlamında her sanığın sahip bulunduğu “susma” ve “kendi mahkumiyetine yardımcı olmama” hakkının ihlalidir.¹¹²

4. Şüpheden Sanık Yararlanır (in Dubio Pro Reo)

Suçsuzluk karinesi, sanığın suçluluğunu gösteren delil gibi geçerli bir sebeple bertaraf edilebilir.¹¹³ Bu ise yargılama sonunda fiilin sanık tarafından işlendiğinin yüzde yüz sabit olmasıyla mümkün olacaktır.¹¹⁴ Ancak, bir kimsenin beraat edebilmesi için masumiyetinin anlaşılması şart değil-

¹⁰⁹ Gölcüklü - Gözübüyük, 1994, s. 267; Frowein - Peukert, s. 284.

¹¹⁰ Dönmezer, Sulhi, “Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri”, CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1999, s. 26.

¹¹¹ Frowein - Peukert, s. 283; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 266-267.

¹¹² Gölcüklü - Gözübüyük, s. 266-267.

¹¹³ Erem, *Ceza Usulü*, s. 160.

¹¹⁴ Demirbaş, s. 68; Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 134; Kunter - Yenisey, s. 548.

dir, suçlu olmadığının anlaşılması yeterlidir. Zira, ihtimali düşüncelerden vatandaş aleyhine sonuçlar çıkarılamaz.¹¹⁵ Şüphenin yenilemediği bu gibi durumlarda “*şüpheden sanık yararlanır*” (in dubio pro reo) kuralı işletilecek ve beraat kararı verilecektir.¹¹⁶

Suçsuzluk karinesinin sonucu olarak, itham eden makamın, yani iddia makamının sanığın suçluluğunu belirleyecek bütün suç unsurlarını ispat etmesi zorunludur.¹¹⁷ Eğer bu sağlanamıyorsa sanık şüpheden faydalana- caktır.¹¹⁸ Suçsuzluk karinesi, sanığın kusuru yeterince ispat edilmeksizin cezalandırılmasını yasakladığı gibi, beraat kararı verildiği hallerde suçu işleyip işlemediği hususunun şüpheli bırakılmasını da engeller. Buna uygun olarak, suçluluğun yeterince ispat edilemediği hallerde “*delil yetersizliğinden beraat*” kararı yerine “*faile isnat edilen fiilin sabit olmadığı*”ndan beraat kararı vermek gerekmektedir.¹¹⁹ Böyle bir karar sanık açısından bir tespit kararı niteliğinde olmayıp suçsuzluk karinesinin ifadesidir.¹²⁰

5. Tutuklulukta Makul Sürenin Aşılması

Ceza yargılamasında sanık suçluluğu ispatlanuncaya kadar suçsuz sayılacaksa da, bu onun hakkında mahkumiyete kadar hiçbir şey yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira, sanık henüz suçlu değilse bile şüpheli olması nedeniyle masum da değildir. Bu nedenle, sanıklar hakkında bir takım yargılama önlemlerinin alınması belli sınırlar içinde kalmak kaydıyla

¹¹⁵ Erem, *Ceza Usulü*, s. 161.

¹¹⁶ Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 134. Şüpheden sanık yararlanır prensibi daima sanık lehine olup, onun ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği anlamına gelmektedir. Bkz., Kunter - Yenisey, s. 548-549.

¹¹⁷ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 70. Şüpheden sanığın faydalanması prensibi, sadece beraat kararı verilmesine münhasır değildir. Mesela, bir suçun gece işlenmiş olmasının ağırlaştırıcı sebep olduğu hallerde, fiilin gece işlendiğinin ispatlamaması halinde, gündüz işlenmiş sayılır. Kunter - Yenisey, s. 548.

¹¹⁸ “*in dubio pro reo*” kuralı, sanığa, suçsuzluğunu veya kusursuzluğunu ortadan kaldırma durumlarını, örneğin meşru müdafaayı ve hatayı ispat etmek mecburiyetinin sanığa yüklenmesini yasaklar. Kanunumuzda bu husus açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Ancak, CMK, mahkumiyet kararı verilebilmesi için fiilin sabit olmasını şart koşmuştur. Delillerin değerlendirilmesinde vicdani delil (freibeweis- delillerin serbestliği) ilkesi geçerli olup (1412 s. CMUK m. 254; 5271 s. CMK m. 217), delillerin değerlendirilmesi belli ispat kurallarına bağlanamaz. Bu kural hakime, sanığın kusurlu olduğuna kanaat getirme konusunda takdir hakkı yetkisi vermektedir. AİHM bu takdir yetkisinin “*hakkaniyet kuralını ağır bir biçimde ihlal eden veya keyfi bir nitelik taşıyan sonuçlar çıkarıp çıkartmadığı*” noktasından incelemektedir. Bkz., Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 40.

¹¹⁹ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 44; Kunter - Yenisey, s. 264.

¹²⁰ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 44.

suçsuzluk karinesini ihlal etmez.¹²¹ Şu halde, kural olarak bir kişi hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama gibi yargılama önlemleri suçsuzluk karinesine aykırı değildir. Ancak, suçsuzluk karinesi vesilesiyle bu yargılama önlemlerini düzenleyen kurallar uygulama dışı bırakılamaz.¹²² Diğer deyişle, bu yargılama önlemleri için mevzuatta öngörülen düzenlemeler ihlal edilmemek şartıyla, sırf bu önlemlerin uygulanması nedeniyle suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olmaz.

Ceza yargılaması önlemlerinden tutukluluk bu bakımdan önem arz etmektedir. Çünkü, tutukluluğun kişi hürriyeti üzerindeki etkisi hükümlülük sonucunda uygulanan hapis cezasına benzer sonuçlar doğurmaktadır. Tutukluluğa ilişkin düzenlemeler İHAS m. 5'te, AY. m. 19'da ve CMK m. 101 vd. yer almaktadır. Burada genel olarak, suçluluğu hakkında geçerli kuvvetli belirti (şüphe) bulunan kişilerin suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak için ya da delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi ve gizlenmesi veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabileceği öngörülmüştür (İHAS m. 5/1, c, AY. m. 19/3, CMK m. 101/1-4).¹²³

İHAS m. 5/3 uyarınca, *“Bu maddenin 1c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen¹²⁴ bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir”*. Benzeri bir hüküm Anayasa'nın 19/7 maddesinde *“Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama sürecine duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir”* şeklinde yer almaktadır.

Mevzuatta, tutukluluğa ilişkin yapılan ayrıntılı düzenlemelerle sanığın tabi tutulacağı tutukluluk rejiminin hükümlülerden tamamıyla ayrı olması öngörülmüş ve tutukluluk makul sürelerle sınırlanarak ya da tutukluluk

¹²¹ Schubart, s. 27-28.

¹²² Frowein - Peukert, s. 291.

¹²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 650 vd.; Kunter - Yenisey, s. 610 vd.

¹²⁴ AİHM, Brogan kararında, “hemen” sözcüğünün her olayın özellikleri dikkate alınarak belirleneceğini, söz konusu olayda tedhiş hareketinin Kuzey İrlanda bakından önemini takdir ettiğini ifade etmiş; bununla birlikte yargı önüne çıkarılmadan dört günü aşan gözaltı süresinin 5/3. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. İHAS uygulamasında “hemen”i kapsayan sürenin genellikle 2-4 gün arasında olduğuna ilişkin görüşler vardır. Bkz., Çavuşoğlu, s. 33, dpn: 2.

için azami süreler gösterilerek (CMK m. 102) suçsuzluk karinesinin ihlali ihtimali önlenmeye çalışılmıştır.¹²⁵ Bu çerçevede, tutukluluk süresine ilişkin herhangi bir hüküm içermeyen İHAS uygulamasında makul süreyi aşan tutukluluk hallerinin 5/3. maddenin yanı sıra, suçsuzluk karinesini düzenleyen 6. maddenin 2. fıkrasını da ihlal ettiği kabul edilmektedir.¹²⁶ AİHM Neumeister davasında, makul süreyi aşan tutukluluk halinin suçsuzluk karinesini ihlal ettiğini hükme bağlamış¹²⁷ ve makul süre emreden madde hükmünün amacının tutuklulukta geçen sürenin suçsuzluk karinesini ihlal edecek şekilde makullük özelliğini kaybeder kaybetme sanığın serbest bırakılmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir.¹²⁸ Bu şekilde, henüz suçluluk kanunen ispatlanmamışken uygulanan tutuklamanın uzatarak, mahkumiyetten önce uygulanan peşin cezaya dönüşmesi önlenmek istenmiştir.¹²⁹

AİHM ve AİHK tutukluluk süresinin makul olup olmadığını her somut olayın özelliklerine göre şu kriterleri dikkate alarak değerlendirmektedir:¹³⁰ a. Tutuklulukta geçen sürenin ne kadar olduğu,¹³¹ b. isnat konusu suçun niteliği ve mahkumiyet halinde verilmesi muhtemel cezanın ne olduğu, c. tutukluluk halinin sanık üzerindeki maddi, manevi ve başkaca etkilerinin neler olduğu, d. sanığın davranışları, e. soruşturmanın yürütülme şekli, üslubu ve f. ilgili adli makamlarının işlemlerinin neler olduğu. Ayrıca, tutukluma nedenleri, tutukluluğun devamını gerektiren nedenler incelenecektir. Dava konusu olayın karmaşıklığı, mahkemenin iş yükü de dikkate alınan hususlardandır.¹³² AİHK ve AİHM koymuş olduğu bu prensipler çerçevesinde, tutukluluk halini gerektiren nedenlerin m. 5/1 c'ye, yerel makamların tutukluluğun devamı için ileri sürdüğü gerekçelerin de 5/3'e uygunluğunu denetlemektedir.¹³³

Hukukumuzda tutukluluğa ilişkin süre CMK 102. maddede düzenlenmiş, altı ay ve iki yıldan oluşan iki ayrı süre öngörülmüştür. Hangi şartlar altında bu sürelerin üzerine çıkılabileceği ise yine aynı maddede gösteril-

¹²⁵ Erem, *Ceza Usulü*, s. 162; Fezyioğlu, Metin, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda ve Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme", *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996/10, s. 702.

¹²⁶ Çavuşoğlu, s. 34; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 224.

¹²⁷ Fezyioğlu, s. 155; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 224.

¹²⁸ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 224.

¹²⁹ Fezyioğlu, s. 155.

¹³⁰ Fezyioğlu, s. 155.

¹³¹ Tutuklulukta geçen sürenin hesabında, sürenin başlangıcı fiilen tutuklanma anı, sonu da sanığın fiilen serbest bırakıldığı ya da yargılama sırasında tutukluluk devam etmiş ise, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının tebliği tarihidir. Bkz., Gölcüklü - Gözübüyük, s. 224.

¹³² Çavuşoğlu, s. 34.

¹³³ Çavuşoğlu, s. 34, dpn. 1.

miştir.¹³⁴ Böylelikle, sanığın makul sürede yargılanması gereği (İHAS m. 5/3 ve AY m. 19/7) yerine getirilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede, gerek Cumhuriyet Savcısı'na, gerekse sanığa tutukluluğun devam edip etmeyeceğinin incelemesini isteme yetkisi verilmiş (CMK m. 108) ve bu yolla da tutukluluğun makul sınırlar içinde kalması sağlanmaya çalışılmıştır.¹³⁵

Buna göre, gerek ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen haller için öngörülen altı aylık, gerekse ağır ceza mahkemesinin görevine giren haller için öngörülen iki yıllık tutukluluk sürelerini, yine maddede öngörülen şartlar dışında uzatmak her halükarda makul sürenin (İHAS m. 5/3) ihlali demektir. Bunun dışında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek altı aylık ve iki yıllık tutuklama sürelerinin, gerekse tutukluluk halinin uzatılması durumunda bu sürelerin gereği gibi kullanılıp kullanılmadığı denetlemektedir. Diğer ifadeyle, yerel makamlar iç hukuktaki tutukluğa ilişkin süreleri aşmamış olsalar dahi makul süre sınırlarını aşır suçsuzluk karinesini ihlal edebilirler. AİHM Stögmüller/Avusturya davasında, yerel makamların, sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaatiyle dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler tamamıyla yerinde ve geçerli olabileceğine; fakat bu mercilerin işi sürüncemede bırakıp yargılamayı tutukluluğun makul sınırını aşar şekilde uzatıp gitmelerini sözleşmeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.¹³⁶

Görüldüğü gibi, AİHK ve AİHM, makul süre sınırının aşıldığı iddialarını incelerken önce, yerel makamların, tutukluluk halinin devamına karar verirken dayandıkları gerekçelerin hala bu önlemi gerekli ve meşru kılıp kılmadığına bakmakta; bunun yerinde ve meşru olduğunun tespiti üzerine de, yerel mercilerin yargılama işlemini yaparken “*durumun gerektirdiği süratle*” hareket edip etmediğini de araştırmaktadır.¹³⁷

6. Yasak Sorgu Yöntemine Başvurularak Elde Edilen Delilin Değerlendirilmemesi (Delil Yasakları)

Suçsuzluk karinesi, İHAS'ın 6/2. maddesine göre “*suç kanunen sabit oluncaya kadar*”, Anayasa'ya göre ise suçluluk hükmen sabit oluncaya kadar devam edecektir. Sözleşme ve Anayasa'da geçen suçun (suçluluğun) kanunen (hükmen) sabit olması ifadesini, suçluluğun kanunda (iç hukukta) öngörülen esaslara göre, diğer deyişle hukuken geçerli delillerle ispatlanması şeklinde anlamak mümkündür.

¹³⁴ Bkz., Kunter - Yenisey, s. 630-631.

¹³⁵ Bkz., Kunter - Yenisey, s. 630.

¹³⁶ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 225.

¹³⁷ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 225.

Hemen belirtelim ki, ne İHAS'ın adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. maddesinde, ne de İHAS'ın diğer maddelerinde ispata (delil), delil yasaklarına ve değerlendirme yasağına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.¹³⁸ Bu husus, tamamıyla iç hukuka bırakılmıştır. Diğer deyişle, delillerin mahkemeye sunulduğu, bunların mahkemece kabulü, reddi ve değerlendirilebilirliğinin takdiri iç hukuka göre yapılacaktır.¹³⁹

İHAM göre, İHAS'ın 6. maddesi ile adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Fakat bu düzenleme, sözleşmeyle korunan hak ve özgürlükleri çiğnememek kaydıyla bir delilin hukuken geçerliliği konusunda bir hüküm içermemektedir. Bu esastan hareketle Mahkeme, adil yargılanma hakkının doğrudan ihlali söz konusu olmadıkça kanuna aykırı yollarla elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri konusunda soyut ve ilke teşkil edecek bir genel kural koymanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁰ AİHM bu gibi durumlarda yargılamanın bütününe adil olup olmadığına ve sanığa savunma hakkının, özellikle hukuka aykırı şekilde elde edilen delile itiraz fırsatının verilişine bakmaktadır.¹⁴¹

AİHK kötü muamelelere başvurularak elde edilen beyanların delil olarak değerlendirilmesini geçersiz saymıştır. Burada kötü muameleyle aslında işkence kastedilmektedir. İHAS, 3. maddesiyle işkenceyi yasaklamasına karşın, işkenceyle elde edilen delillerin değerine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bu durumda bir değerlendirme yasağı ancak suçsuzluk karinesinden ve özellikle de *"suçu kanunen sabit oluncaya kadar"* ifadesinden çıkarılmaktadır. Dolayısıyla suçsuzluk karinesi Sözleşme bakımından

¹³⁸ Hasler, s. 14; Schröder - Yenisey - Peukert, s. 254.

¹³⁹ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 265; Frowein - Peukert, s. 280; Villiger, s. 284; Hasler, s. 14.

¹⁴⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 270; Villiger, s. 284; Schroeder/Yenisey/Peukert, s. 254. AİHM Schenk/İsviçre davasında, bu davada başvuru kasten adam öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten hüküm giymiştir. Bu mahkumiyet kararı başka delillerin yanı sıra azmettirilenin başvuru ile telefon konuşmalarına dayanmaktadır, İsviçre Hukukunun kişilik haklarına ve her türlü haberleşmenin gizliliğine telefon dinleme şeklinde bir müdahale yapılabilmesi için yetkili makamın hakimden karar alması gerektiğini göz önünde tutarak şöyle bir karşılaştırmaya yapmıştır. Bir cinayet suçunda maddi gerçeği ortaya çıkartmaktaki yarar, başvuru kişinin kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazladır. Mahkeme bu gerekçeyle 6. maddenin ihlali iddiasını reddetmiştir. Mahkeme kararında, savunmanın bant kayıtlarının sahteliğini ileri sürebileceğini ve bunların dikkate alınmasına karşı gelmek hakkına sahipken, ilk muhakeme aşamasında bantların delil olarak kullanılmasına rıza gösterildiğini de göz önünde tutmuştur. Ancak, bu arada, bant kayıtlarının mahkumiyet kararının dayandığı tek delil olmadığını, daha ziyade hükmün başvuru kişinin eşinin ve diğer tanıkların ifadelerine dayandığı belirtmiştir. Bkz., Schroeder/Yenisey/Peukert, s. 254-256; Villiger, s. 284-285.

¹⁴¹ Villiger, s. 284.

işkence ve benzeri kötü muamelelerle elde edilen bilgilerin değerlendirme yasağına da kaynaklık etmektedir.¹⁴²

Görüldüğü gibi İHAS uygulamasında delil yasakları ve dolayısıyla değerlendirme yasağı konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır: Eğer, kötü muamele gibi yasak sorgu yöntemleriyle (CMK m. 148) bir delil yasağı ihlal edilmiş ise buna ilişkin değerlendirme yasağı suçsuzluk karinesini düzenleyen İHAS m. 6/2'den çıkarılmaktadır.¹⁴³ Yasak sorgu yöntemi dışındaki delil yasakları söz konusu ise, AİHM'nin görüşüne göre, yukarıda belirtilen ölçütler dikkate alınarak adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılacaktır. Diğer deyişle, sadece delil yasağı ihlal edilerek elde edilen delilin kullanılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali kabul edilmemektedir. Burada özellikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdaki kamu yararıyla, sanığın kişilik hakkının korunmasındaki kamu yararı karşılaştırılmakta ve ağır basan taraf lehine karar verilmektedir. Buna göre, İHAS uygulamasında yasak sorgu yöntemine başvurulması halinde suçsuzluk karinesinin ihlali nedeniyle mutlak bir değerlendirme yasağı; yasak sorgu yöntemi başvurma dışındaki delil yasakları söz konusu olduğunda ise, bunun adil yargılanma hakkını ihlal etmesi kaydıyla nispi bir değerlendirme yasağı kuralının oluşturulduğu görülmektedir.

Hemen belirtelim ki, hukukumuzda delil yasakları konusu açık bir şekilde çözümlenmiş¹⁴⁴ ve ister yasak sorgu yöntemlerine dayanan delil yasağı olsun (CMK m. 148/3), gerekse bunun dışındaki delil yasakları söz konusu olsun (CMK m. 217/2) mutlak bir değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeler, 4709 sayılı "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*"un¹⁴⁵ 15. maddesiyle Anayasanın 38. maddesine eklenen "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" şeklindeki bir hükümlerle anayasal bir kural haline de dönüşmüştür.

B. Maddi Ceza Hukuku Bakımından

Suçsuzluk karinesinin maddi ceza hukuku bakımından da sonuçları vardır. Bunlardan ilki, kanun koyucunun suçsuzluk karinesini uygulama-

¹⁴² Schroder Friedrich Christian, *Ceza Muhakemesinde "Düriüst Yargılama" İlkesi*, (Çev: Cumhur Şahin), SÜHFD., *Şakir Berki'ye Armağan*, C. V, 1995/1-2, s. 273.

¹⁴³ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 36.

¹⁴⁴ Bu hususta bkz., Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 567 vd.; Demirbaş, s. 247 vd.; Şahin, s. 169; Koca, s. 279 vd.

¹⁴⁵ *Resmî Gazete*, 17.10.2001 - 24556 Mükerrer.

mak amacı ile “şüpheli suçları”¹⁴⁶ ihdas etmemesidir. AİHK’ya göre, iddianın gerçek olmadığını ispat etmek yükünü mağdura yüklemek hakkaniyete uygun değildir.¹⁴⁷

Maddi ceza hukukumuzda suçsuzluk karinesini ihlal eden şüpheli suç niteliğinde çeşitli düzenlemeler olduğu gibi, suçsuzluk karinesi bakımından sorunlu ceza hukuku müesseseleri de (ön ödeme) mevcuttur. Gerçekten, 765 sayılı TCK’nın 578. maddesinde ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu”nda¹⁴⁸ öngörülen suçlar şüpheli suç niteliğindedir.

765 sayılı TCK’nın 578. maddesine göre, “Bir kimse, dilencilikle veya hırsızlık ve yağma ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkum olduktan sonra üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu ispat edemezse iki aya kadar hafif hapis cezasına mahkum olur. Böyle bir kimse üzerinde taklit ve tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamağa mahsus alat ve maymuncuk zuhur eder ve bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını tayin edemezse iki aya kadar ve eğer bunlar gece vakti elinde zuhur etmiş ise iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasına mahkum olur ve üzerinde zuhur eden eşya müsadere olunur” maddenin, gerek 1. fıkrasında gerekse 2. fıkrasında şüpheli suç düzenlenmiştir. 1. fıkrada, belirli suçlardan daha önce mahkum olmuş kimseler, üzerlerinde kendi halleriyle uyuşmayan para veya eşya çıktığında, bunlara meşru surette sahip oldukların ispat ile yükümlü tutulmaktadır. 2. fıkrada ise, yine bu kimselerin üzerlerinde taklit ve tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamaya özgü aletler ve maymuncuk çıkması halinde bunları meşru surette nerede kullanacağını göstermesi aranmaktadır.¹⁴⁹

¹⁴⁶ “Hareketsiz suçlar” olarak da adlandırılan “şüpheli suçları” ceza hukukunun tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Doktrinde bir kısım yazar, “şüpheli suçları”nı ne müspet ne de menfi bir hareketle işlenmeyen ve sadece kişisel bir durumdan ibaret bulunan suçlar şeklinde tanımlamışlardır. Bu yazarlara göre, burada cezalandırılan şey ne bir ihmal, ne de bir icradır; çünkü zilyetliği iki kavramdan birine sokmaya imkan yoktur. Diğer bir grup yazar bu suçların hareketsiz suç olduğunu kabul etmez. Bunlara göre, hareketsiz suç olamayacağından, müspet veya menfi hareket dışında, bir “şüpheli suçları” grubunu yaratmak istemek, boş bir çabadan ibarettir. Bu nedenle, şüpheli suçları denilen suçlar esasta icrai bir suçtur ve belirli bir eşyayı yanında taşımakla tamam olur. Bkz., Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994, s. 379-380.

¹⁴⁷ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 42.

¹⁴⁸ RG, 4.5.1990 Sayı: 20508.

¹⁴⁹ Dönmezer - Erman, C. I, s. 379; Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. 3, Ankara 1993, s. 2654; Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 72.

Bir görüşe göre, maddeyle “makul şüpheler” yaratılmış ve böylelikle “şüpheler sanık lehinedir” kuralına aykırı düşülmemeye çalışılmıştır.¹⁵⁰ Kanaatimizce bu suç, suçluluk bakımından ispat yükünü sanığa yükleyen bir karine içerdiğinden suçsuzluk karinesini ihlal etmektedir. Bu nedenle, kanunda çıkarılmalıdır.¹⁵¹ Nitekim 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suç tipine yer verilmemiştir. Yeni Ceza Kanunu’nda 765 sayılı TCK’nın 578. maddesinin karşılığını oluşturan hüküm bulunmamaktadır.

3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu”nun 4. maddesine göre, “kanuna veya genel ahlaka uygun sağlandığı ispat edilemeyen mallar ve ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu kanun uygulamasında haksız mal edinme sayılır” haksız mal edinmenin cezası ise, “Haksız Mal Edinme, Mal Kaçırma veya Gizleme” başlıklı 13. maddede, “Kanun’un daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir” şeklinde gösterilmiştir. Kanun’un kimleri kapsadığı ise 2. maddede gösterilmiştir.

Görüldüğü gibi, 3628 sayılı Kanun’un 4. maddesinde kamu görevlilerinin yolsuzluklara karışmalarını önlemek amacıyla bir ispat yükü ihdas edilmiştir. Buna göre herkes edindiği malı kanuna ve ahlaka uygun edindiğini ispat ile yükümlüdür. İspatlayamaz ise, başkaca bir araştırmaya gerek kalmaksızın 13. maddeye göre cezalandırılacaktır.¹⁵²

Bu düzenleme suçsuzluk karinesini ihlal etmektedir. Ayrıca, 4. maddede getirilen ispat yükü ile suçsuzluk karinesinden doğan sanığın susma hakkı (CMK m. 147), kimsenin kendini ve yakınların suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya bu yolda bir delil göstermeye zorlanamayacağı (AY m. 38) ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri de ihlal edilmektedir. Bu nedenle, İHAS uygulaması dikkate alınarak 3628 sayılı Kanun’un gözden geçirilmesi zorunludur.¹⁵³

Ceza hukukundaki ön ödeme müessesesinin durumu da suçsuzluk karinesi bakımından tartışılmalıdır (765 sayılı TCK m. 119; 5237 sayılı TCK m. 75). Ön ödeme, yalnız para cezasını (adli para cezasını) veya yukarı sınırı üç ayı geçmeyen hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan birini işleyen

¹⁵⁰ Erem, *TCK Şerhi*, s. 2654.

¹⁵¹ Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 72. Benzer bir hüküm, İHAS m. 6/2’ye aykırı olduğu gerekçesiyle Alman Kanunundan çıkarılmıştır.

¹⁵² Öztürk - Erdem - Özbek, kn: 396; Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 73.

¹⁵³ Öztürk - Erdem-Özbek, kn: 396.

kişinin, savcı veya hakim tarafından belirlenen parayı belli bir süre zarfında ödemesi durumunda, hakkında kamu davasının açılmaması, açılmış ise ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir kurumdur.¹⁵⁴ Müesseseyi ceza hukuku prensipleriyle bağdaştırmak zordur. Çünkü, ön ödeme kapsamına giren suçlardan biriyle itham edilenler, ya adli bir hatadan korktuğu ya da zaman kaybetmektense para cezasını ödemeyi yeğlediği için bu yola başvurmaktadırlar.¹⁵⁵ Oysa bir kişinin cezalandırılabilmesi için, yani suçlu olduğunu söyleyebilmek için suçluluğunun sabit olması gerekir. Bu ise ancak bir yargılama sonunda belirlenebilir.¹⁵⁶ Ön ödemede ise "yargılamasız cezalandırma" söz konusudur.¹⁵⁷ Bu nedenle, ön ödeme müessesesini suçsuzluk karinesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Ancak, doktrinde kişinin önceden işleme razı olması gerektiği noktasından hareketle müessesenin suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturmayacağı belirtilmektedir.¹⁵⁸ Eğer sanık kabul etmeyecek olursa, normal usuldeki ceza yargılaması yapılacak¹⁵⁹ ve suçluluk konusunda karar verilecektir.

SONUÇ

İlk kez Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesiyle kabul edilen ve bugün insanlığın ortak değeri haline gelmiş bulunan suçsuzluk karinesi, kısaca ceza yargılaması işlemlerinin hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurmadan, kandırma, yanıltma ve zorlama gibi irade serbestisini engelleyen yollara sapılmaksızın, kanun tarafından önceden öngörülmüş esaslar çerçevesinde ve yeterli savunma imkanları sağlanarak yapılması şeklinde tanımlayabileceğimiz adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturmaktadır. Sanığa mahkemelerin tarafsızlığı garantisi veren, onun kusuru ispat edilmezden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz anayasal (AY m. 38/4, 15/4) bir haktır.

¹⁵⁴ Bkz., Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997, s. 1024; Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, 11. Bası, İstanbul 1994, s. 317 vd.; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 811 vd.; İçel, Kayıhan - Sokullu, Akıncı Füsün - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 436; Mahmutoğlu, Fatih S., *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul 1995, s. 148 vd.; Soyaslan, s. 661.

¹⁵⁵ Erem - Danışman - Artuk, s. 1024.

¹⁵⁶ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 46.

¹⁵⁷ İçel - Sokullu, Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 436.

¹⁵⁸ Dönmezer, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 25; Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 46-48.

¹⁵⁹ Schroeder - Yenisey - Peukert, s. 48.

Suçsuzluk karinesi, bir suçla itham edilen kişinin suçu işlediğinin akla ve mantığa uygun delillerle ispatlanmadan suçsuz sayılmasını ifade eder. Bu kısaca şu şekilde de ifade edilebilir: Kişi, suçlu olduğu mahkeme hükmüyle kesinleşmeden hiçbir şekilde suçlu olarak nitelendirilmez. Burada suçsuzluk karinesinin iki fonksiyonu ön plana çıkmaktadır: Karine ilk olarak, ceza yargılamasının gidişine, işleyişine üstün bir usulü kural olarak yön vermekte, yukarıda ifade edildiği gibi bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil yargılamanın garantisini oluşturmaktadır. İkinci ise, suçluluğun tayininin yargılama kuralları çerçevesinde yargılama makamlarına düştüğünü hükme bağlamaktadır.

Ceza yargılamasında sanık, suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılacaksa da, bu onun hakkında mahkumiyete kadar hiçbir şey yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira sanık, henüz suçlu değilse de, şüpheli olması nedeniyle masum da değildir. Bu nedenle, sanıklar hakkında bir takım yargılama önlemlerinin almak, belli sınırlar içinde kalmak kaydıyla suçsuzluk karinesini ihlal etmez. Ancak, tutuklulukta makul sürenin aşımı suçluluk karinesiyle bağdaşmaz. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığının tayininde, sadece kanunda öngörülmüş tutukluluk süresinin aşılmış olmasına değil, kanuni sınırlar içindeki tutukluluk hallerinin de yerinde kullanılıp kullanılmadığına da bakılmaktadır.

Suçsuzluk karinesi suç isnadının gerçekleştiği, yani kişinin geniş anlamda sanıklık statüsüne girdiği andan itibaren ceza yargılamasının tamamında, ceza davasının esasına girilmediği durumlarda ve ceza yargılamasına bağlı diğer yargılamalarda geçerlidir. Ayrıca yargılama organları dışındaki tüm resmi makamları ve üçüncü kişileri de bağlayan temel bir ilkedir. Bu nedenle, gerek ceza yargılaması görevlileri gerekse bunun dışındaki resmi görevliler, suçsuzluk karinesini ihlal eden, sanığın suçlu olarak gösteren, sanığın suçlu gibi işlem görmesine neden olan işlem ve eylemlerde bulunmamalıdır. Aynı şekilde, basın yayın organlarının da, hakkında henüz hazırlık soruşturmasına başlanmış veya kamu davası açılmış kişiyi suçlu olarak takdim etmeleri, onun aleyhine yayın gerçekleştirmeleri suçsuzluk karinesini ihlal eder.

Suçsuzluk karinesinin bir diğer sonucu, sanığın susma hakkının bulunması ve yasak sorgu yöntemi kullanılarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılamamasıdır. Sanığın susmasından aleyhine sonuçlar çıkarılması suçsuzluk karinesini ihlal eder.

Suçsuzluk karinesi uyarınca, ispat yükü iddiacıya düşer. Bu nedenle, sanığa ispat külfeti getiren suçluluk karinelerinin suçsuzluk karinesiyle

bağdaştırılması zordur. Ancak İHAS uygulamasında makul sınırlar içinde kalmak ve sanığın susma hakkını ihlal etmemek kaydıyla bu tür karinelerin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Burada ayrıca, hakim, sanığı şüpheden yararlandırmak hususunda mutlak takdir hakkının bulunup bulunmadığına da bakılmaktadır. Eğer, şüpheden sanığı yararlandırmak bakımında mutlak takdir hakkı var ise karinenin suçsuzluk karinesini ihlal etmediği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, devlet, suçsuzluk karinesini uygulamamak amacıyla “şüpheli suçları” ihdas edemez. Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda TCK’nın 578. maddesine benzer bir hükme yer verilmemesi yerinde olmuştur. Ancak, 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüştet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu”nun 4. maddesi geçerliliğini halen korumaktadır. Kanun’un suçsuzluk karinesine açıkça aykırı olan 4. maddesinin kaldırılması veya suçsuzluk karinesiyle bağdaşır bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Yeni Ceza Kanunu’nun suçsuzluk karinesi ihlallerini önlemeye yönelik düzenlemeleri de kanaatimizce yerindedir.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 87/4. MADDESİNDE DÜZENLENEN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ YARALAMA SUÇU

Yrd. Doç. Dr. Seydi KAYMAZ*

I. GİRİŞ

Kural olarak suçlar kasten işlenir. Kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesidir” (21/1. m.) Bu itibarla kural olarak kişinin irade etmediği, iradesinin kapsamında bulunmadığı bir neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Sorumluluk için meydana gelen neticenin failin bilgisi dahilinde olması ve failin bu neticeyi de istemesi lazımdır. 5237 sayılı Yasa'nın 21/2. maddesine göre, “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde” de sorumlu tutulması mümkündür. Olası kast olarak tanımlanan bu halde kişiye daha az ceza verilmesi öngörülmüştür.

“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.” (22/2. m.) “Kişinin öngörmediği neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.” (22/3. m.) Taksirle işlenen fiillerin, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılması mümkündür. (22/1. m.)

Modern hukukta ceza sorumluluğu subjektif sorumluluk esasına dayanmaktadır. Ceza hukukunda kusursuz ceza olmaz ilkesi mevcut olup, esas itibariyle sorumluluk kusura dayanır.¹ Yine kural olarak fail, ancak kastettiği neticeden dolayı sorumlu tutulabilir.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara 2002, s. 655; Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997 İstanbul), s. 109

Bununla birlikte kişi, suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirirken, kastettiği sonuçtan daha ağır veya daha başka bir sonuç meydana gelebilir. Örneğin, başkasına yaralamak amacıyla yumruk vurmasına rağmen kişi ölebilir. Aynı şekilde kişi basit bir etkili eylemde bulunmak isterken mağdurun gözü çıkabilir. Yine cinsel istismar maksadıyla başvuru olan cebir ve şiddet sonucu suçun mağduru ölebilir. İşte failin gerçekleştirmek istediği neticenin meydana gelen neticeden daha ağır veya daha farklı olması halinde neticenin kastı aştığından söz edilmekte,² böylece cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran suç tipine netice sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir.³

Failin kastetmediği bu ağır ve başka neticelerden ne şekilde sorumlu tutulacağı ve bu sorumluluğun hukuksal esaslarının ne olduğu veya olması gerektiği hususu halen devam eden bir tartışma konusudur.⁴ 5237 sayılı TCK bakımından tespit edilmesi gereken bir husus da 87/4 maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun kasten işlenen bir suç kategorisinde mi yoksa taksirli suç kategorisinde mi değerlendirilmesi gerektiğidir.

765 sayılı TCK'nın 45/1 maddesinde, "*cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır*" denilerek cürümler bakımından kastın bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ancak devamla, "*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahal müstesnadır*" denilerek bu kurala istisnalar getirilmiştir. İşte sorumluluk bakımından failin kusurunun aranmadığı haller objektif sorumluluk halleri olarak adlandırılmıştır.

765 sayılı TCK'da objektif sorumluluğun kabul edildiği suçlardan biri de bu yasanın 452. maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiy-

² Kastedilenden başka netice her zaman ağır olmayabilir. O nedenle haklı olarak bu maddenin başlık ve ifadesinin yanlış olduğu ileri sürülmüştür. (Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler Raporlar, İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 10; Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 72; Tanım için ayrıca bkz., Toroslu - Nevzat, *Ceza Hukuku*, (Kısaltma: Toroslu, 2005) Ankara 2005, s. 153.

³ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, İstanbul 1986, s. 315 vd; Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, s. 183, Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Kısaltma: *Genel Hükümler*) C. II, İstanbul 1989, s. 386; Toroslu bu suçlar için sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlar ifadesini kullanmaktadır. Bkz., Toroslu - Nevzat, *Ceza Hukuku*, (Kısaltma: Toroslu, 2004) Ankara 2004, s. 116.

⁴ Netice sebebiyle ağırlaşan suçlardan sorumluluğun hukuksal esasları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Özen, s. 33 vd; Dönmezer - Erman, II, s. 308 vd.

le adam öldürme suçudur. 765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde "katil kastiyle olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefî nefis husule gelmiş olursa" failin cezalandırılacağı belirtilerek meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin kasti ve kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 452/2. maddesinde ise, "eğer telefî nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzımanı ile vukua" gelmesi halinde de failin sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Böylece "failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının önemi yoktur. Yasa 'failce bilinmeyen' failin iradesinden hariç, 'gayri melhuz' nedenlerden söz etmek suretiyle, bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir."⁵

Belirtelim ki, bu tür sorumluluğun kilise hukukunda yer alan, hukuka aykırı olan bunun bütün neticelerine katlanır (versari in re illicita) şeklindeki anlayışın kalıntısı olduğu belirtilerek kusura dayanmayan sorumluluk doktrinde şiddetli eleştirilere neden olmuştur.⁶

Bu düşüncelerin sonucu olarak 5237 sayılı TCK'da failin sorumluluğu kusura dayandırılmak istenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde, "kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse" kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş, bu maddenin gerekçesinde failin meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu yasanın 23. maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır.⁷

5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine göre ise; "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından takirle hareket etmesi gerekir."

⁵ CGK, 9.7.1984, 1-446/255; Savaş, Vural - Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. III, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 4707-4708.

⁶ Özgenç, İzzet - Şahin, *Cumhuriyet Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 185; Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, C. VI, (1998), S. 1-2, s. 360-361; Önder, *Genel Hükümler*, s. 389; Ayrıca bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi.

⁷ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 87. madde gerekçesi.

II. SORUMLULUĞUN HUKUKİ ESASI VE SUÇUN HUKUKSAL NİTELİĞİ

1. Sorumluluğun Hukuki Esası

Failin kastının daha ağır neticeyi kapsamadığı hallerde meydana gelen ağır neticeden ne şekilde sorumlu tutulacağı ve failin sorumluluğunun hukuki esasının ne olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, kastı aşan suçta ağır sonuç maksadın konusunu oluşturmaya bile iradenin dışında olmayıp iradenin ışığında gerçekleşmektedir. Kastı aşan sonuç dolaylı olarak istenilmiş olduğundan burada kastın varlığını kabul etmek gerekir. Bir diğer düşünceye göre, kasten yaralama sonucu ölüme neden olunması halinde kast ve taksir yanında kendine özgü bir kusurluluk şekli bulunmaktadır. Bu konuda savunulan bir başka düşünceye göre, kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesinde failin müessir fiile yönelik olarak kastı, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksiri mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, kast ile taksir bir arada bulunmaktadır; kasten yaralama sonucu meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutulabilmesi için en az taksirinin bulunması gereklidir.⁸ Bu görüş sahiplerine göre, 765 sayılı

⁸ Önder, *Genel Hükümler*, s. 392; Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s.95; Toroslu, (2004), s. 114-115; Özen, s. 131 vd.) Bu görüş taraftarlarına göre, kişinin gerçekleştirmek istediği neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi halinde, kast ve taksir bir arada bulunmaktadır.(Bu konuda bkz., İçel, Kayıhan - Akıncı, Füsun Sokullu - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000, s. 264 vd; Özen, s. 131 vd.; Toroslu, (2004), s. 115) Buna göre failin etkili eylemde bulunmak amacıyla hareket etmesi halinde kast mevcuttur. Ancak, failin bu hareket sonucu ölüm neticesinin meydana gelebileceğini öngörmemesi nedeniyle ise taksirinin mevcut olduğu savunulmuş ve failin TCK'nın 452. maddesine göre cezalandırılmasının nedeninin bu taksiri olduğu belirtilmiştir. Bu görüş sahiplerine göre, TCK'nın 452. maddesindeki hüküm mevcut olmasa bile faili gerçekleştiren ölüm neticesinden dolayı taksiri nedeniyle sorumlu tutmak mümkündür. (Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 664, Dönmezer - Erman, II, s. 262) Özgenç - Şahin'e göre, "kast-taksir kombinasyonunun sözkonusu olduğu bu hallerde, iki kademe mevcuttur. Birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır netice oluşturmaktadır." Böylece yazarlar, "iki netice" yerine "iki kademe" ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Esasen yazarların suçun tanımı ve fiil ve netice konusundaki fikirleri de farklılık arz etmektedir. Yazarlara göre netice fiilin bir unsuru olmayıp, fiilin bir neticesi olmakla beraber fiilden ayrı olarak maddi unsurun içinde yer almaktadır. O nedenle yazarlar fiil bakımından kasten hareket eden failin meydana gelen netice bakımından taksirle hareket etmesinin mümkün olduğunu savunmaktadırlar. (Özgenç - Şahin, s. 186) Belirtelim ki kanunumuzun 87/4 ve 23. maddesindeki düzenleme de bu şekildedir. Kasıtlı hareket eden kişinin taksirinden söze edilemeyeceği ve kastla taksirin bir arada bulunamayacağı ileri sürülerek bu görüşler eleştirilmiştir. Örneğin; Dönmezer-Erman, "kastın aşılması halinde, tek netice vardır; fakat bu netice failin maksadından daha ağırdır. İşte bu

TCK'nun 452. maddesinde düzenlenen ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda da kastla taksir bir arada bulunmaktadır. Failin müessir fiil kastıyla harekete geçmesi halinde kast vardır. Fakat failin bu eylem neticesi ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörmemesi taksiri mevcuttur. O nedenle kanunda TCK'nun 452. maddesi bulunmamış olsa dahi ağır neticeye kasıtlı hareketiyle sebebiyet veren failin meydana gelen ağır netice bakımından taksiri nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olacaktı. Kısaca, failin meydana gelen kastedilmeyen ağır neticeden sorumlu tutulmasının nedeni taksirin bulunmasıdır ve kastın aşılmasında en azından taksir bulunmadıkça failin meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulamayacaktır.⁹

Bu konuda başka görüşler de ileri sürülmüştür.¹⁰ Ancak, 765 sayılı TCK'nun 452. maddesi bakımından doktrindeki hakim fikir; 765 sayılı TCK'nun 452. maddesinde, kaynağını bu Yasa'nın 45. maddesinde düzenlenen; "*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*" şeklindeki hükümden alan, sırf nedensellik bağına önem veren bağımsız bir suçun düzenlendiği şeklindedir. Failin sorumluluğu ne kasta, ne de taksire dayanmıştır. Diğer bir ifadeyle müessir fiil kastı ile yapılan hareketin ölüm neticesini meydana getirmesi sorumluluk için yeterli görülmüştür. Özetle, ölüm neticesi bakımından kişinin objektif sorumluluğu kabul edilmiştir.¹¹

daha ağır netice ya fiilin ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanmasını, yani yeni bir suç tipinin ortaya çıkmasını gerektirir, ya da aşırı netice suçun bir ağırlatıcı sebebini oluşturur: birinci ihtilam kastın aşılması halini, ikinci ihtimal ise...objektif sorumluluk şeklini, yani netice sebebiyle ağırlanmış olan suçlar kategorisini meydana getirir" demektedirler. (Dönmezer - Erman, II, s. 261-262) Fakat bu eleştirilerin haklı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşte olan Toroslu ve Özen'e göre, kast ile taksirin bir arada bulunamayacağına ilişkin itiraz aynı sonuç yönünden doğru kabul edilebilir. Çünkü, failin aynı sonucu hem istemiş, hem de istememiş olması düşünülemez. Ancak, kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda tek sonuç değil, birincisi fizik değer ihlaline yönelik müessir fiil neticesi, ikincisi de yaşanan hakkının ihlali sonucunu doğuran ölüm neticesi olmak üzere iki netice vardır. İki ayrı sonuç bulunduğu failin bunlardan birini istemiş, yani bu sonuç bakımından kasten hareket etmiş, diğeri istememiş ve bu sonuç bakımından taksirle hareket etmesi mümkündür. Ayrıca ikinci neticenin birincisine oranla daha ağır bir ihlale neden olması farklı bir netice sayılmasına engel teşkil etmez. (Toroslu, (2004), s. 115, Özen, s. 133-134).

⁹ Bkz., Sokullu - Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 272; Önder, *Genel Hükümler*, s. 392; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 355; Battagliani ve Maggiore'nin görüşleri için bkz., Dönmezer - Erman, II, s. 262.

¹⁰ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. III, Ankara 1993, s. 2057-2058; Toroslu, (2004), s. 114-116; Özen, s. 126 vd.; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 664.

¹¹ Erman, Sahir - Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s. 59; Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 88; Erem, C. III, s. 2060; Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu*

Yüksek Mahkeme'miz de, kastın aşılması kavramını sırf nedensellik (illiyet) esasına dayalı objektif bir sorumluluk olarak nitelendirmiştir.¹²

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine göre, "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." Böylece kast ve taksir yanında, kast-taksir kombinasyonu olarak adlandırılan bir kusurluluk şekline yer verilmiştir.

Maddede, meydana gelen sorumluluk bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusurluluğun aranması nedeniyle, ağır neticenin kasten

Açıklaması, C. IV, Ankara 1976, s. 373, Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 665. Gerçekten kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesinden failin ne şekilde sorumlu tutulması gerektiğine dair çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür

Bu konuda savunulan bir düşünceye göre, kastın aşılması halinde kastla tesadüf ve kaza bir arada bulunmaktadır. Buna göre, fail etkili eylem açısından kastla hareket etmekte, fakat ağır netice bir kaza ve tesadüftен doğmaktadır.

Bir başka düşünceye göre, burada kast ve taksir yanında kendine özgü bir psikolojik unsur mevcuttur. Ayrıca kastı aşan suçta, kast ile taksir arasında bir kusurluluk şekli bulunduğu, kastı aşan suçta daha ağır neticenin bir cezalandırma şartı olduğu, kastı aşan suçta ağır netice istenmiş olmamakla beraber istenmemiş de olmadığı şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. (Bu görüşler ve eleştiriler için bkz., Toroslu, (2004), s. 114 vd; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 664, Dönmezer-Erman, II, s.262 vd; Özen, s. 126 vd, Yukarıda açıklandığı üzere 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi ile ilgili olarak doktrinadaki hakim görüş ve Yüksek Mahkeme'mizin görüşü ve uygulaması 765 sayılı TCK'nın 452. maddesindeki sorumluluğun kusurluluğa dayanan bir subjektif sorumluluk olmayıp, objektif bir sorumluluk olduğu şeklindedir. (Dönmezer - Erman, II, s. 263-264; Demirbaş, s. 353; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 663).

¹² Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporlarına göre, kavga sırasında maktülde oluşan lezyonların başlı başına ölümü tevleid eder nitelikte bulunmadığı, maktülenin ölümünün maruz kaldığı travmanın kendinde mevcut eski epilepsi hastalığını aktive ederek statüs epileptikus ve bu nedenle oluşmuş komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği fiille ölüm arasında illiyet bağının olduğunun ifade edildiği anlaşılacakla her iki sanık hakkında TCK'nın 452/2,51/1,59. maddeleri gereğince tecziyesi yerine yazılı şekilde TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrası ile hüküm kurulması, (1. CD, 24.12.2003, 1335/3331 yayınlanmamıştır) failin eylemi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması, başka bir deyişle, kastı aşan etkili eylem sonucu adam öldürmenin sözkonusu olabilmesi için, ölümün failin etkili eylem sayılan hareketinden doğmuş olması gerekir. Bu suçta, subjektif takdirin önemi bulunmadığından, failin de ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörebilir durumda olması aranmaz. Fail yaptığı hareket sonucunda mağdurun ölebileceğini aklından bile geçirmemiş, hatta bunu tahmin edebilecek tecrübe veya bilgiye sahip bulunmamış olsa bile, hareketiyle sonuç arasında objektif uygunluk bulunduğu takdirde nedensellik bağı mevcuttur." (CGK, 12.2.2002, 1-29/167; Ekinci, Mustafa - Özcan, Şerafettin, *Açıklamalı-İçtihatlı Kastın Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004, s. 232).

meydana getirilmesinin de mümkün olduğu ve bu halde de eylemin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna vücut vereceği anlaşılmaktadır.¹³

2. Suçun Hukuksal Niteliği

A. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde, *"katil kastıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir füliden telefı nefis husule gelmiş olması"* halinde faile adam öldürme suçundan tayin edilecek cezanın belli oranlarda indirilerek verilmesi hükme bağlanmıştır. Bu hükmün bağımsız bir suça mı vücut verdiği, yoksa adam öldürme suçunun hafifletici nedenini mi veyahut müessir fiil suçunun ağırlatıcı nedenini mi teşkil ettiği hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, faildeki kasıt öldürmeye yönelik olmayıp yaralamaya yönelik olduğundan, adam öldürme suçunun hafifletici nedeninin söz konusu olmadığını; ölüm neticesi fail tarafından istenmediği için de müessir fiil suçunun ağırlatıcı bir nedenin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Burada meydana gelen netice itibarıyla bir netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.¹⁴

5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde düzenlenen suçun kasten yaralama suçunun ağırlatıcı nedeni olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu suç bakımından esas itibarıyla kasten yaralama suçunun mevcut olması gerekli ise de, meydana gelen ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için *"en azından"* taksir seviyesinde bir kusurluluğunun arandığı neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi söz konusudur.

B. Suçun Kasıtlı Bir Suç Olarak mı Yoksa Taksirli Bir Suç Olarak mı Değerlendirilmesi Gerektiği Sorunu

a. Genel Olarak: Failin kastı yaralama olmasına rağmen, meydana gelen ölüm neticesi bakımından sorumlu tutulabilmesi için en az taksir düzeyinde bir kusurluluk arandığına göre bu suçu taksirli bir suç olarak mı, yoksa kasten işlenen bir suç olarak mı kabul etmek gerekir?

Bunu tespit etmek önemlidir, çünkü bunun başka hukuksal sonuçları da olacaktır. Örneğin; paraya çevirme, (5237 sayılı TCK 50. m.) tekerrür (5237 sayılı TCK 58. m.) gibi konularda kasten işlenen suçlarla taksirle

¹³ Schroeder, Friedch - Christian, *Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler*, (Çev. İzzet Özgenç) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 273.

¹⁴ Erman - Özek, s. 59.

işlenen suçlar bakımından farklılık bulunduğu gibi, ceza mahkumiyetinin sonuçları bakımından da farklılık mevcuttur.

Belirtelim ki bu sorunun çözümü kolay değildir. Çünkü, suçun oluşumu için meydana gelen ölüm neticesinin taksirle meydana gelmesi yeterli kabul edildiğine göre, suçun kasta dayanan bir suç kabul edilemeyeceği söylenebilir. Tersine, ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından taksir düzeyinde bir kusurluluk aranmasına rağmen, hareketin yaralama kastıyla meydana getirilmesi gerektiği ileri sürülerek bu suçun taksirle işlenen bir suç kabul edilemeyeceği de iddia olunabilir.

Sorunu karmaşık hale getiren bir husus da, 23. maddede “*filin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından ‘en azından’ taksirle hareket etmesi gerekir*” denilmesidir. Maddede failin meydana gelen ağır netice bakımından “*en azından*” taksir düzeyinde bir kusurluluk ile hareket etmesi gerektiğine belirtildiğine göre, kast düzeyindeki bir kusurluluk ile ağır neticeye sebebiyet verilmesi halinde de bu suç oluşacağını kabul edilmiş bulunmaktadır.

b. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Taksirle Hareket Etmesi: Meydana gelen ağır netice bakımından failin taksirle hareket etmesi halinde kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Kast-taksir kombinasyonu uyarınca failin sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğine savunan görüşe göre, bu halde iki kademe mevcut olup, birinci kademeyi kasten işlenen temel suç olan yaralama, ikinci kademeyi ise taksirle¹⁵ sebebiyet verilen ağır netice olan ölüm neticesi oluşturmaktadır.¹⁶

Buna göre, failde yaralamaya yönelik olarak kast mevcut olmalıdır. Meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği, meydana gelen ölüm neticesini öngörebilip öngörülemediği, diğer bir ifadeyle taksirinin, yani kusurunun mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.¹⁷ Failin meydana gelen ölüm neticesini öngö-

¹⁵ Schroeder, s. 272-274. Yazar, ağır taksir için, “Her kim içinde bulunduğu şartlar itibariyle kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini aşikar bir şekilde müşahede etmesi gerekir idiyse veya şahsi kabiliyetleri itibariyle bunu kolayca müşahede edebilir durumda idiyse; ‘leichtfertigkeit’, yani daha ağır bir şekilde dikkatsizlik veya ihtimamsız hareket etmiş olur” şeklinde bir tanımı tavsiye etmektedir. (Schroeder, s. 272).

¹⁶ Özgenç - Şahin, s. 186; Özgenç, İzzet, *Kavga Suçu (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler*, (Kısaltma: Kavga); *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 4, (Ekim 1993), s. 494.

¹⁷ Taksirden dolayı sorumluluk için, öngörebilme unsuru yanında, failin meydana gelen neticeyi önleyebilmesinin de gerekli olduğunu savunan Toroslu’ya göre, taksirli sorumluluğun birleştirici esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. (Toroslu, (2005), s. 144).

rebileceği sonucuna varılması halinde fail meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacak aksi halde sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

Doktrinde meydana gelen ağır neticeye taksirle neden olunması halinde suçun hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiği hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.¹⁸ 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Sözüer, fiilin kasten işlenmesinden hareketle kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu suçların kasıtlı suçlar kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁹

Kanaatimize göre, her ne kadar fiil kasten işlenmiş ise de, bu fiil meydana gelen ağır neticeye yönelik değildir. Ağır neticenin taksirle meydana gelmesi halinde meydana gelen suçun kasten işlenen bir suç olduğunu söylemek güçtür.

Alman Ceza Kanunu kast-taksir kombinasyonunun mevcut olduğu suçları kasten işlenen suçlar olarak görmektedir.²⁰ Gerçekten, Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde (StGB 11/2) "*Hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil bu kanundaki anlamında kasıtlıdır*"²¹ denilmektedir. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından sorun bu şekilde çözülmüştür.

Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde yer alan "*hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil bu kanundaki anlamında kasıtlıdır*" şeklindeki bir hükmün kanunumuzda yer almaması nedeniyle netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Kanaatimize göre, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kasten işlenen temel suç ve taksirle gerçekleştirilen ağır neticeden oluşan bir taksirli suç niteliğindedir.²² Bu suça vasıf veren, meydana gelen taksirle gerçekleştir-

¹⁸ Bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 494-495; İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 272; Önder, *Genel Hükümler*, s. 392, Demirbaş, s. 355; Dönmezer - Erman, I, s. 262 vd.

¹⁹ Sözüer, Adem, Yargıtay Başkanlığı'nca Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel hükümleri ve Yansımaları Paneli*'nde yaptığı konuşma 10-11 Şubat, Ankara 2005.

²⁰ Schroeder, s. 274. Aynı düzenlemenin Rus Ceza Kanunu'nun da mevcut olduğu belirtilmektedir. Schroeder, s. 274.

²¹ İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları* 3. Bası, İstanbul 1990, s. 1004.

²² Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 494-496 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç'in kasten işlenen temel suç ve taksirle gerçekleştirilen ağır neticeden oluşan suçları taksirli bir suç olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yazar'ın incelediği Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda sanıklar mağdurdu kasten yaralamak için anlaşmışlardır. Ancak sanıklardan birinin

len ağır neticedir. Örneğin, temel suç kasten yaralama olmasına rağmen, ölüm neticesinin meydana gelmesi ile suç kasten yaralama suçu olmaktan çıkmakta neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta dönüşmektedir.

c. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Kast Hareket Etmesi: Neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun oluşması için temel suç olan yaralama bakımından failin kastı mevcut olmalıdır. Meydana gelen ağır netice olan ölüm bakımından da failin kastının mevcut olması, diğer bir ifadeyle ölüm neticesinin de kastın kapsamı dahilinde olması halinde kasten işlenen bir suçtan söz etmek gerektiği açıktır.

Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere kişisel görüşümüz, meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin ister doğrudan kastla isterse de olası kastla hareket etmesi halinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçtan söz edilemeyeceği, bu gibi hallerde kasten adam öldürme suçu söz konusu olacağı şeklindedir.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Faili

Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir.

Eylemin basit hali için sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüş iken eylemin,

a. Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

vurmuş olduğu tekme ve tokat darbeleri sonucu dengesini kaybederek merdivenlerden aşağı düşmüş ve ölmüştür. Yüksek Mahkeme yumruk vurmeyen diğer sanıkların eylemlerinin kavgada ölene el uzatmak suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. (CGK. 1.2.1988, 1-515/11) Yazar, TCK'nın 452. maddesi bakımından ister kusuru bulunsun ister bulunmasın bütün sanıkların meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiğini belirttikten sonra kendi görüşlerini şöyle özetlemiştir: "Karara konu teşkil eden olayda iştirak halinde (müşterek faillik şeklinde) işlenen bir kasten müessir fiil suçu vardır. Bütün suç ortakları mağdura sadece 'dövüp gözdağı vermeyi' amaçlamışlardır. Fakat suç ortaklarından Ramazan'ın müessir fiili sonucunda mağdur merdivenden düşmüş ve kafa içi kanamasından ölmüştür. Olayın cereyan tarzından hiçbir suç ortağının öldürme kastıyla hareket ettiğini tespit edememekteyiz. O halde müşterek faillik şeklinde işlenen kasten müessir fiil (temel suç) sonucunda mağdurun ölümüne sebebiyet verilmiştir. Görüşümüze göre, meydana gelen ölüm neticesi açısından ancak taksirden dolayı kusurlarının mevcudiyetini tespit edebildiğimiz kişileri taksirli yan yana failler olarak sorumlu tutabileceğiz." Böylece Özgenç, kasten işlenen temel suç (yaralama) bakımından iştirak mevcut olmasını bu suçta kasten işlenebilen bir suç kabul etmek için ve bu suçta iştirak için yeterli görmemiş diğer suç ortaklarının taksirlerinin mevcut olması halinde taksirli yan yana failliğin söz konusu olacağını savunmuştur. (Özgenç, *Kavg*, s. 496, dpn. 93).

b. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c. Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d. Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e. Silahla, işlenmesi hali için on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Böylece failin sıfatı, (a ve d bendi) mağdurun sıfatı (b ve c bendi) ve suçta kullanılan alet (e bendi) şiddet sebebi olarak kabul edilmiştir.

2. Suçun Mağduru

Suçun mağduru yaşayan, “canlı”, “insan”dır. Bu itibarla ana rahminden ayrılıp bağımsız bir varlık haline gelen “insan” bu suçun mağduru olabilir. Cenin, henüz ana rahminden ayrılıp bağımsız bir varlık haline gelmediği için, çocuk düşürme suçunun mağduru olabilirse de bu suçun mağduru olamaz.

Ölmesi çok yakın veya kesin olan bir kişinin kasten yaralanıp öldürülmesi de bu suç oluşturur. Yeni doğan bir bebeğin yaşama kabiliyetinin olup olmaması bu suçun mağduru olması için bir öneme sahip değildir.

Mağdurun failin üstsoyu, altsoyu, eşi ve kardeşi olması hali ve suçun mağdurun yerine getirmiş olduğu kamu görevi nedeniyle işlenmesi şiddet sebebi olarak kabul edilmiştir. (86-3/a-c m.)

Yanılma ve sapma nedeniyle hedef alınan kişiden başkası da bu suçun mağduru olabilir. Diğer bir ifadeyle hedefte sapma ve yanılma sonucu yaralamaya maruz kalan kişinin ölümü halinde de 87/4. maddesi hükümlerinin uygulanma imkanı mevcuttur.

Ancak, bir yakınının dövülmesi, örneğin kalp hastası olan bir şahsın oğlunun dövülmesi sırasında kişi yaşadığı heyecan ve stres sonucu ölürse, 87/4 maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Fakat eğer fail kalp rahatsızlığını bildiği mağdurun kalp krizi geçirip ölmesi amacıyla oğlunu, kızını veya eşini gözü önünde döver ve bunun sonucu olarak da kişi kalp krizi geçirerek ölürse, failin kasten adam öldürmek suçundan sorumlu tutulması lazımdır.²³

²³ Erman - Özek, s. 64.

3. Fiil

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil, bir kişinin “yaralanması”dır. Suçun oluşumu için yaralama sonucu ölüm neticesinin de gerçekleşmesi lazımdır. Böylece “müessir fiil” kavramı terk edilerek “yaralama” kavramı benimsenmiştir.

“Yaralama”nın “müessir fiil”in her şeklini kapsamadığı, ayrıca 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde yer alıp bu suç ile 87/4. maddesinin de yollamada bulunduğu 86/1. madde arasındaki farkı ortaya koyan; yaralanmanın etkisinin “basit tıbbi müdahale ile giderilebilme” ölçütünün belirsiz olduğu ve 86/1. maddede düzenlenen “acı verme” ve “algılama yeteneğinin bozulması” kavramlarının açık olmadığı belirtilerek bu düzenlemeler haklı olarak eleştirilmiştir.²⁴ Ayrıca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmanın, hekimler tarafından farklı algılanabilecek kişisel değerlendirme farklılıkları yaratabileceği de vurgulanmıştır.²⁵

765 sayılı TCK’nın 452. maddesinde, “katil kastıyla olmayan darp, cerh veya müessir fiil” sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesinden söz edilmiş, müessir fiilin düzenlendiği ve şiddetine göre derecelendirildiği TCK’nın 456. maddesinin herhangi bir fıkrasına yollamada bulunmamıştır. Dolayısıyla hafif derecedeki yaralanma şekli ile de bu suçun oluşabileceği kabul edilmiştir.

Oysa, 5237 sayılı TCK’nın 87/4. maddesinde kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suçunu oluşturan yaralama bakımından yalnızca 86/1. maddesine atıfta bulunmuştur.

B. Yaralama

a. Genel Olarak: Kasten yaralama suçunun temel şeklinin tanımlandığı 86/1. maddesinde,²⁶ “kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi”nin cezalandırılmasından

²⁴ Toroslu - Ersoy, s. 15; Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 80; “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 306.

²⁵ Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

²⁶ Bkz., 5237 sayılı TCK’nın 86. m. gerekçesi.

söz edilerek “yaralama”; başkasının vücuduna acı verme, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma şeklinde tanımlanmıştır. Gerekeçdeki ifadeyle, “kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış, yaralama kabul edilmiştir.”²⁷

Maddede kullanılan “yaralama”, “acı verme” veya “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma”; hareket ve uygulanan şiddetten ziyade bu hareket ve şiddet sonucu mağdur üzerinde bir meydana gelen sonuçları ifade etmektedir. Belirtelim ki bu terimler hukuksal terimler değildir;²⁸ bu terimlerin sözlük anlamlarının belirlenmesi lazımdır. Sözlük anlamı ile yara; “keskin bir şeyle, bir vuruşla vücutta oluşan derin kesik veya zedelenme”; “yaralama” ise, “yaralama işi” olarak ifade edilmiştir.²⁹ Bir başka kaynakta, eski Türkçe’de yarığ veya yarağ kökeninden geldiği belirtilen “yara”, “bedende çarpma, silah darbesi vb. şeyin açtığı derin kesik”; “yaranılmak” ise; “silah vb. bir şeyle vücudunda yara açılmak” olarak tarif edilmiştir.³⁰ Cerrahi anlamda yara, “deri ve mukoza tabakasının yarılmasına, ezilmesine veya zedelenmesi” şeklinde açıklanmıştır. Belirtelim ki “Adli Tıp’ta yara cerrahi manadaki yaradan çok şümüllüdür. Bir şahsı zehirlemek suretiyle hasta etmek, kolunu burkarak eklem yerinden çıkarmak, aç susuz veya soğukta bırakmak suretiyle hasta etmek, korkutmak suretiyle bazı ruhi arızalar meydana getirmek yara tabiri içinde incelenir.”³¹ Türk Ceza Kanunu’nda vücut dokunulmazlığını karşı suçlar bölümünde kullanılan yaralama kavramını adli tıp anlamında kabul etmek ve değerlendirmek gerektiği açıktır. O halde, yalnız darp ve cerh suretiyle meydana getirilen yaralanmaları değil, aç ve susuz bırakmak suretiyle meydana gelen rahatsızlıkları, korkutmak suretiyle meydana ge-

²⁷ 5237 sayılı TCK’nın 86. madde gerekçesi.

²⁸ *Türk Hukuk Lügatı*’nda bu terimlerin tanımına rastlayamadık.

²⁹ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1998, s. 1596-1597.

³⁰ *Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi*, C. 20, Sabah Gazetesi Yayını, İstanbul 1992, s. 280-281.

³¹ Tunalı, İbrahim, *Adli Tıp*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 112 Adli tıp anlamında “yara” hakkında ise şu açıklamalar yapılmıştır. “Adli tıpta yara çok geniş bir anlam taşır; mahkemeler sadece bir darbe ile meydana gelen, dokuları yırtan veya yırtmayan her çeşit lezyonu değil, her türlü darbe ve zorlanmadan ileri gelen hastalıkları da yara diye kabullenip muhakeme eder. Mahkemeler sadece yaranın mutlak veya nispi ağırlığını göz önünde bulundurur ve yaraları derecelere ayırırlar: yalnız deriyi veya yüzeysel kasları ilgilendiren (ihtilat yapmamış yaralar, hafif ezilmeler, birinci derecede yanıklar vb.) ve yirmi gün işten alı konmaya sebep olan yaralar hafif yara, şiddetli ezilmelere, ihtilata yol açan cerahatli olan (ateşli silah yaraları, eskarlarla birlikte olan derin yanıklar, vb.) iyileşebilen veya yetersiz şekilde iyileşebilen (bir sakatlık bırakan) yaralara ağır yara ve nihayet öldürücü alanlara (yaşamak için gerekli organlardaki derin yaralar, beyin, kalp akciğer, sindirim sistemi yaraları) öldürücü yara denir” *Meydan Larousse*, C. 20, s. 280-281).

tirilen ruhi arızaları da bu kavram içinde değerlendirmek gerekir.³² Esasen maddede “sağlığının ve algılama yeteneğinin bozulmasına neden” olunması da yaralama kapsamında kabul edilmiştir.

Yaralamanın temel şekli 86/1. maddesinde tanımlanmıştır. 87. madde kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesinde ise kasten yaralamanın hafif hali düzenlenmiştir. Bu maddede etkisi “*basit tıbbi bir müdahale*” giderilebilecek ölçüdeki yaralama fiilleri için daha az ceza öngörülmüştür.

Bu kapsamda değerlendirilen diğer bir kasten yaralama fiili de, ihmal suretiyle meydana getirilen yaralamalardır.

Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından hazırlanan kılavuzda, travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesindeki yaralanmalar “*hafif*”, 86/1. maddesindeki yaralanmalar “*orta*”, 87. maddenin 1 ve 2. maddelerindeki yaralanmalar “*ağır*” olarak nitelendirilmiştir. 87. maddenin 3. maddesindeki kemik kırılması ise, kemiğin niteliği, meydana getirmiş olduğu bedensel zarar ve tehlike nazara alınarak bazı kemik kırılmaları, “*ağır*”, bazıları “*orta*” bazı kemik kırılmaları ise “*hafif*” yaralanma olarak nitelendirilmiştir.³³

b. Acı Verme: Hukuksal bir terim olmayan “*acı*”nın sözlük anlamı; “*iç ve dış tesirlerin uzviyette meydana getirdiği rahatsızlık, sızı, sancı, ağrı*”³⁴ ve “*dışarıdan gelen etki ile dış organlarda birden bire duyulan.. ıstırap*” olarak açıklanmıştır.³⁵ TCK’nın 86/1. maddesindeki “*acı verme*” kavramının 765 sayılı TCK’nın 456. maddesinde yer alan “*cismen eza verme*” kavramı yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır.

³² Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından hazırlanan , *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*’da; kişinin sağlığını ya da algılama yeteneğini bozacak derecedeki yaralanma” tanımının, travmanın ruhsal etkilerini de kapsadığı belirtilmiştir. (Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

³³ Travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre 87. maddesindeki yaralanmalar “*ağır*”, 86/1. maddesindeki yaralanmalar “*orta*”, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesindeki yaralanmalar ise “*hafif*” olarak nitelendirilmiştir. (Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz* (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

³⁴ *Meydan Larousse*, C. 1, s. 55.

³⁵ *Türkçe Sözlük* (TDK), C. 1, s. 4.

Buna göre “acı verme”den; mağdurda failin eylemine bağlı olarak meydana gelen az veya çok duyulan her türlü fiziki acı anlaşılmalıdır.³⁶ Bu itibarla “itelemek” de acı verici bir harekettir.³⁷ Ancak 87/4 maddesinin kasten yaralama bakımından 86/1 maddesine yollamada bulunduğu hatırlanmalıdır.³⁸ 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit bir tıbbi müdahale ile tedavi edilebilen yaralanmalar bu suçun maddi unsurunu teşkil etmeyecektir.

c. Sağlığın Bozulması: Bu kavramdan kişinin sağlık durumunun ihlal edilmesi, patolojik bir durumun yaratılması veya patolojik durumun derecesinin artırılması anlaşılmalıdır. O nedenle bir kimsenin sağlık durumunun daha da kötüye gitmesine sebebiyet verilmesi de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir. Sağlığın sürekli bozulması gerekli olmayıp, sağlığı geçici olarak bozan eylemler de bu kavrama dahildir. Mağdurda fiziki acı olmadığı halde sağlığı ihlal edilmiş olabilir. O nedenle rıza ile cinsel ilişki sonucu zührevi bir hastalığı bulaştırmak da acı vermediği halde sağlığın bozulmasına yol açar. Belirtelim ki, vücuda acı verme ile sağlığın bozulması arasındaki ayırımı yapmak her zaman kolay değildir.

d. Algılama Yeteneğinin Bozulması: Algılama; “bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyum yolu ile yalın bir biçimde bilinç alanına almak, idrak etmek”tir.³⁹ Algılama yeteneğinin bozulmasından, kişinin anlama, düşünme, muhakeme etme yeteneklerinde karışıklık, bozukluk meydana getirecek her türlü eylemler anlaşılmalıdır. Akli melekelerde karışıklık, düzensizlik meydana gelmesi, kişinin ruhi durumunda normal olan durumdan sapmalar meydana getirilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Gerçekten, gerek akıl yönünden karışıklık, gerekse de ruhsal karışıklık kişinin algılama yeteneğini bozduğundan bu kavrama dahildir. Kişinin hipnotize edilerek bayılması, sarhoş edilmesi, onun iradesine hakim olamaz hale getirilmesi algılama yeteneğinin bozulmasına örnek gösterilebilir.⁴⁰

³⁶ Dönmezer, *Kişilere*, s. 116.

³⁷ Yüksek Mahkeme’ mize göre; “itelemek dahi müessir fiildir” (2. CD, 27.5.1939, 7593/7207; Erem, III, s. 2096).

³⁸ 87/4. maddesinde, hem 86. maddenin 1. fıkrasına hem de değişik 3. fıkrasına yollamada bulunulmuştur. Ancak kasten yaralama fiilinin tanımlandığı, unsurlarının gösterildiği fıkra maddenin 1. fıkrasıdır. 3. fıkrada mağdurun ve failin sıfatı ile kullanılan aletin niteliğine göre şiddet nedenlerine yer verilmiştir. O nedenle, kasten yaralamaların derecesi bakımından bir karşılaştırma yapılırken 86. maddenin 1. fıkrasındaki kasten yaralama suçu esas alınacaktır.

³⁹ *Türkçe Sözlük*, (TDK), C. 1, s. 50.

⁴⁰ Dönmezer, *Kişilere*, s. 116, Erman - Özek, s. 100.

C. Yaralamaya Teşebbüs

87/4 maddesinde kasten yaralama suçu neticesinde ölümün meydana gelmesinden söz edildiğine göre, bu suça teşebbüs halinde de maddenin uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Gerçekten kanun koyucu suçun tamamlanmış halini yaptırım altına aldığı gibi, teşebbüs halini de yaptırım altına almıştır, denebilir. Ancak, 87/4. maddesinde kasten yaralama neticesinde ölümün meydana gelmesi arandığına göre, fiilin tamamlanmış ve mağdur üzerinde bir zarar meydana getirmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta “*darp*” ve “*cerh*”⁴¹ şeklinde bir yaralama meydana gelmeyeceğine göre, kural olarak kasten yaralamaya teşebbüs halinde 87/4. maddesinin uygulanma imkanının olmadığını kabul etmek gerekir.

D. TCK'nın 86/1. Maddesi Dışındaki Yaralama Hallerinde Bu Suçun Oluşup Oluşamayacağı

a. Genel Olarak: TCK'nın 87/4. maddesinde bu Kanun'un 86/1. maddesinde yazılı kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suç olarak düzenlenmiştir. O nedenle 86/1. maddede yazılı dereceye varmayan (5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2 m.) veya bundan daha ciddi düzeydeki yaralama hallerinde (87/1, 2, 3. m.) kişinin ölmesi durumunda 87/4. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlanmış yaralama suçunun oluşup oluşmayacağı hususunda belirsizlik mevcuttur. Aşağıda çeşitli ihtimallere göre durumu değerlendirilmeye çalışacağız.

b. 5328 Sayılı Yasa'yla Değişik 5327 Sayılı TCK'nın 86/2. Maddesinde Yazılı Kastens Yaralama Halleri: 5237 sayılı TCK'nın 86/1. maddesinde yazılı ağırlığa ulaşmayan, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yazılı yaralama neticesinde kişinin ölmesi halinde 87/4 maddesinin uygulanabileceği düşünülebilirse de 87/4. maddesinde ölüm neticesini meydana getiren yaralama açısından 86. maddenin 1.fıkrasına göndermede bulunulduğundan, herhangi bir yaralama şeklinin bu suçun maddi unsurunu teşkil edemeyeceğini kabul etmek gerekir. Gerçekten, eğer 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yazılı şekilde bir yaralamanın da bu suçu oluşturabileceği kabul edilseydi 87/4 maddesinde yalnızca “*yaralama*” ifadesi kullanılır ve 86. maddenin 1. fıkrasına göndermede bulunulmazdı.

⁴¹ Darp, vurma, yaralama; cerh ise, yaralama, yaralanma, çürütme anlamına gelmektedir. Bkz., Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 15. Baskı, Ankara 1998, s. 135, 166 .

Bu itibarla, şiddetli olmayan bir yumruk sonucu mağdurun ölmesi veya mağdurun "yaralanması" sonucunu doğurmayan "itme" şeklindeki bir hareket neticesinde ölmesi halinde 87/4 maddesindeki suç oluşmayacaktır.

c. 5328 Sayılı Yasa'yla Değişik 5327 sayılı TCK'nın 88/1. Maddesinde Yazılı Kasten Yaralamanın İhmal Suretiyle İşlenmesi: 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1 maddesinde düzenlenen "kasten yaralama"dan hangi maddedeki yaralamanın anlaşılması gerektiği ve bu fıkrada düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi sonucu bir kişinin ölmesi halinde fail hakkında 87/4. maddesi hükümlerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığında tereddütler bulunmaktadır.

5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1. maddesindeki "kasten yaralama"dan, 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yapılan değişiklikten sonra, 88/1. maddesindeki "kasten yaralama"dan yalnızca 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü, "kasten yaralama" kavramı hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki "yaralama" halleri için kullanılmıştır. Gerçekten, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/3. maddesinde, kasten yaralamanın nitelikli halleri düzenlenirken, hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesindeki yaralama halleri kastedilmiş, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesine temas eden yaralamanın nitelikli halinde şikayet aranmaksızın cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.⁴² (86/3-e m.) Bu itibarla 5328 sayılı Yasa'yla değişik 88/1. maddesindeki kasten yaralamadan da hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki kasten yaralama halinin anlaşılması lazımdır.⁴³ 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı

⁴² Gerçekten, değişiklikten önce 86/1. maddesindeki suç şikayete tabi değildi. Şikayete tabi olan 88/1. maddesinde düzenlenen suçtu. 88/1. maddesindeki fıkra 86. maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenince teselsül suretiyle 3. fıkra olan bu fıkrada yapılan değişiklikle; bu fıkrada yazılı hallerde, "şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklinde bir ibare eklenmiştir.

⁴³ Değişiklikten önce, 88. maddenin 2. fıkrasını teşkil eden bu fıkradaki (değişik 88/1 m.); "kasten yaralama"dan, 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılması gerektiği, 88/1. maddesinde (değişik 86/2 m.) kasten yaralamanın meydana getirmiş olduğu sonuçtan, (daha hafif derecede bir yaralama olmasından) kaynaklanan bir hafif halin, 2. fıkrada ise (değişik 88/1 m.) fiilin işleniş şeklinden, (fiilin ihmali suretiyle işlenmesinden) kaynaklanan bir halin söz konusu olduğu görüşündeydik. Halen de değişik 86/2. maddesinde yaralamanın neticesinin hafif olmasından kaynaklanan bir hafif halin düzenlendiğini, değişik 88/1. maddesinde ise fiilin işleniş şeklinden kaynaklan uygulanması hakim takdirine dayalı bir cezada indirim nedeninin düzenlendiği kanaatindeyiz. Ancak, yapılan değişiklikten sonra ortaya çıkan sistematığe göre, değişik 88/1. maddesindeki "kasten yaralam"dan, hem 86/1, hem de değişik 86/2. maddesindeki yaralama halinin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK'nın 88/1. maddesinde kasten yaralama halleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından, ihmal suretiyle işlenen fiil sonucu kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin meydana gelmesi halinde de, cezanın 88/1 maddesine göre indirilebileceği anlaşılmaktadır.

Peki, kasten yaralanmanın ihmali davranışla işlenmesinin her halinde, ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda 87/4. maddesi hükümleri uygulanabilecek midir? Diğer bir ifadeyle, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi sonucu 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yazılı şekilde yaralanan mağdur daha sonra ölse 87/4. maddesindeki suç oluşacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilemeyeceğini düşünmekteyiz. Kanun koyucu icrai bir fiil ile işlenip değişik 86/2. madde kapsamında kalan bir yaralama halinde 87/4. maddesindeki suçun oluşmasını kabul etmediğine göre, daha hafif olarak değerlendirdiği bu fiilin ihmali davranışla işlenmesi sonucu ölümün meydana gelmesi halinde 87/4. maddesinin uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. 87/4. maddesinde yazılı suçun oluşabilmesi için ihmali davranış sonucu meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı düzeyde olması aranmalıdır.⁴⁴

Buna göre, ihmal suretiyle işlenen kasten yaralama fiili sonucu 86/1. maddesinde yazılı şekilde yaralanan kişinin ölümü halinde, fail, meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksirinin bulunması koşuluyla 87/4. maddesine göre cezalandırılacaktır.

d. TCK'nın 87. Maddesinin 1, 2 ve 3. Fıkralarında Yazılı Haller: 87/4. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu bakımından 86. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen temel yaralama şekline atıfta bulunulmasına rağmen, 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen yaralama hallerine bir atıfta bulunulmamıştır. Bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşan yaralama bakımından yaralamanın temel haline atıfta bulunulduğuna, temel nitelikteki yaralama hali bu suçun oluşması için

⁴⁴ Kanaatimiz bu yönde olmakla beraber, yapılan değişiklikten önce de maddelerin düzenlenme şeklinin bu hususlarda sağlıklı bir yorum yapmaya, her türlü duraksamadan uzak bir sonuca ulaşmaya elverişli olmadığını belirtmek lazımdır. Yapılan değişiklikle durum daha da zorlaşmıştır. Gerçekten 87/4. maddesinde, 86. maddenin 1 ve 3. fıkrasına yollamada bulunulmaktadır. 3. fıkra ise, hem 86. maddenin 1. fıkrasını hem de 2. fıkrasını kapsamakta ve her iki fıkra bakımından uygulanma yeteneğine sahip bulunulmaktadır. 87/4. maddesinde 86. maddenin 3. fıkrasına yollamada bulunulmakla acaba, 3. fıkranın uygulanma yeteneğine sahip olduğu 2. fıkraya da yollamada bulunulmuş olur mu? Bu soruya net cevap vermek mümkün değildir. Esasen, 86. maddenin 2. fıkrasında yazılı halin ayrı bir madde şeklinde düzenlenmesi daha yararlı olurdu ve böylece bu karışıklığın önüne geçilmiş olurdu.

yeterli görüldüğüne göre, daha ağır hallerin düzenlendiği 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında yazılı neticeleri doğuran yaralanmaların evveliyatla bu suçun oluşumu için elverişli kabul edilmesi gerektiği, o nedenle de 87/4. maddesinde bu maddenin diğer fıkralarına atıfta bulunulmasına gerek duyulmadığı düşünülebilir.

Buna karşılık, 87. maddenin 1, 2 ve 3 fıkralarında yazılı ağır yaralama halleri, 87/4. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçunun maddi unsuru kabul edilmek istenmemiştir, aksi halde yalnızca 86/1. maddesine atıfta bulunulmazdı, şeklinde bir görüş de ileri sürülebilir.

Gereğede bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, kanun koyucunun 87. maddesinde yazılı yaralama şekilleri sonucu ölümün meydana gelmesi halinde artık kişinin en azından olası kast hükümlerine göre hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle 87/4. maddesindeki suç bakımından aynı maddenin diğer fıkralarına atıf yapılmadığı da iddia olunabilir.

Kanaatimize göre, 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 87. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde şöyle düşünmek gerekir: Kanun koyucu kasten yaralama suçunun temel şeklini 86/1. maddesinde düzenlemiş, kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile tedavi edilebilmesini, yani yaralamanın neticesinin hafif olmasını bu suçun hafif hali olarak düzenlemiş ve daha az ceza ile karşılamıştır. Buna karşılık kasten yaralama sonucu daha vahim neticelerin meydana gelmesini ise netice sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı altında 87. maddede düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 87. maddelerde kasten yaralama suçunun neticeleri düzenlenmekte bu neticelerin ağır veya hafif olmasına göre ceza tayin edilmektedir. Şu halde, kasten yaralama sonucu mağdurun duyu veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması halinde 87/1-a maddesi, bitkisel hayata girmesi halinde 87/2-a maddesi, kemik kırılmasına neden olması halinde ise 87/3. maddesine göre fail cezalandırılacaktır.

Mağdur, maruz kaldığı kasten yaralama nedeniyle organlarından birinin sürekli zayıflaması sonucunu doğuracak şekilde yaralanıp ölebilir. Keza, bu şekilde yaralanıp bir müddet yaşadktan sonra da ölebilir. Bu durumda artık 87/1-a maddesini aşan ve daha ağır bir cezayı gerektiren bir netice meydana gelmiştir, o nedenle fail 87/4. maddesine göre cezalandırılmalıdır. Bu durumda fiilinin netice sebebiyle ağırlaşmış halinin

neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gibi bir durum söz konusu olacaktır.⁴⁵ Bu itibarla 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama fiilinin, yine aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunun unsuru kabul edilmesi kanaatimize göre isabetli olmamıştır.

Belirtelim ki, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç'de TCK'nın 87. maddesinin diğer fıkralarında yazılı neticeleri meydana getiren yaralama nedeniyle mağdurun ölmesi halinde failin 87/4. maddesine göre sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir.⁴⁶

4. Netice

A. Genel Olarak: Suçun oluşumu için kasten gerçekleştirilen yaralama sonucu kişinin ölmesi lazımdır. Ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde, fail kasten yaralama suçundan sorumlu tutulur. Bu itibarla kasten yaralama nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmemesi halinde ne 87/4 maddesindeki suç, ne de bu suça teşebbüs durumu meydana gelmez. Özetlemek gerekirse bu suç bakımından teşebbüs hükümleri uygulanmaz; fail, yaralanmanın derecesine göre 86/1, değişik 86/2 veya 87. madde hükümlerine göre cezalandırılır.

Neticenin yaralamadan hemen sonra meydana gelmesi şart olmayıp fiilin icrasından bir müddet sonra da netice meydana gelebilir. Burada önemli olan fiil ile mağdurun ölümü arasında bir nedensellik ilişkisinin mevcut olmasıdır.⁴⁷

Kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde kaç neticenin bulunduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, *"kastın aşılması halinde tek netice vardır; fakat bu netice failin maksadından daha ağırdır. İşte bu daha ağır netice ya fiilin ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanmasını, yani yeni bir suç tipinin ortaya çıkmasını gerektirir, ya da aşırı netice suçun bir ağırlatıcı sebebinin oluşturur: birinci ihtimal kastın aşılması halini, ikinci ihtimal ise... objektif sorumluluk şeklini, yani netice sebe-*

⁴⁵ Aynı eleştiri için bkz., Donay, Süheyl - Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2005, s.124-125. Yazarlar, 87/4. maddesinde yer alan "yukarıdaki maddenin" bir ve ikinci fıkrasına yapılan yollamayı 87. maddenin 1 ve 2. fıkralarına yapılan yollama olarak kabul etmişlerdir. Yukarıda açıklandığı üzere 87/4. maddesinde yazılı "yukarıdaki madde"den 86/1. maddeyi anlamak gerekir.

⁴⁶ Özgenç, İzzet, Adalet Bakanlığı'nca Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005.

⁴⁷ Erem, III, 2053.

biyle ağırlaşmış olan suçlar kategorisini meydana getirir."⁴⁸ Türk doktrininde Toroslu ve Özen tarafından savunulan görüşe göre ise, kast ile taksirin bir arada bulunamayacağına ilişkin itiraz aynı sonuç yönünden doğru kabul edilebilir. Çünkü, failin aynı sonucu hem istemiş, hem de istememiş olması düşünülemez. Ancak, kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda (günümüz için 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde düzenlenen suç) tek sonuç değil, birincisi fizik değer ihlaline yönelik müessir fiil neticesi, ikincisi de yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuran ölüm neticesi olmak üzere iki netice vardır. İki ayrı sonuç bulunduğundan failin bunlardan birini istemiş, yani bu sonuç bakımından kasten hareket etmiş olması, diğerini istememiş ve bu sonuç bakımından taksirle hareket etmiş olması mümkündür. Ayrıca ikinci neticenin birincisine oranla daha ağır bir ihlale neden olması farklı bir netice sayılmasına engel teşkil etmez.⁴⁹

Özgenç - Şahin'e göre, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu bu gibi hallerde, iki kademe mevcuttur. Birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır netice oluşturmaktadır. Böylece yazarlar, "netice" ibaresi yerine "kademe" ibaresini kullanmayı tercih etmişlerdir. Suçun unsurlarını farklı bir şekilde tanımlayan yazarlara göre, netice, işlenen fiilin bir unsuru değil, belli bir suçun kanuni tarifindeki bir unsuru oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle "fiil=hareket+netice" formülü doğru değildir. Netice de fiil gibi (ancak fiilden ayrı olarak) suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁵⁰ Bu nedenle yazarlar, failin, yaralama fiili bakımından kasten, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksirle hareket edebileceğini savunmaktadırlar.⁵¹ Belirtelim ki 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesindeki düzenleme de bu şekildedir.

B. Eklenen Sebepler Yüzünden Neticenin Meydana Gelmesi: Meydana gelen ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşumuna failin fiili sebebiyet vermelidir.⁵² O nedenle failin fiilinden önce mevcut olup da failce bilinmeyen veya failce öngörülemeyen sonradan eklenen sebepler yüzünden netice meydana gelmiş ise bu neticeden faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Sorumluluğu kusura dayandırmak isteyen kanun koyucu bu sebeple 765 sayılı TCK'nın 452/2 maddesinde düzenlenen bu objektif sorumluluk halini bilinçli olarak yasaya dahil etmemiştir.

⁴⁸ Dönmezer - Erman, II, s. 261-262.

⁴⁹ Toroslu, (2004), s. 115; Özen, s. 133-134; Ayrıca bkz., Alacakaptan, s. 95.

⁵⁰ Özgenç - Şahin, s. 149, dñn. 12.

⁵¹ Özgenç - Şahin, s. 186; ayrıca bkz., Özgenç, *Kast-Taksir Kombinasyonları*, s. 360-361.

⁵² Özgenç - Şahin, s. 192; Erem, III, s. 2054; Erman - Özek, s. 61; Özen, s. 161.

Failin hareketi esas itibariyle yalnız başına ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olmamakla beraber, mağdurda mevcut olup eklenen sebepler yüzünden ölüm neticesi meydana gelmiş olabilir. Örneğin; fail, şeker hastası veya hemofili hastası olan mağduru yaralamak maksadıyla bıçakla derin olmayacak şekilde yaralayıp, mağdurun hastalığı nedeniyle kanamanın durmaması sonucu mağdur kan kaybından ölebilir.

Bu durumda objektif olarak öldürmeye elverişli olmayan hareket somut olayda öldürmeye elverişli bir hareket niteliğindedir. Bu gibi hallerde eğer fail mağdurun şeker veya kalp hastası olduğunu biliyorsa ve öldürmek kastıyla hareket ediyorsa fail adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmalıdır. Bunda tereddüt edilemez. Failin öldürmek kastıyla hareket ettiği kanıtlanamamakla beraber, hastalığı bilmesine rağmen fiili gerçekleştirdiği ve neticenin meydana gelmesine katlanarak hareket ettiği kabul edilebiliyorsa fail olası kastla adam öldürmekten sorumlu tutulmalıdır.

Ancak fail mağdurdaki şeker ve hemofili hastalığını bilmiyor ancak failden de böyle bir sebebin eklenebileceğini tahmin etmesi bekleniyorsa, yani failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve taksirli olduğu kabul edilebiliyorsa, failin meydana gelen neticeden olayı taksiri sebebiyle sorumlu tutulması lazımdır.

5. Nedensellik İlişkisi

Gerçekleşen neticenin faille isnat edilebilmesi, failin bundan sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin failin hareketinden doğması lazımdır. Yani netice failin fiilinin eseri olmalıdır. Eğer netice failin fiilinin bir eseri değilse failin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.⁵³

765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde objektif sorumluluk hali düzenlenmiştir. 452. maddeye göre, failin meydana gelen netice açısından taksir düzeyinde bir sorumluluğu bulunmasa bile meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Ayrıca önceden var olup fail tarafından bilinmeyen sonradan eklenen nedenler ölümün meydana gelmesinde etkili olsalar bile failin hareketi tek başına neticeyi doğurmaya elverişli olduğu takdirde illiyet bağı kesilmiş olmaz, fail meydana gelen neticeden sorumlu tutulur.⁵⁴

452/2. maddesinde; ölümün *"failin fiilinden önce mevcut olup da, failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç gayri melhuz esba-*

⁵³ Dönmezer - Erman, I, s. 543; Toroslu (2005), s. 90; Özgenç - Şahin, s. 115.

⁵⁴ Dönmezer - Erman, II, s. 264; Erman - Özek, s. 61.

bin inzimamı ile” meydana gelmesi halinde de -daha az ceza öngörülmele beraber- failin sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. “Failin hareketine eklene nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının bir önemi yoktur. Kanun, ‘failce bilinmeyen’, ‘failin iradesinden hariç’ ‘gayri melhuz’ sebeplerden söz etmek suretiyle; bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir. Buna göre fail, söz konusu sebeplerin kendi hareketine eklenebileceklerini ve böylelikle ölümün vuku bulacağını öngörmemiş olsa bile fiili ile netice arasında illiyet bağının varlığı kabul edilecektir.”⁵⁵

“Yapılan hareketin gündelik hayat tecrübelerine, çoğunlukla vuku bulan olaylara, büyük sayılar kurallarına göre ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması, diğer bir deyimle normal bilgi, tecrübe ve basiret sahibi her hangi bir kişi tarafından yapılan hareketten ölüm sonucunun doğabileceğinin öngörülebilir bulunması” halinde uygun nedensellik ilişkisin var olduğu kabul edilir.⁵⁶ Belirtelim ki Yüksek Mahkeme’imiz aslında hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunduğu bazı olaylarda uygun nedensellik ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle faillerin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.⁵⁷

⁵⁵ CGK, 7.9.1984, 1-446/255; Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4708; Özgenç - Şahin, s. 121; Dönmezer-Erman, kanunumuzun, failin sübjektif durumunu asla göz önüne almadığı ve fail tarafından tahmin edilme imkanı bulunsan veya bulunmasın gerçekleşen neticeden sorumlu tuttuğunu, böylece kanunumuzun nedensellik ilişkisi bakımından şart teorisini benimsediğini, ancak gerçekleşen neticenin cezasının indirilerek verilmesi nedeniyle adeta yumuşatılmış şart teorisini uyguladığını belirtmektedirler. (Dönmezer - Erman, I, s. 609) Şart teorisini savunan yazarlar, neticeyi meydana getiren uzak ya da yakın, önemli veya önemsiz, etkili veya etkisiz, o neticeyi doğurabileceği önceden tahmin edilebilen veya edilemeyen bütün sebepler arasında hiçbir ayırım yapmaksızın, her birinin neticeyi meydana getirdiğini ve bu sebeplerden herhangi biri ile netice arasında nedensellik ilişkisini bulunduğunu kabul ederler. (Bu konuda geniş bilgi için bkz., Dönmezer - Erman, I, s. 561).

⁵⁶ Erman - Özek, s. 61; Ayrıca bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 665.

⁵⁷ “Lokantada yediği yemek ve içtiği rakı parasını ödememesinden dolayı, lokanta sahibi iki sanık tarafından dövülen ve yol kenarına bırakılan maktulün yoldan geçmekte olan vasıtaya binmek istediği sırada sarhoşluk ve dayak tesiri ile dengesini kaybedip, kamyon altında kalarak ölmesinde sanıkların fiili ile sonuç arasında illiyet rabatası bulunma[maktadır.] (CGK, 11.5.1987, 1-98/177; Parlar, Ali - Demirel, Güleç, Açıklamalı İçtihatlı, Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Ankara 2002, s. 379; Özgenç - Şahin, s. 122.

Özet: Kocası olan sanık tarafından iki gün önce dövülen kadının, kendisini asarak canına kıydığı anlaşılmasına göre, etkili eylem ile ölüm arasında mağdurenin intiharı gibi bir olay girmiş ve bu bakımdan nedensellik bağı kesilmiştir. Başka bir deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında maddi bir bağlantı bulunmadığı anlaşılmiştir. Bir kimse egemenlik alanının dışında kalan ve bu nedenle tahmini kendisinden beklenmeyen bir sonuçtan sorumlu tutulamaz. Bu nedenlerle, sanığın karısını dövüp yaralamasında ‘etkili eylemle ölüme yol açmak’ ve ‘intihara yardım’ suçlarının öğeleri oluşmamıştır. (CGK, 12.5.1980, 1-151/206; Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4716; Aynı

5237 sayılı TCK'da nedensellik ilişkisine dair bir hüküm mevcut değildir. TCK'nın 23. maddesinin gerekçesinde, "765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve Hükümet Tasarısı'nın bazı hükümlerinde, kişi(nin) gerçekleştirilmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu" tutulduğuna⁵⁸ işaret edildikten sonra, "Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan 'versari in re illicita', yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir" denilerek, objektif sorumluluk ilkesinin benimsenmediği vurgulanmıştır.⁵⁹

23. maddede de failin kastetmediği daha ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticenin failin bir fiilinin eseri olması, yani fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması yanında, failin bu netice bakımından en azından taksirinin bulunması gereklidir. O nedenle sorunu nedensellik ilişkisi ile beraber failin kusuru bakımından değerlendirmek lazımdır.

Failin fiili neticeyi meydana getirmeye elverişli olmakla beraber, başka nedenler araya girmiş, önceki illiyet bağıını kesmiş ve ölüm neticesi sonraki fiil nedeniyle gerçekleştirmiş ise, failin sorumluluğu yoluna gidilemez. Bu nedenle, "kavga esnasında sanığın salladığı tek bıçak darbesiyle yaralanan maktulün arabanın direksiyonuna geçip bir süre yola devam ettiği sırada fenalık geçirip arabanın devrilmesine sebep olup, trafik kazasından kaynaklanan nedenlerle ölmesiyle sonuçlanan olayda, sanığın bıçakla yaralama fiiliyle ölüm sonucunu tayin

yönde bkz., CGK, 4.11.1997, 1-166/258; Kaban, Mater - Aşaner, Halim - Güven, Özcan - Yalvaç, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001, s. 534-535; CGK, 28.1.1985, 1-209/41; Parlar - Demirel, s. 438-440).

Özgenç-Şahin, aktarılan bu ve benzeri olaylarda gerçekleştirilen fiillerle meydana gelen ölüm neticesi arasında illiyet bağının mevcut olduğunu, ancak asıl sorunun meydana gelen netice açısından sanıkların kast veya taksirinin mevcut olup olmadığının tayininden ve bu nedenle sorumlu tutulup tutulmayacakları noktasında olduğunu belirtmektedirler. Özgenç - Şahin, s. 127.

⁵⁸ Hükümet Tasarısı'nın 138. maddesi şu şekildedir: "Etkili eylemden ölüm meydana gelmiş ise, fail hakkında 133. maddedeki hallerde altı yıldan sekiz yıla, 135. maddedeki hallerde sekiz yıldan on iki yıla ve 136. maddedeki hallerde on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Ölüm, failin fiilinden önce var olup da failce bilinmeyen hallerin birleşmesi veya failin iradesi dışında ve beklenilmeyen nedenlerin eklenmesiyle meydana gelirse 133. maddedeki hallerde iki yıldan altı yıla, 135. maddedeki hallerde altı yıldan sekiz yıla ve 136. maddedeki hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir." Bkz., Hükümet tarafından 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 272).

⁵⁹ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi.

eden trafik kazası arasında illiyet rabitası bulunmadığı gözetilerek oluş ve rapor kapsamına göre sanığın bıçakla yaralamak suçundan TCK'nın 456/2, 457/1, 51/1, 59 ve 81/1. maddeleri ile tecziyesi yerine yazılı şekilde failin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzimamı sonucu ölüme neden olmak suçundan TCK'nın 452/2. maddesiyle hüküm kurularak suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi"ni kanuna aykırı gören⁶⁰ Yüksek Mahkeme'mizin kararını isabetli bulmaktayız.

Bazı hallerde failin fiili ile meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olup olmadığından tereddütler bulunabilir. Örneğin, fail bir sopa ile mağdura vurmak için üzerine yürüdüğünde bu saldırıdan kurtulmak isteyen mağdur kendisini balkondan aşağı atarak ölebilir, ya da arka arkaya gidip uzaklaşmaya çalışırken ayağı taşa takılarak yere düşüp başının sert bir zemine çarpması sonucu hayatını kaybedebilir. Burada, henüz yaralama fiili gerçekleştirilmemiş olup, yaralamaya teşebbüs durumu söz konusudur. Ölümün, fail tarafından mağdurun vücudu üzerinde meydana getirilen bir yaralanmanın neticesi olmadığı bu gibi durumlarda failin fiili ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulmasının mümkün olup olmadığı ve failin bu gibi hallerde meydana gelen neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu tereddütlere neden olmuştur.

Yüksek Mahkeme'miz 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda sanığın yerden aldığı taşla mağdura yönelmesi üzerine, mağdurun korkup arkasına baka baka kaçarken ayağının takılması sonucu düşüp yüzünün taşa çarpması neticesinde öldüğü olayda, sanığın fiili ile mağdurun ölümü arasında illiyet bağlantısı olmadığına hükmetmiştir.⁶¹ Buna karşılık, "Para karşılığı cinsel ilişkide bulunmak üzere sanıklara ait minibüsle gazinodan uzaklaştıkları sırada, yolda fiyat üzerinde anlaşamamaları nedeniyle maktulenin ilişkide bulunmayacağına açıklaması üzerine sanıkların maktuleyi dövmeye kalkıştığında, bu saldırıdan başka türlü kurtulamayacağını anlayan maktulenin kendisini minibüsten attığı, başı yere çarpan maktulenin" öldüğü olayda fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olduğuna karar vermiştir.⁶²

Yukarıda yaralamaya teşebbüs başlığı altında açıkladığımız üzere kanaatimizce, 87/4. maddesi hükümlerine göre failin sorumlu tutulabilmesi için ölümün failin meydana getirmiş olduğu bir yaralanmanın sonucu olması lazımdır. Gerçekten, 86/1. maddesinde yazılı bir "yaralama" durumu söz konusu olmadığı hallerde meydana gelen ağır netice bakımından failin

⁶⁰ 1. CD, 28.6.2004, 1917/2530 (Yayınlanmamıştır).

⁶¹ CGK, 4.10.1993, 4-153/215; Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997, s. 306-307.

⁶² Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4727.

87/4. maddesi hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkün değildir. O nedenle, mağdurun arka arkaya kaçarken ayağının taşa takılıp düşüp kafasının taşa çarpması sonucu ölmesi olayında, meydana gelen ağır netice failin fiilinin doğrudan ve doğal bir sonucu olmadığından failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada ancak fail taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilir. Yukarıya aktarılan ikinci olayda faillerin hareket halindeki minibüs içinde dövmeğe teşebbüs ettikleri maktulenin kurtulmak maksadıyla aşağı atlayabileceğini muhtemel kabul etmelerine rağmen bu neticeye katlanarak saldırdıklarının kabulü halinde meydana gelen ölüm neticesinden olası kast hükümlerine göre sorumlu tutulmaları gerekir. Sanıkların olası kastla hareket ettiklerinin kanıtlanamaması halinde, bu olayda maktulenin araçtan aşağı atlayabileceğini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmeyen sanıkların taksirle adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmaları lazımdır.

Uzun süre kocasının dayacağına maruz kalan ve bunun sonucu olarak beden ve ruh sağlığı bozulan, yani "yaralanan" mağdurenin bu durumdan kurtulmak maksadıyla intihar etmesi halinde de sanığın fiili ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi mevcut kabul edilmelidir.⁶³ Sorunu 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi kapsamında ele alan Özgenç - Şahin, bu olaylarından her birinde fiillerle meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunduğunu, sorunun meydana gelen netice açısından kast veya taksirinin bulunup bulunmadığının tayininden ibaret olduğunu belirtmişlerdir.⁶⁴

Cevaplanması gereken bir soru da şudur: Fail, kalp rahatsızlığını bildiği halde mağdura şiddetli olmayacak şekilde yumruk vursa ve bu fiilin etkisiyle mağdur kalp rahatsızlığından ölse ne şekilde sorumlu tutulmak gerekir?

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca, failin kusurluluk durumuna göre, doğrudan veya olası kastla veyahut taksirle adam öldürmek suçundan sorumlu tutulması lazımdır.⁶⁵

⁶³ Özgenç - Şahin, s. 122 vd.

⁶⁴ Özgenç - Şahin, s. 127.

⁶⁵ Eğer, fail kalp rahatsızlığı olduğunu bildiği mağdura, kalp rahatsızlığının da etkisi ile ölebileceğini öngörmüş, ancak buna kayıtsız kalarak şiddetli olmayacak şekilde bir mağdura bir yumruk vurmuş ve bunun neticesinde rahatsızlanan mağdur ölmüş ise, failin olası kastla hareket ettiği kabul edilmeli ve buna göre cezalandırılmalıdır. Böyle bir öngörü mevcut olmamakla birlikte failden böyle bir sebebin eklenebileceğini öngörmesi bekleniyorsa, yani failin taksirli olduğu kabul edilebiliyorsa, fail taksirle adam öldürmekten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Eğer fail, mağdurun kalp rahatsızlığını bilmiyor ve bunu bilmemesi nedeniyle taksirli de kabul edilemiyorsa fail yalnızca etkili eylem suçundan cezalandırılmalıdır.

Eşi tarafından sürekli dövülen bir kadının, eşinin kendisini sürekli dövmesinden dolayı bunalıma girip intihar etmek suretiyle yaşamına son vermesi halinde de aynı şekilde fail kusurluluk durumuna göre meydana gelen neticeden sorumlu tutulmalıdır.⁶⁶

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşumu için failin yaralamaya ilişkin kastı bulunmalıdır. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4 ve 23. maddelerine göre failin meydana gelen ağır netice olan ölümden dolayı sorumlu tutulabilmesi için ise en azından taksir düzeyinde bir kusurunun olması lazımdır.

Maddede, meydana gelen sorumluluk bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusurluluğun aranması nedeniyle, ağır neticenin kasten meydana getirilmesinin de mümkün olduğu ve bu halde de eylemin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna vücut vereceği anlaşılmaktadır.⁶⁷ Buna göre, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun meydana gelmesi için failin yaralama kastıyla hareket etmesi, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise kasten veya taksirle hareket etmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen ağır netice bakımından failin taksirle hareket etmesi halinde kast-taksir kombinasyonunun olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır neticenin oluşturduğu belirtilmiştir.⁶⁸

⁶⁶ Buna göre, eğer failin kadını intihara sürüklemek için sürekli dövdüğü kanıtlanabiliyorsa kasten adam öldürmek suçundan, failin kastı bu yönde olmamakla beraber, bunu öngörüyor ve buna kayıtsız kalıyorsa olası kastla adam öldürmek suçundan ceza tayin edilmelidir. Failin neticeyi istemesi ve neticeye katlanması söz konusu olmamakla beraber, objektif özen yükümlülüğü gereği meydana gelen ölüm neticesini öngörmesi gerektiği sonucuna varılabiliyor, yani fail taksirli kabul edilebiliyorsa taksirle adam öldürmek suçundan dolayı cezalandırılmalıdır. Yüksek Mahkeme'miz, kocası tarafından iki gün önce dövülen kadının, kendisini asarak canına kıydığı olayda, etkili eylem ile ölüm arasında mağdurenin intiharı gibi bir olayın girdiği ve nedensellik bağının kesildiği gerekçesiyle failin TCK'nın 452. maddesi uyarınca cezalandırılmayacağına hükmetmiştir. (CGK, 12.5.1980, 1-151/206. Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4716.

⁶⁷ Schroeder, s. 273.

⁶⁸ Özgenç - Şahin, s. 186; Özgenç, *Kavga*, s. 493.

Aşağıda önce kast-taksir kombinasyonunun mevcut olduğu hal, daha sonra ise meydana gelen ağır netice bakımından failin kasten hareket etmesi hali incelenecektir.

2. Kast-taksir Kombinasyonu: Kast-taksir kombinasyonu uyarınca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşumu için failin yaralamaya ilişkin kastı bulunmalıdır. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4 ve 23. maddelerine göre failin meydana gelen ağır netice olan ölümden dolayı sorumlu tutulabilmesi için ise en azından taksir düzeyinde bir kusurunun olması lazımdır.

Buna göre meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği, meydana gelen ölüm neticesini öngörebilir öngörülemediği, diğer bir ifadeyle taksirinin, yani kusurunun mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.⁶⁹ Failin meydana gelen ölüm neticesini öngörebileceği sonucuna varılması halinde fail meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacak, aksi halde sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.⁷⁰

⁶⁹ Taksirden dolayı sorumluluk için, öngörebilme unsuru yanında, failin meydana gelen neticeyi önleyebilmesinin de gerekli olduğunu savunan Toroslu'ya göre, taksirli sorumluluğun birleştirici esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. (Toroslu, (2005), s. 144).

⁷⁰ Bazı hallerde, manevi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek kolay olmayabilir. Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda, sanık pencereden atlamak isteyen şahsı engellemek amacıyla üzerine atlayıp şahsın yere düşmesine ve kafasının komidine çarpıp yaralanmasına ve daha sonra ölümüne neden olmuştur. Yüksek Mahkeme'miz, sanığın eyleminin maktulün yaşamını kurtarmaya yönelik olması nedeniyle kasıtlı kabul edilemeyeceği gibi, tedbirsizlik niteliğinde de değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu nedenle failin eylemi 765 sayılı TCK'nın 452/2. maddesinde yazılı suçu oluşturmayacağı gibi, taksirle adam öldürme suçunu da oluşturmaz. Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK hükümlerine göre bu olayda zorunluluk halinin geniş bir şekilde yorumlanarak kişinin kendisine yönelik saldırının, yani intiharı önlemek amacıyla yapılan hareketin de zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi (5237 sayılı TCK 25. m.) ve dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran bir halin mevcut olduğunun kabulü ile fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi lazımdır. (5271 sayılı CMK 223/3 m.) Yüksek Mahkeme'mizin kararı şöyledir: "Maktulün pencereden atlamak üzere yaptığı girişimi önlemek isteyen ve hızlı bir müdahale ile onu ölümden kurtarmak için üstüne atılıp düşüren sanığın, bu davranışı neticesinde sendeleyip düşerek başını odadaki komidine çarpması neticesi maktulün sol parietalden yaralandığının ancak sanığın da yardımıyla kaldırıldığı hastanede tıbbi müdahaleye rağmen kurtarılmayarak on gün sonra öldüğünün anlaşılması ve bu oluş tarzının mahkemece de aynen kabul edilmesi karşısında; maktulün yaşamını kurtarmaya yönelik eylemin tedbirsizlik niteliğinde de değerlendirilemeyeceği gerçeğinden hareketle beraatına

Failin meydana gelen neticeyi öngörebilip öngöremeyeceğinin tespitinde, kısaca *“bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilecektir.”* Toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyetleri, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.⁷¹

Daha sonra subjektif bir değerlendirmeye, failin *“kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda”* olup olmadığı araştırılacaktır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması sebebiyle kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.⁷²

Toroslu, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili olarak objektif sorumluluğu bertaraf etmek amacıyla failin en azından taksirli olması aranmakta ise de, suçu ağırlaştırıcı sonuç yönünden taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle uygulamada taksir karinesinin⁷³ ve dolayısıyla objektif sorumluluğun kabul edilmesi tehlikesine işaret etmektedir.⁷⁴

karar verilmesi gerekirken, sanığın cismen eza ve cefa vermek ya da etkili eylemde bulunmak niyetinin olmadığına işaret edilmesine karşın, icapsız bir vasıflandırma ile TCY.nın 452/2. maddesine mahkumiyet hükmü kurulması, yasaya aykırıdır.” (1. CD, 9.6.2004, 903/2268. Yayınlanmamıştır).

⁷¹ 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi

⁷² 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi. Toroslu'ya göre de; öngörülebilirlik her somut olayda öncelikle failin içinde bulunduğu bütün şartlar nazara alınarak belirlenmelidir. Birden çok süjenin faaliyetinin katılması söz konusu olduğu hallerde, taksir problemi, başkalarının tedbir kurallarına uygun davranacağına itimat prensibine göre çözümlenmelidir. (Bkz., Toroslu, Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s. 42.

⁷³ *Türk Hukuk Lügati*'nde, karine; “malum olan bir vakadan malum olmayan bir vakayı istidlal” olarak tanımlanmıştır. (*Türk Hukuk Lügati*, 3. Bası, Ankara 1991, s.192) İstidlal ise, “bir delile dayanarak bir şeyden bir netice çıkarma, delil ile anlama” olarak tanımlanmıştır. (Develioğlu, s. 455) Feyzioğlu'na göre karine, gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme, karine denilir... Karinede kullanılan kural, bir tecrübe kuralı ise, fiili karine; hukuk kuralı ise, kanuni karine vardır. Tecrübe kuralları, benzer olaylardan yola çıkılarak bulunur. Sabit kabul edilen bir noktadan, bu şekilde bulunmuş bir tecrübe kuralından yararlanmak suretiyle bir adım ileriye gitmek ve bu ikinci noktayı da sabit kabul etmek (...) fiili karinedir. (Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002, s. 152-154) Yukarıda verilen karine tanımına göre burada fiili bir karine kabul edildiği sonucu çıkmaktadır.

⁷⁴ Toroslu (2005) s. 154.

5237 sayılı TCK'nun hazırlanmasında görev alıp düşünceleri büyük ölçüde kanuna yansıyan Özgenç'in, 1993 yılında yazmış olduğu makalesindeki görüşleri bu tehlikenin ciddi şekilde mevcut olduğunu göstermektedir. Gerçekten, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu bu gibi hallerde, biri kasti temel suç, diğeri taksirle sebebiyet verilen ağır netice olmak üzere iki kademenin mevcut olduğunu belirten Özgenç'e göre, "kasti temel suçun işlenişi, kural olarak, gerçekleşen ağır netice açısından objektif özen yükümlülüğünün ihlali mahiyeti arz etmektedir." Yazar'a göre, "yine de meydana gelen ağır neticenin öngörülebilir öngörülemeyeceği araştırılacaktır. Kasten işlenen temel suçun kendisi meydana gelen ağır netice açısından mücerret bir tehlike suçu mahiyeti arz ettiği için, bu ağır netice açısından sadece istisnai hallerde objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılabilecektir."⁷⁵

Bir başka eserinde yazar, "taksirle işlenen suçun haksızlık unsurunun gerçekleşmesi, kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, kusurun emaresini⁷⁶ teşkil etmektedir. Buna göre, kişinin akletme kabiliyeti bakımından, ruhi bakımdan bir maluliyetinin söz konusu olduğu, objektif özen yükümlülüğünün şuurunda olmadığı veya içinde bulunduğu şartlar itibariyle irade kabiliyetinin mevcut olmadığı hususlarında şayet müşahhas dayanak noktaları mevcutsa, taksirle işlenen suçtan dolayı failin kusursuz oluşu yargısına varabiliriz" demektedir.⁷⁷ Böylece taksirle işlenen suçlarda hareketin yapılması, kusurun emaresi olarak kabul edilmekte, ancak bunun aksinin ispatı halinde fail kusursuz kabul edilerek cezadan kurtulabilmektedir. Somut olayın şartları itibariyle ağır netice olan ölümün meydana gelmesi beklenmiyor ve öngörülemiyorsa objektif özen yükümlülüğünün ihlalinden, diğer bir ifadeyle failin taksirinden söz edilemeyecektir.⁷⁸ Belirtelim ki, failin taksiri, meydana gelen ölüm neticesinin öngörülebilir öngörülemeyeceği noktasında araştırılacaktır. Çünkü taksirli suçun diğer unsurları kasten işlenen temel suçun içinde mündemiç kabul edilmektedir.⁷⁹ Böylece suçun tanımlandığı hukuksal normun ihlali ile deyim yerindeyse failin en azından taksir seviyesinde bir kusurunun mevcut olduğu farz ve kabul olunmaktadır. Buna göre sorumluluktan kurtulması için failin somut olayda kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir.

⁷⁵ Özgenç, *Kavga*, s. 493-494.

⁷⁶ Burada her ne kadar "karine" sözcüğü yerine "emare" sözcüğü kullanılmış ise de, emare de netice itibariyle bir "delil"dir. Emare, "dolayısı ile delil" ve "belirti" olarak da tarif edilmiş ve bir "delil" türü olarak kabul edilmiştir. (Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 578-579); Dolayısıyla kanuni tarifte yer alan hareketin yapılması kusurun (taksirin) delili, yani karinesi olarak kabul edilmiştir. Bkz., Schroeder, s. 264.

⁷⁷ Özgenç - Şahin, s. 242.

⁷⁸ Özgenç, *Kavga*, s. 493-494.

⁷⁹ Özgenç, *Kavga*, s. 494.

3. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Kasten Hareket Etmesi

Bu ihtimalde şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: TCK'nın 87/4. maddesinde yazılı suçun meydana gelmesi için ilk aşama bakımından failin kastı yaralamaya yönelik olmalıdır. Bu suçun oluşumu için failin hareketi gerçekleştirirken kastının yaralamaya yönelik olması zorunludur. İkinci aşamada, meydana gelen ağır netice olan ölüm neticesi bakımından da failin kastı öldürmeye yönelik olacaktır.

Bu durumda da şu sorulara cevap vermek gerekir: Failin kastı yaralamaya yönelik olduğu halde, bu eylem sonucu gerçekleşen ölüm neticesi bakımından kastı nasıl öldürme kastı olabilir? Yani, fail aynı kişiye karşı aynı eylemle hem yaralama kastıyla, hem de öldürme kastıyla hareket edebilir mi? Cevaplandırılması gereken bir soru da, eğer failin kastı ölüm neticesini de kapsamına alıyorsa, "kastın neticeyi aştığı" nasıl ileri sürülebilir? Bu durumu kasten adam öldürme suçundan farklı düzenlemenin ve daha az ceza ile karşılaşmanın gerekçesi ne olabilir?

Bu soruların cevaplarını 23 ve 87. maddelerinden ve bu madde gerekçelerinden bulmak mümkün değildir. Düzenleme, hukukumuz için yeni olduğundan Türk doktrininde bu konular henüz irdelenmiş değildir. 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine benzer bir hükme sahip olan Alman Hukukunda bu sorun tartışılmıştır. TCK'nın 23. maddesine karşılık gelen Alman Ceza Kanunu'nun 18. maddesi şu şekildedir: "*Kanunun bir fiilin sebebiyet verdiği muayyen bir nitece dolayısıyla daha ağır bir cezayı öngördüğü hallerde; fail veya şerikin, bu nedenle daha ağır bir ceza ile cezalandırılabilmesi için, meydana gelen ağır neticeye en azından taksirle sebebiyet vermesi gerekir.*"⁸⁰

Schroeder, madde metninde yer alan, "en azından" ifadesinin ağır neticenin oluşumuna kasten sebebiyet verilmesi halinde de netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulama yeteneğini mümkün kılması nedeniyle bu ifadeyi olumlu karşılamakta ve gerekli görmektedir. Yazara göre, buradaki "en azından" ifadesi meydana gelen ağır netice açısından kastın varlığını bir gereklilik olarak görmemesi itibarıyla de lüzumlu ve olumludur.⁸¹ Ağır neticenin oluşumuna kasten sebebiyet verilmesi halinin netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamına dahil edilip edilmemesinin Alman doktrininde ve mahkeme içtihatlarında uzun süreden beri tartışmalı olduğunu belirten Schroeder, Alman Yüksek Mahkemesi'nin netice sebebiyle ağırlaşan suçun neticesine kasten sebebiyet verilmesi halini de

⁸⁰ Schroeder, s. 273.

⁸¹ Schroeder, s. 273.

bu suç kapsamında değerlendirmesiyle bu tartışmanın sonuçlandırıldığını belirtmektedir.⁸² Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda, yağma suçu esnasında kasten adam öldürme suçu da işlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun ilgili 251. maddesinde; *"fail yağma sırasından en azından taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verirse, ömür boyu hapis veya en azından on yıl hapis cezasına çarptırılır."* denmektedir. Failin meydana gelen özel netice olan ölüm neticesi bakımından taksir ile değil de kasten hareket etmesi halinde 251. maddenin uygulanıp uygulanamayacağını tartışan Yüksek Mahkeme maddede yer alan, *"en azından taksirle"* ifadesinin, kastı da kapsayacağına ve failin yalnızca bu madde ile cezalandırılacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, bu sonuca ulaşırken fikri içtima hükümlerine de dayanmıştır.⁸³

⁸² Schroeder, s. 273

⁸³ Alman Yüksek Mahkemesi'nin karar özeti şöyledir: "1. Alman Ceza Kanunu'nun ölümle neticelenen yağma suçunu düzenleyen 251. maddesi aynı zamanda, ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesini halini de kapsar.

2. Eğer, Alman Ceza Kanunu'nun ölümle neticelenen yağmayı düzenlediği 251 ve adam öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlediği 211. maddesindeki suçların kanuni unsurları birlikte gerçekleştirilmişse, bu suçlar hareketin tekliği (fikri içtima) ilişkisi içerisindeyler. Ölüm neticesinin meydana gelmesi failin aleyhine olacak şekilde iki kez değerlendirmeye tabi tutulamaz. Fail fikri içtimanın düzenlendiği 52. madde, nitelikli adam öldürmenin düzenlendiği 211 ve ölümle neticelenen yağmanın düzenlendiği 251. madde gereğince cezalandırılacaktır. (52. maddeye göre tek bir fiille kanunun birden fazla hükmü ihlal edilirse, fail en ağır cezayı öngören maddeden bir kez cezalandırılır.)" (BGH St 39,100).

Gerçekten, Alman Ceza Kanun'unun 18. maddesinde; "Kanun, fiille bağlı olarak özel bir neticenin meydana gelmiş olması durumunda daha ağır bir ceza öngörmüşse, fail veya iştirakçi yalnızca, bu özel netice açısından en azından taksirle hareket etmiş olmaları halinde sorumlu olacaklardır" (Bu çeviri sayın Meral Ekici - Şahin'e aittir, bu maddenin başka bir çevirisi için bkz., İçel - Yenisey, s. 1005) denmektedir. 251. maddede ise, *"fail yağma sırasından en azından taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verirse, ömür boyu hapis veya en azından on yıl hapis cezasına çarptırılır."* denilmektedir. Özetini yukarıda aktardığımız kararın konusunu teşkil eden olayda tartışma konusu olan husus, failin meydana gelen özel netice açısından kusurunun taksir değil de kast olması halinde ne olacağıdır. Diğer bir ifadeyle, 251. maddenin, ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesi halinde de uygulanıp uygulanmayacağı, *"en azından taksirle"* ifadesinin, kastı da kapsar şekilde bir yorumun yapılıp yapılamayacağı ve böyle bir yorum yapılması halinde failin nasıl cezalandırılacağıdır. Yüksek Mahkeme suçun, açgözlülük, bir suçu gizlemek veya delilleri ortadan kaldırmak amacıyla işlenmesini, nitelikli adam öldürme suçunun unsurlarının gerçekleştirildiği şeklinde değerlendirmiş ve bu fiilin yağma suçu sırasında gerçekleştirilmesiyle de 251. maddenin unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Yani tek bir fiille kanunun iki ayrı hükmü ihlal edilmiştir. Tartışmalar sonucunda, diğer ihtimallerin göz önünde bulundurulması halinde cezalandırma açısından haksızlıklar ortaya çıkacağı gerekçesiyle ağır neticeye kasten sebebiyet verilmesi halinde de fikri içtima kurallarının uygulanmasına karar verilmiştir. (Bu kararı Türkçe'ye çevirerek yararlanmamı sağlayan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora öğrencisi sayın Meral Ekici - Şahin'e teşekkür ederim).

Netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunda netice açısından en azından taksir seviyesinde bir kusurluluk arandığına ve neticenin de kastın kapsamında olması kabul edildiğine göre bu halde, yani neticenin de kastın kapsamında olduğu durumda kasten işlenmiş bir suçtan söz edilmesinin doğru olacağı görüşüdeyiz.

Bu görüşte olmamızın bir nedeni de şudur: Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında olduğu gibi kasten yaralama suçunun nitelikli hallerine yer verilmemiştir. Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın 456/2-3 maddesine tekabül eden eylemler netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak düzenlenmiştir.⁸⁴ Kastan yaralama fiilinin nitelikli halleri kanunda ayrıca düzenlenmediğinden meydana gelen ağır netice bakımından doğrudan kast veya olası kastla hareket edilmesi de netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (87/1-2-3 m.) kapsamında değerlendirilmiştir. 23. maddesinin gerekçesinde kişinin kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleştiğinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçun söz konusu olacağı belirtildikten sonra; *"Örneğin; basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin; gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağına bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir"*⁸⁵ denilmektedir.

⁸⁴ 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesinde kemik kırılması, bitkisel hayata girme, gibi yeni hallere de yer verilmiştir.

⁸⁵ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi. Kanaatimize göre, 87. maddenin 1 ve 2. fıkralarında ve 23. maddenin gerekçesinde yazılı hallerde mutlaka netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçun oluşacağı ileri sürülemez. Bilindiği üzere netice sebebiyle ağırlaşmış suç, meydana gelen neticenin failin kastettiği neticeden daha ağır olması halinde söz konusudur. Peki, başkasının yüzüne bıçakla vuran failin mağdurun yüzünde sabit ize neden olmak amacıyla hareket etmediği baştan nasıl kabul edilebilir? Yahut başkasının gözü üzerine sert bir şekilde vuran failin kasti mağdurun gözünün görme yeteneğinin kaybolmasına yönelik olmadığını kim söyleyebilir? Bunlar bir ispat meselesi olup yapılacak yargılamada ortaya çıkabilecek hususlardır. Eğer failin kasti yüzde sabit iz oluşturmak veya mağdurun gözüne kalıcı bir zarar vermek ise ve bu neticeler de meydana gelmiş ise artık failin hareketindeki kast ile gerçekleşen netice aynı olduğundan neticenin ağırlaşmasından ve dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşan bir suçtan söz edilemeyecektir. Kaldı ki fail kendisini terk eden sevgilisine bir ceza olması ve güzelliğine zarar vermek amacıyla yüzüne bıçakla vurduğunu ikrar edebilir. Bu durumda failin kastettiği netice ile meydana gelen netice aynı olduğuna göre neticenin aşıldığından söz edilemeyeceği açıktır. O nedenle 87. maddenin 1-2-3. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan düzenlemelerin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Kanaatimize göre bu fıkralarda düzenlenen yaralama hallerinin nitelikli yaralama başlığı altında incelenmesi daha doğru olurdu. Ancak yasa koyucu 87. madde yerine değişik 86. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen haller için nitelikli hal tabirini kullanmıştır.

Böylece meydana gelen ağır netice bakımından failin olası kastla hareket etmesi halinde, kanunda ayrıca 765 sayılı TCK'nın 456/2-3. maddelerindeki gibi kasten yaralamanın nitelikli hali düzenlenmediğinden fail 87. maddenin 1, 2 veya 3. fıkralarına göre cezalandırılacaktır. Hatta failin meydana gelen netice bakımından doğrudan kastla hareket etmesi halinde de bu madde uygulanacaktır; çünkü yukarıda açıkladığımız üzere bu ağır yaralanmaların kasten gerçekleştirilmesi ayrıca yaptırım altına alınmamıştır. Kanun koyucu böylece 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinde yaralamanın nitelikli hali olarak kabul edilen yaralamaları netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak kabul etmiş ve böylece sorunu bizce doğru olmayan bir şekilde çözmeye çalışmıştır

Fakat kasten adam öldürme suçu kanunda ayrıca yaptırım altına alınmış (81 m.), nitelikli halleri 82. maddede düzenlenmiştir. O nedenle, failin ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından olası kastla veya doğrudan kastla hareket etmesi halinde artık sorunun 23 ve 87/4. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu gibi hallerde netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, kasten adam öldürmek suçundan söz edilmelidir. Eğer fail ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket etmiş ise olası kastla adam öldürmek, doğrudan kastla hareket etmiş ise kasten adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmalıdır.

Ayrıca, yaralama kastıyla yapılan hareket sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde, failin kastının hem yaralamaya, hem de ölüm neticesine yönelik olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başkasına müessir fiilde bulunan fail bu eylemi sonucu kişinin ölebileceğini de öngörüyor ve buna rağmen bu sonucu da göze alarak hareketi gerçekleştiriyorsa, failin öldürme suçu bakımından olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda artık ölüm neticesini içine alan olası kast mevcuttur; artık yaralama kastından ve bu kastın aşıldığından söz edilemez.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç, failin meydana gelen ağır netice açısından olası kastla hareket etmesi halinde de netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun (87/4 m.) oluşacağı görüşündedir.⁸⁶

⁸⁶ Özgenç, İzzet, Adalet Bakanlığı'nca Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005. Ancak, Özgenç - Şahin'in 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi bakımından görüşleri farklı olmuştur. Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda, başkasını yaralamak için azmettirilen kişinin fiili sonucu mağdur ölmüştür. Yüksek Mahkeme'miz, illiyet bağı kurulabildiği takdirde objektif sorumluluk esaslarına göre azmettirenin müessir fiilin bütün sonuçlarından sorumlu tutulması gerektiğine ve 452. maddesi hükümlerine göre sorumlu olduğuna hükmetmiştir. (1. CD, 24.4.1996, 646/1519) Bu kararı değerlendiren Özgenç-Şahin, azmettirenin veya yardımcı bulunanın meydana

V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER

1. Genel Olarak

Taksirli suçtan failin cezalandırılabilmesi için failin gerek kişisel durumu ve gerek içinde bulunduğu koşullar itibariyle objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve buna uygun olarak hareket edecek durumda bulunması lazımdır.⁸⁷ Örneğin; fail yaş küçüklüğü, kısmi veya tam akıl hastalığı nedeniyle objektif özen yükümlülüğünün varlığından veya içeriğinden bilgi sahibi olmayabilir. Bazen fail, objektif özen yükümlülüğünün varlığında veya muhtevasının idrakinde hataya (yanılığa) düşebilir. Örneğin; şehir içindeki karayolunda hız limitlerini aşan fail gerçekten Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan bu kuralın bilincinde olmayabilir.

Bazen de fail objektif özen yükümlülüğünün farkındadır, ancak buna uygun davranmasını kendisinden beklemek mümkün değildir veyahut failin o şekilde davranmasını mazur gösterecek nedenler vardır. Örneğin; fail cebir veya tehdit altında hareket etmektedir veya meşru müdafaa yahut zorunluluk hali söz konusudur.⁸⁸

Yukarıda belirtilen hususlar 765 sayılı TCK'da farklı kategorilerde incelenmiştir. Ancak 5237 sayılı Yasa'da bu durumların hepsi, cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğurduğundan, bu neticeden hareketle bu sebeplerin hepsi ikinci bölümde "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında incelenmiştir; biz de kanunun sistematığına uyarak konuyu bu başlık altında incelemeyi tercih ediyoruz.⁸⁹

gelen ölüm neticesini öngörebilecek durumda bulunması halinde meydana gelen ölüm neticesinden taksiri dolayısıyla sorumlu tutulmasını gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak yazarlar, "meydana gelen netice açısından failin veya şerikin (azmettiren veya yardımında bulunan) muhtemel kastının mevcut olması halinde, 'artık netice sebebiyle ağırlaşmış suç'tan ve dolayısıyla 452. maddenin tatbikinden" söz edilemeyeceğini savunmuşlardır. Bkz., Özgenç - Şahin, s. 379).

⁸⁷ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi.

⁸⁸ Özgenç - Şahin, s. 242 vd.; Zaruret hali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968. Toroslu'ya göre zaruret halinde bulunan kimse suç işlemeye mezun kılınmış ise de; icbar edilmiş değildir. Yani kendisini veya üçüncü şahsı feda ederek suç işlemeyebilir. Fakat mücbir sebep halinde failin başka bir şekilde hareket etme imkanı yoktur. O nedenle zaruret hali hukuka uygunluk nedeni, mücbir sebep ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir. (Toroslu, *Zaruret Hali*, s. 90).

⁸⁹ Toroslu - Ersoy, ceza sorumluluğunu kaldırان veya azaltan nedenler başlığının doğru olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yazarlar, kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru savunma ve zorunluluk hali ile hakkın icrası ve mağdurun rızasının cezai

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan tüm nedenleri değil, konumuz açısından özellik arz eden halleri incelemeye gayret edeceğiz

2. İlgilinin Rızası

26/2. maddesine göre, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Doktrinde mağdurun kendisine karşı işlenen bir eylem için onayının bulunmasına mağdurun rızası denmekte ve konu bu başlık altında incelenmektedir.⁹⁰ 765 sayılı TCK’da bu yönde bir hüküm mevcut olmamakla birlikte mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf yapabileceği bir konuya ilişkin olması aranmakta idi.⁹¹

5237 sayılı TCK’da bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için ilgilinin rızasının, üzerinde mutlak

sorumluluğu ortadan kaldıran değil, fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eden nedenler olduğunu belirtmişlerdir. (Toroslu - Ersoy, s. 10-11. Aynı yöndeki eleştiri için bkz., “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 295) 5237 sayılı TCK’nın 24, 25 ve 26. maddelerinin gerekçelerinde de bu nedenlerin hukuka uygunluk nedenleri olduğu belirtilmiştir. Ancak anlaşıldığı kadarıyla bu bölümde düzenlenen nedenlerin hepsinin ortak özelliği ceza sorumluluğunu kaldırma veya azaltma olduğundan ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler başlığı kullanılmıştır.

Hükümet Tasarısı’nın Birinci Kitap, İkinci Kısım, Hukuka Uygunluk Nedenleri başlıklı Üçüncü Bölümü altında yer alan hükümlerin birçoğunun hukuki niteliğinin doktrinde tartışma konusu olmaya devam ettiğini belirten Özgenç’e göre, “doktrin-deki bazı görüşler ve hatta bazı ülke kanunları, örneğin zorunluluk halini bir hukuka uygunluk hali değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin genellikle bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirken; bazı görüşler, bu durumda hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin bulunduğunu ve dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran neden olduğunu ileri sürmektedirler. Keza doktrin ve uygulamamızda ‘suça etki eden neden’ olarak ifade edilen haksız tahrik, esasında kusurluluğu azaltan sebep olarak değerlendirilmek gerekir. Doktrinde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmak için, bu bölümde söz konusu edilen nedenlerin sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir isimlendirilmeye gidilmiştir.” (Özgenç, İzzet, “Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı”, *Hukuki Perspektifler Dergisi* S. 2, (Sonbahar 2004), s. 104).

⁹⁰ Hükümet Tasarısı’nda “mağdurun rızası” ifadesi kullanılmakta iken bu ifade TBMM Alt Komisyonunda “kişinin rızası” ve “ilgilinin rızası” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹¹ Toroslu, (2005), s. 119 vd.; Oktar, Salih, “Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* 26-27 Mart 1997 İstanbul, s. 84, 85).

surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması lazımdır. Ayrıca kişinin rıza açıklamaya ehil olması da gerekir. Bu nedenle rızayı açıklayacak kişinin akıl ve ruh sağlığının yerinde olması, rıza ile hangi hak ve menfaatlerden vazgeçtiğinin bilincinde olması lazımdır. Keza, rıza açıklayacak olan kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması gerekir.⁹²

Yaşam hakkı üzerinde kişiye serbestçe tasarruf etme imkanı tanınmamıştır. O nedenle kişinin rıza veya talebi üzerine bir kişinin yaşamına son verilmesi (ötenazi) halinde hukuka uygunluk nedeninden veya sorumsuzluk nedeninden söz edilemez.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bakımından konu tartışmalıdır.⁹³ Kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken bazı ödevlerinin bulunduğu ve kendi vücudu üzerinde tasarruf ederek bu ödevlerini yerine getiremeyecek bir hale koymaya yetkili olmadığı, diğer bir ifadeyle vücudu üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkına sahip olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁴ Ancak, doktrindeki hakim görüş, takibi şikayete bağlı suçlarda kişinin rızasının geçerli sayılması gerektiği yönündedir.⁹⁵

Konumuz açısından yanıtlanması gereken soru şudur: Kasten yaralama bakımından rızası bulunan kişi, bu yaralama neticesi ölürse ne şekilde uygulama yapılacaktır?

Erman - Özek'e göre, bir hastalık ve mutata iştigale mani olmayacak bir tokadı, mağdurun rızası üzerine ona vuran kimsenin bu hareketi mağdurun rızası nedeniyle hukuka aykırı olmaktan çıkar. Böyle bir durumda yapılan fiil hukuka aykırı olmaktan çıkacağından, bundan ölüm neticesi doğmuş olsa bile müessir fiil neticesinde adam öldürme suçu bulunmaz ve fiilin taksirle adam öldürme olarak nitelendirilmesi gerekir.⁹⁶

5237 sayılı TCK'nın mevcut düzenlemesine göre şöyle düşünmekteyiz. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4. maddesi bu suçun maddi unsurunu teşkil edecek yaralama bakımından TCK'nın 86/1. maddesine yollamada bulunmuştur.

⁹² İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 182.

⁹³ Alman Ceza Kanunu'nun 226/a maddesinde, mağdurun rızasına rağmen bir müessir fiil suçlarına ilişkin olarak, fiilin genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği hallerde hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Grop Walter, "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısı'nda Hukuka Uygunluk Sebepleri", (Çev. Faruk Turhan), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 225).

⁹⁴ İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 188; Dönmezer - Erman, I, s. 84; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 502.

⁹⁵ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 503; Erem - Toroslu, s. 330; İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 188; Oktar, s. 85; Önder, *Genel Hükümler*, s. 238.

⁹⁶ Erman - Özek, s. 60.

86/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçu ise takibi şikayete bağlı bir suç değildir. O nedenle kişinin bu yaralama şekli bakımından rıza açıklama yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla kişinin rızası bulunsa dahi gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi ve bunun neticesinde meydana gelen ölüm sonucundan fail sorumlu tutulacaktır. Kastens yaralama neticesi ölümün meydana gelmesi suçunu düzenleyen TCK'nın 87/4. maddesi kovuşturulması şikayete tabi bulunan 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen kastens yaralama suçuna yollamada bulunmadığından bu nitelikteki bir yaralama ile 87/4. maddesindeki suçun işlenmesi mümkün değildir. O nedenle kişinin rızasının bulunması halinde meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkraları ile 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesinde düzenlenen yaralama halleri için yaşanmayacaktır.

Bununla birlikte, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1. maddesinde düzenlenen kastens yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hali için tereddütler bulunmaktadır. Çünkü, fiil başlığı altında yaptığımız açıklamalarda da vurguladığımız üzere, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 88/1 maddesinde yer alan "*kastens yaralama*"dan hem 86/1, hem 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesindeki kastens yaralama hali, hem de 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen kastens yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini anlamak lazımdır. Bu maddedeki "*kastens yaralamadan*" kendisinden önce yer alan maddelerdeki bütün kastens yaralama halleri kastedilmektedir. Ancak, yukarıda da açıkladığımız üzere, 87/4. maddesindeki suça vücut verecek yaralanmanın 86/1. maddesinde yazılı derecede olması gerektiğinden, kastens yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde 87/4. maddede yazılı suçun oluşabilmesi için de meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı düzeyde olması lazımdır. 86/1. maddesinde yazılı suçun kovuşturulması şikayete tabi olmadığından ve böylece bu maddede yazılı kastens yaralama halinde kişinin rızası sonuca etkili olmayacağından, kişinin rızası bulunsa dahi gerçekleştirilen kastens yaralama eylemi ve bunun neticesinde meydana gelen ölüm sonucundan fail sorumlu tutulacaktır.

3. Haksız Tahrik

Haksız tahrik,⁹⁷ failin "*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli bir elemnin etkisi altında suç*" işlenmesi olarak tanımlanmıştır.

⁹⁷ 5237 sayılı TCK'nın 29. madde gerekçesi.

Haksız tahrikin hukuksal niteliği konusundaki bir görüşe göre, haksız tahrik sebebiyle failin cezasından indirim yapılmasının nedeni, mağdurun kendi haksız hareketiyle suçun işlenmesine sebebiyet vermesi, onun bu kusurunun failin kusurundan indirilmesinin hakkaniyete uygun olmasıdır.⁹⁸

Diğer bir görüşe göre, haksız tahrik, failin haksız bir hareketin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında suç işlemesi nedeniyle, kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eder. Bu görüşte olan yazarlar, haksız tahriki kusurluluğu etkileyen nedenler başlığı altında incelemişlerdir.⁹⁹ 5237 sayılı TCK'da da haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir.

Taksirli suçların niteliği itibarıyla bu suçların haksız tahrikin etkisi altında işlenmesi mümkün değildir. Haksız tahrik ancak kasten işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilir.

Kasten yaralama sonucu kişinin ölümüne neden olma halinde kasten yaralama eylemi bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Gerçekten mağdurdan kaynaklanan haksız bir hareketin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında failin mağdura yaralamak kastıyla bir yumruk vurması halinde haksız tahrik mevcuttur. Mağdurun bu yumruğun etkisiyle düşerek kafasını betona çarpıp ölmesi halinde, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle bu neticeye sebebiyet veren failin hareketi ile taksirle meydana gelen ölüm neticesi arasında illiyet bağı kesilmemiş olduğundan, haksız tahrik hükümlerinin meydana gelen ölüm neticesi bakımından da uygulanması, yani kasten yaralama neticesi ölüme neden olma suçu için de tatbik edilmesi lazımdır. Yüksek Mahkeme'mizin 765 sayılı TCK bakımından süreklilik arz eden uygulaması da bu yönde olmuştur.¹⁰⁰

⁹⁸ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, C. 1, Ankara 1993, s. 419.

⁹⁹ Özgenç - Şahin, s. 285; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 702-703).

¹⁰⁰ Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporlarına göre, kavga sırasında maktulde oluşan lezyonların başlı başına ölümü tevlid eder nitelikte bulunmadığı, maktulenin ölümünün maruz kaldığı travmanın kendinde mevcut eski epilepsi hastalığını aktive ederek statüs epileptikus ve bu nedenle oluşmuş komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği fiille ölüm arasında illiyet bağının olduğunun ifade edildiği anlaşılma her iki sanık hakkında TCK'nın 452/2, 51/1, 59. maddeleri gereğince tecziyesi yerine yazılı şekilde TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrası ile hüküm kurulması, (1. CD, 24.12.2003, 1335/3331. Yayınlanmamıştır).

4. Hata

A. Genel Olarak: Hata, bilmemek ve yanlış tasavvur etmektir.¹⁰¹ Hata, doktrinde hukuki hata ve maddi (fiili) hata olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir hukuk kuralının mevcut olup olmadığı veya yorumunda yapılan hata hukuki hata, buna karşılık suçun maddi unsurlarına ilişkin hata ise maddi (fiili) hata olarak tanımlanmaktadır.¹⁰²

765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" denilerek, kanunun bilmeyen failin cezadan kurtulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Böylece 765 sayılı TCK'ya göre hukuki hatadan failin yararlanması mümkün değildir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'miz bazı kararlarında kanunu bilmesi mümkün olmayan failerin kusurlu sayılamayacağını belirterek bu hükmü yumuşatma yoluna gitmiştir.¹⁰³

Fiili hatada ise fiili gayri meşru kılan bir durumun bilinmemesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle fail eylemi gerçekleştirirken hataya düşmemiş olsa idi eylem suç teşkil etmeyecekti denilebilen hallerde fiili hata mevcuttur. Örneğin; kendisinin zannederek masa üzerindeki başkasının telefonunu alan failin hatası fiili bir hata olup eğer fail yanılmasaydı kendi cep telefonunu alması nedeniyle suç işlememiş olacaktı. 756 sayılı TCK'da maddi hataya ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak, doktrinde kasten işlenen suçlar bakımından bu gibi hataların esaslı hata olduğu ve kusurluluğu ortadan kaldırdığı için failin bu gibi hallerde cezalandırılmayacağı kabul edilmekte idi.¹⁰⁴

B. Hukuksal Hata: 5237 sayılı TCK'nın 4/1. maddesinde "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" denildikten sonra, 4/2. maddesinde "*ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suçu işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*" denilerek failin sakınamayacağı hukuksal bir hatadan yararlanacağı belirtilmektedir. Böylece 765 sayılı TCK'ya göre hukuksal hatadan yararlanmak mümkün değilken, 5237 sayılı TCK'ya göre fail koşulları mevcut ise hukuksal hatasından yararlanacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Yüksek Mahkeme'miz vermiş olduğu "*bazı kararlarda ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralını yumuşat-

¹⁰¹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 669.

¹⁰² Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 669.

¹⁰³ CGK, 10.10.1952, 2004/941/942; Savaş - Mollamahmutoğlu, I, s. 817; 3. CD, 18.1.1951, 10370/234; Özütürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. 1, İstanbul 1970, s. 118.

¹⁰⁴ Önder, *Genel Hükümler*, s. 342 vd; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 679 vd; Özgenç-Şahin, s. 193.

mış, hukuka aykırılık bilinci ve suç kastı bulunmadığı gerekçesiyle kanunu bilmeyen faileri sorumlu bulmamıştır.¹⁰⁵

Hata ve yanılma, bizzat taksirin bünyesinde yer alan kavramlar olması nedeniyle taksirle işlenen suçlar bakımından hukuksal hatanın korunup korunmayacağı, diğer bir ifadeyle failin bu hatadan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda tereddütler doğabilir. Ancak, kanunumuz hata bakımından kasten işlenen suç ve taksirle işlenen suçlar bakımından bir ayırım yapmamıştır. O nedenle taksirli suçlar bakımından da fail hukuksal hatasından yararlanacaktır. Hem kasten, hem de taksirle işlenen suçlarda hatadan yararlanmak mümkün olduğuna göre, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda da fail hukuksal hatasından istifade edecektir.

C. Fiili Hata (Unsur Yanılgısı):¹⁰⁶ Doktrindeki hakim görüş, kasten işlenen suçlarda failin esaslı fiili hatasından yararlanacağı yönünde olmakla beraber, taksirle işlenen suçlardaki fiili yanılmadan failin yararlanıp yararlanamayacağı hususunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, hata ve yanılmayı taksirin bir şekli saydıkları için suçun unsurlarında yanılmanın kastı ortadan kaldırmakla beraber taksirin varlığına engel olmayacağını savunmuşlardır. Buna karşılık diğer bazı yazarlar da fiili hatanın taksiri de kapsadığını ve kusurluluğu ortadan kaldırdığını ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁷

765 sayılı TCK' da taksirli suçlarda hataya ilişkin bir hüküm bulunmadığına dikkat çeken Dönmezer - Erman, ancak kaza ve tesadüfün bulunduğu, 45. maddedeki taksiri de yok eden bir hata halinde failin sorumluluktan kurtulabilmesinin mümkün olduğunu savunmuşlardır.¹⁰⁸

¹⁰⁵ İktisadi mahiyette bulunan, kömürün müsaadesiz başkasına devredilmesi suçuna henüz Türkçe bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın memnuniyeti bilmemesi sebebiyle suça iştiraki de bahis konusu olamaz. (CGK, 10.10.1952, 2004/941/942; Savaş - Mollamahmutoglu, I, s. 817) Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzumu kalmadığı kanaatinden ileri geldiğini müdafaaten beyan eylemesine göre, bu müdafaa hilafında kasti cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur. (3. CD, 18.1.1951, 10370/234; Özütürk, s. 118).

¹⁰⁶ Özgenç - Şahin, bu hata türünü unsur yanılgısı başlığı altında incelemektedirler. Yazarlara göre, unsur yanılgısı, müşahhas olayda bir suçun maddi unsurlarına müteallik hususlardaki bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgidir. Bir başka ifadeyle, faildeki müşahhas olaya ilişkin tasavvurun gerçeğe bağdaşmamasıdır. (Özgenç - Şahin, s. 193) Hata başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde, "fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz." denilmiş, böylece hata hali yalnız fiille sınırlandırılmayıp, suçun maddi unsurlarının tümünü kapsar şekilde düzenlenmiştir. Bu itibarla 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesine göre fiili hata için unsur yanılgısı ibaresinin kullanılması yanlış olmayacaktır.

¹⁰⁷ Dönmezer - Erman, I, s. 344.

¹⁰⁸ Dönmezer - Erman, I, s. 344.

5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde fiili (maddi) hata düzenlenmiştir. 30/1 maddesine göre, "fülin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır." Böylece, kasten işlenen suçlar bakımından suçun yasal tanımındaki unsurlarda fiili hataya düşen failin kastı bulunmamasından cezalandırılmayacaktır. 30/1. maddesinin son cümlesindeki "bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır" şeklindeki ifadedden, hataya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sebebiyet verilmesi halinde failin taksirinden dolayı sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak bunun için suçun taksirle işlenen bir suç olması lazımdır. Gerçekten, "meydana gelen neticeye ilişkin olarak dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşabiliyorsa taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kastıyla işlenebileceği belirtildiği için, böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır."¹⁰⁹

Yargıtay da, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş ederek öldürme ve benzeri olayları 765 sayılı TCK'nun 455. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.¹¹⁰ Buna karşılık, gerek karanlık, gerekse de arazi durumu ve görüş engellerinden dolayı tam seçme imkanı bulamadan kişilerin buldukları yere doğru ateş edilmesi sonucu kişilerin isabet alarak ölmesi olaylarını TCK'nun 452. maddesi kapsamında kastın aşılması suretiyle adam öldürmek kapsamında değerlendirmiştir.¹¹¹ 5237 sayılı TCK hükümlerine göre bu gibi hallerde failin olası kastla hareket ettiğini kabul etmek uygun olur.

¹⁰⁹ 5237 sayılı TCK'nun 30. madde gerekçesi. Unsur yanılığ ve taksir ilişkisi konusunda ayrıca bkz., Özgenç, *Kast-Taksir Kombinasyonları*, s. 350 vd.

¹¹⁰ Olay gecesi saat 22.00 sıralarında, sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayrı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişğin maktule isabet sonucu ayılan meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturur. (CGK, 19.6.1995, 1-189/217. Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997, s. 296).

¹¹¹ Sanığın aşamalarda uyum gösteren savunmaları, dosya içeriği ve keşif zabıtları birlikte değerlendirildiğinde; olaydan önceki gecelerde sanığın köydeki evlerin camlarının tıkratılmak suretiyle içinde oturanların huzursuz edildiği, olay gecesi uyanıp dışarı çıkan sanığın, evinin yakınında bir insan karartısı görüp o tarafa doğru 'kim o' diye seslendiği, cevap alamayınca 'bulduğu nokta karanlık olduğundan dolayı görülemediği' keşifle saptanan maktulün bulunduğu yere doğru av tüfeği

D. Hedefte Hata (Sapma) ve Şahısta Hata: Hatanın düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde hedefte sapma ve şahısta hata hali düzenlenmemiştir. Şahısta hatanın bu maddenin 1 ve 2. fıkraları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle ayrı bir düzenleme yapılması gereksiz görülmüştür. Hedefte sapma halinde bir hatanın söz konusu olmadığı, bu durumun suçların içtimaı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle hedefte sapma haline yer verilmesine gerek görülmemiştir.¹¹²

Buna göre, fail (F)'nin, (A) isimli şahsı yaralamak kastıyla attığı taşın (B) isimli şahsa isabet ederek yaralanmasına neden olduğu ve bu yaralama neticesinde daha sonra öldüğünü düşünelim. Bu olayda Fail (F)'nin (A)'ya karşı eylemi kasten yaralamaya teşebbüs suçunu oluşturacaktır. (B)'ye karşı eylemi ise eğer ölüm neticesinin meydana gelmesinde faili taksirli kabul edebiliyorsak 87/4. maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay'ımızın kararına konu olan benzer bir olayda Yüksek Mahkeme'miz faili yalnızca 765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesine göre sorumlu bulmuştur.¹¹³

IV. SONUÇ

87/4. maddesinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu bakımından 86/1. maddesinde yazılı yaralama haline yollamada bulunulduğundan, bundan hafif yaralama halleri ile bu suç oluşamayacaktır. O nedenle, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki bir

ile ateş ederek şahısta hata sonucu babasının ölümüne neden olduğunun açıklıkla anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin müessir fiilde bulunmak kastıyla yaptığı atışla ölümüne neden olma şeklinde nitelendirilerek, TCK'nın 452/1, 51/2, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu" (1. CD, 26.10.1993, 1936/2117; Parlar - Demirel, s. 417. Aynı yönde bkz., 1. CD, 28.2.1996, 3828/488; Parlar - Demirel, s. 409).

¹¹² Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 30. madde gerekçesi. Hedefte sapma ve şahısta hata halinde ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında daha fazla bilgi için bkz., Toroslu, (2005), s. 172 vd.

¹¹³ Sanıklardan Ali'nin kazlarını sanık Azmi'nin bahçesine soktuğu, bu yüzden çıkan tartışmada sanık Azmi'nin 5-7 metreden sanık Ali'ye attığı taşın, tarafları ayırmaya gelen Yusuf'a isabet ederek başta çökme kırığı husule getirip beyin kanamasından ölümüne neden olduğunun anlaşılması karşısında; sanık Azmi'nin fiilinin müessir fiilde bulunmak kastıyla yaptığı fiille ölümüne neden olma şeklinde nitelendirilerek TCK'nın 52. maddesi delaletiyle 452/1, 51/1 maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasında zorunluluk bulunulduğunun gözetilmemesi, (1. CD, 26.5.1993, 1044/1217; Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası*, Ankara 2000, s. 851).

yaralama sonucu mağdurun ölmesi halinde 87/4. maddesindeki suç oluşmaz; koşulları mevcut ise taksirle adam öldürme suçu söz konusu olabilir. 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1. maddesinde yazılı kasten yaralamadan, bu maddeden önce düzenlenmiş bulunan bütün kasten yaralama hallerinin anlaşılması lazım ise de, yukarıda açıkladığımız üzere kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi sonucu ölümün meydana gelmesi suçunun oluşması için ihmali davranış sonucu meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı derecede olması lazımdır.

Ayrıca, her ne kadar, 87/4. maddesinde bu maddenin diğer fıkralarına bir yollamada bulunulmamış ise de, bu fıkralarda yazılı şekilde yaralanan mağdurun ölmesi halinde de 87/4. maddesi hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Kanunumuzda Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde yer alan; *"hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel bir netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil de bu kanundaki anlamında kasıtlıdır"*¹¹⁴ şeklindeki bir hükmün bulunmaması nedeniyle, temel suç bakımından kastın, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksirin söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları kasten işlenen suç olarak kabul etmek mümkün değildir. Temel suçun kasten işlenmesinden hareket edilerek bu suçun kasten işlenen bir suç olarak kabulünün doğru olmayacağı, kasten işlenen yaralama ve taksirle gerçekleştirilen ölüm neticesinin söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun taksirli suç kabul edilmesi gerektiği görüşünderiz.¹¹⁵

Meydana gelen ağır netice bakımından failin kasten hareket etmesi halinde ise kanaatimize göre artık netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan söz edilemez. Bu gibi hallerde doğrudan kastla veya olası kastla adam öldürmek suçu söz konusudur.

Alman doktrininde ve mahkeme içtihatlarında uzun süre tartışılan bu konunun ülkemizde de uzun süre tartışılacağını şimdiden söylemek abartılı bir yorum olmayacaktır. Yüksek Mahkeme'mizin bu konudaki görüşünün ne yönde olacağını beklemek gerekir.

¹¹⁴ İçel - Yenisey, s. 1004.

¹¹⁵ Aynı görüş için bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 495-496.

KAYNAKLAR

- Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970.
- Artuk, M. Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara 2002.
- Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 15. Baskı, Ankara 1993.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul 1998,
- Dönmezer, Sulhi - Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, İstanbul 1986.
- Donay Süheyl - Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı, Karşılaştırmalı, Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2005.
- Ekinci, Mustafa - Özcan, Şerafettin, *Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. I-III, Ankara 1993.
- Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 1999.
- Erman, Sahir - Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994.
- Grop, Walter, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, (Çev. Faruk Turhan) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998.
- Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu Açılımı*, C. IV, Ankara 1976.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002.
- Jescheck, Hans - Heinrich, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”; (Çev. Adem Sözüer), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998.

- İçel, Kayıhan - Akıncı, Füsun Sokulu - Özgenc, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoglu, Fatih - Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları* 3. Bası, İstanbul 1990.
- Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998.
- Oktar, Salih, "Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Ceza Hukuku Günleri*, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 26-27 Mart 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Kısaltma: Genel Hükümler) C. II, İstanbul 1989.
- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998.
- Özgenc, İzzet - Şahin Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası Ankara 2001.
- Özgenc, İzzet, "Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004.
- Özgenc, İzzet, "Kavga Suçu, (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler", *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 4, Ekim 1993.
- Özgenc, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, C. 6, S. 1-2 Konya 1998.
- Özgenc, İzzet, Adalet Bakanlığı'na düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005.
- Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık; *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Baskı, C. III, Ankara 1998.
- Schroeder, Friedch - Christian, *Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler*, (Çev. İzzet Özgenc) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998
- Sözüer, Adem, Yargıtay Başkanlığı'na düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanununun Genel hükümleri ve Yansımaları Paneli*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 10-11 Şubat, 2005.
- Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997.
- Ünver, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk"; *Ceza Hukuku Günleri*, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 26-27 Mart 1997.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2004.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968.

Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.

Tunalı, İbrahim, *Adli Tıp*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

"Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü," *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C. II, Ankara 1988.

Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası (Genel Hükümler)*, Ankara 2000.

Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005.

TUTUKLAMA NEDENLERİ VE TUTUKLAMA İSTEMİNİN REDDİ KARARINA İTİRAZ KONUSUNDA 5271 SAYILI CMK'NIN İNCELENMESİ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

GİRİŞ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "tutuklama", 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre oldukça farklı bir biçimde kurala bağlanmıştır.

Çalışmamız, tutuklamayla ilgili olarak iki konudan oluşmaktadır. Birincisi, CMK'da tutuklama nedenleri, ikincisi ise, CMK'da tutuklama isteminin reddi kararına itirazdır.

I. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA TUTUKLAMA NEDENLERİ

5271 sayılı CMK'nın "Tutuklama Nedenleri" kenar başlıklı 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre, "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir".

CMK'nın 2. maddesine göre şüpheli; soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise, tutuklama için, sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedeni bulunmalıdır.

* Hakim.

A. Ön Koşul Niteliğindeki Nedenler

CMK'nın 100. maddesinde öngörülen;

a. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunması,

b. Bir tutuklama nedeninin bulunması nedenleri, tutuklama kararı verilebilmesi için ön koşul niteliğindedir ve mutlaka birlikte bulunmak zorundadır.

Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak sanığın lehine de olsa, aleyhine de olsa kıyas serbest ise de, bu kuralın istisnalarından birisini, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenleri oluşturur. Bir başka anlatımla, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenleri kıyas yoluyla genişletilemez.¹

1. Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren Olgular Bulunması

1412 sayılı CMUK'un 104. maddesindeki, "*suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan*" ibaresinden farklı olarak 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinde, "*kuvvetli suç şüphesinin varlığı*" ibaresi kullanılmıştır.

CMUK'daki "*suçluluk*" sözcüğü, CMK'daki "*suç şüphesinin varlığı*" ibaresine göre daha yoğun ve ileri bir düzeyi ifade etmektedir. "*Suç şüphesi*" tam bir kesinliği göstermezken, "*suçluluk*" kavramı şüphenin daha ötesini anlatmaktadır.

CMK'nın 100. maddesinde, kullanılan "*olgular*" sözcüğü ise, CMUK'un 104. maddesindeki, "*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler aşağıdaki hallerde tutuklanabilir*" hükmünde ise "*belirti*" sözcüğünden farklılık taşımaktadır.

"*Olgu*" sözcüğü, "*birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa*" olarak; "*belirti*" ise, "*bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet, nişan, nişane*" olarak tanımlanabilir.²

Olgu sözcüğü, "*belirti*"ye göre, daha somut bir anlamı içermektedir. Bununla birlikte, olgu, bir olayın dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç veya vakıa iken, belirti sözcüğü, bir olayın anlaşılmasına yar-

¹ Öztürk, Bahri, "Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu mu? Yoksa Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku mu?"; www.edb.adalet.gov.tr/(2005).

² www.tdk.gov.tr/tdksozluk

dım eden şey, alamet vs.dir. Her olgu bir belirti sayılabilir fakat, her belirti bir olgu sayılmayabilir.

Bununla birlikte, CMK'nın 100. maddesinde "*kuvvetli suç şüphesinin varlığı*" ibaresi yanında kullanılan "*olgu*" sözcüğü, şüpheyeye ilişkin olacaktır. CMUK'un 104. maddesindeki "*suçluluğu*" ibaresi yanında kullanılan "*belirti*" sözcüğü de suçluluğu kesin olarak değil, bir alamet olarak ortaya koyabilen şeyleri anlatmaktadır.

Sonuç olarak, CMK'nın 100. maddesinde, "*suç şüphesi*" ibaresiyle birlikte "*olgu*" sözcüğünün kullanılması, bir bakıma CMUK'un 104. maddesinde "*suçluluğu hakkında*" ibaresiyle birlikte "*belirti*" sözcüğünün kullanılmasıyla paralellik taşımaktadır. Bir an için CMK ve CMUK'daki ibarelerin karıştırıldığını düşündüğümüzde, "*suçluluğu hakkında kuvvetli olgular*" denilseydi, tutuklama tedbirinde suçluluğun ispatının aranması gibi bir çıkmaza girilmiş olurdu. Bu nedenlerle, CMK'nın 100. maddesindeki "*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunması*" ibaresinin uyumlu olduğunu düşünüyoruz.

2. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması

CMK'nın 100. maddesine göre tutuklama kararı verilebilmesi için ikinci önemli koşul, yasada sayılan bir tutuklama nedeninin bulunmasıdır. Bu konuda ikili bir ayırım söz konusudur. Birincisi, genel olarak tutuklama nedenleri, ikincisi ise, suç türlerine göre tutuklama nedenleridir.

a. Genel Olarak Tutuklama Nedenleri

CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa

b. Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise, aşağıdaki haller belirgin olgulara dayanıyorsa, bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

1. Sanığın kaçacağı veya saklanacağı,
2. Somut olayın özelliklerine göre, sanığın ceza yargılamasından kaçınacağı (kaçma riski olduğu),
3. Sanığın davranışları, aşağıdaki konularda kuvvetli bir şüphe içeriyorsa;
 - a. Delilleri, yok etmek veya değiştirmek veya ortadan kaldırmak, örtbas etmek veya tahrif etmek,
 - b. Suç ortaklarını veya tanıkları veya bilirkişileri (uzmanları) uygunsuz şekilde etkilemek,
 - c. Diğerlerini de aynı şekilde etkilemek ve bu yüzden, gerçeğin belirlenmesinin zorlaşması tehlikesi varsa (delillerin karartılması tehlikesi varsa).

Görülüyor ki, CMK'daki genel tutuklama nedenleri, büyük ölçüde Alman CMK'ya benzetilmektedir. Bununla birlikte, Alman CMK'da farklı olarak, sanığın davranışlarına ilişkin (3) numaralı seçenek, ayrıca *"bu yüzden, gerçeğin belirlenmesinin zorlaşması tehlikesi varsa"* koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul, kısaca delilleri karartma olarak ifade edilebilecek olan konuların, asgari niteliğini belirtmektedir. Esasında, 5271 sayılı CMK'da olmayan bu koşul, işin özünde aranmalıdır. Çünkü, CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki delilleri karartma nedenleri, sonuca etkili olabilecek olan nitelik taşımaktadır.

b. Suç Türlerine Göre Tutuklama Nedenleri

CMK'nın 100. maddesinde, Hükümet Tasarısı'nın³ 119. maddesindeki, *"suçun ağırlığı, işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolaşısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi"*, *"şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması"*, *"suça son verilmesi"*, *"suçun yinelenmesine engel olunması"* şeklindeki tutuklama nedenlerine yer verilmemiştir.⁴

³ "Hükümet Tasarısı", 7.3.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı'na sevk edilen "(2002) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı" nı ifade etmektedir.

⁴ Hükümet Tasarısı'ndaki bu nedenlerle ilgili eleştiri için bkz., Şahin, Cumhuriyet - Özgenç, İzzet, "CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler", GÜHFD, C. III, S. 1-2, 1999, s. 216.

Bu yaklaşımda, tutuklamanın bir koruma tedbiri olduğu ve koruma tedbirlerinin amacının ise maddi gerçeğe, doğru hükme ulaşmak ve sonuçta verilen kararların uygulanmasını sağlamak şeklindeki düşüncenin⁵ etkili olduğu söylenebilir.

CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar (m. 76, 77, 78),
2. Kasten Öldürme (m. 81, 82, 83),
3. İşkence (m. 94, 95)
4. Cinsel Saldırı (birinci fıkra hariç, m. 102),
5. Çocukların Cinsel İstismarı (m. 103),
6. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (m. 188),
7. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (2, 7 ve 8. fıkralar hariç, m. 220),
8. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302, 303, 304, 307, 308),
9. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b. 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları.

c. 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d. 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e. 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

f. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

⁵ Şahin - Özgenç, s. 216.

CMK'nın TBMM'deki görüşmelerinde, bir taraftan Hükümet Tasarısı'ndaki tutuklama nedenleri azaltılmış, diğer taraftan ise tutuklama nedenlerinin varsayılabileceği haller katalog halinde belirtilerek, 100. maddenin yukarıdaki (3) numaralı fıkrası eklenmiştir.⁶

Belirtelim ki, Hükümet Tasarısı üzerinde doktrindeki tartışmalarda, tutuklama nedenleri belirlenirken Alman CMK'daki gibi bir katalog yapılması görüşü de ileri sürülmüştür.⁷

Karşı görüşe göre ise, CMK'nın 100. maddede tek tek sayılan bu suçlarda tutuklama nedeninin var sayılacağıının belirtilmesi bir ön yargının açıkça ifadesidir. *"Hükümler ve adalet kişiye göre değişemez böyle olursa açık bir hak ihlali olur"*⁸

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112a maddesinde de, benzer bir düzenleme yer almaktadır ve 112a maddesinde tek tek sayılan suçların sanık tarafından işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunmalıdır.

CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin söz konusu olması, tutuklama nedeni için tek başına yeterli değildir. Bu suçlardan birisinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı varsa, ancak tutuklama nedeninden söz edilebilir. Bununla birlikte, bu halde bile, sayılan suçlardan birisinin işlendiği konusundaki kuvvetli şüphenin olması, CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki genel tutuklama nedenlerinin var sayılmasına neden olabilir. Tüm bu konular ise, hakim tarafından takdir edilecektir.

B. Tutuklama Kararı Verilemeyecek Haller

1. CMK'daki Düzenleme

CMK'nın 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Bu iki durum, tutuklama yasağı olarak da adlandırılabilir.

⁶ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004, Esas No. 1/535, 1/292, Karar No. 65.

⁷ Özbek, Özer, V., *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Taslağı*, (TBB), Ankara 2004, s. 197.

⁸ Şamlı, Yasin, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", www.hukukcularder.org (10.3.2005); ayrıca karşı görüş için bkz., *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Taslağı*, (TBB), Ankara 2004, s. 197.

Sadece adli para cezası gerektirme kapsamına, hapis ve adli para cezasının seçimlik öngörüldüğü suçlar girmez; yeter ki böyle bir düzenlemede hapis cezasının üst sınırı iki yıldan daha az olmasın.

Hapis cezasının üst sınırından maksat, suça ilişkin yasa maddesindeki ceza düzenlemesindeki üst sınırdır.

2. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 113. maddesine göre ise, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda veya yüz seksen güne kadar para cezalarında, delillerin karartılması riskinin olmadığı kabul edilebilir ve tutuklama söz konusu olmayabilir. Bununla birlikte bu suçlarda dahi aşağıdaki hallerde, sanığın kaçma şüphesi bulunduğu kabul edilebilir:

1. Kendisine karşı yürütülen ceza usul sürecinden kaçınıyor veya kaçma hazırlığı içerisindeyse,

2. Alman kanunlarının uygulandığı yerde, sabit ikametgahı veya oturma söz konusu değilse,

3. Kim olduğunu ispatlayamıyorsa.

Görülüyor ki, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, yüz seksen güne kadar olan para cezalarında bile, kaçma şüphesi varsa tutuklama söz konusu olabilecektir. Üstelik Almanya'da da adli kontrol kurumu bulunmaktadır.

Alman CMK'daki düzenleme, 1412 sayılı CMUK'un 104. maddesinin 3. fıkrasında; *"Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık ancak, suçun toplumda infial uyandırması veya ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi halinde tutuklanabilir"* hükmüne (infial dışında) benzemektedir.

Alman CMK'dan ve CMUK'dan farklı olarak 5271 sayılı CMK'da ise, çok geniş bir tutuklama yasağı olan alan kabul etmiştir.

C. İşin Önemi, Ölçülü Olma

CMK'nın 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine göre, *"işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez."* CMUK'nın 104. maddesinin 4. fıkrasında da, *"soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet*

tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabileceksen veya tutuklama yerine bir başka yargılama önemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemez” denilmektedir.

“İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmama” konusu, tutuklama yasağından farklı ve genel bir nitelik taşımaktadır; her somut olayda, olayın özelliklerine göre takdir edilecektir.

Tutuklama ile kişi özgürlüğü arasındaki makul dengenin korunması ise, mahkemelere ait önemli bir görevdir.⁹

Tutuklamanın yasadaki kurallara uygun yapılmaması ise, kişi hürriyeti ve güvenliği olarak anılmaktadır. Yasal şartlara uyulmadan yapılan tutuklama ise insan hakkı ihlali anlamına gelmektedir.¹⁰

II. TUTUKLAMA İSTEMİNİN REDDİ KARARINA İTİRAZ

A. Cumhuriyet Savcısı'nın Soruşturma Evresinde Tutuklama İstemi

CMK'nın 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir.¹¹

Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde tutuklama isteminde bulunurken, aşağıdaki iki hususta mutlaka açıklamada bulunması gerekmektedir:

1. Gerekçe

2. Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler.

Eğer Cumhuriyet Savcısı, bu iki konuda hiçbir açıklamada bulunmuşsa, bunun sonuçlarının ne olduğu CMK'da belirtilmemiştir.

⁹ Harvey, Richard, “Redefining the framework of arrest”, (Chair The Haldane Society of Socialist Lawyer), www.statewatch.org/news/2004.

¹⁰ Öztürk, www.edb.adalet.gov.tr/ (2005).

¹¹ CMK'nın 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendine göre “Soruşturma: Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”, (f) bendine göre, “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi”, ifade eder.

Biz, hiçbir açıklamada bulunmadan Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama isteminde bulunması halinde CMK'nın 101. maddesindeki hükmün emredici niteliği karşısında hakimin, sorguya geçmeden önce bu iki hususta açıklamada bulunmasını Cumhuriyet Savcısı'ndan istemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Gereğe, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenlerini anlatmaktadır. Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler ise, CMK'nın 109 ila 115. maddeleri arasında düzenlenen (ve CMUK'da bulunmayan) adli kontrol kurumuyla ilgilidir.¹² Tutuklamaya karar verebilmede, adli kontrol kurumu ile bağlantı kurulması usulü, şüpheli veya sanığa ciddi güvence sağlamayı amaçlamaktadır.¹³

CMK'nın 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilecektir. 110. maddenin (1) numaralı fıkrasına göre, şüpheli, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve sulh ceza hakiminin kararı ile soruşturma evresinin her aşamasında adli kontrol altına alınabilecektir.

CMK'nın 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasına bakıldığında, adli kontrole, üst sınırı iki yıldan fazla ve üç yılı geçmeyen suçlarda karar verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, 109. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, CMK'da tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

CMK'nın 101. maddesinin (2) ila (5) numaralı fıkralarına göre, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeleri gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir. Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır. Tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhal serbest bırakılır. 100 ve 101. madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir.

¹² Adli kontrol kurumu, Alman, İtalyan ve Fransız hukukunda kabul edilen ve tutuklama yerine geçebilecek diğer bir önlem niteliğindedir; Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2000, s. 599.

¹³ Adli kontrol hakkında geniş bilgi için bkz., Darende, Yeliz, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunuyla Hukukumuzda Giren Adli Kontrol Müessesesi ile Bu Bağlamda Yenilenen Tutuklama Müessesesi", www.turkhukuksitesi.com/hukukforum, (9.3.2005).

B. Tutuklama Talebinin Reddi Kararına İtiraz

CMK'nın 100 ve 101. maddesine göre tutuklamayla ilgili ret veya kabul kararlarına karşı itiraz edilebilir.

Tutuklu sanığın itirazında, itiraz merci, itirazın kabulüne karar verirse, tutuklu sanığın veya şüphelinin derhal salıverilmesine de karar verecektir; itiraz reddedilirse, sanığın tutukluluk hali devam edecektir.

CMK'da, soruşturma evresinde tutuklama isteminin sulh ceza hakimince reddi kararına karşı Cumhuriyet Savcısı'nın itirazında önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Sorunun kaynağı ise, CMK'da gıyabi tutuklama kararının kaldırılmış olmasıdır. Konuyu ayrıntılı olarak ele alabiliriz:

1. Gıyabi (Yoklukta) Tutuklama Kararı Verilmesi Usulü Kaldırılmıştır

1412 sayılı CMUK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasına göre, sanığın tutuklanmasına ancak hakim karar verir ve tutuklanması talep edilen sanık hazır ise karardan önce dinlenir; sanık hazır değilse, talebe ilişkin karar yokluğunda ve evrak üzerinde verilir.

5271 sayılı CMK'da, bir istisna dışında gıyabi (yoklukta) tutuklama kararı verilmesi usulü kaldırılmıştır. Bir başka deyişle, CMK'da, CMUK'un 106. maddesindeki hüküm bulunmamaktadır ve sanığın yokluğunda evrak üzerinde tutuklama kararı verilemeyecektir. Bu kuralın tek istisnası ise, kaçaklara ilişkindir.¹⁴

2. Gıyabi Tutuklama Kararı Verilme Usulünün Kaldırılmasının Neden Olabileceği Sorunlar

Acaba Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma evresinde şüpheli hakkındaki tutuklama istemi sulh ceza hakimi tarafından reddedilir ve Cumhuriyet Savcısı buna itiraz ederse, itirazı inceleyen asliye ceza hakimi, itirazın kabulü görüşünde ise ne karar verecektir?

1412 sayılı CMUK'un uygulandığı dönemde, böyle bir halde itirazı yerinde bulan asliye ceza hakimi, "itirazın kabulüne, sanığın gıyaben tutuklanmasına" karar vermekteydi. 5271 sayılı CMK'da gıyabi tutuklama usulü kaldırıldığına göre, itirazı kabul eden merci kararında ne diyecektir?

¹⁴ İstisna konusunda bkz., ileride "Kaçaklar Hakkında Gıyabi Tutuklama" başlığına.

CMK'nın hükümlerine göre, itirazı kabul eden merci kararında, "itirazın kabulüne ve şüphelinin gıyaben tutuklanmasına" diyemeyecektir. Şüphelinin gıyaben tutuklanmasına karar verilmesi, yasal olmayan, yasaya rağmen ve yasaya aykırı bir karar olacaktır.

Peki, itirazı kabul eden merci ne yapacaktır? İtirazın kabulüne karar verilmesinin ne sonucu ya da ne faydası olacaktır ?

Soruna, olan hukuk (CMK'nın hükümleri) açısından bir çözüm bulunabilir mi? Farklı açılardan konuyu ele almak istiyoruz:

a. Cumhuriyet Savcısı, Şüpheliyi Bekletip, Mevcutlu Olarak İtiraz Edebilir mi?

Soruşturma evresinde tutuklama talebi sulh ceza hakimi tarafından reddedildikten sonra adli kolluk tarafından şüpheli soruşturma evrakıyla birlikte Cumhuriyet Savcısı'na getirildiğinde, Cumhuriyet Savcısı, karara itiraz edeceğini söyleyerek, şüpheliyi bekletebilir mi ? Bu arada itiraz başvurusunu hazırlayıp, soruşturma evrakıyla birlikte şüpheliyi, itiraz incelemesinin yapılması için asliye ceza hakimine gönderebilir mi?

CMK'nın 271. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, "Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir.¹⁵ Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet Savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir." bu hükümde, sanığın veya şüphelinin dinlenmesinden söz edilmemiştir.

CMK'nın 101. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki emredici hükme göre ise, Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama istemi karşısında, sulh ceza hakimi tarafından tutuklama kararı verilmezse, şüpheli derhal serbest bırakılacaktır.

Bu hükümler karşısında, tutuklama istemi sulh ceza hakimince reddedilen şüpheli, Cumhuriyet Savcısı tarafından (o evrakta) derhal serbest bırakılacaktır ve itiraz edileceği gerekçesiyle tutulamayacak ve itiraz mercine mevcutlu olarak gönderilemeyecektir.

Diğer yandan, olması gereken hukuk açısından Cumhuriyet Savcısı'nın böyle bir yaklaşımda bulunabilmesinin gerektiğini düşünsek bile, asliye ceza hakiminin itirazı hemen incelemesini her zaman beklemek fiilen mümkün olmayacaktır. Nitekim, CMK'nın 271. maddesinin (3) numaralı fıkrasında,

¹⁵ "Karar mümkün olan en kısa sürede verilir" (CMK 271/3. m).

itiraz mercinin kararını mümkün olan en kısa sürede vereceği öngörülürken, fiili durum ve itiraz konusunun kapsamı dikkate alınmıştır.

Asliye ceza hakimi itirazı bir gün sonra karara bağlarsa, şüpheli bir gün bunun için bekletilecek midir? Elbetteki şüphelinin itiraz mercinin kararını vermesi için bekletilmesi kabul edilemez.

Tüm bu nedenlerle, bu çözüm tarzı yerinde değildir.

b. İtiraz Mercisi Yalnızca İtirazın Kabulüne Karar Verebilir mi?

İtirazı kabul eden merci, yalnızca itirazın kabulüne karar verip, soruşturma evrakını Cumhuriyet Savcılığı'na gereği için iade edebilir mi?

CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, *"İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir"* denilmektedir. Bu hüküm karşısında, itiraz mercinin yalnızca *"itirazın kabulüne"* diyerek soruşturma evrakını iade etmesi durumunda, itirazın konusu hakkında bir karar verilmemiş olmaktadır.

CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrası, CMUK'un 302. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"İtiraz varit görülürse bunu tetkik eden merci aynı zamanda itirazın mevzu olan mesele hakkında da karar verir"* kuralıyla paralellik taşımaktadır.

CMUK'un 302/2. maddesiyle ilgili olarak Yargıtay'ın bazı kararları şöyledir:

"... itiraz üzerine, itiraza bakan merci itirazın mevzu olan konu hakkında bir karar vermelidir. Dosyanın sulh ceza mahkemesine gönderilmesine dair yazılı şekilde karar verilmiş olunmasında isabet yoktur".¹⁶

"...Asliye ceza mahkemesi hakiminin anılan Kanun'un 302. maddesi uyarınca vuku bulan itirazı varit gördüğü takdirde itirazın mevzu olan mesele hakkında da karar vermesi gerektiği halde, bir taraftan itirazın kabulü ile anılan ceza kararının kaldırılmasına diğer taraftan ise gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın sulh ceza mahkemesine gönderilmesine dair verilen karar doğru değildir".¹⁷

Yargıtay kararlarına göre, itirazın kabulüne karar veren merci, bu haliyle (yalnızca kabul kararı vererek) gerekli işlemlerin yapılması için dosyayı

¹⁶ 9. CD, 1.3.2004, E.2004/445, K.2004/527.

¹⁷ 10. CD, 27.1.2004, E.2003/7632, K.2004/889.

geri göndermemeli, itirazın konusu hakkında da bir karar vermelidir; aksi tutum ise CMUK'un 302/2. maddesine aykırılık oluşturmaktaydı.

Tutuklama talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddi kararına Cumhuriyet Savcısı'nın itiraz etmesi üzerine, itiraz mercince (asliye ceza hakimince) itirazın kabulüne karar verilmesi, sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararının ortadan kaldırılması sonucunu sağlamaktadır. Ancak bu sonuç, tutuklama kararı boyutunda değildir. Bir başka anlatımla, itirazın kabulüne karar vermekle, yalnızca sulh ceza hakiminin ret kararı kaldırılmış olmaktadır ve itirazın kabulü kararı, sanığın tutuklanması anlamına gelmemektedir.

Buna göre, itiraz merci tarafından itirazın konusu olan tutuklama istemi hakkında bir karar verilmemiş olmaktadır. Bundan sonra ne yapılacaktır?

Asliye ceza hakimi, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki emredici kural nedeniyle gereği için, yani tutuklama kararı vermek için dosyayı sulh ceza hakimine gönderemeyecektir. Bir an için gönderebildiğini düşünsek bile, sulh ceza hakimi de giyabi tutuklama kararı veremeyeceği için, benzer sorunlar yine yaşanacaktır ve bu yaklaşım bir fayda sağlamayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, bu çözüm tarzı da yerinde değildir.

c. İtirazı Kabul Eden Merci, Şüpheli Hakkında Yakalama Emri Düzenleyebilir mi?

Cumhuriyet Savcısı'nın sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararına itirazını kabul eden merci, itirazın kabulüne karar verdikten sonra, itirazın konusu olan (yüze karşı) tutuklama kararı verilebilmesi için, şüpheli hakkında yakalama emri çıkartabilir mi?

Bu seçenek, ilk bakışta bir çözüm olarak görülebilir. Nitekim, itiraz merci, bir taraftan itirazın kabulüne dedikten sonra, diğer taraftan itirazın konusu hakkında bir karar verebilmek için şüpheliyi hazır etmek üzere yakalama emri çıkartıp, şüpheli hazır olunca da yüze karşı tutuklama kararı verebilecek gibi görünmektedir.

Peki, itiraz mercinin şüpheli (veya sanık) hakkında yakalama emri çıkartma yetkisi var mıdır? Bir an için böyle bir yetkisi olduğunu düşünsek bile, bu yöntem uygun mudur ve giyabi tutuklama kararından farkı olacak mıdır?

CMK'nın "Yakalama Emri ve Nedenleri" kenar başlıklı 98. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, "soruşturma evresinde şüpheli kaçak ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir".

Görülüyor ki, itiraz mercinin soruşturma evresinde yakalama emri düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, (c) şıkkındaki çözüm tarzı da, öncelikle CMK'nın 98. maddesine uygun düşmemektedir. Kaldı ki, itirazın kabulüne karar verip, şüpheli hakkında yakalama emri düzenlemek, dolayısıyla giyabi tutuklama kararı vermeyi çağrıştırmaktadır ve giyabi tutuklama usulünden daha karmaşık ve zaman kaybına neden olabilecek yapıdadır.

Önemle belirtelim ki, yakalama emriyle ilgili CMK'nın 98. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki "kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir" hükmü, soruşturma evresinde geçerli değildir. Bir başka anlatımla, hakim veya mahkemenin, istem üzerine veya re'sen yakalama emri çıkartabilme yetkisi, yalnızca kovuşturma evresiyle sınırlıdır ve soruşturma evresinde uygulanamaz.

Bu nedenlerle, bu çözüm tarzı da yerinde değildir.

3. Görüşümüz

CMK'da, giyabi tutuklama usulü kaldırılmış olması nedeniyle, tutuklama isteminin reddi kararına karşı itirazı inceleyen merci, (bir bakıma) yalnızca kabul kararı vermekle sınırlandırılmış olmaktadır. Buysa, öncelikle itiraz yasa yolunda tıkanmalara neden olabilecektir. Belki de, itiraz mercini, sonucu belirgin ve tereddütsüz olan itirazın reddine kararı verme seçeneğine zorlayabilecektir. Böyle bir sonuç ise, soruşturma evresini ve dolayısıyla buna bağlı olan kovuşturma evresini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Öte yandan, CMK'da giyabi tutuklama kararı verme usulünün kaldırılmış olması, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir" kuralıyla da bağdaşmamaktadır. Bir taraftan, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, itirazı kabul eden mercin, itirazın konusu hakkında da bir karar vermesi görev olarak emredici şekilde hükme bağlanmışken, diğer taraftan itirazın konusunu oluşturan giyabi tutuklama kararı verebilmenin yasaklanmış olması, çelişki oluşturmaktadır.

C. Kaçaklar Hakkında Gıyabi Tutuklama

1. Kaçak

CMK'nın 247. maddesine göre, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkumiyet kararı verilemez.

CMK'nın 248. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, kaçak hakkında 100. ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hakimi veya kovuşturmayı yürüten mahkeme tarafından yoklukta (gıyabi) tutuklama kararı verilebilir.

2. Kaçak Hükmü Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtirazda Kullanılabilir mi?

Acaba, kaçak hükmü, tutuklama isteminin reddi kararına itirazda, bir çözüm olarak kullanılabilir mi ?

CMK'nın 247. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre kaçak tanımı, kovuşturma evresiyle sınırlıdır ve hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilmektedir. Bu açıdan, soruşturma evresinde, CMK'nın 247. ve 248. maddesi kapsamına giren bir "kaçak"tan söz edilemeyecektir.

Nitekim, soruşturma evresinde kaçak olan şüpheli hakkında CMK'nın 98. maddesinde hüküm bulunmaktadır. Buna göre, soruşturma evresinde şüpheli kaçak ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilecektir.

Bu nedenlerle, soruşturma evresindeki tutuklama isteminin reddi kararına itiraz incelemesinde, CMK'nın 248. maddesinin (5) numaralı fıkrasına dayanılarak itirazın kabulüne, kaçak sanığın gıyaben tutuklanmasına karar verilemeyecektir.

III. SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız sonuçlar şöyledir:

1. CMK'da en çok değişiklik yapılan kurumlardan birisi tutuklamadır. CMK'da tutuklama kararı verilemeyecek ciddi genişlikte bir alan oluşturulmuştur ve sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verme yasağı getirilmiştir. Tutuklama kararı verme yasağına konu suçlarda ise, adli kontrol kurumu öngörülmüştür. Adli kontrol, hapis cezasının üst sınırı üç yıla kadar olan suçlarda da uygulanabilecektir.

CMK'nın 100. maddesinde, tutuklamanın genel ve katalog suç türlerine göre nedenleri belirtilirken de, sınırlı bir normatif yapıya yer verilmiştir ve bunların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.

5271 sayılı CMK'da, tutuklama koruma tedbirine başvurabilme, yürürlükteki Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve 1412 sayılı CMUK'un hükümlerine göre oldukça zorlaştırılmıştır.

2. CMK'da, kaçaklara ilişkin 248. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki istisna dışında, gıyabi tutuklama kararı verilmesi usulüne yer verilmemiştir. Kaçaklar hakkındaki gıyabi tutuklama usulü de yalnızca kovuşturma evresiyle sınırlıdır.

CMK'nın 101. maddesine göre, Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama istemi hakkında sulh ceza hakiminin vereceği, ret veya kabul kararlarına karşı itiraz yasa yoluna başvurulabilir.

Soruşturma evresinde, sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararına karşı itirazda, bunu inceleyen merci, itirazın kabulüne kararı verdiğinde, sulh ceza hakiminin ret kararı kaldırılmış olmakta ise de, yalnızca itirazın kabulü kararı şüphelinin tutuklanması anlamına gelmemektedir; bundan sonra, itiraz mercinin ne yapacağı ve ne karar vereceği konusunda sorun bulunmaktadır.

İtirazı inceleyen merci, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, itirazın kabulüne karar verdiğinde, aynı zamanda itirazın konusu hakkında da bir karar vermek zorundadır. Gıyabi tutuklama usulü kaldırılmış olduğu için, itirazın konusu olan tutuklamayla ilgili bir nasıl bir karar verilebileceği belirsizdir.

İncelememizde, CMK'nın sistemi içerisinde bir çözüm aranmış ise de, eleştiriden uzak ve en önemlisi, CMK'ya aykırı olmayan bir sonuca ulaş-

lamamıştır. CMK'da bu konuda önemli bir boşluk bulunmaktadır. Asliye ceza hakimi, Cumhuriyet Savcısı'nın itirazının kabulüne karar verdiğinde, sanığın gıyaben tutuklanmasına karar veremeyeceği için, CMK'nın hükümlerine göre sistem tıkanmakta, bir bakıma şüpheli, bu aşamada tutuklanamaz bir hale gelmektedir.

Tüm bu nedenlerle, CMK'daki, soruşturma evresinde tutuklama isteminin reddi kararına itirazda, itirazı inceleyen mercinin kabul kararı vermesi halinde, itirazın konusu olan şüphelinin (gıyaben) tutuklanmasıyla ilgili boşluğun yasal bir düzenleme ile bir an evvel giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

ÇEVRE CEZA HUKUKU'NDA SON GELİŞMELER: YENİ TÜRK CEZA KANUNU VE KABAHAHLER KANUNU

Doç. Dr. Firuz D. YAŞAMIŞ*

GİRİŞ

Hak ve Hukuk

"Hak" kavramı kişilerin diğer gerçek ve tüzel kişilere karşı ileri sürebilecekleri ya da diğerlerinden belirli bir davranış ya da edim bekleyebilecekleri olguların bütünü anlamına gelir. "Hukuk" ise varlığı kabul edilen hakkın kullanılma biçimini düzenleyen kuralların tümü demektir. Günümüzde, Anayasa Hukuku terminolojisi açısından üçüncü kuşak temel hak ve özgürlükler adlandırılan haklar biri de çevre hakkıdır. 1982 Anayasası da 56. maddesinde -65. maddesindeki sınırlar çerçevesinde- sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkını düzenleyerek bu hakkı müspet mevzuat içine almıştır. Çevre hakkının kullanılış biçimini düzenlemek üzere çok sayıda yasa, tüzük ve yönetmelik de çevre mevzuatı içine girmiş bulunmaktadır. Mevzuata son aylarda çok yeni ve oldukça ilginç iki yasa daha girmiştir: Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu. Her iki yasal düzenleme de çevre ceza hukuku açısından dikkat çekici düzenlemeleri içermektedir. Bu yazının amacı son gelişmelerin hem kendi iç dinamikleri açısından hem de Türk Çevre Hukuku ve Türk Çevre Ceza Hukuku açısından genel nitelikli irdelemesini yapmaktır.

İç ve dış kamu oyununun dikkatini üzerinde toplayan ve hazırlıkları uzun bir süreden bu yana sürdürülen yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK) 2004 yılının son aylarında TBMM tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeler iki temel sonuca işaret etmektedir: YTCK kendi iç dinamikleri bakımından olduğu kadar yürürlükteki çevre

* Çevre Bakanlığı eski müsteşarı.

hukuku ve çevre ceza hukuku açısından da çelişkili ve sakıncalı düzenlemeleri içermektedir. Bu çelişkiler ülkemizde çevresel kalitenin korunması ve geliştirilmesine katkı sağlayacak nitelikte olmayıp aksine zarar verici özellikler taşımaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, belirtilen bu temel endişe, kamu oyununda ortaya çıkan ve YTCK ile getirilen hapis cezalarına ilişkin yasa hükümlerinin yasa'nın öteki hükümlerinin yürürlüğe gireceği tarihten bir buçuk yıl sonra yürürlüğe girmesinin yol açacağı çevresel kirlenme olasılığı ile Anayasa'da öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmesi endişesi üzerinde odaklanan tartışma konularının çok ötesindedir.

Açıklıkla belirtilmelidir ki, YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle pek çok belediye başkanının hapse gireceği yolundaki Çevre ve Orman Bakanlığı yöneticilerinin açıklamalarının hiç bir geçerli ve doğru yanı yoktur. Buna karşılık, YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle kuramsal olarak -gerçek olmasa bile- tüm atık bırakanların hapse girmesi gerekmektedir.

Yine bu tartışmalar özünde yer alan bir buçuk yıllık gecikmenin ciddi boyutta çevresel yıkıma yol açacağı iddialarının da gerçeğe bir ilgisi bulunmamaktadır. Yasa koyucu bu amacında içten olsa bile böyle bir düzenlemenin uygulama alanına konulmasından önce yükümlülere önlem almaları için süre tanınması yerinde bir davranıştır. Ancak, açıklıkla bilinmelidir ki, ülkemizde çevresel altyapılar konusundaki eksiklikler özel sektörde olduğu kadar kamu sektöründe de vardır. Bu eksikliklerin bir buçuk yıl içinde giderilmeleri olanaklı değildir.

Farklılıklar ve Çevre Hukuku Açısından Önemi

YTCK, söylemi itibarıyla, çevresel kalitenin korunması açısından dikkat çekici şekilde olumlu bir biçemi içermektedir. Dünya üzerinde ilk kez olmak üzere, Türkiye'de kabul edilen bir ceza kanununda, Ceza Yasası'nın temel amaçlarından birinin çevreyi korumak olduğu belirtilmektedir. Yasanın amaç maddesi aşağıda verilmiştir.

“Ceza Kanunu'nun amacı

Madde 1. (1) Ceza Kanunu'nun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanun'da, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

Bu çok önemli, yerinde ve ileri nitelikli bir iddiadır. Bunun da ötesinde, YTCK çevre suçlarına hapis cezası verileceğini öngörmekle Dünya üzerinde bir "ilk"e imza atmaktadır.¹ Ancak, çevre açısından gelişmiş ülkelerde çevresel suçların önüne geçmek için özgürlükleri kısıtlayıcı (hapis) yaptırımlar sıklıkla kullanılan bir yöntem değildir. Özgürlüğü bağlayıcı cezalar toplumun ve bireylerin sağlığını ve güvenliğini tehdit eden ve tehlikeye sokan çevresel olaylar için öngörülebilmektedir. Özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikli yaptırımlar çevresel kalitenin korunması için en son başvurulması gereken yöntemlerdir. Bu aşamaya gelmeden önce, ulusal ve yerel ölçekte etkili ve doğru işleyen bir çevre yönetimi sisteminin kurulması ve bu sistemin yeşil vergiler, kirlilik sigortası ve çevresel sübvansiyonlar gibi öteki ekonomik nitelikli çevre yönetim araçları ile desteklenmesi gerekir. YTCK'da yer alan şekli ile son düzenleme biçimi toplumun çok büyük bir kesimini potansiyel suçlu konumuna getirmiştir. Devletin görevi ve yasaların amacı cezaevlerini çevre suçluları ile doldurmak olmamalıdır. Çevresel bozulmanın önüne hapis cezası ile geçmeye çalışmak ülkedeki çevre yönetiminin çok olumsuz koşullar altında olduğunu göstermektedir.

Öte yandan, YTCK'da yer alan ve çevre ile ilgili suçları düzenleyen 181, 182 ve 183. maddeler düzenleniş biçimi itibarıyla çok önemli yanlışlıklar ve yetersizlikler içermektedir. Bu maddeler çevre suçlarını tümüyle takipsiz ve cezasız bırakacak şekilde düzenlenmişlerdir.

YTCK'nın 181. maddesi aşağıya çıkarılmıştır.

"Çevrenin kasten kirlenmesi"

Madde 181. (1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır.

(4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolünür.

¹ Bu konuda bir başka örnek ülke de Çin'dir.

(5) *Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*"

Yasa'nın 181. maddesinde kasda dayalı çevre suçunun maddi unsuru açıklanırken "İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak..." işlenen çevre suçlarından söz edilmektedir. Türkiye'de yürürlükte bulunan yasalar içerisinde belirlenmiş bir teknik usul yoktur. Teknik usüllerin yasalarla belirlenmesi olanaksızdır. Teknik usüller son derecede ayrıntılıdır ve sık sık değişirler. Bu nedenle de yönetmelik ve standard gibi yönetsel metinlerle düzenlenirler. YTCK ile belirlenen şekli ile, kanunun amaç bölümünde belirtilen çevre koruma ile ilgili görüşlere aykırı olarak çevresel suçların hemen hemen bütünü takipsiz ve cezasız bırakılmıştır.

YTCK'nın 182. maddesinde yer alan taksirli çevre suçları da ülkemizde halen yürürlükte olan çevre hukuku açısından geriye doğru gidişi ifade etmektedir.

Yasa'nın 182. maddesi aşağıya çıkarılmıştır:

"Çevrenin taksirle kirletilmesi

Madde 182. (1) Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır. Bu atık veya artıkların, toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) İnsan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Oysa, yürürlükte bulunan 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesi kusursuz sorumluluğu düzenlemekte ve kusuru olmaksızın çevre suçu işleyenlerin eylemlerinden sorumlu olacaklarını belirtmektedir. Bu madde aşağıda verilmiştir:

"Kirletenin sorumluluğu

Madde 28. (Değişik: 3416 - 3.3.1988) Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır."

Doğru olan da budur. Ancak, YTCK çevre suçlarında kusuru ön plana çıkararak kusursuz çevre sorumluluğu ilkesine aykırı bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme bir geri gidişi ifade etmektedir.

YTCK'nın gürültü ile ilgili 183. maddesi de gürültü ile ilgili suçları cezalandırılması olanaksız bir konuma getirmiştir. Bu madde de aşağıya çıkarılmıştır:

“Gürültüye neden olma

Madde 183. (1) İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Yasa, bu maddesinde, *“başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde”* gürültü yapmak ölçütünü getirmiştir. Bu nedenle kişilerin sağlığına zarar vermeyecek ancak barış, huzur ve sükunetini bozanların yaptırımsız kalmaları sonucuna yol açacaktır. Bu düzenleme biçimi, gürültüden zarar gören bireylerin sağlıklarının zarar gördüğünü tıp yoluyla mahkeme önünde ispatlamalarını zorunlu kılmaktadır. Yürürlükteki mevzuat ise gürültüyü kişilerin huzur ve sükununu bozmak eylemi olarak ele almakta ve yaptırıma bağlamaktadır. Bu nedenle, gürültü ile ilgili düzenlemede yetersizdir ve geriye gidiştir.

YTCK'nın Çevre Açısından İrdelenmesi

Belirtilmesi gereken temel nokta çevre suçları kavramının YTCK'da yanlış ve yetersiz tanımlanmış olduğudur. Çevre suçları YTCK'da öngörülenler çok daha değişik içerikler kazanabilmekte ve hem de bunlara uygulanacak yaptırım türleri farklı olabilmektedir. YTCK çevre suçlarını düzenlerken yalnızca teknik usüllere aykırı olmayı esas kabul etmekle öteki türlerde işlenebilecek suçları ihmal etmiş ve hem de uygulanacak yaptırımı hapis ve adli para cezası ile sınırlayarak diğer olası yaptırım türlerini dikkate almamıştır.

Bunlardan daha da önemli olarak, YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle ülkemizde çevre hukuku alanında ciddi bir karmaşa ve kaos ortaya çıkacaktır. Türkiye'de YTCK'dan önce yürürlükte bulunan çevre hukuku esas olarak çevre suçlarına yönetsel nitelikli cezalar verilmesini öngören düzenlemelerden oluşmaktadır. YTCK ile çevre suçlarına adli nitelikli cezalar öngörüldüğünden yönetsel nitelikli cezaların hukuki geleceği tam bir belirsizlik içine düşmüştür. Zira, ceza hukukunun genel ilkeleri açısından aynı suçta birden fazla ceza verilmesi olanaklı değildir.

Yeni düzenleme ile çevre suçu işleyen bir kimsenin hem yargıç ve hem de kamu yöneticileri tarafından cezalandırılması olanağı ortaya çıkmıştır. Bu sonuç hukukun genel ilkeleri açısından kabul edilebilir nitelikte değildir. Bu durumda, YTCK ile kendisinden önce yürürlüğe girmiş olan “Çevre Kanunu”, “Belediye Kanunu”, “Belediye Cezaları Hakkında Kanun” ve “Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu” (PVSK) gibi yasal düzenlemeler arasında çelişki ve tekrarlar ortaya çıkmıştır. Hukuksal yorumlama ilkeleri çerçevesinde, son çıkan genel yasa olarak YTCK hem genel fakat eski yasa olan Belediye Kanunu, Belediye Cezaları Hakkındaki Kanunu ve PVSK’nın ve hem de özel fakat eski yasal düzenleme olan Çevre Kanunu’nun kendisine aykırı olan hükümlerini ilga etmiş olmaktadır.

Buna göre, vali, kaymakam, sahil güvenlik bot komutanı, liman başkanı ve büyük şehir belediye başkanı gibi kamu yöneticilerinin çevresel suçlara yönetsel nitelikli (kapatma, para cezası gibi) yaptırım uygulamak olanağı ortadan kalkmaktadır.

Bu hukuksal olgu ülkemizde çevresel kalitenin korunması açısından kabul edilemez ve sakıncalı bir hukuksal yapının ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Kabahatler Kanunu

Çevre ceza hukuku alanında meydana gelen ikinci önemli gelişme Kabahatler Kanunu’dur (KK). YTCK hazırlanırken, eski TCK’da (ETCK) var olan cürüm-kabahat ayrışması ortadan kaldırılmış ve bu nedenle de kabahat kavramına YTCK’da yer verilmemiştir. Ancak, kısa bir süre sonra kabahatlerle ilgili düzenlemelerin yokluğu ceza kanunu uygulamasında çeşitli sakıncalar yaratmış ve hükümet bu alanda ortaya çıkan boşluğu gidermek üzere KK’yı hazırlamıştır. Bununla birlikte, KK, ETCK’dan önemli farklılıklar taşımakta ve yeni düzenleme biçiminde kabahat kavramı hem tanım ve hem de uygulama biçimi açısından önemli değişiklikler içermektedir. Yeni düzenleme biçiminde kabahat “haksız eylem” kavramıyla özdeşleştirilmektedir.

KK’nın “Tanım” başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Tanım

Madde 2. (1) Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.”

Bu tanım yeni kanunun eskisinden farklı bir kabahat kavramı getirdiğini göstermektedir. ETCK kabahatlere ilişkin yaptırımların yargıçlar tarafından belirlenmesini öngörürken yeni düzenleme haksızlıklara yönetsel yaptırımlar uygulanması anlayışını benimsemektedir. Bununla birlikte, kamu yöneticileri yanında kovuşturma sırasında yargıçlara ve hatta savcılara da yönetsel para cezası verme yetkisi tanınmaktadır. Yargıçlar açısından bu yetki kanunun kendi mantığı açısından tutarsızlık yaratırken savcılara yönetsel para cezası verme yetkisi verilmesi hukuk mantığıyla bağdaşması olanağı olmayan bir düzenleme biçimidir. Kanun yaptırım uygulama yetkisinin kamu yöneticilerine ait olduğunu belirtmekte, ancak, bu yetkiye sahip yöneticileri açıkça belirtmekten kaçınmakta ve diğer yasalarla kendilerine yetki verilmiş olan makam ve kurullardan söz etmektedir.

Bu nedenle ortaya çıkan sonuç KK'nın bir yönetsel para cezaları yasası olduğudur. Konunun çevre ile ilgili yanlarını ele almadan önce bu konu üzerinde durmak gerekmektedir. Bu düzenleme biçimi, bana göre, hukuk sistematığına aykırı düşmektedir. KK içinde pek çok konuda düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerin her biri ayrı bir temel yasayla esasen düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu alanlarda eksiklik varsa bunların yürürlükte bulunan yasada değişiklik veya ekleme yapmak yoluyla giderilmesi daha uygun bir çözüm yolu olarak görülmeliydi. Ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunilik ilkesi de ceza verme yetkisine sahip olanların açıklıkla belirlenmesini gerekli ve kaçınılmaz kılar. KK'da olduğu gibi genel anlatımlarla yetkili organları belirlemek uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır. Bu bağlamda, adli yargı-yönetsel yargı karmaşası ciddi bir sakınca olasılığıdır. Bu sakıncadan daha da önemli olmak üzere, aynı suçta birden fazla ceza vermek gibi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı düşen durumlarla karşılaşmak ciddi bir başka olasılık olarak ortaya çıkmaktadır.

KK, çevre sorunları açısından "çevreyi kirletme", "gürültü" ve "afiş asma" adı altında üç ayrı suç düzenlemektedir. "Afiş asma" eylemi kolaylıkla anlaşılabilir bir yönetsel suç türü olmakla birlikte "çevreyi kirletme" eyleminin içeriği yukarıda açıklanmaya çalışılan sakıncalar açısından daha da fazla önem taşımaktadır.

"Çevreyi kirletme"

Madde 41. (1) Eysel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yirmi Türk Lirası idari para cezası verilir. Bireysel atık ve artıkların atılması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beş yüz Türk Lirası'ndan beş bin Türk Lirası'na kadar idari para cezası verilir.

(3) *Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir.*

(4) *İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirası'ndan üçbin Türk Lirası'na kadar idari para cezası verilir. İnşaat faaliyetinin bir tüzel kişi adına yürütülmesi halinde bu tüzel kişi hakkında verilecek idari para cezasının üst sınırı beşbin Türk Lirası'dır. Bu atık ve artıkların kaldırılmasına ilişkin masraf da ayrıca kişiden tahsil edilir.*

(5) *Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu eşyanın toplanması hususunda belediye tarafından belirli aralıklarla yılda üç günden az olmamak üzere belirlenen günler önceden uygun araçlarla ilan olunur.*

(6) *Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bunların kaldırılmasına ilişkin masraf da kişiden ayrıca tahsil edilir.*

(7) *Bu kabahatler dolayısıyla idari para cezasına belediye zabıta görevlileri karar verir.*

(8) *Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idari para cezasına karar verilmeyebilir.*

(9) *Bu madde hükümleri, belediye sınırları içinde uygulanır.*

(10) *Özel kanunlardaki hükümler saklıdır."*

Kuşkusuz, çevresel açıdan ele alındığında yukarıdakilere benzer nite-likte çok sayıda haksızlıktan söz edebilmek olanaklıdır. KK'nın yalnızca bu eylemleri düzenleme konusu yapması -bir anlamda- kapsam dışında kalan çevresel haksızlıkları meşrulaştırmak anlamına gelmektedir. Bu sakıncalı bir düzenleme şeklidir. Öte yandan, YTCK'nın çevre suçu ile ilgili düzenlemesinde yer alan "çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren" anlatımı dikkate alınacak olursa iki ayrı yasa maddesinin aynı konuları düzenledikleri görülmektedir. Biri genel ilkeleri ortaya koyan diğeri bu genel ilkeler kapsamı içine giren ancak belirli bir eylemi düzenleyen iki ayrı yasa hükmü uygulamada çelişkilere, boşluklara ve yinelemelere yol açabilecek nitelikte görülmektedir.

Bunlardan daha da önemlisi söz konusu maddenin 7 ve 8. bentleridir. Yedinci bent şu hükmü taşımaktadır: "Bu kabahatler dolayısıyla idari para

cezasına belediye zabıta görevlileri karar verir". Bu hüküm çevre mevzuatının öteki bazı düzenlemeleriyle çelişmektedir. Çevre Kanunu kimlerin ceza vermek yetkisine sahip olduğunu belirlemiştir. Çevre cezası vermeye yetkili olanlar mülki idare amirleri, büyükşehir belediye başkanları, sahil güvenlik bot komutanları ve liman sınırları içinde liman başkanlarıdır. Çevrenin korunması konusunda temel sorumluluk sahibi olan kamu yöneticilerine KK bağlamında yetki verilmemiş olması önemli bir hukuksal yanlışlık ve çelişki anlamına gelmektedir. Bunun da ötesinde, yasa hükmünden belediye zabıta memurlarının dahi ceza vermek yetkisine sahip oldukları anlamı çıkmaktadır. Oysa, belediye zabıta memurları birer uygulama görevlisidir ve ceza vermek yetkileri yoktur. Belde suçuna ceza vermek yetkisi Belediye Encümeni'ne ve kişisel olarak saptaması durumunda belediye başkanına verilmiş olan bir yetkidir. Zabıta memuru yalnızca yasaya aykırılığı saptar ve gerekli yaptırımın uygulanması için durumu ceza vermeye yetkili makama bildirir. Belediye ceza hukuku açısından temel ilke olan bu düzenlemenin yasaya aktarılma biçimi KK'yı hazırlayanların hukuk bilgisi ve yetkinliği açısından soru işaretleri yaratmaktadır.

Kanun'un 41. maddesinin 8. bendi ise hukuk mantığıyla bağdaşmayan şu düzenlemeyi içermektedir: *"Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idari para cezası verilmeyebilir"*. Bu düzenleme biçimi yukarıda belirtilen yargıyı daha da güçlendirmektedir. Yönetmelik yetkisi yönetimin temel yetkinliklerinden biridir. Bunun bir yasa hükmü durumuna getirilmesinin uygulamada hiç bir yararı ve anlamı yoktur. Ancak, bu düzenleme bir "af" niteliğinde ise bu takdirde af sürecinin nasıl yapılacağını belirleyen anayasal hükümlere ters düşmektedir. Af yetkisi yasama organına aittir ve ancak yasa ile düzenlenebilir. Bu nedenle, KK ile gerçekleştirilen düzenleme biçimi yasama kalitesi açısından üzerinde endişe ile düşünülmesi gereken özellikler taşımaktadır.

KK'nın çevre ile ilgili bir başka düzenlemesi gürültü ile ilgilidir. Kanun'un 36. maddesi aşağıya çıkarılmıştır

"Gürültü

Madde 36. (1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir.

(2) Bu fiilin bir ticari işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

(3) Bu kabahat dolayısıyla idari para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir."

Gürültü sorunu, daha önce de işaret edildiği üzere, YTCK ile de düzenlenmiştir. KK ile gürültü konusunda bir başka düzenleme daha yapılmıştır. Böylelikle iki ayrı ceza yasasında iki ayrı gürültü düzenlemesi yapılmıştır. YTCK'ya göre suç, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültü yapmak iken KK gürültü suçunu başkalarının huzur ve sükununu bozmak şeklinde tanımlamaktadır. Bu iki tanım arasındaki farkı belirlemek son derecede zordur. Bu nedenle her iki kanun aynı konuyu düzenlemiş olmaktadır. Bu durum yasaların çatışması anlamına gelir. Kısa zaman aralıklarıyla aynı parlamento tarafından gerçekleştirilen bu önemli yasa çatışması olgusu ülkemizde yasa yapma yetkinliğinin içine düşmüş olduğu düzey açısından endişe vericidir. Gürültü konusunun PVSK ve Gürültü Kontrol Yönetmeliği'nde de düzenleme konusu olduğu anımsanacak olursa bu alanda yasal düzenleme enflasyonundan söz etmek olanaklıdır.

İtiraz Yeri

KK yönetsel para cezalarına sulh ceza mahkemelerinde ve bu mahkemelerin kararlarına karşılık ağır ceza mahkemelerinde itiraz edilebileceği hükmünü getirmektedir. Oysa, yönetsel eylem ve işlemlere karşı itiraz yeri yönetsel yargı olmalıdır. Yargıtay'da verilen son içtihatlar da bu yoldadır. KK'nın öngördüğü düzenleme yargı sistemimiz ile bağdaşmamaktadır.

Sonuç

Yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir ki, YTCK'nın ve KK'nın çevre suçuyla ilgili yeni düzenlemeleri çevresel kalitenin korunması ve kirlenmelerin önlenmesi açısından yetersiz ve sakıncalıdır. YTCK'nın çevreyi korumak şeklinde ortaya konan amacı doğru değildir.

Her iki yasal düzenleme de çevre hakkını düzenleyerek devlete sağlıklı bir çevre yaratma ödevini veren Anayasa'nın 56. maddesinin öngördüğü anayasal yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yarattığı olumsuzluklar nedeniyle Anayasa'ya aykırı olmak özelliğini içinde barındırmaktadır.

KK ise, hukukun genel ilkelerine aykırı pek çok düzenlemeyi içinde barındırmaktadır.

YTCK ile KK arasında çelişki ve çatışma vardır. Uygulamada çok ciddi sıkıntılar ve yönetsel karmaşa ortaya çıkacaktır. Belediye zabıta görevlilerine verilen yetkiler mevcut hukuk sistemiyle çatışma içindedir.

Yönetmelik para cezalarına karşı itiraz yeri olarak sulh ceza mahkemelerinin ve ağır ceza mahkemelerinin gösterilmiş olması yanlıştır. Yönetmelik para cezalarına karşı yönetmelik yargıyı itiraz yeri olarak gösteren yasal düzenlemelerle çelişmektedir.

Yukarıda sayılan hukuksal aksaklıkların giderilebilmesi her iki yasal düzenlemede öngörülen çevre suçuna ilişkin tanımların yeniden yapılmasına, yaptırımların ve süreçlerin yeniden oluşturulmasına bağlıdır.

KAYNAKÇA

Şen, Ersan, *Çevre Ceza Hukuku*, 1994, 302 s.

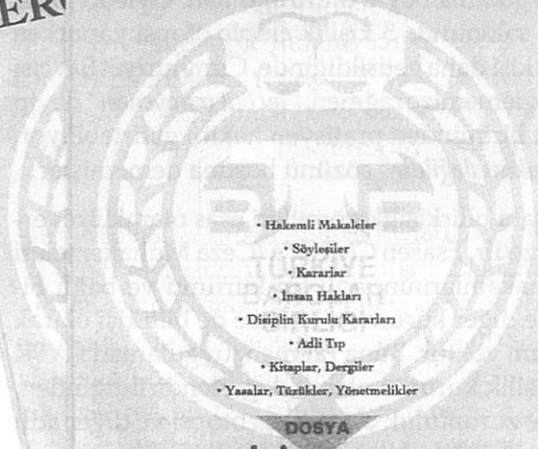
TBMM, Türk Ceza Kanunu, <http://www.tbmm.gov.tr> (2003)

TBMM, Kabahatler Kanunu, <http://www.tbmm.gov.tr> (2005)

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2404



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

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

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN ADLİ TIP YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Nevzat ALKAN*

GİRİŞ

Bu yazıda, birkaç maddesi istisna olmak üzere, 01.04.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan, 5237 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun adli tıbbi yönden değerlendirilmesi yapılacaktır. İlgili Kanun'un, 01.04.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi ile Türk Ceza Adalet Sistemi'nde çok önemli değişiklikler oluşacaktır. 01.04.2005 tarihinde, Yeni Türk Ceza Kanunu ile birlikte, 5271 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da yürürlüğe girecek olup, söz konusu hukuki düzenlemeler, Avrupa Birliği Uyum Çalışmaları çerçevesinde acele ve zorlama ile ve de yeterince toplumsal mutabakat sağlanmadan çıkartıldıkları yönünde yaygın eleştiri almaktadırlar. Bu makalenin amacı, halihazırda yasalaşmış bulunan Yeni Türk Ceza Kanunu'nu adli tıbbi yönlerden incelemek ve eski Türk Ceza Kanunu ile arasındaki farklarını ortaya koymaktır. 345 maddeden oluşan bu kanuni düzenlemenin, adli tıp uygulamalarını ilgilendiren çok sayıda maddesi söz konusudur. Ancak bu çalışmada söz konusu maddelerden özellikle direkt adli tıp uygulamaları ile ilişkili kısımları irdeleme konusu yapılacaktır.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN ADLİ TIBBİ İLGİLENDİREN MADDELERİ

Bu Kanun'da, "*Tanımlar*" başlığını taşıyan, 6. maddede geçen "*çocuk*" terimi, adli tıpla ilişkili olabilecek ilk ifadedir. Adli tıbbın öznesi insandır. Ülkemizde nüfusun önemli bir bölümünü de çocuklar oluşturmaktadır. Dolayısı ile söz konusu Kanun'a, "*on sekiz yaşını doldurmamış herkes çocuk*-"

* İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı öğretim üyesi.

tur.” anlamına gelecek bir düzenleme getirilmesi, taraf olunan pek çok uluslararası sözleşmedeki tanıma uygun olması açısından olumludur.

“Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ya da Azaltan Faktörler” arasında, önceki kanunda da olduğu gibi, yine yaş küçüklüğü (31. madde) yer almıştır. Ancak bu defa ki düzenlemede mutlak cezasızlık sınırının on iki yaşını doldurmayla terk edileceği düzenlenmiştir. Daha evvelki kanun bu yaş sınırını on bir olarak kabul etmekte idi. Bu biçimde bir düzenlemeye neden gereksinim duyulduğu, ne maddenin gerekçesinden, ne de meclis görüşme tutanaklarından anlaşılammaktadır. Ülkemizde bazı özel suçların, özellikle küçük yaştaki çocuklara işlettirilmekte olduğu bilinen bir durumdur. Hal böyle olunca da, bu biçimdeki yeni düzenlemenin önümüzdeki günlerde olumsuz etkilerinin görüleceği kanaatindeyim.

Yine bu maddede düzenlenen on iki yaşını doldurmuş, ancak on altı yaşına girmemiş çocuklar için ceza sorumluluğunun esası, önceki kanun metninde de benzer mantıkla düzenlenmiş olduğu gibi; “Fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması” şartına bağlanmıştır. Bu düzenleme, bu yaş grubundaki çocukların özelliği dikkate alındığında, olumlu bir düzenlemedir.

Yine, 32. maddede düzenlenen, akıl hastalığı durumu, önceki kanun metninde de mevcut olduğu gibi, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir durum olarak düzenlenmiştir. Önceki Kanun’un 46 ve 47. maddelerinde karşılığını bulan bu düzenlemenin bu kanundaki karşılığı, 32. maddede, akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi ve 57. maddede de, akıl hastalarına uygulanacak güvenlik tedbirleri şeklinde düzenlenmiştir. 57. madde ile ilgili değerlendirme yeri gelince yapılacaktır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler arasında yine sağır ve dilsizlik de, 33. madde düzenlemesi şeklinde yerini almıştır. Gerçekten de sağır ve dilsizlerin biopsikososyal gelişimlerinin, sağlıklı insanlara kıyasla, daha geriden geldikleri bilinen bir durumdur. Durum böyle olunca da, bu biçimde ki düzenleme de olumludur.

34. madde, “Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma” durumunu düzenlemektedir. Bu düzenleme de, eski kanun metninde de yer alan bir düzenleme olup, olumludur. Ancak bu maddede dikkat çeken şey, madde kapsamında kullanılan terimler ile ilgilidir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun pek çok kısmında uyuşturucu ve/veya uyarıcı kelimeleri bir arada ve ardışık olarak kullanılmıştır. Bu maddede ise, belki de bilinçli olarak, sadece uyuşturucu kelimesi seçilmiştir. Ancak tıbbi olarak bilinmektedir ki, bazı durumlarda ve özellikle alkol gibi maddeler ile bir

arada alındığında, uyarıcı maddelerin de beklenmedik bir şekilde ve şahsın işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılamasında ya da bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinde bir azalma ya da ortadan kaldırılabileceği bilinmektedir. Hal böyle olunca, kanunun bu maddesinde de uyuşturucu ve uyarıcı kelimeleri ardışık bir biçimde kullanılabilir. Ancak bu maddenin düzenlenmesinde bu biçimde, sadece uyuşturucu kelimesinin kullanılması, uygulanmada bir sıkıntıya yol açmayacaktır.

“Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” başlığını taşıyan 50. maddenin, 1. fıkrasının, (e) bendinde; *“Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya”* şeklindeki düzenleme, pek çok meslek çalışanın yanında hekimleri de yakından ilgilendirecek bir düzenleme olup, 647 sayılı, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’ da yer alan aynı içerikli düzenlemenin, Türk Ceza Kanunu’na intibak ettirilmesi açısından dikkat çekicidir. Önümüzdeki günlerde bu madde düzenlemesi ile ilgili yorumlar kamuoyunda daha fazla yer tutacaktır.

Yine 50. maddenin, 3. fıkrasında yer alan, *“On sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanlar”* şeklindeki ifade, Türk Ceza Kanunu’nda yeni bir yaş düzenlemesi getirmesinden dolayı önemlidir.

Kanun’un 1. Kitap, 3. Kısım, 2. Bölüm ve 53. maddesinde düzenlenen; *“Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma”* düzenlemesinin 6. fıkrasında yer alan, *“Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar”* şeklindeki düzenleme, bu madde hükmüne bağlı uygulamaların başlaması ile birlikte tıp çevrelerinde yoğun gündem yaratacak bir yaklaşımdır. Maalesef, dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de, en uzun süreli öğretim süresi sonucunda yetişen hekimler, yapılan hukuki düzenlemelere yönelik ilgi ve bilgi noksanıdır. Her ne kadar, Eski Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde; *“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”* ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 4. maddesi 1. fıkrasında; *“ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”* şeklinde önemli ve net bir ifade mevcut ise de, Türk hekimlerinin büyük çoğunluğu, ülkemizin temel yasalarında yer alan düzenlemeleri bilmemektedirler. Elbette bu durumun en önemli nedenlerinden bir tanesi, son senelere kadar yürür-

lükte olan pek çok temel kanunun dillerinin anlaşılmasız biçimde oluşuydu. Neyse ki son yıllarda çıkan kanun metinlerinin dilleri, her okuyan kişinin kanunları ana hatları ile anlaması açısından uygundur. Yeni Türk Ceza Kanunu da eski kanuna kıyasla dilinin oldukça açık ve anlaşılır olması sebebi ve iletişim imkanlarının da ileri derecede gelişmiş olması sebebi ile, önümüzdeki senelerde daha fazla sayıda hekim tarafından irdelenecek ve hatta yorumlamaya çalışılacaktır.

Kanun'un 57. maddesi, adli tıp ve toplum düzeni açısından çok önemli ve yeni ifadeler içeren bir düzenlemedir. *"Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri"* başlığındaki bu madde metninde yer alan, *"Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenliqli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar"* ifadesi ülkemiz için yeni, ancak gelişmiş batı ülkelerinde uzun yıllardan bu yana uygulanmakta olan bir güvenlik rejimidir. Batı ülkelerinde bu tür güvenlik rejimlerindeki öncelik, suç işlemiş akıl hastasının, tedavi ve rehabilitasyonundan önce, toplumun potansiyel risk taşıyan bu tür kişilerden korunmasını sağlama yönündedir. Yine bu uygulama ile suç işlemiş akıl hastasının korunma ve tedavisi de mümkün olabilmektedir. Getirilen bu yeni düzenleme bazı ülkelerde zaman zaman insan haklarına aykırılık yönünden eleştiri konusu yapılmıştır. Ancak benim fikrim, bu düzenlemenin hem kişi, hem de toplum sağlığı ve güvenliği açısından, yerinde bir düzenleme olduğudur. Ancak bu noktada sıkıntı yaratacak bir durum, ülkemizin ekonomik ve alt yapı imkanlarının bu biçimdeki düzenlemelerin üstesinden gelip gelemeyeceği ile ilgilidir. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği biçimde, *"Akıl hastaları için ilgili güvenlik tedbiri açısından belli bir süre öngörölmüş değildir. Bu nedenle güvenlik tedbiri akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına kadar devam eder"* şeklinde ve tamamen de doğru olan bu ifadenin zaman içinde ve hatta belki de en baştan itibaren bir uygulanma güçlüğü oluşturacağı yönündedir. Nitekim uzun yıllardan bu yana adli tıp uygulaması içinde yer alan bir profesyonel olarak kanaatim, ülkemizin bu biçimde ki bir düzenlemenin üstesinden, arzu edilen ve gereken seviyede, gelemeyeceği yönündedir. Maalesef halihazır durumu ile suç işlemiş akıl hastaları konusu, ülkemiz sağlık uygulamalarının sancılı bir konudur. Yine de mevcut tablo biraz karamsar ise de, yapılan bu düzenleme ülkemiz için olumludur.

57. madde metni ile ilgili bir başka sorun da, bu tür merkezlerin, yürütmenin hangi organı tarafından denetleneceği ve işletileceğidir. Gerek basın-yayın organlarından izlediğim kadarı ile ve gerekse de bakanlıklardan edindiğim bilgiler neticesinde, 01.04.2005 tarihinde faaliyete geçmesi gereken bu tür merkezlerin henüz ne inşaatlarının, ne de mevcut potansiyel

yapılar üzerinde tefrişlerinin gerçekleştirilememiş olduğudur. Elbette bu durum da, hukuki düzenleme yapılırken, alt yapı ve ekonomik imkanların da göz önüne alınmasının şart olduğunu gösteren bir durumdur. Belki de bu tür işletmelerin Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İngiltere ve Avusturya örneğinde olduğu gibi, özel sektör tarafından açılması ve işletilmesi yeni bir açılım ve bir çözüm olabilir.

Yine 57. maddenin, 4. fıkrasında düzenlenen; *“Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet Savcılığı’nca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır”* şeklinde düzenlenen takip ve sorumluluk, Cumhuriyet Savcılarının iş yükü ve sayıları göz önüne alındığında, birincil olarak Cumhuriyet Savcılarında değil de, o bölgedeki görevlendirilmiş psikiyatristlere yüklenebilirdi -ki daha uygulanabilir bir düzenleme olurdu- Hasta eğer psikiyatristle yapması gereken görüşmeleri aksatırsa, durum o noktada ve yaptırım uygulanabilmesi açısından, savcılık makamına bildirilebilir idi.

Gündelik adli tıp pratiğinde en sık karşılaşılan durumlar, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümler (2. Kitap), Kişilere Karşı Suçlar (2. Kısım), Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar (2. Bölüm) bölümünde yer almaktadır. Şimdi konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacı ile 86, 87, 88 ve 89. maddelerde geçen adli tıbbi kavramları sırasıyla açıklayalım;

Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması ifadesinden; Eski Türk Ceza Kanunu’nun 456. maddesinin, 2. fıkrasında yer alan; *“Havastan veya azadan birinin devamlı zaafı.”* ifadesi kastedilmektedir. Bu durum, yaralanmadan yaklaşık 18 ay sonra yapılan muayene ile ortaya konur ve görme, işitme gibi duyuvarın, iç organların, el, ayak, kol ve bacak gibi vücut kısımlarının, anatomik ve fonksiyonel bütünlüğünün, kalıcı olarak yarısı ya da yarıya yakınının kaybı durumunu ifade eder. Yine, anatomik ve fonksiyonel kaybın, genel vücut gücüne kıyasla %10-30 arasında olduğu durumlarda bu kapsama girmektedir.

Konuşmasında sürekli zorluk ifadesinden; özellikle dil ve ses telleri gibi konuşmaya yardımcı yapılarda oluşan hasar durumları kast edilir. Bu düzenleme de önceki kanunda mevcuttu.

Yüzünde sabit iz ifadesinden; Eski Türk Ceza Kanunu’ndaki, *“Çehrede Sabit Eser”* kavramı kastedilmektedir. Vücutta oluşan her yara, az ya da çok bir iz bırakmaktadır. Ancak yüzde oluşan yaralanmalar, yüzün her an göz önünde olan vücut parçası olmasından ötürü, özel önem taşımaktadır. Günlük adli tıp uygulamalarında, söz konusu durumun değerlendirilmesi, yaralanmadan yaklaşık altı ay sonra yapılmakta ve değerlendirme gün ışı-

ğında yaranın, dört-beş metre mesafeden, ilk bakışta fark edilip-edilmemesi esasına göre düzenlenmektedir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda eski kanundan farklı olarak yüz sınırları genişletilmiştir. Eski kanunda çehre ifadesinden, üstte saçlı deri sınırı, yanlarda kulak kepçelerinin arka kenarları, altta alt çene kavsi ile sınırlı alan anlaşılmakta idi. Ancak yeni kanunda geçen yüz deyiminden, madde gerekçesinden anlaşılabilirdiği kadarı ile, kişinin boyun ve kulakları da dahil, başın ön kısmı ifade edilmektedir. Elbette bu durum ülkemiz pratik uygulamasında bir karışıklık yaratabilecektir. Çünkü "boyun" kelimesi, *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'nde; "Başla omuz arasında kalan vücut bölgesi" olarak tanımlanmaktadır. Ense ise yine aynı *Sözlük*'te; "Boynun arka kısmı" olarak ifade edilmektedir. Durum böyle olunca da, gerekçe de ortaya çıkan ifadeden, adli tıbbi uygulamalar ile mi, yoksa Yargıtay içtihatları ile mi sakınılabileceğini şu an ben de değerlendiremiyorum. Ancak kesin olan şudur ki; Gündelik adli tıp uygulamalarında ve bunun sonucu olarak da adaletin tesis edilmesinde bu konu en azından bir süre sıkıntı ve çelişki yaratacaktır.

"Yaşamını tehlikeye sokan durum" ifadesiyle kastedilen kavram eski kanunda, "Kişinin hayatını tehlikeye maruz kılma" şeklinde ifade edilmekte idi. Bu durum da adli tıbbi anlamda, yaralanma sonrası, kişinin yaşamının mutlak surette tehlikeye maruz kalması, ancak şahsın gerek kendi vücut direnci ile, gerekse de verilen tıbbi yardım ile ölmemesi durumu için kullanılmaktadır. Bu kavram, günlük tıp uygulamalarında sürekli hatalı rapor tertip edilmesine neden olan bir durumdur. Günlük tıp uygulamalarında bahsi geçen kavramla ilgili doğru ve yeterli bilgi sahibi olmayan hekimler, ne olur ne olmaz diyerek bir çok hastaya, "Hayati tehlikesi vardır" şeklinde rapor vermektedirler. Sonrasında ise bu tür hastalara, "hayati tehlikesi ortadan kalktı" şeklinde ikinci bir rapor daha verilmektedir. Bu yanlış bir uygulamadır. Çünkü herhangi bir yaralanmada, "hayati tehlike" kavramı zaman içinde değişmez. Yani hayati tehlike durumu, yaralanmanın oluşmasından itibaren ya vardır, ya da yoktur. Bu sebeple hekimin en başta tüm tanı yöntemlerini kullanarak doğru karar vermesinde büyük fayda vardır. Hayati tehlike durumuna karar veremediği durumlarda ise en uygun olanı, belirli bir süre hastayı izlemek ve durum netleştikten sonra bu konuda rapor tertip etmektir. Kafatasında kırık, baş, göğüs ve karından birisine giren yaralanma, ya da bu boşluklara girmese bile oluşan travmaya bağlı bu boşlukların içerisindeki organlardan birisinde oluşan yaralanma, büyük damar-sinir kesisi ve belirli miktarın üzerinde yanıklar, "yaşamsal tehlike var" kavramının kullanılmasını gerektiren durumlardandır.

"İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi" ifadesi ise, bu kanunda yer alan hatalı kavramsal ifadelerden bir tanesidir.

Henüz bu ifade ile kanun koyucunun tam olarak neyi işaret ettiği, adli tıp çevrelerinde de yanıt bulamamıştır. Üstelik tıp çok dinamik bir bilim alanı olup, bırakın Türkiye'yi, dünyanın bile pek çok ülkesinin tüm bölgelerinde eşit seviyede gelişmemiştir. Hal böyle olunca da, bu şekilde anlaşılır ve net olmayan bir ifadeye kanun metninde yer verilmesi uygun olmamıştır.

“Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesi” ifadesinden ise; Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasından daha ileri seviyede hasar oluşması durumu kastedilmektedir. Bu ifade eski kanunda, *“havastan veya el veya ayaklardan birinin veya azadan birinin tatili”* şeklinde ifade edilmekte idi. Bu ifade ile görme, işitme gibi duyuların, iç organların, el, ayak, kol ve bacak gibi vücut kısımlarının, anatomik ve fonksiyonel bütünlüğünün, yaralanmadan yaklaşık on sekiz ay sonra yapılan değerlendirmede, tam ya da tama yakın kaybı durumu kastedilmektedir. Yine, genel vücut gücünün %30'dan fazla anatomik ya da fonksiyonel kaybı durumu, bu kavram ile ifade edilmektedir. Vücutta çift olarak bulunan organlardan bir adedinin (böbrek, göz, kulak, el, ayak gibi) işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilmektedir. Ancak bu durumda bile adli tıbbi değerlendirmede, organın işlevinin zayıflamasından değil, işlevin yitirilmesinden söz edilmektedir. Çünkü, kanunda geçen ifadede, duyu ve organlardan bir adedinin işlevinden bahsedilmektedir.

Konuşma yeteneğinin kaybolması ifadesinden; Dil, ses telleri gibi konuşmaya yardımcı yapılarda oluşan harabiyet ya da merkezi sinir sisteminde (özellikle beyin) oluşan harabiyet ile meydana gelen konuşma yeteneği kaybı ifade edilmektedir. Bu düzenleme eski kanunda da mevcut idi.

Yüzünün sürekli değişikliği ifadesinden; Kişinin yüzünün, şahsı önceden tanıyanların dahi onu tanımakta zorlanacağı derecede değişiklik oluşmuş olması durumu kastedilmektedir. Bu durum genellikle, yüzün alev ile ağır derecede yanması, yüze kezzap ya da asit gibi kimyasal maddeler atılması ya da trafik kazası gibi ağır travmalarda oluşabilen bir durumdur.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda geçen sıkıntılı ifadelerden bir tanesi de, *“Vücutta kemik kırılmasına neden olma”* ifadesidir. Kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yaralamayı yaratan kişi, bir yıldan-altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanun yapıcının, bu şekilde ifade ettiği bu durum ile ilgili olarak; Adli Tıp Kurumu, Adli Tıp Uzmanları Derneği ve Adli Tıp Derneği temsilcileri, uzunca bir süreden beri ortak çalışmalar yapmakta, konuyla ilgili toplantı ve paneller düzenlemekte, ancak yine de henüz görüş birliğine varılmış bir uygulama kılavuzunun ortaya kona-

bilmesi mümkün olamamaktadır. İnsan vücudunda iki yüz on iki kemik bulunmaktadır ve hepsinin de çok sayıda alternatif ile kırılabilmesi ve çok farklı durumların oluşabilmesi mümkündür. Durum böyle olunca da, halen adli tıp uzmanları konuyla ilgili nasıl bir uygulama birliği yaratabileceği hususunda çalışmakta, ancak yine de işin içinden kolayca çıkamamaktadır. Bu durum, kanun koyucunun, yapılan bazı hukuki düzenlemeler ile uygulayıcıları ne denli zor bir duruma sokabildiğine örnektir. Kanun koyucu bu konuda adli tıp uzmanlarının fikrini ilk baştan alsa idi, bugün bu denli büyük bir sıkıntı yaşanmayacak idi.

Yine, *“yaralanmanın basit bir tıbbî müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması”* ifadesi de, adli tıp çalışanlarının kafasını oldukça karıştıran bir ifadedir. Adli tıp, tıbbi bilgileri, hukuk uygulayıcılarına, anlayabilecekleri bir dil ile aktaran hekimlerden oluşur. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, bazı hukuki düzenlemelerde, adli tıpçılar ile görüş-alışverişinde bulunmadan düzenleme yapılması, sonrasında tıp camiasında, büyük bir kavram karışıklığına sebep olmakta, bu tür karışıklıkları aşmakta ustalaşmış adli tıpçılar bile, yeri geldiğinde işin içinden çıkamamaktadır. Ülkemiz için olması gereken, bu tür düzenlemelerin yapılmasından önce, ilgili her konunun, o alanın profesyonelleri ile irtibata geçilerek bir arada değerlendirilmesi şeklinde olmasıdır. Bu sayede daha anlaşılır ve uygulanabilir düzenlemelerin oluşturulması mümkün olabilir.

Yine kanun metninde yer bulan; *“Başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan yaralanma”* ifadesi, tıbbi anlamda büyük kavram kargaşası yaratacak bir ifadedir. Hukuki kavramlara aşına olmuş, hukukçuların beklentilerini öngörebilen adli tıp uzmanları bile, bu tür ifadelerin ne anlama geldiğini idrak etmekte zorlanmaktadırlar (4-5).

Kanun’un *“İşkence”* başlığını taşıyan 94. maddesinde düzenlenen ve işkencenin *“cinsel taciz”* şeklinde gerçekleştirilmesi durumunda, cezai müeyyideyi arttıran düzenleme enteresandır. İşkence başlı başına bir insanlık suçu olup, pek çok uluslararası belge ve sözleşmede de bu husus netleştirilmiştir. Yine, bu maddenin gerekçesinde de konu ile ilgili pek çok düzenleme ve uygulama hakkında bilgiler aktarılmıştır. Ancak, 105. maddede değerlendirilirken daha ayrıntılı olarak ortaya koyacağım gibi, *“cinsel taciz”* ortaya konması ve açıklığa kavuşturulması kolay olmayan bir suçtur. Durum böyle olunca da kanun yapıcının, bu denli özellikli bir durumu be şekilde arttırılmış ceza ile müeyyidelendirmesi, uygulamada sıkıntılar doğuracaktır. Ne madde gerekçesinde, ne de meclis tutanaklarında, bu biçimde bir ayrıma neden gerek duyulduğu hususunda bir açıklama ya-

pılmamıştır. Zaten, Yeni Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri yönünden değerlendirildiğinde, madde gerekçelerinde genellikle, kanun maddesinde yapılan düzenlemenin tekrarından başka bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bir kanuni düzenlemede maddelere gerekçe yazılmasının sebebi, maddeyi tekrar etmek değil, bu maddeye neden ve niçin bu şekli ile yer verildiği hususunda açıklamalarda bulunmaktır. Bu noksan, bu kanuni düzenleme için çok belirgindir.

“Çocuk Düşürtme” başlığını taşıyan, 99. maddenin, 6. fıkrası da ceza sistemimize yeni eklenen bir düzenlemedir. Bu fıkrada, *“kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir”* şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Türk sağlık mevzuatında bu konudaki düzenleme bugüne dek, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da yer almış ve on haftaya dek olan gebeliklerin, rıza ile sonlandırılabilceği, gebeliğin anne ya da bebek için risk oluşturduğu durumlarda da gebelik süresine bakılmaksızın gebelik tahliyesinin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu manada, 6. fıkrada ki düzenleme, gebelik tahliyesi konusuna, yeni bir boyut getirmiştir.

“Cinsel Taciz” başlığını taşıyan ve 105. maddede düzenlenen fiilin ortaya konulması, uygulamada oldukça önemli problemlerin oluşmasına sebep olacaktır. Madde metninde yer alan, *“Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur”* şeklindeki düzenlemede ve madde gerekçesinde, konuyla ilgili tanımlayıcı bir ifadenin mevcut olmamasının, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığını düşünmekteyim. Cinsel taciz toplumların örf, adet ve yaşam tarzlarına göre çok farklı algılanabilecek bir durumdur. Durum böyle olunca da gerek madde metninde, gerekse madde gerekçesinde ve hatta meclis tutanaklarında konuyla ilgili açıklayıcı bir bilgi olmaması, kanaatimce suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile çelişmesinin yanı sıra, Kanun’un 4. maddesinde yer alan, *“ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”* ifadesi ile de çelişmektedir. Madde gerekçesinde belirtilen; *“cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar ile gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir”* şeklindeki genel ifadenin de cinsel taciz eylemi içerisine girecek durumları tanımlamada yetersiz kalacağı aşıkardır. Cinsellik gibi ülkemiz için hala tabu olan ve özgür bir ortamda tartışma olanağı genellikle bulunmayan bir konuda, hukuki düzenleme yapılırken dahi net ve berrak ifadeler kullanılmaması bir eksikliktir. 105. maddeyi okuyacak pek çok kişinin, bu madde ile hangi eylem, fiil ve du-

rumları kastedildiğini anlaması mümkün olmayacaktır. Bu noktada, madde metninin içerisine, maddenin düzenlenmesi ile, meydana gelmemesi amaç edinilen ve oluştuğunda cezai müeyyide gerektirecek eylem, fiil ve durumların, en azından temel örnekleri ile, belirtilmesi uygun olurdu.

Kanun'un, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma" başlığındaki 179. maddesinin, 3. fıkrasında düzenlenen, "Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindeki ifadenin, bu Kanun'u izleyerek çıkartılan 5271 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, "Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" başlığını taşıyan 75. maddesi ile bir arada değerlendirildiğinde, uygulama alanı olmayacağı kanaatindeyim. 75. maddenin, 3. fıkrasında; "üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnek alınamaz" şeklindeki düzenlemenin, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Taslağı Hazırlama Komisyonu"nda görev alan bir akademisyen olarak, yoğun bir biçimde tartışma ve tereddüt durumuna neden olduğuna şahit oldum.

Kanun'un 188. maddesinin "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti", 4. fıkrasında yer alan; "Uyuşturucu maddenin eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklindeki ifadede, kokaine neden ayrı bir önemin verilmiş olduğu madde gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Gerçekten de tıpta ilaç olarak kullanılmakta da olsa morfin, uyuşturucu madde amacı ile kullanıldığında, aşırı derecede zararlı bir maddedir. Eroin ise zaten morfinin, asetik asit anhidr maddesi ile iki kere asetillendirilmiş şeklidir ve doğal olarak, o da çok zararlı bir maddedir. Her iki madde de kullanıcılarını pek de uzun olmayan bir sürede, harap hale getirmekte, tüm düzenlerini kaybetmelerine neden olmakta ve hatta öldürmektedir. Ancak kokain, sayılan bu maddelere kıyasla çok daha farklı özelliklere sahip bir maddedir. Hangi nedenden dolayı kokainin de bu biçimde, suçu nitelikli hale sokan maddeler kategorisine alınmış olduğunu madde gerekçesinden anlayamamaktayız. Kanaatimce bu düzenleme hatalıdır.

Yine Kanun'un 190. maddesinin "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma", 3. fıkrasında yer alan; "Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindeki düzenleme de enteresandır. Burada başımdan geçen ve henüz bu hukuki düzenleme yapılmadan yaşadığım bir olayı aktarmam uygun olacaktır; Esrar bitkisi,

tıpta beş sebeple, ilaç olarak kullanılabilir. Bu beş sebepten ikisi için, Amerika Birleşik Devletleri'nin on beş eyaletinde, eyalet sağlık otoritelerinin onayı ile esrardan üretilmiş ilaç, hekim reçetesi ile tedavi amaçlı olarak satılmaktadır. Esrarın tıbbi amaçlı kullanımlarını incelediğim ve makale haline getirdiğim bir çalışmada bir tıp dergisi, bu çalışmayı çok beğendiğini ve yayınlamak istediklerini ifade etti. Ancak bu noktada hukuki olarak dergi için sıkıntı yaratabilecek bir durum olup olmadığını da etüt etti ve sonrasında uygun bulunarak yazı yayınlandı. İzleyen dönemde, benzer içerikte bir başka yazım, bir başka tıp dergisinde de yayınlandı ve bu ikinci makaleyi okuyan ve ulusal yayın yapan bir gazetenin muhabiri, makalede geçen bilgileri bir haberlerinde kullanmak istediklerini belirten bir talebi tarafıma iletti. Ben de mevcut bilgileri kullanabileceklerini belirttim. Muhabir hazırladığı haberi onay için tarafıma gönderdi ve ben de onayladım. Bir süre sonra bu gazetenin yazı işleri müdürü beni aradı ve kendilerinin hazırladıkları bu haberi gazetelerinde kullanmaktan vazgeçtiklerini, yoksa başlarının hukuki anlamda sıkıntıya düşeceklerini ifade etti. Şimdi bu konudaki çekingenlik ve tereddütlerin, bu kanun maddesinin yürürlüğe girmesi ile daha da yoğunlaşacağını düşünmekteyim. (8-9) Bu da elbette, ülke biliminin gelişmesi önünde mevcut sayısız engelden bir yenisini daha oluşturacaktır.

Kanun'un, "Müstehcenlik" fiilini düzenleyen, 226. maddesinin, 4. fıkrasında yer alan; "Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" şeklindeki düzenlemede, "bulunduran" ifadesinin yer almasının ne derece anlamlı olacağını önümüzdeki günler gösterecektir. Ülkemizde, maalesef bazı hukuki düzenlemeler yapılırken, o düzenlemenin, etkin bir şekilde tatbik edilebilip, edilemeyeceği öngörülmemekte, öngörülüyor ise yanlış değerlendirmede bulunmaktadır. Ülkemizde bol sayıda, kağıt üzerinde kalmış, uygulama alanı bulmamış hukuki düzenleme mevcuttur. İletişimin bu denli arttığı ve hızlandığı, uluslararası seyahatlerin bu denli yaygınlaştığı ve dünyanın bir yerindeki üretimin çok kısa bir sürede dünyanın diğer ucuna iletilebildiği bir ortamda, bu şekilde bir düzenleme ile netice alabilmek mümkün olmayacaktır. Üstelik bu biçimdeki bir düzenlemenin yararlı olup olmadığı da tartışmalıdır. Uygulanmayan ya da uygulanamayan her hukuki düzenleme, toplum üzerinde, meclisin saygınlığı açısından olumsuzluk yaratacak işlemlerdir. Madde gerekçesinde neden bu biçimde bir düzenlemeye de gerek duyulduğunu ortaya koyan bir bilgi mevcut değildir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, tıbbi uygulamalar açısından sakınca yaratacak en yanlış düzenleme, *"Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi"* başlığında ve 280. madde kapsamında düzenlenmiştir. Bu madde ile tıp ve hukukun en belirgin olarak ayrılaştığı mantık noktası net olarak ortaya çıkmaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasında; *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* ve 2. fıkrasında; *"Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır"* şeklindeki düzenleme, yanlış bir düzenlemedir. Tıp ile hukuk temelinde çok farklı iki disiplindir. Tıp öğrencilerine, dünyanın her yerinde, okula adım attıkları ilk günden itibaren verilen mesaj; *"tıpta kesinlik yoktur"* ve *"hastalık yoktur, hasta vardır. Her hastanın özellik ve durumu, bir diğerinden farklılık arz eder"* şeklinde iken, hukukta *"kesinlik"* esastır ve *"Şüpheden sanık yararlanır"* ilkesi öndedir. Tıp, insan hayatı ile uğraşır ve bazen, bir hastanın bakımı ile ilgili yitirilen bir an, o hasta için telafisi mümkün olmayacak zararların oluşmasına ve hatta hastanın ölmesine sebep olur. Hukuk ise, toplum düzeni ile ilgili bir alandır ve geri dönüşümsüz verdiği tek karar, idam cezasının infazıdır. Geri kalan tüm durumlarda hukukta geri adım atmak imkanı mevcuttur. Durum böyle olunca da herkesin ve her an, hekim ya da diğer sağlık çalışanına hiç tereddütsüz ve endişe duymadan ulaşabilmesi gerekmektedir. Maalesef bu madde düzenlemesi, bu imkanı mutlak olarak ortadan kaldıracak bir düzenlemedir. Elbette oluşabilmesi muhtemel durumlar ile ilgili verilebilecek sayısız örnek vardır. Ancak, ben sadece bir tanesini vermekle yetineceğim: Bir kişi silahlı bir çatışmaya girer ve yaralanarak, kan kaybetmeye başlar. Durumu belki de bu Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiş olan, *"Meşru savunma ve zorunluluk hali"* kapsamındadır ve kişi bu eyleminden ötürü ceza almayacaktır. Ancak hasta burada, hekimin kendisini ihbar edeceğini ve kanuni takibata uğrayacağını öngörerek ve bundan korkarak, hekime ya da sağlık kuruluşuna başvurmadan imtina eder ve belki de bu tereddüt esnasında kan kaybından ölür. İşte bu durumda, bu kanunu hazırlayan ve kabul eden kişilerin, ölen bu kişinin vebalini vicdanlarında duyması gereklidir. Tıp, çok dinamik bir alandır ve pek çok uygulaması sürat gerektirir. Hukuk ise tıpla kıyaslandığında çok durağan bir bilim alanıdır. Çıkarılan kanunlar, ülkemizde uzun yıllar yürürlükte kalmaktadır. Hal böyle iken, bu kanun maddesi de belki de ülkemizde yıllarca yürürlükte kalacaktır. Ancak bu durum, çok hatalı ve telafisi mümkün olmayan durumların oluşabilmesine sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle kanun yapıcıların bu maddeyi hiç vakit geçirmeden değiştirmesinde ve eski Kanun'un 530. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer, *"Sağlık çalışanlarını ihbar yükümlülüğünden muaf tutma"* gibi bir düzenlemeyi hayata geçirmelerinde fayda bulunmaktadır.

287. maddede, “*Genital Muayene*” uygulaması düzenlenmiştir ve; “*Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindeki düzenleme, adli tıbbi anlamda olumlu bir düzenleme olmuştur. Maalesef ülkemiz tarihinde bu yeni düzenlemeye uymayan genital muayene uygulamaları sebebi ile hiç de azımsanmayacak sayıda kişi ya intihar etmiştir, ya da cinayete kurban gitmiştir. (12-13) Mevcut düzenleme, keyfiyete bağlı gelişen olumsuz durumları önleyecek, olumlu ve önemli bir düzenlemedir.

298. madde kapsamında düzenlenen, “*Hak Kullanımını ve Beslenmeyi Engelleme*” fiili de kanunun olumlu düzenlemeleri arasındadır. Bu konuyla ilgili düzenlemeler, bu kanundan sonra çıkartılan, 5275 sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da da daha geniş bir biçimde yer bulmuştur. Maddenin 2. fıkrasında belirtilen; “*Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır*” şeklindeki düzenleme ülkemiz için olumlu bir düzenlemedir. Açlık Grevleri ve Ölüm Oruçları, ülkemiz tarihinde önemli gündem yaratmış bir durumdur. Açlık grevi, kişilerin bazı olay ve durumları protesto etmede kullandığı bir vasıta olup, ölüm orucu ise, yavaş tatbik edilen bir intihar olayıdır. Elbette normal hayatta herkes, yemek yememekte özgürdür, ancak olay devleti bir protesto niteliğine kavuştuğunda, devlet de uluslararası ortamda ki uğrayacağı prestij kaybı ve eleştirileri ortadan kaldırmak için, vatandaşlarının bu neviden eylemlerine müdahale edecektir. Ayrıca kişilerin sağlık içinde yaşam hakkı, uluslararası her tür belge ve düzenlemeye göre, en temel haklardandır. Devletin de bu konuda müdahil olması doğaldır. Konu, hekimleri temsil eden Türk Tabipleri Birliği’nce de geniş anlamda tartışılmış ve konunun tıp etiği, sağlık ve hukuk yönleri incelenmiştir. Yine konuyla ilgili gerek yerli, gerekse yabancı çok sayıda bilim insanı, yerli ve yabancı çok sayıda tıbbi dergide, çeşitli çalışmalar yayınlamışlar ve görüşlerini ifade etmişlerdir. Konu dünya kamuoyunda da geniş bir şekilde yer bulmaktadır. (10-11)

SONUÇ

Sonuç olarak, 5237 sayılı, Türk Ceza Kanunu, adli tıp alanında önemli değişiklikler getirmektedir. Ancak eski Türk Ceza Kanunu’nun da adli tıp ile ilgili düzenlemeleri, uygulamada pek de sorun yaratmayan düzenlemelerden idi. Üstelik yeni kanunda öngörülen bazı düzenlemeler, ülkemiz için olumsuz olmuştur. Bu konuda zaman içinde sıkıntı daha da artacaktır.

Kanun yapıcıların, bu makalede ve diğer benzer çalışmalarda ortaya konan uyarıları dikkate alarak, kanunun bazı maddelerinde değişiklik yoluna gitmesinde büyük yarar bulunmaktadır. Ancak bu sayede, yeni kanunla amaçlanan en yüksek fayda elde edilebilir. Uzun yıllardan beri yenilene-memiş bu temel kanunun yenilenmesinde emeği geçenlere teşekkürler.

KAYNAKLAR

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu metni.
2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri Raporu.
3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Görüşülmesi ile İlgili Meclis Tutanakları.
4. Balcı Y., *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, Adli Tıp Uzmanları Derneği Yayını, 2005.
5. *Yaralama Suçlarının Adli Tıbbi Açından Değerlendirilmesi Kılavuzu*, Adalet Bakanlığı, Adli Tıp Kurumu Yayını, 2005.
6. Alkan N., *Yurdumuzda Adli Tıbbın Durumu, Sorunları ve Çözüm Önerileri*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004; 50: 179-88.
7. Alkan N., "Adli Bilimler Alanında Ülkemizde Faaliyet Gösteren Sivil Toplum Örgütleri ile Gelişmiş Batı Ülkelerindeki Benzerlerinin Karşılaştırılması", *Adli Bilimler Dergisi*, 2004; 3 (1).
8. Alkan N., "Tıbbi Amaçlı Cannabis Kullanımı", *Bağımlılık Dergisi*, 2004; 5 (1), 40-1.
9. Alkan N., "Esrar Bitkisinin Tıbbi Amaçlı Kullanımı", *Adli Psikiyatri Dergisi*, 2004; 1(4): 37-41.
10. Alkan N., "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005; 57: 230-42.
11. Taşkın A., *Türkiye' de ve Dünyada Açlık Grevleri*, Eda Matbaası, Ankara 2005.
12. *Sabah Gazetesi*, "Tecavüze Uğrayan Kızını Boğazını Keserek Öldürdü" 15.02.2004.
13. *Hürriyet Gazetesi*. Kızım "Öldür beni de kurtul." dedi, öldürdüm. 16.02.2004.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE KİŞİ ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

A. GİRİŞ

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına şöyle bir ekleme yapılmıştır: *"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"*.¹ Bu düzenlemeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile eki olan protokollerin ve Sözleşme'nin yorumcusu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararının dikkate alınması hususu bir kez daha önem kazanmıştır.² O nedenle, iç hukuktaki düzenlemelerde yer alan kavramların iç hukuktaki anlamları önemli olmakla beraber, çelişki çıkması halinde Sözleşme'deki anlamı ve dolayısıyla Sözleşme'deki anlamını belirleyen AİHM kararındaki değerlendirmenin göz önünde bulundurulması gerekir. Zaten ülkemizde yukarıda belirttiğimiz 5170 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki yasayla Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili Sözleşme hükümleri ile yasalar arasında ortaya çıkacak uyumsuzluk halinde Sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmesi nedeniyle, bu

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Fıkranın son cümlesi 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 7 (i) maddesiyle eklenmiştir (Ek: 7.5.2004-5170/7 md).

² Anayasa'nın 90. maddesi şu biçimi almıştır: Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye

tür Sözleşme hükümlerinin önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Bu durumda, sadece iç hukukumuzun değil, temel haklarla ilgili Sözleşme hükümleri ile, Sözleşme’de yer alan kavram ve kurumların Sözleşme organı tarafından yapılan yorumunun da dikkate alınması zorunluluğu doğmuştur. Zira, Anayasa’da gerçekleştirilen bu düzenlemeden önce konu çeşitli biçimlerde tartışılıyordu. Yeni düzenleme bir bakıma bu tartışma ve tereddütlere son vermeyi amaçlamıştır.³ Diğer tüm özgürlüklerin kullanılması bakımından çok önemli bir yere sahip olan Kişi Özgürlük ve Güvenliğinin AİHS’de yer alışı ve Sözleşme organlarının bu kavramlara verdikleri anlamların bilinmesindeki zorunluluk nedeniyle bu yazının kaleme alınmasında yarar görülmüştür.

B. KAVRAM

Kişi özgürlük ve güvenliği kavramları yakın bağlantıları nedeniyle birlikte kullanılmaktalar. Kişi özgürlük ve güvenliğinin günümüzde kavuşturduğu güvencelerine kolaylıkla ulaşamamıştır; bunlar tüm diğer özgürlüklerde olduğu gibi, belli bir mücadele sonucu elde edilmiştir. Bunların güvenceye bağlanmasındaki zorlukları ifade etmek üzere tarihi “trajik” olarak nitelenmektedir.⁴ Bu özgürlük ve güvenliğin tarihi insanlık tarihi kadar eskidir; ancak halen iyileştirmelerle ilgili çabalara son verilememiş olduğundan, çeşitli ülkelerde ağır ihlaller olduğuna tanık olunmaktadır. Dahası, kişi özgürlük ve güvenliğinin tek başına korunması değil, “tüm özgürlüklerin temeli”⁵ ve “bir temel insan hakkı”⁶ oldukları için tüm ulusal ve uluslararası metinlerde yer almaktadırlar. Örneğin; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi’nin 3. maddesi,⁷ 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 9. maddesi,⁸ Afrika şartının 6. maddesi,

Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk Kanunları’na değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. (Ek:7.5.2004-5170/7 md.) 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.

³ 5170 sayılı Yasa’nın Anayasa Komisyonu’nun 7. madde gerekçesi şöyledir: Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.

Amerikan Bildirisi'nin 1. maddesi, Amerikan Sözleşmesi'nin 7. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi konuyu düzenlemişler; Anayasa'nın 19. maddesinde konuyla ilgili düzenleme getirmiştir. Görüldüğü gibi kişi özgürlük ve güvenliğine ulusal ve uluslararası metinlerde birlikte yer verilmiştir.

Bu iki kavramın birlikte ve yan yana kullanılmasının özel bir anlamı vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) göre, kişi özgürlük ve güvenliği deyimleri ayrı ayrı değil, "bir bütün olarak alınıp anlaşılmalıdır; 'güvenlik' kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder."⁹ Komisyon'a göre, güvenlik hakkının mutlak olmasına karşın, özgürlük hakkı mutlak olmayıp, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) ila (f) bentleri gereğince sınırlanabilir.¹⁰ Kişi güvenliği, özgürlük kısıtlamasıyla tehlikeye gireceğinden, özgürlük kısıtlamasında keyfilik önleyici düzenlemeler öngörülmektedir. Çünkü yasal olmayan her özgürlük kısıtlamasının güvenliği tehdit edeceği karinesi mevcut olduğu gibi, özgürlük kısıtlamasının devamına ilişkin her kararın da yasaya uygun olması gerekir. Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanmış sayılabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesi kapsamında alınacak her kararın, ulusal mevzuatta önceden öngörülen koşullara hem şekil hem de esas (öz) bakımından uygun olması; yani kararların yasal olması gerekir.¹¹ Dolayısıyla "güvenlik" kavramı ile keyfilik arasında yakın bağlantıdan söz edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), bir davada, "keyfilik" kavramı ile "güvenlik hakkı"nın aralarındaki bağlantı nedeniyle, bunları birlikte ele almıştır. Olaya göre, esasen bir suçlunun geri verilmesi işlemi olması gerekirken, "yabancı birinin sınır dışı edilmesi" gerekçesi ve etiketi altında yapılmasının söz konusu olduğu bir davada Mahkeme, "burada çözümü gereken asıl mesele davaya konu teşkil eden 'tutuklama' olayının 'yasanın öngördüğü usule' riayet de dahil olmak üzere,

⁴ Colliard, A. C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959, s. 172.

⁵ Gözübüyük, A.Ş. - Gölcüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

⁶ *Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yayını, Çev. Fadıl Ahmet Tamer-Erol Kaplan, İstanbul 2000, s. 65.

⁷ 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi'nin 3. maddesine göre, "yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır."

⁸ 1966 tarihli Sözleşme'nin 9. maddesine göre, "herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine hakkı vardır."

⁹ Kom. K., *Doğu Afrikalı Asyalılar*, Yirmi Beş Başvuru/İngiltere, 10.10.1970, No: 4403/70 ve ötekiler; Benzer kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, s. 223.

¹⁰ Kom. R., Kamma/Hollanda, 14.7.1974, No: 4771/71; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹¹ (Kom. K., *Philip Burnett AGEE*/İngiltere, 17.12.1976, No: 7729/76; Kama/Hollanda; Dyer/Hollanda, 9.10.1984, No: 10475/83; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

'normlara uygun' bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda, esas itibarıyla, ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında fazla olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile güdülen amaca uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır" demiştir.¹² Mahkeme kararlarında sadece özgürlük hakkını değil, aynı zamanda güvenlik hakkını da göz önünde bulundurmaktadır.¹³

Görüldüğü gibi, kişi özgürlük ve güvenliği, ikisi birlikte, kişinin yasayla belirli ve sınırlı haller dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması demektir.¹⁴ Bu iki hakkın diğer hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemleri nedeniyle, bunlara "hakların garantisi",¹⁵ "koruyucu haklar"¹⁶ denmektedir. Komisyon'a göre "özgürlük" ve "güvenlik" bir bütün teşkil etmekte olduğundan;¹⁷ Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan "özgürlük" kavramını "güvenlik gibi anlamak zorunludur".¹⁸ Anayasa Mahkemesi de, kişi güvenliğini kişi özgürlüğünün özel bir türü olarak nitelemiştir.¹⁹

Ancak yakın bağlantılarına rağmen iki kavram arasında farklılıklar olduğu da kuşkusuzdur. Bu nedenle iki kavramı ayrı alt başlıklar altında irdelemek gerekir. Önce kişi özgürlüğü, sonra kişi güvenliği kavramlarının çerçevelerini çizmeye çalışacağım.

1. Kişi Özgürlüğü

Özgürlükten mahrumiyet üzerine, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi bir çok hak ve özgürlükten yararlanabilme doğrudan olumsuz biçimde etkilenmektedir. Demokratik toplumlar özgürlüklere büyük önem veren rejimler olduklarından, diğer tüm özgürlüklerin kullanımındaki öneminden dolayı kişi özgürlüğü büyük öneme sahiptir.

¹² Mahkeme Kararı, Bozano/Fransa kararı; benzeri kararlar için bkz., Kurt/Türkiye, 25.5.1998; Çakıcı/Türkiye, 8.7.1999; Akdeniz/Türkiye, 31.5.2001; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹³ Mahkeme'nin 18.12.1986 tarihli kararı, Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹⁴ Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990, s. 60.

¹⁵ Rousseau, Mementos, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1956, s. 6.

¹⁶ Gözübüyük, A.Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989, s.156.

¹⁷ Requête, No: 5573/72 ve 5670/72, D. R., 7-p. 5; Aktaran Alderson, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Kuntbay, Ç. İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984, s. 38.

¹⁸ Commission, Déc. Du 11 Octobre 1973, Ref. No:5302/71, Rec.no:44, s.29; Bkz., Ergec, R., *Protéction Internationale et Europeenne des Droits L'Homme, le Droit a' la liberté et a' la sûreté suppléant a' l'université libre de Bruxelles*, 2é édition, 1987, 1988/1, s. 15, No: 34.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, AMKD, Sayı: 22, s. 364.

Bir yazar, “özgürlük, keyfiliğe ve adaletsizliğe direnme cesaretiyle başlar, hukukun kurumsallaşması yoluyla demokratik bir rejime dönüşür” demektedir.²⁰ Demek ki özgürlükten bahsedebilmek için, demokratik bir rejimin olması gerekir. Ancak demokratik bir rejimde kişi özgürlüğü ve diğer özgürlüklerden söz edilebilir.

Kişi özgürlüğü, özgürlüklerin tümünün hukuki güvencesi olarak kabul edilmekte ve bireye güvence vermektedir; bu güvencelerin başında iktidar sahiplerinin yetkilerini kötüye kullanmalarına engel olunması suretiyle kişiye gerçek koruma sağlanması gelir.²¹ Böylesine önemli bir özgürlüğün dar yorumu yoluyla uygulanmasının savunulduğu görülmekte ise de,²² kavramın kişi özgürlüklerinin tümünü kapsayacak biçimde geniş yorumlandığı da görülmektedir. Bu sonuncu yaklaşımda Fransız Anayasa Konseyi, kişi özgürlüğünü, “güvenlik”, “özel yaşam ve konut özgürlüğü” ile “bazı sınırlamalarla kişinin gidip gelme (hareket özgürlüğü) ve yabancıların ülkeye giriş ve çıkışlarını” da kapsayacak biçimde geniş tutmuştur. Fransa’da Anayasa Konseyi’nin bu yorum tarzının Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin içtihatlarını etkilediği görülmektedir.²³

Kişi özgürlüğü ile kişisel özgürlük ayırımı yapılmakla birlikte; bunlardan birincisi kişinin kamu iktidarları karşısında koruma görmesi iken, ikincisi kamu organları dışında kalan kişi ve guruplara karşı korunmayı da öngörmektedir.²⁴

Kişi özgürlüğü kavramının öğretide çeşitli tanımları yapılmaktadır. Gölcüklü’ye göre²⁵ kişi özgürlüğü, “kişinin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle, kişinin fizik mekân içinde gidip gelme, yer değiştirme serbestisidir”; Jeze’ye²⁶ göre, “her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır”. Kişi özgürlüğü, kişinin yasaya/Anayasa’ya aykırı

²⁰ Doğu, Ergil, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, *İnsan Hakları ve Güvenlik*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001, s. 116.

²¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 86.

²² Fransa’da CMUK’un 136. maddesinin uygulanması için Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1964-1965 yıllarında Kişi Özgürlüğünü sadece “ikametgah” ve “güvenliğin yeniden elde edilmesi” olarak yorumladıkları görülmektedir. Roche - Pouille, s. 86.

²³ Fransız Anayasa Konseyi’nin 12 Eylül 1977 tarihli kararı için bkz., Roche-Pouille, s. 86.

²⁴ Bkz., Roche-Pouille, s. 87’de Fransa Anayasa Konseyi’nin 25 Temmuz 1989 tarihli kararı.

²⁵ Gölcüklü, Feyyaz, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukusal Kolokyum*, Ankara 1992, s.38.

Jeze, Gaston, Ferdî Hürriyetler, *AÜHFM*, C. 3, S. 1, 1946, s. 216.

olarak yakalanamama ve tutuklanamaması demektir.²⁷ Kişi özgürlüğü, bireyin temel hakkı olması nedeniyle, keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı kişinin korunmasını amaçlamaktadır. Kişinin serbest hareket etmesini engelleyen tüm keyfilikler karşısında korunmasının zorunluluğu, O'nun sadece gidip-gelme özgürlüğünün korunması şeklinde değil, aynı zamanda, "özel yaşamına saygı", "konut dokunulmazlığı", "haberleşme özgürlüğü" ve "evlenme özgürlüğünü" de içine almaktadır. Dolayısıyla kişi özgürlüğü, kişinin haklarının tümünün bir arada değerlendirildiği bir birliğe doğru yöneliş halindedir.²⁸ Kişi özgürlüğünün önemi nedeniyle, Fransız devriminden beri, modern demokratik devletlerde artık bu özgürlüğe rasgele ilişilememektedir; o tarihten itibaren kişi özgürlüğü parlamento tarafından ve yasama yoluyla tespit edilerek sınırları çizilmiş durumlar dışında kişinin kendi faaliyetini istediği gibi ve istediği yönde kontrol altında tutabilme serbestliği olarak algılanmaktadır.²⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı başlıklı 5. maddesine göre:

"1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a. Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b. Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması;

c. Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutuklu durumda bulundurulması;

d. Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması;

e. Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması;

²⁷ Favoreu, Luis - Gaia, Patrick - Ghevontian, Richard - Mestre, Jean Louis - Pfersmann, Otto - Roux, André - Scoffoni, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçecek): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000, s. 850.

²⁸ Favoreu ve diğerleri, s. 850.

²⁹ Jeze, *agm.*, s. 218 vd.; benzeri değerlendirme için bkz., *La Grande Encyclopédie*, Paris, Cilt: 14, s.309, Sütun: 2.

f. Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1 c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya ya-sayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir....

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4 numaralı protokolün "borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı" başlıklı 1. maddesine göre "hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."³⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesinde de yer alan prensibin metinde yer alışı şöyledir: "Herkesin yaşama ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır."

2. Kişi Güvenliği

Kişi güvenliği, 1789 tarihli Fransız Bildirisi'nin 7, 8 ve 9. maddelerinde "tabii hak" olarak düzenlenmiştir. Düzenlemelerin amacı, bir hukuk devletinde bireyin hem diğer kişilere hem de devlete karşı fiziki ve moral bakımlarından korunmasını güvence altına almaktır. Güvenlik sayesinde birey, bedensel bütünlüğe, fiziksel özgürlüğe kavuşabilir. Bunun sağlanabilmesi için ceza ve Ceza Usul Yasaları'nda hukuk devleti ilkelerine uygun düzenlemelerin yer alması gerekir. Bu nedenle Fransız hukukunda, kişi

³⁰ Aynı düzenleme Anayasa'nın 38. maddesinde (Ek: 3.10.2001-4709/15 m.) Hiç kimse, yalnızca Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz şeklinde düzenlenmiştir.

özgürlüğünün ve dolayısıyla kişi güvenliğinin idari otoritelere karşı korunmasında, bekçiliğin adli yargıca verildiği ifade edilmektedir.³¹

Bir görüşe göre kişi güvenliğinin prensipleri olarak; kişinin keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı korunması, vücut bütünlüğüne zarar veren davranış ve cezaların yasak olması üzerinde durulması gerekir.³²

Bir başka yaklaşıma göre kişi güvenliği, kişi özgürlüğüne benziyor. Bu yakın ve benzer oluş nedeniyle ikisi birlikte “*habeas corpus*” olarak niteleniyor.³³ Kişi güvenliğinin 1789 Bildirisi’nin bir kazanımı olduğu kuşkusuzdur. Çünkü, kişi güvenliği, eski rejimin keyfiliklerine karşı reaksiyon olarak yürütme organına karşı korunmaya alınmıştır. İngiliz hukuku kökenli “*habeas corpus*”un etkisiyle Fransız Hukuku’na devrim sonucu giren kişi güvenliği, ceza yasalarının geriye yürümezliği, savunma hakkının temel hak oluşu ve masumluk(suçsuzluk) karinesinin tanındığı, kişi özgürlüğünü koruyan temel değerleri içerir. Bu değerler 1958 tarihli Fransız Anayasası’nın girişinde yer almakla anayasallık bloğuna dahil edilmişlerdir.³⁴

Güvenlik kavramı kendine özgü bir anlama sahip olmayıp, özgürlükle bağlantılı olarak anlaşılmaktadır.³⁵ Kişi güvenliği, “*insanın zamanaşımına uğramayan tabii hakları*” arasında kabul edilmektedir.³⁶

Habeas Corpus prensibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde yer almaktadır; “*yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının Yasa’ya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*”

Kişi özgürlüğüne getirilen ve özgürlükten mahrumiyeti sağlayan hususların da keyfi olmaması, hukuk güvencesinde olması gerekir. Bir başka deyişle, gözaltına alma, yakalama, tutuklama, bir yere kapatma gibi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan tüm işlemlerin hukuka uygun da olması

³¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 87; Mukayeseli hukukta yakalama ve gözaltına alma konusunda geniş bilgi için bkz., Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 54-100.

³² Roche, Jean-Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s.87.

³³ Habeas Corpus kuralı, özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu kısıtlamanın yasaya uygun olup olmadığını ve serbest bırakılmayı isteme hakkını ifade etmektedir. Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 241 vd.; Şahbaz, 1994, s. 23 vd.; Favoreu ve diğerleri, s. 850.

³⁴ Rémy Cabrillac - Marie Anne Frison - Roche Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7. édition, Dalloz 2001, s. 323 vd.

³⁵ Reisoglu, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 96.

³⁶ Jean - Marie Pontier, *Droits Fontamenteaux et Libertés Publiques*, Paris 2001, s. 86.

gerekir. İşte tüm bu işlemlerde keyfiliğin önlenmesi kişi güvenliğinin sağlanması ile mümkündür.

Demek ki kişi özgürlüğü sadece yasada sayılan nedenlerle sınırlanabilir. Özgürlükten mahrumiyetin keyfiliğini engelleyecek güvencelerin bulunması ve özgürlükten mahrumiyete karşı bireye haklar tanınması gerekir.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE KONUyla İLGİLİ İÇTİHATLAR

Konu AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Madde sadece yakalama ve tutuklamaya karşı koruma getirmekte olup, kişinin hareket özgürlüğünü güvenceye almaktadır.³⁷ Bu nedenle, ağır olmayan disiplin suçları ile ilgili uygulamanın madde kapsamında olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁸ Özgürlükten yoksun kılmanın yasaya dayanması gerekir. Çünkü Sözleşme'nin 5/1. maddesinde "Yasa'da gösterilen durumlar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" denmektedir. AİHM'ye göre iç hukuku yorumlamak öncelikli olarak ilgili devlet yargı organlarına aittir. Ancak, iç hukuka uygun hareket edilmemesi Sözleşme'nin ihlali sonucuna yol açacağından, AİHM'nin dolaylı olarak işlemin iç hukuka uygun olup olmadığını da denetlemesi gerekmektedir. Zira 5. maddenin amacı, bu maddede yer alan düzenlemeye karşı kötüye kullanma ve keyfiliğe engel olunmasını sağlamak olduğundan, AİHM, yapılan işlemin iç hukukla uyumluluğunu incelerken, o işlemin dayanağı olan iç mevzuatın da Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim AİHM bir kararında,³⁹ başvuru hakkında uygulanan ve kişinin özgürlüğünü kısıtlayan yasanın belirsizliği ve bununla bağlantılı güvensizlik nedeniyle, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında (a-f bentleri arasında) belirtilen hallerde özgürlükten yoksun bırakma hukuka uygun, bunların dışındaki hallerde ise hukuka aykırı sayılır.

³⁷ Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, 208.

³⁸ AİHM kararında askeri disiplinle ilgili "hafif göz hapsi" ile "sıkı göz hapsini" 5. maddeye aykırı bulmazken, "ağır göz hapsi" (Sözleşme'de yer alan meşru kısıtlama nedenleri arasında yer almadığı gerekçesi) ile "oda hapsini" aykırı bulmuştur; Engel ve diğerleri, 8.6.1976; bu kararda asker kişiye verilen 24 saatlik hapis süresinin 30 saatten fazla olarak uygulanması ihlal olarak kabul edilmiştir; Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003, s. 137 vd.

³⁹ Arrowsmith/İngiltere.

1. Özgürlükten Yoksun Kılmanın Hukuka Uygun Olduğu Durumlar

Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü, buna aykırı davranılması halinde ilgiliye birtakım haklar vermektedir. Maddenin ilk üç fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olarak alınan kararlarla ilgili olarak AİHM içtihatlarında, tutmanın/tutukluluğun yasallığı ve usule uygunluğu kavramları konusunda ulusal mahkemelere geniş takdir alanı bırakmakla beraber, yine de Sözleşme'ye uygunluğu üzerinde durmaktadır.⁴⁰ Örneğin; Sözleşme'nin 5/1. maddesinde yer alan özgürlükten yoksun bırakılma halleri sınırlı sayıda olduğundan, kişinin bu haller dışındaki bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün değildir. Özgürlükten yoksunluk hallerinin istisnai oluşu nedeniyle, getirilecek sınırlamaların geniş yorumlamaya elverişli olmayıp, dar yorumlanmaları gerekir.⁴¹

AİHM, mahkemece verilen derhal salıverme kararına karşın, salıvermeyle ilgili işlemler nedeniyle salıvermenin on bir saat gibi bir süre geciktirilmesini, 5/1.c ve diğer fıkralarla ilgili görmeyip,⁴² bu uygulamanın 5/1. maddenin ilk iki cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴³

a. AİHS'nin 5/1.a maddesinde öngörülen, bireyin özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlendirilmesi ve bunun yerine getirilmesinde yer alan "*yetkili mahkeme*", hem kararı veren merciin yargısal nitelik taşıması, hem yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız ve tarafsız olması, hem de takip ettiği yargılama usulünün güvenceli olmasını ifade eder.⁴⁴ Aynı bentte geçen "*mahkum edilme*" kavramı, yasal yoldan saptanmış bir suçun varlığını ifade etmektedir. Bu suç ister cezai yaptırım gerektirsin, ister disiplin cezasını gerektirsin; bunun önemi yoktur. İhlal bakımından özellik arz eden husus, bireyin özgürlüğünün ağır ihlali sonucunu doğuran bir tespit yapılmasıdır.⁴⁵

⁴⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 224 vd.

⁴¹ Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976; Winterwerp/Hollanda (5/1'deki akıl hastası teriminin "bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz"); Doğru, 2003, s. 332; benzeri karar için bkz., Wassink/Hollanda, 27.9.1990.

⁴² Kemmache/Fransa, 3-24.11.1994; Bozano/Fransa, 18.12.1986; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 226-227.

⁴³ Quinn/Fransa, 22.3.1995; Labita/İtalya, 6.4.2000; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁴ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968; diğer kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁵ Kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s.227-228; Engel ve diğerleri, 8.6.1976.

AİHK'ya göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet hükmü yeterli olup, bunun istinaf veya temyize götürülmesi birinci fıkra hükmünün uygulanmasına engel değildir.⁴⁶ Ancak uygulanacak bendin belirlenmesi bakımından kararın kesinleşmesi gerektiği yönünde mahkeme kararları var. Zira, hakkında kuvvetli suçluluk emareleri bulunduğundan bahisle fıkranın (c) bendi gereğince tutuklanan, ancak hüküm giydikten sonra ikinci derece mahkemesi tarafından tutukluluğunun devamına karar verilen biri hakkında artık yakalamayla ilgili (c) bendi değil, mahkumiyetle ilgili (a) bendi uygulanacaktır.⁴⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil, 50/1a hükmünün uygulanması gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesi yabancı mahkeme kararları için, koşulların varlığı halinde, ülkede infazına engel değildir;⁴⁸ ancak bunun için özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın dayanağı olan mahkeme kararının adil yargılanma hakkını ihlal etmemiş olması şarttır.⁴⁹

b. AİHS'nin 5/1b maddesi ile ilgili kararlara gelince, bu bentte, "bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak bir karara uymama" ve "yasal bir yükümlüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile kişinin tutuklanması" şeklindeki özgürlük kısıtlamaları yer almaktadır.

Birinci durumda kararı bir mahkemenin vermesi esastır. Mahkemenin ne olduğu ise, AİHM tarafından, "bağımsız ve tarafsız ve aynı zamanda, adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamı" olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Buradaki mahkeme kararı, davanın esası hakkındaki mahkumiyet hükmü dışında kalan ve maddenin fıkrasının diğer bentlerindeki kararlardan başka kararlardır. Bu kararlar arasında duruşmanın selameti için mahkemece alınan disiplin cezalarına ilişkin kararlar da yer almaktadır. Örneğin; bunlar, bir hukuk mahkemesi kararının infazını sağlayıcı ceza olabileceği gibi, nafaka borcunun ödenmemesi, ayrılan eşlerden birinin çocuk ile diğer tarafı görüştürmemesine engel olunmasını sağlayan kararlar veya mal beyanından imtina, kan testi yapılmasına engel olma gibi kararlar ile⁵¹ sanık veya tanıklara ilişkin özgürlüğü kısıtlayıcı kararlardır.⁵²

İkinci durumla ilgili kararlar ise, yasanın öngördüğü ve yerine getirilmesini emrettiği somut bir yükümlüğün yerine getirilmemesi hali için öz-

⁴⁶ Komisyon kararı, H. Krzycki/Almanya, 9.3.1978, No: 7629/76.

⁴⁷ Mutatis Mutandis Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992; Wynne/İngiltere, 18.7.1994.

⁴⁸ Kom. K., X/Almanya, 14.12.1963, No: 1322/62, Ann. 6, s. 517.

⁴⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 228'de AİHM'nin 458 numaradaki içtihatları.

⁵⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Engel ve diğerleri/Hollanda, 6.6.1976.

⁵¹ Kom. K., X/Avusturya, No: 8278/78.

⁵² Lawless/İrlanda, 1.7.1961; Guzardi/İtalya, 6.11.1980.

gürlükten yoksunluk kararlarıdır. Ancak 4 nolu Protokol ile benimsenen, hiç kimsenin yalnızca Özel Hukuk Sözleşmesi'nden doğan bir yükümü yerine getirmemiş olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı hususu gözetilerek, bu tür kararlar bent kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Yakalama ve tutuklama sonucu kişinin bulunduğu yerdeki hareketi de önem kazanmaktadır. Yani özgürlükten mahrumiyet üzerine kişinin yine de özgürlüğüne değer verilmesi gerekir.

c. Sözleşme'nin 5/1c hükmü, ceza yargılamasıyla ilgilidir. Bu nedenle, (c) bendinin kişinin bir suç işlediği iddiasıyla "geçici olarak yakalanması", "geçici olarak gözaltına alınması" ve "tutuklanması" hususları bakımından dikkate alınması gerekir. Burada, bir kimsenin belli bir suçu işlediği hususunda hakkında "makul şüpheli" bulunması, veya bir suçu işlemesi kuşkusunu bulunan yahut suçu işledikten sonra kaçmasına engel olunması gereği inancını doğuran makul nedenlerin bulunması durumlarında kişinin adli mercii önüne çıkarılması için yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması söz konusudur.

Kişinin bu nedenlerle yakalanmasından sonra, özgürlüğünden yoksunluğunun sürdürülebilmesi için, kaçma tehlikesinin bulunması veya suç işleme riskinin varlığı yanında başka hususların da göz önünde bulundurulması gerekebilir. Örneğin; bunlardan başka, delillerin yok edilmesi veya karartılması tehlikesi de söz konusu olabilir.

Ancak yakalama veya tutma, her koşulda, kişinin yetkili bir adli mercinin önüne götürülmesini amaçlamak zorundadır. Zira, yakalama veya tutuklamadan sonra kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilip geçilmemesi, adli mercii önüne götürülmesinden ayrı bir sorundur. Buradan şu sonuca ulaşabiliriz, kişi hakkındaki yakalama veya tutuklamaya rağmen ceza kovuşturmasına geçilmemesi, bu önlemlerin Sözleşme'ye aykırı olduğu anlamına gelmez.⁵³

Buradaki adli mercinin, içi hukuk tarafından belirlenmiş, yargıç olmasa bile, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi yargıçlık güvencelerine sahip olması şarttır.⁵⁴

AİHM'nin denetimi, adli mercinin, Sözleşme'nin 5/1c maddesinde belirtilen koşullara uygun işlem yapılıp yapılmadığını, denetleyip denetlemediği

⁵³ Chiulla/İtalya, 22.2.1989; Brogan/İngiltere, 29.11.1988; Murray/İngiltere, 28.10.1994; Erdagöz/Türkiye, 22.10.1997; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 230.

⁵⁴ Bkz., AİHS, m. 5/3.

hususlu ile sınırlı olup, kendisini ulusal mahkemenin/merciin yerine koyup onun kararının yerine yeni bir karar vermek şeklinde değildir.

Sözleşme’de yakalama ve tutuklama nedenleri sayıldığından, bu nedenler dışındaki amaçlarla örneğin; sırf kendisinden bazı bilgiler alınması amacıyla kişinin tutulması Sözleşme’ye aykırıdır.⁵⁵

Kişinin suç işlediği şüphesi ile kaçmasının önlenmesi dışında kalan, “suç işlenmesinin önlenmesi” amaçlı özgürlük kısıtlaması olup, bu hemen her olayı bahane ederek başvurulabilecek bir önlem olmayıp, somut koşullara göre, belli bir suçun gelecekte işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru olan bir tedbirden ibarettir.⁵⁶ AİHM’nin burada, özgürlükten yoksunluğun da makul süreyi aşmış aşmadığı hususunu denetleyecektir. Bu tedbirin, yine suç işleyebilir şeklinde değerlendirilip, yeniden peş peşe uygulanması doğru değildir. Çünkü böyle bir anlayış bizi, bir suç işleyenin yeniden suç işleyebileceği ve bu nedenle özgürlüğünün kısıtlanması gerekire götürür ki, Sözleşme’nin bunu öngördüğünü söyleyemeyiz. Ancak her üç durum için de özgürlük kısıtlamasına gidilebilmesi için somut makul nedenlerin bulunması gerekir. Mahkeme bunu, ilgili kişinin atılı suçu işlediğinin mümkün olduğu konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olay ve bilgilerin olması şartına bağlamaktadır. Bu nedenle makul olmanın her somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Burada sadece gerçek ve samimi şüpheden değil, makul şüpheden, makul sebeplerden söz edilmektedir. Yani objektif ve sübjektif olarak makullüğü aranmaktadır.⁵⁷ AİHM, Sözleşme’yi yorum ve denetim yetkisine sahip olması nedeniyle, makullüğü denetleyebilmekle beraber, bunu, ulusal takdir marjını da dikkate alıp, ulusal mahkemenin yerine geçmek suretiyle değil, ulusal merci tarafından yapılan durum değerlendirmesinin makul ve geçerli olup olmadığını saptama şeklinde yapmaktadır.⁵⁸

Mahkemeye göre, yakalama veya tutuklamadaki makul şüphenin kamu davası açılmasına yeterlilikte olması gerekmez.⁵⁹ Yani yakalama ve tutuklama ile ilgili olarak makul şüphenin varlığı için, kişinin o suçu işlemiş olabileceği konusunda, objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması yeterlidir.⁶⁰ Zira kişinin yakalanması veya tutuklanması, yetkili makam önüne götürülmesini amaçlar. Yetkili makama sevk, özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olup olmadığını denetlenmesinin

⁵⁵ İrlanda - İngiltere, Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 131.

⁵⁶ Guzzardi/İtalya, 6.11.1980.

⁵⁷ Bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 231’deki kararlar.

⁵⁸ Fox, Cambell et Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁵⁹ Brogan ve diğerleri/İngiltere, 29.10.1988.

⁶⁰ Murray/İngiltere, 28.10.1994.

yanında (bkz., m. 5/3), duruma göre salıverilme veya makul sürede yargılanmayı da amaçlar.⁶¹ Burada 5/1c ile 5/3'ün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, Sözleşme'nin 5/1c maddesindeki koşullara göre özgürlüğünden yoksun kılınan bir kimsenin, 5/3. madde gereğince özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacıyla yetkili bir adli mercii önüne çıkarılmasının yanında, makul sürede yargılanmasının bitirilmesi veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmasının sağlanması söz konusudur. Bu nedenlerle, maddenin (c) bendindeki özgürlükten yoksunluk, bir ceza kovuşturması aşamasında ve bu kovuşturmanın gereği olarak özgürlükten yoksunluktur. Yani kişinin bir kovuşturma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınması (c) bendine girmekle beraber, kovuşturma bitirilip anılan kimse hükümlü statüsüne girer ve tutukluluğu hükümlü birlikte devam ederse, durumu (a) bendine ve akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan, tedavi amacıyla akıl hastanesinde bir kliniğe kapatılan kimsenin durumu ise (e) bendine girer.⁶²

d. Sözleşme'nin 5/1d bendinde, iki husus söz konusudur. Birincisi, bir küçüğün gözetim altında eğitimi, yani bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi; ikincisi, kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

Birinci durumda, küçüğün rüşt yaşı, gözetim altında eğitimi ve özgürlük kısıtlamasında önüne götürüleceği merciin belirlenmesinde ulusal yasa uygulanır. Ulusal yasada yer alacak önlemin, özgürlük kısıtlamasında güdülen amaca uygunluğu şarttır. Küçüğün iyileştirilmesi lehine olduğundan, bunun için başlangıçta kararın yargıç tarafından verilmesi gerekmez. Ancak alınan önlemlerle ilgili olarak 4. fıkra gereğince yargıç denetimi mümkündür.⁶³

İkincisinde ise, küçüğün herhangi bir konuda karar alınması için yetkili merciin önüne götürülmesi amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusudur. Bu hale örnek olarak, küçüklerin suç eğilimlerinden kurtarılması gösterilebilir.⁶⁴

e. Sözleşme'nin 5/1e bendinde de ikili ayırım yapmak mümkündür. Birinci grupta, bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin tedavi veya iyileştirme amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması yer almaktadır. Buradaki akıl hastalığı, düşünce bakımından topluma ters düşen kişiyi değil, tıbbi anlamda bir marazi olan kimseyi ifade etmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle özgürlük

⁶¹ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schicsser/İsviçre, 4.12.1979.

⁶² Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992.

⁶³ Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

⁶⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s.233.

kısıtlamasıyla ilgili olarak AİHM, gerek şekil ve gerekse esasa ilişkin olarak ulusal mevzuatın uyması gereken kuralları belirlemiştir. Buna göre, kişinin durumu, (1) objektif ve tıbbi bir ekspertizle saptanacak, (2) gerçek akıl hastalığının saptanması durumunda kapalı bir kuruma (psikiyatri kliniği gibi) konması⁶⁵ ve (3) hastalığın ağırlık ve niteliğinin böyle bir önleme başvurmaya gerekli kılması gerekir.

Mahkeme kişinin bu önlem nedeniyle konacağı yerin nasıl olması gerektiği üzerinde de durmuştur. Mahkemeye göre, akıl hastalığı nedeniyle kişinin konacağı yerin, ancak hastane ve benzeri bir kurum olması gerekir. Bu kurumun yine de, fiziki koşulları itibariyle de uygun olması gerekir; aksi takdirde Sözleşme'nin 3. fıkrasındaki kurala aykırılık söz konusu olabilir.

İkinci grupta ise, bir serserinin usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması yer almaktadır. Aslında bu halde de kişinin iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Çünkü, suç işleme eğilimi taşıyan kimsenin bu meylinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Sözleşme'de serserinin tanımı yok ise de, AİHM bir içtihadında,⁶⁶ Belçika Ceza Yasası'nın 374. maddesindeki düzenlemeyi Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Ancak, kriminolojide serseri kavramı, Belçika Ceza Yasası'nda belirtildiği gibi, suç öncesi evreyi belirlemede olup, belli bir ikametgahı veya meskeni bulunmayan, bir meslek ve sanatı olmayan, geçim olanaklarına sahip olmayan kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Fakat, suç öncesi tehlike halinin başka şekilde ortaya çıkış biçimlerinden hareketle geniş yorum veya kıyas yoluyla serseri kavramı içerisinde değerlendirilmesi yoluyla, örneğin bir mafya üyesinin toplum için tehlikeli oluşunu da bu kavram içerisinde değerlendirmemek gerekir.⁶⁷

Kuşkusuz sosyal devlet anlayışının benimsendiği bir dünyada serseri kavramının içeriğinin değiştirilmesi ile serseri olarak nitelenenlerin sayılarının azaltılması devletlerin görevleri arasındadır.

f. Sözleşme'nin 5/1f bendinde söz konusu olan husus, bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulmasına izin verilmesidir. Maddenin bu bendinde sözü edilen yakalama veya tutuklama önleminin usulüne uygun olduğunun kabulü için, yapılan

⁶⁵ Verbanon/Bulgaristan, 15.10.2000.

⁶⁶ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.11.1978.

⁶⁷ "Zorunlu ikamete tabi tutma önlemi"nin uygulanabilirliği hk. Guzzardi/İtalya, 6.11.1980; Liberti/İtalya, 23.2.1984.

işlemin hem şeklen hem de esas bakımından ulusal ve gerekiyorsa uluslararası mevzuata uygun olması gerekir.

AİHM'ye göre, bu bent hükmüne göre gerçekleştirilecek tutuklama, sadece bu bent hükmünde belirtilen amaçlara yönelik işlemlerin gerektirdiği zaman dilimi için meşru kabul edilebilir. Yani bir kimsenin, kendisini isteyen ülkeye iade edilmek üzere bir başka ülkede tutuklanması ve iadeye ilişkin işlemler için gerekli olan süreden uzun süre özgürlüğünden yoksun kılınması fıkraya aykırılık oluşturur.⁶⁸

AİHM, iade işlemi bahanesiyle, ama gerçekte kişinin sınır dışı edilmesinin etkililiği ve kolaylığından istifade edilerek, kişinin bu bent hükmü gereği tutuklanmasını (f) bendine aykırı bulmuştur.⁶⁹

Diğer taraftan, yabancıların ülkeye giriş ve orada oturma koşullarının belirlenmesi o ülkenin serbestçe takdir edebileceği bir husus olmakla beraber, bu yetkinin kullanım biçiminin AİHS'ye uygun olması şartı aranmaktadır.⁷⁰

Ayrıca, ülkeye girişin engellenmesi ve sınır dışı etme önlemleri ile ilgili güvenceler ve istisnalar için 4 nolu ek protokolün 3 ve 4. maddeleriyle 7 nolu ek protokolün 1. maddelerine göz atmak gerekir. 4 nolu ek protokole göre, hiç kimse "*vatandaşı olduğu devletin ülkesinden bireysel olarak veya topluca sınır dışı edilemez; vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz*" (m. 3); "*yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır*" (m. 4).

7 numaralı ek protokolün 1. maddesine göre ise, bir devletin ülkesinde meşru olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı dışında sınır dışı edilemez. Bu şekilde verilen bir sınır dışı etme kararına karşı da kişinin, sınır dışı etmenin yerinde olmadığına ilişkin sebeplerini ileri sürebilmek amacıyla durumunun yeniden incelenmesini isteyebilme hakkı vardır. Bunu sağlayabilmek için kişi, yetkili makamlar nezdinde kendisini temsil ettirme hakkına sahiptir. Bu sınır dışı etme işlemi kamu düzeni veya ulus güvenliğinin korunması nedenleri bakımından gerekli ise, bu durumda kişi sınır dışı edilme işlemine karşı başvuru hakkını kullanmadan önce sınır dışı edilebilecektir. Burada hak kullanımının sınır dışı etmenin fiilen yerine getirilmesinden sonraya bırakılabilmesi için, "*kamu düzeni*" ve "*ulusal güvenliğin korunması*" hususlarının çok ivedilik

⁶⁸ Quinn/Fransa, 22.3.1995.

⁶⁹ Bozano/Fransa, 18.12.1986; Benzeri değerlendirme için bkz. Komisyonun X/İngiltere (5.5.1982) kararı.

⁷⁰ Amuur/Fransa, 25.6.1996; Grauslys/Litvanya, 10.10.2000.

taşınması ve belgelenmesi gerekir. Aksi takdirde keyfilikten söz edilebilir ve bu durum kişi özgürlük ve güvenliğinin ihlali olur.⁷¹

2. Özgürlüğü Kısıtlanan Kişinin Hakları

a. 5/2. Madde ile İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası, hakkında aynı maddenin 1. fıkrası gereğince işlem yapılan kişinin, yapılan bu tutuklama işleminin yapılmasını gerektiren nedenler ile yapılan suçlamaların "*en kısa bir zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirileceğini*" emretmektedir. Fıkra da yer alan düzenleme, bir yandan olası maddi hataların bertaraf edilmesinin, bir yandan da, maddenin 4. fıkrasındaki "*itiraz*" hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁷²

Buradaki güvence, özellikle suç kovuşturması ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında önem arz etmektedir. Çünkü, bu güvence, kişiye tanınan ve güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan, birinci fıkrada öngörülen tüm haller için geçerlidir.⁷³ Zira kişinin tutulmasının hemen akabinde ve tutulma boyunca bu güvence büyük öneme sahiptir.⁷⁴

Komisyonca göre, kişiye yapılacak bildirim içeriği, amaçla sınırlı olduğundan, bu bildirim içeriği 6/3a'daki savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden hem farklı, hem de daha dardır. Buradaki bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir;⁷⁵ önemli olan bildirim en kısa sürede gerçekleştirilmesidir. Bu bildirim savunma amaçlı olmayıp, suçlamanın ne olduğunun bildirilmesi amaçlı olması nedeniyle, ilk etapta soruşturma dosyasının ilgili kişi tarafından incelenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak daha sonraki ve nihai amacın soruşturma dosyasının incelenmesi ve savunma olduğu kuşkusuzdur.

Bununla beraber, bildirim içeriği, her somut ve özel duruma göre, habeas corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.⁷⁶

Çünkü, özgürlük kısıtlaması ve bunun dayanağı ile ilgili işlemin duyurulmasının ilk hedefi bu kısıtlamanın sona erdirilmesinin sağlanmasıdır.

⁷¹ Kolompar/Belçika, 24.9.1992.

⁷² X/İngiltere, 5.11.1981; Van der Leer/Hollanda, 21.2.1980; Lamy/Belçika, 30.3.1989.

⁷³ Campbell ve Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁷⁴ Dikme/Türkiye, 11.7.2000.

⁷⁵ İrlanda/İngiltere, 18.1.1978.

⁷⁶ Lamy/Belçika, 30.3.1989; Murray/İngiltere, 28.10.1994.

Burada yer alan kısa süre deyimini, hemen demek olmamakla beraber, sürenin gereksiz şekilde uzun tutulması da değildir. Sürenin her somut olay için ayrı ayrı dikkate alınacağı kuşkusuzdur. Ancak, bunun mümkün olan en kısa süre olarak anlaşılması gerekir.

Tutuklamanın tutuklanan kişinin anlayacağı dille bildirilmesi gerekir. Birden fazla dil bilenler için, bildirim içerik ve konusunu anlayabileceği herhangi bir dille bildirim yeterlidir. İlgilinin anlamadığı dille bildirilmesinin maddenin amacı ile ilgisi olamaz. Anladığı dilin hangi dil olduğunun belirlenmesi, kişinin ifade alma ve diğer işlemler sırasında anlaşılan durumuna göre belirlenmesi gerekir. Yaşadığı/vatandaşı olduğu ülke dilinden diploması olanların o dili bilmedikleri iddiasının hakkın kötüye kullanımı (Sözleşme, m. 17) olarak değerlendirilmesi gerekir.

b. 5/3. Madde ile İlgili Kararlar

Beşinci maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. Burada amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz olan tutuklamanın önlenmesidir.⁷⁷

Görüldüğü gibi Sözleşme, kişinin yakalanma ve tutuklanma ile ilgili tüm koşulların gerçekleşmesi nedeniyle tutuklanmış olmasına rağmen, kişiye birtakım haklar tanımıştır. Bunlar: (1) Tutuklama nedenlerinin ve isnadın sanığa en kısa sürede bildirilmesi, (2) sanığın hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasanın yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve tutukluluğunun makul süreyi aşmamasının sağlanması, (3) sanığın tutuklama ve yakalamanın yasaya uygunluğunun denetimini sağlamak için yargı yoluna başvurma hakkı, (4) yakınlarına durumuyla ilgili bilgi verilmesi hakkı.

Fıkranın yazılışından anlaşıldığı üzere buradaki düzenleme, 1. fıkranın (c) bendi ile bütünlük oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu fıkranın, 1/c hükmü dışında kalan diğer hükümlerle birlikte uygulanması söz konusu değildir.⁷⁸

⁷⁷ McGoff/İsveç, 26.10.1984; Shoogström/İsveç, 2.10.1984.

⁷⁸ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schiser/İsviçre, 4.12.1979; Dewilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974; B./Avusturya, 28.3.1990; Quinn/Fransa, 22.3.1995.

Fıkıradaki geçen yargıç deyiminin ne olduğu hususunu Sözleşme açıklamamakla beraber, mahkeme, yargıcı, yasanın kendisine verdiği görevin gerektirdiği güvencelere sahip olan görevli olarak açıklamaktadır. Adli görevin gerekli kıldığı ilk güvence, görevlinin öncelikle yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bu nedenle savcının da güvenceli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹

Ancak savcının yargıç sayılması mümkün olmadığı gibi, adli görev kavramı yargısal görev kavramından farklı ve daha geniş kapsamlıdır.⁸⁰

Adli görevlinin öngörülmesi ve başvurunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, görevlinin güvenceli olmasının yanı sıra, ilgiliyi salıvermeye de yetkili olması gerekir. Bu nedenle güvenceli olmak koşuluyla, yargıç dışında kalan adli görevliler de bu işte yeterli görülmektedir.⁸¹

Burada geçen “hemen” kavramını gereksiz gecikmeye sebebiyet vermeksizin şeklinde anlamak gerekir. AİHM, Brogan davasında dört gün altı saat ve dört gün on bir saatlik süreleri, bir başka kararında da yedi günü aşan süreyi somut durumun özelliklerine göre gerekmeyen uzunlukta bulmuştur.⁸² Her olayın özelliği farklı olmakla beraber, gözaltı bakımından, vicdani redci asker kişilerin 7, 11 ve 16 günlük,⁸³ 11 ve 12 günlük,⁸⁴ 3 ve 5 günlük⁸⁵ süreler ihlal olarak kabul edilmiştir.

Yine bir kararda vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle 2 yıl 4 aylık tutukluluk süresi ihlal olarak kabul edilmiştir.⁸⁶ Buradan çıkan sonuca göre, Sözleşme’nin bu fıkrası, tutuklama veya yakalama işleminin denetlenmesi bakımından, konuya verilen önem nedeniyle, bu özgürlük kısıtlamalarını, suç yargılamasında hemen hemen istisnai bir önlem olarak düzenlemiştir. Bu husus hem makul sürede yargılanma, hem de yargılama sırasında serbest bırakılmanın sağlanması için bir hak olarak kabul edilmiştir.

Buradaki “makul süre” ilk derece mahkemesindeki yargılama ile ilgili aşama bakımındandır; istinaf ve temyizde geçecek olan süre, “makul süreye”

⁷⁹ Niedbala/Polonya, 4.7.2000.

⁸⁰ Huber/İsviçre, 23.10.1990; Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Brincat/İtalya, 26.11.1992; Jordan/İngiltere, 14.3.2000; Sabour Ben Ali/Malta, 15.6.2000.

⁸¹ Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klape/Hollanda, 22.5.1984; Duinhof et Duijf/Hollanda, 22.5.1984; Pauwels/Belçika, 26.5.1988; Grauzinis/Litvanya, 10.10.2000; Wloch/Polonya, 19.10.2000.

⁸² Kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 238.

⁸³ Dejong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda (22.5.1984,8805/79).

⁸⁴ Duinhof ve Duijf/Hollanda (22.5.1984,9626/81).

⁸⁵ Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klape/Hollanda (22.5.1984,9362/81).

⁸⁶ Neumeister/Avusturya (27.6.1968) kararı.

dahil değildir.⁸⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil 5/1a hükmünün uygulanması gerekir. Asıl olan masumluk karinesi olduğundan, yargılama süresi boyunca tutukluluğun devamına karar vermeye gerek yoktur. Zira tutuklama yargılamanın rahat yürütülebilmesi için kabul edilmiş geçici önlemdir; bu önlemin cezaya dönüştürülmesi yerinde değildir. Bunu göz önünde tutan AİHM yerleşik içtihatlarında, ulusal mercilerin her somut olayda kişinin tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda karar verirken, masumluk karinesini göz önünde tutmak suretiyle, kişi özgürlüğüne istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının var olup olmadığının tespitine gerekçe oluşturacak tüm hususları incelemek zorunda olduklarına işaret etmektedir. Dolayısıyla ulusal adli merciler, ilgililerin salıverilme istekleri ile ilgili olarak red kararı verirlerse, red gerekçelerinde kamu yararının ne olduğunu açıkça belirtmek zorundadırlar. AİHM, ulusal mercilerin, salıverilme isteğinde ileri sürülen ve yalanlanamayan olguları dikkate almak suretiyle 5. madde hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.⁸⁸

AİHK ve AİHM'nin "makul süre" ile ilgili olarak ortaya koydukları diğer bir ilke ise, tutuklama önlemi için gerekli olan sanığın suç işlediği konusunda kuvvetli emarelerin varlığı olmakla beraber, bunun başlangıçta aranmasına karşın, belli bir süre sonunda yeterli olmayacağı ve bunun tek başına tutukluluk için gerekçe oluşturmayacağı hususudur. Zira başlangıçta, sanığın kaçma veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi hususlar tutuklamaya karar verilmesi için yeterli görülmeyle beraber, yargılama devam ederken bu koşulların bir aşamada son bulması gerekeceğinden, yargılamanın hızlandırılması suretiyle buna son verilmesinin sağlanıp sağlanmadığı hususu üzerinde durulmaktadır.⁸⁹ Yani ulusal adli mercilerin, sanığın tutuklanması ile ilgili olarak verdikleri kararlar yerinde olsalar da, yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle sanıkların tutukluluklarının devamına ilişkin kararları bakımından AİHM ihlal kararı vermektedir.⁹⁰ Çünkü, tutukluluk süresi uzadıkça, 5. maddeyle getirilen güvence özgürlük aleyhine bozulmakta olduğundan, başlangıçtaki kısıtlama nedenleri artık varlıklarını yitireceklerdir. Kişi güvenliğinin önemi nedeniyle, özgürlük kısıtlamasının kısıtlama amacıyla sınırlı olması gerekir. Sözleşme'nin 5/1c bendindeki "makul şüphe" tutukluluğun devamı için zorunlu bir koşul olmakla beraber, bu şüphe yok

⁸⁷ Wemhoff/ Almanya, 27.6.1968; Van Droogenbroeck/Belçika, 24.6.1982; A./Avusturya, 28.3.1990; Labita/İtalya, 6.4.2000.

⁸⁸ Konuyla ilgili kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 238-239.

⁸⁹ Türkiye ile ilgili kararlar: Mansur, 8.6.1995; Yağcı ve Sargın, 8.6.1995.

⁹⁰ Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969.

olmuşsa, tutukluluğun da sona ermesi gerekecektir. Yani “makul şüphe” sona ermişse, tutuklulukla ilgili “makul süre” sorunu da kalmayacaktır.⁹¹

Tutukluluktaki “makul süre” ile, yargılamayla ilgili 6. maddedeki “yargılamada makul süre” farklıdır. Kimi nedenlerle yargılama uzun sürmüş olabilir ve bu husus 6. maddeye aykırılık oluşturmayabilir; buna karşılık tutukluluğun sürdürülmesindeki uzun süre hoşgörüyü karşılanmamaktadır.⁹² Ancak, yargılama ve tutuklamada makul sürelerin değerlendirilmesinde, sanığın ve görevli makamların davranışı ile soruşturma konusunun karmaşıklığı gibi nedenlerin dikkate alındığına da rastlanmaktadır.⁹³

Buradaki tutuklulukta makul sürenin aşılması ile maddenin 5. fıkrasındaki madde hükümlerine aykırılık nedeniyle tazminat isteme hususları birbirinden farklıdır.⁹⁴

Beşinci maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre, sanığın yargılama sırasında kaçmasının önlenmesi amacıyla, salıverme bir güvenceye de bağlanabilir. Özgürlük asıl olup, tutuklama istisnai bir önlem olduğundan, tutuklamanın alternatifinin olduğu hallerde alternatifinin seçilebilmesi için, salıvermede bir güvenceye başvurulabilmesi düşünülmüştür. Bu nedenle Mahkeme, güvenceye bağlı salıverme istemlerinin sistematik biçimde reddedilmesini 3. fıkranın ihlali olarak kabul etmektedir.⁹⁵

AİHM’ye bu tür özgürlük kısıtlamalarının uzamasında da ulusal mercilerin elinde olmayan nedenleri de dikkate almak suretiyle, bir marj tanımaktadır. Bu nedenle, işin karmaşıklığı veya somut olayın olağanüstülüğünü göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, bir davada,⁹⁶ sanığın kişiliği ve dava konusunun özellikleri dikkate alınıp, dört yıl üç günlük tutukluluk süresini, komisyonun aksi görüşüne rağmen, “makul” kabul etmiştir.

Tutuklama, işlenen suçtan doğan zararın tamir ve tazmini amacıyla olmayıp, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının sağlanması amacını taşıdığından, güvence miktarı saptanırken işlenen suçun ağırlığının değil, sanığın kişisel durumunun her yönüyle incelenmek suretiyle, kaçması halinde hazineye gelir kaydedilecek paranın onda bırakacağı etkinin

⁹¹ B./Avusturya, 28.3.1990; W./İsviçre, 26.1.1993.

⁹² Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969; Matznetter/Avusturya, 10.11.1969.

⁹³ Wemphoff/Almanya 27.6.1968 B./Avusturya, 28.3.1990; Toth/Avusturya, 12.12.1991; Tomasi/Fransa, 27.8.1992; W./İsviçre, 26.1.1993; Punzeit/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000; Labita/İtalya, 6.4.2000.

⁹⁴ Tomasi/Fransa, 27.8.1992.

⁹⁵ Caballero/İngiltere, 8.2.2000.

⁹⁶ W./İsviçre, aksi görüşte karar da var. Bkz., Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

göz önünde bulundurulması zorunludur.⁹⁷ Salıvermek amacıyla sanıktan istenen kefaletin, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmaması gerekir. Bunu sağlamak için sanıktan istenebilecek teminat miktarının sanığın serveti üzerinde bırakacağı etki ve teminatla salıvermede sanığa kefil olacak kişi ile sanığın arasındaki kişisel ilişkinin yoğunluğunun dikkate alınarak verilmesi gerekir. Yani gerek kefaletin miktarı ve gerekse kefil olacak kişi ile sanığın bağlantısının yoğunluğunun sanığın kaçmasına ihtimal bırakmayacak düzeyde olması gerekmektedir. Kefalet miktarının yeterlilikten fazla da olmaması gerekir. Bu nedenle, sanığın kaçma ihtimalinin çok yüksek olduğu durumlarda, kefalet miktarının çok düşük olması da davanın seyrini olumsuz yönde etkileyeceğinden, bunun da kabul edilmemesi gerekir. Nitekim, AİHM'ye başvuru sahibinin işlediği suçun ağırlığı ve sanığın kaçma ihtimalinin yüksekliğini gözeterek, salıverme talebinin reddedilmesini 5/3. maddeye aykırı bulmamıştır.⁹⁸

c. Kişi Güvenliği ile İlgili Kararları (m. 5/4)

AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası gereğince verilen kararlarda, bu fıkranın öngördüğü denetimin, maddenin 3. fıkrasında sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır. 3. fıkrada yer alan denetim, bu fıkrada yer alan *"bu maddenin 1c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir"* biçimindeki düzenleme sadece suç işleyenlerle ilgili güvenceyi içermektedir. Oysa, dördüncü fıkrada yer alan güvence ve denetim, hangi nedenle ve şekilde olursa olsun, bütün özgürlük kısıtlamaları için koruma öngörmektedir. Ancak üçüncü ve dördüncü fıkranın birlikte uygulanması gerektiğinde birinin diğerinin yerine uygulanması da mümkündür.⁹⁹ Çünkü somut olaylarda bu iki fıkranın içiçelikleri söz konusudur.

AİHM *"habeas corpus"* yolunun açık olup olmadığını, sadece 5. maddenin 4. fıkrası bakımından değil, 5. maddenin 1. fıkrası yönünden inceleme yaptığında da dikkate almaktadır.¹⁰⁰

⁹⁷ Neumeister/Avusturya, 27.6.1968.

⁹⁸ Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s. 241; AİHM, De Jong, Baljet et Vanden Brink/Hollanda, 22.5.1984, A 78, 56-57.

¹⁰⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974 (bir kimsenin gözaltına alınması veya tutuklanmasında 4. fıkra anlamında bir mahkemenin karar vermesi halinde

Özgürlük kısıtlaması sonrası değişen koşullara göre durumun yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Çünkü, tehlikeli durum var ve ortadan kalkmış, veya tedavi amaçlı özgürlük kısıtlamasına başvurulmuş olup iyileşme sağlanmış olabilir. Bu hallerde yine 4. fıkra gereğince, belli aralıklarla durumun yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı vardır. Bu konularla ilgili kararlar, ceza sorumluluğu bulunmayan bir akıl hastasının önlem olarak psikiyatri kliniğine veya bir mükerrer yahut suç işlemeyi alışkanlık haline getiren suçlunun veya bir serserinin, örneğin; Belçika Sosyal Savunma Yasası'ndaki düzenlemeye göre, bir eğitim kurumuna alınması; veya, bir akıl hastasının iyileştirilmesi amacıyla hastaneye yerleştirilmesi; yahut, İngiliz hukukunda yer alan bakanlık emrinde ömür boyu hapis (süresiz hüküm) uygulamaları bu hususun örnekleridir.¹⁰¹

d. Sözleşme'nin 5/5 Maddesi ile İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak yapılan özgürlük kısıtlamalarının mağduru olan herkesin tazminat isteme hakkı vardır. Buradaki tazminat, bu işlemde kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazminidir.¹⁰² Sözleşme'ye taraf ülkelerin tazminatın nasıl belirleneceği hususunu iç hukuklarında düzenlemeleri gerekir. İç hukukta gerçekleştirilecek düzenlemenin güvenceli olması gerekir, aksi takdirde Sözleşme'ye aykırılık söz konusu olur.¹⁰³

İç hukukta konuyla ilgili olarak yapılan başvurudan olumsuz sonuç alan kimse, bu karara karşı AIHM'ne başvurmak suretiyle, iç hukuktaki uygulamanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasına aykırılığının tespitini isteyebilir. Sözleşme'nin 5/5. maddesinde öngörülen tazminat, Sözleşme'nin genel hüküm niteliğindeki 41. maddesinden tamamen bağımsız olup, 5. maddenin diğer fıkralarının ihlali ile ilgilidir. Ancak 5. maddedeki özel düzenlemeye rağmen, koşulların varlığı halinde, bu konuda 41. maddenin uygulanması da mümkündür.

fıkroda öngörülen hukukilik denetiminin sağlanmış sayılacağına karar verilmiştir); Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979 (tutmaya karar veren makamın mahkeme niteliğine sahip olması zorunluluğu ve 4. fıkranın öngördüğü usul güvencelerini taşıması gerekmektedir); Doğru, 2003, s. 336; benzeri kararlar için bkz., Luberti/İtalya, 23.2.1984; Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

¹⁰¹ Van Droogenbreck/Belçika, 24.6.1982; De Vilde Ooms et Versyp/Belçika; Winterwerp/Hollanda; Luberti/İtalya; E./Norveç, 29.8.1990; Bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 241-242.

¹⁰² Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 102.

¹⁰³ Hood/İngiltere, 18.2.1999; Jordan/İngiltere, 14.3.2000.

D. SONUÇ

Görüldüğü gibi, AİHS'nin 5. maddesindeki düzenleme kişi özgürlük ve güvenliği bakımından önemli güvenceler getirmektedir. Sözleşme'de yer alan kavramların anlam ve içeriğinin belirlenmesi yetkisi AİHM'ye ait olduğundan, taraf ülkelerin iç hukuklarında Sözleşme'de yer alan kavramlara farklı anlamlar yüklense de, bunların Sözleşme'ye uygun olup olmadığı hususundaki asıl yetki AİHM'nindir. Dolayısıyla iç hukuklarda Sözleşme hükümlerinin yorumunda, AİHM'nin yorumları ve kavramlara yüklediği anlamların dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, AİHM kararlarının hukukçulara ışık tutacağı kuşkusuzdur. Ancak, bu kavramların anlamlarında AİHM kararlarının göz önünde bulundurulmasının yanısıra, taraf ülkelerin yerellik marjının da dikkate alınması ve iç hukukta uygulamacıların karar ve işlemlerinde yerellik marjını çok iyi işlemeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, bilhassa mahkemelerimizin kararlarında, AİHM kararlarının yerellik marjı ile ilgili kısımlarının gerekçelerinin mutlak surette işlenmesi gerekir. Aksi takdirde AİHM'nin ihlal kararlarıyla karşılaşılır ki, bunun ülkemize pahalıya mal olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Anayasa'nın 90. maddesine getirilen söz konusu ekten sonra, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılık ve üstünlüğü (m. 11) nedeniyle, Sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla AİHM kararlarına uyulması yükümlülüğü, ülkemizin özgün koşulları dikkate alınmak suretiyle ve varsa özgün koşullarla ilgili düzenlemelerin Sözleşme'nin olur verdiği özel düzenlemelerle kıyaslanması zorunlu ve gereklidir. Esasen Anayasa'daki bu değişiklik uygulayıcılara Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü getirmekle beraber, yasama organının yerellik koşullarını dikkate alan düzenlemelerinin gözden uzak tutulacağı anlamına gelmez. Yerellik koşullarını dikkate almadan yapılacak uygulamaların kimi durumlarda sıkıntılar yaratması mümkündür. Bu itibarla olağan koşulların dışındaki düzenlemeler yanında, olağan koşullara ait düzenleme ve mahkeme kararlarının göz önünde tutulması suretiyle, bu yerelliğin haklı kıldığı nedenlerin gerçekçi bir biçimde gerekçelendirilmesi zorunludur.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Örneğin; Türkiye ile ilgili olarak verilen kararların birinde şartla tahliye bakımından suç cinsine bağlı olarak farklı uygulamanın yer alması (Gerger/Türkiye) ve yine terör suçları bakımından daha uzun gözaltı süresi öngörülmesi (Dertli ve diğerleri/Türkiye) Sözleşme'ye aykırı görülmemiştir. Bu kararlarda 14. maddede belirtilen ayırmacılık yasağının ihlal edilmediği tespitleri önemlidir.

KAYNAKLAR

- ALDERSON, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Çev. KUNTBAY, İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.*
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.*
- Birleşmiş Milletler Bildirisi (1948).*
- CABRILLAC, Rémy - FRISON, Marie Anne - ROCHE , Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7 édition, Dalloz 2001.
- COLLIARD, A. C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi (DMTD)*, C. 8, Birleşim: 131, s. 215-240 arası görüşmeler.
- DOĞU, Ergil, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001.
- DOĞRU, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003.
- ERGEC, R., *Protéction Internationale et Europeenne des Droits L’Homme*, le Droit a’ la liberté et a’ la sûreté suppléant a’ l’université libre de Bruxelles, 2é édition, 1987, 1988/1.
- FAVOREU, Luis - GAIA, Patrick - GHEVONTIAN, Richard - MESTRE, Jean Louis - PFERSMANN, Otto - ROUX, André - SCOFFONI, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçiyor): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukuksal Kolokyum*, Ankara 1992.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - GÖLCÜKLÜ, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989.
- JEZE, Gaston, “Ferdî Hürriyetler”, *AÜHFEM*, Cilt: 3, Sayı:1, 1946.
- KUZU, Burhan, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

La Grande Encyclopédie, Paris, Cilt: 14, s. 309, Sütun: 2.

MEMENTOS, Rousseau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1956.

PONTIER, Jean Marie, *Droits Fontamenteaux et Libertés Publiques*, Paris 2001.

REİSOĞLU, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001.

ROCHE, Jean Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997.

ŞAHBAZ, İbrahim, *Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Adım Yayıncılık, Ankara 1994.

ŞAHİN, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, M. Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, M. Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004.

Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yayını, Çevirenler: TAMER, Ahmet - KAPLAN, Erol, İstanbul 2000.

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ'NİN RESMİ BELGELERE ERİŞME KONUSUNDA ÜYE DEVLETLERE TAVSİYE KARARI REC (2002) 2*

Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA**

(Bakanlar Komitesi tarafından 21 Şubat 2002 tarihinde bakan yardımcılarının 784. toplantısında kabul edilmiştir)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 15. (b) maddesi hükmüne dayanarak, Avrupa Konseyi'nin amacının, üyelerinin ortak mirası olan ideal ve ilkeleri korumak ve farkına varmak gayesiyle üyeleri arasında daha fazla birlik sağlamak olduğunu göz önüne alarak,

Özellikle, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 19. maddesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 8 ve 10. maddelerini, Çevresel Konularda Bilgiye Erişme, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Erişme Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni (25 Haziran 1998 tarihinde Danimarka/ Aarhus'ta kabul edilmiştir), 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'yi (ETS No. 108); 29 Nisan 1982 tarihinde kabul edilen İfade Ve Bilgi Özgürlüğü Bildirgesi'ni; Kamu Otoritelerinin Sahip Olduğu Bilgiye Erişme Hakkında Tavsiye Kararını No. R (81) 19, Kamu Makamlarının Sahip Olduğu Kişisel Verilerin Üçüncü Kişilere İletilmesi Hakkında Tavsiye Kararını No. R (91) 10; İstatistiki Amaçlarla Toplanan ve İşlenen Kişisel Verilerin Korunmasıyla İlgili Tavsiye Kararı'nı No. R (97) 18 ve Arşivlere Erişme Hakkında Avrupa Politikası Üzerine Tavsiye Kararı'nı No. R (2000) 13 göz önünde bulundurarak,

Çoğulcu ve demokratik bir toplumda kamu yönetiminin şeffaflığının ve kamu yararını ilgilendiren konularda bilginin kolayca erişilebilir olmasının önemini göz önüne alarak,

* Recommendation Rec (2002) 2 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Official Documents.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

Eşitlik ilkesi temelinde ve açıklık kurallarına uygun olarak resmi belgelere daha fazla erişim;

- Ortak çıkarlar konusunda halkın bilinçli katılımını teşvik ederek, halka, içinde yaşadıkları toplumun durumu ve kendilerini yöneten otoriteler hakkında yeterli görüşe sahip olma ve eleştirel düşünce oluşturmaya izin verir.

- Yönetimlerin verimlilik ve etkililiğinin gelişmesini teşvik eder ve yolsuzluk riskini bertaraf ederek yönetimlerin güvenilirliğinin sürdürülmesine yardım eder.

- Kamu hizmeti ifa eden yönetimlerin meşruiyetini teyit etmeye ve kamu otoritelerine halkın güvenini güçlendirmeye katkıda bulunur.

Bu nedenle, diğer hakların ve meşru çıkarların korunması kaydıyla, resmi belgelerin içerdiği bilgiye halkın kolayca erişimini sağlamak amacıyla üye devletler tarafından en üst düzeyde çaba gösterilmesini gözönüne alarak,

Burada belirtilen ilkelerin asgari düzeyde bir standart oluşturduklarını ve bu ilkelerin resmi belgelere daha fazla erişme hakkı tanıyan ulusal yasalar ve düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla anlaşılması gerektiğini vurgulayarak,

Bu belgenin, bireyler tarafından yapılan resmi belgelere erişme istemleri konusuna yoğunlaşmasına karşılık, şeffaf ve demokratik bir toplumda faydalı görülen bir bilginin halka açık olmasını sağlamak amacıyla kamu otoritelerinin kendilerini aktif bir iletişim politikası yürütmeye adanmaları gerektiğini gözönüne alarak,

Üye ülkelerin hükümetlerine kanunlarında ve uygulamalarında bu tavsiye kararında belirtilen ilkelerin rehber olmasını tavsiye eder.

I. Tanımlar

Bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda; “*kamu otoriteleri*” şu anlama gelmektedir:

- Milli, bölgesel ve yerel düzeyde hükümet ve yönetimler,
- Milli hukuk tarafından izin verildiği ölçüde kamu görevi ifa eden veya idari yetki kullanan gerçek ve tüzel kişiler.

“Resmi belgeler” ise, hazırlık aşamasında olan belgeler istisna olmak üzere, kamu otoritelerinin sahip olduğu ve herhangi bir kamu veya idari fonksiyona bağlı, herhangi bir şekilde kaydedilmiş, hazırlanmış veya alınmış tüm bilgiler anlamına gelmektedir.

II. Kapsam

1. Bu tavsiye kararı yalnızca kamu otoritelerinin sahip olduğu resmi belgelerle ilgilidir. Bununla birlikte, üye devletler kendi ulusal hukuklarının ve uygulamalarının ışığı altında bu tavsiye kararındaki ilkelerin yasama organları ve yargı otoritelerinin sahip olduğu bilgilere hangi ölçüde uygulanabileceğini gözden geçirmelidir.

2. Bu tavsiye kararı, Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme’de öngörülen erişim hakkını veya erişim kısıtlamalarını etkilemez.

III. Resmi Belgelere Erişme Hakkında Genel İlke

Üye devletler, kamu otoritelerinin sahip olduğu resmi belgelere, istek üzerine, herkesin erişebilmesi hakkını güvence altına almalıdır. Bu ilke, her şart altında ulusal köken de dahil ayırım gözetilmeksizin uygulanır.

IV. Resmi Belgelere Erişmede Olası Kısıtlamalar

1. Üye devletler resmi belgelere erişme hakkını kısıtlayabilir. Kısıtlamalar, tam olarak kanunda yazılmalı, demokratik bir toplumda gerekli olmalı ve koruduğu amaçla orantılı olmalıdır:

- i. Milli güvenlik, savunma ve uluslararası ilişkiler
- ii. Kamu güvenliği,
- iii. Suç oluşturan eylemlerin önlenmesi, araştırılması ve kovuşturulması,
- iv. Kişinin özel yaşamı ve diğer meşru özel çıkarlar,
- v. Özel ya da kamusal olsun ticari ve diğer ekonomik çıkarlar,
- vi. Mahkeme işlemleriyle ilgili olarak tarafların eşitliği,
- vii. Doğa,
- viii. Kamu otoritelerince yapılan teftiş, kontrol ve denetim,

ix. Devletin ekonomik, parasal ve döviz kuru politikaları,

x. Bir konunun kurum içi hazırlığı esnasında kamu otoritelerinin kendi içinde veya diğer otoritelerle yaptığı müzakerelerin gizliliği.

2. Açıklanmasında üstün bir kamu yararı olmadıkça, 1. paragrafta zikredilen herhangi bir çıkara zarar verecekse veya zarar verme ihtimali doğuracaksa resmi belgelerin içerdiği bilgilere erişim reddedilebilir.

3. Üye devletler, 1. paragrafta zikredilen kısıtlamaların uygulamadan kalkacağı tarih ile ilgili süre kaydı koymayı göz önünde bulundurmalıdır.

V. Resmi Belgelere Erişim İstemi

1. Resmi belge isteminde bulunan bir kişi resmi belgeye erişmek için gerekçe bildirmekle yükümlü tutulmamalıdır.

2. İstem ile ilgili formaliteler minimum düzeyde tutulmalıdır.

VI. Resmi Belgelere Erişim İstemlerinin Yürütülmesi

1. Resmi bir belgeye erişim istemi, belgeye sahip olan kamu otoritesince yerine getirilmelidir.

2. Resmi belgeye erişim istemi eşitlik ilkesi temelinde ele alınmalıdır.

3. Resmi belgeye erişim istemi gecikmeksizin ele alınmalıdır. Karar, daha önce belirtilen süre kaydı içinde verilmeli, tebliğ edilmeli ve yerine getirilmelidir.

4. Kamu otoritesi istenen resmi belgeye sahip değilse, mümkün olan durumlarda, müracaat sahibini yetkili kamu otoritesine yönlendirmelidir.

5. Kamu otoritesi, istenen resmi belgeyi belirlemesi hususunda müracaat sahibine mümkün olduğunca yardımcı olmalıdır. Fakat istenen resmi belge belirlenemeyen bir belge ise kamu otoritesi istemi yerine getirmekle yükümlü değildir.

6. Resmi belgeye erişim istemi, açıkça makul değilse reddedilebilir.

7. Resmi belgeye erişim istemini tamamen veya kısmen reddeden kamu otoritesi red gerekçelerini bildirmelidir.

VII. Resmi Belgelere Erişim Şekilleri

1. Resmi bir belgeye erişim hakkı tanındığı zaman, kamu otoritesi müracaat sahibinin tercihlerini olabildiğince dikkate alarak belgenin orijinalini incelemesine izin vermeli veya bir kopyasını vermelidir.

2. Resmi bir belgedeki bilgilerin bazıları için bir kısıtlama varsa, buna rağmen kamu otoritesi belgenin içerdiği bilginin geri kalan kısmına erişim hakkı tanınmalıdır. Erişim hakkı tanınmayan kısımlar açıkça belirtilmelidir. Bununla birlikte, belgenin kısmi versiyonu yanıltıcı veya anlamsız ise bu tür bir erişim reddedilebilir.

3. Kamu otoritesi, müracaat sahibine kolayca erişilebilir alternatif kaynaklar sunarak resmi bir belgeye erişim hakkı sağlayabilir.

VIII. Resmi Belgelere Erişim Ücretleri

1. Kural olarak, belgenin bulunduğu yerde orijinal resmi belgelere erişim ücretsiz olmalıdır.

2. Resmi belgenin kopyası için müracaat sahibinden, makul ve kamu otoritesin yaptığı gerçek masrafları aşmayan bir ücret alınabilir.

IX. İnceleme Prosedürü

1. Resmi belgeye erişim istemi tamamen veya kısmen reddedilen, işleme konmayan veya ilke VI. 3'te zikredilen süre içerisinde cevapsız bırakılan müracaat sahibi, bir hukuk mahkemesine veya kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız diğer bir otorite önünde bir inceleme prosedürüne erişme hakkına sahip olmalıdır.

2. Müracaat sahibi, kamu otoritesinin başvuruyu yeniden gözden geçirmesinde ve yukarıda paragraf 1'de belirtilen incelemede hızlı ve pahalı olmayan bir inceleme usulüne erişim hakkına daima sahip olmalıdır.

X. Tamamlayıcı Tedbirler

1. Üye devletler aşağıdaki konularla ilgili gerekli tedbirleri almalıdır;

i. Resmi belgelere erişim hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağı konusunda halkı bilgilendirmek,

ii. Bu hakkın yerine getirilmesi ile ilgili olarak görev ve sorumlulukları konusunda kamu görevlilerinin eğitilmelerini sağlamak,

iii. Müracaat sahiplerinin bu hakkı kullanabilmelerini sağlamak.

2. Bu amaç doğrultusunda kamu otoriteleri özellikle şunları yapmalıdır;

i. Belgelerini kolayca ve hızlıca erişilebilecek şekilde düzenlemeli,

ii. Belgelerin korunması ve imha edilmesi hakkında açık ve yerleşik kurallar uygulamalı,

iii. Sorumlu oldukları konular ve aktiviteler hakkında mümkün olduğunca, örneğin sahip oldukları belgelerin listesini veya kayıtlarını hazırlamak gibi, bilgiye kolayca erişilebilmesini sağlamalıdır.

XI. Kamu Otoritelerinin İnisyatifiyle Halka Açıklanan Bilgiler

Bir kamu otoritesi uygun olan durumlarda ve kendi inisiyatifiyle, elindeki bilgiler kamu yönetiminin şeffaflığını ve yönetimlerin iç işleyişinde verimliliğini artırma amacına hizmet edecekse veya kamu yararını ilgilendiren konularda halkın bilinçli katılımını teşvik edecekse, bunları halka açıklamak için gerekli tedbirleri almalıdır.

2004 TÜRK CEZA KANUNU'NUN BİLİŞİM SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Olgun DEĞİRMENCİ*

1. GENEL

Yeni Türk Ceza Kanunu (2004 TCK) 26 Eylül 2004 tarihinde TBMM'ce kabul edilmiş ve 12 Ekim 2004 tarihli 25611 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır. 2004 TCK'nın 344. maddesi uyarınca üç maddesi hariç olmak üzere¹ 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yeni TCK yürürlüğe girdikten sonra 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu (1926 TCK) yürürlükten kaldıracaktır.

Klasik Okul'un temsilcileri tarafından hazırlanan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak oluşturulan 1926 TCK'sında² 1936 yılından itibaren 60 kez değişiklik yapılmış, bu değişikliklerle beraber TCK'nın yanı sıra bir çok ceza hükümleri içeren kanun kabul edilmiştir.³ 1926 TCK'sında yapılan değişikliklerin beraberinde 1940 yılından başlamak üzere çeşitli ceza kanunu tasarıları hazırlanmıştır.

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

¹ 2004 TCK'nın 344. maddesi gereğince "İmar Kirliliğine Neden Olma" başlıklı 184. maddesi yayım tarihinde, "çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin Taksirle Kirlenmesi" başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe girecektir.

² 1926 TCK'sının hazırlanma süreci hakkında detaylı bilgi için bkz., Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.37 vd.

³ Sözüer, Adem, "Uluslararası Deneyimlerin Işığında Kişi Hak ve Özgürlükleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 9.

Bu alanda ilk tasarı olan 1940 Tasarısı, 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmış ancak gerek İkinci Dünya Savaşı'nın etkisi, gerekse de 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun adının faşist kanuna çıkmasından ötürü kanunlaşmamıştır.⁴ 1940 Tasarısı'nı kanunlaşma fırsatı bulamayan diğer bir tasarı olan 1958 Tasarısı izlemiştir.⁵ Yeni TCK oluşturma çalışmaları 1958 Tasarısı'ndan sonra da devam etmiş, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan komisyon 1987'de çalışmalarını tamamlamış ve 1987 TCK Öntasarısı gerekçesiyle birlikte yayımlanmıştır.⁶ 1987 Öntasarısı yayımlanmasından sonra ağır eleştirilere uğramıştır.⁷ 1987 TCK Öntasarısı yayımlandıktan sonra ilgili kurum ve kuruluşlar görüşlerini bildirmeye davet edilmiş, Adalet Bakanlığı gelen eleştirileri de dikkate alarak yeni bir komisyon görevlendirmiş ve görevlendirilen komisyon tarafından son şekli verilen 1989 Öntasarısı ceza kanununu değiştirme gayretleri içinde tarihteki yerini almıştır.⁸ 1989 TCK Öntasarısı birkaç değişiklik haricinde 1987 TCK Öntasarısı esas alınarak hazırlanmıştır.⁹ 1989 TCK Öntasarısını 1997, 2000 ve 2003 TCK Tasarıları izlemiştir.¹⁰

Bu çalışmamızda 2004 TCK'nın farklı maddelerinde düzenlenen "Bilişim Alanında Suçlar" a ilişkin hükümlerin bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

2. BİLİŞİM SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

a. Genel

Bilişim suçlarının Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenerek, bilişim sistemleri aracılığıyla veya bilişim sistemlerine karşı işlenen fiillerin yaptırım altına alınması 14.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile olmuştur. Söz konusu Kanun'un kabulüne kadar Türk hukuk mevzuatında bilişim suçlarının düzenlendiği ilk metin 1989 TCK Öntasarısıdır. 2 yıl önce oluşturulan 1987 TCK Öntasarısı'nda bilişim suçları ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilişim suçları, her ne kadar, ilk öntasarı metninde yer almasa da, ikinci komisyon tarafından hazırlanan metinde "Özel Hüküm-

⁴ Artuk - Çınar, s. 46; Avcı, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 206, 207.

⁵ *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Ankara 2004, s. 20.

⁶ Artuk - Çınar, s. 48 vd.; Avcı, s. 207, 208.

⁷ Eleştiriler için bkz., Artuk - Çınar, s. 50, 51.

⁸ Artuk - Çınar, s. 54, 55; Avcı, s. 208.

⁹ Artuk - Çınar, s. 55.

¹⁰ Tasarılar ve eleştirileri için bkz., Artuk - Çınar, s. 55 vd.

ler" başlıklı 2. kitabın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı 2. kısmının "Bilişim Alanında Suçlar" başlıklı 9. bölümünde 342 ila 346. maddeler arasında düzenlenmiştir.¹¹

1989 TCK Öntasarısı birkaç ufak değişiklik haricinde TCK'da değişiklik yapan 3756 sayılı Kanun'un esas olmuştur. 14.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 525. maddeden sonra gelmek üzere, "Bilişim Alanında Suçlar" başlıklı "On birinci Bab" eklenmiştir.¹² Yürürlükteki Kanun'un "On birinci Bab"ında yer alan "Bilişim Alanında Suçlar" 4 maddede düzenlenen 5 adet suç tipinden oluşmaktadır. 3756 sayılı Kanun'la TCK'da yapılan değişiklikler eleştirilmiş ve yetersiz görülmüştür. Çok özel bir alana ait olan bilişim suçlarına TCK gibi genel hükümleri düzenleyen bir yasada yer verilmemesi gerektiği yönünde eleştiriler olduğu gibi, sadece veri hırsızlığının düzenleme altına alındığı, telif haklarının madde kapsamına dahil olmamasının büyük bir eksiklik olduğu yönünde de eleştirilmiştir.¹³ Bu değişiklik yapılmadan önce de, bilişim alanındaki suçlardan bir çoğunu TCK'da yer alan düzenlemelerle müeyyide altına alma imkanı bulunsa da.¹⁴ ceza hukukundaki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ve "kıyas yasağı" gibi ilkeler göz önüne alınırsa değişikliklerin yerinde olduğu şüphesizdir.¹⁵

Bilişim suçları, yukarıda kısaca anılan tasarıların bazılarında yeniden ele alınmış ve düzenlenmiştir. Bilişim suçları; 1997 TCK Tasarısı'nda, 1989 TCK Öntasarısı'nda olduğu gibi ikinci kitabının ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında 347-352. maddelerinde düzenlenmiştir. İlk bakışta Tasarı'nın, diğer tasarı ve dolayısıyla 3756 sayılı Kanun'dan ilk farkı "bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş sistem" ibaresi yerine "bilişim sistemi" ibaresini, aynı kavramı karşılamak üzere kullanmasıdır. Tasarı'da göze çarpan diğer bir fark ise; bilişim sistemlerine girme

¹¹ Akbulut, Berrin Bozdoğan, "Bilişim Suçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Milenyum Armağanı, S: 1-2, C. 8, 2000, s. 503; Yazıcıoğlu, Yılmaz, *Bilgisayar Suçları Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle*, İstanbul 1997, s. 207.

¹² Kanun 6.6.1991 tarihinde kabul edilmiş, 14.6.1991 tarihinde 20901 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹³ Erem, Faruk, "Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu", *Yargıtay Dergisi*, C. 17, S. 4, 1991, s. 437; Önder'in eleştirileri değişik hukuki yararların aynı madde içinde yer almasından dolayı düzenlemenin sistem dışı yapıldığı yönündedir; Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 506.

¹⁴ 525 b maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerine karşı nas-1 ızzar fiillerinin, nas-1 ızzar ve hırsızlık (TCK 516 ve 491) suçlarını düzenleyen maddeler ile müeyyide altına alınması gibi.

¹⁵ Ersoy, Yüksel, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *AÜSBFD*, C. 49, S. 3-4, 1994, s. 162; Yazıcıoğlu, s. 206.

eyleminin ayrıca verilerin ele geçirilmesi koşulu gözetilmeden suç haline getirilmesidir. Böylece bilişim sistemlerinde bulunan, kişiye özel alanların ihlal edilmesi müeyyidelendirilmektedir.¹⁶

Bilişim suçları 2000 TCK Tasarısı'nın ikinci kitabının ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlığı altında 346-352. maddelerinde düzenlenmiştir. Yine Tasarı'nın ikinci kitabının birinci kısmının sekizinci bölümü "*Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar*" başlığı altında yer alan 197 ve 198. maddeleri de bilişim suçu kapsamında değerlendirilebilir.

Bilişim suçlarının TCK Tasarıları'nda düzenleniş sistemine kısaca değindikten sonra 2004 TCK'da yer alan düzenlemenin değerlendirmesine geçebiliriz.

b. Düzenleme Yeri Açısından

Bilişim suçları 2004 TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabının, "*Toplumla Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının, "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Tasarı'da bölüm başlığı "*Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar*" olarak yer almaktaydı. "*Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar*" başlığı, bilişim suçlarının sadece bilişim sistemlerine karşı suçları ihtiva ettiğini düşündürmesi bakımından yerinde değildir. Nitekim, bilişim suçları hem bilişim sistemlerine karşı suçları, hem de bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçları ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun tasarıdan ayrılmasını yerinde bulmaktayız.¹⁷ Ayrıca bilişim sistemlerine karşı veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçların kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal etme olasılığı mevcuttur. Ancak; bu olasılıktan öte düşünülmesi gereken, bu suçların aracı edilmesi suretiyle toplumun hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesi, bir başka açıdan toplum hayatının felç edilmesi ihtimalidir. Kullandığı bilişim ağı vasıtasıyla kişisel bir bilgisayara sızan bilgisayar suç failinin eyleminin önemi, yine bu ağı kullanmak suretiyle trafik sinyalizasyon sistemi veya havaalanı kontrol bilgisayarlarını işlev dışı bırakan failin eylemi yanında göz ardı edilebilecek düzeydedir. Bilişim suçları vasıtasıyla ihlal edilen hak ve menfaatlerden topluma ait olanların daha önemli olması sebebiyle "*Bilişim Alanında Suçlar*"ın düzenleme yerinin uygun olduğu kanaatindeyiz. Ancak

¹⁶ Değirmenci, Olgun, Bilişim Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 153 vd.

¹⁷ Aynı görüş için bkz., Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Bilişim Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 142, 143 (Bilişim Suçları olarak anılacaktır).

unutulmamalıdır ki, mevcut düzenleme ile bireylerin hak ve menfaatleri de koruma altına alınmaktadır.

c. Kullanılan Terminoloji Açısından

2004 TCK'da bölüm başlığı açısından bir değişiklik yaratılmadığı açıktır. Nitekim 1926 TCK'da da kullanılan "*Bilişim Alanında Suçlar*" ibaresi, 2004 TCK'da aynı şekilde yer almaktadır. 2004 TCK'nın 243 ve 244. maddelerinde "*bilişim sistemi*" kavramını kullanmaktadır. 1926 TCK'da bulunmayan "*bilişim sistemi*" kavramı, 1997 ve 2000 Tasarıları'nda yer almaktadır. Bilindiği gibi; 1926 TCK'da kullanılan "*bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem*" kavramından doktrinde bilgisayarlar anlaşılmaktaydı. Bilişim kavramı bilgisayara göre daha geniş bir alanı kapsayan, bu şekliyle bir üst kavramdır. Fransızca "*information*" (bilgi) ve "*automatique*" (otomatik) kelimelerinin birleşiminden oluşan "*informatique*" kelimesinden Türkçeleştirilen enformatik olarak da bilinen bilişim, teknik, ekonomik, sosyal, hukuk ve benzeri alanlardaki verinin saklanması, saklanan bu verinin otomatik olarak işlenmesi, organize edilmesi, değerlendirilmesi ve aktarılması ile ilgili bir bilim dalıdır.¹⁸ Bilgisayar verilerin depo edilmesi, saklanması, işlenmesi ve yeniden değerlendirilmesi faaliyetlerini, diğer bir anlatımla veri-işlemi tek başına gerçekleştirebilmektedir. Bilişim ise, hem verilerin işlenmesini yani veri-işlemi hem de verilerin aktarılmasını yani veri-iletişimini kapsamaktadır. Bilişim sistemi kavramının kullanılması, veri iletişimi sağlayan tüm cihaz ve sistemleri kapsayacağından dolayı yerindedir. Nitekim bu suretle, günümüzün eklenen özellikleri ile veri saklanması mümkün olan gelişmiş cep telefonlarına kablolu veya kablosuz olarak hukuka aykırı erişim eylemi de suç olarak düzenlenmiştir.

Kanunun gerekçesinde bilişim sistemi "*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yerinde olarak belirtildiği üzere tanım ile kastedilen bilgisayarlardır ve bilişim sistemini tanımlamakta yetersiz kalmaktadır.¹⁹ Tanımda bilişim sisteminin açık olarak veriyi saklayan, saklanan veriyi otomatik olarak işleyen, değerlendiren, organize eden ve aktaran sistemler olduğu belirtilmelidir.

2004 TCK'da kullanılan terminoloji açısından diğer bir fark ise 1926 TCK'da yer alan ve tekrar olmaktan öteye geçmeyen "*verileri, programları*

¹⁸ Yenidünya, A. Caner - Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul 2003, s. 27.

¹⁹ Yazıcıoğlu, *Bilişim Suçları*, s. 143.

veya diğer herhangi bir unsuru” ibaresini kullanmaması, sadece “*veri*” den bahsetmesidir. Veri, bilgisayarda yer alan formatlanmış bilgidir. Bu bakımdan veri kavramının, bilişim sisteminde yer alan programları da kapsadığı kanaatindeyiz. Nitekim Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nin 1. maddesinde “*bilgisayar verisi*” teriminin, bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgi ve konsepti ifade ettiği belirtilmektedir.

d. Düzenleme Sistemi Açısından

Mukayeseli hukukta bilişim suçlarının düzenlenmesinde temel olarak iki eğilim göze çarpmaktadır. Kimi ülkeler bilişim suçlarını bağımsız yasalarda düzenlemektedir. Birinci eğilime örnek olarak; Avusturya 2000 tarihli Mahremiyet Yasası, Şili 1993 tarihli Otomatik Bilgi İşlem Suçları Yasası, Hindistan 2000 tarihli Bilgi Teknolojileri Yasası, İsrail 1995 tarihli Bilgisayar Yasası, Malezya 1997 tarihli Bilgisayar Suçları Yasası, İngiltere 1990 tarihli Bilgisayarın Amaca Aykırı Kullanımı Yasası gösterilebilir. Bu konuda ikinci eğilim ise bilişim suçlarını genel ceza kanunları içinde düzenlemektir. Bilişim suçlarını genel ceza kanunları içerisinde müeyyide altına alan ülkelerin düzenlemeleri dikkate alındığında kimi ülkeler bilişim suçlarını, farklı hukuki yararları ihlal eden suç tiplerini de içine alacak şekilde bir bölüm halinde düzenlemektedir. Örneğin; 1926 TCK’da farklı hukuki menfaatleri içeren suçları, bilişim faaliyeti ortak nokta olmak üzere bir bab’ta düzenlenmiştir. Genel ceza kanunlarında düzenleme yapan diğer ülkelerde Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, bilişim suçları ilgili hukuki menfaatin düzenlendiği yerde yer almakta, ayrı bir bab veya fasıl halinde düzenlenmemektedir.

2004 TCK’ya bakıldığında ilk olarak bilişim suçlarını farklı hukuki yararları ihlal eden suç tiplerini içerecek şekilde bir kısımda düzenlendiği görülmektedir. Ancak 2004 TCK getirdiği düzenleme ile mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden farklı çizgi taşımaktadır. Nitekim bilişim sistemlerine hukuka aykırı erişim (m. 243), sistemin işleyişini engelleme ve bozma (m. 244/1), sistemde yer alan verilere karşı işlenen eylemler (m. 244/2), sistem kullanılarak haksız menfaat sağlama (m. 244/4), banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı kullanımı (m. 245/1), sahte banka veya kredi kartları oluşturma ve kullanma (m. 245/2) eylemleri “*Onuncu Bölüm*”de düzenlenirken, 142. maddede nitelikli hırsızlık olarak, 158. maddede nitelikli dolandırıcılık olarak bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar düzenlenmektedir. Kanun bu şekliyle bilişim suçlarının bir kısmını ayrı bir

bölümde, bir kısmını ise ilgilendirdiği hukuki menfaatin yer aldığı yerde düzenlemek suretiyle karma bir sistemi benimsemiştir. Nitelikli hırsızlık ve dolandırıcılık olarak düzenlenen suçların, “Onuncu Bölüm”de ayrı bir maddede düzenlenmesi yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2004 TCK’nın “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü incelenecek olursa, 245/2. fıkrasındaki ayırık durum hariç olmak üzere²⁰ düzenlenen tüm suçların ortak noktası ağırlıklı olarak bilişim sistemlerine karşı işlenen eylemlerden oluşmasıdır. Bu anlamda kanun koyucu bilişim sistemlerine karşı işlenen eylemleri “Onuncu Bölüm”de, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçları ise ihlal edilen hukuki menfaate uygun olarak ilgili maddede²¹ düzenlemiştir.

e. Düzenlenen Suç Tipleri Açısından

1. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK 135): Avrupa Topluluğu antlaşmasının, Nice antlaşması ile değiştirilen 14. maddesine dayanarak 1995 tarihinde yürürlüğe konulan Avrupa Birliği “Veri Koruması Direktifi”nin 2. maddesine göre kişisel veri; belirli ya da belirlenebilen gerçek kişiler hakkındaki her türlü veri anlamına gelmektedir. Bu veriler gerçek kişiyle ilişkilendirilerek kişinin tespit edilmesini mümkün kılacaktır, fiziksel, psikolojik, psişik, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine ilişkin bilgilerdir.²² Keza; Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 28 Ocak 1981 tarihli 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin²³ 2. maddesinde de kişisel veri tanımlanmıştır.²⁴ Bu tanıma göre kişisel veri, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder. 2004 TCK bu tür verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini 135. maddesinin 1. fıkrasında suç olarak düzenlemiştir.

²⁰ 245. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç sadece bilişim sistemlerine karşı işlenen bir suç hüviyetinde değildir. Bu fıkra da tanımlanan suç hem bilişim sistemlerine karşı işlenen hem de bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen bir suçtur.

²¹ Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen nitelikli hırsızlık eyleminin 142. maddenin 2. fıkrasının e bendinde, nitelikli dolandırıcılık eyleminin ise 158. maddenin 1. fıkrasının f bendinde düzenlenmesi.

²² Başalp, Nilgün, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet”, *İnternet ve Hukuk Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar İnternet ve Ceza Hukuku (Panel) Bilişim Hukukuna İlişkin Hukuki Metinler* (Der.: Yeşim M. Atamer), İstanbul 2003, s. 11 vd.

²³ Sözleşme Türkiye tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmıştır ancak onay yasası henüz çıkarılmadığı için yürürlüğe girmemiştir.

²⁴ Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz., www.avrupakonseyi.org.tr/tur/antlasma/aas_108.htm 31.01.2005, İngilizce metin için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/en/CadreListeTraites.htm>, 31.01.2005

135. maddenin 2. fıkrasında bir takım kişisel veri türlerini kaydetmeyi suç haline getirmiştir. Bu düzenlemenin anılan Direktif ve Sözleşme hükümleri paralelinde gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Nitekim ilgili direktif ırk, etnik köken, siyasi görüş, dini inanç, sendika üyeliği, sağlık ve cinsel yaşam gibi bir takım özellikli veriler için işlem yasağı getirmiş ve istisnalar haricinde kaydedilmeyeceğini hükme bağlamıştır.²⁵ Aynı şekilde 108 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde; iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk, siyasi düşünce, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel veriler ve ceza mahkumiyetlerinin kaydedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 135. maddenin 2. fıkrasında ise, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına, veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin hiçbir şekilde kaydedilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere siyasi, felsefi veya dini görüşleri ile irki kökenlerine ait verilerin hiçbir şekilde tutulmamasına karşın, kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin kaydına, suçlulukla mücadele, suç ve suçluların ortaya çıkarılması amacıyla kanunlarda izin verilebilecektir. Dolayısıyla bu izin kapsamında eylem suç oluşturmayacaktır.

Madde ile 108 sayılı Sözleşme'nin hayata geçirildiğini söyleyebiliriz. Belirtmeliyiz ki, madde sadece bilişim sistemleri aracılığıyla verilerin kaydını değil, manuel sistemler kullanılmak suretiyle verilerin kaydını da kapsamı altına almaktadır.

Gerek 1981 tarihli sözleşme ve gerekse de Avrupa Birliği'ne üye olma sürecinde mevzuatını uyumlaştırma gayreti ile ilgili Direktif hükümleri de dikkate alınarak konuyu düzenlemek için "*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından başlatılan çalışmalar 1 Haziran 2004 tarihi itibarıyla bitirilerek Başbakanlığa sevk edilmiştir. Halen Başbakanlık'ta olan kanun tasarısı hayata geçirilmediği sürece; 135, 136 ve 138. maddede düzenlenen suçların bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmek zorundayız.²⁶

²⁵ Başalp, s. 18, 19.

²⁶ Kanun tasarısı hakkındaki eleştiriler için bkz., Beyli, Ceylin, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısına Üzerine Eleştiriler", www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/docs/tbs_kisisel_veri_ceylin_beyli_gorus1.pdf 30.01.2005; kişisel veri hakkında ayrıca bkz., Şimşek, Oğuz, 4422 Sayılı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanun'un 4. Maddesine Göre "Kayıt ve Verilerin İncelenmesi" ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi01_09.htm, 30.01.2005.

2. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK 136): 2004 TCK'nın 136. maddesinde hukuka uygun veya aykırı olarak kaydedilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suç halinde düzenlenmiştir. Burada başkasına verilen, yayılan veya ele geçirilen verilerin 135. madde kapsamında kaydedilmesine gerek yoktur. Başka bir anlatımla hukuka aykırı olarak kaydedilen kişisel veriler ile, 135. maddenin 2. fıkrası gereğince hiç kayıt altına alınmaması gereken kişisel veriler, 136. maddede düzenlenen suçun konusu olabilecektir. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydeden ve daha sonra başkasına veren kişi hem 135. maddedeki suçu, hem de 136. maddede yer alan suçu işlemiş olacaktır. Bu durumda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekecektir. Kimi yazarlarca 136. maddenin, 1926 TCK'nın 525a maddesinin karşılığı olduğu ifade edilmektedir.²⁷ Ancak belirtmeliyiz ki, 136. maddede başkasına verilen, yayılan veya ele geçirilen veri kişisel veridir. Yani, 1981 tarihli Sözleşme ve Veri Koruma Direktifi'nin 2. maddesinde tanımlanan anlamda kişisel veridir. Halbuki, 525a maddesi bilişim sisteminde yer alan tüm verileri, kişisel veri olup olmadığına bakmaksızın koruma altına almaktadır. Bu anlamda, 525a maddesinde tanımlanan veri ile 136. madde anlamındaki kişisel veri iç içe geçen iki daireye benzetilebilir. İçteki daire 136. madde anlamındaki kişisel veriyi simgelemektedir. 525a maddesi ile korunan alan daha geniştir ve 136. madde ile bu alanın küçük bir kısmı koruma altına alınmaktadır. Konuya ilişkin açıklamalarımızı tamamlamadan önce; 135 ve 136. maddelerde düzenlenen suçların sadece bilişim sistemlerinde yer alan kişisel veriler için değil manuel yollardan derlenen (örneğin; kişisel verilerin kağıtlara yazılarak dosyalanması) kişisel verilerde de uygulama alanı bulacağı gerekçeden anlaşılmaktadır.

3. Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK 138): Hukuka uygun olarak kaydedilen kişisel verilerin, kanunlarda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına karşın yok edilmemesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanunlarda süreler belirlenirken iki menfaat arasında dengeli bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir yandan kişisel verilerin kaydı ile güdülen amaç gerçekleştirilecek, diğer yandan ise hukuka uygun kişisel verileri kaydedilen gerçek kişilerin kişilik hakları ihlal edilmeyecektir.

4. Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu (TCK 243): 2004 TCK ile gelen yeni bir suç tipi 243. maddede yer almaktadır. Gerek mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, gerekse de Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 2.

²⁷ Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Ankara 2004, s. 211.

maddesine uygun olarak bilişim sistemine, herhangi ek bir şart aranmaksızın, hukuka aykırı erişme fiili suç olarak düzenlenmiştir. 1926 TCK'nın 525a maddesinde yer alan düzenleme bilişim sistemine hukuka aykırı erişimi müstakil bir suç olarak cezalandırmamaktadır. 1926 TCK'nın 525a maddesinde yer alan suçun oluşumu için sistemde yer alan programın, verinin veya diğer herhangi bir unsurun hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi gerekmektedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığında bir çok ceza kanunu, başka bir şart aranmaksızın, hukuka aykırı erişimi suç olarak düzenlemiştir. İnceleme olanağı bulduğumuz kanunlardan;²⁸ Çin Halk Cumhuriyeti CK (m. 285) ulusal savunma ve güvenlikle ilgili bilişim sistemlerine yetkisiz ulaşımı, sırların öğrenilmesi veya ifşası gibi başkaca suçlara sebep olmasa bile cezalandırmaktadır. Belçika CK (Kasım 2000'de eklenen bilgisayar suçlarına ilişkin 550. madde) yetkisiz olduğunu bilmesine rağmen bir bilişim sistemine erişen veya mevcut erişimini yetkisiz olarak devam ettiren kimsenin cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Şili 7 Haziran 1993 tarihli Otomatik Bilgi İşlem Suçları Kanunu'nun 2. maddesine göre, hukuka aykırı olarak bilişim sistemine erişmek başlı başına suçtur. İsrail Bilgisayar Kanunu'nun 4. kısmında hukuka aykırı olarak bilgisayardaki veriye erişim suç olarak düzenlenmiştir. İtalyan CK (m. 615-ter) güvenlik önlemleriyle korunan bilişim veya telematik sistemlerine hukuka aykırı olarak girmeyi veya hak sahibinin açık veya zımni rızası hilafına orada kalmayı suç olarak düzenlemiştir.

1997 (m. 347) ve 2000 (m. 346) TCK tasarılarında da yer alan hukuka aykırı erişim suçunun; 2004 TCK'ya dahil edilerek bilişim suçları arasında düzenlenmesini uygun bulmaktayız. 243. maddenin 2. fıkrasında hukuka aykırı erişim fiilinin bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. 243. maddenin 3. fıkrasında ise suçun netice sebebiyle ağırlaşan hali düzenlenmiştir. Failin kastının ayrıca verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesine yönelik olmasına gerek yoktur. Hukuka aykırılık bilinci ile sisteme yetkisiz erişen kişi, bu eylemi sonucunda verilerin yok olmasına veya değiştirilmesine sebebiyet vermişse, ceza 243. maddenin 3. fıkrasına göre belirlenecektir. Ancak belirtmeliyiz ki, 243. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme bir objektif sorumluluk hali de değildir. Nitekim 23. madde gereğince netice sebebiyle ağırlaşmış sonuçtan sorumlu tutulabilmek için en azından taksirli bir harekete ihtiyaç bulunmaktadır.

²⁸ Kanun metinleri için bkz., Schjolberg, Stein, *The Legal Framework - Unauthorized Access to Computer Systems Penal Legislation In 44 Countries* (Updated April 7, 2003), www.mosstingrett.no/info/legal.html the legal framework.htm, 25.01.2005.

5. Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme ve Bozma Suçu (TCK 244/1): Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen "*Sistemlere Müdahale*" fiillerine uygun bir düzenleme 2004 TCK'nın 244. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra metnine göre bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suç olarak kabul edilmiş ve müeyyide konulmuştur. 1926 TCK'da bu suçun karşılığı olan 525b/1 maddesinde düzenlenen "*Sistem ve Unsurlarına Zarar Verme*" suçu ile 244. maddenin 1. fıkrasında yer alan suç arasında göze çarpan ilk fark, 525b/1 maddesindeki suçun oluşumu için özel kasta ihtiyaç bulunmasına rağmen,²⁹ 244. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun genel kast ile işlenmesinin yeterli olmasıdır. Suç seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketlerden her biri birçok surette gerçekleştirilebilecektir. Örneğin; bilişim sisteminde yer alan verilere yeni veriler ilave etmek, veriyi tahrip etmek, silmek, bozmak, değiştirmek veya erişilmez kılmak suretiyle sistemin işleyişi engellenebilir veya bozulabilir. Ayrıca sisteme erişmeden de sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması da mümkündür. Örneğin; işleyen sisteme yöneltilen yoğun elektro manyetik dalgalarla sistem merkezi işlem biriminin işleyişi bozulabilir veya engellenebilir.

6. Bilişim Sisteminde Yer Alan Verilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 244/2): Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenen "*Verilere Müdahale*" eylemleri 2004 TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 1926 TCK'da aynı suç 525b/1 maddesinde düzenlenmektedir. Sistemde yer alan verilere karşı; verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilmez kılmak, sisteme ek olarak veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle suç işlenebilir. Fıkra seçimlik hareketli bir suç düzenlemiştir. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç tamamlanmış olacaktır. Birden fazla seçimlik hareket ifa edildiği zaman yine tek suç oluşmuş olacaktır. Şunu ifade edelim ki; 244. maddenin 2. fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerin ifası halinde, sistemin işleyişi engellenebilir veya bozulabilir. Bu durumda fikri içtima kurallarının somut olaya uygulanması gerekecektir.

7. Bilişim Sisteminin Kullanarak Haksız Menfaat Sağlama Suçu (TCK 244/4): 1926 TCK'nın 525 b/2 maddesinde "*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye ... ceza verilir.*" demek suretiyle, bilişim sistemleri aracılı-

²⁹ 1926 TCK'nın 525b/1. maddesinde yer alan suçun oluşması için "Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak" kastı aranacaktır.

lığıyla hukuka aykırı menfaat elde etme suçu düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 8. maddesinde kendisi veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla, bilişim sisteminde yer alan verilere herhangi bir şekilde yeni veriler ekleme, verileri herhangi bir şekilde değiştirme, silme veya erişilemez kılma, sistemin işleyişine engel olma fiillerinin cezalandırılması istenmektedir. 2004 TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında, 244/1 ve 2. fıkralarında yer alan fiillerin işlenmesi suretiyle kendisi veya başkası yararına haksız menfaat sağlanması suç haline getirilmiştir. Başka bir anlatımla; bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek, bozmak, sistemde yer alan verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilemez kılmak, sisteme ek veriler yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle kendisi veya başkasının yararına olmak üzere haksız menfaat sağlanması 244. maddenin 4. fıkrasında tanımlanan suç oluşturacaktır. Ancak fıkroda tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde başka suçların³⁰ oluşması ihtimali vardır. Bu durumu öngören kanun koyucu fıkroda tanımlanan suç tamamlayıcı bir suç olarak düzenlemiş ve tanımlanan fiillerin başka bir suç oluşturmaması halinde 244. maddenin 4. fıkrasında tanımlanan suçun oluşacağını belirtmiştir.

8. Banka ve Kredi Kartlarının Hukuka Aykırı Kullanımı Suçu (TCK 245/1): Banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı kullanımı ile ilgili fiillere, 1926 TCK'nın bilişim suçları ile ilgili hükümlerinden olan 525b maddesinin 2. fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin gerek öğretide gerekse uygulamada çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2001 yılında verdiği bir karar³¹ ile söz konusu eylemlere 1926 TCK'nın 525b/2 maddesinin uygulanacağını belirtmiştir. Ancak bu kez banka veya kredi kartının nasıl ele geçirildiğine ve nasıl kullanıldığına ilişkin ayrımlarla, söz konusu olayda dolandırıcılık suçu mu, yoksa bilişim suçu mu olduğu tartışılmıştır.³² 2004 TCK 245. maddesinde yer alan düzenlemeyle bu tartışmalara son vermiştir.

245. madde ile, başkasına ait olan banka veya kredi kartının, ele geçiriliş şekline bakılmaksızın, kart sahibinin rızası hilafına kullanılması veya kullandırılması suç haline getirilmiştir. Gerekçede, maddenin, bu kartların hukuka aykırı kullanılması suretiyle banka veya kart sahiplerinin zarara

³⁰ Örneğin; 142. maddenin 2. fıkrasının e bendinde yer alan suç veya 158. maddenin 1. fıkrasının f bendinde yer alan suç.

³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.04.2001 tarih ve 2001/76-30 Esas ve 2001/757 Karar, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Haziran 2001, s. 913-915.

³² Konuya ilişkin tartışmalara ilişkin bkz., Değirmenci, Olgun, "Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 3, Mart 2003, s. 592-609; Dülger, s. 250 vd.

uğratılmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla ihdas edildiği belirtilmiştir. Gerekçede de belirtildiği üzere; oluşturulan yeni suç, farklı hukuki yararları koruyan birden fazla suç tipini içerecek şekilde kaleme alınmıştır. Gerek bu konudaki suçlarda tereddütleri önleyecek ve gerekse de doktrinadaki tartışmalara son verecek bu düzenlemeyi gerekli ve faydalı bulmaktayız. Ayrıca ifade edelim ki, madde metninde kartın ele geçiriliş şekline önem verilmemesi ve kart sahibinin rızasına aykırı olarak kullanılmasının suç oluşturması yerinde olmuştur.

9. Sahte Banka veya Kredi Kartları Oluşturma ve Kullanma Suçu (TCK 245/2): Kişilere ait gerçek banka veya kredi kartlarının manyetik alanlarının kopyalanarak sahte kartlar oluşturulması bilinen bir suç işleme şeklidir. 2004 TCK'nın 245. maddesinin 2. fıkrasında sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bu tür kartların kullanılması suretiyle kendisi veya başkasına hukuka aykırı yarar sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Ancak maddenin uygulanabilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturulmaması gerekir. Bu düzenlemenin de suçla mücadele açısından faydalı olduğu fikrindeyiz.

10. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması (TCK 246): 2004 TCK'nın 246. maddesinde "Onuncu Bölüm"de yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmolunacağı belirtilmektedir. Yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri 2004 TCK'nın 60. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında yer almaktadır. Bu durumda; bilişim suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izni; tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyeti halinde iptal edilecektir. Ayrıca tüzel kişinin haksız edindiği değerler veya bunların yerine kaim değerler müsadere edilebilecektir.

3. SONUÇ

2004 TCK'nın "Onuncu Bölüm"ünde düzenlenen "Bilişim Alanında Suçlar" ile ilgili düzenlemeleri, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk hayatımıza dahil olacaktır. Düzenlemelere ilişkin, yukarıda belirttiğimiz üzere, bir kısım hususları yerinde bulmaktayız. Sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi şartı aranmaksızın hukuka aykırı erişim suçunun müstakil olarak düzenlenmesi, mukayeseli

hukuk ve Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ile paralellik yaratmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi ihtimali düzenlenmemiştir. Sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi, verilerin yok olması veya değiştirilmesinden ayrı olarak madde metnine dahil edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Sisteme hukuka aykırı olarak erişen veya orada kalmaya devam eden kişi cezalandırıldığı halde, sisteme hukuka aykırı erişerek, ayrıca sistemde yer alan veriyi ele geçiren kişi, ikinci eyleminden dolayı cezalandırılmamaktadır.

Düzenlemede bilişim sistemi ibaresinin kullanılması, daha geniş bir kavram olduğundan dolayı yerinde olmuştur. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması ile ilgili düzenlemeyi, suçla mücadelede etkinliğin sağlanması açısından uygun değerlendirmekteyiz.

Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu; 142. maddenin 2. fıkrasının e bendindeki düzenlemeden dolayı nitelikli hırsızlık olarak düzenlenmiştir. Ancak 143. maddede hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda cezanın artırılacağı hükmü bulunmaktadır. Bu durumda hırsızlık suçunun icrasında, bilişim sistemlerinin kullanılmasının gece ve gündüz olması arasında fark gözetilmiştir. Suçun gece vakti işlenmesi, mağdurun karşı koyabilme gücünün azalması, failin gecenin karanlığından istifade ile suçun icrasını kolaylaştırması nedenlerinden dolayı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Belirtmeliyiz ki, bu nitelikli halin bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçuna uygulanmaması gerekir. Çünkü bilişim sisteminin gece kullanılması fail için bir avantaj olmadığı gibi, mağdurun da suçun icrasına karşı mukavemetini etkilemeyecektir.

Bazı bilişim suçlarının 2004 TCK'da bulunmadığını belirtmeliyiz. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen bilgisayar sistemleri arasındaki iletişime müdahale suçunu yaptırım altına alacak bir düzenleme bulunmamaktadır. 132. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bir an için bilişim sistemleri aracılığıyla yapılan haberleşmelere uygulanacağı düşünülse de, madde ancak kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali durumunda uygulanacaktır. Bilişim sistemleri arasındaki tüm haberleşme, kişiler arasındaki haberleşme niteliğinde değildir. Siber Suç Sözleşmesi'nin 3. maddesine uygun bir düzenlemenin 2004 TCK'ya dahil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerine yasa dışı erişimi, müdahaleyi, sistemde yer alan verilere erişim ve müdahaleyi sağlayan cihazların; bilişim sistemine erişimi sağlayan erişim kodlarının bulundurulması, üretimi, satışı, ithali veya dağıtımı gibi fiillerin suç haline getirilerek 2004 TCK'ya dahil edilmesi yerinde olacaktır.

YENİ DERNEKLER KANUNU

Av. Şerafettin GÖKALP*

Sivil toplum kuruluşları içinde önemli bir yer tutan derneklerin kuruluş yapısı ve denetimine dair yasal düzenlemeler o ülkenin demokratik yapısı hakkında fikir verebilmektedir. 27 Mayıs Devrimi'nin bakış açısı ile hazırlanan ve 1983 yılında yürürlüğe giren 2908 sayılı Dernekler Kanunu tam bir tepki yasası idi. Derneklerin kuruluşundan çalışmalarına kadar büyük kısıtlamalar ve denetim getirilmiş idi. Geçen zaman içinde önce Anayasa'da değişiklik yapılarak derneklerin siyaset yapma yasağı kaldırıldı. Arkasından çıkarılan yasalarla daha demokratik bir işleyiş sağlanmaya çalışıldı. Son iki yılda çıkarılan uyum yasaları ile de dernekler neredeyse çağdaş bir yapıya kavuşturulmuş idi. Öte yandan Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun'un 56-100 maddelerinde "Dernekler" başlığı altında yapılan düzenlemeler, oldukça yeni hükümler içermekteydi. Tekrarlar ve çelişkili hükümler bulunmaması için, yeniden hazırlanan Dernekler Kanunu sadece kırk maddeden ibaret çerçeve yasa olarak düşünüldü. Bunun açılımı ise, çıkarılacak yedi adet yönetmelik olacaktır.

Yasa'nın Temel Nitelikleri

5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu, 23.11.2004 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece doksan yedi maddeden ibaret 2908 sayılı Dernekler Kanunu dönemi kapanmış bulunmaktadır.

Yeni yasanın temel felsefesi ve nitelikleri şöyle sıralanabilir:

1. Yeni yasa daha özgürlükçüdür. AB'ye uyum sağlamayı amaçlamaktadır. Kısıtlamalar büyük ölçüde azaltılmıştır. Bu yönüyle de -kırk maddeden ibaret- daha kısa bir yasadır.

* Bursa Barosu üyesi.

2. Ayrıntılar ve düzenlemeler daha ziyade derneklerin tüzüğüne bırakılmıştır. Dernek tüzüklerine daha sınırlayıcı ve düzenleyici hükümler konulabilir.

3. Genel düzenleme ve kısa tutulmanın bir sonucu olarak, ayrıntıların yönetmeliklerle karşılanması yolu tercih edilmiştir. Öngörülen yedi adet yönetmeliğin altı ay içinde çıkarılması gerekmektedir.

4. Dernekler üzerindeki devlet denetimi kaldırılmıştır. Beyan usulü esastır. Denetleme, derneğin kendi bünyesi içindeki denetim kurulu vasıtası ile yapılır. Yani iç denetim esastır. Gerektiğinde bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırılabilir.

5. Sivil toplum kuruluşu olan dernekleri düzenleyen bu yasa dışında ayrıca Medeni Kanun'un m. 56 ve devamında da düzenlemeler olduğu düşünülerek, tekrarlara yer verilmemesi için Medeni Kanun'da yer alan hükümler, bu yasada tekrarlanmamıştır. Örneğin oy hakkının devredilememesi (vekaleten oy kullanma yasağı) kuralından Dernekler Kanunu söz etmemesine karşın bu yasak Medeni Kanun'da bulunmaktadır.

6. Yeni yasanın temel felsefesi, derneğin özeline girmemek, resmi mercilerin veya kamuoyunun gözetiminden uzak, serbestçe etkinlikte bulunmayı sağlamaktır. Bu nedenle, örneğin; hükümet komiserinin genel kurulda yer alması kaldırılmıştır. Dernek tüzüğünün, genel kurulun, ikametgah değişikliğinin gazete ile ilanı kaldırılmıştır; sadece en büyük mülki amire bildirimde bulunmak yeterlidir.

Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler

5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu ile getirilen yenilikler şunlardır:

- En geç iki yılda bir yapılan genel kurullar, tüzükte gösterilmek kaydı ile üç yılda bir yapılabilir.
- Tüzüğün, tüzük değişikliğinin, yerleşim yeri değişikliğinin, genel kurula çağrının gazete ile yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır. Genel kurul çağrıları üyelere birer yazı ile bildirecektir.
- Genel kurullara artık hükümet komiserinin çağrılması ve katılması gerekmiyor.
- Yönetim kurullarının seçimlerinin gizli oyla yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır.

- Genel kurul sonuçları yedi gün içinde değil, otuz gün içinde en büyük mülki amire bildirecektir.

- Gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişiler de dernek kurabilecekler ve derneklere üye olabileceklerdir.

- Dernek şubelerininin tüzel kişiliğinin olmadığı hususu açık bir şekilde belirtiliyor.

- Yüksek öğrenim öğrenci dernekleri ile ilgili sınırlamalar kaldırılıyor.

- Derneklerin üç memurdan oluşan komisyonlarca her yıl denetlenmesi kaldırılıyor; onun yerine beyan esasını getiriliyor. Buna göre her yıl en geç nisan ayı sonuna kadar dört sayfadan ibaret form doldurularak dernek çalışmaları ve mali durumu hakkında yazılı bildirimde bulunacaktır.

- Dernekler ile ilgili her türlü kayıt ve işlemler, il emniyet müdürlüğü güvenlik şubesince değil, valilik bünyesinde oluşturulacak "İl Dernekler Müdürlüğü" tarafından yapılacaktır. Büyük ilçelerde ise bu işi "İlçe Dernekler Büro Şefliği" yapacaktır. Ancak büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçelerde Dernekler Büro Şefliği bulunmayacaktır.

- Federasyon kurma, uluslararası ilişkilerde bulunma durumları daha özgür bir ortamda gerçekleşebilecektir.

- Dernekler siyasi partiler, sendikalar ve meslek kuruluşlarından yardım alabilecekler veya yardım yapabileceklerdir.

- Dernek makbuzlarının, Mal Müdürlüğü'nden sağlanması durumuna son verilmekte, derneklerin kendi makbuzlarını kendilerinin bastırmalarına olanak verilmektedir. Ancak basım evlerine yazılı bildirim zorunluluğu getirilmektedir.

- Yeni yasaya göre, dernek gelirini toplayacak kişiler, yönetim kurulu kararı ile belirlenir ve bunlar adına yetki belgesini yönetim kurulu düzenler.

- Tüzel kişiliğine gerek kalmadan, derneğin giriş ve yıllık üye aidat miktarlarını genel kurulca serbestçe belirlemelerine olanak verilmektedir.

- Üye sayısı yüzün üzerinde olan derneklerin yönetim ve denetim kurulu üyelerine ücret verebilme olanağı sağlanmaktadır.

- Derneklerin hangi defterleri tutabilecekleri hususu yönetmeliğe bırakılmıştır. Ancak defterlerinin notere onaylatılmasının yanı sıra, dernek birimlerince de onaylatılmasına olanak sağlanmıştır.

- Dernek yönetim kurulu başkanlarının sorumlulukları yeni yasa ile arttırılmıştır. Çünkü yeni yasada, “*Bu kanunun ceza hükümlerini düzenleyen 32. maddesinde geçen ‘dernek yöneticileri’ ibareleri, dernek yönetim kurulu başkanını ifade eder*” şeklinde bir düzenleme vardır.

- Derneklere, şube kurmanın yanı sıra “*Temsilcilik*” açma olanağı da tanınmıştır. Temsilciliklerin tüzel kişiliği veya organları bulunmamaktadır.

Öteki Yenilikler

Yeni yasa ile bazı yeni düzenlemelere de yer verilmiştir.

Platform: Öteden beri fiilen uygulanmakta olan bir oluşumdur. Yeni yasada buna da olanak tanınmıştır. Derneklerin kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşları ile birlikte, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ve yetkili organlarının kararı ile platform oluşturabileceklerine dair yasaya hüküm konulmuştur.

Çocuk Dernekleri: Yasanın getirdiği yeniliklerden biridir. Buna göre, 15-18 yaş arasında olup ayırt edebilme gücüne sahip küçükler, yasal temsilcilerinin yazılı izni ile, “*Çocuk Dernekleri*” kurabileceklerdir. Çocuk derneklerine on sekiz yaşından büyükler kurucu ve üye olamazlar. On iki yaşını bitiren küçükler, yasal temsilcilerinin izni ile çocuk derneklerine üye olabilirler; ancak yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar.

Yeni Yasada Cezalandırma: Farklı bir bakış vardır. Hapis cezasından ziyade para cezalarına yer verilmek istenmiştir. Para cezaları da “*idari para cezası*” olarak belirlenmiş ve en büyük mülki amir tarafından verilmesi öngörülmüştür. İdari para cezalarına karşı otuz gün içinde idare mahkemesinde itiraz hakkı tanınmıştır. Devletin, derneklere karşı baskıcı değil, kollayıcı tavrını göstermesi bakımından da madde 17 hükmü dikkat çekicidir. Buna göre, derneklerin iş ve işlemlerinde, yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırılık halinde, konusu suç teşkil etmeyen hata ve noksanlıkların giderilmesi için mülki idari amirlerce otuz günlük mehil verilebilecektir.

Dernekler Yönetmeliği

Dernekler Kanunu'nun yedi ayrı maddesinde öngörülen yönetmelik nihayet 31.03.2005 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yüz beş madde ve yirmi altı örnek formdan ibaret "*Dernekler Yönetmeliği*" ile aşağıdaki yönetmelikler yürürlükten kaldırılmıştır:

- 9.6.1984 tarihli RG'de yayınlanan "*Dernek Gelirlerinin Toplanmasında Kullanılacak Alındı Belgeleri Hakkında Yönetmelik*",
- 01.5.1981 tarihli RG'de yayınlanan "*Dernekler Tarafından Kurulan Sandıkların Tabi Olacağı Esaslar Hakkında Yönetmelik*",
- 5.4.2003 tarihli RG'de yayınlanan "*Derneklerin Tutacağı Defter, Muha-sebe Hesap Kayıtları ile ilgili Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik*",
- 15.10.2002 tarihli RG'de yayınlanan "*İçişleri Bakanlığı Dernekler dairesi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev, Çalışma ve Denetim Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik*"ın 21'den başlayıp 68. maddeye kadar olan maddeleri ile Ek 1, 2, 3 ve 4. maddeleri ve değişiklikleri.

Yeni Dernekler Yönetmeliği'nin içeriğine bakıldığında başlıca şu hususlara yer verildiği görülmektedir:

- Derneklerin, şubelerin, federasyonların kuruluş işlemleri,
- Genel kurul toplantılarının yapılması usulü,
- Yurt dışından yardım alma ve uluslararası faaliyetler,
- Tutulması zorunlu defterler ve defter kayıtlarının tutulması usulü,
- Gelir ve Giderlerde usul; alındı belgeleri ve yetki belgelerinin düzenlenmesi,
- Dernek lokali ve sandıklarla ilgili düzenlemeler,
- Yıllık beyanname verme yükümlülüğü... vb.

Bunların içinde en önemlisi *Örnek: 21* olarak düzenlenen yıllık beyan-namenin nisan ayı sonuna kadar verilmesine dair zorunluluktur.

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Yeni Dernekler Yasası "*çerçeve yasa*" niteliğini taşımakta ve açılımını yedi ayrı maddede öngörülen yönetmeliklere bırakmaktadır. Bu Yönet-

melik de 31.03.2005 tarihli RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. İlk incelemede, Yasa’nın tanığı özgürlükçe ve serbest ortamın yerine yeni kısıtlamaların getirildiğidir. Örneğin; Yasa’da olmadığı halde, dernek genel kurul çağrısının gazete ile ilanına dair düzenleme, bazı çevrelerin etkisi olduğu izlenimini vermektedir.

Geçen beş aylık zaman içinde Anayasa Mahkemesi, iki ayrı kararı ile üç madde hakkında “yürürlüğün durdurulması” kararı vermiştir.

- Cumhurbaşkanı’nın başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, yeni Yasa’nın madde 10/1’deki;

“Dernekler, siyasi partilerden, sendikalardan yardım alabilirler.” cümlesi ile,

Madde 21’deki;

“Dernekler, yurt dışındaki kurum ve kişilerden maddi yardım alabilirler ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler.” cümleleri hakkında “yürürlüğün durdurulmasına” karar vermiştir. (RG, 08.12.2004)

- Öte yandan CHP grubu tarafından yapılan başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerden yardım alınmasına olanak veren m. 10/1 ile m. 13/1’deki: *“Üye sayısı, yüz kişiden çok olması şartı ile...”* cümleleri hakkında yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. (RG, 31.12.2004)¹

Dernekler, yeni Dernekler Kanunu ve Dernekler Yönetmeliği’ndeki hükümler ile kendi tüzüklerindeki hükümlerin çelişmesi halinde ne yapacaklardır?

Yeni yasa, belli bir süre içinde derneklerin yeni hükümlere uyumu için toplantı yapmaları zorunluluğunu getirmemiştir. Ancak, yapılacak en uygun yöntem, en yakın bir zamanda olağanüstü genel kurula gidilerek dernek tüzüklerini, yeni mevzuata uydurmak olmalıdır.

¹ İçişleri Bakanlığı Dernekler Daire Başkanlığı, (2005/37) sayılı Genelge yayınlarken, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararı hatırlatıldıktan sonra, “Derneklerin bünyesindeki yönetim ve denetim kurulları haricindeki kişilere üyeliğinden dolayı ücret, huzur hakkı veya başka ad altında herhangi bir karşılık ödenmeyecektir. Ancak, dernek üyesi olup, dernekte yönetim kurulu kararı ile çalıştırılan kişilere, vermiş olduğu hizmet karşılığında ücret ödenmesinde sakınca yoktur.” denilmektedir.

EKONOMİK SUÇLAR VE TÜRKİYE'DEKİ SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMAYA ETKİLERİ

Hasan DURSUN*

İnsanlar paraya her geçen gün daha fazla değer verdikçe, bir başka deyişle, insanlar tarafından paraya karşı taparcasına bir sevgi oluşturuldukça, yalnızca Türkiye'de değil, tüm ülkelerde ekonomik suçlar füze gibi hızlı bir şekilde artmaktadır. Ekonomik suçlar, sokak suçlarından daha az bir şekilde fark edilmelerine rağmen, topluma, ekonomiye ve mali yapıya sokak suçlarından daha fazla zarar verirler. Nitekim, ekonomik suçların katlanılmaz büyüklüğü, Şubat 2001 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti'ni tarihinde görülmemiş bir ekonomik ve mali krize sürüklemiştir. Bu kriz; Türkiye'nin ekonomik, mali ve sosyal yapısına inanılmaz zararlar vermiş ve krizin etkileri hala ortadan kaldırılamamıştır.

Ekonomik suçlar beyaz yakalı suçlardandır. (*Black's Law Dictionary* 1990, s. 1596) Beyaz yakalı suçları; şiddete dayanmayan bir suç olarak tanımlamakta ve bu suçla; haraç, zimmet, rüşvet, borsa manipülasyonu, içeriden öğrenme ticareti, fiyat belirleme, anti tröst ihlali gibi sanığın mesleğinden kaynaklanan güven duygusunun hile ve diğer yollarla hukuka aykırı bir biçimde kötüye kullanılmasıyla işlenen suçların anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu tanımdan, beyaz yakalı suçların daha çok kişinin mesleğine dayanan veya iş dünyası ile ilgili bir suç olduğu anlaşılır.

Beyaz yakalı suç tanımından ekonomik suçların çok değişik suçları kapsadığı kolaylıkla çıkartılabilir. Ancak araştırmayı sınırlandırmak açısından sadece üç adet temel ekonomik suç üzerinde odaklanılacaktır. Bunlar; yolsuzluk ve rüşvet, kara para aklama ve sermaye piyasası suçları denilince akla gelen manipülasyon ve içeriden öğrenme ticaretidir. Bu çalışmada,

* Planlama uzmanı. (Bu makalede ileri sürülen görüşler DPT'yi bağlamaz. Yazarın kişisel görüşleridir.)

bunun yanında Türk organize suç grupları üzerinde de durulacaktır. Çünkü organize suç gruplarının sonul hedefi kâr veya kazanç elde etmek olduğundan; söz konusu gruplar, yoğun bir şekilde değişik ekonomik suçları işlemekte ve organize suç ile ekonomik suç arasında birbirinden ayrılması olanaksız bir bağlantı bulunmaktadır.

a. Yolsuzluk ve Rüşvet

Yolsuzluk ve rüşvet, ekonomik reform çabalarını engelleyecek ve ülkenin Avrupa Birliği'ne girişini zorlaştıracak ölçüde Türkiye'de yaygın ve köklü bir sorun olarak kendisini hissettirmektedir. Türkiye'de kamu ve özel sektörün, siyasetin, yazılı ve görsel basının yoğun bir şekilde yolsuzluğa bulaştığı yönünde toplumun çoğunluğu tarafından bir algılama oluşmuştur (Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., Gültekin, s. 4-11).

Yolsuzluk ve rüşvet, Türkiye'nin 1994, 2000 ve 2001 yılında içerisine düştüğü ekonomik ve mali krizlerin temel nedenlerinden birisidir. Yerleşik yolsuzluk ve her seviyedeki kamu görevlilerinin yaygın bir şekilde rüşvete başvurabilmeleri ekonomideki adil rekabet ilkesine zarar vermiş ve ekonomik ve mali krizlerin oluşmasına önemli ölçüde katkı sağlamıştır. Aşağıdaki örnek olay, yaygın yolsuzluğun Türkiye'yi, tarihinde görülme-yecek ölçüde Şubat 2001 tarihinde nasıl bir ekonomik krize götürdüğünü açık bir şekilde ortaya koymaktadır:

"1 Haziran 2000 tarihinde, Türkiye'de, IMF'nin parasal reform paketi yürürlüğe konulmuştur. IMF'nin söz konusu paketi, sorumsuz kamu harcamalarını sona erdirmeyi sağlayabilecek yapısal reformları kapsamamaktaydı. Sorumsuz kamu harcamalarını sona erdirmek mutlak bir gereklilik olmasına rağmen o dönemdeki yetkililer aşırı bir iyimserliğe kapılmışlar ve yirmi yıldır süren yüksek enflasyon oranı düşürülebilirse, ekonomideki sorunların ortadan kaldırılabilceği kanısına varmışlardır. Programın uygulanmaya geçmesinden itibaren enflasyon ve faiz oranlarında düşme görülmüş, bu nedenle, yolsuzluk sorunu, halkın belleğinde kaybolmaya başlamıştır. Ancak yolsuzluğun uyarıcı sinyalleri Kasım 2000 tarihinde gelmiştir. Bu tarihte bir çok banka iflasını açıklamış ve söz konusu bankalar kamu tarafından devralınmıştır. İflas eden bankalara yönelik olarak yapılan soruşturma sonucunda söz konusu bankaların en az beşinin sahipleri tarafından içinin boşaltıldığı belirlenmiş ve banka sahiplerinin hortumladıkları parayı kıyı bölgesindeki (offshore) hesaplara aktardıkları belirlenmiştir. Türkiye'nin ekonomik sıkıntıları Şubat 2001 tarihinde daha da yoğunlaşmış ve hala da ortadan kaldırılamamıştır. Şubat 2001 tarihinde devlet içinde bir kriz olduğu algılaması, yatırımcıların Türkiye'den döviz

çıkarmalarına yol açmış, bu olguyu, Türk Lirası'nın devalüe edilmesi ve nakit darboğazı takip etmiştir. Bu çöküntüde anahtar etmen; halkın, hükümetin yolsuzlukla mücadelede büyük güçlülere maruz kaldığı algısıdır. Başbakan Ecevit, 19 Şubat 2001 tarihinde bir basın toplantısı yapmış ve Devlet içerisinde en üst seviyede bir krizin bulunduğunu açıklamıştır. Söz konusu basın toplantısında Ecevit, 19 Şubat 2001 tarihindeki Milli Güvenlik Kurulu toplantısında Cumhurbaşkanı Sezer'in yolsuzlukla mücadele konusunda etkin mücadele verilmesi gerekliliği konusunda kendisine baskı yaptığını ancak yolsuzlukla mücadelenin Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu altında olmadığını söz konusu toplantıda ifade ettiğini açıklamıştır. Basına yansıyan haberlere göre söz konusu toplantıda, Cumhurbaşkanı Sezer, Başbakan Bülent Ecevit'in önüne Anayasa kitapçığı atmış ve kendisine bağlı kurumlar yoluyla yolsuzluğa karşı önlem alabileceğini, hatta önlem alması gerektiğinin görevi olduğunu ifade etmiştir. Bu olgu; yolsuzluğa karşı etkin mücadele verebilmek için kamusal düzende reform yapılarak farklı bir yaklaşım getirilmesi gerekliliğini açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bazı kurum ve kişiler, yolsuzluğa karşı etkin mücadele verilebilmesi için siyasal tutum ve düşüncede değişiklik yapılması gerektiği yönünde mücadele vermektedir. Cumhurbaşkanı Sezer bunlardan birisidir. Bir avuç bakan, ordu komutanlarının çoğunluğu ve küresel ekonomiyle bütünleşmek isteyen çeşitli iş dünyası grupları yolsuzluğa karşı çok ciddi önlemler getirilmesi gerektiği fikrindedir (Bu olay, *Global Corruption Report 2001*, s. 141'den alınmıştır).

Yolsuzluğa karşı etkin önlem alması yolunda uluslararası toplumun Türkiye'ye olan baskısı her geçen gün artmaktadır. Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF), Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği (EU) yolsuzluğa karşı etkin mücadele verilebilmesi için Türkiye'yi köklü siyasal ve idari önlemler almaya davet etmişlerdir. Ecevit Koalisyon Hükümeti 19 Mart 2001 tarihinde, IMF aracılığıyla kredi veren ülkelerin koyduğu koşulları sağlayacak nitelikte yeni bir ekonomik program açıklamıştır. Söz konusu ekonomik programın içerdiği önlemlere; Merkez Bankası'nın Hükümet'ten bağımsız olması, özellikle Türk Telekom ve Türk Hava Yolları olmak üzere özelleştirme programlarının hızlandırılması ve elektrik dağıtımını dahil temel endüstri alanlarında serbestleştirme (deregulating) örnek olarak gösterilebilir (*Global Corruption Report 2001*, s. 141).

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üye adayı olması da, reformlar için Türkiye üzerinde bir baskı oluşmasına yol açmaktadır. Türkiye, Avrupa Birliği'ne tam üye olabilmek için, bir çoğu IMF'nin kredi koşullarından olan bir dizi reformları yapmak durumundadır. Şubat 2002 tarihinde, IMF, yeni eylem planının parçasını oluşturan siyasal kampanyaların finansmanı ve

halkın siyasi partilere yaptığı bağışın kamuya açıklanması yönünde yeni kurullarla ilgili projeyi 16.3 milyon \$'lık bir fonla desteklemeyi kabul etmiştir. IMF'den kredi alabilmek için ön koşul olarak konulan Kamu İhale Kanunu 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş ve kamu ihaleleri söz konusu kanunla yeni bir sisteme bağlanmıştır. 2001 Yılı Dünya Bankası Raporu'na göre, geleneksel olarak, Türkiye'de, ihale alan müteahhitlerden, ihale bedelinin %15'i "*seçim kampanyası masrafları*" adı altında talep edilmiştir (*Global Corruption Report, 2003, TI*).

Türkiye, özellikle son iki yıldır, yolsuzluğa karşı aldığı önlemleri süratle artırmaktadır. Bu önlemlerden birisi, 9.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur. Kanun'un amacı; demokratik ve saydam yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme haklarını kullanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun, 24 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2003 yılında Adalet Bakanı'nın onayıyla yolsuzluğa karşı özel bir çalışma grubu kurulmuştur. Grubun temel görevi yolsuzluk ve usulsüzlük yapanlara verilecek cezaları caydırıcı kılmak için önerilerde bulunmaktır. Ancak, söz konusu grup, 2003 yılında bir kaç kez toplantı yapmış, daha sonra toplantı yapamamıştır.

2003 yılında yine Adalet Bakanı'nın onayıyla yolsuzlukla mücadele konusunda bir başka çalışma grubu kurulmuştur. Çalışma grubunun görevi, farklı kanunlarda geçen ticari sır, bankacılık sırrı, askeri sır, mahremiyet, gizli, gizlilik gibi kavramların kurum bazında yeniden tanımlanmasına imkan veren ve -ulusal güvenlik hariç- gizliliği teşvik eden tüm unsurları inceleyecek bir uzmanlık raporu hazırlamak ve devlet, bankacılık, ticari ve müşteri sırrını daha somut ve dar bir şekilde ortaya koymaktır. Çalışma Grubu Devlet Sırları Kanunu Taslağı adı altında bir taslak hazırlamıştır.

Yine, yolsuzluklarla etkin mücadele edebilmek amacıyla Adalet Bakanlığı'nca Yolsuzlukla Mücadele Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı ile yolsuzlukla etkin mücadele verilmesi ilkesi yönünde yolsuzluk suçlarının kovuşturulması ve soruşturulmasında uygulanacak usul ve esaslar belirlenmektedir. Tasarı'nın yakın bir zamanda kanunlaşacağı öngörülmektedir.

Türkiye, yolsuzlukla etkin mücadele verebilmek amacıyla, özellikle son iki yıldır, yolsuzluğa karşı uluslararası mücadele verilmesini sağlayıcı düzenlemeleri benimsemek yoluyla da yolsuzluğa karşı bir takım önlemler almak yoluna gitmektedir. Nitekim, Avrupa Konseyi'nin "*Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Sözleşmesi*" 14.1.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuştur. Söz konusu sözleşme, 5.2.2004 tarihli Bakanlar Kurulu

Kararı'yla onaylanmış ve onay kararı 2 Mart 2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır. Yine, yolsuzlukla mücadelede etkin bir uluslararası işbirliğini öngören Avrupa Konseyi'nin "*Yolsuzluğa Dair Özel Hukuk Sözleşmesi*" 17.4.2003 tarih ve 4852 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuştur. Bu sözleşme, 28.5.2003 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylanmış ve onay kararı 17 Haziran 2003 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır. 1997 yılında imzaya açılan Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Hakkındaki OECD Sözleşmesi'nin gereğini yerine getirebilmek amacıyla 2.1. 2003 tarih ve 4782 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çıkarılmış ve söz konusu kanun 11 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yine, Avrupa Konseyi'nin Yolsuzlukla İlgili Sözleşmeleri'nin, imzacı devletler tarafından uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle görevli olarak kurulmuş bulunan Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu'na, (GRECO- Group of States Against Corruption) Türkiye, 1.1.2004 tarihinde üye olmuştur.

2003 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde; milletvekillerinden oluşan bir soruşturma komisyonu kurulmuş, söz konusu komisyona, siyasi yaşamda geçmiş beş yıllık dönemde yapılan yolsuzlukları soruşturma ve araştırma görevi verilmiştir. Komisyon 57. Ecevit Koalisyon Hükümeti'nden altı bakanı özellikle kamu ihalelerinde yolsuzluk yaptığı iddiasıyla suçlamış, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu ise komisyon raporunu kabul ederek söz konusu bakanları Yüce Divan'a göndermiştir. Söz konusu bakanların yargılanmalarına, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde devam edilmektedir.

Alınan söz konusu önlemler; yolsuzlukla mücadelede önemli gelişmeler olarak adlandırılabilir. Ancak, yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verilebilmesini sağlamak için saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde; söz konusu ilkelere uygun olmayan düzenlemelerin kaldırılması gerekir (Fazla bilgi için bkz., Van Duyne, ss. 54-57). Türk hukukunda saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkelerine aykırılık taşıyan önemli sayıda yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 15. maddesinde ifade edilen devlet memurlarının kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına izinsiz bilgi veya demeç veremeyecekleri hakkındaki hüküm saydamlık ilkesine aykırıdır.

657 sayılı Devlet Memurları Hakkındaki Kanun'un 135. maddesi gereği uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaması ise herkesin hukuka bağlı olması ilkesine aykırıdır. Çünkü herkesin hukuka

bağlı olması ilkesinin somut bir görünümü, idarenin yaptığı tüm işlemlerin yargı denetimine açık olmasıdır. Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılarak herkesin hukuka bağlı olması ilkesinden haksız yere sapılmaktadır. Bazıları, uyarma ve kınama cezalarının memur açısından hak kaybı doğurmayacağı dolayısıyla yargı denetimi dışında tutulmasının fazla mahzurlu olmayacağını iddia etmektedir. Kanımca bu görüş yerinde değildir. Çünkü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi gereği; disiplin cezası verilmesine neden olan fiil veya hal belirli bir süre içinde tekrarlanırsa veya aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece daha ağır disiplin cezası verilir. Bu hüküm gereği iki kere kendisine kınama cezası verilen memur, üçüncü kere kınama cezasını verilmesini gerektiren başka bir fiil işlerse bu sefer kendisine bir derece daha ağır olan aylıktan kesme cezası verilecek veya bir kınama cezası aldıktan sonra diyelim ki, dört yıl sonra aynı fiili işleyen memura yine aylıktan kesme cezası verilecektir. Böyle bir durumda aylıktan kesme cezası her ne kadar yargı organı götürülüp hukuka aykırılığı ileri sürülürse de, önceki disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasından dolayı yapılacak yargı denetimi sağlıklı olmayacaktır. Yine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, uyarma ve kınama cezası dışında disiplin cezası alan memurların daire başkanı ve daha üst görevlere atanmasını da yasaklamaktadır. Bu çerçevede, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasının herkesin hukuka bağlı olması ilkesi yanında kişi özgürlüklerine de açık bir şekilde ihlal ettiği ortadadır. Kanımca saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması yönündeki ilkeler tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçirilemediği müddetçe yolsuzlukla etkin bir mücadele yapılmış olunamaz.

Diğer yandan, yolsuzluğun kalıcı, uzun dönemli ve gerçek çözümü kültürel, sosyolojik ve siyasi önlemlerdir. Ancak Türk halkının kültürel ve sosyolojik yapısı yolsuzlukla etkin mücadele için uygun bir ortam oluşturmamaktadır. Hatta tam tersine kültürel ve sosyolojik yapı, yolsuzluğun Türkiye'de derin kültürel ve sosyolojik kökleri bulunduğunu göstermekte ve bu durum yolsuzluğu besleyici bir ortam oluşturmaktadır. Örneğin; *"Bal tutan parmağını yalar"*, *"Üzümünü ye, başını sorma"*, *"Devlet malı deniz, yemeyen domuz"* gibi deyişler, yolsuzlukla mücadele için etkin bir ortam oluşturmak şöyle dursun, yolsuzluğa hoşgörü ile yaklaşılmasını teşvik etmektedir.

Türkiye'deki siyasal yapı da yolsuzlukla mücadele için uygun bir ortam oluşturmamaktadır. Özellikle siyasetin finansmanın saydam usullere tabi tutulmaması, siyasi partilerin seçim, kampanya ve organizasyon masraflarının ağır oluşu ve siyasal partilerin özel çıkar gruplarıyla parasal ilişki

kurmalarının önüne geçilememesi, yolsuzluk ile siyaset arasında “karşılıklı beslenme bağımlılığı” denilebilecek bir durum yaratmıştır. Bir başka deyişle; yolsuzluk ve siyaset karşılıklı olarak birbirini beslemekte, birbirini semirtmektedir. Bu açıdan yolsuzluğun kalıcı, uzun dönemli ve gerçek çözümüne ulaşabilmek için kültürel, sosyolojik ve siyasal bağlamda çok boyutlu önlemlerin alınması gerekir (Bu konuda fazla bilgi için bkz., Dursun, Hasan, *Yargının Yolsuzlukla Mücadelesi*, s. 136-163).

b. Kara Para Aklama

Türkiye’de yapılan kara para aklama faaliyetleri, Türkiye’nin mali, ekonomik ve sosyal sisteminde derin yaralar açacak şekilde büyük boyutludur. Bazıları, Türkiye’de aklanarak yıllık kara para miktarını 50 milyar \$, bazıları ise 100 Milyar \$ olarak tahmin etmektedir. Kanımca, aklanarak kara para miktarını tam olarak belirleyebilmek olanaklı değildir. Çünkü kara para aklama suçu da diğer ekonomik suçlar gibi doğası gereği gizlidir ve miktarını tam olarak belirleyebilmek mümkün değildir. Ancak, Türkiye’nin 1994, 2000 ve 2001 yılında girdiği derin ekonomik ve mali krizin temel nedenlerinden birisinin, Türkiye’ye sokulan ve Türkiye’de aklanarak büyük boyutlu kara para sonucu olduğu açıktır. Çünkü, söz konusu kara paraların finansal sisteme girmesi; parasal verilerde sapmaya yol açmakta ve kestirilemeyecek tarzda ani hareketlerle sıcak paranın ülkeye girmesi veya yurt dışına çıkması, zaten belirlenmesi zor olan toplam parasal talebi daha da belirsiz hale getirmekte ve bunun sonucunda ise faiz ve döviz kurunda keskin iniş ve çıkışlara yol açmaktadır. Faiz ve döviz kurunda görülen keskin iniş ve çıkışların kaçınılmaz olarak ekonomik ve mali krize yol açacağı kuşkusuzdur.

Türkiye, son yıllarda, özellikle Orta Doğu, Kafkaslar, Merkezi Asya ve Doğu Avrupa Bölgeleri bakımından önemli bir bölgesel finans sektörü konumuna gelmiştir. Türkiye’nin, bölgesel finans sektörü konumuna sonucu Türkiye’de aklanarak veya aklanarak Türkiye’ye getirilen kara paraların boyutunda her yıl artış olduğu düşünülmektedir. Diğer yandan, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve uyuşturucudan elde edilen kazançların hareketi bakımından, Türkiye’nin, Avrupa ile Asya arasında geçiş köprüsü konumunda bulunmasından yararlanan Türk organize suç grupları, Avrupa’ya yapılan uyuşturucu kaçakçılığı açısından önemli bir yer edinmişlerdir. Bir başka deyişle, Türk organize suç grupları, Avrupa’ya yapılan eroin kaçakçılığının önemli bir kısmını kontrol etmektedir. Eroinden elde edilen kazançlar söz konusu gruplar tarafından Türkiye’ye çeşitli yöntemlerle sokulmaktadır. Organize suç grupları; eroinden elde ettikleri paraları, Türkiye’ye sokar-

ken araba içerisinde nakit taşıma veya alternatif havale yöntemlerini kullanmaktadır. Bunun yanında, bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişmeden faydalanmak isteyen organize suç grupları; uyuşturucu kaçakçılığından elde ettikleri paraları önce Avrupa Bankalarına yatırmakta, daha sonra elektronik işlemlerle uluslararası hesaplara göndermekte, uluslararası hesaplara gönderilen paralar sonul aşamada Türkiye'ye sokularak ekonomi içerisinde değerlendirilmektedir. Türk organize suç grupları, elde ettikleri kirli paraları, Türkiye ekonomisine sokarken bazen paravan şirket veya bu amaçla kurdukları sahte organizasyonları kullanmakta, bazen ise doğrudan doğruya ulaşım araçlarına, lüks araba ve villalara, turistik tesislere, devlet bono ve tahvillerine yatırım yapmaktadır (Karş. Adamoli ve diğerleri, s. 73).

Diğer yandan, Türk vatandaşlarının serbestçe döviz alabilmesi ve döviz tevdiat hesabı açtırabilmesi de, kanımca, kara paraların Türkiye ekonomisine sokulmasını oldukça kolaylaştırmaktadır (Karş. Adamoli ve diğerleri, s. 73).

Amerikan Devlet Bakanlığı'nın yayımladığı 2003 Yılı Uluslararası Narkotik Kontrol Stratejisi Raporu'na göre; Türkiye'de kara para aklama faaliyetleri yalnızca bankalar yoluyla yapılmamakta, bu amaçla, banka-dışı mali kurumlar da kullanılmaktadır. Söz konusu Rapor'a göre, Türkiye'de kara para aklamanın geleneksel yöntemleri; nakit kaçakçılığı, banka havalesiyle ülke içi veya dışına para gönderme, taşınmaz, altın ve lüks otomobil gibi yüksek değerde mal satın alınmasıdır. Bunun yanında, büyük apartman siteleri ve diğer binalar yapımı yoluyla da kara paralar mali sistem içerisinde değerlendirilmektedir. Yine söz konusu Rapor'a göre, Türk organize suç grupları; Afganistan ve Pakistan'daki uyuşturucu satıcılarından aldıkları uyuşturucunun parasını, İstanbul döviz piyasasını kullanarak ödemektedirler. Rapor'a göre, İstanbul döviz piyasasından elde edilen paralar, banka yoluyla Dubai veya Birleşik Arap Emirlikleri'nin başka bölgelerindeki hesaplara havale edilmekte ve oralardan da alternatif havale sistemleri kullanılarak Pakistan ve Afganistan'daki uyuşturucu tacirlerine gönderilmektedir (<http://www.state.gov/g/inl/rls/nrcrpt/2003/vol2/html/29921.htm>).

Türk organize suç grupları özellikle 1990'lı yıllardan itibaren kıyı bankacılığı yoluyla yoğun bir şekilde kara para aklama faaliyetlerine girişmişler ve yapılan kara para aklama faaliyetlerinin neredeyse hiç birisi ortaya çıkartılamamıştır. Türk organize suç gruplarının yaptıkları kara para aklama faaliyetlerinde dikkat çeken başka bir husus; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki kıyı bankalarından ağırlıklı bir şekilde yararlanılması olgusudur. Çünkü Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde neredeyse kurum-

sal denilebilecek nitelikte kara para aklama düzenekleri bulunmaktadır. Örneğin; Amerikan Devlet Bakanlığı'nın yayımladığı *2003 Yılı Uluslararası Narkotik Kontrol Stratejisi Raporu*'na göre; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin gereksinimiyle orantısız şekilde 2003 yılında, otuz üç banka kıyı bankası ve elli dört paravan şirket bulunmaktadır. *Rapor*'a göre, kıyı bankaları, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları ile iş yapmadığı gibi nakit para ile de uğraşmamaktadır. Bunun yanında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bir çok kumarhane ve casino da bulunmakta ve bu yöntemle de yoğun bir şekilde kara para aklama faaliyetine maruz kalınmaktadır (<http://www.state.gov./g/inl/rls/nrcrpt/2003/vol2/html/29920.htm>).

Türkiye, kara para ve kara para aklamaya karşı bir takım önlem almak yoluna gitmiştir. Alınan önlemlerden en önemlisi 13.11.1996 tarih ve 4208 sayılı, kısa ismi Kara para Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'dur. 4208 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin alt bentlerinde kara para;

1. 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'daki,
2. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun'daki,
3. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'daki,
4. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkında Kanun'daki,
5. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (b) fıkrasındaki,
6. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki,
7. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1) ila (7) numaralı alt bentlerindeki,
8. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tasfiyeye tabi tutulan bankalara dair iflas ve konkordatoya ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 333. maddesindeki,
9. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler ve aynı Kanun'un 179, 192, 264, 316, 317, 318, 319,322, 325, 332, 333, 335, 335, 339, 341, 342, 345, 350, 403, 404, 406, 435, 436, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 504 ve 506. maddelerindeki,

Fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değer olarak tanımlanmıştır.

Kara para aklama suçu ise, 4208 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde *"Türk Ceza Kanunu'nun 296. maddesinde belirtilen haller haricinde, bu maddenin (a) bendinde sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen kara paranın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen kara paranın başkalarına iktisap edilmesi, bulundurulması, elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyet ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, yukarıda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya kara paranın tespitini engellemeye yönelik fiiller"* şeklinde tanımlanmıştır.

4208 sayılı Kanun, kara para aklanmasının önlenmesi konusunda çalışmalar yapmak üzere Mali Suçları Araştırma Kurulu'nu (MASAK) kurmuştur. Söz konusu kurul, aynı zaman da mali istihbarat örgütü olarak da çalışmaktadır. Mali Suçları Araştırma Kurulu doğrudan Maliye Bakanı'na bağlı olarak görev yapmaktadır.

4208 sayılı Kanun, kara para aklanması suçunun işlendiği durumlarda uygulanmak üzere hapis cezası ve zoralım tedbiri de öngörmektedir. Gerçekten de, Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, *"kara para aklama suçu fiillerini işleyenler iki seneden beş seneye kadar hapis ve aklanan kara paranın bir katı ağır para cezasıyla cezalandırılır ve nemaları da dahil olmak üzere kara para kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara teka-bül eden mal varlığının müsaderesine de hükmolunur"* şeklinde bir kurala yer vererek kara para aklama suçunun yaptırımını göstermiştir.

Türkiye, kara para ve kara para aklamaya karşı yalnızca yasal düzenleme yoluyla önlem almak yoluna gitmemiş; bunun yanında, bir takım ikincil mevzuat düzenlemeleriyle de kara para ve kara para aklanmasına karşı önlem alınması yoluna gitmiştir. Bunlardan ilki, 2.7.1997 tarih ve 23037 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kara para Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'tir. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesiyle, kara para aklama konusunda yükümlü sıfatını taşıyanlar; bankalar, özel finans kurumları, banka dışı mali kurumlar ve finans piyasası dışında iş yapan bazı kuruluşlar olarak saptanmış ve değişik 4. maddesinin 1. fıkrasında ise *"Yükümlüler ve bunların Türkiye'deki şube, acente temsilcileri*

ve ticari vekilleri ile benzeri bağılı birimleri; taraf oldukları veya aracılık ettikleri toplam tutarı 12 milyar Türk Lirası veya muadili dövizi aşan her türlü alım-satım, havale, ödeme, saklama, takas, trampa, borç alma, borç verme, borcun nakli, alacağın temlik, kiralama, kiraya verme, mevduat, kar-zarara katılma ve cari hesaplardan para çekme veya bu hesaplara para yatırma, çek ve senet tahsili ve sermaye piyasası işlemleri ile benzeri işlemlerde, bu işlemleri yapmadan önce müşterilerinin veya müşterileri adına hareket edenlerin kimliklerini tespit etmek ve usulü dairesinde son işlem tarihini takip eden takvim yılının başından itibaren beş yıl süre ile muhafaza etme zorundadırlar” şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Kara para Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun’un Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin değişik 12 ve 14. maddelerinde; şüpheli işlemlere dair esas ve usuller tespit edilmiş ve 31.12.1997 tarih ve 23217 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan 2 sıra nolu Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği’nde, on dokuz madde halinde şüpheli işlem olarak değerlendirilecek işlem tipleri sayılmıştır. 7 Şubat 2002 tarih ve 24664 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan 3 sıra nolu Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği ile de fonların, terörizm veya terörist eylemlerle ilgili veya bağlantılı olduğundan ya da bu amaçla kullanıldığından şüphe duyulması ya da şüphe duyulması için makul sebepler bulunması hali de şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü kapsamına alınarak şüpheli işlem tipi sayısı yirmiyeye çıkartılmıştır.

19.6.2001 tarih ve 24437 tarihli mükerrer *Resmi Gazete*’de yayımlanan Maliye Bakanlığı 2 sıra nolu Vergi Kimlik Numarası Genel Tebliği ile; Merkez Bankası dahil tüm bankalar, özel finans kurumları, sermaye piyasası kurumları, ikrazatçılar, faktoring şirketleri ve finansman şirketleri, döviz büfeleri, posta merkezleri, finansal kiralama şirketleri, sigorta ve reasürans şirketlerinin 1 Eylül 2001 tarihinden itibaren müşterileriyle işlem yapmadan önce, müşterilerinin vergi kimlik numaralarını tespit etmeleri zorunlu kılınmıştır.

27.4.2004 tarih ve 25445 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan Maliye Bakanlığı’nın 332 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile de; mükelleflerin ticari işlemleri ile nihai tüketicilerden mal veya hizmet bedeli olarak yapacakları sekiz milyar Türk Lirası’nı aşan tahsilat ve ödemelerini, 1.5. 2004 tarihinden geçerli olmak üzere; banka, özel finans kurumları veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü aracılığıyla yapmaları ve bu kurumlarca düzenlenen belgeler ile tevsik etmeleri zorunluluğu getirilmiştir.

Türkiye kara para ile mücadele konusunda imzalanan çeşitli uluslararası sözleşmeleri de imzalamış ve iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. Örneğin; 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Kasım 1995 tarihinde iç hukukumuzun

bir parçası haline gelmiştir. Yine Avrupa Konseyi'nin "Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme" 16.6. 2004 tarih ve 5191 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur. Bu sözleşme, 30.7.2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylanmış ve onay kararı 1 Eylül 2004 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

Kara para ve kara para aklamaya karşı bir takım yönetsel önlemler de alınmıştır. Bu önlemlerden birisi; mali istihbarat örgütü olarak görev yapan MASAK'ın, çeşitli ülkelerin mali istihbarat örgütlerinin oluşturduğu Egmont Grup'ta aktif bir üye olarak görev yapmasıdır. Egmont Grubu; çeşitli ülkelerin mali istihbarat kuruluşlarının ilk defa Brüksel'deki Egmont-Arenberg Sarayı'nda toplanmasından dolayı bu şekilde adlandırılmaktadır. Egmont Grubu; kara para ve kara aklanmasıyla mücadele edilmesi ilkesi çerçevesinde; devletler arasında bilgi, eğitim ve uzmanlık paylaşımını öngörmekte ve bu alanda özellikle istihbarat boyutu bakımından uluslararası dayanışmayı sağlayıcı çalışmalar yapmaktadır. Egmont Grubu bünyesinde Yasal, Eğitim/İletişim ve Genişleme adlarında çalışma grupları kurulmuştur. Egmont Grubu, grup olarak yılda bir kere, çalışma grupları ise yılda üç defa değişik ülkelerde toplanmaktadır (Egmont Grubu hakkında fazla bilgi için bkz., http://freedom.orlinrabbe.com/money_laundry/ml_intro2000.html 24.11.2004, s.36-77).

Kara para ve kara para aklamaya karşı bir başka yönetsel önlem; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından alınmıştır. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, 1997 yılında, güvenilir olmayan müşterileri için bundan böyle mevduat sertifikası vermeyeceğini ilan etmiştir.

Kara para ve kara para aklamayı önleme konusunda gözlemlenen bu önemli gelişmelere rağmen, kara para ve kara para aklamayı mücadele-yi zorlaştıran bazı temel eksiklik ve hatalı düzenlemeler bulunmaktadır. 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda kara para ile kara para aklama suçunun oldukça dar tanımlanması ve kara para aklama suçunun maddi unsuru sayılırken özel bir kast (güdü) aranması kara para ve kara para aklamayı mücadeleyi zorlaştıran temel hatalardır. Konu hakkında aşağıda ayrıntılı olarak durulmaktadır.

4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'na göre, ancak Kanun'da sayılan öncül suçların işlenmesi suretiyle elde edilen kazanç kara para, söz konusu kara parayı mali sisteme sokmak kara para aklama suçu olarak kabul edilmiş, içeriği itibariyle kara para olarak kabul edilmesi gereken bir çok suçtan elde edilen getiri, vahim bir hata sonucu, kara para olarak kabul edilmemiştir. Örneğin; kara paranın en somut göstergesini teşkil eden profesyonel bir katilin adam öldürme karşılığında elde ettiği para,

adam öldürme suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine yollama yapılmadığı için kara para olarak kabul edilmemiştir. Yine, yasa dışı tefecilik suretiyle elde edilen kazanç da kara para olarak kabul edilmemiştir. Halbuki yasadışı tefecilik yoluyla, zor durumdaki insanların durumundan faydalanılarak, onların kanı emilmektedir. Bu suçlardan elde edilen getirinin kara para olduğu konusunda doktrinde ve çağcıl ülkeler uygulamasında bir duraksama görülmemektedir.

4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda kara para aklama suçunun maddi unsuru gösterilirken "*kara paranın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi*" ibaresine yer verilmektedir. Kanımca, "*kara paranın meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi*" ibaresiyle kanun koyucu, kara para aklama suçunun oluşabilmesi için failde manevi unsur olarak özel bir kast (güdü) aramaktadır ki, bu durum bile bütünüyle çağcıl gelişmelere aykırıdır. Çünkü genel kasdın bile mahkemelerce kanıtlanmasının oldukça zor olduğu açık bir gerçeklik iken, genel kast yanında bir de özel kasdın kanıtlanmasının mahkemelere yüklenmesi, mahkemelerin işini daha da zorlaştıracak, daha somut bir deyişle, cezalandırılması gereken çok sayıda kara para aklama sanığı, delil yokluğu veya yetersizliği nedeniyle beraat edecektir.

Kara para aklamaya karşı etkin bir mücadele verebilmek için; kara para, kanunların suç saydığı fiillerin işlenmesinden elde edilen getiri şeklinde tanımlanmalı, söz konusu getirinin hangi amaçla değerlendirilirse değerlendirilsin mali bir işleme sokulması, kara para aklama suçu olarak kabul edilmelidir.

Türkiye'de kara para ve kara para aklamaya karşı etkin mücadele verilmesini engelleyen bir takım temel eksiklikler bulunmaktadır. Kanımca, bu eksikliklerin başında, 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nun, kara para aklama gizilgücü bulunan kişi ve kurumlara herhangi bir bildirim zorunluluğu külfeti yüklememesi ve zorunluluğa uymayanlara yaptırım öngörmemesidir. Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'na; iki tür mali işlem için bildirim zorunluluğu konulmalıdır. Bunlar; nakit işlem ve şüpheli işlem bildirim zorunluluğu olmalıdır. Ayrıca, nakit ve şüpheli işlem bildirim zorunluluğuna uymayanlara, kara para aklama suçuna iştirak etmeseler bile, sırf zorunluluğu ihlal etmeleri nedeniyle idari para cezası olarak belli bir paranın hazineye ödenmesi şeklinde bir yaptırım da öngörülmelidir.

Konuyu biraz açmak gerekirse; Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda öngörülmesi gereken bildirim zorunluluğundan ilki, nakit işlem bildirim zorunluluğu olmalıdır. Kara para aklama olaylarının etkin bir

şekilde ortaya çıkartılabilmesi için, Amerika Birleşik Devletleri'nde (Amerika'da bu sınır 10.000 \$'dır) olduğu gibi önceden belirlenecek miktardaki rakamı aşan (Kanımca, günümüz şartlarında, her yıl yeniden değerlemeye tabi tutulmak koşuluyla 15 bin Yeni Türk Lirası ve üzeri işlemler, eğer işlem döviz üzerinden yapılıyorsa, işlemin yapıldığı tarihte, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru ölçüt alınarak, döviz tutarı 15 milyar veya üzeri Türk Lirası'na karşılık gelen işlemler) her türlü işlemin, Maliye Bakanlığı'na bildirilmesi gerekir. Kurulması gereken bu sistemi daha iyi aydınlatılabilmek için bir örnek vermek yerinde olacaktır: Diyelim ki, bir kimse, İstanbul Bebek semtinde bir villa satın almış ve tapu memurunun huzurunda söz konusu villanın karşılığı olarak satıcıya 200 bin Yeni Türk Lirası ödemiş olsun. Bu işlem, bildirim zorunluluğuna tabi olan 15 bin Yeni Türk Lirası'nın üzerinde olduğu için, durumun, tapu memuru tarafından, standart bir form ile Maliye Bakanlığı'na bildirilmesi gerekir. Taşınmaz satışı işlemi kendisine bildirilen MASAK bir yandan satıcının, diğer taraftan ise alıcının durumlarını incelemeli ve ilgililerin (alıcı ve satıcının) vergi kaçırdığı veya kara para akladığı yönünde şüphe duyarsa, olayı yetkili Cumhuriyet Savcısı'na gerekçesiyle birlikte bildirmesi gerekir. Cumhuriyet Savcısı ise, yapacağı soruşturma sonucu, ilgililerin vergi kaçırdığı veya kara para akladığı yönünde yeterli delil bulursa, bir iddianame tanzim ederek, ilgili mahkeme nezdinde dava açmalıdır.

Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda, yalnızca nakit işlem bildirim zorunluluğu ile yetinilmemeli, şüpheli işlem bildirim zorunluluğu da getirilmelidir. Nakit işlem bildirim zorunluluğundan farklı olarak, şüpheli işlem bildiriminde bulunmak için mutlaka bir nakit işlemi yapılıyor olmasına gerek yoktur, nakit dışı işlemler için de şüpheli işlem bildiriminde bulunulması öngörülmelidir. Günümüzde, şüpheli işlem bildirimi, kara para aklama olaylarının ortaya çıkarılması açısından nakit işlem bildiriminden daha fazla bir öneme kavuşmuştur. Kanımca şüpheli işlemler; Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda, nesnel bir takım ölçütler ve bir torba ölçüt ile gösterilmelidir. Nesnel ölçütlerin neler olduğu ülkeden ülkeye değişmektedir. Çağcıl ülkelerin mevzuatlarından ve uluslararası kuruluşların tavsiyelerinden yararlanılmak suretiyle oluşturulacak nesnel ölçütler yasa da teker teker sayılmalıdır. Örneğin; bankada, nakit işlem bildirim zorunluluğuna tabi miktarda hesap açmak yerine söz konusu limitin altında çok sayıda hesap açılması (mantarlama yöntemi) genellikle bütün ülkelerde şüpheli işlem olarak kabul edilmiş ve bildirim zorunluluğuna tabi tutulmuştur. Bu açıdan, mantarlama yöntemi, Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda şüpheli işlem türlerinden birisi olarak kabul edilmeli ve söz konusu yöntemle karşılaşan bankaya bildirim zorunluluğu yükletilmelidir.

Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda, şüpheli işlem olarak gösterilmesi gereken nesnel ölçütlerin dışında bir de torba ölçüt yer almalıdır. Kanımca, torba ölçüt oluştururken, İtalya'nın kara para aklamaya karşı 1991 yılında çıkardığı 197 sayılı Kanun'un 3. maddesinden yararlanılması yerinde olacaktır. 197 sayılı Kanun'un 3. maddesi; müşterinin ekonomik kapasitesi sürgit bir şekilde zihinde tutulmak kaydıyla; niteliği, ölçüsü, doğası veya bildirim yükümlüsünün mesleği icabı bilebildiği diğer şartlar ve eldeki bilgiler çerçevesinde işlemin illetini (sebebini) oluşturan para, mal veya getirinin suçlardan kaynaklandığı yönünde emare görülen her işlemi şüpheli işlem olarak tanımlamaktadır (Granata, s. 131).

İtalya'da, 3. madde gereği şüpheli işlem bildirim zorunluluğunun doğabilmesi için öncelikle, işlemin, belli bir müşteri açısından olağan dışı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, bildirim yükümlüsü kurum, işlemin tipi veya işlemin muhatabı bakımından atipik bir durumla karşılaştığı, bir başka deyişle, yapılan işlemin dayanağının bir suç getirisi olduğu yönünde kuşku duyduğu her durumda, standart bir form vasıtasıyla şüpheli işlem bildiriminde bulunmak zorundadır (Granata, s. 131).

Kanımca, Kara Para Aklanmasını Önlenmesi Kanunu'nda şüpheli işlemler iki tür olarak düzenlenmeli; daha somut bir deyişle, öncelikle nesnel olarak şüpheli görülen işlemler Kanun'da teker teker sayılmalı ve daha sonra ayrıca, 197 sayılı İtalyan Kanunu'nun 3. maddesine benzer bir biçimde, şüpheli işlemler bakımından torba bir ölçüte de yer verilmelidir.

Yine, kanımca, kara para aklamaya karşı etkin mücadele verilebilmesini sağlamak için, nakit işlem bildiriminin nasıl işlemesi gerektiği yönünde önerdiğimiz sistemin, şüpheli işlem bildirim sistemi için de geçerli olması sağlanmalıdır.

Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda görülen bir başka temel eksiklik, nakit ve şüpheli işlem durumlarını yetkili makamlara bildiren görevliler için bir bağımsızlık düzeneği öngörmemesidir. Bağımsızlığın olmadığı durumlarda, görevlilerin, sorumlu olacakları düşüncesiyle, nakit ve şüpheli işlem bildiriminde bulunmaktan kaçınacakları açıktır. Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda nakit ve şüpheli işlem bildirim zorunluluğu getirilmesinden başka, nakit ve şüpheli işlem yetkili makama bildiren görevliler için idari, hukuki ve cezai yaptırımlardan tam bir bağımsızlık düzeneği öngörülmeli; bununla eşanlı olarak, bildirim zorunluluğuna uymayan kamu görevlilerine idari para cezası öngörülmelidir. Böylelikle kurulacak sistemin etkin bir şekilde çalışması sağlanabilir.

Son olarak, 4208 sayılı Kanun'da düzenleme yapılırken, kara para ile mücadele konusunda uluslararası bir organ olan Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kara para aklamayı önleme yönünde, sonul şeklini 1996 yılında verdiği kırk tavsiyeden azami ölçüde yararlanılması yoluna gidilmelidir. Kanımca, FATF tarafından yapılan kırk tavsiyenin hukuk düzenimize yansıtılması miktarı ile kara para ile etkin mücadele arasında doğru bir orantı bulunmaktadır.

c. Sermaye Piyasası Suçları

Sermaye piyasası suçlarının çeşitleri şunlardır;

a. İçerden öğrenme ticareti ve manipülasyon,

b. Sermaye piyasasında izinsiz faaliyette bulunmak ve yasa dışı sermaye piyasası faaliyetleri,

c. Halka açık şirketlerde yapılan sahtekarlık.

Söz konusu sermaye piyasası suçlarının tümü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak bu incelemede, sermaye piyasası suçlarından sadece içeriden öğrenme ticareti (insider trading) ve manipülasyon üzerinde durulacaktır. Sermaye piyasası suçlarından içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon üzerinde durulmasının nedeni; söz konusu suçların Türkiye'de yaygın bir şekilde işlenmesi ve manipülatör ve içerden öğrenme ticaretçilerinin yapmış oldukları manipülasyon ve içerden öğrenme ticareti fiil ve hareketlerinin hemen hemen hiç birisinin ortaya çıkartılmamasıdır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde içerden öğrenme ticareti şu şekilde tanımlanmıştır:

“Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içeriden öğrenme ticaretidir”. Yine 47. maddenin 1. fıkrasının (A) bendinde, bu fiili işleyebilecek olanların; ihraççı, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hakim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyesi, yöneticisi, denetçisi, diğer personeli ve bunların dışında mesleklerini veya görevlerini ifa etmesi sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler olduğu ifade edilmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda manipülasyon ise iki tür olarak tanımlanmaktadır. Kanun'un 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin 2 numaralı alt bendinde ticarete dayalı manipülasyon tanımlanmaktadır. Söz konusu alt bende göre ticarete dayalı manipülasyon; yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, artırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapmak olarak tanımlanmaktadır. Kanun'un 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin 3 numaralı alt bendinde ise eyleme dayalı manipülasyon tanımlanmaktadır. Söz konusu alt bende göre eyleme dayalı manipülasyon; sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek; haber yaymak; yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgilerin açıklanmaması olarak tanımlanmaktadır. Yapılan bu manipülasyon tanımlarına göre, sermaye piyasasında işlem yapan kişiler; sermaye piyasasının normal koşullarda oluşan değerini etkiler veya normal koşullarda oluşacak fiyatları aksi yönde hareket ettirirlerse yapmış oldukları bu fiiller manipülasyon olarak değerlendirilir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendine göre Sermaye Piyasası Kurulu; sermaye piyasası suçlarının işlendiğini saptadığı durumlarda, suç sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak eden gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini temin için gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Yine, Kanun'un 49. maddesinde; sermaye piyasası suçlarından dolayı kovuşturma yapılmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na yazılı başvuruda bulunulması koşuluna bağlı olduğu ifade edilmiş, yapılan başvuru ile Kurulu'nun aynı zamanda müdahil sıfatını kazanacağı belirtilmiştir. Yine bu maddede, sermaye piyasası suçlarının işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet Savcılarının, Sermaye Piyasası Kurulu'nu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilecekleri de ifade edilmiştir. Sermaye piyasası suçlarına cezai yaptırım olarak Kanun'un 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on milyar liradan yirmi beş milyar liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. İki veya daha fazla sermaye piyasası suçunun içtima etmesi halinde hapis cezasının asgari haddinin üç, azami haddinin ise altı yıl olduğu yine bu bendde belirtilmiştir.

Sermaye piyasası suçlarını önleme konusunda 2499 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemeler önemli gelişmeler olarak adlandırılabilirse de, sermaye piyasası suçlarıyla etkin mücadeleyi zorlaştıran bazı temel eksiklik ve hatalı düzenlemeler bulunmaktadır. Temel hata, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda, içerden öğrenme ticaretinin tanımında yapılmıştır.

Söz konusu kanunda içeriden öğrenme ticaretinin maddi unsuru gösterilirken failin, kazanç sağlama veya zarardan kaçınma güdüsüyle hareket etmiş olması koşulu aranmaktadır. Böylelikle, içeriden öğrenme ticareti suçunun oluşabilmesi için failde genel kast yanında bir de özel kastın bulunması şartı konulmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere; genel kast ile beraber özel kastın da bulunduğu mahkemelerce kanıtlanması neredeyse olanaksızdır. Bu koşullar altında içeriden öğrenme ticareti suçu işlediği dolayısıyla bir kişiyi mahkum etmek neredeyse olanaksızdır. Nitekim uygulamada, Türkiye’de hiç kimse içeriden öğrenme ticareti suçunu işlediği gerekçesiyle kesin bir yargı kararıyla mahkum edilememiştir. Diğer taraftan içeriden öğrenme ticareti tanımlanırken “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*” ibaresine yer verilmektedir. Bu ibare yüzünden, sermaye piyasası araçlarının değerini değil de, fiyatını etkileyebilecek nitelikteki içeriden öğrenme ticareti yapan failer cezalandırılmayacaktır. İçeriden öğrenme ticareti suçuyla etkin mücadele verilebilmesi için “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*” ibaresi yerine “*sermaye piyasası araçlarının değerini ve/veya fiyatını etkileyebilecek*” ibaresine yer verilmesi gerekir (Karş. Demirkan, s. 29).

Diğer yandan, mali bilgi piyasasındaki değişikliklerle uyumlu olarak, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonun yapılış yöntemleri sürekli olarak değişmektedir. İçeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon; dinamik bir sermaye piyasasının parçası olup, söz konusu ticaret ve manipülasyonda başarılı ve kalıcı olunabilmesi için kazanç artırıcı yeni yolların bulunması gerekmektedir. Kazanç artırıcı yeni yolların bulunmasıyla etkin bir şekilde mücadele etmek için içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla ilgili kuralların sürgit bir şekilde gözden geçirilmesi gerekir (Karş. Reichman, s. 90). Ancak Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlenen içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon tanımlarında hiç bir değişiklik görülmemekte, bir başka deyişle, 28.7.1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47. maddesine, 1992 yılında eklenen içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon tanımları içeriğini aynen korumaktadır. Kısacası, öğrenme ticareti ve manipülasyon tanımları Türkiye’de durağan bir konumda bulunmaktadır.

Özellikle 1980’li yıllardan itibaren menkul kıymetler piyasasında hızlı değişimler yaşanmaktadır. Hızla değişen menkul kıymetler piyasasına ayak uyduramama korkusu, sermaye piyasasında iş yapanların, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon yapımları yönünde onlara kuvvetli bir güdü sağlamıştır. Yine sermaye piyasası mevzuatının kapsamı ve içeriği konusundaki yorum farklılıkları, söz konusu piyasada iş gören kimsele- rin risk alma olasılıklarını hızla artırmıştır. Diğer yandan, menkul kıymet

piyasası kültürü, söz konusu piyasada yasa dışı yollara sapma şeklindeki bir alt kültürü sürgit bir şekilde beslemiştir. Menkul kıymet piyasası ve piyasa kuralları, söz konusu piyasanın oyuncuları tarafından bir macera ve arena olarak değerlendirilmiştir. Bu piyasada, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon yapanlar kınanması gerekirken “kıvrak zekalı” kimseler olarak değerlendirilmiştir. İçeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon, ancak kuvvetli bir kontrol sistemi ile en alt seviyeye indirilebilir (Karş. Reichman, s. 90, 91). Bu çerçevede; sermaye piyasası oyuncularının daha fazla içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon yapmaları yönündeki teşvik unsurlarını ortadan kaldırmak için içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon suçlarının unsurları, ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin, suçların açık ve kesin olması şeklindeki alt ilkesine uygun bir şekilde tanımlanması gerekir. Kanımca, 2499 sayılı Kanun’da yapılan içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon tanımları, konunun uzmanlarının bile anlamakta güçlük çekeceği ölçüde oldukça karmaşıktır. Yine, kanımca, Türkiye’de yapılan içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon suçlarının neredeyse tümünün karanlıkta kalmasının bir nedeni de, söz konusu suçların oldukça karmaşık bir şekilde tanımlanmasıdır. Bu çerçevede, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon suçlarının kolay bir şekilde ortaya çıkartılabilmesini sağlamak için; bu suçları oluşturan fiillerin işlenmesi durumunda, fiilleri kolayca ortaya çıkaran çağcıl ülkelerin (örneğin ABD) düzenlemelerinden de yararlanılarak, söz konusu suçların herhangi bir yoruma yer vermeyecek ölçüde açık ve kesin bir şekilde tanımlanması yerinde olacaktır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47. maddesinde; iki veya daha fazla sermaye piyasası suçunun içtima etmesi halinde hapis cezasının asgari haddinin üç, azami haddinin altı yıl olduğunun belirtilmesi de, kanımca yerinde bir düzenleme değildir. Böyle bir hükme yer verilmesi bile, ceza kanununda geçerli olan suçların içtimasına ilişkin kurallar uygulanarak faile verilecek ceza artırılabilir. Hatta olay hakkında maddi (gerçek) içtima kurallarının uygulanabildiği hallerde faile verilecek cezanın asgari haddi üç, azami haddi altı yıl hapis cezasından daha fazla olarak bir ceza tayin edilebilir. Çünkü maddi içtima halinde, her bir suçun cezası toplanarak faile toplam üzerinden ceza uygulanır. Dolayısıyla 47. maddede öngörülen cezai artırmanın! gerçekte bir artırma olmayıp hafifletme olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, kanımca, sermaye piyasası suçlarının organize bir şekilde işlendiği durumlarda, sermaye piyasasının düzgün işleyerek halkın gönencinin artırılması şeklindeki hukuki varlık veya menfaat, bir başka deyişle sermaye piyasası suçlarının hukuki konusu daha fazla zarara uğrar. Ayrıca, günümüzde neredeyse tüm sermaye piyasası suçları organize bir şekilde işlenmektedir. Bu açılardan, temel tehlike kanımca, iki veya daha fazla sermaye piyasası suçunun birleşmesi değil, sermaye

piyasası suçlarının organize bir şekilde işlenmesidir. Buna rağmen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda, sermaye piyasası suçlarının organize bir şekilde işlendiği hallerde cezai artırıma gidileceğinin belirtilmemesi vahim bir hata olmuştur.

2499 sayılı Kanun'un 49. maddesinde; sermaye piyasası suçlarından dolayı kovuşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na yazılı başvuruda bulunulması koşuluna bağlı tutulmakta ve yapılan başvuru ile Sermaye Piyasası Kurulu'nun aynı zamanda müdahil sıfatını kazanacağı belirtilmektedir. Kısacası, sermaye piyasası suçlarının yargılama usulünde şikayet ve müdahale kurumlarına yer verilmektedir. Erem'in isabetli bir şekilde belirttiği üzere, ceza usulü uygulamasında suçtan zarar görenin yardımı, daima bir taraf yardımudur, aldatıcı olabilir. Ceza davasının kamulaşması çağında, şikayet ve müdahale yolu ile davaya katılma geçmişin izlerini taşır. Ceza adaletinin mağdur ile uzlaşma gayreti oldukça sakıncalıdır. Sanığın suçsuz olduğunun anlaşılma üzere olduğu bir aşamada, inatçı bir tutumu temsil etmek zorunda kalan müdahilin durumu, ceza davasının ciddiyeti ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle şikayet ve müdahale yolu ile kamu davasına katılma usulüne gereksinim bulunmamaktadır (Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 560-563).

Çağcıl hukukta, bütün ceza davaları resmi nitelik göstermektedir. Kanımca, çağcıl hukukun gereği olarak ceza davalarında şikayet ve müdahale kurumlarına yer verilmemesi gerekir. Çünkü teknik olarak bir ceza davası, bağımsız bir devletle sanık arasında geçer, mağdur ceza davasının bir parçası değildir, ayrıca ceza davasına mağdurun sesinin girmesi öç duygusunu da depreştirebilir. Bu çerçevede, sermaye piyasası suçlarından dolayı kovuşturma yapılmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na yazılı başvuruda bulunulması koşuluna bağlı tutulması ve yapılan başvuru ile Sermaye Piyasası Kurulu'nun aynı zamanda müdahil sıfatını kazanacağı esastan vazgeçilmesi yerinde olacaktır. Sermaye piyasası suçlarının işlendiği durumlarda, Sermaye Piyasası Kurulu'na, sadece durumu yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na ihbar etmek görevi verilmeli, ihbardan sonraki soruşturma ve kovuşturma usulü, diğer suçlarla aynı olmalıdır. Çünkü başka türlü düzenleme yapılması; usul hukukunun, yalın, sade ve basit olması ilkeleri ile çağcıl hukukta bütün davaların resmi olduğu ilkesine aykırı düşer.

Türkiye'de yoğun bir şekilde içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon suçları işlenmesine rağmen söz konusu suçların ortaya çıkarılmamasının bir nedeni de, kanımca, söz konusu suçları oluşturan fiilleri ortaya çıkaracak bir denetim düzeneğinin kurulamamasıdır. Halbuki Amerika

Birleşik Devletleri'nde manipülasyon ve içeriden öğrenme ticareti suçları kolay bir şekilde ortaya çıkartılmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun özellikle Amerikan uygulamalarından esinlenerek, kuvvetli bir kontrol düzeneği oluşturması, kanımca, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon suçlarıyla etkin mücadele açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır.

Diğer yandan içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyona karşı uzun dönemde bir fayda sağlayacak olsa da, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonun zararları konusunda sermaye piyasası oyuncularının özellikle sermaye piyasası aracı kurumlarının eğitim ve öğretim faaliyetine tabi tutulması, kanımca, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla etkin mücadele açısından oldukça önemlidir. İçeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon konusunda sermaye piyasası oyuncularında özellikle sermaye piyasası aracı kurumlarında bir bilinç oluşturulması, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon sorununa uzun dönemli, kalıcı ve gerçek çözüm sağlayacaktır. Bu çerçevede sermaye piyasası suçlarıyla özellikle içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla etkin mücadele için, Sermaye Piyasası Kurulu'nun eğitim ve öğretim bağlamında aktif bir rol oynaması gerekir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda; sermaye piyasası suçlarına karşı sadece cezai yaptırımlar (hapis ve adli para cezası) öngörülmekte; sermaye piyasası suçlarıyla özellikle içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla etkin mücadele açısından önem taşıyan idari para cezası ve özel hukuk yaptırımlarına yer verilmemektedir. Her şeyden önce sermaye piyasası suçlarının özellikle içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonun işlendiği durumlarda, Sermaye Piyasası Kurulu'na, idari para cezası verme yetkisinin verilmesi gerekir (Karş. Demirkan, s. 29). Kanımca, Sermaye Piyasası Kurulu'na idari para cezası verme yetkisi tanınması, iki açıdan faydalı olacaktır. Birincisi, sermaye piyasası suçundan delil yetersizliği nedeniyle beraat eden kişiye, sermaye piyasasındaki güveni sarstığı gerekçesiyle idari para cezası uygulanması gerekebilir. Diğer taraftan suç teşkil etmese bile içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla mücadelenin gereklerini yerine getirmeyen kimseye, idari para cezası verilmesi gerekebilir. Son olarak, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon yapanlara, yapılan ihlalin boyutu gereği cezai yaptırımlar dışında idari para cezası yaptırımının uygulanması gerekebilir. Bu açıdan içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla etkin ve caydırıcı mücadele yapabilmek için Sermaye Piyasası Kurulu'na idari para ceza verme yetkisinin tanınması gerekir.

Son olarak, (ancak önem açısından son değil) sermaye piyasası suçlarının özellikle içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonun işlendiği hallerde, manipülasyon ve içeriden öğrenme ticaretinden zarar görenlere

hukuk davası açma hakkının tanınması gerekir. Çünkü içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyon sonucu, kişilerin korunmaya değer hukuki varlık veya menfaatleri zarar görmektedir. Zarar gören hukuki varlık veya menfaatin sahiplerine, özel hukuk davası açma hakkının tanınması; çağcıl hukukun gereği olduğu gibi, içeriden öğrenme ticareti ve manipülasyonla etkin mücadele açısından da gereklidir.

d. Organize Suç

Organize suçun, Orta Doğu ülkeleri açısından doğurduğu en büyük tehlike veya tehdit; söz konusu suçun ana uğraşı alanının, uyuşturucu üretim ve kaçakçılığı olmasıdır. Orta Doğu ülkelerinin bazıları, uyuşturucunun üretildiği ülke konumunda bulunsa da, söz konusu bölge ülkeleri, uluslararası uyuşturucu kaçakçılığı zincirinin geçiş konumunda bulunması yüzünden uyuşturucudan doğan sorunlar nedeniyle önemli ölçüde zarar görmektedir. Orta Doğu'da en istikrarlı suç organizasyonları Türkiye'de bulunmaktadır. Türk organize suç grupları yalnızca uyuşturucu kaçakçılığı üzerine odaklanmakla kalmamakta; başka bir takım suç faaliyetleriyle de uğraşmaktadır (Adamoli ve diğerleri, s. 71).

Türk organize suç grupları uyuşturucu kaçakçılığı dışında bir takım suç faaliyetleriyle uğraşsa da temel faaliyet alanını uyuşturucu kaçakçılığı oluşturur. Türkiye'de, uluslararası bağlantısı bulunan üç ana suç organizasyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, babalardan oluşan Türk mafyasıdır. Türk mafyasını; aralarında zayıf bir bağ bulunan Doğu Karadeniz (Doğu Karadeniz'den Samsun Limanı'na kadar uzanan coğrafi bölge) kökenli çeteler oluşturur. Bu çeteler, İstanbul ve Türkiye'nin diğer batı bölgesindeki kentlerde oturmakta ve Almanya ile Hollanda dahil Kuzey Avrupa ülkelerindeki Türk göçmen toplulukları ile çeşitli bağlantıları bulunmaktadır. Türkiye'de etkin olan diğer bir suç organizasyonu ise insan kaynağını Türkiye'de bulunan binlerce İran göçmeni içerisinden sağlayan İran mafyasıdır. Türkiye'de etkin olan ve uluslararası bağlantısı bulunan başka bir suç organizasyonunu ise, Almanya, Hollanda ve Britanya'daki Kürt kökenli Türk vatandaşı göçmen topluluklarıyla bağlantısı olan ayrılıkçı terör örgütü PKK-Kongra-Gel oluşturur (Bkz., Adamoli ve diğerleri, s. 72). Çalışmanın hacmini genişletmemek ve organize suç denilince mafya akla geldiği için burada daha çok Türk mafyası üzerinde durulacaktır.

Geleneksel organize suçun doğum yeri olan İtalya'da; 1980'li yıllardan itibaren görülen liberalleşme, 1990'lı yıllardan itibaren görülen küreselleşme akımlarının etkisiyle son yıllarda organize suçun; gerek yapısı ve gerekse faaliyet yöntemleri bakımından önemli değişiklikler görülmektedir (Bu

konuda fazla bilgi için bkz., Dursun, Hasan, *Organize Suçun Temelleri*, s. 99 vd.). Kanımca, Türk mafyası da söz konusu akımların etkisinde kalarak organizasyon ve faaliyet yöntemi boyutları bakımından, son yıllarda önceki yıllara kıyasla oldukça farklılık göstermektedir. Günümüzde mafya tipi suç organizasyonları; sadece Doğu Karadeniz kökenliler tarafından değil, başka coğrafi bölge kökenli insanlar tarafından da kurulabilmektedir. Yine daha önceleri Türk mafyası; az sayıda ve kabile veya genişletilmiş aile esasına göre kurulu oluşumlardı. Kabile veya genişletilmiş ailenin başında yaşlı bir baba bulunmakta, oluşumun diğer elamanlarını ise babanın kan ve sıhri hısımları oluşturmaktaydı. Ancak, son yıllarda, Türk mafyasını oluşturan organizasyonların gerek yapısında gerekse faaliyet yöntemlerinde büyük değişimler görülmektedir. Artık, bir organize suç grubunun elemanı olabilmek için o grubun başı olan babanın kan ve sıhri hısımları olmak şart değildir. Babalar, akrabası olmasa bile kendilerine faydalı olacak elemanları bünyelerine katabilmektedir. Türk organize suç grupları; ataerkil ve hantal organizasyon yapısını da terk etmişler ve organizasyon içerisinde pişmanlık duyanların ihbarı ile örgüt içerisine sızabilecek gizli görevlilerin takibinden kurtulabilmek için esnek ve yatay bir organizasyon ağı oluşturmuşlardır. Bir başka deyişle; Türk mafyasını oluşturan organize suç grupları, grubun liderlik seviyesinde yapılan işler ile alt seviyede yapılan işler arasındaki mesafeyi açmışlar ve hücre sistemini benimsemişlerdir. Hücre sistemi sonucu; grubun alt seviyedeki personeli, bağlı olduğu grubun üst düzey yöneticileri, organizasyon yapısı ve faaliyetleri konusunda ancak kendisine verildiği ölçüde, çok az bir bilgiye sahip kılınmıştır. Kısacası, Türk organize suç grupları; grubunun lider kadrosunu perde arkasında tutacak ve grubuna hareketlilik ve esneklik kazandıracak şekilde kendi örgütsel ağlarını oluşturmuştur (Karş. Jamieson, s. 28).

Türk mafyası, son yıllarda, önceki yıllara kıyasla, çalışma yöntemi bakımından da farklı bir nitelik göstermektedir. Günümüzde; Türk organize suç grupları, yasal iş dünyasında işleri daha iyi yürütecek tarzda, iş yapma yöntemlerini değiştirmiştir. Daha somut bir deyişle, söz konusu gruplar; iletişim teknolojisindeki ilerlemeler, mali ve ticari liberalizasyon ve yeni doğan piyasa alanlarını daha iyi sömürebilmek için faaliyetlerinde yerelleştirme (decentralization) ve serbestleştirme (deregulation) ilkelerini uygulamaya başlamıştır. Söz konusu organize gruplar, belirli bir projeyi elde etmek için gerekli olduğu müddetçe değişik suç grupları ve yasal şirketlerle stratejik ortaklık kurmakta ve projeyi elde edince dağılmaktadır. Yine günümüzde Türk organize suç grupları, değişik ülkeleri ve kıyı merkezlerini kapsayacak şekilde yapılan karmaşık kara para aklama faaliyetlerini kolay bir şekilde yürütebilmek için kendi bünyesinde bilişim teknolojisi uzmanı ve mali müşavir istihdam etmeye başlamıştır. Türk mafyası; güvenlik güçlerinin

kolaylıkla ortaya çıkaracağı hantal yapıyı bırakmış, suç faaliyetlerini; sınır aşan, karşılıklı birbirini destekleyen ağ yapısıyla çok sektörlü olarak çeşitlendirmeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak, özellikle mali sektörlerde, yasal faaliyetler ile yasa dışı faaliyetler arasındaki çizgi gittikçe kaybolmaya başlamıştır (Karş. Jamieson, s. 28).

Uluslararası bağlantısı olan Türk organize suç grupları, son yıllarda “yatay iç bağlantı” (horizontal interconnection) yöntemiyle çalışmaya başlamıştır. Günümüzde organize suç gruplarının faaliyetleri gittikçe birbirine bağlı olmaya başlaması yüzünden, organize suç grupları bir faaliyetten başka bir faaliyete kolaylıkla yönelmektedir. Fırsatlar çoğaldıkça, bir organize suç grubu faaliyetleri arasında daha fazla yatay iç bağlantı oluşturmaktadır. Yatay iç bağlantı, fırsatçı suç organizasyonlarının özgün bir niteliği olarak, belirli bir konu üzerinde uzmanlaşmaktan ziyade, faaliyetler arasında farklılaşma (diversification) yapısıyla ortaya çıkar. Faaliyetler arasında yatay iç bağlantı kavramıyla; bir suç organizasyonu tarafından yürütülen faaliyetler arasında o suç organizasyonu tarafından oluşturulan bağıntı anlaşılır. Bir suç organizasyonu; suç faaliyetlerini genişletmek, yeni bir suç döngüsüne girmek için belirli bir yasa dışı faaliyet alanında kazandığı özgün uzmanlık, yetenek ve araçlara güvenir. Uygulamada, yeterli şekilde eğitim almış personel ve araçlara sahip olan, kaçakçılık yolları konusunda deneyimi bulunan, gelişmiş yolsuzluk ağı oluşturan ve değişik ülkelerle bağlantısı bulunan suç grupları, yeni yasa dışı piyasalara girmektedir. Kısacası, suç grupları, uzmanlaştığı alanlara ilave olarak yeni faaliyet alanları katmaktadır. Türk organize suç gruplarının faaliyet yöntemi; yatay iç bağlantı yöntemi ile çalışmanın somut bir örneğidir. Türk organize suç grupları, kendi klasik faaliyetlerini (uyuşturucu kaçakçılığı, haraç, beyaz kadın ticareti, sahte belge ticareti) yürütürken, geniş bir yolsuzluk ağı oluşturmuş ve bu ağdan yararlanarak Doğu ve Merkezi Asya insanların Batı Avrupa’ya kaçırılması işi gibi yeni bir faaliyet alanı olan insan kaçakçılığı işine girmişlerdir (Adamoli ve diğerleri, s. 17, 18).

Soğuk savaş döneminin sona erdiği ve küreselleşme akımlarının hız kazandığı 1990’lı yıllardan itibaren Türk mafyasının faaliyet yönteminde görülen başka bir önemli farklılık; Türk mafyasının, diğer ülkelerin suç organizasyonları ile daha yakın bir ilişki ve işbirliği içerisine girmesidir. 1990’lı yıllardan itibaren Türk mafyası, Avrupa’ya yapılan uyuşturucu kaçakçılığı işinde daha çok toptancılık üzerinde yoğunlaşmış; uyuşturucunun perakende dağıtım işini o ülkedeki yerel organize suç gruplarına bırakmış veya onlara taşeronluk yaptırmıştır. Örneğin; sıkı bir hücre sistemi bulunan ve kolaylıkla şiddet göstermeye eğilimli olan Arnavutluk mafyası ile Türk mafyası yakın bir çalışma ilişkisine girmiş ve Kuzey İtalyan kentlerine eroin

dağıtılması işi, Türk mafyası tarafından Arnavutluk mafyasına bırakılmıştır (Karş. Jamieson, s. 30). Aşağıda, Türkiye’de faaliyet gösteren organize suç gruplarının neredeyse varlık nedeni (raison d’être) haline gelmiş bulunan uyuşturucu kaçakçılığı üzerinde biraz ayrıntılı olarak durulacaktır.

Babalar ve İran mafyası; kural olarak, uyuşturucuyu işlenmiş olarak İran üzerinden Afganistan’dan ithal etmekte veya İran güzergahını kullanarak Afganistan’dan uyuşturucu hammaddesi (örneğin afyon) getirmekte, bu hammaddeleri İran, Irak ve Türkiye sınırının kesiştiği ve otorite boşluğu bulunan bölgelere taşıyarak buralarda işlemektedir. Daha sonra buzdolaplı TIR’lara yüklenen uyuşturucular İstanbul’a getirilmektedir. Türkiye ile Avrupa arasında yapılan uyuşturucu kaçakçılığının büyük bölümü babalar tarafından yürütülmekte, bununla birlikte, PKK-Kongra-Gel’de Avrupa’ya yaptığı uyuşturucu kaçakçılığı faaliyetini, her geçen gün daha da artırmaktadır (Adamoli ve diğerleri, s. 72).

Babalar, İran mafyası ve PKK-Kongra-Gel; Türkiye’nin uyuşturucu piyasasını kontrol etmekte yanında; fuhuş ticareti, haraç toplama, kara para aklama ve sahte belge trafiği alanlarında da yoğun bir şekilde faaliyette bulunmaktadır. Bu gruplar, aynı zamanda, insan kaçakçılığı piyasasında da oldukça aktif bir konumdadır. Daha somut bir deyişle, Balkan rotası vasıtasıyla Avrupa’ya kaçak Asyalı göçmen grupların sokulma işinin büyük çoğunluğu, söz konusu gruplar tarafından kontrol edilmektedir. Bunun yanında, Türk, Pakistan ve Yunan suç organizasyonlarının Asyalı, Kürt ve Orta Doğulu’ların göç akımlarını kontrol altında tutabilmek amacıyla ortak girişimde bulduklarını gösteren işaretler bulunmaktadır. 2000’li yıllar oldukça fazla insan kaçakçılığı olaylarıyla doludur. Türkiye’de faaliyet gösteren suç organizasyonları; en ufak bir vicdani kaygı taşımaksızın göçmen gruplarını, İtalya’ya ulaştırmak için tıka basa eski ve tehlikeli botlara bindirmişler ve bu botların bir kısmı batarak onlarca insan Ege ve Akdeniz’de boğulmuştur. Son olaylar, İtalya’ya yapılan insan kaçakçılığı faaliyetlerinde; Türk, Yunan, Kürt, Irak ve Pakistanlı organize suç gruplarının bir uzlaşma çerçevesinde hareket ettiklerini göstermektedir (Karş. Adamoli ve diğerleri, ss. 72, 73).

Organize suça karşı mücadele verebilmek amacıyla Türkiye tarafından alınan en önemli önlem; 29.7.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun çıkartılmasıdır. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde *“Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel*

ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar; örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir” şeklinde bir hükme yer verilerek, hangi tür organize birleşimlerin cezalandırılacağı gösterilmiştir.

4422 sayılı Kanun, zorulım önlemine de olanak sağlamaktadır. Gerçekten de, Kanun’un 1. maddesinin 4. fıkrasında; organize suçtan mahkumiyet halinde, suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin veya zorulımı gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın devlete intikaline hükmolunacağı ifade edilmektedir.

4422 sayılı Kanun, organize suç hallerinde tank ve kamu görevlilerinin korunması dahil bir takım özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer vermektedir. Söz konusu usuller; iletişimin dinlenmesi veya tespiti, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi ve gizli görevli kullanılmasıdır. Ayrıca, 4422 sayılı Kanun’da düzenlenmesi gerekirken, kanımızca bir hata sonucu 4208 sayılı Kanun’da düzenlenen “kontrollü teslimat” uygulaması da, özel bir soruşturma ve kovuşturma usulüdür.

Organize suça karşı mücadele verebilmek amacıyla Türkiye tarafından alınan en önemli önlem olsa da; 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, organize suça karşı etkin mücadele verilmesi hedefini gerçekleştirecek nitelikte değildir. Kanun’da yapılan en büyük hata, organize suçun tanımında toplanmaktadır (Kanun’un diğer eksiklikleri konusunda fazla bilgi için bkz., Dursun, Hasan, *Organize Suça Genel Bir Bakış*, DPT Yayınları, Ankara, 2001). 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde, çıkar amaçlı suç örgütü, konunun uzmanlarının bile zor anlayacağı şekilde son derece karmaşık bir şekilde tanımlanmakta ve çıkar amaçlı suç örgütünün oluşturulması koşulunun gerçekleşmesi için ancak belirli bir takım suçları işlemek üzere yapılan birleşmeler koşul olarak aranmaktadır.

Yargıçlar; çıkar amaçlı suç örgütünün tanımının, ceza hukukunda geçerli olan kanuni tipiklik ilkesine aykırı bir şekilde yapılması (örneğin örgütün ne olduğunun açıkça tanımlanmaması) nedeniyle hangi oluşumların çıkar amaçlı suç örgütü oluşturacağını saptamakta büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır. Diğer yandan, maddede, herhangi bir suçu işlemek üzere

değil, belli suçları işlemek üzere yapılan birleşimler çıkar amaçlı suç örgütü olarak kabul edilmekte, bir başka deyişle suçlar arasında ayırım yapılmaktadır. Organize suç grubu elemanlarının mahkum edilebilmeleri için, yasada gösterilen fiilleri işlemek üzere bir araya geldiklerinin mahkemece kanıtlanması gerekecektir ki, söz konusu kanıtlanma işinin ne kadar büyük bir külfet doğuracağı ortadadır.

Halbuki, Avrupa Komisyonu, organize suçu son derece basit bir şekilde tanımlamıştır. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan organize suç tanımında, organize suçun ölçütleri, zorunlu ve seçimlik ölçütler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Organize suçun zorunlu ölçütleri şunlardır;

- a. Üç veya daha fazla kimsenin beraberce çalışması,
- b. Suç grubunun uzun veya belirsiz bir zaman dilimi için faaliyet göstermek üzere oluşturulması,
- c. Suç grubu elemanlarının ağır suçları işlediklerinden şüphe duyulması veya anılan elemanların suçlu bulunarak mahkum edilmeleri,
- d. Suç grubunun amacının kâr ve/veya güç elde etmek olmasıdır.

Organize suçun seçimlik ölçütleri ise şu şekildedir;

- a. Suç grubuna katılan kimselerin her birisinin kendisine özgü bir görevi veya rolünün bulunması,
- b. Suç grubunun bazı çeşit iç disiplin ve kontrol araçlarına sahip olması,
- c. Suç grubunun haraç toplamak için tehdit ve diğer etkili yöntemleri kullanması,
- d. Suç grubunun yolsuzluk ve diğer yöntemlerle siyaset, görsel ve yazılı basın, kamu yönetimi, güvenlik görevlileri, yargı veya ekonomik üzerinde etkinlik sağlamaya çalışması,
- e. Suç grubunun ticari veya benzeri bir yapılaşmasının olması,
- f. Suç grubunun kara para aklama faaliyetiyle uğraşması,
- g. Suç grubunun uluslararası düzeyde faaliyet göstermesidir (Adamoli ve diğerleri, s. 8, 9).

Organize suça karşı etkin bir mücadele verilmesini sağlamak ve AB normlarına uyumu temin etmek açısından; 4422 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki çıkar amaçlı suç örgütü tanımının bütünüyle değiştirilmesi, Avrupa Komisyonu'nun aradığı zorunlu ölçütlere uygun bir organize suç tanımı yapılması gerekir. Ayrıca, yapılacak tanımda, suçlar arasında ayırım yapılmasından vazgeçilerek, hangi suçu işlemek üzere olursa olsun, kanunda

gösterilecek yasal tipiklik ilkesine uygun birleşmelerin organize suç olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Sonuç

Ekonomik suç olgusu oldukça karmaşık bir olgudur. Ekonomik suçları etkin bir şekilde önleyebilmek için alınması gereken önlemler de, ekonomik suç olgusu kadar karmaşıktır. Türkiye'nin, ekonomik suçlara karşı etkin mücadele verebilmesini sağlamak için, Türkiye'de ekonomik, sosyal ve kültürel önlemler dahil birbirleriyle ilişkili çeşitli düzeneklerin bileşimi yoluyla mücadele verilmesi ilkesini yaşama geçirmek gerekir. Çünkü, Türkiye'de ekonomik suçların, köklü tarihi, sosyal, kültürel ve ekonomik temelleri bulunmaktadır. Buna karşılık, Türkiye'de, ekonomik suçlarla mücadelede, ağırlıklı olarak, yasal önlemlerle yetinme yolu benimsenmekte, ekonomik suçlara karşı alınan yasal önlemler de çağcıl gelişmelerin gerisinde bulunmaktadır.

Ekonomik suç sorunu; ancak, ekonomik suçun tehlikeleri ve mücadele verilmesi gerekliliği konusunda kararlı, bilinçli ve sistemli düşünceye sahip siyasal iradeyle çözümlenebilir. Bunun yanında, siyasal iktidarın sadece kendisinin ekonomik suçun çözümü konusunda siyasi iradeye sahip olması da yeterli değildir. Siyasal iktidarın başta yurttaşlar olmak üzere, özel sektör, sivil toplum kuruluşları ve toplumun diğer katmanlarını ekonomik suçların tehlikesi ve önlenmesi konusunda bilinçlendirmesi gerekir. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren ekonomik suçlar Türkiye'de çığ gibi büyümesine rağmen söz konusu suçlarla etkin mücadele verilmesi yönünde kararlı, bilinçli ve sistemli siyasi bir çaba gösterilememiştir. Kuşkusuz, 1980'li yıllardan itibaren ekonomik suçlara karşı bir kısım hukuki önlemlerin alınması yoluna gidilmiştir; ancak, alınan önlemler, kararlı, bilinçli ve sistemli bir siyasi çabaların sonucu değildir. Alınan önlemler; kısa vadeli, geçici, kısmi, bütünlük ve tutarlılıktan yoksun niteliktedir.

1980'li yıllarda başlayan liberalleşme, 1990'lı yıllarda başlayan küreselleşme akımlarının etkisiyle özellikle 1980'li yıllardan itibaren sadece Türkiye'de değil, tüm ülkelerde ekonomik suçlar hızlı ve tehlikeli bir şekilde tırmanışa geçmiştir. Ancak, kanımca, liberalleşme ve küreselleşme akımları, ekonomik suçla etkin mücadele verilmesi yönünde yeni olanak ve fırsatları da beraberinde getirmiştir. İşte bu olanak ve fırsatları iyi değerlendiren çağcıl ülkeler, ekonomik suçları toplumun katlanabileceği en alt bir seviyeye (bir ülkenin ekonomik suçları bütünüyle ortadan kaldırması olanaklı değildir) indirmişler ve ekonomik suçları ağır cezai yaptırımlara bağlamıştır. Çünkü çağcıl ülkeler, ekonomik suçların; ekonomi ve ticari

yaşamın düzgün işlemesi yönündeki kişilerin, toplumun ve devletin hukuki varlık veya menfaatlerini ihlal ettiği yönünde derin bir bilinç sahibi olarak, ekonomik suçlara karşı en ağır ve sert önlemleri almaktan kaçınmamışlardır. Türkiye’de ise 1980’li yıllardan itibaren, ekonomik suçlara karşı yeterli önleme alınmayarak çağcıl ülkelerdeki gelişmelerin tam aksi bir tutum izlenmiş ve “ekonomik suça ekonomik ceza verilir” şeklindeki garip ve yanlış bir yargıya dayanılarak ekonomik suçlara kimi durumlarda hapis cezası verilmesinden kaçınılmış kimi durumlarda ise ekonomik suç için öngörülen hapis cezası, kolaylıkla adli para cezasına dönüştürülebilecek veya ertelenebilecek (tecil edilecek) nitelikte düşük tutulmuştur. Liberalleşme ve küreselleşme akımlarının yalnızca olumsuz yönleri Türkiye’de etkisini göstermiş, söz konusu akımların ortaya koyduğu yeni olanak ve fırsatlar (örneğin ekonomik suçlara karşı sıkı bir uluslararası işbirliği) değerlendirilememiştir.

Türkiye’de, ekonomik suçlara karşı yeterli önlem alınmadığının en somut görünümü hayali dışsatım konusudur. Özellikle, 1980’li yıllardan itibaren hayali dışsatım yöntemiyle Hazine’den belki de trilyonlarca liralık vergi iadesi alınmasına rağmen hayali dışsatım müstakil bir suç olarak düzenlenememiş ve yapılan hayali dışsatımların büyük çoğunluğu ortaya çıkartılamamıştır. Yine, çok azı tespit edilebilen hayali dışsatımcılar, caydırıcılıktan uzak nitelikteki adli para cezası ile kurtulmuşlardır. Yine, 1980’li yıllarda; hayali dışsatıma karşı yeterli önlem alınması yönündeki istemlere ise; dışsatımın Türkiye açısından yaşamsal bir önem taşıdığı, dışsatımın çok az bir kısmının hayali olduğu, bu açıdan, hayali dışsatıma karşı önlem alınması yoluna gidilirse “dışsatımcının (ihracatçının) ürkeceği” gibi söylemlerle karşı çıkmış, hatta hayali dışsatıma örtülü bir destek verilmiştir. Hayali dışsatıma karşı etkin yasal tedbirlerin alınması, ancak 2001 yılında mümkün olabilmıştır. Daha somut bir deyişle, 29.6.2001 tarih ve 4704 sayılı Kanun’la, Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’da değişiklik yapılarak, hayali dışsatım için öngörülen para cezaları artırılmış ve hayali dışsatım için hapis cezası getirilmiştir.

Son olarak; (ancak önem açısından son değil) ekonomik suçlara karşı getirilen yasal düzenlemelerin uygulanma sorununun bulunmasının, ekonomik suçlara karşı konulan ceza normlarının etkisiz bir konumda bulunmasına yol açtığını ifade etmek gerekir. Türkiye’de ekonomik suçlara karşı öngörülen yasal düzenlemeler etkisiz bir konumda bulunmaktadır. Örneğin; Türkiye’nin 1994, 2000 ve 2001 yıllarında yaşadığı büyük ekonomik ve mali krizlerin temel nedenlerinden birisini, Türkiye’ye ani bir şekilde sıcak ve kara para girmesi veya söz konusu paranın ani bir şekilde ülke dışına çıkması iken, Türkiye’de şimdiye kadar hemen hiç kimse kara

para aklama suçundan dolayı mahkum edilememiştir. Yine, Türk Sermaye Piyasası'nda yaygın bir şekilde manipülasyon ve içerden öğrenme ticareti yapıldığı şeklinde kuvvetli bir algı bulunmasına rağmen, Türkiye'de hiç kimse manipülasyon ve içerden öğrenme ticareti suçu nedeniyle mahkum edilememiştir. Ekonomik suçlara karşı etkin bir mücadele verebilmek dolayısıyla başarı kazanabilmek için, ekonomik suçlara karşı öngörülen düzenlemelerin azimli ve heyecanlı bir şekilde uygulanması ve liberalleşme ile küreselleşmenin getirdiği yeni fırsat ve olanakların kullanılması gerekir. Kısaca, ekonomik suçları katlanılabilir bir seviyeye getirmek için her türlü önlem alınmalıdır; aksi takdirde, insanlar, Türk ekonomisinin tekrar, ne zaman ağır bir krize sürükleneceği konusunda sürgit bir şekilde bahis oynamaya devam edeceklerdir.

KAYNAKÇA

Adamoli Sabrina, Di Nicola Andrea, Savona U. Ernesto and Zoffi Paola. *Organised Crime Around the World. Heuni Publication Series No. 31.* Helsinki, 1998.

Black's Law Dictionary. 6th Edition, West Publishing Company, 1990USA.

Demirkan, Senem, *Insider Trading Regulations In US And A Proposal For Turkey.*
<http://fic.wharton.upenn.edu/fic/cmbt/Senem%20Demirkan.ppt>

Dursun, Hasan, *Organize Suça Genel Bir Bakış,* DPT Yayınları, Ankara 2001.

"Organize Suçun Temelleri ve Anılan Suçla Mücadelenin Özel Zorlukları",
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 49 Kasım/Aralık 2003.

"Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 55 Kasım/Aralık 2004.

Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku,* Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara 1968.

Global Corruption Report 2001, TI, http://ger.netscript.kunde.sserv.de/download/ger2001/rr_w_europe_n_america_pdf

Global Corruption Report 2003, TI [http://www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2003/18_Southeast_Europe_\(Jovic\).pdf](http://www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2003/18_Southeast_Europe_(Jovic).pdf)

Granata, Enrico, "The Business World and Corruption", *Responding Corruption*, Unicri, yayın numarası 63, Roma/Milan, 2000.

Gültekin, Recep, *Corruption in Turkey: An Overview*, <http://unisa.edu.au/taffPages/RickSarre/Poland%20papers/Gultekin.pdf>.

Jamieson, Alison, *Italy's Criminal Gangs Change Their Tactics*, *Jane's Intelligence Review*, December 2001.

Reichman, Nancy, "Insider Trading", *Beyond The Law Crime in Complex Organizations*, Editör Michael Tonry ve Albert J. Reiss, The University of Chicago Press, 1993.

Van Duyne, Petrus, "Combatting Corrupting: Acts and Attitudes", *Five Issues in European Criminal Justice*, Editör, Matti Joutsen, Heuni, 1999.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AVUKATLIK KANUNU

İLGİLİ KANUN VE
YÖNETMELİKLER
İLE
BELGELER

MAYIS 2005 / 1

ÇIKTI !..

ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSAL MEVZUATIMIZ IŞIĞINDA MAĞDUR ÇOCUKLARA YÖNELİK DÜZENLEMELER

Arif N. ALPSOY

Günümüz toplum yapıları sahip oldukları kültür, ekonomik düzey coğrafi şartlar vs. gibi pek çok farklı özelliklere sahip olmakla birlikte ortak bir çok sorunla da karşı karşıyadır. Bu sorunlar içinde çocuk mağduriyetinin birey ve toplum yaşamını tehdit eden cinayet, hırsızlık vs. gibi suçlardan çok daha etkili ve tehlikeli olduğunu söylemek kanımca yanlış olmayacaktır. Bunun nedeni bu durumun özellikle ülkemiz gibi ataerkil, kapalı aile yapısına sahip, ekonomik yönden zayıf/istikrarsız, geleneklerine aşırı bağlı veya yozlaşmış değerlere sahip yapılarıdır. Bu yapılar çocuk mağduriyetinin yalnızca nedeni olmakla kalmaz mağduriyeti kolaylaştırıcı haklı kılıcı veya önemsizleştirici sonuçlara da yol açarlar. Söylediklerimizi birkaç örnekle somutlaştırmak meselenin boyutlarını az da olsa aydınlatacaktır. Ekonomik yönden güçsüz, gelişmekte olan ülkeler olarak adlandırılan Güney Doğu Asya ülkeleri çocuk fahişeliğinin dünyadaki merkezlerindedir. Bu ülkede çocuk fahişeliği ve bu suçu işleyenler yasalarca korunmakta, teşvik edilmekte hatta ödüllendirilmektedir. Bunun nedeni batılı turistlerin kafiye halinde bu çocuklarla cinsel ilişkiye girmek için ülkelerine akın etmeleri ve bu seyahatlerinde yaptıkları yüksek düzeyde harcamalarıdır. Bu durum dünyanın pek çok farklı bölgesinde de yaşanmaktadır. Bu bölgelerin ortak özelliği ekonomik yönden yaşanan çöküş veya güçsüzlüktür.¹

¹ Topçu'nun bu konuda verdiği örnekler dikkat çekicidir "Çocuk cinsel istismarının Kuzey Amerika toplumlarında yaygın olduğu bilinmekle birlikte, bu sorun sadece o yarım küredeki toplumlara özgü değildir... Örneğin Güney Amerika'da, erkek sokak çocuklarının cinsel istismarı yaygındır. Çocuk seks öykülerinin pek çoğu Güneydoğu Asya kaynaklıdır ve tek başına Bangkok'ta (Tayland, 16 yaşından küçük 30.000 fahişenin bulunduğu bildirilmektedir. Sri Lanka plajlarında binlerce erkek çocuğun fahişelik yaptığı saptanmıştır. Rusya'da sadece Moskova'da 1.000 kadar fuhuş yapan çocuk olduğu bildirilmektedir" Sedat Topçu, *Çocuk ve Gençlerin Cinsel İstismarı (Ensest ve Pedofili)*, 2. Basım, Doruk Yayınları, Ankara, 1997, s. XIII, XIV.

Ülkemiz örneğinde de ön plana çıkan sorun çocuğa yönelik yaklaşımdır. Çocuğun ana veya babasının malı olduğu görüşünün hakim görüş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Basit düzeyde olsa dahi ebeveynlerin çocuklarını terbiye etmek gerekçesiyle fiziksel şiddet uygulamaları doğal karşılanmaktadır. Bunun tehlikeli olan yönü şudur, çocuklara karşı uygulanan fiziksel şiddet doğal olarak algılanmakta, durum kanıksanmakta ve sonucunda çocuğu sürekli şiddete veya başka kötü muamelelere karşı savunmasız bırakmaktadır. Bir çocuğa uyguladıkları şiddet yüzünden ebeveynler ancak çocuk hayatı tehlikeye maruz kaldığı veya öldüğü zaman hesap sorulmaktadır. Bu ve benzeri örnekleri günümüzde gittikçe artan sıklıkta görmek mümkündür.

Çocuk mağduriyetinin yarattığı tehlikenin boyutları göz ardı edilemeyecek kadar ciddidir. Mağduriyetin çeşidi ve şiddetine bağlı olarak ölümden kendine güvensiz sinik bir birey yaratmaya kadar geniş son derece geniş bir yelpazede küçümsenemeyecek oranda çocuk zarar görmektedir.²

Kalıcı sakatlıklar yanı sıra etkilerini daha uzun sürede ve çocuğu da aşarak daha geniş kişilere etki eden sonuçlarda bulunmaktadır. Küçükken cinsel istismara uğrayan bir kişi yetişkinliğe geçtiğinde kendi çocuklara veya diğer küçüklere karşı aynı eylemlerde bulunabilmektedir. Sürekli şiddete maruz kalan bir çocuk şiddetin yaşandığı evini terk ederek sokaklara kaçabilmekte ve bu sokaklarda sürdürmeye çalıştığı hayat sırasında hırsızlıktan tutun gaspa varabilen suçlar işleyebilmektedir. Son örnekte görüldüğü gibi mağdur edilen çocukla suça itilmiş çocuk arasında direkt bir ilişki vardır.

Bu duruma ilginç bir örnekte Save The Children adlı çocukların korunması alanında uluslararası faaliyette bulunan sivil toplum örgütünün yaptığı bir araştırmadır. Bu örgütün araştırması neticesinde Fransa, İspanya, İtalya, Almanya ve Belçika'nın dünyada en fazla seks turizmi yapan ülkeler arasında olduğunun tespitidir. Aynı örgütün verilerine göre İspanya'da göçmen olarak getirilen, çoğunluğu 12 yaşının altındaki 5.000 kıza fahişelik yaptırılmaktadır ve aynı ülkede sadece 2002 yılı içinde 8.000'den fazla çocuğun kaybolduğu bildirilmiştir, bkz., *Milliyet gazetesi*, 07.02.4004, s. 26.

² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Eylül 1979 tarihinde aldığı R. (79) 17 sayılı "Çocuğun Kötü Muameleye Karşı Korunmasına İlişkin" tavsiye kararının 10. maddesinde "çocuğu taciz eden ev ortamının uzun erimli etkilerinin, sıklıkla, çocuğun yetişmesi, öğrenme kapasitesi, kişisel gelişimi, ileride ebeveyn olarak benimseyeceği tavır üzerinde çok olumsuz sonuçlar doğurduğunu ve bu yolla uzun vadede toplum açısından belirli bir bedeli olduğunu" kaydetmiştir. Devamında 11. madde de "Bu gerçekliğe rağmen söz konusu olgunun kapsam ve boyutunun arz ettiği ciddiyet görülüp itiraf edileceğine, bunun tersine toplum içinde inkar, ya da göz ardı etme ve hatta bu gerçekliği kabule karşı direnme ve sıklıkla bunun, bireylerin değil yetkili makamların bir sorunu olarak görme şeklinde tezahür eden yaklaşımlardan ..." şeklinde soruna ilişkin önemli tespitlerde bulunulmuştur. Kararın tam metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)*, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul, 2002, s. 42 vd.

Çocuklar mağdur oldukça suç işlemeye yaklaşmaktadır. Bunun yanı sıra suç işledikleri ortamlarda yaşamlarını sürdürmeleri kendilerini yeni mağduriyetlere açık bırakmaktadır. Bu iki kesim birbirinin nedeni ve sonucu olabilmekte ve birbirlerini besleyebilmektedir.

Şimdiye kadar ele aldığımız konular çocukların kişiliklerine saygı duyulması, özel olarak korunması ve desteklenmesi gereken bireyler olduğu gerçeğinin görülmesini sağlamıştır. Bu temelden hareket ederek ülkeler konunun hassasiyetli de dikkate alarak kendi iç hukukları yanı sıra uluslararası alanda da ortak girişimlerde bulunmaya başlamıştır. Mağdur çocuklar hakkında önem taşıyan bazı uluslararası argümanları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. (Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi olarak anılacaktır). Bu sözleşme Türkiye tarafından 29-30 Eylül 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Merkezi'nde toplanan "*Çocuklar İçin Dünya Zirvesinde*" imzalanmış, bu imza TBMM'de 4058 sayılı Yasa ile onaylanmış 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı RG'de yayımlanarak Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk normu haline gelmiştir.

2. 25.01.1996 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair sözleşme'nin Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Koruma Mekanizması (çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Çocuk Hakları Avrupa Sözleşmesi olarak anılacaktır). Bu Sözleşme Türkiye tarafından imzalanan bu sözleşme TBMM'de 18.01.2001 tarih ve 4620 sayılı Yasa ile onaylanmış Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk normu haline gelmiştir.

3. Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesine Ek). Bu Sözleşme Türkiye tarafından imzalanan bu sözleşme TBMM'de 09.05.2002 tarih ve 4755 sayılı Yasa ile onaylanmış Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk normu haline gelmiştir.

4. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Kurulu'nun aldığı kararlar.

Mağdur çocuklarla ilgili ulusal hukukumuzda yer alan kanunları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde SHÇEK Kanunu olarak anılacaktır).

2. 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Çocuk MK olarak anılacaktır). Kabul tarihi 07.11.1979, RG yayın tarihi 21.11.1979, No. 16816.

3. 4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun. Kabul tarihi 30.07.2003, RG yayın tarihi 07.08.2003, No. 25192.

4. Ailenin Korunmasına Dair Kanun
5. İlköğretim ve Eğitim Kanunu
6. Milli Eğitim Temel Kanunu
7. İcra İflas Kanunu
8. İş Kanunu
9. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
10. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu
11. Basın Kanunu
12. Radyo ve Televizyon Yasası
13. Ceza Kanunu
14. Ceza Kanunu Tasarısı (2003)
15. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
16. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı
17. Medeni Kanunu
18. Aile Mahkemelerin Kurulması ve İşleyişi Hakkındaki Kanun

Uluslararası hukuk ve ulusal hukukumuzu incelemeye geçmeden önce bazı terimlerin açıklanması gerekmektedir. Bu terimler çocuk ve mağduriyettir.

1. Çocuk Kimdir: Çocuğun kim olduğu ve çocukluk döneminin süresi üzerinde farklı bilim dalları ve hukuk sistemleri arasında görüş ayrılığı vardır. Türk Dil Kurumu, çocuğu; küçük yaştaki oğlan veya kız; soy bakımından oğul veya kız, evlât; genç erkek; (mecaz) Büyüklere yakışmayacak biçimde düşüncesizce davranan kimse olarak tanımlamaktadır.³ Çocukluk ise; çocuk olma durumu; insan hayatının bebeklikle ergenlik arasındaki dönemi olarak tanımlanmaktadır.⁴ Biyoloji Literatüründe ise “*ergenlik ça-*

³ <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?GeriDon=0&EskiSoz=&kelime=%E7ocuk>

⁴ <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?GeriDon=0&EskiSoz=&kelime=%E7ocuk>

ğından önceki birey" olarak tanımlanmaktadır.⁵ Ancak konumuz açısından asıl üzerinde durulması gereken konu hukuk, özelliklede çocuk haklarıyla ilgili hukuk dalları açısından kişinin hangi andan itibaren ve hangi yaşa kadar çocuk sayılarak korunmaya muhtaç olduğudur.⁶ Çocuklukla yetişkinlik arasındaki sınırı belirleyen ölçüt çocuğun tanımının yapılmasında da etkili olabilecektir.⁷ Yaş, cinsel olgunluğa erme, fiziksel gelişim, fikri gelişim gibi kıstaslar hukuk sistemlerinin gelişimi sırasında kabul edilen erginliği belirleyen kıstaslar arasındadır. Modern hukuk sistemleri ise ancak fikri olgunluğa erişmiş çocukların küçüklük devresinden, daha doğrusu korunmaya ve yardıma muhtaç olma devresinden çıkmalarını belirleyen kıstastır.⁸ Hukuk sistemimize bakıldığında da benzer düzenlemelerin yer aldığı görülecektir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne bakıldığında 1. maddesinde çocukluğun sona ermesi hakkında net bir tanım yapıldığı görülmektedir. 1. madde de çocuğun tanımı: *"Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuktur"* olarak yapılarak 18 yaşın altındaki herkesi ulusal yasalar uyarınca daha genç yaşta reşit (ergin) sayılma durumu haricinde *"çocuk"* olarak kabul etmiştir. Bu düzenlemenin ışığında kanunlarımızda yer alan düzenlemelerin uluslararası normlara uygunluğu gözlenecektir. Ancak özellikle evlenme halinde erginlik (reşitlik) konusunda dikkat edilmesi gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Bilindiği gibi ülkemizin özellikle bazı kesimlerinde çocuklar özellikle de kız çocukları çok erken yaşlarda evlenmekte, daha doğrusu evlendirilmektedir. Bu evliliklerin neticesinde erken yaşta anne ve baba olmak ve bir ailenin sorumluluğunu taşımaya başlamak evlenen kişiler için ve onlar arasında çok ciddi psikolojik ve sosyolojik sorunlara yol açmakta önemi ulusal ve uluslararası bütün argümanlarda sık sık tekrarlanan ailenin sağlıklı varoluşunu engellemektedir. Medeni Kanunu'nda yapılan son değişikliklerle evlenme için getirilen yaş sınırı yukarı çekilmiştir. Ancak kanımca bu yeterli düzeyde değildir. Bu durum daha küçük yaşlarda evlenmeleri engellemediği gibi aileleri tarafından çocukların evlendirilmeleri konusunda da yasal bir kılıf hazırlamaktadır. Dikkat edilmesi gereken nokta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uluslara-

⁵ Seda Akço, *Reşit Olmayanlar Arasındaki Cinsel İlişkinin Suç Olarak Kabulü ve Ceza Ehliyeti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996, s. 5.

⁶ Tanıl Mehmet Başkan, *Adli Tıbbi ve Hukuki Açından Çocuk İstismarı ve İhmalin Olgularında Velayet Hakkına Müdahale*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 2.

⁷ Polat bu duruma dikkat çekerek çocuk tanımlarıyla ilgili farklı bazı kıstasların olduğunu belirtmiştir. Örneğin; çocukluğun kronolojiden ziyade bir iktidar ile ilişkili olduğu, düşük statüyü ifade ettiği; terimin sabit bir döneme ait tek bir evrensel deyim olmadığı, daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir yapı olduğu vs. bkz., Oğuz Polat, *Çocuk ve Şiddet*, Der yayınları, İstanbul, 2001, s. 62.

⁸ Bkz., Başkan, s. 2.

rası çocuk hakları konusunda bir Anayasa niteliği taşıdığı ve Sözleşme'nin merkezinde yer alan anlayışın 3. maddesinde yer alan ve çocukla ilgili bütün girişimlerde, çocuğun yüksek yararını tam olarak gözetmek, Anababaların ya da sorumluluk taşıyan diğer kişilerin bu sorumluluğu yerine getirmemesi halinde devletin çocuğa yeterli dikkat ve desteği sağlaması olarak açıklanabilecek olan “*çocuğun yüksek yararının*” gözetilmesi olduğudur. Ulusal düzenlemeler yapılırken yaş konusunda getirilen hükümlerin bu anlayışla uygunluğu dikkat edilmesi gereken bir noktadır.

2. Mağdur Çocuk Kimdir: Türk Dil Kurumu, mağduru; haksızlığa uğramış, kıygın, olarak tanımlamaktadır.⁹ Mağdur hukukumuzda genellikle Ceza Hukuku alanında bir suça konu edilmiş, suçtan zarar görmüş kişi anlamında kullanılmaktadır. Sevgi Usta Sayıta mağduru; mağdur kavramı geniş anlamıyla, Birleşmiş Milletler Gücün Kötüye Kullanılması ve Suç Mağdurları İçin Yargılama'nın Temel İlkeleri Bildirgesi'nin 12. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, “*mağdur*”, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya zihinsel, duygusal zarar, ekonomik kayıp veya temel hakların önemli derecede çiğnenmesini içeren zarardan etkilenen kişiyi ifade eder.¹⁰

Ülkemiz hukukuna göre sağ ve tam doğumlarıyla kişilik kazanan çocuklar suç olarak kabul edilen eylemlerin muhatabı olabilir, bu eylemlerden zarar görebilirler.¹¹ Örneğin; küçüklerin hak ehliyeti Medeni Kanun'un hükümleriyle korunmaktadır. Bu ehliyet sayesinde mal sahibi olabilmektedirler. Bu mallara yönelik bir suç mesela hırsızlıkta çocuğu Ceza hukuku anlamında suç mağduru yapabilecektir. Ayrıca niteliği ne olursa olsun, çocuğa karşı işlenen suçların faillerinin kişiliği, olayın niteliği, müdahale edecek kişilerin/kurumların kimliği, koruma yolları vs. gibi pek çok hususta farklılaşmaya neden olacaktır. Suçların failleri 3. kişiler olabileceği gibi çocuğa bakmakla yükümlü kişiler (anne-baba), veya yakın çevresinden kişilerde olabilmektedir (bakım yükümlülüğü olmayan akrabalar, aile dostları, yakın arkadaşlar vs.). Bunun yanın da fiziksel şiddete,

⁹ <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?GeriDon=0&EskiSoz=&kelime=ma%F0dur>

¹⁰ Declaration of Basic principles of Justice for Victims of Crime and Abuses of Power, UN A/RES/40/34, 29 November 1985 zikreden, Sevgi Usta Sayıta, *Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Tedbirleri*, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi Meslek İçi Eğitim Dökümanı, s. 1.

¹¹ Ceza Kanunu'muzun 2. Kitabı'nın 8. babında 468-472. maddeleri arasında yer alan “Çocuk Düşürme ve Düşürtme Cürümleri” aile düzeni aleyhine işlenen suçlar kategorisinde ele alınıp burada eylemi cezalandırılarak korunan amaç cenin halindeki çocuğun yaşam hakkını korumak değil aile düzenini korumaktır. Sağlıklı, soy bağı belli nesillerin temini asıl korunmak istenen yarardır.

cinsel, duygusal veya ekonomik istismara, ihmale uğramak, özgürlüğünden yoksun bırakılmak gibi pek çok suçun muhatabı olabilmektedirler. Çocukların muhatabı oldukları suç çeşidinin çokluğu ve faillerin sıfatının değişkenliği çocuk mağduriyetini önleme konusunda hukuki, idari, sosyal alanda birbiriyle uyumlu ve birbirini destekler düzenlemelere, kurumlara ve işleyişe duyulan ihtiyacın temel nedenidir. Ancak araştırma konumuz dikkate alınırsa asıl ele alınması gereken belki de en önemli konu çocukların istismarıdır. Polat, çocuk istismarını “Çocuk istismarı, çocuğun bakımından sorumlu olan erişkin bireylerin çocuğun fiziksel, gelişimsel ve psikososyal açıdan iyi olma halini olumsuz yönde etkileyen tutum ve davranışlar” olarak tanımlamaktadır.¹²

Çocuk istismarı dört ayrımda incelenmektedir.

1. Fiziksel istismar
2. Cinsel istismar
3. Duygusal ve psikolojik istismar
4. İhmal

Polat, fiziksel istismarı en geniş anlamıyla çocuğun kaza dışı yaralanması olarak tanımlamakta ve bu konuda “çocukların, onlara bakmakla yükümlü kişilerin elinde fiziksel açıdan zarar görmesi yani bedensel bütünlüğün bozulması” olarak tanımlamaktadır.¹³

Cinsel istismar ise, psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimilasyon (cinsel doyum) için kullanılmasıdır.¹⁴ Cinsel istismarın başlıca tipleri teşhircilik (istismarcının kurbanı, göğüs, penis, vajina, anüs, gibi özel bölgelerini gösterdiği ve/veya kurbanın önünde mastürbasyon yaptığı istismar türü), voyerizm (röntgencilik; istismarcının açıkça veya gizli olarak kurbanı soyunukken veya istismarcıyı cinsel olarak tatmin eden aktivitelerde bulunurken gözlemesidir), oral-genital sex (fellasyo: ağızla erkek cinsel organını uyarmak, cunnilingus: ağızla kadın cinsel organını uyarmak olarak iki türü bulunmaktadır. İstismarcının çocuğun genital organlarını yalaması, öpmesi, emmesi, veya ısırması veya çocuğun oral yoldan kendisiyle cinsel ilişki

¹² Polat, s. 85. UNICEF Yönetim Kurulu'nun 14 Mart 1986 tarihli raporunda çocuk istismarı “çocuğa yakın kişilerin yasaklanmış ve önlenemez (preventable) bir hareketinden ya da hareketsizliğinden (harekete geçmemesinden) kaynaklanan zarar” olarak tanımlanmıştır, bkz., Nesrin Koşar, *Sosyal Hizmetlerde Aile ve Çocuk Refahı Alanı*, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1989, s. 47, 48; zikreden Özcan Kars, *Çocuk İstismarı (nedenleri ve sonuçları)*, Bizim Büro Basımevi, Ankara, 1986, s. 5.

¹³ Polat, s. 86-90. Ayrıca diğer tanımlar için bkz., Polat, s. 88, 89; Kars, s. 6.

¹⁴ Polat, s. 91; Ayrıca bkz., Kars, s. 7.

bulunmasının sağlanmasıdır),¹⁵ sodomi (erkeğin kadınla anüs yoluyla birleşmesidir), pedofili (cinsel ya da romantik olarak çocuklara ilgi duyma), pederasti, ensesttir (evlenmesi yasak derecede yakın akrabasıyla cinsel ilişkiye girme).

Duygusal istismar ise “*çocuk ve gençlerin, kendilerini etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak ya da gereksindikleri ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakılarak toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılmaları durumudur*”.¹⁶

İhmal ise “*çocuğa bakmakla yükümlü kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, çocuğu fiziksel ya da duygusal olarak ihmal etmesidir*”.¹⁷

Çocuk Hakları alanında yer alan uluslararası argümanlar içinde özellikle göz önünde bulundurulması gereken argüman BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’dir. Bu Sözleşme’nin önemi uluslararası hukuk alanında yapılmış ilk ve en kapsamlı düzenleme oluşudur. Bu Sözleşme’yle çocuk hukuku konusunda temel ilkeler belirlenmiş ulusal mevzuatta yapılacak değişikliklerde, düzenlemelerde hakim olması gereken temel anlayış ortaya konmuştur. Bu nedenle bu Sözleşme haklı olarak çocuk haklarının anayasası olarak tanımlanmaktadır. Bu Sözleşme’de yer alan düzenlemeler ışığında aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

- a. 18 yaşına kadar herkes çocuktur, madde 1,
- b. Çocuk, herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın eşit olarak doğuştan haklara sahiptir, madde 2,
- c. Çocuk yaşla ve olgunlaşma ile gelişen ihtiyaçlara sahip bir bireydir,
- d. Çocukla ilgili her işlemde çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulmalıdır, madde 4,
- e. Anne-baba sorumluluğu esastır. Devletler anne babanın sorumluluğu yerine getirmesine destek olmalı, anne-baba sorumluluğu yerine getiremediği durumlarda sorumluluğu devralmalıdır, madde 9, 18, 19,
- f. Çocuk hakkında alınan her kararda çocuğun görüşü alınmalıdır, madde 12,
- g. Çocuklar ifade özgürlüğüne sahip bireylerdir,

¹⁵ Oğuz Polat, Mehmet Akif İnanıcı, Mustafa Ercüment Aksoy, *Adli Tıp Ders Kitabı*, Nobel Kitabevleri, İstanbul, 1997, s. 315, 316.

¹⁶ Polat, s. 94.

¹⁷ Polat, s. 97.

- h. Çocukların özel yaşantısı korunmalıdır,
- i. Çocuklar herhangi bir kişiden gelebilecek her türlü suistimalden korunmalıdır,
- j. Tedbir olarak gerçekleştirilen yerleştirme uygulamaları düzenli olarak denetlenmelidir,
- k. Çocuklar her türlü gelişimleri açısından yeterli yaşam standartlarına sahip olmalıdırlar. Bu konuda asıl sorumlu ana-babadır. Devlet ana-babaya bu konuda yardım etmekle yükümlüdür.,
- l. Çocuklar ekonomik sömürüden uzak tutulmalı, çocuk işçiliği kontrol altına alınmalıdır,
- m. Çocukların uyuşturucu maddelerle her türlü ilişkisi engellenmelidir,
- n. Çocukların her türlü cinsel sömürüden korunması gerekmektedir,
- o. Çocukların yargılamasında işkence ve özgürlükten yoksun bırakma konusunda gerekli tedbirler ele alınmalıdır, çocukların sahip oldukları nitelikler gözetilerek yargılama, ceza ve infaz sisteminde gerekli değişiklikler yapılmalıdır,
- p. Çocukların silahlı çatışmaya girmesi engellenmelidir,
- q. Devlet mağdur çocukların yeniden sağlıklarına kavuşması için her türlü önlemi almalıdır,
- r. Çocuk yargılamasında çocukların kişilik ve değer anlayışları merkezli ve yeniden sosyalleştirilmesini hedefleyen değişiklikler yapılmalıdır.

Uluslararası argümanlara bakıldığında ulusal mevzuatımızdan farklı olan bir özellik öne çıkmaktadır. Uluslararası argümanlar ve bu argümanların ışığında hazırlanan ulusal yasalar mağduriyetin ortaya çıkmasını önleyici tedbirler ve mağduriyet sonrasında iyileştirici tedbirler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ulusal yasalarımız ise ancak mağduriyetten sonra ve ne yazık ki yetersiz düzenlemeler ve kurumlar aracılığıyla sorunu çözmeye çalışmakta ve açık yüreklilikle söylemek gerekirse bunu da başaramamaktadır. Bu Sözleşme çocuğun kim olduğu hususunda ortak bir tanım yapmasının yanında çocuğu bir birey olarak kabul etmiş çocuğun mümkün olduğunca ailesinin yanında ve her türlü tehlikeden uzak yaşaması gerektiğinin altını önemle çizerek asgari yaşam standardının sağlanmasında ebeveynleri ve devleti sorumlu tutmuştur. Bunun yanı sıra önemli diğer bir kararı da ço-

cuklarla ilgili olarak yapılacak her türlü işlemde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi getirilmiştir. Devletin sorumluluğunun sınırı ekonomik imkanlar ileri sürülerek daraltılamayacaktır.

18.10.1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 8-16 ve 18. maddelerinde çocukları ve aileyi korumaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre çocukların ve gençlerin maruz kalabilecekleri bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel bir koruma hakkı bulunmaktadır (m. 7); toplumun temel birimi olarak aile, tam olarak gelişmesini temin edecek uygun nitelikteki sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir (m. 16); anneler ve çocuklar, medeni durumlarına ve aile bağlarına bakılmaksızın, uygun nitelikteki sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkına sahiptirler (m. 17).¹⁸ Ailenin korunması özellikle annenin korunması konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 15 Mayıs 1970 tarihli (70) 15 sayılı kararı ilgi çekicidir. Bu karar "*Evlü olmayan annelerin ve onların çocuklarının sosyal açıdan korunması*" hakkındadır. Bu karar dayanağını Avrupa Sosyal Şartı'nın 17. maddesinden almaktadır. Bu ayrıntıları düzenlemeleri içeren kararda annelere gereksinim duydukları bilgileri sağlamaktan (Bölüm 1 m. 1), psikolojik ve sosyal hizmet desteği sağlamaya yeni yaşamlarına alıştırmaya yönelik tedbirler almaya hatta maddi olarak yardım yapmaya kadar pek çok düzenlemeye yer verilmiştir.¹⁹ 11Aralık 1975 tarihli Alman Sosyal Yasası (SGB). Yasa'nın görevlerini 1. maddesinde tanımlarken "*özellikle genç insanların, kişisel özgür gelişmelerinin aynı şartlar doğrultusundan desteklenmesi, ailenin korunması ve desteklenmesi ...*" olarak açıklanmıştır. Aynı Yasa'nın 6. maddesinde çocuk sahibi olan ve olacak bireylerin, bundan doğacak iktisadi yüklerinin azaltılması haklarının olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde Alman Çocuklara ve Gençlere Yardım Yasası'nun yardım etmeyi hedeflediği toplum kesimini belirtirken Yasa'nın çocukların ve gençlerin tek başlarına bireyler olarak değil, aynı zamanda yaşama ve gelişme birliği olan ailenin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Yasa'nın amacının "*Çocuğa kuyuya düşmeden yardım edebilmek*" olduğunun vurgulanması da önemlidir. Aile ve çocuğun bir arada tutulması önemli olmakla birlikte bütün bu kurallar sisteminde hakim olan ilkenin çocuğun yüksek yararını korumak olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Ailesiyle veya ebeveynlerden biriyle birlikte olmak çocuğun yararını zedeleyecek olursa diğer tedbirlere başvurulacaktır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1969 tarihli ve 561 sayılı "*Küçüklerin Kötü Muameleye Karşı Korunması Hakkında*" alınan Tavsiye Kararı'nda özellikle fiziksel şiddete maruz kalan küçükler hakkında

¹⁸ Ayrıntılı metin için bkz., Gemalmaz, s. 304 vd.

¹⁹ Ayrıntılı metin için bkz., Gemalmaz, s. 14 vd.

önemli tespitlerde bulunmuş ve taraf devletlere alınması gereken acil nitelikteki yasal ve idari önlemler konusunda bilgi vermiştir. Bu Karar'ın 6. maddesinde özellikle hekimlerin ve diğer sağlık personelinin meslekleri gereği bu tür olaylara rastlama ve öğrenme konusunda önem taşıdıkları ancak meslek sırrı ilkesi nedeniyle görevli makamları hiç veya zamanında bilgilendiremedikleri vurgulanarak bu konuda meslek sırrı sınırını daraltıcı önlemlerin alınmasının çocukların hayatlarının korunması yönünden taşıdığı öneme dikkat çekilmiştir.²⁰ Bu Karar'da da ailenin önemine dikkat çekilmiştir. Madde 8 "*Çocuklara yönelik zalimane muameleye karşı alınacak etkin önlemlerin, zorunlulukla -gereken yerlerde ebeveynlerin yardım görmeleri ve tedavi edilmeleriyle birlikte-, sosyal alandaki önleyici nitelikte tasarruflara ilişkin olması gerektiğini düşünerek ...*" çeşitli tavsiyelerde bulunulmuştur.

Avrupa Bakanlar Komitesi'nin 28 Haziran 1985 tarihli R. (85) 11 sayılı "*Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Çerçevesi İçinde Mağdurun Durumu Hakkında Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Yönelik Olarak Aldığı*" Tavsiye Kararı'nda mağdurlara ilişkin önemli ihtiyaçlar tespit edilmiştir. Bu tavsiye kararının alınmasının nedenlerinden biri olarak ceza adalet sistemi işleyişinin sanık ve devlet arasındaki ilişki ekseninde düzenlenmesinin mağdurun sorunlarını azaltmaktan ziyade bu sorunlara yenilerini eklemesi gösterilmiştir.²¹ Bu Tavsiye Kararı'nda çocuklarla ilgili uluslararası argümanların sürekli tekrarladıkları eğitimin öneminin altını bir kez daha çizmektedir. I. Bölümün 1. maddesinde "*Polis memurları mağdura anlayışlı, yapıcı ve yeniden güven kazandırıcı şekilde yaklaşım ve muamelede bulunmak üzere eğitimden geçirilmelidir*" hükmüyle yine mağdurlara ve çocuklara yönelik çalışmalar yapan bütün adli idari, sivil kurum ve kişilerin eğitimi ilkesine atf yapılmaktadır.

Bu Karar'da yer alan önemli hususlardan biri de mağdurun sorgulanması konusundadır. 8. madde de "*Usulün bütün aşamalarında mağdur, kişisel durumuna, haklarına ve onuruna ihtimam gösterilecek bir tarzda sorgulanmalıdır. Mümkün ve uygun olduğu hallerde, çocuklar ve akıl hastası ya da özürlü kişiler, ebeveynlerinin ya da vasilerinin ya da onlara yardımcı olacak diğer kişilerin huzurunda sorgulanmalıdırlar*". Mahkeme önündeki yargılama işlemlerinde de diğer tüm aşamalarda olduğu gibi mağduru hakları, kovuşturma işlemlerinin aşaması ve niteliği konusunda bilgilendirme gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Diğer bir noktada mağdurun zararının giderimidir. 12. madde de "*Mağdurun muzdarip bulunduğu zarar ve ziyana dair olan tüm bilgi, cezanın türü ve süresi hakkında karar verirken aşağıda belirtilen hususların dikkate alınabilmesi amacıyla mahkemenin kullanımına amade kılınmalıdır*:"

²⁰ Ayrıntılı metin için bkz., Gemalmaz, s. 12 vd.

²¹ Ayrıntılı metin için bkz., Gemalmaz, s. 85 vd.

a. mağdurun zarar ziyanının tazmin edilmesi gereği,

b. suçlu tarafından mağdurun zarar ziyanının herhangi biçimde tazmin edilmesi ya da giderilmesi yahut bu amaca yönelik olarak yaptığı herhangi bir samimi girişimi”

Dikkat edilirse bu maddeyle sanığa da verdiği zararı gidererek mağdurun acısını hafifletme imkanı tanınmıştır. Bu yol gerek usuli gerekse infaz hususunda sanık ve mağdur lehine gerçekleşebilecek daha olumlu girişimlerin, işlemlerin önünü açmaktadır.

Bu argümanlardan sonra ülkemiz hukukunu inceleyecek olursak yukarıda belirttiğimiz ulusal hukukumuzda çocukla ilgili hükümleri içeren argümanlardan da anlaşılacağı gibi çok sayıda kanunla ayrı ayrı düzenlenmiş bir sisteme sahip olduğumuz görülecektir. Bu dağınıklık uygulamada farklı usul ve enstrümanlara sahip hukuk dallarının uyumlu ve hızlı çalışmaması yanı sıra birbiriyle çelişen, birbirini engelleyen bir yapının oluşmasına neden olmuştur. Terimsel birlik dahi sağlanamamıştır. Örneğin; mağdur çocuğun tanımı 2253 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde ve 2828 sayılı SHÇEK 3/b ayrı ayrı tanımlanmıştır. Ulusal hukukumuz hali hazır kanunlarıyla çocuk mağduriyetini önleyememektedir. Bu kanunların konunun özneteliğinin gerektirdiği kapsamda ve ayrıntıda düzenlemeler getirmemesinin yanı sıra var olan koruma sistemlerinin ihtiyaca cevap veremeyen ağır ve yetersiz işleyen kurumsal sistemiyle de ilgilidir. Ancak son 2 sene içinde konunun ciddiyeti ve aciliyeti fark edilerek (AB üyeliğinin gerektirdiği hukuki ve sosyal şartlarının da etkisiyle) önemli adımlar atılmaktadır. Hali hazırda çalışan 11 alt komisyon çocuk haklarına ilişkin yeni bir hukuksal yapıyı oluşturmak için çalışmaktadır. Bunun yanı sıra ülkemizin taraf olduğu çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler onaylanarak iç hukukumuzda dahil edilmektedir. Mağduriyeti önlemede kilit önem taşıyan Ceza Kanunu ve Ceza Usulü Muhakemeleri Hakkındaki Kanunlarda çalışmalar yapılmaktadır. Ülkemiz hukukunu uluslararası argümanlar, kanun çalışmaları ve kanun değişiklikleri ışığında inceleyelim.

Ülkemizde suçlara ilişkin düzenlemeler temel olarak TCK'da yer almaktadır. TCK 2. Kitabı'nın 9. bab, altıncı fasılda “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Suistimali ve Aile Efradına Karşı Fena Muamele” başlığı altında yer alan 477, 478 ve 479. maddeler sadece ana babanın velayeti altında olan çocuğuna karşı değil daha geniş bir çerçeve çizerek idaresi altında bulunan, muhafaza, meslek ve sanatı öğretmek için kendine tevdi olunan şahıslara karşı sahip olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek salahiyetini kötüye kullanarak o şahsın sıhhatini muhtel veya bir tehlikeye maruz kalmasına sebep olacak şekilde kullanan kişilerin cezalandırılmasını düzenlemektedir. 479. madde

de 477 ve 478. maddelerde belirtilen suçların usulden biri hakkında işlenmesi halinde velayet itibarıyla sahip olduğu hakları kaybedeceği düzenlenmektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 19'da çocuğun şiddete uğramama hakkı konusunda bir düzenleme yer almakta ve devlete ana-babanın yada çocuğun bakımından sorumlu başka kişilerin her türlü kötü muamelesinden koruyacak çocuk suistimalini önleyecek ve bu tür davranışlara maruz kalan çocukların tedavisini amaçlayan sosyal programların hazırlanması görevini vermektedir. Anayasa'nın da 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğunu belirledikten sonra devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretilmesi ile uygulanması konusunda gerekli tedbirleri alma ve teşkilatları kurma görevi yüklenmiştir. Anayasa'da ve BM Sözleşmesi'nde veya belirttiğimiz diğer kararlarda yer alan kurumların hiçbirisi ülkemizde bulunmamaktadır. Yardım etmek için çocuğun zarara uğranılması beklenmekte, basit önlemlerle engellenebilecek pek çok sorun büyüyerek başa çıkılmaz hale gelmektedir. Ceza kanunumuzda yer alan düzenleme olumlu bir gelişme olmakla birlikte ne yazık ki yetersizdir. Özellikle kişilere karşı girişilen cinsel veya fiziksel saldırılarda akrabalık ve yaş küçüklüğünün ağırlaştırıcı neden sayılması ve ağır cezalara hükmedilmesi caydırıcılık açısından önem taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken konu çocukların küçüklükleri nedeniyle her türlü saldırıya karşı savunmasız oluşlarıdır. Özellikler ebeveynlerin çocuklara yönelik giriştiği suçlarda suçun doğurduğu zararları, zarar verici eylemlerin sıklığı, olayın ortaya çıkmasının güçlüğü gibi ciddi tehlikeler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ülkemizde suça itilmiş çocuklar alanında Emniyet Müdürlüğü bünyesinde kurulan "*Çocuk Polisi*" şubeleri çocuk suçluluğu alanında belirgin bir rahatlama ve iyileşme sağlamıştır. Bunun önemli nedenlerinden biri bu şube memurlarının sürekli olarak eğitime tabi tutulmalarıdır. Ön hatlar olarak tabir edilen polis memuru gibi zarara uğrayan çocuklarla ilk elden muhatap olan görevlilerin eğitimi çocuk mağduriyeti açısından yarar sağlayacaktır. 2003 TCKÖT'da (Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı) yer alan düzenlemeler yeni suç ihdası ve ayrıntılı hükümler getirmeleri, çocuklara karşı ve özellikle ebeveynleri tarafından işlenen suçlarda cezaların ağırlaştırılması yönüne gittikleri için ihtiyaçları karşılama konusunda mevcut yasamızdan daha ileri bir seviyededir. Örneğin; Yedinci Bölüm başlığı altında düzenlenen "*Aileye Karşı Suçlar*" başlığı altında yer alan 333. madde de "*Kötü Muamele*" halinde aile mensuplarından biri veya on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğa, merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde kötü muamelede bulunanlara iki aydan iki yıla kadar hapis cezası verilmektedir. Aynı şekilde 334. maddeyle disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi ve 335. maddesiyle ailesini terk eden kişilere de cezai yaptırımlar getirilmiştir. Bunun yanı sıra dördüncü bölümde 143. maddeyle "*işkence*" başlığı altında yeni

bir suç ihdas edilmiş ve 143/A-1 ve 143/C. maddeleriyle on sekiz yaşından küçükler ebeveynlerinden biri tarafından çocuğuna yönelik işkence fiilleri ağırlaştırılarak cezalandırılmıştır.

TCK'nın 453. maddesinde yer alan anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğan çocuğunu öldürme hallerinde verilen dört yıl ila sekiz yıl arası hapis cezası 2003 TCKÖT'ün 139. maddesiyle dört yıldan on yıla çıkarılmıştır. Bu durum da caydırıcılık bakımından önemli bir gelişmedir. Ancak unutulmamalıdır ki müebbet hapis cezası dahi verilecek olsaydı bu suç yine işlenecektir. Bunun önlenmesi hem yasalar hem de yasaları destekleyen yardımcı birimler (eğitim veren, koruma önlemlerini hızlı ve etkin uygulayabilen resmi kurumlar ya da STK'lar) vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Olumlu olmasının nedeni anneyi baskı altına alan aile ve diğer sosyal çevre yönünden yaratacağı etkidir.

Aynı şekilde TCK'nın 472. maddesinde yer alan "*kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş*" çocuk düşürme veya düşürtme fiillerine uygulanan üçte ikiye kadar indirme hükmü 2003 TCKÖT'de yer almamaktadır. Bu hükmün varlığı sayesinde kadınlar kendileri veya aile bireyleri annenin de hayatını tehlikeye atarak suçu işleyebilmekte ve ceza indirimi sayesinde kolayca kurtulabilmektedirler.

TCK 2. Kitabı'nın dokuzuncu bab, beşinci fasılda yer alan "*Çocukları veya Kendini İdareye Muktedir Olmayanları veya Tehlikede Bulunanları Kendi Haline Terketmek Cürümleri*"ni konu alan 473 vd. maddelerde ilginç bir yaş sınırlaması karşımıza çıkmaktadır. 473. madde de muhafazası kendine ait on iki yaşından küçük bir sabiyi terk eden kişiler ve 476. madde de yedi yaşından küçük bir sabiyi terkedilmiş bulup da derhal ait olduğu veya Hükümet memurlarına bilgi vermezse cezalandırılmaktadır. Bu yaş sınırlamaları gerçeklerle çelişmektedir. Sokaklar yetişkinlerin bile yaşayamayacakları denli zordur. 475. madde de ise yine kendisinin veya karısının, anasının veya evlat ve afradının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için doğumundan henüz beş gün geçmemiş bir gayrimeşru çocuğu terk ederse altıda birden üçte bire kadar ceza indirimine hak kazanmaktadır. Namus çocukların baş düşmanı olarak TCK'da yerleşmiştir.

Bunun yanı sıra ilk sayfalarda değindiğimiz insan ticareti (özellikle fuhuş, işgücü ve organ ticareti amacıyla yapılan) devlet mekanizmalarından daha sistemli ve profesyonel işleyen, geniş imkanları, yaygın bağlantıları ve yerleşik pazarı olan örgütlü bir suç haline gelmiştir. Ülkemiz çocuk veya yetişkin insan ticaretinde tıpkı narkotik maddeler konusunda olduğu gibi pazar ve geçiş yeri konumundadır. Bu suçlarla mücadele için bu suçların var olmadığı 1926 yılında yapılmış bir kanunun genel hükümleriyle yola

çıkmak tabiri caizse bisikletle aya gitmeye benzetilmektedir. Ancak bu konuda daha önce belirttiğimiz 30.01.2003 tarihinde kabul edilerek iç hukukumuzda giren Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4804 sayılı Kanun'un ve 09.05.2002 tarihinde onaylanarak iç hukukumuzda dahil olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4755 sayılı Kanun'un iç hukukumuzda girmesi ve 2003 TCKÖT'de yer alan 323. madde ile düzenlenen "*Fuhuş veya Cinsel Eylemleri Sömürme*", 352. maddeyle düzenlenen "*İnsan Kaçırma ve Alıkoyma*", gibi düzenlemeler eskiye nazaran daha etkin mücadele imkanı sağlayacaktır.

Konu hakkında en az TCK kadar önem taşıyan CMUK'a baktığımızda uluslararası argümanların ve karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin uzağında olduğu görülmektedir. Mağdur çocukların suç hakkında yapılan kovuşturma aşamalarında ve özellikle son soruşturma devresinde savunma hakkının korunması düşüncesiyle getirilen önlemler nedeniyle tekrar tekrar mağdur olmaları söz konusu olmaktadır. Mağdur çocuklar CMUK hükümlerinin on sekiz yaşından küçük çocuklar için getirdiği zorunlu müdafiden yararlanma hakkına sahip değillerdir. Çocukların böyle bir haktan mahrum oluşları özellikle velayet hakkına sahip olan ebeveynleriyle çıkar çatışması içinde oldukları durumlarda büyük sorun yaşamaktadırlar. CMUK Tasarısı "*Kamu Davasına Katılma*" başlığı altında düzenlediği ve katılanın haklarını ele alan 251. maddesinin son fıkrasında "*Katılan, on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olup bir avukatı bulunmazsa istemi aranmaksızın avukat atanır*" hükmünü düzenlemiştir. Bu günümüzde yaşanan pek çok adli sorunu çözebilecek önemli bir adımdır. Bu sayede amacı adaletin tesisi olan bir sistem, taraflarından biri olan mağdura da gerekli önemi vermiş olmakla kalmayıp avukat gibi profesyonel bir hukukçunun katılımıyla yargılamayı hızlı ve gerçeğe daha yakın gerçekleştirebilecektir.

Suç mağduru olan küçüklerin yargılama aşamalarında ifadelerine başvurulması, teşhis etme gibi işlemlere katılması sırasınında yaşların verdiği hassasiyet ve yaşadıkları olayların yarattığı travma nedeniyle tekrar ve ağır bir şekilde zarar görmekteyizler. CMUK hükümleri arasında bu soruna ilişkin bir çözüm bulunmamaktadır. Küçük çocuğun yaşadığı olayları mahkeme huzuruna çıkararak kendisine karşı suç işleyen kişinin önünde tekrar anlatması gerekmektedir. Bu özellikle ebeveynlerinden birinin cinsel veya fiziksel istismarına maruz kalan bir çocuğun ne kadar sağlıklı, zarar görmeden ifade verebileceği şüphelidir. CMUK Tasarısı'nda da bu konuda

herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda gerçekleştirilecek bazı önlemler yararlı olacaktır. Örneğin;

a. Yaşı küçük mağdurun, duruşma sırasında yanında güven duyduğu bir büyüğünün yanında olması,

b. Başka bir odada bulunan mağdura direkt video bağlantısı yapılan mahkeme salonundan yönelen soruları bir psikolog aracılığıyla öğrenmesi ve cevaplama,

c. Yargılamanın bu ifade alma aşamasının duruşma ortamı oluşturulmaksızın, bir psikoloğun katılımıyla, sohbet şeklinde gerçekleştirilmesi gibi.

Bu noktada ülkemizden farklı olarak uluslararası hukuk alanında ve diğer ülkelerin hukukunda yer alan bir konuya da değinmekte fayda bulunmaktadır. Mağdur çocukların korunması konusunda büyük gelişmeleri gerçekleştiren ülkelere bakıldığında bu ülkelerin düzenledikleri ayrıntılı ve etkin sistemlerin önemli temellerinden birinin Sivil Toplum Örgütleri (çalışmamızın devamında STK olarak anılacaktır) olduğu görülmektedir. STK'lar çocuk mağduriyetini önleme ve mağduriyetin gerçekleşmesi aşamasından sonra, mağduriyet riski taşıyan çocukların tespitinden tutunda koruna kararı alınmış çocukların barınması gibi çeşitli ihtiyaçları karşılayan etkin çalışmalarıyla, çocuğa ve devlet mekanizmalarından oluşan sisteme yardımcı olmaktadır. STK'lar bu konuda devlet mekanizmalarından hızlı haber alma, sürekli izleme, devlet örgütlenmesinin taşıdığı resmiyet ve mecburi müdahaleden uzak oluşu sayesinde diyalogun rahat olması, alanında uzman personelle çalışılması gibi çeşitli özellikleriyle mağdur çocuklar alanında kurulmuş devlet organlarının yanında ve onlarla beraber hareket etmektedir. Bu birlikteliğin sağladığı esneklik ve hız kurulan sistemin yararlı ve uzun ömürlü olmasını sağlamaktadır. Bu düzenlemelerin bir örneği de İrlanda Çocuk Bakım Kanunu'dur. Bu Kanun'un 7. maddesinde sistemin temel örgütü olan "Sağlık Kurulu"na bu Kanun uyarınca yapacağı işlemlerde kendisine danışmanlık yapmak üzere "Çocuk Bakım Danışma Komitesi" görevi verilmiştir. Bu komitelerin başta bu alanda çalışan STK'ları olmak üzere bu alanda uzman kişilerden kurulması gerekmektedir. Kanun'un 8. maddesi ise "Sağlık Kurulu"na kendi alanında faaliyet gösteren STK'larını denetleme ve faaliyetleri konusunda rapor hazırlama görevi vermektedir. Bu STK'ları özellikle çocukların evlat edinilmeleri konusunda etkin rol oynamaktadırlar. Bu Kanun'un 10. maddesinde "Sağlık Kurulu"na "...kendi hizmetine benzer ya da yardımcı çocuk bakım ve aile destek hizmetlerini sağlayan ya da sağlamayı öneren gönüllü kuruluş ya da diğer kişilere,

s. Kişi yada kuruluşun fonlarına periodik katkılar,

t. Bağış,

u. Para dışında katkılar (mal, işgücü ya da diğer bir hizmet) yolu ile yardım edebilir" düzenlemesine yer vermiştir.

09.05.2002 tarihinde onaylanarak iç hukukumuzda dahil olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4755 sayılı Kanun'un 10/1 maddesinde "Taraflar devletler çocuk satışı, çocuk fahişeliği, çocuk pornografisi ve çocuk seks turizmini içeren faaliyetlerden sorumlu olanların önlenmesine, meydana çıkarılmasına, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırılmasına yönelik uluslararası işbirliğini çok taraflı, bölgesel ve iki taraflı düzenlemelerle güçlendirmek için gerekli olan bütün adımları atacaklardır. Taraflar devletler kendi makamları, ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları ve uluslararası örgütler arasındaki uluslararası işbirliği ve eşgüdümü de geliştireceklerdir" hükmü yer almaktadır. Yine 30.01.2003 tarihinde kabul edilerek iç hukukumuzda giren Sınırı aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına ilişkin Protokolün Onaylanmasının uygun Bulunduğuna Dair 4804 sayılı Kanun'un "İnsan Ticareti Mağdurlarının Korunması" başlığı altında düzenlenen 6/3 maddesinde taraf devletlere her taraf devlet, uygun durumlarda, sivil toplum örgütleriyle, diğer ilgili kuruluşlarla ve sivil toplumun diğer unsurlarıyla işbirliği içinde özellikle aşağıdaki hususlara ilişkin hükümler dahil, insan ticareti mağdurlarının fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden iyileşmelerini sağlamak için önlemler alınıp uygulanmasını değerlendireceklerdir

c. Uygun barınma olanağı,

d. İnsan ticareti mağdurlarının anlayabilecekleri bir dilde özellikle yasal haklarına ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesi,

e. Tıbbi, psikolojik yardım,

f. Çalışma öğrenim ve eğitim olanakları.

Ancak bilindiği gibi ülkemizde devletin ilgili mekanizmalarıyla bu alanda çalışan STK'nın ilişkisi yok denecek kadar azdır. Bunun yanı sıra 2828 sayılı Gereğince bu alanda SHÇEK'in tek yetkili makam olarak kabulü bu örgütlerin çocuğun mağdur olduğu olaylarda etkin olarak, prosedürlere katılması neredeyse imkansızlaştırmaktadır. Ancak son yıllarda, aslında bir meslek örgütü olan, Baroların Çocuk Hakları Merkezleri kurarak suç mağduru olan çocuklara hukuki yardım sağlaması eskiye nazaran sistemin yetersizde düzeyde de olsa işlemesine yardımcı olmuştur.

506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU İLE 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA İŞYERİNİ BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kemal AKINBİNGÖL*

İşyerinin bildirimine ilişkin konu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda "İşyerini Bildirme" başlığı altında yapılan düzenlemelerde ayrı ayrı yer verilmek suretiyle kamu düzeninin sağlanması amaçlanmıştır. Her iki yasal düzenlemede de aynı konuya yer verilmiş olması nedeniyle aralarında karşılaştırma yapılabilmesi açısından birlikte incelenmesinin daha yararlı olacağı düşünülmüştür.

Konu 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu açısından incelendiğinde;

Bu Kanun'un "İşyerini Bildirme" başlığı altında 8. maddesi ile yapılan düzenlemede "İşveren, örneği kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte kuruma doğrudan vermek veya iadeli taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür.

Şirket kuruluşu aşamasında, sigortalı çalıştırmaya başlayacağı tarihi ve çalıştırılacak sigortalı sayısını beyan eden şirketlerin ticaret sicili memurluklarına yaptıkları bu bildirimler, ticaret sicili memurluklarınınca on gün içinde ilgili kurum ünitesine gönderilir ve bu bildirim, işverence kuruma yapılmış sayılır. Bildirimin bu süre içerisinde kuruma gönderilmemesi halinde ilgili ticaret sicili memurluğu hakkında bu Kanun'un 140. maddesinin (a) fıkrası uyarınca işlem yapılır.

İşverene, kurumca, bildirgenin alındığını bildirir bir belge verilir veya taahhütlü olarak gönderilir.

Bildirgenin verilmemesi veya geç verilmesi bu Kanun'da belirtilen hak ve yükümlülükleri kaldırmaz.

* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu (E) Başkanı.

Sigortalı çalıştırılan bir işin veya işyerinin başka bir işverene devrolunması veya intikal etmesi halinde de, yeni işveren bildirme yükümlüdür. Bu işlerde çalışan sigortalıların sigorta hak ve yükümlülükleri devam eder.

İşyerinin miras yolu ile intikali halinde, yeni işveren işyeri bildirmesini ölüm tarihinden itibaren en geç üç ay içinde doğrudan kuruma vermek veya iadeli taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir.

Madde metninde de görüldüğü gibi; ilk olarak işyeri bildirmesi örneğinin kurum tarafından hazırlanacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece, gerek bildirmede yer alacak bilgiler gerekse şekil şartı yönünden dağınıklığın önüne geçilmesi amacıyla yönelik olarak düzenlemeye gidilmiştir.

İkinci olarak işyeri bildirimine ilişkin süreye yer verilmiştir. Buna göre:

İşyeri bildiriminin; en geç sigortalı çalıştırılmaya başlandığı tarihte verilmesi gerekmektedir. Ancak, şirket kuruluşlarında bildirim, ticaret sicili memurluğunca yapılacağı hüküm altına alınmış olup, ticaret sicili memurluklarının iş yoğunlukları da dikkate alındığından olsa gerek, bu memurluklara bildirimde bulunmaları için on günlük süre tanınmıştır.

Yine işyerinin miras yolu ile intikalinde de, ölüm tarihinden itibaren bildirimde bulunma süresi, gerek; işyerine bu yolla sahip olan işverenlerin psikolojik konuları açısından, gerekse; 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinin 1a fıkrasında yer verilen dört aylık beyanname verme süresi de dikkate alınarak, yasalar arasında uyum sağlama açısından olsa gerek, süre üç ay olarak belirlenmiştir.

Doğabilecek hukuki sorunların önüne geçilmesi ve işverenlerin ispat yükümlülükleri konusunda korunmaları gibi değişik amaçlara yönelik olarak; yapılan düzenleme ile işveren tarafından işyerine ilişkin bildirim kuruma doğrudan veya iadeli taahhütlü olarak yapılacağı, işyerinin bildiri üzerine işverene bildirim yapıldığına ilişkin belge verileceği hüküm altına alınmıştır.

Bunlardan ayrı olarak şirket kuruluşu aşamasında, şirketlerin sigortalı çalıştırılmaya başlanacağı tarih ve çalıştırılacak sigortalı sayısını bildirmeleri halinde, işyeri bildiriminin ticaret sicil memurluklarınınca on günlük süre içinde kuruma bildirileceği, süresi içinde kuruma bildirim yapılmaması halinde ticaret sicili memurluğu hakkında bu Kanun'un 140. maddesi (a) fıkrası gereğince işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Buna göre; şirket kuruluşlarında işverenlerin bürokratik işlemlerinin azaltılması amaçlanarak, bildirimde bulunma yükümlülüğü ticaret sicili memurluğuna verilmiştir. Ayrıca ticaret sicili memurluğunun da işlem yoğunluğu göz önüne alınarak, Kuruma yapılacak bildirim için on günlük süre tanınmıştır. Ticaret sicili memurluklarının kendilerine tanınan on günlük süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, bunlar hakkında aynı Kanun'un 140. maddesi (a) fıkrası gereğince idari para cezası uygulaması işlemi yapılacağı da hüküm altına alınmakla hem işverenler korunmaya çalışılmış, hem de ticaret sicili memurluklarının görevlerini zamanında ve usulüne uygun yapmaları ve sonuçta kurum işlemlerinin yasal düzenlemelere uygun şekilde yürütülmesi amaçlanmıştır.

Son olarak da; anılan Kanun'da bildirgenin hiç verilmemesi veya belirtilen süreden daha geç verilmesinin, bu Kanun'da belirtilen hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağı hususuna yer verilmiştir. Böylece, işyeri bildirgesinin verilmemesi veya geç verilmesi nedeni ile işverenlerin yasal yükümlülükleri açık olarak bir kez daha belirtildiği gibi, Kanun'un 1. maddesinde belirtilen iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde bu kanunda yazılı şartlarla, sosyal sigorta yardımlarından yararlanmaları konularında, işçilerin hakları da koruma altına alınmıştır.

İşyerinin bildirilmesine ilişkin konuya, 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer verilmiştir.

Konu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8. maddesi de dikkate alınarak karşılaştırılmalı olarak İş Kanunu açısından incelendiğinde ise;

İşyerinin bildirimine ilişkin husus, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyerini Bildirme" başlığı altındaki 3. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre "İş Kanunu kapsamına girer nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin ünvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut ünvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır.

Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.

(17.06.2003 tarih ve 25242 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4884 sayılı Kanun'la değişik 3. madde) Ancak, şirketlerin tescil kayıtları ise ticaret sicili me-

murluklarının gönderdiği belgeler üzerinden yapılır ve bu belgeler ilgili ticaret sicili memurluğunca bir ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ilgili bölge müdürlüklerine gönderilir.” hükmüne yer vermiştir.

Hemen belirtelim ki; maddede yer alan bu Kanun kapsamına giren nitelikte işyeri kurulması, her ne suretle olursa olsun devralınması ifadesi, işyerinin miras yoluyla el değiştirmesi anlamını da içermektedir. Ayrıca bu maddeye ilişkin gerekçede, herhangi bir sebeple işyerinde faaliyete son vermenin işyerinin “kapatılması” anlamını taşıdığı belirtilmiş ve buna ilişkin bildirim yapılacağı açıklanmıştır.

Böylece, işyerini bildirim yükümlülüğünün; bu Kanun kapsamına giren nitelikte işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunun kısmen veya tamamen değiştirilmesi veya herhangi bir nedenle faaliyete son verilmesi ve işyerinin kapatılması hususlarından herhangi birinin meydana gelmesiyle doğacağı ve yükümlülüğün bir ay içinde yerine getirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi İş Kanunu’nun bu maddesinde işyerini bildirme yükümlülüğü; İş Kanunu kapsamına girer nitelikte, işyeri kurulması koşuluna bağlanmıştır.

İşyerinin, Kanun kapsamına girer nitelikte olduğu ibaresinin; 4857 sayılı İş Kanunu açısından açıklanabilmesi için, bu Kanun’un 1. maddesinde yer alan Kanun’un “Amaç ve Kapsam”ına ilişkin açıklamaya yer verilmesi gerekmektedir.

Kanun’un Amaç ve Kapsam başlığı altındaki 1. madde “*Bu Kanun’un amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir.*

Bu Kanun, 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

İşyerleri, işverenler, işveren vekilleri ve işçiler, 3. maddedeki bildirim gününe bakılmaksızın bu kanun hükümleri ile bağlı olurlar.” hükmüne yer vermiştir.

Buna göre İş Kanunu’nun uygulanması için, öncelikle bu Kanun bakımından bir işyerinin mevcut olması gerekmektedir.

Kanun’un 2. maddesine göre de işyeri: “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile din-

lenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda yapılan işyeri tanımında da belirtildiği gibi, bu Kanun açısından kurulan bir yerin, işyeri olarak nitelendirilebilmesi için işçi çalıştırılması gerekmektedir.

Bu nedenle işyeri bildiriminin yapılması için, dolaylı şekilde de olsa kurulan o yerde işçi çalıştırılması zorunluluğu getirilmiştir. Sonuçta bu Kanun bakımından işyeri olarak nitelendirilen, yani işçi çalıştırılan işyerinde işyeri bildiriminin işçi çalıştırmaya başlandığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde yapılması gerekmektedir.

Ancak, her işyeri için işyeri bildiriminde bulunma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Çünkü İş Kanunu'nun 1 ve 2. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde Sigortalı sayılmayanlar başlığı altında yapılan düzenlemeye benzer bir hususa yer verilmek suretiyle, her işyerine İş Kanunu'nun uygulanmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. İş Kanunu'nun 1. maddesinde; 4. maddede belirtilen istisnalar dışında kalan işyerlerinde uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Böylece;

- a. Deniz ve hava taşıma işlerinde,
- b. 50 den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c. Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d. Bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e. Ev hizmetlerinde,
- f. İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında,
- g. Sporcular hakkında,
- h. Rehabilite edilenler hakkında,

1. 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde,

4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanamayacaktır.

507 sayılı Kanun'un 2. maddesi esnafı; *"İster gezici olsun, ister bir dükkanda veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticareti sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (Sermaye unsuru olsun, olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanlarında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir."* şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanımlamaya da yer verdikten sonra, İş Kanunu'nun 4. maddesinin (1) fıkrasına ilişkin olarak, çoğu zaman yanlış değerlendirmeye neden olan bir hususa da burada yer vermek yararlı olacaktır. Belirtildiği gibi İş Kanunu'nda, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun, üç kişinin çalıştığı işyerleri istisna kapsamına alınmıştır.

İş Kanunu'nun 4. maddesi (1) fıkrasında *"üç kişinin çalıştığı"* ibaresi, çoğu zaman *"üç işçinin çalıştığı"* ibaresi ile karıştırılmaktadır. Burada üç kişinin çalıştığı ibaresi, 507 sayılı Kanun'un ruhuna uygun olarak, işyerini çalıştıran kişileri de ifade etmektedir. Yani çalıştıranlarla çalışanların toplamı üç kişi veya üç kişiden az ise ve 507 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, işyerini çalıştıranlar esnaf niteliğinde iseler bu işyeri İş Kanunu kapsamına girmeyecektir.

Bunun sonucu olarak da, çalıştıranla çalışan arasında yazılı bir sözleşme bulunmadığı taktirde; İş Kanunu'nun, *"Bazı İşlerde Çalışanların Ücretlerinin Güvencesi"* başlığı altında düzenlenen 113. maddesinde belirtildiği gibi; 32. maddesindeki ücret ve ücretin ödenmesi, 35. maddesindeki ücretin saklı kısmı, 37. maddesindeki ücret hesap pusulası ve 38. maddesindeki ücret kesme cezası ile ilgili hükümleri dışındaki diğer hükümleri bu tür işyerlerinde çalışan işçilere uygulanmayacaktır. Bu işçilere, İş Kanunu'nun 32, 35, 37 ve 38. maddeleri dışındaki hususlarla ilgili olarak, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

İş Kanunu'nun 3. maddesine göre bildirim yükümlülüğü bulunan işveren veya vekilleri, yapacakları bildirimlerde en az;

- İşyerinin unvan ve adresini,
- Çalıştırılan işçi sayısını,
- Çalışma konusunu,
- İşin başlama ve biliniyorsa işin bitme gününü,
- Kendi adını ve soyadını veya unvanını, adresini,
- Varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini,

bildirmek zorundadırlar.

Ayrıca, işveren veya vekili; işyerinde daha sonra el, unvan, adres ve faaliyet konusunda herhangi bir değişiklik varsa bu konuları da belirten, bir aylık süre içerisinde işyerinin kurulu olduğu yerin, bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne bildirmek zorundadır.

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası ile, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olacak ve alt işveren de kendi adına kurduğu bu işyeri için, kurulan işyerinde işçi çalıştırmaya başladığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde, işyerinin kurulu bulunduğu yerin bağlı olduğu bölge müdürlüğüne işyeri bildiriminde bulunma zorundadır.

Düzenleme ile, şirketlerde bildirim yükümlülüğü ticaret sicili memurluklarına verilmiştir. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken husus; burada yapılması hüküm altına alınan işyeri bildirimini, sadece şirket kurulduğunda kuruluşla ilişkin bildirim olup bu bildirim ticaret sicil memurluğu tarafından yapılması gerektiğidir. Genelde şirketlerin ilk kuruluşlarında ve ticaret siciline kayıtları sırasında işçisi bulunmadığından, ticaret sicili memurunun bölge müdürlüğüne yapacağı bildirim sırasında işçi çalışmaması nedeni ile, bölge müdürlüğünün, bu şirket işyeri için dosya açması ve sicil numarası vermesi de söz konusu olamayacaktır.

Kaldı ki, İş Kanunu'nun işyerini bildirme yükümlülüğüne aykırılık halinde uygulanacak idari para cezasına ilişkin düzenlemede, sadece işveren veya vekili için idari para cezası uygulaması öngörülmüş olmasına karşın, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8. maddesinde işyerini bildirme yükümlülüğü ile ilgili olarak, ticaret sicili memuru hakkında da işlem yapılacağına ilişkin hükme yer verilmiştir.

İş Kanunu gereği bildirim zorunluluğuna uymayan ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne bildirimde bulunmayan ticaret sicili memurunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bu memur için herhangi bir cezai yaptırım öngörülmediğinden, yükümlülüğün bu memurlukça yerine getirilmemesi işveren veya vekilinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Bunlar da göstermektedir ki asıl bildirim yukarıda da belirtildiği gibi; kurulan şirkette işçi çalıştırılmaya başlandığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde yapılması gereken bildirim olup, bu bildirim işveren vekili tarafından yapılması gerekmektedir.

Bu nedenle, şirketlerde işveren vekilinin, işçi çalıştırılmaya başlandığında veya Kanun'un 3. maddesinde belirtilen diğer hususlara ilişkin değişikliklerde ilgili olarak, bölge müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu devam etmektedir.

Böylece 506 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, işyeri bildirimine yapılmasına ilişkin yükümlülüğün; şirket kuruluşlarında ticaret sicili memurluklarınca on gün içinde, işyerinin miras yolu ile devrinde üç ay içinde ve diğer koşullarda ise en geç işyerinde sigortalı çalıştırılmaya başlandığı tarih itibarıyla yerine getirilmesi koşullarına yere verilmişken; İş Kanunu'nda işyerini bildirme konusunda işyerinin kuruluşu, devri, unvan ve adres değişikliği gibi konularda süre açısından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bir aylık süre tanınmıştır.

Tüm bunlardan sonra, İş Kanunu açısından kurulan veya devralınan bir yerde, işçi çalıştırılmadığı sürece, bu yer için bildirim zorunluluğu bulunmadığından, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle idari para cezası uygulaması da söz konusu olamayacaktır.

Yine yapılacak bildirimle ilişkin olarak, 506 sayılı Kanun'un bildirim örneğinin kurumca hazırlanacağı ve bildirim kuruma nasıl verileceği konusu ile verilen bildirim üzerine ispat vesikası olması bakımından; kurumun bildirgenin alındığını gösterir belgeyi vermesi yolunda hüküm içermesine karşın, İş Kanunu'nda bu hususlarla ilgili herhangi bir düzenleyici hükme yer verilmemiştir.

Bu nedenle işyeri için yapılacak bildirimle ilgili olarak, genelde bölge müdürlüklerinde o bölge müdürlüğü tarafından hazırlanmış matbu formlar bulundurulmakta olup, verilecek olan bildirim iki suret olarak düzenlenmesi ve bir suretinin üst yazı ile bölge müdürlüğüne verilerek, bildirim verildiğine ilişkin kayıt tarih ve sayısı alınması, alınan bu numara ile bildirim diğer sureti ve yapılan bildirim üzerine bölge müdürlüğünce

işyeri için verilecek olan sicil numarasının, işyerindeki dosyada saklanması gerekmektedir.

Bölge müdürlüğü tarafından verilen işyeri sicil numarası dört bölümden oluşmaktadır.

Bu bölümler sırasıyla;

1. Bölüm: 1'den 6'ya kadar olan rakamlardan bir haneli olarak verilen ve işyerinin; 1. Resmi daimi, 2. Özel daimi , 3.Resmi geçici, 4. Özel geçici, 5. Resmi mevsimlik, 6. Özel mevsimlik işlerden hangisine ait olduğunu gösterir rakamdır.

2. Bölüm: İşyerinin faaliyeti ile ilgili meslek kodunu belirtmektedir.

3. Bölüm: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğünde, işyerlerine altı rakamdan oluşmak üzere sıraya göre verilen ve sicil numarasını gösteren sayıdır.

4. Bölüm: İki rakamlı olup, işyerinin kurulu bulunduğu yerin bölge müdürlüğündeki ilin, kod numarasıdır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar dikkate alınarak; koşulların oluşması halinde işyeri bildirimlerinin, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu gereği yapılması zorunludur.

SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA SUÇLARI*

Av. Serkan AĞAR**

I. TANITIM

Bu çalışmada, vergi ceza hukukunun kapsamına giren (kamusal nitelikli) vergi suçlarından vergi kaçakçılığı suçu; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹ (VUK) m. 359/a-2 ve 359/b-1 ile hükme bağlanan sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçları bakımından incelenerek, bu konuda emsal niteliğinde olduğu kanaatini taşıdığımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.03.2002 tarih ve 2002/11-28-179 sayılı kararına² değinilecek³ ve ceza hukukunun bu kararda geçen çeşitli kavramlarının vergi ceza hukukuna yansımaları, 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴ ve onun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girecek⁵ halefi 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶ (TCK) penceresinden sergilenmeye çalışılacaktır. Bu çaba içerisinde, aynı zamanda, vergilendirme dönemi-ver-

* Bu çalışmanın kapısını aralamamda bana yol gösteren değerli hocam Doç. Dr. Mustafa Akkaya'ya saygı ile...

** Ankara Barosu üyesi, Ankara Üniversitesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ RG, 10.01.1961, 10703.

² *Yargıtay Kararları Dergisi (YKD)*, C. 28, S. 6, Haziran, 2002, s. 929-935.

³ Bundan sonra anılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından, kısaca "Karar" biçiminde söz edilecektir.

⁴ RG, 13.03.1926, 320.

⁵ 5237 sayılı TCK'nın "İmar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir; "Çevrenin kasten kirletilmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin taksirle kirletilmesi" başlıklı 182. maddesinin ikinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, diğer hükümleri ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir (5328 sayılı Kanun Geçici m. 1 ile değişik 5237 sayılı TCK m. 344).

⁶ RG, 12.10.2004, 25611.

ğinin tarhı-suç tarhi ilişkişi, vergi ceza hukuku uygulaması bakımından ve çeşitli Yargıtay kararları ile somutlaştırılarak değerlendirilecektir.

II. VERGİ SUÇLARI

Vergi hukukunun bir alt dalı olan vergi ceza hukuku⁷ kapsamında incelenen “*vergi suçu*” kavramı çeşitli açılardan tanımlanabilir. Öncelikle belirtmek gerekirse, devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik bir suç⁸ niteliğini taşıyan vergi suçu; vergi kanunlarında gösterilen vergi kurallarına aykırı olan⁹ ve devletin ve kamu yönetiminin gelir kaynaklarına zarar veren ya da vermesi beklenen eylemler,¹⁰ vergi yükümlüsü ya da sorumlusu yahut vergilendirme işlerinde görevliler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddî veya biçimsel yükümlülöklere ve zorunluluklara aykırı olarak işlenerek devleti vergi kaybına uğratan ya da kamu düzenini bozan yasal tipe uygun ve cezayı gerektiren eylemler,¹¹ vergi yükümlü ve sorumluları ve bunlarla hukuksal ilişkide bulunan üçüncü kişilerin 213 sayılı VUK’da tanımı yapılan davranış biçimi ile vergi kanunları hükümlerini ihlal eden eylemleri¹² gibi çeşitli açılardan tanımlanabilir. Diğer bir biçimde, “*geniş anlamda vergi suçu*”, hem vergi kaybına sebebiyet verme ile vergi kanunlarının öngördüğü usûl kurallarına aykırılık, hem de sahtecilik, tahrifat gibi kamu düzenini bozucu nitelikteki eylemleri¹³ kapsadığı halde, “*dar anlamda vergi suçu*”, vergi kanunları ile düzenlenen hukuksal ödevleri yerine getirmemeleri nedeniyle kamu tüzel kişilerinin vergi haklarını tehlikeye sokan ya da zarara uğratan kimselerin söz konusu eylemlerinin cezalandırılmasını¹⁴ ifade eder.

213 sayılı VUK’da, vergi suçu bakımından doğrudan bir tanım bulunmaz. 213 sayılı VUK m. 331; “*vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.*”¹⁵ biçimindedir.

⁷ Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 11. Bası, Ankara, 2003, s. 209; “Vergi suç ve cezalarına ilişkin bütün hukuk kuralları vergi ceza hukukunu oluşturur.”; Erginay, A., *Vergi Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 1976, s. 13.

⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan, *op. cit.*, s. 209; Karakoç, Y., “Vergi Ziyai Suçu ve Cezası”, *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 8, S. 71, s. 40.

⁹ Erginay, *op. cit.*, s. 13.

¹⁰ Erman, S., *Vergi Suçları (Ticari Ceza Hukuku-VI)*, İstanbul, 1988, s. 2.

¹¹ Bayraklı, H. H., *Vergi Ceza Hukuku*, Afyon, 1996, s. 68.

¹² Candan, T., *Vergi Suç ve Cezaları*, Ankara, 1995, s. 17.

¹³ Mutluer, K., *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir, 1979, s. 38.

¹⁴ Tosun, Ö., *Hileli Vergi Suçları*, İstanbul, 1962, s. 36.

¹⁵ Madde metninde yer alan kaçakçılık, ağır kusur, kusur ibareleri, 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanun m. 81/A,13 ile yukarıdaki biçimde değiştirilmiş ve söz konusu değişiklik 01.01.1999 tarihinde yürürlöğe girmiştir.

“213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın, öngördüğü suçlar bakımından birçok halde ceza hukukunun genel ilkelerinden ayrılarak cezai sorumluluğa, takip şartlarına ve cezaların belirlenmesine ilişkin farklı düzenlemeleri içerdiği anlaşılmaktadır (...) vergi kaçakçılığı suçları genellikle vergi mükellef veya sorumluları tarafından işlenebilen objektif sorumluluğa dayalı, bir anlamda mahsus suçlardandır. Yasa’nın 367. maddesi takip şartı olarak bu suçlardan dolayı dava açılabilmesini defterdarlığın mütalaasına bağlamakta, Ek 11. maddesi ise idareyle sorumlu arasında, dava açılmasını önleme sonucunu doğurabilecek şekilde tarhiyat öncesi anlaşma yapılabileceğini kabul etmektedir.”¹⁶

Vergi suç ve cezalarını, malî nitelikli¹⁷ suç ve cezalar ile ceza hukuku anlamında (kamusal nitelikli¹⁸) suç ve cezalar olmak üzere ikiye ayırmak olanaklıdır.¹⁹ 213 sayılı VUK’da düzenlenen suç ve cezalardan kimisi sadece vergi hukukunu ilgilendirdiği ve bunların eylem ve yaptırımları idari yöntemler ile belirlendiği halde, kimisi ceza hukuku anlamında suç niteliğindedir ve bunların saptanması ve yaptırıma çarptırılmasında ceza mahkemeleri görevlidir; ceza hukuku anlamında (kamusal nitelikli) vergi suçları ile ceza hukukuna bağlı diğer suçlar arasında, hukukî konu ve sosyal düzeni bozucu amaçlar bakımından herhangi bir fark bulunmaz.²⁰

213 sayılı VUK’un ilgili hükümleri incelendiğinde, ceza hukukunun iştirak, tekerrür, içtima gibi genel hükümlerine vergi ceza hukukunda da yer verildiği görülür; ancak bu alanda vergi hukukunun kendine özgü niteliğine koşut düzenlemeler de göze çarpar.²¹

¹⁶ Karar, s. 932.

¹⁷ 213 sayılı VUK’da yer alan malî nitelikli vergi suç ve cezaları; “vergi ziyayı (m. 344)” ve “usulsüzlük (m. 351- 353)”tür; daha önce özel bir yaptırım olarak “işyeri kapatma cezası” da malî nitelikli vergi suç ve cezaları arasında sayılmakta iken 5228 sayılı Kanun (RG, 31.07.2004, 25539) m. 60/c ile söz konusu ceza 31.07.2004 tarihi itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸ 213 sayılı VUK’da yer alan kamusal nitelikli vergi suç ve cezaları; “kaçakçılık (m. 359-360)”, “vergi mahremiyetinin ihlâli (m. 362)” ve “yükümlülerin özel işlerini yapma (m. 363)”dır.

¹⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan, *op. cit.*, s. 210.

²⁰ Erman, *op. cit.*, s. 2.

²¹ Örneğin, vergi aslınu ve vergi cezasını sona erdiren nedenlerin büyük çoğunluğu her iki kamu borcu türü için ortak olmakla birlikte ölüm, af, 213 sayılı VUK m. 376’ya göre indirim gibi kimi nedenler sadece cezalar bakımından geçerlidir. Vergi ceza hukukunda, cezayı ortadan kaldıran nedenlerin yanı sıra konunun özelliği gereği suçun ve suçluluğun doğmasına engel olan yanılma, pişmanlık, mücbir sebep gibi nedenler de bulunmaktadır. Vergi borcu bakımından sadece yükümlülerin ve sorumluların vergi dairesine muhatap olmalarına karşılık, vergi ceza hukuku somut bir vergi borcu ile doğrudan ilgisi bulunmayan üçüncü kişilere de bilgi vermeme, vergi mahremiyetinin ihlâli gibi kimi biçimsel ödevlere uyma görevini yükleyip yaptırımları düzenlemektedir, Öncel, Kumrulu, Çağan, *op. cit.*, s. 210-211.

SUÇUN UNSURLARI YÖNÜNDEN KAMUSAL NİTELİKLİ VERGİ SUÇLARI

YASALLIK UNSURU	MADDİ UNSUR	HUKUKA AYKIRI- LIK UNSURU	MANEVİ UNSUR
Suçta konu eylemlerin, vergi kanunları ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelelerinde gösterilmesidir.	Vergi yükümlülerinin, sorumlularının ve bunlarla ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi kanunlarına aykırı davranışlarıdır.	Farklı bir özellik göstermezler; ceza hukuku ilkeleri uygulanır.	5237 sayılı TCK m. 21 gereğince “kast” aranır. ²²

22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanun²³ ile 213 sayılı VUK'nun ceza sistematüğinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu bu değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

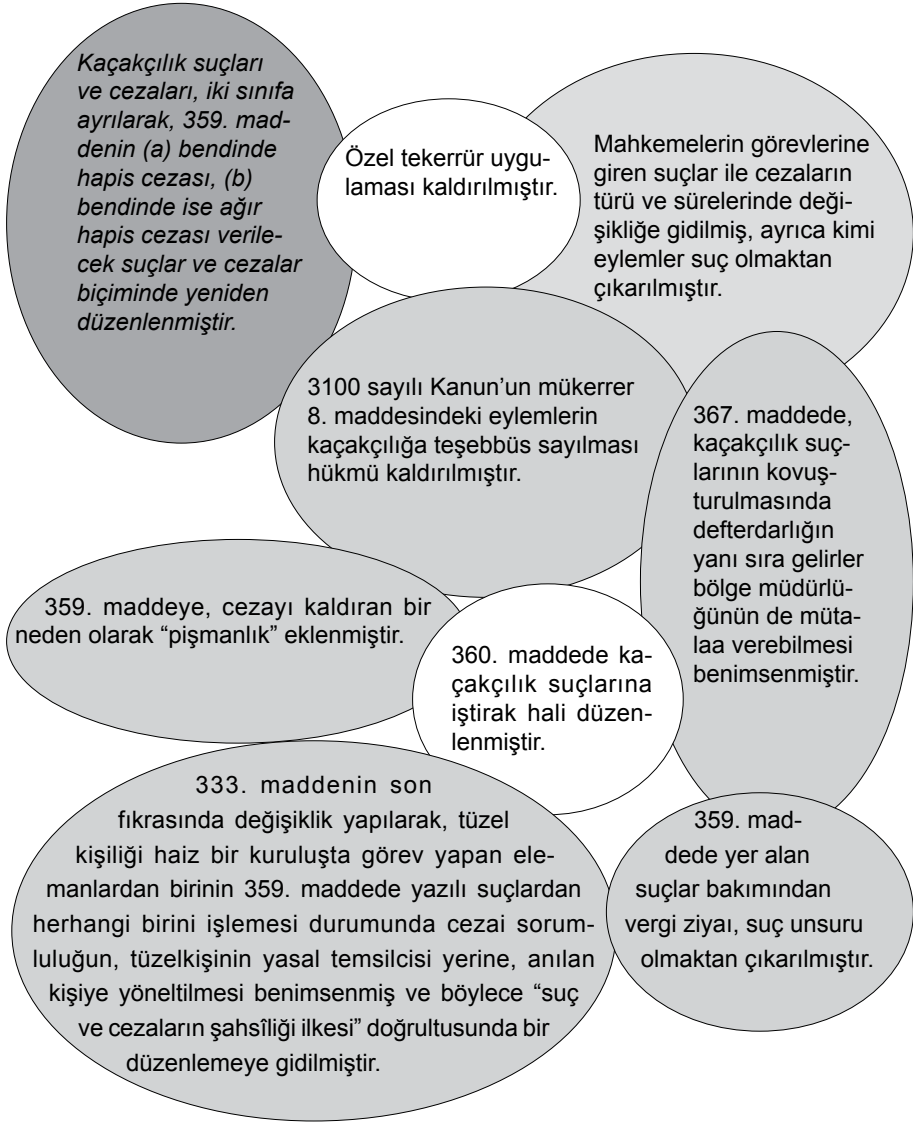
Vergi ziyasına bağlı kusur, ağır kusur ve kaçakçılık cezaları kaldırılarak tümünün yerine 344. maddede malî nitelikli “vergi ziyası suçu ve cezası” ihdas edilmiştir. Vergi ziyası cezası, kaçakçılık sayılan haller dışında ziyaa uğratılan vergi miktarının bir katı ve kaçakçılık sayılan hallerde ziyaa uğratılan verginin üç katı olarak hükme bağlanmış, ayrıca gecikme faizinin yarısına endekslenmiş bir ceza sistemi öngörülmüştür.

Vergi kaçakçılığı-vergi kaçakçılığına teşebbüs suçları ayrımı kaldırılmış ve 359. madde, “kaçakçılık suçları ve cezaları” başlığı altında düzenlenmiştir.

338, 346, 347 ve 358. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır.

²² 5237 sayılı TCK m. 21/1: “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”

²³ RG, 29.07.1998, mük. 23417.



Yukarıda özetlenmeye çalışılan değişiklikler arasında yer alan ve defterdarlığın yanı sıra gelirler bölge müdürlüğünün de dava koşulu olarak mütalaa verebilmesinin 213 sayılı VUK m. 367/1'e eklenmesi²⁴ konusunda

²⁴ 213 sayılı VUK m. 367/1: "Yaptıkları inceleme sırasında 359 ve 360 ıncı maddelerde yazılı kaçakçılık veya iştirak suçlarını tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların muavinleri ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri

kimi noktalara dikkat çekmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekirse ceza hukukunda “mütalaa”, kimi suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi için o suçtan dolayı hak ve menfaatleri ihlal edilen kurumun suç hakkında verdiği yazılı görüştür.²⁵ Bu anlamı ile vergi ceza hukukunda defterdarlığın ya da gelirler bölge müdürlüğünün mütalaaası,²⁶ Yargıtay’ın da benimseydiği üzere, “kovuşturma - yargılama (ceza muhakemesi) şartı” olarak kabul edilir.²⁷

III. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU

A. Genel Bakış

213 sayılı VUK’nun “Ceza Hükümleri” başlıklı dördüncü kitabının “Vergi Cezaları” başlığını taşıyan ikinci kısmının dördüncü bölümünde “Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılacak Suçlar ve Cezaları” başlığı altındaki 359. maddesinde “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları”, 360. maddesinde ise bu suçlara “İştirak” düzenlenmiştir.

Vergi suç ve cezaları arasında hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçların en önemlisi sayılan vergi kaçakçılığı suçu ve cezası ile bu suça iştirak, 4369 sayılı Kanun²⁸ m. 14 ve 15 ile yeniden düzenlenmiştir.²⁹ Buna göre 213 sayılı VUK m. 359 ve 360 aynen şu şekildedir:

tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaaasıyla, keyfiyetin yetkili Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi mecburidir.”

²⁵ Centel, N., Zafer, H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Ocak, 2003, s. 74.

²⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Karakoç, Y., “Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davasının Açılmasının “Mütalaa” Şartına Bağlı Olması”, *Vergi Dünyası*, S. 174, Şubat, 1996.

²⁷ “213 sayılı Kanunun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğü’nün mütalaaası alınmadan (...) hüküm kurulması (...) kanuna aykırıdır”, Yar. 11 CD, 01.10.2001, 2001/8181-8815.

²⁸ 4369 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeler ile cezaların şahsiliği ilkesi gözetilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan, sorumluluk ve cezalandırma ile ilgili olarak 213 sayılı VUK’da hüküm bulunmayan durumlarda, 5237 sayılı TCK’nın genel hükümleri ile 1982 Anayasası m. 38/6’da ve 5237 sayılı TCK m. 20’de yer alan “cezaların (ceza sorumluluğunun) şahsiliği ilkesi” çerçevesinde ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekir. Kaçakçılık suçu bakımından, suça konu eylemi işleyen cezalandırılabilmesi için vergi yükümlülüğü koşulu aranmamış ve üçüncü kişilerin bu suça iştiraki cezalandırılmıştır (213 sayılı VUK m. 360).

²⁹ 213 sayılı VUK’na; 2365, 2686, 2995, 3505, 3689, 4008, 4108, 4369, 4444, 4842, 5035 ve 5228 sayılı kanunlar ile çeşitli değişiklikler getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerle, usûle ilişkin maddelerin yanı sıra, cezaî nitelikteki suçlar ile yaptırımların türü, süresi ve miktarına ilişkin değişiklikler hayata geçirilmiştir.

Kaçakçılık Suçları ve Cezaları

Madde 359 – a. Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1. Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2. Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir) veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir), hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez.

b. Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1. Defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir),

2. Belgeleri Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basanlar ile sahte olarak basanlar veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

İştirak

Madde 360. Birden fazla kişi 359. maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur.

Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte biri hükmolunur.

213 sayılı VUK m. 359'da vergi kaçakçılığı suçunun hukukî konusu, vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen, saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeler ile bu defterler dışında hesap ve işlemlerin kaydedildiği özel defter ve belgeler ya da diğer kayıt ortamları olarak belirlenmiştir.

Hürriyeti bağlayıcı vergi suç ve cezaları bakımından geçerli olan "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"³⁰ vergi kaçakçılığı suçu için de geçerlidir ve bu arada, 1982 Anayasası³¹ m. 38 ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı TCK'da yer alan temel ilke ve esaslar da dikkate alınmalıdır.

Vergi kaçakçılığı suçu, kastî (kasıtlı) suçlardandır ve taksirle işlenmesi olanaklı değildir; failin eylemi taksirli ise kaçakçılık suçu oluşmaz. Kaçakçılık suçunun varlığı için aranan kast, genel kasttır;³² bu nedenle fail, belli bir hareketi vergi kaçırmak (vergisel avantaj sağlamak) gayesi ile gerçekleştirmese bile isteyerek yapar ve sonuçta vergi kaybına neden olursa, söz konusu durumda kastın varlığı kabul edilmelidir.³³ Vergi kaçakçılığı suçunun cürüm niteliği taşıdığı tartışmasızdır; 5237 sayılı TCK m. 21'de suçun (cürüm) oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu belirtilmiştir.³⁴ Bu

³⁰ Ceza hukukunun temel ilkesi "suçta ve cezada kanunilik (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkesi" dir (5237 sayılı TCK m. 2); bu ilkenin bir yansıması olan "belirlilik ilkesi" gereğince, kanunda yer alan suç tipi (tanımı), ilke olarak, suçun faili ve konusu ile subjektif unsuru ve hareketi içermelidir. Oysa, 213 sayılı VUK mükerrer m. 257, değinilen ilkenin açık bir ihlalidir. Şöyle ki; anılan madde gereğince Maliye Bakanlığı (İdare), vergi kaçakçılığı suçu ile ilgili olarak yeni suç konusu ihdas edebilme ya da kanunda sayılan suç konularını bu kapsamdan çıkarabilme yetkisi ile donatılmıştır. Bu kapsamda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı TCK m. 2/2, İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağını açık bir biçimde düzenlemesine karşın aslında malûmun ilan edilmesinden öteye geçmez; zira suç ve cezanın varlığı bir yasa hükmünün varlığına bağlıdır (kanunilik ilkesi); fakat acıdır ki yeni TCK'daki gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının müsebbibi, İdare bakımından ülkemiz uygulamasıdır.

³¹ 07.11.1982 tarih ve 2709 sayılı Kanun, RG, 09.11.1982, mük. 17863.

³² Kusurluluğun tipik biçimi olan kast, yasanın suç saydığı bir eylemi ve onu meydana getirecek hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir; kastın çeşitlerinden genel kast ise, bütün suçlarda bulunması gereken kasttır, Alacakaptan, U., Suçun Unsurları, Ankara, 1970, s. 139; "Kast, kusurlu iradenin tipik, hatta bir anlamda gerçek biçimini ifade eder.", Toroslu, N., Ceza Hukuku, Ankara, 1998, s. 88.

³³ Yiğit, U., Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar, Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul, Mart, 2004, s. 159.

³⁴ 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, suçları cürümler ve kabahatler olmak üzere ikiye ayırarak cürümlerde kastın aranacağını belirtmesine karşın cürümler ve kabahatler ayırımı bakımından net bir ölçüt ortaya koyamamakta idi. Yakın zamanda,

konuda ayrıca, 5237 sayılı TCK'nın; "Bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." biçimindeki 5. maddesi de dikkate alınmalıdır.³⁵ Değınilen hükümler çerçevesinde ve kaçakçılık suçunun ceza hukuku anlamında bir suç niteliğini taşıması³⁶ nedeni ile söz konusu suçun manevî unsuru kuşkusuz "kast"tır.

4369 sayılı Kanun ile getirilen değışiklikten önce kaçakçılık suçu ve bu kapsamda sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçu, 213 sayılı VUK m. 344'te tanımlanmıştı. Söz konusu madde aynen şu şekilde idi:

Madde 344. Kaçakçılık suçu, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyasına sebebiyet verilmesidir. Kastın varlığının ispat külfeti iddia edene aittir.

Aşağıda yazılı hallerden herhangi biri ile vergi ziyasına sebep olunması halinde kastın varlığı kabul edilir.

(...) 2. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak.

4369 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile 359. madde olarak yeniden numaralandırılan maddeden "bilerek" ifadesi çıkarılmıştır;³⁷ ancak vergi kaçakçılığı suçunun ceza hukuku anlamında bir suç niteliğini taşıması nedeni ile anılan maddede "bilerek" kaydı bulunsun bulunmasın, söz konusu suçun oluşabilmesi için failde kastın aranacağı açıktır; kast, hareket ve neticeyi bilmek ve istemek olarak anlaşıldığına göre, bilmek iradesinin varlığı her suçta aranacağı gibi 213 sayılı VUK m. 359'da yer alan suçlarda da araştırılacaktır.

B. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeleri Kullanma Suçu

Yukarıda da belirtildiğı gibi muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma eylemi, daha önce, sahte belge düzenleme ve kullanma eylemi ile birlikte 213 sayılı VUK m. 344/2'de düzenlenmişken,

kabahat niteliğindeki suçlara ilişkin olarak özel bir düzenlemeye gidilerek 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (RG, 31.03.2005, 25772) yayımlanmasından, 5237 sayılı TCK'da, genel olarak, cürüm niteliğindeki suçların düzenlendiğı sonucuna ulaşılabilir.

³⁵ Bu hüküm 765 sayılı TCK m. 10'da; "Bu kanundaki hükümler hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur." biçiminde yer almakta idi.

³⁶ Erman, *op. cit.*, s. 74.

³⁷ Bkz. *infra*.

4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 213 sayılı VUK m. 359/a-2'de hükme bağlanmıştır.³⁸

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, 213 sayılı VUK m. 359/a-2'de tanımlanmıştır;³⁹ buna göre muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge; “gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge”dir. Belgenin miktar itibariyle gerçeğe aykırılığı, fiyat ya da tutarın eksik veya fazla gösterilmesidir. Belgenin içerik (mahiyet) yönünden gerçeğe aykırılığı ise, gerçek işlem ya da durumun konusu ve tarafları bakımından farklılık arz etmemesi anlamına gelir.⁴⁰

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suçunun faili, gerçek kişi vergi yükümlüsü ya da bunların usulüne uygun olarak görev verdikleri kişiler ile tüzel kişilerin yasal temsilcileri, tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların ise idarecileri ya da varsa yasal temsilcileri olabilir.

Failin eyleminin taşıdığı amaç, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçu bakımından önem arz etmez. Taksirle işlenmesi mümkün olmayan söz konusu suç, iradî ve icraî hare-

³⁸ Değişiklik gerekçesinde, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma eylemi, “belge düzeninin ve malî otoritenin zayıflatılmasına, hatta çökertilmesine yönelik, bireysel veya örgütsel suç” niteliğinde sayılmıştır, nak. Yiğit, *op. cit.*, s. 138.

³⁹ “Suç tarihi itibariyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 358. maddesinde değişiklik yapan 4008 sayılı Kanunun 19. maddesi, diğerlerinin yanında sevk irsaliyesi düzenlenmemesini suç olmaktan çıkardığı, aynı Kanun’un 344. maddesinin 2. bendinde gösterilen ve yaptırımları, meydana çıkış zamanı ve diğer unsurlarına göre 358. maddenin 1. bent 1. cümle yoluyla 360 veya 359/2. maddelerinde yer alan ve vesika, nitelik ve kapsamında bulunan sevk irsaliyesinin sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmesi veya bunun bilerek kullanılmasının münnet suçu oluşturduğu, esasen muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya mahiyet ya da miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yazılan belge olduğu, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı sevk irsaliyesi düzenlemek suçu isnat edilerek açılan kamu davasında fiilin hükümden sonra 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle değişik 359 (a-2) bendi kapsamına alındığı ve TCK’nun 2/2. (5237 sayılı TCK m. 7/2) maddesi dikkate alınarak takdir ve uygulamaya yapılması gerekirken fiilin suç olmaktan çıkarıldığından bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”, Yar. 11 CD, 24.05.1999, 1999/3408-4654.

⁴⁰ “İşlem veya durumun gerçek olmasına rağmen tarafları farklı, örneğin satış sözleşmesinde satıcının bir başka mükellefin faturasını kullanması halinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcılıktan söz edilemez. Bu halde belge sahtedir. Belgenin, işlem veya durumun konusu dışında başka bir konuyu içermesi halinde de (belge) sahte kabul edilmelidir.”, Yiğit, *op. cit.*, s. 62.

ketler ile işlenebilir. Belgenin, ender olarak gerçekleşse de, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı niteliği bilinmeden kullanılması failde kastı kaldırır.⁴¹

Suç genel teorisi yönünden muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma eylemi, belgenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmesi ya da bu belgenin kullanılmasıyla tamamlandığından ani suç,⁴² yeni düzenleme ile vergi ziyai suç unsuru olmaktan çıkarıldığından tehlike suçu ve şekli suç kategorisinde yer alır, ayrıca söz konusu suça teşebbüs olanaklı değildir.

1. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme Suçu

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçunun maddî unsuru, failin 213 sayılı VUK hükümlerine göre vergi yükümlüsü sıfatını haiz olması, belgenin yasal olarak edinilmesi, gerçek bir muamele ya da durumun varlığı ile sayılan unsurların bir araya gelmesi sonucunda düzenlenen belgede muamele ya da durumun mahiyet ve miktar itibariyle gerçeğe aykırı⁴³ olarak gösterilmesidir.^{44,45}

213 sayılı VUK hükümlerine göre vergi yükümlüsü sayılmayan kişilerin düzenleyecekleri belge, ya sahte olarak basılmış ya da vergi yükümlüsünden rızaen ya da rıza dışında elde edilmiş olacağından muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçuna değil, 213 sayılı VUK m. 359/b hükmünde düzenlenen eyleme vücut verir. Yine, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçunun oluşabilmesi için suça konu belgenin, 213 sayılı VUK ile “Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik” hükümleri gereğince elde edilmiş ve vergi işlemlerinde kullanılabilecek durumda olması gerekir.

⁴¹ Ok, N., Gündel, A., Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2002, s. 317.

⁴² Ani suç, ihmal ya da icra hareketlerinin meydana getirdiği sonucun devam etmeden hemen son bulması durumunda söz konusu olmaktadır, Alacakptan, *op. cit.*, s. 47.

⁴³ Örneğin, satılan bir mal için düzenlenen faturada satış bedelinin düşük gösterilmesi, kumaş satan işletmenin faturada malın cinsini elbise yazması gibi.

⁴⁴ Ok, Gündel, *op. cit.*, s. 315.

⁴⁵ “İki adet mal alış faturasının miktar ve tutarlarında tahrifat yapan sanığın eyleminin (...) 213 sayılı Yasanın 359/a-2 maddesinde öngörülen ‘muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanmak’ suçunu oluşturduğu gözetilmeden sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçuyla ilgili aynı Yasanın 359/b-1 maddesiyle hüküm kurulması (...) yasaya aykırıdır.”, Yar. 11 CD, 21.01.2002, E. 2001/11356, K. 2002/317.

2. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanma Suçu

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçu, vergisel işlemlerde daha önce muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmiş olan belgeden yararlanılması ile oluşur.⁴⁶ Söz konusu suç, anılan nitelikteki belgenin, düzenleyeni dışındaki kişiler tarafından kullanılması durumunu kapsar; bu durumda iştirak kuralları çerçevesinde düzenleyenin de cezaî sorumluluğu bulunur.

Bu tür suçlarda, kullanan bakımından suça konu belgenin iğfal kabiliyeti (aldatma yeteneği) ender olarak gündeme gelir; bu niteliği taşıyan belgeyi kullanan vergi yükümlüsü, belgenin doğruluğunu denetlemeden defterine kaydeder ve beyannamede gösterirse, bu durum hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden, içeriğin doğruluğunu denetleme açısından da, sorumluluk taşıyacaktır.⁴⁷

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunun kapsamı, yalnızca vergi yükümlüsü tarafından tutulması zorunlu defterlere ya da kayıtlara geçirilmesi ile sınırlı değildir; belgenin kullanılmasından çıkar sağlayan ve fiilen yararlanan kişi de ilgili madde kapsamındadır.⁴⁸

C. Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenleme veya Bu Belgeleri Kullanma Suçu

Sahte belge, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suçunun düzenlendiği 213 sayılı VUK m. 359/b-1'de tanımlanmıştır; buna göre sahte belge; "(...) gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge"dir.⁴⁹ Bir başka deyişle sahte belge, vergi muamelelerinde kullanılan ve doğru, gerçeğe uygun bilgiler yerine, gerçeğe uygun olmayan (gerçek dışı), yanlış bilgiler içeren belgedir.^{50,51}

⁴⁶ Yanıltıcı belgeyi düzenleyen ile kullananın aynı kişi olduğu durumda iki ayrı suç değil, tek suç oluşmaktadır.

⁴⁷ Ok, Gündel, *op. cit.*, s. 316.

⁴⁸ Hızlı, Y, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984, s. 123.

⁴⁹ Örneğin, gerçekte satın alınmayan bir mal ya da hizmetin, satın alınmış gibi gösterilerek fatura düzenlenmesi sahtecilik, bu şekilde düzenlenen fatura da sahte belge hükmündedir.

⁵⁰ Yiğit, *op. cit.*, s. 146.

⁵¹ "(...) faturaları düzenleyen ile alıp kullananın defter ve belgeleri üzerinde bu belgelerin gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi yönünden mal ve para

Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suçunda, 213 sayılı VUK m. 227/3 hükmüne⁵² göre kanunda öngörülen şekle uymayan ya da zorunlu unsurları taşımayan belgeler suç konusu kapsamında değildir.⁵³

4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile vergi ziyayı, (01.01.1999 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere) suçun unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Böylece, suçun işlendiği (tamamlandığı) tarih değiştirilmiş ve böylece sahte belge düzenlemede belgenin düzenlendiği tarih suç tarihi olmuş, sahte belgenin kullanılmasında ise ilgili vergi kanununda belirlenen vergilendirme dönemi suç tarihi bakımından esas alınmıştır.

Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak eyleminin failinde, hiç vergi vermemek ya da az vergi vermek (vergisel avantaj sağlamak) amacının varlığı aranmaz. Öte yandan, söz konusu suçun taksirle işlenmesi olanaklı değildir; ancak iradi ve icrai hareketler ile gerçekleştirilebilir.

Suç genel teorisi açısından sahte belge düzenleme veya kullanma suçu, eylem sahte belge düzenlenmesi ya da kullanılması ile tamamlandığından ani suç, vergi ziyayı aranmadığından tehlike suçu kategorisinde yer alır. Diğer yandan şekli suç olan sahte belge düzenleme veya kullanma eylemine teşebbüs olanaklı değildir.

Vergisel boyutu ile sahteciliğin amacı, düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak ya da vergiyi doğuran faaliyeti vergi dairesinden saklayarak vergi ödememek, kullanan için gideri fazla gösterip matrahi düşürmek, böylece vergiyi az ödemek ya da hiç ödememek yahut hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmaktır; bu bağlamda sahtecilik, gerçeğe aykırılık olgusu olarak amaç değil araç niteliğindedir.^{54,55}

akışı olup olmadığı dikkate alınarak karşılıklı inceleme yapılmadan eksik soruşturma ile karar verilmesi kanuna aykırıdır.", Yar. 11 CD, 04.02.1999, E. 1998/5879, K. 1999/1019.

⁵² 213 sayılı VUK m. 227/3 (03.12.1988 tarih ve 3505 sayılı Kanun m.3 ile Ek): "Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşıması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır."

⁵³ Örneğin 213 sayılı VUK m. 230'da yer alan; seri ve sıra numarasını, yükümlünün bağlı bulunduğu vergi dairesini, yükümlünün adı ve vergi numarasını içermeyen fatura hiç düzenlenmemiş kabul edileceğinden, bu fatura üzerinde gerçekleştirilen 359. maddede yazılı hareketler vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmayacaktır, Yiğit, *op. cit.*, s. 61.

⁵⁴ Ok, Gündel, *op. cit.*, s. 222.

⁵⁵ "Sahte belgenin sayısı vergi kaçakçılığı suçunun oluşumu açısından gerekli bir unsur

Failin, eyleminin yasal tipi olan suçtan sorumlu tutulabilmesi için kastın varlığı, kasten hareket edilmiş sayılabilmesi için suçu oluşturan fiilin bilerek ve istenerek işlenmiş olması ve bu gerekçe ile söz konusu durumun varlığının araştırılması gerekir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, 213 sayılı VUK m. 344/2’de yer alan sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ve bunları bilerek kullanma eylemi 4369 sayılı Kanun ile 213 sayılı VUK m. 359’da yeniden düzenlenmiş ve “bilerek kullanma” ifadesinde yer alan “bilerek” kelimesi madde metninden çıkarılmıştır. “Bilerek” ibaresinin çıkarılması ile yaşanan tartışmalardan sonra yayınlanan 306 seri numaralı VUK Genel Tebliğinde,⁵⁶ “bilerek” kelimesinin madde metninden çıkarılmasının, eylemin kasten işlenebilir niteliğini değiştirmedeği belirtilmiştir.⁵⁷

306 seri numaralı VUK Genel Tebliği, 213 sayılı VUK’da bulunmayan, ancak suçun manevi unsuru sayılan “bilme” kavramını, suçun maddî unsurları içerisine dahil etmekte⁵⁸ ve bunun takdirini de, hiçbir objektif ölçüt getirmeden, vergi inceleme elemanlarına bırakmakta⁵⁹ ve vergi yükümlülerine, inceleme elemanlarının kasıt ve bilme unsurlarını takdirde oluşabilecek yanlışlarına karşı, herhangi bir hukuksal güvence sağlamamaktadır.

1. Sahte Belge Düzenleme Suçu

Sahte belge düzenleme suçunun maddî unsuru, vergi kanunları gereğince tutulan ya da düzenlenen, saklama ve ibraz zorunluluğu bulunan

olarak öngörülmediğinden, buna göre, suça konu belgelerin sayısı ve kaybına neden olunan vergi bedeli ancak, cezanın aşağı ve yukarı hadler arasında tayini sırasında yahut takdiri hafifletici neden olarak göz önüne alınabilecek nitelikte hususlardır.”, Yar. CGK, 09.10.2001, 2001/11-161 – 211.

⁵⁶ RG, 18.06.2002, 24789.

⁵⁷ “(...) kaçakçılık suçunun oluşması sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin bilerek kullanılıp kullanılmadığının ... bu kullanımda kastın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesine ve belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.”

⁵⁸ Bilme (ve isteme), suçun manevi unsurlarından kast kavramını ifade etmekte kullanılmaktadır; bilme kavramı, zamansal anlamı ile isteme unsurundan önce gelmekte ve suçu oluşturan eylemin tasavvur edilmesi, yani failin bu eylemin daha önceden bir görünümüne sahip olması anlamını taşımaktadır, Toroslu, *op. cit.*, s. 93.

⁵⁹ “(...) Yapılan incelemelerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek, isteyerek kullanılıp kullanılmadığının vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmesi ve bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna varılan mükellefler için vergi suçu raporları düzenlenmesi (...)”

belgelerin asıl ya da suretlerinin tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenmesidir. 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, 213 sayılı VUK m. 344’de sahte belge düzenlemek ile asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler düzenlemek eylemleri düzenlenmişti; 4369 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile belgenin aslının ya da suretinin sahte olarak düzenlenmesi aynı bent kapsamına alınmıştır. Bu bakımdan, belgenin asıl veya suretinde yapılan sahtecilik arasında herhangi bir fark bulunmaz. Suça konu belgeyi düzenleyen açısından suçun maddi unsuru, yasal şekle uygun belgeyi vücuda getirip, ona maddî varlık kazandırılmasıdır.⁶⁰

Görüldüğü üzere, 213 sayılı VUK m. 359/b-1’de düzenlenen sahte belge düzenleme veya kullanma suçunun temel koşulu, suça konu belgelerin vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz zorunluluğu bulunan belgelerden olmasıdır.⁶¹ Öte yandan, sahte olarak düzenlenen belge ya da belgelerin, vergisel işlemlerde kullanılmak üzere düzenlenmiş olması gerekir; aksi halde suça konu eylem, 5237 sayılı TCK m. 204⁶² ve 207⁶³ kapsamına girerek “belgede sahtecilik (evrakta sahtekârlık)” niteliğine bürünür.

Sahte belge düzenleme suçu; vergi yükümlüsü, vergi sorumlusu ya da yasal temsilciler tarafından işlenebildiği gibi, bu sıfatları taşımayanlar tarafından da gerçekleştirilebilir. Sahte belge kullanmak suçu ise, yalnızca, vergi yükümlüsü, sorumlusu, tüzel kişilerin yasal temsilcileri, tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların idarecileri ya da bunların temsilcileri tarafından

⁶⁰ Yiğit, *op. cit.*, s. 147.

⁶¹ “Kira kontratının 213 sayılı Kanununun 172. maddesinde gösterilen defterlerden ve 2. kitap 3. kısımda yazılı belgelerden olmadığı anlaşıldığından (...) hükmün onanmasına (...) karar verildi.”, Yar. 11 CD, 07.06.2001, 2001/5484-6522.

⁶² Resmî belgede sahtecilik

MADDE 204. (1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.

⁶³ Özel belgede sahtecilik

MADDE 207. (1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

işlenebilir.⁶⁴ Herkesin bu suçun faili olamamasına karşın, iştiraki olanaklıdır. Yükümlü olsun ya da olmasın sahte belge düzenleyen, bu belgeyi kullananın suçuna iştiraki bulursa da, eylem bağımsız suç sayılıp cezalandırıldığından bu yola gidilemeyecektir; yükümlüye sahte belge temin edenin eylemi suça iştirak olarak değerlendirilmelidir.⁶⁵

Söz konusu sahtecilik eylemi, kısmen ya da tamamen yapılabilir. Gerçekte olmayan bir vergisel olayın varmış gibi gösterilerek belgeye yansıtılmasında “*tam sahtecilik*”, gerçeği tam olarak yansıtılmakla beraber belgenin kimi yerlerinde gerçekte var olmayan ibarelerin yer alması durumunda ise “*kısmen sahtecilik*”ten söz edilecektir.

Kısmen sahte belge ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge arasında kesin ve net bir ayrım yapılamadığından faile, “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” gereğince, daha az ceza öngörülen muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçundan ceza verilir.⁶⁶

2. Sahte Belge Kullanma Suçu

Suçun maddî unsuru, vergi kanunları uyarınca tutulan ya da düzenlenen, saklama ve ibraz zorunluluğu bulunan belgelerin asıl ya da suretlerinin tamamen ya da kısmen sahte olanlarının kullanılmasıdır.⁶⁷

Sahte belge kullanmak suçunda failin belgenin sahteliğini bilmesi, kastı kaldırır. Belgenin gerçek bir muamele ya da duruma dayanmadığını bilen kişinin, belgenin sahteliğini de bildiği kabul edilir. Gerçek mal veya hizmet alımında ise, sahte olarak basılarak doldurulan faturayı kullanan failin buna ilişkin bilgisi ve muvafakati ispat edilmelidir.⁶⁸

Sahte olarak düzenlenen belgenin iğfal kabiliyeti (aldatma yeteneği) tartışılacak olursa, anılan kavram, belgeyi alanlar bakımından muamele ya da durumun gerçek olması halinde önem kazanır. Hizmet veren tarafından gerçek hizmet alana sahte belge verilmesi durumunda alıcı, belgenin içeriği itibariyle sahteliğini bilmediğini ileri süremeyecektir; ancak, belgenin

⁶⁴ Yiğit, *op. cit.*, s. 74.

⁶⁵ *ibid.*

⁶⁶ *ibid.*, s. 148.

⁶⁷ Sahte belgeyi düzenleyen, aynı zamanda bu belgeyi kullanacak olur ise, bu durumda iki ayrı suçtan değil, tek suçun varlığından söz edilecek ve fail sadece düzenleme eyleminden dolayı cezalandırılacaktır. Başka bir deyişle, sahte belge kullanma suçu, düzenlemeye iştirak etmeksizin kullanma durumunu kapsamaktadır.

⁶⁸ Yiğit, *op. cit.*, s. 163.

anlaşmalı matbaalar tarafından basılmış ya da sahte olarak basılmış veya bir başka vergi yükümlüsünün belgesinin kullanılmış olduğu durumlarda, yapılan sahteliği bilip bilmediğini araştırmak gerekecektir.⁶⁹

Ticarî yaşamda, KDV matrahını azaltmak ya da sıfıra indirmek için küçük komisyonlar karşılığında fatura temin edilebilir. Yine bu yönde, kimi yasal düzenlemeler nedeni ile vergi yükümlülerinin gerçeği yansıtmayan ve daha çok isteğe bağlı fatura düzenlemeleri de olanaklıdır. Söz konusu gibi bir durumda, mahkeme durumu değerlendirerek, işletmede kullanılan faturaların gerçek bir işlemi yansıtmaması nedeniyle sanıklar hakkında mahkumiyet kararı verilebilmektedir.⁷⁰

IV. KRİTİK

Çalışmanın bu bölümünde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, vergi kaçakçılığı suçlarından sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçu ile ilgili 05.03.2002 tarih ve 2002/11-28 - 179 sayılı kararı muvacehesinde, vergilendirme dönemi- verginin tarhı-suç tarihi ilişkisi ile karara konu suç bağlamında teselsül (zincirleme-müteselsil suç) kavramı incelenmeye çalışılacaktır.

A. Vergilendirme Dönemi - Verginin Tarhı - Suç Tarihi İlişkisi

İncelenen kararda, vergilendirme dönemi ile tarh dönemi kavramlarının kimi noktalarda aynı anlamda kullanılarak birbirine karıştırılması nedeniyle, öncelikle söz konusu kavramları tanımlamak ve dolayısıyla söz konusu eylemler bakımından suç tarihini net bir biçimde ortaya koymak gerekir.

Yargıtay, KDV açısından bir takvim yılını (hesap dönemi) tarh dönemi olarak kabul ederek aynı yıl içinde birden fazla beyanname ile sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullananların eylemlerinin "*teselsül eden bir suç*" oluşturacağını ve çeşitli ihlallerde zararın ağırlığı, kastın yoğunluğu, failin amacı dikkate alınarak temel cezanın asgari sınırdan uzaklaşarak uygulanması gerektiği görüşündedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu⁷¹ m. 39/1, KDV'de vergilendirme dönemini, faaliyet gösterilen takvim yılının üçer aylık dönemleri olarak

⁶⁹ Ok, Gündel, *op. cit.*, s. 225-226.

⁷⁰ Seviğ, V., Sahte Fatura, *Dünya Gazetesi*, "Bize Göre", 10.05.2002.

⁷¹ RG, 02.11.1984, 18563.

belirlemiş;⁷² ancak Maliye Bakanlığı'nun vergi yükümlülerinin yıllık gayri safi hasılatlarına göre üç aylık vergilendirme dönemi yerine birer aylık vergilendirme dönemi saptamaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.⁷³

Vergilerin tarh dönemleri yönünden sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçu; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁷⁴ "yıllık beyannamenin verilmesi" başlıklı 92. maddesine⁷⁵ göre izleyen yılın Mart ayının 16. günü, eğer gelir sadece basit usûlde saptanan ticarî kazançlardan ibaret ise izleyen yılın Şubat ayının 16. günü;⁷⁶ 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun⁷⁷ "beyannamenin verilme zamanı ve yeri" başlıklı 21.,⁷⁸ "vergilendirme dönemi" başlıklı 28.⁷⁹ ve "tarh zamanı" başlıklı 29.⁸⁰ maddelerine göre ise, izleyen yılın Mayıs ayının birinci günü işlenmiş sayılır.

⁷² "Sanığın temin ettiği ve en son tarihi 25.05.1998 olan sekiz adet sahte fatura ile Katma Değer Vergisi ziyana neden olduğu anlaşılmasına göre (...) 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 41. ve 45. maddeleri uyarınca suç tarihinin verginin tarhı için kanunda belirlenen sürenin bitim tarihi olan 26.06.1998 olduğu ve vergi kaçakçılığı suçunun tamamlandığı gözetilerek 4369 sayılı Kanunla değişik 213 sayılı Kanunun 359. maddesinin (b-I) bendi ile ceza tayini yerine eylemin vergi kaçakçılığına teşebbüs suçu kabul olunarak 360. maddenin uygulanması suretiyle sanığa eksik ceza tayini isabetsiz(dir).", Yar. 11 CD, 09.10.2001, 2001/3871- 4639.

⁷³ Maliye Bakanlığı, anılan yetkiyi kullanarak, gerçek usulde KDV'ye tabi yükümlülerin tamamının, 01.10.1985 tarihinden itibaren bir aylık vergileme dönemine tabi olacağına karar vermiştir, 14 seri numaralı KDV Genel Tebliği, RG, 27.06.1985.

⁷⁴ RG, 06.01.1961, 10700.

⁷⁵ 193 sayılı GVK m. 92: "(4842 sayılı Kanunun 11'inci maddesiyle değişen fıkra, Yürürlük; 2003 yılı gelirlerine de uygulanmak üzere 01.01.2004) Bir takvim yılına ait beyanname izleyen yılın (5035 Sayılı Kanunun 48/4-c maddesiyle değişen ibare. Geçerlilik: 01.01.2004; Yürürlük: 02.01.2004) Mart ayının onbeşinci günü akşamına kadar, gelirin sadece basit usulde tespit edilen ticarî kazançlardan ibaret olması halinde izleyen yılın (5035 Sayılı Kanunun 48/4-c maddesiyle değişen ibare. Geçerlilik: 01.01.2004; Yürürlük: 02.01.2004) Şubat ayının onbeşinci günü akşamına kadar, tam mükellefiyette vergiyi tarha yetkili vergi dairesine, dar mükellefiyette Türkiye'de vergi muhatabı mevcutsa onun Türkiye'de oturduğu yerin, Türkiye'de vergi muhatabı yoksa işyerinin, işyeri birden fazla ise bu işyerlerinden herhangi birisinin bulunduğu yer vergi dairesine verilir veya taahhütlü olarak posta ile gönderilir."

⁷⁶ 193 sayılı GVK m. 109: "(2361 sayılı Kanun m. 74 ile değişik) Gelir Vergisi (...) Beyanname verilmesi icabeden hallerde, beyannamenin verildiği günde, beyanname posta ile gönderilmişse, vergiyi tarh edecek daireye geldiği tarihi takibeden yedi gün içinde (...) tarh edilir."

⁷⁷ RG, 10.06.1949, 7229.

⁷⁸ 5422 sayılı KVK m. 21: "(199 sayılı Kanun m. 17 ile değişik) Kurumlar Vergisi beyannamesi, hesap döneminin kapandığı ayı takip eden dördüncü ay içinde mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine verilir."

⁷⁹ 5422 sayılı KVK m. 28: "(199 sayılı Kanun m. 19 ile değişik) Kurumlar Vergisi'nde hesap dönemi vergilendirme dönemidir (...) Tevkif suretiyle ödenen vergilerde, istihkak sahiplerince ayrıca yıllık veya özel beyanname verilmeyen ahvalde, tevkifatın ilgili bulunduğu dönemler vergilendirme dönemi sayılır."

3065 sayılı KDV Kanunu'nun beyanname verme zamanına ilişkin 5035 sayılı Kanun ile değişik 41/1. maddesinde, vergi yükümlüleri ile vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanların KDV beyannamelerini, 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, vergilendirme dönemini izleyen ayın yirminci günü⁸¹ akşamına kadar ilgili vergi dairesine vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir;⁸² bu düzenlemeye göre KDV açısından söz konusu suç, izleyen ayın 21. günü işlenmiş sayılmak gerekir.

Vergilendirmede hesap dönemi, 213 sayılı VUK'nun "*hesap dönemi*" başlıklı 174. maddesinde tanımlanmıştır. Anılan hükme göre hesap dönemi, kural olarak, bir takvim yılı olarak belirlenmiş; ancak takvim yılı dönemi faaliyet ve mahiyetine uygun bulunmayanlar için, bunların başvurusu üzerine Maliye Bakanlığı'nın 12'şer aylık özel hesap dönemleri saptayabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre hesap dönemi, kural olarak, 1 Ocak - 31 Aralık dönemini ifade eder.

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma eylemlerinin gerçekleşme, başka bir deyişle suçun tamamlanma anı, anılan nitelikteki belgelerin, vergi yükümlüsü tarafından deftere kaydedildiği değil, beyanname gösterilerek beyannamenin vergi dairesine verildiği andır. Bu bakımdan, beyanname dönemini takip eden dönemlerde yeni sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin kullanılması ile yeni bağımsız suçlar oluşacaktır.⁸³

Yukarıda da belirtildiği gibi KDV'de suç tarihi, vergi yükümlüsünün tâbi olduğu vergilendirme dönemine bağlı olarak tarh dönemi sonu, yani izleyen ayın 21. günüdür. Aynı yıl içerisinde birden çok sahte belge düzenlenmiş veya kullanılmışsa suç tarihinin belirlenmesinde en son düzenlenen belge ve onun içinde bulunduğu vergilendirme dönemi esas alınmakta ve

⁸⁰ 5422 sayılı KVK m. 29: "(192 sayılı Kanun m. 6 ile değişik) Kurumlar Vergisi beyannamenin vergi dairesine verildiği günde, beyanname posta ile gönderilmişse, vergiyi tarh edecek daireye geldiği tarihi takip eden üç gün içinde tarh edilir."

⁸¹ Madde metninin önceki halinde KDV beyannamelerinin vergilendirme dönemini izleyen ayın 25. günü akşamına kadar verilebileceği belirtilmişken, söz konusu ibare 4842 sayılı Kanun ile KDV beyannamelerinin vergilendirme dönemini izleyen ayın yirmi üçüncü günü akşamına kadar verilebileceği şeklinde değiştirilmiş ve son olarak yukarıdaki şekilde hükme bağlanmıştır.

⁸² 3065 sayılı KDV Kanunu m. 45: "Katma Değer Vergisi beyannamenin verildiği günde, beyanname posta ile gönderilmişse, vergiyi tarh edecek daireye geldiği tarihi takibeden yedi gün içinde tarhedilir."

⁸³ "1992 ve 1993 yıllarında sahte fatura kullanma eylemlerinin her yıl için ayrı ve müstakil suçları oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek hüküm kurulması isabetsiz(dir).", Yar. 11 CD, 29.01.2001, E. 2000/6132, K. 2001/534.

tek bir suçtan ceza verilmektedir. Suça konu sahte belgeler farklı yıllara ait ise, her yıl için ayrı ayrı ceza tayini gerekir;⁸⁴ incelenen Karar, bu hususları dikkate almıştır.

4369 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.01.1999 tarihinden itibaren işlenen vergi kaçakçılığı suçlarında, vergi ziyai suçun unsuru olmaktan çıkarıldığından, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeleri düzenleme suçlarında eylemin gerçekleştirildiği tarih, söz konusu belgeleri kullanma suçlarında ise belgelerin gösterildiği beyannamelerin vergi dairesine verildiği tarih suç tarihidir.

Bu noktada, Karar'da söz edilen zincirleme (müteselsil) suç kavramını kısaca değerlendirmek yararlı olacaktır.

B. Zincirleme (Müteselsil) Suç⁸⁵

Her sonuç, kural olarak, yasada belirli bir tarifi yapılan dış dünyadaki değişiklikten meydana geldiğinden, söz konusu tarife uygun her sonuç ayrı bir suç teşkil eder ve fail kaç sonuç ortaya çıkarmışsa o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden ayrı ve bağımsız cezalara çarptırılır; ancak kimi durumlarda faile, değişik sonuçlardan çeşitli cezalar verilmesi yerine bir tek cezanın hükmedilmesi ile yetinilir; anılan türdeki, yani birden çok sonucun ortaya çıkmasına karşın faile tek bir ceza verilmesini gerektiren kavramlardan biri de “zincirleme (müteselsil) suç”tur.⁸⁶

5237 sayılı TCK m. 43'e göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır⁸⁷ ve bir suçun temel şekli ile daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli biçimleri aynı suç sayılır.

⁸⁴ “Sahte faturaların 1991, 1992 ve 1993 yıllarına ait olduğu ve her yıla ait eylemlerin ayrı suç oluşturduğu gözardı edilerek üç yerine tek ceza uygulaması suç ve ceza arasında adil oranın sağlanması bakımından temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmemesi isabetsiz(dir).”, Yar. 11 CD, 01.12.2000, 2000/5348-5579.

⁸⁵ Zincirleme (müteselsil) suç, Ortaçağ döneminde, pratik İtalyan hukuçlarından Bartolo ve Baldo'nun, üç hırsızlık suçuna ölüm cezası verilmesini emreden hükmü yumuşatmak ve cezada adaleti sağlamak amacıyla ortaya attıkları bir kavramdır, Tosun, Ö., Müselsel Suçlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXII, S. 1-4, s. 5; Dönmezer, S., Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, Genel Kısım, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 1985, s. 381.

⁸⁶ Dönmezer, Erman, *op. cit.*, s. 380.

⁸⁷ Bu oran 765 sayılı TCK'da “altıda birden yarıya kadar” biçiminde idi.

Zincirleme (müteselsil) suçu tanımlayan 43. madde, 5237 sayılı TCK'nın Birinci Kitabı'nın "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı İkinci Kısım'ın "Suçların İçtimaı" başlıklı Beşinci Bölümü'nde yer almıştır; böylece 5237 sayılı TCK, aslında, zincirleme (müteselsil) suçu oluşturan unsurları ayrı birer suç saymış; ancak zincirleme (müteselsil) suç bakımından bu unsurları, suçlunun lehinde hareket etmek düşüncesi ile tek suça indirgemiş, yani söz konusu durumlarda özel bir içtima biçimi kabul etmiştir.⁸⁸

*"Müsel (müteselsil) suç namı ile tek bir suç yoktur; kanun bu gibi hallerde hakikî (gerçek) içtima kaidelerinden ayrılmak istemiştir, o kadar (...) kanun, hakikî (gerçek) içtima kaidelerinin tatbikini adil ve faydalı bulmamış, ceza tayini hususunda hususî bir usûl koymuştur."*⁸⁹

Zincirleme (müteselsil) suç ile 5237 sayılı TCK, çeşitli eylemlerin aynı hükmü ihlâl etmelerini dikkate almış, bu durumu genel ve soyut olarak düşünmüş, mağdurların menfaatlerini korumak amacı ile hareket etmiştir.⁹⁰

Zincirleme (müteselsil) suçun oluşabilmesi için suç işleme kararında birlik ile aynı suçun değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması gerekir.

Suç işleme kararı, suç işleme kastı anlamına gelmez, daha geniş bir kavramı işaret eder ve bu şekilde suç işleme kararında birlik kavramı, gâyeye göre tayin edilir; gâyeyi ortaya çıkaran, saik kavramı ile arasındaki fark dikkate alınarak, "münferid kararların muayyen bir maksatta birleşmiş olmaları" kıstasıdır.⁹¹ Suç işleme kararında birlik, teselsülü meydana getiren eylemlerin aynı kastın ürünü olmaları demek değildir; her biri bağımsız suç olan bu eylemler, ayrı kasıtlar ile işlenmiştir.⁹² Suç işleme kararı, yalnızca suçun konusuna ilişkin bir tasavvur olarak kabul edilmelidir.⁹³ Öyleyse, suç işleme kararında birlik; "suçların mane'î unsurlarından ayrı ve söz konusu eylemleri işleme tasarımı"⁹⁴ ya da "aynı suçu müteaddit defa işlemek hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet"⁹⁵ olarak tanımlanabilir; ancak ey-

⁸⁸ Erem, F., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara, 1973, s. 369.

⁸⁹ Tosun, *op. cit.*, s. 10.

⁹⁰ Erem, *op. cit.*, s. 370.

⁹¹ *İbid.*, s. 371; "unsur suçları, bir bütünün parçaları haline getiren de budur."

⁹² Alacakaptan, *op. cit.*, s. 52.

⁹³ Tosun, *op. cit.*, s. 15.

⁹⁴ Alacakaptan, *op. cit.*, s. 52.

⁹⁵ Dönmezer, Erman, *op. cit.*, s. 387.

lemelerin aynı amaca yönelmiş olmasını, saik birliği biçiminde anlamamak gerekir, aksi halde zincirleme (müteselsil) suçun alanı gerektiğinden çok genişleyebilir.⁹⁶

Zincirleme (müteselsil) suçta, eylemler arasına çok uzun bir zaman aralığının girmiş olması, suç işleme kararında birliğin yokluğuna karine sayılabilir.^{97,98}

Sonuç olarak, “suç işleme kararında birlik” kavramı, bağımsız bir biçimde ele alındıklarında her biri ayrı bir suç teşkil eden, ancak aynı suça vücut veren eylemleri birbirine bağlayarak somut olaya zincirleme (müteselsil) suç niteliğini verir; zincirleme (müteselsil) suçu oluşturan eylemlerin her birinin başka bir kastın sonucu olduğu dikkate alındığında, bu iradî eylemleri bir araya getiren kavramın, tümünün tek bir suç işlemek kararından doğması anlamına gelen “suç işleme kararında birlik” olduğu sonucuna rahatlıkla ulaşılır.⁹⁹

5237 sayılı TCK, selefi 765 sayılı TCK’ya göre, zincirleme (müteselsil) suç tipini daha farklı algılar. 765 sayılı TCK m. 80’e göre zincirleme (müteselsil) suçun oluşumu için öngörülen “Kanunun aynı hükmü” kavramı 5237 sayılı TCK m. 43 ile “aynı suç” biçimine dönüştürülmüştür. Zincirleme (müteselsil) suçu doğuran, eylemlerin tekrarıdır; teselsülün söz konusu olabilmesi için, her biri aynı suça vücut veren birden çok eylemin varlığı gerekir.

765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde de öğretide, “Kanunun aynı hükmü” ibaresinin “Kanunun aynı maddesi” biçiminde anlaşıl-maması gerektiği belirtilerek, aynı maddede yer almamakla birlikte, aynı suçun basit ve şiddet nedenli biçimlerinin “aynı suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak” gerçekleştirilmesi durumunda, yine aynı hükmün ihlâl edilmiş sayılmasının doğru bir yaklaşım olacağı savunulmuştur.^{100,101} 5237

⁹⁶ Alacakaptan, *op. cit.*, s. 53.

⁹⁷ Yargıtay eski tarihli bir kararında, yirmişer günlük fasılları teselsül için yeterli görmüş ve “(...) yirmişer günlük kısa fasıllarla muhtelif keşidelere ait biletler üzerinde tahrifat yapan sanığın yaptığı tahriflerdeki fasılların cürüm işlemek kastındaki vahdeti bertaraf etmeyeceği” yönünde karar vermiştir, Yar. 5 CD, 05.07.1949, 1947/2877-3518.

⁹⁸ “(...) sanığın alacaklısı ve borçlusunu aynı kişiler olan iki sahte bonoyu aynı tarihte düzenleyerek imza edip tahsile verdiği anlaşılması bulunmasına göre eyleminin tek suç teşkil edeceği gözetilmeden suçun teselsül ettiğinden bahisle TCK’nun 80. maddesiyle (5237 sayılı TCK m.43) cezada artırma yapılması kanuna aykırı(dır).”, Yar. 6 CD, 13.10.1977, 1977/5143-5636.

⁹⁹ Erem, *op. cit.*, s. 372.

¹⁰⁰ Alacakaptan, *op. cit.*, s. 55; Dönmezer, Erman, *op. cit.*, s. 386; Erem, *op. cit.*, s. 375-376.

¹⁰¹ “Kanunun aynı hükmü deyimi şekilde değil, hükümlerin esasında aynı olmak anla-

sayılı TCK'nın zincirleme (müteselsil) suç bakımından "aynı suç" kavramını benimsemesi ve bir suçun temel şekli ile daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli biçimlerinin de aynı suç sayılacağını açıkça belirtmesi karşısında değinilen tartışmanın güncelliğini yitirdiği açıktır.

Suçta konu eylemlerden kiminin tamamlanması, diğerlerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda da, aynı suçun birden fazla işlenmesi söz konusu olur; ancak zincirleme (müteselsil) suç kapsamındaki suçlardan kimisinin tákibi şikayete bağlı olduğu halde (5237 sayılı TCK m. 73) şikayet hakkı kullanılmamış ise, söz konusu suçlar zincirleme (müteselsil) suçta dikkate alınmaz.

Teselsül bakımından zamanaşımı konusuna da değinmek yararlı olacaktır. Zincirleme (müteselsil) suçun zamanaşımı, son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar (5237 sayılı TCK m. 66/6) ve davaya son suçun işlendiği yer mahkemesi tarafından bakılır (04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁰² m. 12/2).

C. Yargıtay'a Göre

İncelenen Karar'da suça konu sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge "fatura" olduğundan öncelikle faturanın ne olduğundan söz etmek gerekir. 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁰³ (TTK) tanımlanmayan¹⁰⁴ "fatura", 213 sayılı VUK m. 229'da; "satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesika" biçiminde tanımlanmıştır.¹⁰⁵ Ticaret hukukuna göre faturaya vücut verilebilmesi için

mına gelir. Esasta aynı olmaklık suçun kanuni tipi dışına çıkmamayı gerektirir. Bu sebeple kanunun aynı hükmü bu sınıra kadar geniş tutulabilir. Sınır aşılsa suçların maddi içtimai sayılması gerekli haller, haksız olarak, müteselsil suç kavramına sokulmuş olacaktır.", Erem, *op. cit.*, s. 374.

¹⁰² RG, 17.12.2004, 25673. 5271 sayılı CMK, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 334).

¹⁰³ RG, 09.07.1956, 9353.

¹⁰⁴ 6762 sayılı TTK m. 23/1-2, 66/son, 1147/2, 1150/1, 1154/2, 1157, 1208/2 ve 1443/1'de faturadan söz edilir.

¹⁰⁵ "(213 sayılı) VUK m. 229 hükmündeki fatura tanımı, faturanın hukuki mahiyetini tespitten uzak ve eksik bir tanıftir (...) Kanuni tanım (...) faturayı tüccara mahsus bir belge olarak tanımakta, müteakip maddelerde ise tacir olmayanların da fatura tanzim edebileceğini belirtmektedir (...) Bu husus 'ticari iş' kavramıyla bağdaşmaktadır. Zira ticari iş kavramı da sadece tacire ve onun ticari işletmesine mahsus işleri değil, aynı zamanda taciri ve ticari işletmesini ilgilendirsin yahut ilgilendirmesin (6762 sayılı) Türk Ticaret Kanunu'nda tanzim olunan her türlü muamele, fiil ve işleri de kapsayan

daha önce taraflar arasında satım, istisna ve benzeri sözleşmelerden doğan bir akdi (sözleşmesel) ilişkinin varlığı gerekir;¹⁰⁶ bir başka deyişle ticari bir belge olan fatura, sözleşmenin yapılması değil, yerine getirilmesi aşaması ile ilgilidir¹⁰⁷ ve bu bakımdan sözleşmenin önceden belirlenen koşullarının bir kısmını göstererek bunları belirli koşullarla tevsik eder.¹⁰⁸ Usûlüne uygun olarak düzenlendiği sürece fatura, 213 sayılı VUK bakımından da vergiyi doğuran akdi ilişkinin ifasını gösteren ve kayıtlara esas teşkil eden bir belge niteliğindedir.¹⁰⁹

Yargıtay'a göre fatura; *"ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını, ölçüsünü, fiyatını ve sair hususları ya da ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası olup, ticari bir belge"*¹¹⁰ niteliğindedir.

Gelinen noktada *"sahte fatura"* teriminden bahsetmek yerinde olacaktır. Sahte fatura, görünüşte 6762 sayılı TTK ile 213 sayılı VUK'un getirdiği koşulları taşıyan; ancak esasen hiçbir temel borç ilişkisine dayanmadan gerçeğe tamamen aykırı bir biçimde doldurulan ya da miktarda, satış bedelinde gerçeğe aykırı bilgilere yer verilen bir belgedir.¹¹¹ Taraflar arasında önceden herhangi bir akdi (sözleşmesel) ilişkinin varlığı koşulunun gerçekleşmemesi durumunda her türlü hukuksal şekil şartlarına uyulması suretiyle düzenlenen bir fatura hayalî (gerçekte var olmayan) bir işlemi gösterir ve vergi kaçırmak, kaçakçılık suçlarında faili cezalandırılmaktan kurtarmak, işlenen bir gümrük ya da vergi kaçakçılığı eyleminin ortaya çıkmasını engellemek yahut hayali ihracatı gerçekleştirmek gibi bir amaçla düzenlenen sahte bir belge niteliğini taşır.¹¹²

Yukarıdaki açıklamaların ardından, KDV indiriminden yararlanmak için sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçunun her hesap dönemi-takvim yılı itibariyle teselsül eden bir suç olduğunu kabul eden Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının¹¹³ değerlendirilmesine geçilebilir. Karar'ın ilgili bölümleri şu şekildedir:

bir kavramdır.", Ünal, O. K., *Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti*, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 11.

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 10.

¹⁰⁷ Özdemir, N., Kınacıoğlu, N., *Türk Ticaret Hukuku*, Ankara 1978, s. 64; nak. Ünal, *op. cit.*, s. 10.

¹⁰⁸ Ünal, *op. cit.*, s. 10.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Yar. İct. Bir. HGK, 27.06.2003, 2001/1-1, in YKD, C. 30, S. 1, Ocak 2004, s. 15.

¹¹¹ Özer, Y., Doğan, A. A., Arıca, M. N., *Vergi Hukukunda Belgeler*, Ankara 1996, s. 26.

¹¹² Ünal, *op. cit.*, s. 30-31.

¹¹³ YKD, C. 28, S. 6, Haziran 2002, s. 929-935.

“(...) somut olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun, katma değer vergisi indirimlerinde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma eylemlerinin her vergilendirme-tarh dönemi için ayrı bağımsız suçlar mı oluşturduğu, yoksa bir hesap dönemi-takvim yılı içerisinde teselsül eden bir suç şeklinde mi kabulü gerektiği noktasında toplanmaktadır.”

“Sahte olarak düzenlenmiş faturaları 1998 ve 1999 yılları içerisinde defter ve kayıtlarına intikal ettirerek KDV beyannamelerinde indirim konusu yaptığı anlaşılan sanığın teselsül eden iki ayrı sahte fatura kullanma suçundan dolayı cezalandırılması (...) gerekmektedir.”

“Ceza hukukunda her netice ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice tevhit etmişse, o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalara maruz kalır. Ancak bazı hallerde bu çeşitli neticelerden dolayı faile tek ceza verilmesi ile yetinilir. Müteaddit neticelerin meydana gelmesine rağmen, faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de ‘müteselsil suç’tur. Müteselsil suçun mevcudiyeti için ortada müteaddit suçların bulunması, bu suçların Yasa’nın aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu suçların aynı, bir suç işleme kararına bağlanması gerekir. Suç işleme kararından maksat, yasanın aynı hükmünü çeşitli kereler ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyettir. Yasa’nın aynı hükmünü ihlal eden suçlar arasına uzun bir zaman fasılası girmesi (...) suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlenmediğinin kabulünü gerektirmez. Müteselsil suçlarda suç teselsülün sona erdiği anda işlenmiş sayılır.”

“Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme-tarh döneminin esas alınmasının vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara, sonuçta eşitsizliğe, içtima kuralı da nazara alındığında adaletsizliğe yol açacağı anlaşılmaktadır.”

“(213 sayılı VUK m. 3/A-2 hükmü çerçevesinde) (...) anılan Yasa’nın (...) usulsüzlük cezalarına ilişkin hükümlerinde, suçların oluşumu bakımından hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı görülmektedir. Bu nedenle Katma Değer Vergisi indiriminden yararlanmak için aynı hesap dönemi içerisinde ve farklı tarihlerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullananların eylemlerinin hesap dönemi-takvim yılı esas alınarak teselsül eden bir suçu oluşturduğunun kabul edilmesi Yasa’nın ruhuna aykırı bir yorum tarzı sayılamaz. Ancak burada, iddia-nameyle dava açılması gibi suçta hukuki kesinti husule getirmesi halinde ayrı bağımsız suçların oluşacağı ve yine bir yıllık süre içerisinde kanunun aynı hükmünün çeşitli kereler ihlal edilmesi halinde zararın ağırlığı, kastın yoğunluğu, failin amacı nazara alınarak TCY’nin 29. (5237 sayılı TCK m. 61) maddesi uyarınca cezanın artırılarak tatbiki hususunun düşünülmesi gerektiği de belirtilmelidir.”

İncelenen kararının yanı sıra Yargıtay, sahte faturalarla vergi kaçakçılığı ve 3065 sayılı KDV Kanunu'na göre suç tarihine ilişkin bir diğer kararında özetle; *"Sanığın temin ettiği 11.02.1997 ve 21.02.1997 tarihli sahte faturalarla Katma Değer Vergisi ziyama neden olduğu iddiaya uygun olarak kabul olunmasına (...) 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 41. ve 45. maddeleri uyarınca suç tarihinin verginin tarhu için kanunda belirlenen sürenin bitimi olan 26.03.1997 olduğu ve vergi kaçakçılığı suçunun tamamlandığı* gözetilerek, 4369 sayılı Kanun'la değişik 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b-1) bendi ile ceza tayini yerine, eylem vergi kaçakçılığına teşebbüs suçu kabul olunarak sonradan vergi suçuna iştirakin düzenlendiği 360. madde uygulanarak hüküm kurulması kanuna aykırıdır." gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.¹¹⁴

Yargıtay, incelenen Ceza Genel Kurulu kararına gönderme yapan bir diğer kararında ise; *"Faturasız yapılan satın almanın, bir başka mükellefin faturası ile belgelendirilmesi halinde, faturayı düzenleyen ile alan arasında, gerçek bir mal ve hizmet alımı bulunmaması nedeniyle faturanın sahte olduğunun kabulü gerektiği (...) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.03.2002 gün ve 28/179 sayılı kararında da açıklandığı üzere, bir takvim yılında her vergilendirme dönemindeki kullanmaların teselsül hükmünün uygulanmasını gerektirdiği gözetil(mesi)"*ne hükmetmiştir.¹¹⁵

Yargıtay, sahte fatura ile ilgili bir başka kararında yine aynı sonuca ulaşarak; *"Belgesiz yapılan satın almanın bir başka mükellefin faturasıyla belgelendirilmesi halinde, bu faturaların, düzenleyip verenle gerçek bir alım-satım olmadığından sahte olarak kabulü gerektiği somut olayda; sanığın imzasını taşıyan ve suça konu faturaların malların satın alındığı firmaya ait olmadığı (...) suça konu faturaların sahte olduğu ve katma değer vergisi yönünden kullanılarak vergi ziyama neden olduğu (...) halde, sanığın mahkumiyeti yerine, (...) beraatine karar verilmesi kanuna aykırıdır."* şeklinde karar vermiştir.¹¹⁶

Bu noktada, sahte faturanın özel gider indiriminde kullanılmasına ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir diğer kararına değinmek, incelemenin açılımı bakımından yerinde olacaktır. Söz konusu kararda Yargıtay özetle; *"Suç konusu faturanın 'sahte ve yanıltıcı' olduğu rapor edilmişse de; sanığın, 'faturada yazılı yerden alışveriş yaptığını, sahteliğini bilmediğini, gerçek mal alımına*

¹¹⁴ Yar. 11 CD, 31.01.2001, E. 2000/6138, K. 2001/571, in YKD, C. 27, S. 6, Haziran, 2003, s. 955-956.

¹¹⁵ Yar. 11 CD, 24.06.2002, 2002/5109-6193, in YKD, C. 29, S. 7, Temmuz, 2003, s. 1151-1152.

¹¹⁶ Yar. 11 CD, 13.06.2001, 2001/6053-6820, in YKD, C. 28, S. 2, Şubat 2002, s. 327-328; aynı yönde bir başka karar için bkz Yar. 11 CD, 13.06.2001, 2001/6053-6820, in YKD, C. 28, S. 2, Şubat 2002, s. 327-328.

dayandığını' bildirmesi (...) nedenleriyle, suça konu faturanın 2978 sayılı Vergi İadesi Hakkındaki Yasa hükümleri gereğince 'vergi iadesinde' kullanılmayıp farklı bir kurum olan ve 193 sayılı Gelir Vergisi Yasası'nın 63. maddesinde düzenlenen 'Özel Vergi İndiriminde' kullanıldığı anlaşıldığından; vergi inceleme raporu ile vergi suçu raporunda değinilen 'Vergi Tekniği Raporu' ile ekleri getirtilerek incelenmeli (...) suç kastı üzerinde de durularak sonucuna göre sanığın hukuki durumu tayin ve tespit edilmelidir. Suçun sübutu halinde ise eylemin vergi kaçakçılığı suçunu mu, yoksa Ceza Yasası'nın 345. maddesinde (5237 sayılı TCK m. 207) yer alan özel belgede sahtecilik suçunu mu oluşturacağı değerlendirilmelidir." biçimindeki gerekçelerle yerel mahkemenin direnme hükmünü bozmuştur.¹¹⁷

Yine, sahte faturalarla vergi kaçakçılığı ve suç tarihinin saptanmasına ilişkin bir kararında Yargıtay özetle; "Sanığın temin ettiği 08.02.1994 ve 18.02.1994 tarihli sahte faturalarla Katma Değer Vergisi yanında Kurumlar Vergisi ziyana da neden olduğu kabul edilmesine göre, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 21, 28 ve 29. maddeleri uyarınca, suç tarihinin, verginin tarhu için kanunda belirlenen sürenin sonu olan 01.05.1995 olduğu gözetilerek suç tarihinde yürürlükte bulunan 213 sayılı Yasa'nın 359. maddesindeki ceza miktarı dikkate alınarak 4369 sayılı Kanun'la değişik 359/b-1 maddesiyle hüküm tesisi gerekirken, suç tarihi 1994 yılı kabul edilerek yazılı şekilde uygulanma yapılması suretiyle sanığın eksik ceza tayini kanuna aykırıdır." demiştir.¹¹⁸

V. SONUÇ

Vergi suç ve cezaları bakımından geçerli sayılan temel ilke, birbirinden bağımsız tarh dönemlerinde işlenen eylemler arasında teselsülün söz konusu olmaması ve her döneme ilişkin suçun ayrı bir suç teşkil etmesidir; ancak incelenen kararda da görüldüğü üzere Yargıtay söz konusu temel ilkeyi yumuşatmış ve bu ilkenin KDV'ne ilişkin sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçuna uygulanmasını hakkaniyete aykırı bulmuştur. Yargıtay böylece, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme/tarh döneminin esas alınmasının, vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara, eşitsizliğe ve adaletsizliğe yol açabileceği gerekçesiyle, teselsül eden vergi suçlarında, diğer vergi türleri bakımından kabul edilen "vergilendirme-tarh dönemi"ni, KDV yönünden "hesap dönemi-takvim yılı"na tahvil ederek genel ilkeye bir istisna getirmiştir.

¹¹⁷ Yar. CGK, 02.05.2000, 2000/11-90 - 96, in YKD, C. 26, S. 7, Temmuz, 2000, s. 1107-1111.

¹¹⁸ Yar. 11 CD, 31.01.2001, E. 2000/5999, K. 2001/570, in YKD, C. 27, S. 5, Mayıs 2001, s. 780-781.

Ceza uygulamasının istikrar kazanması, hukuk devletinin temel dayanağı “hukukî güvenlik” ilkesinin bir gereğidir. İncelenen karar ile Yargıtay’ın emsal gösterilen diğer kararlarında görüldüğü üzere, KDV bakımından sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçlarında telsesül söz konusu olduğunda suç tarihi “takvim yılı-hesap dönemi”ne göre tayin edilir. Bu açıdan ceza uygulamasının istikrar kazandığı söylenebilir. Uygulamanın, Karar’da değinildiği gibi, ceza adaletine ve hakkaniyete uygun düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, U., *Suçun Unsurları*, Ankara 1970.
- Bayraklı, H. H., *Vergi Ceza Hukuku*, Afyon 1996.
- Candan, T., *Vergi Suç ve Cezaları*, Ankara 1995.
- Centel, N., Zafer, H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul Ocak 2003.
- Dönmezer, S., Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, Genel Kısım, 9. Bası, İstanbul 1985.
- Erem, F., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 1973.
- Erginay, A., *Vergi Hukuku (İlkeler, Vergi Tekniği, Türk Vergi Sistemi)*, 5. Bası, Ankara 1976.
- Erman, S., *Vergi Suçları (Ticari Ceza Hukuku-VI)*, İstanbul 1988.
- Hızlı, Y., *Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu*, Ankara 1984.
- Karakoç, Y., *Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davasının Açılmasının “Mütalaa” Şartına Bağlı Olması*, *Vergi Dünyası*, S. 174, Şubat 1996.
- Karakoç, Y., *Vergi Ziyai Suçu ve Cezası*, *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 8, S. 71.
- Mutluer, K., *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir 1979.
- Ok, N., Gündel, A., *Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara 2002.
- Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2003.
- Özdemir, N., Kınacıoğlu, N., *Türk Ticaret Hukuku*, Ankara 1978.

- Özer, Y., Doğan, A. A., Arıca, M. N., *Vergi Hukukunda Belgeler*, Ankara 1996.
- Seviğ, V., Sahte Fatura, *Dünya Gazetesi/Bize Göre Köşesi*, 10.05.2002.
- Toroslu, N., *Ceza Hukuku*, Ankara 1998.
- Tosun, Ö., *Hileli Vergi Suçları*, İstanbul 1962.
- Tosun, Ö., Müselsel Suçlar, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXII, S. 1-4.
- Ünal, O. K., *Türk Ticaret Kanunu'nda ve Vergi Usul Kanunu'nda Fatura ve İspat Kuvveti*, 2. Baskı, Ankara 2003.
- Yiğit, U., *Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar, Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul Mart 2004.

ÜRETİMİN ADI NAMI DİĞER MARKA

Av. Coşkun ONGUN*

İnsanoğlu; sanayi devrimini yaşamaya başladığı günden bu yana yoğun bir üretim sürecine girmiş; bu süreç tüketim unsurunu da beraberinde getirmiştir. Üretim süreci ile birlikte ihtiyaçlar doğrultusunda sayısız yolla sayısız ürün meydana getirilmiş ve bu aşamada bu üretim fazlalığı ile ürün çeşitliliği başlı başına bir uzmanlık ve ayrı bir “*üretim kolu*” olmuştur.

Bu “*üretimin üretimi*” diye adlandıracağımız süreç sayesinde tüketiciler açısından teknolojik gelişmelerle birlikte bir kolaylıklar yolu açılmış bulunmaktadır. Ayrı bir üretim kolu olan bu yöntem sayesinde tüketicilere rekabetten kaynaklı bir ucuzluğun yolu açılmış bununla birlikte üreticilerin kaliteye yönelmesinin de önü açılmıştır. Artık üreticiler daha düzenli çalışmaya başlamış ve bir çok alanda sınırlı nitelikte üretimi bırakıp; bir tek alanda ve çok nitelikli üretim devrini başlatmışlardır. Özellikle 20. yy başlarında bu fiili durum çok önemli boyutlara ulaşmış ve bir tek alandaki nitelikli üretim yöntemi tüketim toplumlarının günlük yaşayışları haline gelmiştir.

Bu gelişimin günümüze yansımaları üretici firmaların markalaşması ile karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de şirketler artık üretim ile birlikte isimlerini de duyurmak için yoğun bir çaba sarf etmektedirler. Marka terimi günümüzde sadece üretimin bir adı ya da unsuru olmaktan çok bir ticari varlık için yaşam biçimi ya da “*öz değer*” anlamını taşımaktadır. Bizlere Hukuk Fakültesi’nde öğretilen marka tanımı; tüketim değeri olan bir ürünü diğer üründen ayıran yazı, şekil, çizgi veya her tür işaret şeklinde ifade edilmişti. Kanımızca bu fiili durum karşısında artık bu tanım yetersiz kalmaktadır. Marka tanımına, tüketicinin zihninde yer eden, bir üründen bahsedildiği zaman o işaretin tüketicinin aklına yer etmesi ve o tüketicide

* İstanbul Barosu üyesi.

yaratacağı izlenim şeklinde sıralanabilecek hususları da eklemek; marka tanımının günümüzdeki karşılığı için tamamlayıcı nitelik arz edecektir. Artık bir markanın diğer ürünlerden, temsil ettiği ürünü ayırması vasfı ile birlikte, o ürünü tüketen insanlarda yarattığı izlenimi de göz ardı etmemek gerekir. Bu izlenim öyle bir işleve sahiptir ki bazı zamanlarda bir ürünün adı doğrudan o marka ile anılmaktadır. Bu nedenle yukarıda “*üretimin üretimi*” terimi ile adlandırdığımız üretim unsuru günümüzde markalaşma süreci olarak varlığını ve güncelliğini büyük bir devinim ile sürdürmektedir.

Marka teriminin insan unsuru ile buluşması sonucunda ortaya çıkan doğal süreçte, her anlamda çeşitlilik doğmuştur. Bugün tek bir ürün için binlerce marka bulunmakta ancak bunlardan sadece bir kısmı kalıcı olabilmektedir. Bugün için markalaşmayan üreticinin kalıcı olması neredeyse imkansız düzeydedir. Marka olmanın üretici firmaya sağladığı faydalar kuşkusuz saymakla bitirilemez. Her faydanın beraberinde getireceği bir zarar da bulunduğundan, kaçınılmaz olarak marka sahibinin dikkat etmesi gereken ve zarar doğurabilecek olguların da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Esas itibari ile bu yazıda bu sakıncaların neler olabileceği üzerinde kısaca durulacaktır. Firmaların, oluşması muhtemel zararlardan korunması için tüm gelişmiş ülkeler, iç düzenlemelerle üreticilerin bu zararlarının önüne geçmesini hedeflemişlerdir.

Bir markanın karşılaşılabileceği en büyük sorun taklit edilmesi ve piyasaya aynı etiketlerle sunulmasıdır. Uzun yıllar adını duyurmak için çaba sarf etmiş bu yolda yüksek maliyetler ödemiş bir kuruluşun işin sonunda elde edeceği hasılatı ortak olmak isteyen, haksız kazanç sağlayan kimseler markalaşma sürecini ciddi biçimde tehdit eder hale gelmişlerdir. İşte tam bu noktada yasama organları devreye girmiş ve yapılan düzenlemelerle markaların bu tür yasal olmayan girişimlerle uğrayacağı zararları bertaraf etmeyi amaç edinmiştir.

Konu oldukça ayrıntılı bir çalışmayı gerektirse de biz burada sadece ülkemizdeki düzenlemeden kısaca bahsetmekte fayda ummaktayız. 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bu yöndeki düzenlemeler bir iç mevzuata kavuşmuştur. Aslında bu düzenleme ülkemizde Fikri Haklar konusundaki ilk düzenleme değildir. Nazi Almanyası’ndan kaçarak ülkemize yerleşen ve uzun yıllar İstanbul Hukuk Fakültesi’nde ders veren unutulmaz hocalardan Prof. Hırş sayesinde ilk kez 1951 yılında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yasalaşarak yürürlüğe girmiş ve fikri haklar konusunda markaları da içine alan bir korumaya mevzuatı getirilmiş bulunmaktadır. Bu yasa halen yürürlüktedir. Son derece usta bir dille kaleme alınmış bu kanun fikri hakları koruma işlevini

uzun süre başarıyla yerine getirmiştir. Bu Kanun'un 3. Bölüm'ünde yer alan Fikri Haklar başlıklı düzenleme ile eser sahibinin hakları sıralanmıştır. Buna göre eseri piyasaya sürme yetkisi, adının eserde belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi doğrudan eser sahibine tanınmış yetkililerdir. Kanun'un devamında eser sahibi haklarında ikili bir ayırma gidilmektedir. Buna göre eserin alenileşip alenileşmediği duruma göre bir ayırma; eser henüz piyasaya sürülmemişse yetkiler mutlak surette eser sahibindedir. Ancak eser piyasaya sürülmüşse bu durumda eser sahibinin hakları mali haklar olarak zilyede ve dağıtımcıya karşı devam etmektedir. Kanun'un 20. maddesi ve devamında yer alan mali haklar dört şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu hakları eser sahibi bizzat kendisi kullanabileceği gibi, hakların kullanımını devretme hakkına da sahip olmaktadır. Buna göre, bunlar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, temsil hakkı ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı olmak üzere dört ana başlık altında sıralanmaktadır. Kıyas yolu ile de olsa bu maddelerin Marka Hukuku'na uygulanması olasıdır.

Ancak marka kavramı ve kullanımının, güncel sistemde, toplum için akıl almaz boyutta öneme bürünmesi, bu konu için yeni düzenlemeler getirilmesini kaçınılmaz kılmıştır.

27.06.1995 tarihinde *Resmî Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ülkemizde konuya ait düzenlemenin en göze çarpan mevzuatıdır. Bu Kanun Hükmünde Kararname'nin, tescilli markalara sağladığı korumayı iki madde halinde ele almak olasıdır. Buna göre ilk olarak; markanın tescil kapsamına giren aynı veya benzeri mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli markayı, benzerlerini ve halk üzerinde tescilli marka ile karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin izinsiz kullanılmasının önlenmesini isteme hakkını ayrıntılı ve sınırsız bir şekilde tescil sahibine tanınmaktadır.

İkinci olarak da; tescilin hukuki olarak sağlayacağı tescilli bir markanın başkasına devir edilebilirliği, miras yolu ile intikal edilebilirliği, kullanma hakkının lisans konusu olabilirliği, rehin ve teminat olarak gösterilebilirliği gibi haklardır. Bu tür haklar başvurular için de geçerlidir. Tescilsiz marka kullananlar, belirtilen bu haklardan yararlanamamakta aksine faaliyetleri tescilli bir markanın faaliyeti ile çakıştığı durumlarda kullanım hakkından gelen bir yetki ile tescilli markanın menfaati kanun koyucu tarafından ön planda tutulmaktadır.

Tescilli bir markanın başka kişi ya da kuruluşlarca üretime, kullanılmaya, satışa veya sunuma arz edildiği anda bu koruma tedbirleri işlemeye başlamakta ve bu tür haksız kazanç girişimlerine engel olunmaktadır. Bir markanın aynısını ya da benzerini üretmeye kalkışanların girişimleri hukuki ve cezai bir müdahale ile karşılaşmaktadır. Buradaki benzer kelimesi kamuoyunda ve doktrinde bir çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Fakat gerek mevzuat gerekse de Yargıtay'ın katıldığı görüş doğrultusunda benzerliğin tıpkı benzerlik değil orta düzeyde bir tüketicinin yanılmasına sebebiyet verecek derecede bir benzerlik tescilli markanın taklit edilmiş olduğuna karar verilmesi için yeterli bir ölçüdür. Orta düzeyde bir tüketiciyi yanıltacak ölçüde benzerlik arz eden durumlarda, tescilli marka lehine koruma tedbirlerinin işlemeye başlayacağı kuşkusuzdur.

Ülkemizde özellikle tekstil ürünlerinde göze çarpan yoğun bir taklit marka üretimi söz konusudur. Bu durum yabancı sermayenin bir çok gücünü aşarak yatırım için geldiği ülkemizde bu şekilde yoğun bir taklit üretiminin bulunması ne yazık ki ülkemiz için az gelişmişlik göstergesidir. Özellikle yurt dışı kaynaklı tekstil şirketleri ülkemizde üretim yaptıkları fabrikaların ihrac fazlası ürünleri el altından piyasaya sürmeleri olayın vahimliğini ortaya koymaktadır. Yine bazı firmaların doğrudan ve bire bir ölçüt de taklit ürünü üreterek haksız kazanç elde etmeleri bu ürünleri pazarlarda ve turistik bölgelerde satışa sunmaları ülkemiz için kayıt dışı ekonomi ve yurt dışından gelen turistlerin edindikleri izlenim açısından hoş olmayan ve zarar doğurucu işlemlerdir. Bazı firmalar bu konuda avukatları aracılığı ile taklit ürün satıcıları ile mücadeleye girişmekte ancak bu da pek kolay olmamaktadır. Firma avukatlarının doğrudan taklit marka üretici firmalarına gitmek yerine mahalle satıcıları ile uğraşması, bataklık dururken sineklerle uğraşmaya benzetilebilir. Ayrıca taklit markalı ürün üretiminde bulunanların birbirleri ile sıkı ilişki içinde olmaları bu işlemin aksamasına neden olarak göze çarpan etkenlerden sadece ikisidir.

Sonuç olarak üretimde ve satışta zirvelere doğru tırmanmanın yolu kaliteli ürün sunma ve pazarlamasından geçmekte, bu üretim piyasasında kalıcı olmak da markalaşma sürecine girmekle mümkün olabilmektedir. Bu süreçte, başarı sağlanması piyasanın ticari ve hukuki koşullarına uymakla mümkün olacaktır. Unutulmamalıdır ki; kalitesini ispatlamış, tescilli bir markayı yasaların etkin uygulanması kadar kalitenin ayırtına varmış tüketicilerin tercihleri de korumada öncelikli işleve sahip olacaktır. Demokratik ülkelerde yönetime gelmenin yöntemi nasıl siyasi partilerle ve seçimle mümkün oluyorsa, kaliteli üretim yapan bir markanın da piyasa da kalıcı olarak söz sahibi olması da ancak tescil ve profesyonel marka anlayışının yerleşmesi ile mümkün olacaktır.

KANUNİ FAİZ ORANINDA BÜTÇE KANUNLARI İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE UYGULAMA SORUNLARI*

Av. Mehmet BAYRAKTAR¹

1. SORUN VE İNCELEME KONUSU

Bilindiği üzere; Hükümetin enflasyonla mücadele hedefi² doğrultusunda 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun³ 51. maddesinin (t) bendi, 5027 sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun⁴ 49. maddesinin (o) bendi ve 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun⁵ 37. maddesinin (e) bendi ile; hukukumuzda kanuni faizi düzenleyen 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un⁶ 1. maddesindeki oran değiştirilmiştir.

Bu değişiklik üzerine Kanuni Faiz uygulanması gereken işlerde, sözü edilen Bütçe Kanunlarında geçen oranlar kanuni faiz oranı olarak uygulanmaya başlanılmıştır.

* Bu konuda *TBB Dergisi*, S. 56, s. 365 ve devamındaki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararları ile Av. Talih Uyar'ın notuna bkz.

¹ İstanbul İl Özel İdare Müdürlüğü avukatı.

² Bütçe Kanunu Tasarıları'nın Gerekçelerinde Enflasyon Hedefleri

-2003 yılı için TÜFE %20, TEFE %17.4

-2004 yılı için TÜFE ve TEFE %12

-2005 yılı için TÜFE ve TEFE %8 olarak amaçlanmıştır.

DİE verilerine göre;

2003 yılı enflasyonunu: TEFE %13.9, TÜFE %18.4

(http://www.belgenet.com/eko/enf_2003.html)

2004 yılı enflasyonunu: TEFE %13.84, TÜFE'de %9.32,

(http://www.belgenet.com/eko/die_122004.html) olarak gerçekleşmiştir.

³ 31.03.2003 tarih ve 25065 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴ 28.12.2003 tarih ve 25330 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁵ 31.12.2004 tarih ve 25687 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶ 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Uygulama bu şekilde yürütürken, Şişli 2. İcra Tetkik Mercî'nin 09.10.2003 tarih, 2003/1675 Esas ve 2003/1582 Karar sayılı "2003 yılı Bütçe Kanunu ile getirilen faiz oranının olaya uygulanmayacağı" yönündeki kararının Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2004 tarih, 2003/25231 Esas ve 2004/2317 Karar sayılı kararı⁷ ile bozulması ve yerel mahkemenin eski kararında direnmesi üzerine; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önüne gelen olayda: Kanun'un gerekçesine de atıf yaparak, Bütçe Kanunu ile yapılan düzenlemenin sadece genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçları için uygulanabileceği gerekçesiyle direnme kararını usul ve yasaya uygun bulduğundan yerel mahkeme kararını onamıştır.⁸

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 10.02.2004 tarihli kararından hemen sonra, 13.02.2004 tarihli kararında görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin görüş değiştirerek verdiği kararlar (bkz., dipnot 5) ile Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda sözünü ettiğimiz kararı üzerine; icra müdürlükleri ve icra hakimliklerince, kanuni faiz uygulanması gereken alacaklara Bütçe Kanunları ile getirilen oranlar değil; 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca TCMB'nin kısa vadeli krediler için belirlediği reeskont faiz oranları uygulanmaya başlanılmıştır.

Diğer taraftan; 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (t) bendi hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarih, 2003/41 Esas ve 2004/4 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir.⁹

Bu gelişmeler üzerine, çeşitli dergi ve web sayfalarında yer alan yazılarda; tespit edebildiğimiz kadarıyla bir tanesi hariç¹⁰ Yargıtay kararlarının doğru ve yerinde olduğu şeklinde görüşler açıklanmıştır.

⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu karardan sonra görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay 12. HD 13.02.2004 tarih, 2003/24684 E. ve 2004/2642 K. sayılı kararı, (*İstanbul Barosu Dergisi*, C. 78 S. 2004/4, s.1799); Yargıtay 12. HD 05.07.2004 tarih, 2004/13778 E. ve 2004/17777 K. sayılı kararı, (http://www.turabitoral.av.tr/html/karar_dosyalar/1224-13778.html (07.02.2005), Yargıtay 12. HD 22.11.2004 tarih, 2004/19830 E., 2004/23966 K. sayılı kararı (*legal Hukuk Dergisi* - Aralık 2004)

⁸ http://www.turabitoral.av.tr/html/karar_dosyalar/HGK12-628.html (07.02.2005)

⁹ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 08.12.2004 tarih ve 25664 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰ Av. Bülent Sabri Akpunar (www.turkhukuksitesi.com/hukukform/art_showarticle.php?s)

"...Fikrimizce, öncelikle yukarıdaki görüşlerimiz tekrarlar bu şekilde bir düzenlemenin bütçe yasasıyla yapılmış olmaması gereğini belirterek, ilgili maddenin yalnızca kamusal anlamda uygulanması için zorlayıcı bir neden olduğunu düşünmemekteyiz. Hükmün lafzı açıktır. Eğer Yargıtay'ın görüşü gibi bir düzenleme amaçlanmış olsaydı bunun ayrıca ve açıkça belirtilmiş olması gerekirdi.Bu nedenle özel hukuk işlerindeki faiz hesaplamalarında da bütçe yasalarındaki orana uyulması gerektiğini düşünüyoruz."

Hatta konu ile ilgili bir yazıda¹¹ bütçe kanunları ile yapılan değişikliklerin 3095 sayılı Kanun'un "Diğer kanunlardaki faizler" başlıklı 4. maddesindeki yasal düzenlemeye göre saklı tutulan özel hükümler niteliğinde olduğu, bu nedenle 3095 sayılı Kanun'daki kanuni faiz oranına bir etkisi olmayacağı görüşü dahi ileriye sürülmüştür.

Bu incelememizde: Bütçe kanunları ile 3095 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin gerçekten bu Kanun'daki faiz oranını değiştirip değiştirmediği, Yargıtay'ın kararlarındaki gerekçenin dayanağı, bu kararlar dolayısıyla uygulamada kanuni faiz olarak; bütçe kanunları ile 3095 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin dikkate alınmamasının doğru olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi iptal kararının sonuçları değerlendirilecektir.

Yazının amacı uygulamada meydana gelen karışıklığa doğru çözüm üretmek için yapılan tartışmalara katkı sağlamaktır. Bu nedenle genel konu ve tanımlar bu yazıda ihmal edilmiştir.

II. KANUNİ FAİZ İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda faizle ilgili düzenlemeler 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanundan önceki dönem ve 3095 sayılı Kanundan sonraki dönem olarak ikiye ayrılmıştır.¹² Yukarıdaki bölümde açıkladığımız sorun 3095 sayılı Kanun'dan sonraki döneme ilişkindir.

II. 1. 3095 Sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun

Kanuni Faiz

Madde 1. (Değişik: 4489-15.12.1999/m. 1-Yürürlük m. 4) Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

¹¹ Yılmaz, Orhan, "Kanuni Temerrüt Faizi Üzerine", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 78 S. 2004/4, s. 1509-1516.

¹² Helvacı, Doç. Dr. Mehmet, *Para Borçlarında Faiz Kavramı*, BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ, Şubat 2000 İstanbul: s. 17-19.

II. 2. Bütçe Kanunları ile 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı değiştirilmiştir. Kanuni faiz oranına ilişkin bu değişiklikleri yaratan Bütçe Kanunlarının hükümleri şöyledir:

II. 2. 1. 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu

.....

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 51.

.....

t. İlgili kanunda düzenleme yapıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

II. 2. 2. 5027 Sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanunu

.....

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 49.

.....

o. İlgili kanunda düzenleme yapıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, aylık % 1,25 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

II. 2. 3. 5277 Sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu

.....

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 37.

.....

e. İlgili kanunda düzenleme yapılmıyaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, aylık % 1 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

Bu düzenlemelere göre 3095 sayılı Kanun'daki kanuni faiz oranı:

4833 sayılı Kanun gereğince 2003 yılı için; 01.04.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5

5027 sayılı Kanun gereğince 2004 yılı için; 01.01.2004 tarihinden itibaren aylık % 1,25

5277 sayılı Kanun gereğince 2005 yılı için: 01.01.2005 tarihinden itibaren aylık % 1 olarak belirlenmiştir.

III. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI VE UYGULAMA**III. 1. Hukuk Genel Kurulu Kararı**

"... 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesinde yer alan 'İlgili kanununda düzenleme yapılmıyaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanununun 1 inci maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2.5 olarak uygulanır.' hükmünün, sadece genel bütçeye dahil daire katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarıyla sınırlı bir düzenleme getirmiş, bu nitelikte olmayan borçların kapsam dışında tutulmuş, Kanun'un gerekçesinde de bu yönün açıkça belirtilmiş olmasına; somut olayda, icra takibine konu edilen, boşanma ilamındaki tazminat borcunun anılan Kanun kapsamı dışında kaldığının da açık bulunmasına göre, direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır." (Esas: 2004/667, Karar: 2004/628, K. T.: 01.12.2004)

III. 2. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları

"... 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 50/t (51/t) maddesi ile 5025 (5027) sayılı 2004 yılı Mali yılı Bütçe Kanunu'nun 49/o maddesindeki faiz oranları, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceğinden, somut olayda tarafların sıfatları nazara alındığında

sözü edilen kanunlarda öngörülen faiz oranlarının olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.” (Esas: 2004/13778, Karar: 2004/17777, K.T.: 05.07.2004)

“... somut olayda uygulama olanağı bulunmayan 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 50/f maddesi ile ve 5027 sayılı 2004 Yılı Bütçe kanunu'nun 49/o maddesindeki faiz oranları genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli dairelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceğinden tarafların sıfatı nazara alındığında Bütçe Kanunu'ndaki faiz oranlarının olayımızda uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeksizin 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi göz ardı edilerek hatalı bilirkişi raporuyla hüküm kurulması yerinde görülmemiştir.” (Esas: 2004/19830, Karar: 2004/23966, K. T.:22.11.2004)

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2004 tarih, Esas: 2003/24684, Karar: 2004/2642 sayılı kararı ile onanmasına karar verilmiş bulunan merci kararında ise: “4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesindeki düzenleme Bütçe Kanunu'nun uygulanması ile ilgili kamu alacaklarını ilgilendiren bir düzenleme olup özel nitelikteki alacaklarla bir ilgisi yoktur.” yazılıdır. Hiçbir yerde Bütçe Kanunu ile getirilen düzenlemenin kamu alacakları ile ilgili olduğuna dair bir işaret olmadığı halde kararın gerekçesinin “kamu borçları” yerine, “kamu alacakları” şeklinde sehven yazıldığını düşündüğümüzü not etmek istiyoruz.

Yargıtay kararlarının kamuoyuna yansımından hemen sonra, uygulamada kanuni faiz uygulanması gereken işlerde, sözü edilen bütçe kanunlarındaki düzenlemenin “genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için” yapılan bir düzenleme olduğu ve genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları dışındaki kanuni faiz uygulanması gereken alacaklara 3095 sayılı Kanun'da bütçe kanunları ile yapılan değişiklikler dikkate alınmaksızın TCMB'nin kısa vadeli kredilere uygulanan reeskont faiz oranı uygulanması gerektiği düşüncesi hakim olmuş ve bu yönde yoğun bir uygulama başlamıştır.

Bazı dergi ve web sitelerinde açıklanan kişisel görüşlerin yanı sıra, Ankara Barosu'nun web sitesinde¹³ ve İstanbul Barosu'nun Baro Bülteni'nde¹⁴ de bu yönde görüşler açıklanmıştır.

¹³ <http://www.turkhukuksitesi.com/hukukforum/>

¹⁴ İstanbul Baro Bülteni Ocak 2005 s. 27

**IV. BÜTÇE KANUNLARI İLE 3095 SAYILI KANUN'DA
DÜZENLENEN KANUNİ FAİZ ORANINDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİĞİN SADECE GENEL BÜTÇEYE DAHİL
DAİRELERLE KATMA BÜTÇELİ İDARELERİN İLAMA
BAĞLI BORÇLARI İÇİN YAPILDIĞI DÜŞÜNCESİ
YANLIŞ BİR YORUMDUR**

Yukarıda “*Konu İle İlgili Mahkeme Kararları ve Uygulama*” başlıklı III. bölümde aktardığımız üzere; gerek Yargıtay, gerekse uygulamaya yön verenler; bütçe kanunları ile öngörülen kanuni faiz oranlarının sadece genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için getirildiği, bunların dışında kalan alacaklar için 3095 sayılı Kanun’daki eski uygulamanın halen yürürlükte olduğu düşüncesindedirler.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu yöndeki düşüncesini; 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu’nun “*gerçekçe*”sine atıf yaparak güçlendirmektedir.

4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu Tasarısı’nın, kanuni faizle ilgili teklif edilen madde metni ve madde gerekçesi şöyledir:¹⁵

2003 Malı Yılı Bütçe Kanunu Tasarısı

Hükümetin Teklif Ettiği Metin

.....

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 52.

.....

t. İlgili kanununda düzenleme yapılmıyaya kadar, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun’un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için, 1/4/2003 tarihinden itibaren aylık % 2.5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir.

Madde Gerekçesi

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

¹⁵ <http://tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss76m.htm>

Madde 52.

(t) bendinde, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranının, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanacağı ve ay kesirlerinin tama iblağ edileceği belirtilmektedir.

Gerçekten de; Yargıtay kararlarının gerekçesinde yer aldığı gibi, Hükümetçe hazırlanan tasarının madde gerekçesinde çok açık olarak 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranının "*genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için*" 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanması amacı ile maddenin getirildiği belirtilmekte idi.

Ancak; TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu 18.03.2003 tarihinde Esas No: 1/530 Karar No: 14 sayılı raporu ile Hükümet teklifinin;

- 3095 sayılı Kanun'un kapsamına giren tüm borçlar için uygulanması,

- Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedelleri için, kamu alacaklarına öngörülen en yüksek faizin uygulanabilmesi, (Bu düzenleme tasarıda hiç yoktur. Komisyon'ca, Anayasa'nın 03.10.2001 tarih, 4709 sayılı Kanun'la değişik 46. maddesine paralel bir hüküm getirilmiştir.)

- Ve madde numarasının 51 olarak değiştirilmesi suretiyle Genel Kurul'un onayına sunulmasına karar vermiştir.

Konuya ilişkin TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu'nun ilgili bölümü şöyledir:

.....

- "*Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler*" başlıklı 52. maddesi;

.....

- (t) fıkrasının; 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranının, sadece genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için değil, anılan Kanun'un kapsamına giren tüm borçlar için uygulanması, ayrıca, taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedelleri için, kamu alacaklarına öngörülen en yüksek faizin uygulanabilmesi amacıyla yeniden düzenlenmesi,

.....

- Ve madde numarasının 51 olarak değiştirilmesi suretiyle,

.....

kabul edilmiştir.

Raporumuz, Genel Kurul'un onayına sunulmak üzere Yüksek Başkanlığa saygı ile arz olunur.¹⁶

Plan ve Bütçe Komisyonu'nun konuya ilişkin raporuna bakıldığında görüleceği üzere; Hükümetin Teklif Ettiği Metin'de (Tasarı'da) sadece genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarına uygulanması için getirilen düzenleme; Komisyon tarafından genişletilmiş ve 3095 sayılı Kanun'a tabi tüm borçları kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.¹⁷

Plan ve Bütçe Komisyonu'nun Kabul Ettiği Metin

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

.....

Madde 51.

.....

t) İlgili kanununda düzenleme yapılmıyaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesi hükmü, TBMM tarafından; Plan ve Bütçe Komisyonu'nun raporundaki görüş doğrultusunda, Hükümet Tasarısı'ndaki aylık % 2,5 faiz oranının, sadece genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarına değil, 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamına giren tüm borçlar için uygulanmak üzere komisyondan gelen şekliyle kabul edilmiş ve kanunlaştırılmıştır.

¹⁶ <http://tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss76m.htm>

¹⁷ Konu hakkında görüş belirtenler içinde bu tespit sayın Enver Karmış tarafından da yapılmış ancak; sonuçta o da Yargıtay'ın içtihadının isabetli olduğu sonucuna varmıştır. (Bazı alacaklara uygulanacak faiz ve fer'i oranlar, <http://www.barobirlik.org.tr>.)

Bu nedenle, Kanun'un gerekçesine bakarak; 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranını değiştiren 4833 sayılı Kanun'un 51/t maddesi hükmünün, sadece genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarına uygulanacağına, bu nitelikte olmayan borçlara uygulanamayacağına dair yargı kararları ile bu kararları destekleyen görüşlerde isabet yoktur.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI VE OLAYA ETKİSİ

V. 1. Anayasa Mahkemesi Kararı

Kanuni faiz oranının, ilgili kanununda düzenleme yapılmıyaya kadar, 01.04.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 oranında uygulanacağına ilişkin 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (t) bendi hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarih, 2003/41 Esas ve 2004/4 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesini şu şekilde belirtmiştir:

"... 15- Yasa'nın 51. maddesinin (a) fıkrasının (5) numaralı bendi ile (13) numaralı bendinde yer alan '... 10. maddesine ve ...' ibaresinin ve (b), (f), (i), (n), (p), (t), (u), (v), (y) fıkralarının incelenmesi

Dava dilekçesinde, bu düzenlemelerin bütçeyle ilgisinin olmadığı, olağan kanunlarla yapılması gerektiği gerekçesiyle kuralların, Anayasa'nın 2, 11, 87, 88 ve 161. maddelerine aykırı olduğu belirtilerek iptalleri istenilmiştir.

a. Maddenin (a) fıkrasının (5) numaralı bendi ile (13) numaralı bendinde yer alan '... 10. maddesine ve ...' ibaresinin ve (b), (t), (u) fıkralarının incelenmesi

2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 'Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler' başlığını taşıyan 51. maddesinde yürürlükte olan yasaların 2003 yılında uygulanmayacak hükümleri sayılmıştır. Bu niteliğiyle 51. madde, uygulamama veya farklı uygulama biçimi öngörme yoluyla, madde başlığı altında sayılmış olan yasa kurallarının tümünü 2003 yılı için değiştirici bir nitelik taşımaktadır. Maddede yer alan bu düzenlemeler bütçeyle ilgili olmaması nedeniyle olağan yasa konusu olup, bunlara bütçe yasasında yer verilmesi, Anayasa'nın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir ..."

Kararın gerekçesinden çıkan sonuç şudur: 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu; 3095 sayılı Kanun'da düzenlenen kanuni faize ilişkin hükmü kaldırmış ve yerine 51/t maddesi hükmü ile yeni bir yasal düzenleme getirmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, 51/t maddesi hükmünün 3095

sayılı Kanun'daki faiz oranının Bütçe Kanunu ile değiştirildiğini açıkça belirtmektedir.

Bu nedenle; bütçe kanunları ile yapılan düzenlemelerin; 3095 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile saklı tutulan özel hükümler niteliğinde olduğu, 3095 sayılı Kanun hükümlerini değiştiren hükümler olarak kabul edilemeyeceği görüşü de isabetli değildir.

V. 2. Anayasa Mahkemesi Kararının Olaya Etkisi

Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş bulunan kanunun yürürlükten kaldırdığı önceki kanun maddesi, iptal kararıyla birlikte tekrar yürürlüğe girmez.¹⁸ Kanun koyucunun her hangi bir kanunu değiştirirken veya belli hükümlerinin uygulanmayacağını belirtirken eski kanun ile ilgili ortaya koymuş olduğu irade Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kalkmaz. Anayasa Mahkemesi'nin yeni kanunu iptal etmesi üzerine yapılacak olan; doğan yasal boşluğun yeni bir kanun ile doldurulmasından ibarettir.

Bu nedenle; 4833 sayılı Kanun'un 51/t maddesi hükmünün iptali üzerine Bütçe Kanunu ile değiştirilmiş bulunan 3095 sayılı Kanun'un eski hükmünün yeniden uygulanma imkanı bulunmadığından, henüz talep ve tahsil edilmemiş alacaklara uygulanacak kanuni faiz oranı konusunda 01.04.2003 tarihi ile 31.12.2003 tarihine isabet eden dönem için yasal boşluk doğmuştur.

Yargıtay kararlarındaki görüşün doğru olduğu kabul edilirse; bu yasal boşluk yalnızca "genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları" ile sınırlı olacaktır.

Bütçe kanunları ile 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesinin yıllar itibariyle değiştirilmiş olduğu düşünüldüğünde ise; (nitekim Anayasa Mahkemesi de iptal kararının bu madde ile ilgili gerekçesini "Bu niteliğiyle 51. madde, uygulamama veya farklı uygulama biçimi öngörme yoluyla, madde başlığı altında sayılmış olan yasa kurallarının tümünü 2003 yılı için değiştirici bir nitelik taşımaktadır." şeklinde açıklayarak bu düşüncüyü doğrulamaktadır.) Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında henüz tahsil edilmemiş, kanuni faiz uygulanması gereken bütün alacaklarda ("genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları" da dahil olmak üzere) 01.04.2003-31.12.2003 dönemi için ortada yasal bir boşluk söz konusudur.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.12.1997 T. 1997/19-665 E., 1018 K. sayılı kararı.

Çünkü; yukarıda açıklandığı üzere; TBMM, 2003 yılı için 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi hükmünün uygulanmayacağı yönündeki iradesini ortaya koyduktan sonra; Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2004 tarihinde yayımlanan iptal kararının, 3095 sayılı Kanun hükmünü, 2003 yılı için yeniden uygulamaya sokması mümkün değildir.

Bize göre ortaya çıkan bu hukuki boşluk; kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılncaya kadar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme göre hakim tarafından re'sen doldurulmalıdır.

VI. 2004 VE 2005 MALİ YILI BÜTÇE KANUNLARI 3095 SAYILI KANUN'DA DÜZENLENEN KANUNİ FAİZ ORANINI YENİDEN BELİRLEMİŞTİR

2003 yılında yapılan kanuni faize ilişkin yasal düzenleme bu şekilde tartışmalara ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olmuş ise de; Hükümet 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu Tasarıları'na benzer düzenlemeyi koymakta bir sakınca görmemiştir. 2004 ve 2005 yılında yapılan bu yasal düzenlemeler için bu güne kadar Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir iptal veya yürütmenin durdurulması kararı bulunmamaktadır.

Buna göre söz konusu yasal düzenlemeler nedeni ile 3095 sayılı Kanun'daki kanuni faiz oranı 01.01.2004 tarihinden itibaren aylık % 1,25; 01.01.2005 tarihinden itibaren aylık % 1 olarak uygulanması gerekmektedir.

Ancak; önemle belirtmek gerekir ki, 2004 ve 2005 yılı Bütçe Kanunu Tasarıları'nın kanuni faizle ilgili madde gerekçeleri^{19,20} yine 2003 yılındaki madde gerekçesinde olduğu gibi, "... genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için ..." şeklinde yazılmış olmakla birlikte; bu kez Tasarı'daki metin, 2003 yılında Plan ve Bütçe Komisyonu görüşü doğrultusunda değiştirilip kabul edilen ve kanunlaşan "ilgili kanununda düzenleme yapılncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, aylık % 1,25 (2005'te %1) olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır." şeklindedir.

¹⁹ <http://tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss284m.htm>

²⁰ <http://tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss706m.htm>

2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunları'ndaki madde gerekçeleri ile teklif edilen metin arasındaki bu çelişkinin tamamen bir unutkanlık, dikkatsizlik veya yazım hatasından kaynaklandığını düşünmekteyiz.

Zira Hükümet, 2004 ve 2005 yıllarındaki yeni kanuni faiz oranlarının sadece "genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için" uygulanmasını istese idi, şüphesiz 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunları'ndaki madde hükümlerini de aynen 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nda olduğu gibi, "... 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için, ... tarihinden itibaren aylık %..... olarak uygulanır ..." şeklinde TBMM'ye teklif ederdi.

Yukarıda açıklanan nedenle, 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunları'nın gerekçesi ile tasarılarıdaki madde metinleri arasında bir çelişki gibi görülen bu durum, savunduğumuz görüşü değiştirmeyi gerektirmemektedir.

Bunun dışındaki bütün yorum ve uygulamaların Kanun'un açık metni-ne ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranının değiştirmesindeki amaca aykırı olduğu açıktır.

VII. MALİYE BAKANLIĞININ UYGULAMASI

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, gerekse Yargıtay'ın yukarıda sözü geçen kararlarından sonra dahi Maliye Bakanlığı uygulamasında bir değişiklik olmamıştır.

Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün 13 Şubat 2005 tarihinde yayımlanan 3/2 Sıra numaralı Genel Tebliği'nde²¹

Genel hükümlere göre takip edilerek tahsil olunacak kişilerden alacaklara 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine göre uygulanacak kanuni faiz oranları:

1.1.2005 tarihinden itibaren; sözleşme ile tespit edilmemişse, aylık % 1 olmak üzere, % 12

1.1.2004 - 31.12.2004 dönemi için; sözleşme ile tespit edilmemişse, aylık % 1,25 olmak üzere, % 15

1/4/2003 -31/12/2003 dönemi için; sözleşme ile tespit edilmemişse, aylık % 2,5 olmak üzere, %30 olarak belirtilmiştir.

²¹ RG, 13 Şubat 2005 T., S. 25726

Bu tebliğ, Maliye Bakanlığı'nca; bütçe kanunları ile yapılan düzenlemelerin yukarıda belirtilen görüşlerin aksine yalnızca genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için değil; bütçe kanunlarının lafzına uygun olarak, bu idarelerin alacakları için de uygulandığını göstermektedir. Ancak; Anayasa Mahkemesi iptal kararı sonucunda: 01.4.2003 - 31.12.2003 dönemi için doğan yasal boşluğun tebliğle doldurulması mümkün değildir.

Bir an için Yargıtay'ın görüşünün doğru olduğu kabul edilir ise; genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçları için: 01.04.2003 tarihinden itibaren bütçe kanunları ile belirlenen kanuni faiz oranının uygulanması, ilama bağlı olmayan borçları ile 6183 sayılı Kanun'a tabi alacakları dışında kalan tüm alacakları için ise: 3095 sayılı Kanun'a göre reeskont faiz oranının uygulanması gerekecektir.

Maliye Bakanlığı'nın anılan tebliğinde, alacakları açısından Hazine'nin lehine sonuç doğuracak böyle bir imkanı bilerek ihmal ettiği ileri sürülemez.

Kaldı ki; böyle bir uygulamanın eşitlik ilkesi açısından da Anayasa'ya aykırı olacağı kuşkusuzdur.

VIII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

VIII. 1. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı 2003, 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunları ile değiştirilmiştir.

2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (t) bendi hükmü TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nun "*sadece genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için değil, anılan Kanun'un kapsamına giren tüm borçlar için uygulanması*"na dair değişiklik teklifi doğrultusunda TBMM tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Bu nedenle; bütçe kanunları ile yapılan değişikliklerin sadece genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarıyla sınırlı bir düzenleme olduğu, bu nitelikte olmayan borçlara uygulanamayacağı görüşünde isabet yoktur.

2004 ve 2005 Mali Yılları Bütçe Kanunu Tasarıları'nın sehven 2003 Yılı Tasarısı'ndaki şekliyle yazıldığına inandığımız madde gerekçeleri, bu görüşümüzü değiştirmemektedir.

VII. 2. Bütçe uygulamaları ile ilgili olmayan konularda bütçe kanunları ile düzenleme yapılması, Anayasa'ya aykırı ise de; bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmedikçe geçerlidir.

2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (t) bendi hükmü 08.12.2004 tarihli *Resmi Gazete'*de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarih, 2003/41 Esas ve 2004/4 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümeyeceği ve Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilen kanunla yürürlükten kaldırılmış olan kanun hükümleri, iptal kararı ile yeniden yürürlüğe girmeyeceğinden henüz tahsil edilmemiş alacaklar açısından 01.04.2003 - 01.12.2004 dönemi için yasal boşluk oluşmuştur.

VII. 3. Kanuni faiz uygulanması gereken durumlarda: 5027 sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 49. maddesinin (o) bendi ve 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) bendi uyarınca 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranı 01.01.2004 tarihinden itibaren aylık % 1,25, 01.01.2005 tarihinden itibaren aylık % 1 olarak uygulanmalıdır.

VII. 4. Yargıtay kararları doğrultusunda oluşan uygulama kanuna aykırı olduğu gibi; enflasyon rakamları ile bütçe kanunlarına ve 3095 sayılı Kanun'a göre uygulanması gereken kanuni faiz oranları (Tablo-1) dikkate alındığında, hakkaniyete de uygun değildir.

VII. 5. 2004 ve 2005 yılı Bütçe Kanunları'nın da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu, halen icra dairelerindeki iş yükünün²² (Tablo-2, Tablo-3) önemli bir miktarının kanuni faiz uygulanması gereken alacaklardan oluştuğu ve milyonlarca kişiyi ilgilendirdiği, özellikle kamu idarelerinde icra takibine konulmadan tahsil edilen alacakların sayısının da azımsanmayacak kadar çok olduğu dikkate alındığında, ortaya çıkan sorunun boyutları daha iyi anlaşılacaktır.

Bu nedenle uygulamada ortaya çıkan sorunun, 3095 sayılı Kanun'da düzenleme yapılarak bir an önce çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

²² <http://www.adliscil.gov.tr/istatist.htm>

**Bütçe Kanunları ile 3095 Sayılı Kanun'a Göre Uygulanacak
Kanuni Faiz Oranlarının Karşılaştırmalı Tablosu**

Dönemi Enflasyon Oranı	Bütçe Kanunlarına Göre Uygulanacak Faiz Oranı %	3095 Sayılı Kanuna Göre Uygulanacak Faiz Oranı %
01.04.2003-31.12.2003 TEFE % 13.9, TÜFE %18.4	Aylık % 2.5 olmak üzere 30 (An. Mah. İptal-Yasal Boşluk)	01.07.2002-30.06.2003 55 01.07.2003-31.12.2003 50
01.01.2004-31.12.2004 TEFE %13.84, TÜFE %9.32	Aylık % 1.5 olmak üzere 15	01.01.2004-30.06.2004 43 01.07.2004-31.12.2004 38
01.01.2005-..... TEFE ve TÜFE'de %8 (Hedef)	Aylık % 1 olmak üzere 12	01.01.2005-30.06.2005 38

Tablo-1

İcra Müdürlüklerine Gelen, Çıkan ve Devreden İşler (2002-2003)									
İş Türü	Gelenler			Çıkanlar			Devir		
	2002	2003	Artış %	2002	2003	Artış %	2002	2003	Artış %
İlamlı Takip	611335	577895	-5,5	260857	251164	-3,7	350478	326731	-6,8
İlamsız Takip	8002424	7432483	-7,1	3263494	3019669	-7,5	4738930	4412814	-6,9
İflas	2092	2254	7,7	729	595	-18,4	1363	1659	21,7
Talimat	1410361	1292821	-8,3	567502	684362	20,6	842859	608459	-27,8

Tablo-2²³

²³ Kaynak: TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Son güncelleme tarihi 06.07.2004.

İcra Müdürlükleri İş Yüğü (1.1.2003 - 31.12.2003)									
İş Türü	Gelenler			Çıkanlar			Gelecek Yıla Devir	Çıkanın Gelene %	M
	Geçen Yıdan Kalan	Yıl İçinde Gelen	Toplam	Sonuçlandırılan	İşlemden Kaldırılan	Toplam			
İlamlı Takip	350478	227417	577895	77953	173211	251164	326731	43,5	509
İlamsız Takip	4738930	2693553	7432483	622727	2396942	3019669	4412814	40,6	577
İflas	1363	891	2254	291	304	595	1659	26,4	732
Talimat	842859	449962	1292821	120462	563900	684362	608459	52,9	461
Toplam	5933630	3371823	9305453	821433	3134357	3955790	5349663	42,5	554
M: Ortalama Görülme Süresi (Gün)									

Tablo-3²⁴

²⁴ Kaynak: TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Son güncelleme tarihi 06.07.2004.

İCRA HUKUKUNDA BORÇTAN KURTULMA DAVASI (İİK. m. 69/II, III, IV, V)

Av. Talih UYAR*

Borçtan kurtulma davası, icra mahkemesince, itirazı (imza inkarı) geçici olarak kaldırılan borçlunun, aleyhinde yapılmış olan icra takibini durdurmak (daha doğrusu, icra dairesine yaptığı “imza itirazı” ile durmuş olan takibin, icra mahkemesinin aleyhine verdiği karara rağmen, durmaya devam etmesini sağlamak) için, genel mahkemede açtığı bir davadır (İİK. m. 69).¹

I. İcra mahkemesinin vermiş olduğu “itirazın geçici olarak kaldırılması kararı” maddi anlamda kesin hüküm (HUMK m. 237) teşkil etmediğinden, bu karar, borçlunun genel mahkemede maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı için dava açmasına engel olmaz.

Borçtan kurtulma davası, hukuki niteliği bakımından bir olumsuz tesbit (İİK. m. 72) davasıdır.^{2, 3}

Bu davanın nerede, ne zaman ve nasıl açılabileceği İcra ve İflas Kanunu’nda (m. 69/II-V) özel olarak ayrıca düzenlenmiş olduğundan, ancak bu

* İzmir Barosu üyesi.

¹ Madde 69: “İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur.

İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15’inin ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo ermesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.

Borçlu yukarıda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir.

Davanın reddi hakkındaki kararı temyiz eden borçlu, ayrıca 36. madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet isteyebilir.

Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, dava veya hükmolunan şeyin yüzde 40’undan aşağı olmamak üzere münasip bir tazminatla mahkum edilir.”

² Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 1, 1988, s. 422; Kuru, B., *Borçtan Kurtulma Davası* (Ad. D. 1962/2, s:131); Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 285; Üstündağ, S.,

maddede öngörülen koşullarda açılan “olumsuz tesbit davası”, teknik olarak “borçtan kurtulma davası” sayılır.

II. Borçlu tarafından açılan “olumsuz tesbit davası”nın borçtan kurtulma davası sayılabilmesi için, gerçekleşmesi gereken koşullar şunlardır:

A. Süre Koşulu

Bu dava, itirazın geçici olarak kaldırılması kararından itibaren yedigün içinde açılmalıdır. Bu sürenin başlangıcı; geçici kaldırma kararının borçluya (ya da vekiline) bildirildiği (“tefhim” ya da “tebliğ” edildiği) tarihtir.⁴ Yani, bu karar duruşmada borçlunun kendisine -ya da varsa vekiline- tefhim edilmişse, bu tarihten, eğer bu karar borçlu (ya da vekilinin) yokluğunda verilmişse borçluya (ya da vekiline) tebliğ edilmişse, bu tarihten itibaren yedi günlük süre işlemeye başlar.

“İtirazın geçici olarak kaldırılması” kararı temyiz edilmişse, yedi günlük dava açma süresi ne zaman başlayacaktır? Yani, bu durumda, icra mahkemesinin verdiği itirazın geçici olarak kaldırılması kararının kesinleştiği tarihten itibaren mi süre işlemeye başlayacaktır? Gerek doktrinde⁵ ve gerekse Yargıtay içtihatlarında,⁶ icra mahkemesinin itirazın geçici olarak kaldırılmasına ilişkin kararının temyiz edilmiş olmasının, dava açma süresine etkili olmayacağı ve borçlunun bu kararın kesinleşmesini beklemeden, icra mahkemesinin kararının kendisine (ya da vekiline) tefhim veya -yokluğunda verilen kararlarda- tebliğe dilmesinden itibaren yedi gün içinde “borçtan kurtulma davası”nı açması gerektiği belirtilmiştir.

İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı, temyiz edilir ve Yargıtay’ca bozulursa, açılan borçtan kurtulma davası durur⁷ ve bu bozma kararı çerçevesinde verilen “itirazın geçici olarak kaldırılması isteminin reddi”ne ilişkin icra mahkemesi kararının kesinleşmesi ile de dava konusuz kalır. Ancak, borçlu, açtığı “borçtan kurtulma davası”na “olumsuz tesbit davası” olarak devam edilmesini isteyebilir.⁸

İcra Hukuku Esasları, 2004, s. 126; Pekcanitez, H. - Atalay, O. - Özkan, M. S. - Özekes, M., *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 2004, s. 125; Kiraz, T. Ö., *Genel Hacız Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması*, s. 104.

³ Bkz., 11. HD. 21.4.1989 T. 2827/2412.

⁴ Bkz., 11. HD. 16.2.1988 T. 5799/872; Tic. D. 20.1.1959 T. 2648/182.

⁵ Kuru, B., *a.g.e.*, s. 428; Akyazan, S., *İcra ve İflas Kanunu’ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar*, 1965, s. 53.

⁶ Bkz., İİD. 10.4.1951 T. 1981/1997.

⁷ Bkz., TD. 20.1.1959 T. 2648/182.

⁸ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 428.

Davanın açılabilmesi için yasada öngörölmüş olan yedi günlük süre, hak düşürücü süredir.^{9, 10} Bu nedenle, davanın bu süre içinde açılmış olup olmadığı mahkemece doğrudan doğruya araştırılır.

“*Borçtan kurtulma davası*”nın, yedi günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı anlaşılırsa, mahkemenin açılan davayı bu nedenle red etmeyip, davanın aynı zamanda bir “*olumsuz tesbit davası*” niteliğini taşıdığını belirtip, “*olumsuz tesbit davası*” olarak (İİK. m. 72) davayı görmeye devam etmesi gerekir.¹¹ Çünkü, HUMK m. 76 gereğince, mahkemenin -dava dilekçesinin içeriğine ve davacının amacına göre- gerekli hukuki nitelendirmeyi kendisinin yapması gerekir.^{12, 13}

Buraya kadar, “*borçtan kurtulma davası*”nın -kısaca- icra mahkemesince verilen “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*”nın -borçlu ya da vekiline- “*tefhim*” veya “*tebliğ*” edilmesinden itibaren yedi gün içinde açılabileceğini belirttik.

Şu halde; icra mahkemesince verilen “*itirazın kesin olarak kaldırılması*” kararından sonra -yedi gün içinde- bu dava açılmaz.¹⁴ Çünkü, borçlu ancak icra dairesine “*imza itirazı*”nda bulunmuşsa, bu itirazın icra mahkemesince kaldırılması üzerine -ki bu kaldırma, “*itirazın geçici olarak kaldırılması*” kararı ile olmaktadır- borçlu “*borçtan kurtulma davası*” dediğimiz bu davayı açabilmekte, buna karşın, icra dairesine “*borca itiraz*”da bulunmuş olan borçluya bu imkan (hak) tanınmamıştır.

Eğer borçlu, uygulamada çok sık görüldüğü gibi, icra dairesine başvurarak hem “*imzaya*” hem de “*borca*” itiraz etmiş -Örneğin; hem “*takip dayanağı senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını*” belirtmiş hem de “*senedin vadesinin gelmediğini*”, “*borcun zamanaşımına uğradığını*” vb. ileri sürmüş- ve icra mahkemesi de, -alacaklının “*itirazın kaldırılması*”nı istemesi üzerine- “*itirazın kaldırılması*”na karar vermişse; borçlu (ya da vekili) bu karar üzerine -yedi gün içinde- “*borçtan kurtulma davası*” açabilecek midir? Daha doğrusu, açtığı dava “*borçtan kurtulma davası*”mı yoksa “*olumsuz tesbit davası*”mı sayılacaktır? Bu durumda, ortada icra mahkemesi tarafından verilmiş bir “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” bulunmadığı ileri sürülerek açılan davanın “*borçtan kurtulma davası*” olmadığı mı belirtilecek? yoksa, “*borçlunun imza itirazı ile birlikte, imza itirazı ile çelişme halinde olmayan başka*

⁹ Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 428; Üstündağ, S., a.g.e., s. 125.

¹⁰ Bkz., HGK 21.6.1950 T. 4-33/37.

¹¹ Bkz., 11. HD 21.12.1987 T. 5257/7405; Karş: 19. HD 11.11.1992 T. 10604/5853.

¹² Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 428.

¹³ Bkz., 11. HD 30.3.1981 T. 1493/1373.

¹⁴ Bkz., 19. HD 4.10.1995 T. 6717/7855; HGK 21.6.1950 T. 4-33/37; İİD 26.6.1950 T. 3042.

itiraz sebepleri ileri sürmesi halinde bunun imzaya itiraz olarak işlem görmesi gerektiği¹⁵ ileri sürülerek, "icra mahkemesinin buradaki kararının gerçekte 'itirazın geçici olarak kaldırılması kararı' sayılması (kabul edilmesi) gerektiği" sonucuna varılıp açılan davanın "borçtan kurtulma davası" olduğu mu kabul edilecektir? Kanımızca, "borçtan kurtulma davası"nın, "imza itirazı"nı izleyen bir dava olduğu hususu hatırlanarak, bu durumda açılan davanın "borçtan kurtulma davası" olduğu sonucuna ulaşılması gerekir. Fakat, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,¹⁶ benzer bir olayda "borçtan kurtulma davası" adı altında açılan dava devam ederken, icra mahkemesince -hem imza itirazı ve hem de borca itiraz üzerine- verilmiş olan "itirazın kaldırılması kararı" Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nce "... verilen kararın itirazın geçici olarak kaldırılması kararı olması gerektiği"nden bahisle bozulmuş olmasına rağmen icra mahkemesinin -"kesin" ya da "geçici" olduğunu bildirmeden- verdiği "itirazın kaldırılması" kararını, "itirazın kesin kaldırılması" kararı olarak nitelemiş ve açılan davayı "borçtan kurtulma davası" değil "olumsuz tesbit davası" olarak kabul etmiştir.

Uygulamada bu tür karışıklıklara ve yanlış değerlendirmelere neden olunmaması için, icra mahkemelerinin kanunda açıkça düzenlenen "itirazın kesin olarak kaldırılması" ve "itirazın geçici olarak kaldırılması" dışında -ve özellikle, "itirazın kaldırılması" şeklinde- bir karar vermemeleri çok isabetli olacaktır.

"Borçtan kurtulma davası" ancak "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" üzerine açılabilen bir dava olduğuna göre; borçlu icra mahkemesince verilen "itirazın kesin olarak kaldırılması" ya da "itirazın kaldırılması" kararını -verilen kararın "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" olması gerektiğinden bahisle- temyiz etmiş ve Yargıtay -12. Hukuk Dairesi- tarafından karar bu gerekçe ile bozulmuş ve icra mahkemesi bu karara uyarak "itirazın geçici olarak kaldırılmasına" karar vermişse, borçlu bu kararın kendisine (ya da vekiline) tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde "borçtan kurtulma davası" açabilir.

Eğer Yargıtay (12. Hukuk Dairesi) tarafından, icra mahkemesince verilen kararın "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" olması gerektiğinden bahisle, verilen önceki "itirazın kesin kaldırılması" ya da "itirazın kaldırılması" kararı bozulmayıp, düzeltilerek onanmışsa, borçtan kurtulma davası açma süresi ne zaman işlemeye başlayacaktır? Kanun'da (m. 69/II) her ne kadar sadece icra mahkemesinin vereceği "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" kastedilmişse de, kanımızca, Yargıtay (12. Hukuk Dairesi'nin), icra mah-

¹⁵ Kuru, B., a.g.e., s. 239.

¹⁶ Bkz., 11. HD 21.4.1989 T. 2827/2412.

kemesinin yerine geçerek verdiği “düzelterek onama” kararının, borçlu (ya da vekiline) tebliğinden itibaren, borçlunun bu davayı açabileceği kabul edilmelidir.

Kanun’un açık hükmüne göre, bu davanın “itirazın geçici olarak kaldırılması kararı”nın borçluya bildirilmesinden itibaren yedi gün içinde açılması gerekirse de, eğer borçlunun alacaklıya karşı açtığı borçtan kurtulma davası sırasında, alacağın alacaklı tarafından başkasına -dava açılmadan önce- devredildiği -ve bu durumun borçluya bildirilmediği- anlaşılırsa, bu durumu öğrendikten sonra -yedi gün içinde- yeni alacaklıya karşı borçtan kurtulma davası açabileceği gibi¹⁷, önceki alacaklıya karşı açtığı davanın -sıfat yönünden- reddedilip, bu kararın kesinleşmesinden itibaren yedi gün içinde de, “borçtan kurtulma davası” açabilir.¹⁸

Borçlu, maddede öngörülen yedi günlük süre içinde, “borçtan kurtulma davası” yerine, “alacaklının takip konusu yaptığı senedin iptali için” bir dava açarsa, bu davanın da borçtan kurtulma davası sayılması ve icranın, davanın sonuna kadar durdurulması gerekir.¹⁹ Çünkü, her iki dava da nitelikleri bakımından aynıdır ve aynı sonucu hüküm altına aldirmek için açılmaktadır. Senedin iptaline karar verilince, borçlunun borçlu olmadığı da anlaşılacaktır.²⁰

Borçlu, itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmeden önce, genel mahkemede -takip konusu borcun mevcut olmadığıнын tesbiti için- bir olumsuz tesbit davası açmışsa (İİK m. 72), artık itirazın geçici olarak kaldırılması kararı üzerine (İİK m. 68a) yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açmasına gerek yoktur. Açtığı olumsuz tesbit davasının, icra mahkemesinin “itirazın geçici kaldırılması” kararının kendisine tefhim ya da tebliğinden sonraki ilk duruşma gününe kadar % 15 teminat yatırırca, açtığı olumsuz tesbit davası, borçtan kurtulma davasına dönüşür.²¹

Borçlu eğer, icra mahkemesi tarafından “itirazın geçici olarak kaldırılmasına” karar verilmeden önce -bu kararı beklemeden- alacaklıya karşı “olumsuz tesbit davası” açmışsa, icra mahkemesi tarafından “itirazın geçici olarak kaldırılması”na karar verilmesinden sonra yedi gün içinde “borçtan kurtulma davası” açamaz. Bu durumda, borçlu icra mahkemesinin kararının

¹⁷ Kuru B., a.g.e., C. 1, s. 429.

¹⁸ Bkz., İsv. Fed. Mah. 8.2.1947 T. (BGE 73 III S. 17-23) (Naklen; Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 429, dpn. 24).

¹⁹ Bkz., İİD 11.10.1956 T. 4932/4931.

²⁰ Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 423.

²¹ Bkz., İsv. Fed. Mah. 3.9.1991 T. (BGE 117, III s:17 vd.) (Naklen; Kuru, B., a.g.e., El Kitabı, s. 286, dpn. 2).

kendisine tefhim ya da tebliğinden sonra, olumsuz tesbit davasının ilk duruşma gününe kadar İİK m. 69/İlc 2'deki "%15 teminat"ı mahkemeye yatırırrsa, daha önce açtığı "olumsuz tesbit davası", "borçtan kurtulma davası"na dönüşür.^{22, 23}

Borçtan kurtulma davasının süresi hakkında, BK m. 137'deki 60 günlük ek süre değil, İİK m. 69/İlc 2'deki yedi günlük süre uygulanır.²⁴ Buna karşın, bu süre hakkında, İİK m. 56 hükmü uygulanır. Yani, "icra erteleme (talik) halleri" (İİK m. 52-55) sırasında borçtan kurtulma davasının açılması için öngörülen yedi günlük sürenin işlemesi durmaz. Ancak, bu yedi günlük sürenin sonu, bir erteleme gününe rastlarsa, borçtan kurtulma davası açma süresi, erteleme halinin bitiminden sonra bir gün daha uzatılmış sayılır (İİK m. 56).

B. Güvence Gösterme Koşulu

Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için, borçlunun "ilk duruşma gününe kadar", dava konusu alacağın "% 15'i oranında" bir güvence göstermesi gerekir. % 15 güvence, "mahkeme vazinesine nakden para depo edilmek" veya "mahkemece kabul edilecek hisse senedi ve tahvil ya da banka teminat mektubu verilmek" suretiyle gösterilebilir.

Gösterilmesi gereken güvencenin, ilk duruşma gününe kadar gösterilmesi gerekir. Acaba, "duruşma günü" gösterilmek istenen güvence kabul edilecek midir? Kanımızca, ilk duruşma günü de gösterilen güvencenin kabul edilmesi gerekir.^{25, 26, 27} Amaç, güvencenin duruşmadan önce gösterilmesini sağlamaktır.

İlk duruşma gününe kadar gerekli güvenceyi göstermemiş olan borçlu ya ikinci bir önel verilmez. Ancak, zorlayıcı nedenlerle ilk duruşma gününe kadar güvence gösterememiş olan borçlunun "eski hale getirme" isteminde bulunma hakkı vardır.²⁸

²² Kuru, B., a.g.e., C.1, s. 423.

²³ Bkz., 11. HD 23.10.1985 T. 5759/5536.

²⁴ Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 427.

²⁵ Aynı görüşte, Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 431.

²⁶ Aynı doğrultuda, bkz., 15. HD 9.5.1988 T. 1924/1895.

²⁷ Karş., Çatalkaya, C., - Bandakçioğlu, İ., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1967, s. 264.

²⁸ Bkz., Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi: "Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi (mesmu olması) için, davacının ilk duruşma gününe kadar %15 teminat yatırmış olması şarttır. Davacı, engeç bu ilk duruşma gününde % 15 teminatı yatırmazsa, kendisine bunun için bir mühlet verilemeyecek ve davası 'mesmu olmadığından' reddolunacaktır. Davacı veya vekili arzu ve ihtiyarı dışında bir sebepten dolayı ilk duruşmaya gelmemiş ve

Borçlu, "ilk duruşma gününe kadar" -ve en geç, ilk duruşmada- göstermesi gereken "alacağın % 15'i tutarındaki" teminatı göstermezse, mahkemece ne yapılacaktır? Kanun'un açık hükmüne (ve maddenin gerekçesine)²⁹ göre, bu durumda "davanın reddine" karar verilmesi gerekecektir.³⁰ Doktrinde,³¹ "bu durumda teminat gösterilmemiş olması gerekçesiyle davanın reddedilmesi yerine, mahkemenin bir ara kararı ile davanın borçtan kurtulma davası olmadığını belirttiikten sonra, davaya normal bir olumsuz tesbit davası olarak devam etmesinin daha doğru olacağı" ileri sürülmüşse de, kanımızca da hem usul ekonomisine ve hem de tarafların hukuki nitelendirmesi ile hakimnin bağlı olmadığı belirten HUMK m. 76 hükmüne uygun olan bu görüşe maalesef Yargıtay³² katılmamış ve bu durumda "teminat yatırılmamış olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekeceği"ni belirtmiştir.

Açılmış olan borçtan kurtulma davasının, "teminatın gösterilmemiş olması nedeniyle" reddedilmesi halinde, borçlu -bu red kararı, "esas"tan değil "usul"den olduğu için- İİK m. 72'ye göre "olumsuz tesbit davası" açabilir.

III. Borçtan Kurtulma Davasında Yetki ve Görev

A. Yetki

Borçtan kurtulma davasında iki yer mahkemesi aynı derecede yetkili kılınmıştır: a. Alacaklının ikametgahı mahkemesi b. İcra takibinin yapıldığı yer mahkemesi.

Taraflar borçtan kurtulma davası hakkında da "yetki sözleşmesi" yapabilirler. Çünkü, İİK m. 69/II'nin koyduğu yetki kuralları, kamu düşüncesine dayanmamaktadır.³³

Borçtan kurtulma davası, yetkisiz mahkemede açılmış olması nedeniyle reddedilmişse, borçlu HUMK m. 193/III'deki "on günlük süre" den yararlanır. Borçlu yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde,

eski hale getirme şartları da mevcutsa, davacı, eski hale getirme yoluna giderek bu talebinin kabulü halinde derhal teminatı yatırarak davaya devam edilmesini sağlayabilir. Bunun dışında ilk duruşma gününe kadar teminat yatırılmamasının müeyyidesi kesindir; dava reddolunacaktır" (Uyar, T., *Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 1, s. 795).

²⁹ Bkz., dpn. 27.

³⁰ Postacıoğlu, İ., *İcra Hukukunun Esasları*, 1982, s. 225.

³¹ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 432.

³² Bkz., 11. HD 23.12.1986 T. 6652/7017; 9.6.1981 T. 972/2919; 13.4.1981 T. 1973/2741.

³³ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 425; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 126; Şimşek, E., *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, 1989, s. 259.

yetkili mahkemeye başvurarak, davalıya (alacaklıya) tebligat çıkartırsa, yetkisiz mahkemede açtığı borçtan kurtulma davası, yetkili mahkemede de süresi içinde açılmış gibi işlem görür. Eğer borçlu, on gün içinde yetkili mahkemeye başvurmazsa, “*borçtan kurtulma davası*” açılmamış sayılır (HUMK m. 193/IV). Ancak borçlu, bu durumda BK m. 137’deki altmış günlük ek süre içinde değil, İİK m. 69/II’deki yedi günlük ek süre içinde -yani; davanın açılmamış sayılmasından itibaren yedi gün içinde- yetkili mahkemede harç ödeyerek, yeniden “*borçtan kurtulma davası*” açarsa, bu dava süresinde açılmış sayılır.³⁴

B. Görev

Borçtan kurtulma davasında görevli mahkeme, davacı borçlunun “*borçlu olmadığını iddia ettiği miktara göre*” belirlenir. Bunun dışında, davacının, davalı alacaklıdan talep ettiği “*yüzde kırktan aşağı olmayan tazminat*”, “*faiz*” vb. mahkemenin görevini belirlemede dikkate alınmaz.

Borçtan kurtulma davasının görevsiz mahkemede açılmış olması nedeniyle reddedilmesi halinde, HUMK m. 193 uygulanır.³⁵

IV. Yargılama Yöntemi

Borçtan kurtulma davasına genel hükümlere göre bakılır. Bu davanın amacı, icra mahkemesinin geçici kaldırma kararının doğru olup olmadığını incelemek değildir. Dava “*takip konusu alacağın ödeme emrinin tebliğ edildiği anda mevcut olmadığını maddi hukuk bakımından tesbiti için*” açılan bir olumsuz tesbit davası olduğu için, alacaklı alacağını, itirazın kaldırılması durumunda -icra mahkemesinde- bildirdiğinden başka sebep ve olaylara dayandırılabilmesi gibi borçlu da, itirazında bildirmiş olduğu itiraz sebepleri (imza inkarı) ile bağlı olmayıp, borcun mevcut olmadığı hakkındaki bütün iddialarını ileri sürebilir.³⁶ Davanın tarafları, icra takibindeki “*alacaklı*” ve “*borçlu*”dur. Eğer, alacaklı alacağını başkasına devretmişse, dava alacağı devralana karşı açılır. Dava açıldıktan sonra alacak devredilmişse, dava, devralana karşı devam eder.³⁷

³⁴ Kuru, B., *a.g.e.*, s. 426.

³⁵ Bkz., dpn. 33.

³⁶ Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2003, s. 223, dpn. 58.

³⁷ Bkz., HGK 10.10.1962 T. 4-23/78

Davada isbat yükü kime düşecektir? Bir görüşe göre³⁸ borçtan kurtulma davasında, “alacaklı” davalı durumunda olduğu için davanın isbatı borçluya düşer; borçlu “*takip edilen alacağın mevcut olmadığını, ödendiğini, sukut ettiğini veya alacaklının elindeki senetteki imzanın sahte olduğunu*” her türlü delile dayanarak isbat edebilir. Katıldığımız diğer bir görüşe göre³⁹ ise, alacaklı ve borçlunun taraf rollerinin değişmiş olması, ispat yükü bakımından bir değişiklik gerektirmez. Yani normal olarak, borçlu “*istenilen alacağın borçlusu olmadığını*” iddia etmekle yetinecek alacaklı “*alacağın varlığını*” ispat etmekle yükümlü olacaktır. Alacaklı, alacağını -özellikle, inkar edilen imzanın borçluya ait olduğunu- isbat ettikten sonra, borçlu, “*borçlu olmadığı, borcu ödediği, borcun muaccel olmadığı veya zamanaşımına uğradığı*” gibi hususları ispat edecektir. Daha teknik bir deyişle menfi tesbit davalarında, davacı değil davalı hak doğuran bir norma dayandığından, o hakkın doğumunu -daha doğrusu hak doğuran norm sayesinde, o hakkı var kılan belirli olayların gerçekleştiğini- ispat yükü davalıya düşer.⁴⁰

Yüksek mahkeme,^{41, 42} davacı borçlunun, bu davada imza inkarında ısrar etmesi halinde, “*mahkemenin, icra mahkemesinin daha önce yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda aldığı raporla yetinmeyerek, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini*” belirtmiştir. Yüksek mahkemeyi bu şekilde içtihatla bulunmaya yönelten neden, “*icra hakiminin imza incelemesini nasıl yapacağını*” düzenleyen İİK m. 68a/IV’de “*imza tatbikinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun bilirkişiye ait hükümleri -yani; HUMK m. 275 vd.- ile 309. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ve 310, 311 ve 312. maddeleri hükümleri uygulanır*” denilmiş olmasıdır. Daha açık bir ifade ile, icra hakimi “*imza incelemesi*” yaparken; HUMK m. 309/II, III, IV ve 310, 311, 312. hükümlerini uygulamakta buna karşın -hukuk hakiminden farklı olarak- HUMK m. 308 ile 309/I hükmünü uygulamamaktadır.⁴³ İşte icra hakimi, “*imza incelemesi*” konusunda hukuk hakimi kadar geniş yetkili olmadığı için, onun bilirkişiden aldığı rapor kendisine vereceği “*itirazın geçici olarak kaldırılması*” konusundaki kararda ışık tutarsa da, bu karardan sonra borçlunun -İİK m. 69/II uyarınca- açtığı “*borçtan kurtulma davası*”nda, mahkemenin, daha önce icra mahkemesinin aldığı bu raporla yetinmeyerek, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekmektedir. Hukuk hakiminin uyguladığı fakat -İİK m. 68a/IV’de atf (yollama) yapılmadığı için- icra hakiminin uygulamadığı HUMK m. 308

³⁸ Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, 1980, s. 445.

³⁹ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 135; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 437; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 126.

⁴⁰ Umar, B. - Yılmaz, E., *İspat Yükü*, 1980, s. 132.

⁴¹ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666; HGK 4.3.1981 T. 11-1466/154; 11. HD 6.2.1984 T. 352/572.

⁴² Karş., HGK 8.6.1983 T. 1982-11-901/635.

⁴³ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666.

ve 309/I'de neler öngörülmektedir? İcra hakiminin uygulamadığı (daha doğrusu uygulayamadığı) hükümlerin içeriği şudur:

- Hakim, ilk önce inkar edilen imza hakkında tarafları dinler ve tarafların gösterdikleri delillerle bir kanaat edinmeye çalışır, bu şekilde yeterli kanaat sahibi olursa, senedin kabul veya reddine karar verir (m. 308. c. 1).

- Hakim, tarafların dinlenmesi sonucunda imzanın davalıya ait olup olmadığı hakkında yeterli kanaat edinemezse, yeni bir oturum belirleyerek iki tarafın bizzat (kendilerinin) bu oturumda hazır bulunmalarına (tarafların isticvabına) karar verir (m. 308. c. 2).

- İki taraf da belirlenen (çağrıldıkları) bu oturuma gelirlerse, hakim, kendilerinden imzası inkar edilen senet hakkında izahat alır. Taraflar, bu dinlenmeleri sırasında, uygulamaya elverişli (medarı tatbik, tatbik esas) belgeleri belirtir, gösterir ve inkar edilen imzanın (veya yazının) doğruluğunu ne şekilde ve ne vasıta ile ispat edeceklerini de (mahkemeye) bildirirler (m. 308. c. 3).

- Hakim, tarafları dinlemek suretiyle de, inkar edilen imzanın davalıya ait olup olmadığı hakkında yeterli bir kanaat edinemezse, senedi imza ettiği iddia olunan kişiyi (misalde davalıyı) istiktap eder. Yani, hakim, davalıya yazı yazdırır, imza attırır ve (elde edilen) bu yazı ve imza ile inkar edilen senetteki yazı ve imzayı karşılaştırır (mukayese eder) (m. 309/I. c. 1).

- İnkâr edilen imza ile, karşılaştırılacak imza arasında ilk bakışta görülebilecek derecede bir uygunluk ve benzerlik (veya benzersizlik) yoksa veya inkar edilen imzanın taklit edilmesi kolay ise, hakim, imza karşılaştırması için uzman bir bilirkişiye başvurması (yani bilirkişi incelemesi yaptırması) gerekir (m. 309. I. c. 2).

Kısaca içeriğini açıklamaya çalışacağımız HUMK m. 308 ve 309/I hükümlerinin gereğini yerine getirmeden bilirkişiden inkar edilen imza konusunda rapor alan icra mahkemesinin aldığı bu bilirkişi raporunun açılan "*borçtan kurtulma davası*"nda hiç rol oynamaması kanımızca hatalıdır. Çünkü; uygulamada mahkemeler esasen HUMK'un imza incelemesi konusundaki tüm hükümlerine titizlikle uygun davranmamaktadırlar.⁴⁴ Gerçekten, inkar edilen imzanın ilgisine ait olup olmadığı konusunu araştırırken mahkemeler hem imza incelemesinde rol oynayacak "*medarı tatbik*" (uygulamaya elverişli) imzalan buldukları yerlerden getirtmekte ve hem

⁴⁴ Berkin, N., *Medeni Usul Hukuku Rehberi*, 1981, s. 803; Postacıoğlu, İ., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1975, s. 605; Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, 2000, s. 648 vd.; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, s. 2086 vd.

de “istiktap” yaptırmakta ve bu şekilde elde ettiği imzalar ile inkar edilen imza üzerinde inceleme yapmak üzere, dosyaya bilirkişi göndermektedir. Bu nedenle, icra hakiminin HUMK m. 308 ve 309/I hükmünü uygulamamış (uygulayamamış) olmasının pratik bir önemi kalmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca, borçtan kurtulma davasına bakan mahkeme, icra mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporunu yeterli bulursa yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bu raporla yetinerek karar verebilir.⁴⁵ Yüksek mahkemenin aksi görüş doğrultusundaki⁴⁶ içtihatlarına katılmıyoruz.

Bu davanın amacı, “icra mahkemesinin itirazın geçici olarak kaldırılması kararının doğru olup olmadığını” incelemek olmayıp, “takip -ve itiraz- konusu alacağın ödeme emrinin tebliği anında mevcut olup olmadığını maddi hukuk bakımından tesbit etmek” olduğu için,⁴⁷ bu davada borçlu davacı, daha önce itirazın kaldırılması duruşmasında ileri sürüp de icra mahkemesi tarafından haksız bulunan savuları (defileri), itirazın kaldırılması duruşmasında hiç ileriye sürmemiş olduğu savuları (defileri) ve itirazın kaldırılması duruşmasından sonra doğmuş olan diğer bütün savuları (defileri) ileri sürebilir.⁴⁸ Federal Mahkeme de aynı görüşe katılmış ve geçici kaldırma kararından sonra meydana gelen itiraz ve savuların, borçtan kurtulma davasında ileri sürülebileceğine karar vermiştir.⁴⁹ Bu nedenle, borçlu geçici kaldırma kararından sonra devraldığı bir alacağı, borçtan kurtulma davasında alacaklıya karşı takas defi olarak ileri sürebilir.

V. Borçtan Kurtulma Davasının Sonuçları

A. Hükümden Önceki Sonuçları

a. Süresi içinde, gerekli teminat yatırılarak açılan borçtan kurtulma davası ile, -daha önce borçlunun icra dairesine süresinde yaptığı itirazla durmuş olan (İİK m. 66)- icra takibi durmaya devam eder.

b. Takip durmaya devam ettiği için, daha önce -icra mahkemesinin verdiği itirazın geçici olarak kaldırılması kararından sonra- alacaklı, borçlunun mallarına “geçici haciz” (İİK m. 69/I) koydurmuşsa, süresinde açılan bu dava ile, geçici haczin, kesin hacc dönüşmesi -dava sonuna kadar- er-telenmiş olur.

⁴⁵ Aynı görüşte; Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 1, s. 438 Kuru, B., *a.g.e.*, *El Kitabı*, s. 289.

⁴⁶ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666; HGK 4.3.1981 T. 11-1466/154.

⁴⁷ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439.

⁴⁸ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 135; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439; Ansay, S. Ş., *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 1960, s. 59; Postacioğlu, İ., *a.g.e.*, s. 225.

⁴⁹ Bkz., İsv. Fed. Mah. 31.3.1942 (BGE 68 III s. 85 vd.) (Naklen, Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439, dñn. 53).

c. Borçlunun daha önce ödemeye mahkum olduğu “*para cezası*”nın (m. 68a/VI) ve “*tazminat*”ın (m. 68a/VIII) tahsili, açılan bu davanın sonuna kadar ertelenir.

İcra takibinin durması (daha doğrusu durmaya devam etmesi için) mahkemenin ayrıca -olumsuz tesbit davasından (İİK. mad. 72/II, III) farklı olarak- bu konuda “*karar*” (ihtiyati tedbir kararı) vermesine gerek yoktur. Borçtan kurtulma davasının -teminat yatırılarak- açılması ile, icra takibi kendiliğinden durur (daha doğrusu, durmaya devam eder).⁵⁰ Açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, icra dairesinin takibi durdurulmaması halinde, borçlu davacı, şikayet yolu ile icra mahkemesinden “*takibin durdurulması*” doğrultusunda karar alabilir.⁵¹

B. Hükümden Sonraki Sonuçları

Borçtan kurtulma davası sonucunda, mahkemenin vereceği karar, taraflar bakımından maddi anlamda kesin hüküm (HUMK m. 237) teşkil eder.

Borçtan kurtulma davası sonucunda verilen hükümle, taraflar arasındaki hukuki ilişki, maddi hukuk bakımından da kesin olarak karara bağlanır. Verilen hüküm taraflar arasında maddi anlamda “*kesin hüküm*” (HUMK m. 237) niteliğini taşır. Eğer, borçtan kurtulma davası, borçlunun (davacının) gerekli güvencyi göstermemiş olması nedeniyle red edilmişse (İİK m. 69/II), kesin hüküm sadece yeni bir “*borçtan kurtulma*” davası için var olur. Yoksa bu durum, borçlunun “*olumsuz tesbit*” ya da “*geri alma*” davası açmasına engel olmaz.⁵²

a. Davayı borçlu (davacı) kazanırsa;

aa. Alacaklının başlattığı icra takibi hükümsüz hale gelir. Eğer daha önce borçlunun malları üzerine “*geçici haciz*” konulmuşsa, bu haczin kaldırılması gerekir.

bb. Mahkemenin davacı-borçlu lehine, “*dava konusu (borçlunun borçlu olmadığı tesbit edilen) meblağın yüzde kırkıdan aşığı olmamak üzere bir tazminata*” hükmetmesi gerekir.

⁵⁰ Bkz., 12. HD 30.9.2004 T. 16481/20679.

⁵¹ Bkz., 12. HD 29.7.1974 T. 7117/7363.

⁵² Domaniç, H., *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1990, s. 983 vd.

Bir görüşe göre⁵³ bu tazminata hükmedilebilmesi için borçlunun “*dava dilekçesinde*” buna hükmedilmesini talep etmiş olması gereklidir. Yani, mahkemece doğrudan doğruya, istem olmadan bu tazminata hükmedilemez. Katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵⁴ ise, Kanun burada -İİK m. 67/II, 72/V’den farklı olarak- “*istem koşulu*”na açıkça yer vermemiştir. Bu nedenle, mahkemece bu tazminata doğrudan doğruya (re’sen) hükmedilir.

Uygulamada, bu konu ile ilgili olarak karşımıza şöyle bir hukuki sorun çıkmaktadır: Açılan borçtan kurtulma davasının kabulü halinde, “*olumsuz tesbit davaları*”nın kabulü halinde olduğu gibi, davacı borçlu lehine tazminata hükmedebilmek için, “*borçluyu borçtan kurtarma davasını açmaya zorlayan takibin haksız ve kötüniyetle olduğunun anlaşılması*”da gerekli midir? Yani bu davanın hukuki niteliği bir “*olumsuz tesbit davası*” (İİK m. 72) olduğu için,⁵⁵ davanın davacı lehine sonuçlanması halinde, davacı lehine tazminata hükmedilebilmesini “*takibin haksız ve kötüniyetle yapılmış olması*” koşuluna bağlayan İİK m. 72/V hükmü⁵⁶ burada da kıyasen uygulanacak mıdır? Kanımızca İİK m. 69/V’de mutlak olarak “*davada haksız çıkan tarafın tazminat ödemeye mahkum edileceği*” belirtilmiş olduğundan, borçtan kurtulma davasının davacı borçlu lehine sonuçlanması halinde, ayrıca davalı alacaklı tarafından yapılmış olan icra takibinin “*haksız ve kötüniyetle olduğu*”nun kanıtlanmasına gerek yoktur.

cc. Davayı kaybeden davalı-alacaklı, yargılama giderlerini -bu arada; davacı borçluya nisbi avukatlık ücretini- ödemeye mahkum edilir.

Ancak, hemen belirtelim ki, icra takibinde bulunduğu sırada, alacaklının takibi haklı iken, sonradan meydana gelen bir nedenle -örneğin; borçlunun sonradan alacaklıya karşı devraldığı bir alacağa dayanarak, takas defini ileri sürmesi nedeniyle- borçlu, borçtan kurtulma davasını kazanmışsa, bu halde, yargılama masraflarından yine borçlu sorumlu olur. Bu durumda borçlu ayrıca, %40’tan aşağı olmamak üzere bir tazminata da mahkum edilir.⁵⁷

⁵³ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 138; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 441; Akyazan, S., *İcra ve İflas Kanunu’nun 68. maddesi Üzerine Bir İnceleme* (Ad. D. 1955/11, s. 1062); Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, s. 80.

⁵⁴ Postacıoğlu, İ., *a.g.e.*, s. 226; Berkin, N., *a.g.e.*, s. 444; Pekcanitez, H. - Atalay, O. - Özkan, M. S. - Özekes, M., *a.g.e.*, s.126.

⁵⁵ Bkz., yukarıda açıklama, I. dpn. 1, 2 civarı.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları*, 3. Baskı, C. 1, s. 82 vd.

⁵⁷ Bkz., İsv. Fed. Mah. 31.3.1942 T. (BGE III, s. 85 vd.) (Naklen; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439, dpn. 53)

dd. Davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi ile, daha önce icra mahkemesi tarafından borçlu - davacı aleyhine hükmedilen “*para cezası*” ve “*tazminat*” kendiliğinden kalkar (m. 68a/VI, VIII).

b. Davayı alacaklı (davalı) kazanırsa ;

aa. “*İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” kesinleşir. Yani, “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*”, “*kesin kaldırma*”ya dönüşür ve alacaklı icra takibine devam edilmesini isteyebilir. Bu kararlar, evvelce konulan “*geçici haciz*”, “*kesin hacze*” dönüştüğünden, alacaklı satış isteminde de bulunabilir. Borçtan kurtulma davasının reddine ilişkin kararın, davacı-borçlu tarafından temyiz edilmiş olması, alacaklının haciz istemesini (veya daha önce haciz yapılmışsa; satış istemesini) önlemez. Ancak, aleyhindeki hükmü temyiz etmiş olan borçlu, İİK m. 36 uyarınca teminat göstererek, Yargıtay’dan, “*yürütmenin durdurulması*” (tehiri icra) kararı alabilir.⁵⁸

bb. Mahkemenin davalı-alacaklı lehine, borçlunun borçlu olduğu anlaşılan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, bir tazminata da -bir görüşe göre⁵⁹ kendiliğinden, bir görüşe göre⁶⁰ ise, cevap dilekçesinde alacaklı tarafından istenmiş olması koşuluyla- hükmetmesi gerekir (Böylece, borçtan kurtulma davasını kaybeden borçlu, ikinci kez %40 tazminata mahkum olduğu için, alacaklıya neticede %80 tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Çünkü, daha önce icra mahkemesi de, “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” ile birlikte -alacaklının talebi üzerine- alacaklı lehine %40 tazminata hükmetmiştir).

Bu madde gereğince %40’tan az olmamak üzere uygun bir tazminata hükmedilebilmesi için, “*icra takibinin durmuş olması*”⁶¹ ve “*davanın esasının incelenmesi*” gerekir. “*İlk duruşma gününe kadar gösterilmesi gereken güvence gösterilmediği için*” dava reddedilirse, haklılık araştırılmadığı için bu tazminata hükmedilmez.⁶² Aynı şekilde, “*dava dilekçesinin iptali, görevsizlik ve yetkisizlik nedeniyle davanın reddi*” halinde de, bu tazminata hükmedilemez.⁶³

Borçtan kurtulma davası dolayısı ile, “*alacaklıya yapılan geç ödemedenden doğan zarar*”, maddede öngörülen tazminatla giderildiğinden, bu süre için ayrıca “*faize*” hükmedilmez.⁶⁴

⁵⁸ Bkz., İİD 28.3.1966 T. 3127/3244.

⁵⁹ Bkz., dpn. 53.

⁶⁰ Bkz., dpn. 52.

⁶¹ Aynı görüşte; Sunar, G., *a.g.e.*, s. 77.

⁶² Bkz., 11. HD 23.12.1986 T. 6652/7017; 9.6.1981 T. 972/2919; 4. HD 5.6.1970 T. 4248/4691.

⁶³ Berkin, N., *a.g.e.*, s. 445.

⁶⁴ Bkz., İİD 28.3.1966 T. 3127/3244.

Uygulamada, bu konu ile ilgili olarak karşımıza şöyle bir hukuki sorun çıkmaktadır; açılan borçtan kurtulma davasının reddedilmesi halinde, “olumsuz tesbit davaları”nın reddedilmesi halinde olduğu gibi, davalı alacaklı lehine tazminata hükmedebilmek için, “borçlunun ‘takibin durması’ ya da ‘icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi’ konusunda, davaya bakan mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almış olması” gerekli midir? Yani, bu davanın hukuki niteliği bir “olumsuz tesbit davası” olduğu için,⁶⁵ davanın davalı alacaklı lehine sonuçlanması halinde, davalı lehine tazminata hükmedilmesini, “ihtiyati tedbir kararı alınarak takibin (ya da icra veznesindeki paranın ödenmesinin) durdurulmuş olması” koşuluna bağlayan İİK m. 72/IV hükmü⁶⁶ burada da kıyasen uygulanacak mıdır? İlk bakışta; “buna gerek bulunmadığı, çünkü İİK m. 69/V’de mutlak olarak davadan haksız çıkan tarafın, bu tazminatı ödemeye mahkum edileceğinin öngörüldüğü” düşünülebilir. Fakat, borçtan kurtulma davasının en önemli sonucunun “icra takibini durdurmak” olduğu hatırlanırsa, eğer açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, alacaklı icra takibine devam etmişse -yani borçlu; açtığı borçtan kurtulma davasına rağmen icra takibini devam ettiren icra dairesinin bu işlemi şikayet etmemiş ya da yaptığı şikayet (her nasılsa) reddedilmişse- davanın daha sonra davacı borçlu aleyhine sonuçlanması (yani; davanın reddedilmesi halinde) davalı alacaklı lehine tazminata hükmedilmemesi gerekir. Çünkü, bu davanın açılmış olması icra takibini durdurmadığı için, alacaklının alacağına kavuşmasını geciktirmemiştir. Bu nedenle, kanımızca, eğer açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, alacaklı takibe devam etmişse, neticede dava reddedilince, mahkemece davalı alacaklı lehine ayrıca tazminata hükmedilmemesi gerekir. İİK m. 69/V’de bu konuda mutlak bir ifade kullanılmış olması -yani, “açılan borçtan kurtulma davasının icra takibini durdurmuş olması halinde, davada haklı çıkan alacaklı lehine tazminata hükmedileceği”nin ayrıca açıklanmamış olması- bu görüşün kabulüne engel teşkil etmez. Çünkü, yasa koyucu, “borçtan kurtulma davasına rağmen takibin devam edeceğini” düşünmemiş, buna ihtimal vermemiştir. Borçtan kurtulma davası açmakta, davacı borçlunun “ilk” amacı, hakkındaki icra takibini “hemen” durdurmaktır. Borçtan kurtulma davasını açma imkanı borçluya bu amaçla tanınmıştır. Eğer davacı borçtan kurtulma davası açmasına rağmen, hakkındaki icra takibini durduramamışsa, açtığı borçtan kurtulma davasının herhangi bir “olumsuz tesbit davası”ndan hiçbir farkı kalmaz. Çünkü, borçlu -yedi günlük-süresi içinde, -%15 oranında- teminat göstererek borçtan kurtulma davası açınca, mahkemenin ayrıca karar (ihtiyati tedbir kararı) vermesine gerek kalmadan, icra takibi kendiliğinden durur. Halbuki, “olumsuz tesbit davası” açan borçlu ancak mahkemeden -“takibin durması” ya da “icra veznesindeki

⁶⁵ Bkz., yukarıda açıklama, I, dnpn. 1, 2..

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları*, C. 1, s. 74.

paranın alacaklıya ödenmemesi" konusunda- ihtiyati tedbir kararı alabilirse, o zaman hakkındaki takibi durdurabilir.

Bu nedenle, açılan "*borçtan kurtulma davası*"na rağmen, her nasılsa, alacaklı icra takibine devam etmişse (borçlu, icra takibinin durmasını -şikayet yoluyla- sağlayamamışsa) davanın alacaklı lehine sonuçlanması (yani, davanın reddedilmesi) halinde, mahkeme tarafından davalı alacaklı lehine ayrıca tazminata da hükmedilmemesi gerekir. Bir olayda, 11. Hukuk Dairesi, bu durumda mahkemece⁶⁷ verilen tazminat hükmünü önce⁶⁸ onanmış sonra⁶⁹ borçlunun karar düzeltme istemini kabul ederek, hükmü -kanımızca da isabetli olarak- bozmuştur.

cc. Davayı kaybeden davacı-borçlu, yargılama giderlerini -bu arada, davalı alacaklıya nisbi avukatlık ücretini- ödemeye mahkum edilir. Ancak, dava "*gerekli teminatın gösterilmemiş olması*" nedeniyle red edilmişse, davalı yararına nisbi değil maktu avukatlık ücretine hükmedilir.⁷⁰

dd. Davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi ile, daha önce icra mahkemesinde borçlu aleyhine hükmedilmiş olan "*para cezası*" (m. 68a/V) ve "*tazminat*" (m. 68a/VIII) kesinleşir.

Böylece, icra mahkemesinde haksız çıkan ve hakkında "*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*" verilen borçlu, açtığı "*borçtan kurtulma davası*"nı kaybederse, iki kez "*% 40'tan aşağı olmamak üzere*" tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

VI. "*İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı*"nın bu şekilde, borçluya tanıdığı "*borçtan kurtulma davası*" açabilme imkanı eleştirilmiş ve doktrinde⁷¹ "*itirazın geçici olarak kaldırılması kurumunun ilamsız icra sistemimizin amaçlarına aykırı olduğu*" ileri sürülerek, kaldırılması önerilmiştir.

Gerçekten, ödeme emrine itirazın geçici olarak kaldırılması ve borçtan kurtulma davası nedeni ile alacaklının takip konusu yaptığı adi (hususî) senet altındaki imza, borçlu tarafından inkar edilince, alacaklının, ilamsız icra prosedürü içinde çabuk ve basit şekilde alacağına kavuşabilmesi tamamen borçlunun takdirine bırakılmıştır. Çünkü, borçlu "*itirazın geçici*

⁶⁷ Bkz., Adana 3. Asl. Huk. Mah. 18.7.1988 T. 1985-247/833.

⁶⁸ Bkz., 11. HD 18.1.1989 T. 8148/36.

⁶⁹ Bkz., 11. HD 21.4.1989 T. 2827/2412.

⁷⁰ Bkz., 11. HD 22.12.1987 T. 6604/7478.

⁷¹ Kuru, B., *Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler* (Ad. D. 1969/10, s. 614 vd.; İzmir Bar. D. 1973/43, s. 3 vd.).

olarak kaldırılması” kararı üzerine süresi içinde *“borçtan kurtulma davası”* açarsa, bununla alacaklının alacağına kavuşması uzunca bir süre gecikmiş olacaktır. Davaların ne kadar uzun sürdüğü anımsanırsa, bunun, ilamsız icra takibine konu yapılan senet altındaki imzanın borçluya ait olduğunun icra mahkemesinde -hem de HUMK’daki hükümlere göre (İİK m. 68a/IV)- kanıtlanabilmesinin alacaklı için ne kadar sakınca ve gecikme doğuracağı kolaylıkla anlaşılır. Bu nedenle, ilamsız icra sisteminin çabuk ve basit bir şekilde işlemlerini sağlamak için *“itirazın geçici olarak kaldırılması”* kurumunun ve bununla birlikte *“borçtan kurtulma davası”*nın İcra ve İflas Kanunu’ndan tamamen çıkarılması gerekir. Borçlunun, adi (hususî) senet altındaki imzaya itiraz etmiş olması halinde, alacaklı icra mahkemesinden *“itirazın kesin olarak kaldırılmasını”* isteyebilmelidir.⁷²

⁷² Kuru, B., a.g.m., (Ad. D. S. 617; İzmir Bar. D. S. 8).

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10
abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 20.10.2004

E. 2004/4-530

K. 2004/555

* Manevi tazminat

* Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı

(Anayasa m. 28;

5680 sayılı Basın K. m.1;

4721 sayılı TMK m. 24, m. 25)

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı D. G. vekili, emekli Genelkurmay Başkanı ve milletvekili olan davacının, emekli Yarbay M. K. E., cürüm işlemek için teşekkül oluşturma suçundan mahkum olması ve mahkumiyet kararının kesinleşmesi üzerine, bir gazetecinin sorusunu yanıtlarken, K. E.'nin terörle mücadelede disiplinli çalışması, bilgisi ve kahramanlığı ile öne çıkmış bir subay olduğu, özellikle, PKK'ya 1993-1994 yıllarında büyük darbe vurulmasında etkin rol oynadığı, fedakarlığını ve ülkesine hizmet aşkını bildiği yönünde açıklamalar yaptığını; aynı günlerde, başka emekli generallerin de K. E. ile ilgili olumlu düşüncelerini açıkladıklarını, konunun basında geniş bir biçimde yer aldığını; *Radikal Gazetesi*'nin 20.03.2002 günlü nüshasında davalılardan M. G. K. tarafından kaleme alınan "Demek Sizsiniz" başlıklı yazıda "siz illetsiniz, siz zilletsiz... üniformalarından emekli olunca, memeden kesilen buzağıya dönen eski kurtlar. Meğer kurt bile değilmişsiniz. Hukuk devletinin çürüyen etlerini, gizli gizli kemiren leş çakallarından ibaretmişsiniz. Demek sizdiniz, faili meçhul cinayetlerin azmettiricisin.. Demek sizdiniz uyuşturucu ticaretiyle vatan kurtaran... izi sürülemeyen, ele geçirilemeyen, adı konulamayan katillerin dayanamayıp cinayet yerine dönmesi gibi döndünüz Susurluk'a...

Acaba, Uğur Mumcu'yu da mı siz... Ameleler meydanda. Demek sizdiniz ustabaşı..." şeklinde davacıya iftira ve karalamalarla ağır bir biçimde hakaret edildiğini; her ne kadar yazıda isim belirtilmemiş ise de, yazının davacı ve diğer emekli generallerin K. E. ile ilgili açıklamalarının günlük basında yer almasından hemen sonra yayınlanmasının, yazı içine serpiştirilen *"üniformalarından emekli olunca, memeden kesilmiş buzağıya dönen eski kurtlar... emirbaş...ast...emireri"* gibi sözcüklerin, bu çirkin aşağılamaların davacıya yöneltildiğini açıklıkla ortaya koyduğunu; anılan yazıda, davacının Genelkurmay Başkanlığı görevini yaptığı sırada, faili meçhul cinayetleri azmettirdiği, kontrgerilla faaliyetlerini yürüttüğü, astlarına suç işlemeleri için emir verdiği, Uğur Mumcu'nun öldürülmesi dahil benzeri bir sürü yasadışı işlerin içinde yer aldığı yolunda iddialarda bulunduğu, *"siz illetsiniz, siz zilletsiniz, hukuk devletin çürüten etlerini gizli gizli kemiren leş çakallarısınız"* denilerek çok kaba bir biçimde küfür edildiğini, iddiaların doğru olmaması bir yana, konu ile anlatım arasındaki düşünsel bağın da bozulduğu ve eleştiri sınırlarının aşıldığını, tahrik edici, toplumda husumet ve kuşku yaratıcı dil ve üslup kullanıldığını, bu şekilde davacının kişilik haklarına saldırıldığını ileri sürerek, elli milyar TL. manevi tazminatın, yayın tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar A. D., H. Ç.; M. G. K. vekili, dava konusu yazıda davacının ismi hiçbir şekilde geçmediği gibi, davacıyı tarif edecek ve hatta ortalama bir okuyucuda, yazıda davacıdan söz edildiği olduğu kanısını uyandıracak en basit bir tanımlamaya dahi yer verilmediğini; dava konusu yazı ile, Türkiye'de 1980'li yılların sonlarında yaşanmaya başlanan ve pek çok aydın ve düşünce adamının kaybedilmesine yol açan olaylar ile bunların sorumlularının eleştirildiğini, yapılan anketlerde Türkiye'de en çok güven duyulan kurumun Türk Silahlı Kuvvetleri olduğunun belirlendiği bir dönemde, ülkemizde yaşanan bazı olayların devletin ve devlet yöneticilerinin bilgileri dahilinde gerçekleştiği kamuoyunca bilinmesine rağmen, bu fiillere karışan insanlara sosyal statüleri nedeni ile ulaşılmasının, bir gazeteci tarafından eleştirilmesi gereken konuların başında geldiğini; ülke savunması açısından son derece önemli bir görevi ifa etmiş olan ve asker kökenli K. E.'nin karıştığı hukuka aykırı eylemler nedeniyle ceza almasına rağmen, kendisinin basına verilen çeşitli demeçler ile övülmesinin, hukuk kurallarının ve yaptırımlarının hiçe sayılması anlamına geldiğini; Türkiye'nin bu noktalara sürüklenmesine yol açan failerin ve azmettiricilerinin sert bir dille eleştirilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığını, Devlet memurları ve siyaset adamları gibi kamuya açık kişilerin eylemlerinin kamunun yararına aykırı olması halinde meşru bir amacı yönelik olmak kaydıyla sert bir dille eleştirilmesinin hukuka aykırı bulunmadığını; yazının, K. E.'nin tutuklanması üzerine yapılar, çeşitli yorumlar ve açıklamalar sebebiyle yazıldığını ve kişilerin hedef alınmadığını, kamu yararı ve güncellik unsurlarının mevcut olduğunu;

yapılan bir yayının kişilik haklarının ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde, belli kelime ve cümlelere bakılamayacağını, yazının bütünüyle değerlendirilmesi, genel anlatıma ve mantık yapısına da bakılması gerektiğini; davacının, adının hiçbir şekilde geçmediği bu yazı ile kendisinin hedef alındığı neticesine ne şekilde ulaşmış olduğunun anlamadığını, eğer davacı, yazının kendisi hakkında kaleme alınmış olduğu iddiasında ise, bu durumda, yazıda eleştirilen ve toplumun kendilerine karşı tepkili olduğu siyasetçilerden olduğunu ikrar etmiş duruma düşeceğini; kişilik haklarına saldırı oluşturduğu ileri sürülen üniforma ve ast, üst gibi terimlerin emniyet birimleri ve MİT gibi kurumlar için de geçerli olduğunu, bu ifadelerle davacının kişilik haklarının ihlal edilmiş olduğu iddiasının hukuki dayanaktan yoksun bulunduğunu, istenilen tazminat miktarının da fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; her ne kadar, dava konusu yazıda davacının ismi yer almamış ise de, dava konusu yazıdan kısa bir süre önce, emekli Yarbay M. K. E.'nin mahkumiyet kararının kesinleşmesi ve cezaevine alınması üzerine bazı gazetelerde davacının da isim ve fotoğrafı yayınlanmak suretiyle, emekli paşaların K. E.'ye sürpriz desteğiyle ilgili beyanatlarının yayınlanmış olması karşısında, yazıda sözü edilenlerden birinin davacı olduğunun açık bulunduğu; dava konusu yazının gerçeklik unsurunu taşımadığı, yayımlanmasında kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunmadığı, konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık kurallarına uyulmadığı, eleştiri sınırlarının aşıldığı, böylece davacının kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesine dayalı, davanın kısmen kabulüne, on beş milyar TL. manevi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline fazlaya ilişkin talebin reddinde dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, gerekçesini tekrar ederek ve bozma ilamındaki karşı oy gerekçesine de dayanarak önceki kararında direnmiştir.

Dava konusu yazının, bazı günlük gazetelerde davacının da aralarında bulunduğu emekli subayların dava dışı emekli Yarbay K. E. ile ilgili görüşlerinin yer aldığı haber ve yorumlardan kısa bir süre sonra yayımlanması; içeriğindeki ifadelerden, yazıda kendilerinden söz edilen kişilerin, daha önceki haber ve yorumlarda görüşleri aktarılan, davacı ve diğer emekli subaylar olduğunun anlaşılabilmesi; dahası, davalı yazar M. G. K.'nin dava konusu 20.3.2002 günlük yazıdan yaklaşık bir buçuk ay sonra aynı köşede 8.5.2002 günü yayımlanan "Kader ve Kısmet" başlıklı yazısındaki "...K. E.'ye arka çıkan birkaç emekli generali eleştirdiğim 'Demek Sizdiniz' yazısı..." şeklindeki göndermeyle, dava konusu yazıyla daha önce günlük gazetelerde K. E. ile ilgili görüşlerini açıklayan emekli generalleri hedef aldığını bizzat belirtmiş olması karşısında; dava konusu yazının davacıya yönelik olarak yazıldığının eş deyişle matufiyetin varlığının kabulü zorunludur.

Yazıdaki söz ve ifadelerin, hedef alınanın kişilik haklarına saldırı oluşturduğu, yerel mahkeme gibi, Özel Daire'nin de kabulündedir.

Bu durumda, yerel mahkemenin, dava konusu yazının davacıyı hedef aldığı, onun kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu ve bu yüzden manevi tazminat ödenmesini gerektirdiği saptamasına dayalı direnme karar, bu yönüyle yerinde görülmüştür.

Ne var ki, hüküm altına alınan tazminat miktarına ilişkin temyiz itirazları Özel Daire'ce incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin direnmesi yerinde görüldüğünden davalılar vekilinin esasa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 20.10.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 10.11.2004
E. 2004/4-526
K. 2004/589

* Tazminat
* Tapu sicilinin tutulmasında
devletin sorumluluğu
* Kusursuz sorumlulukta
illiyet bağının kesilmesi
(4721 sayılı TMK m. 1007, m. 1023;
818 sayılı BK m. 41, m. 55)

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskişehir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 31.10.2002 gün ve 2000/284-2002/703 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.6.2003 gün ve 1424-7982 sayılı ilamı ile, (...Davacı davalı idareden tapu kütüğünün tutulmasından dolayı uğradığı zararın giderilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece eylemin tapu sicilinin tutulmasında kusurlu davranılmaktan ileri geldiği, böylece davacının zarar gördüğü belirtilerek tazminata hükmedilmiştir.

Dosyadaki kanıtlara göre tapuda cinsi mesken olan ve kat mülkiyeti kurulmuş bulunan bağımsız bölümün B. Ş. adına kayıtlı iken 28.07.1995 tarihinde davacımız olan M. Ç.'ye satış yolu ile devredildiği görülmektedir. Durumu öğrenen gerçek tapu maliki B. Ç. tarafından davacı M. Ç. aleyhine açılan tapu iptali ve tescili davası sonucunda Ş. B. adlı kişinin gerçek malikmiş gibi düzen-

lediği sahte nüfus cüzdanı sonucu diğer davalı M. Ç.'ye satıldığı belirlenmek kaydın iptaline ve gerçek malik olan davacı B. Ş. adına tesciline karar verilmiş karar temyiz incelenmesinden geçmek suretiyle kesinleşmiştir.

Yine dosya içinde yukarıda adı geçen Ş. B. hakkında sahte nüfus cüzdanı düzenlemekten ve kullanılmaktan dolayı açılan kamu davası sonunda yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesi ile beraati yönünde hüküm kurulmuştur.

Yukarıda açıklanan olgular itibarıyla usulsüz işlemin sahte nüfus cüzdanından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla zarar tapu sicilinin tutulmasından değil, sicilin düzenlenmesinde etken olan nüfus kaydından kaynaklanmaktadır. Medeni Kanun'un 917. m. (yeni 1007) maddesinde sorumluluğun, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklandığı belirlenmiştir. Maddede öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Davalı da kusuru bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamak; zorundadır. Kusursuz sorumluluk da illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeleyen bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda zarar gören davacının illiyet bağını kesebilecek ölçüde kusurunun olmadığı yine öngörülmeleyen bir durumun da bulunmadığı görülmektedir. Ne var ki gerek ceza dosyasında gerekse tapu iptaline ilişkin dava dosyasında zararlandırıcı sonucun ortaya çıkmasında bir üçüncü kişinin hukuka aykırı eyleminin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu kişinin suç teşkil eden ve ağır kusuru oluşturan eylemi açıktır. Şu haliyle sorumluluğu gerektiren illiyet bağının kesildiği kabul edilmelidir. Yapılan bu açıklama itibarıyla olayda zarar, hukuka aykırı eylem bulunmakta ise de kusursuz sorumlu olan davalının sorumluluğunu gerektirecek uygun illiyet bağının bulunmadığı görülecektir. Aksi bir sonuç kusursuz sorumluluğun ötesinde bizi sebep sorumluluğuna götürür ki davanın dayanağını teşkil eden MK'nın 1007. maddesi sebep sorumluluğunu öngörmemiştir.

Tüm bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davalının sorumluluğundan söz edilemez. (Dava reddedilmek üzere bozulması, gerekmiştir.) Gerekçesiyle bozularak dosya yerine yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının suresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

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.

Karşı Oy Yazısı

Dava, önceki MK'nın 917 veya yeni MK'nın 1007. maddelerine dayalı, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna yönelik tazminat istemine ilişkindir.

Anılan maddelere göre düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu çekişmesiz bir hukuki olgu olup, tapu sicil memurunun yaptığı işlem nedeniyle oluşan zararın giderilmesinde kusur aranmamaktadır. Sorumlulukta aranan husus, tapu sicilinin yanlış tutulması nedeniyle bir aynı hak kaybına sebebiyet verilmiş olmasıdır. Diğer bir deyişle, sorumluluğun doğabilmesi için tapu sicilinin yanlış tutulması ile aynı hakkın kaybı, yani zarar arasında uygun illiyet bağı olması yeterli ve kafidir. Böyle bir sorumluluğun oluşturulmasındaki ana amaç ise, tapu siciline güvenin sağlanmasıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönülecek olunursa; uyuşmazlık konusu olay iki kademe gerçekleşmektedir. Birinci aşamada sahte bir belgeye (sahte vekaletname, sahte veraset belgesi veya dava konusu olayda olduğu gibi sahte nüfus örneği) dayalı olarak gerçekleştirilen ve oluşturulan bir tapu sicil kaydıdır. Bu işlemle doğru bir sicil kaydı kaldırılmakta ve yerine doğuşu sakat bir sicil kaydı oluşturulmaktadır. İşte bu durumda, asıl ve gerçek kayıt malikinin eski MK'nın 917 veya yeni MK'nın 1007. maddelerine dayalı olarak devletin kusursuz sorumluluğuna gidebilmesi yerinde ve zorunludur. Ne var ki, gerek öğreti, gerekse uygulamada bu halde dahi gerçek kayıt malikine anılan maddelere göre, doğrudan dava hakkı tanınmamaktadır. Böyle bir durumda gerçek kayıt malikinin öncelikle sahte kayıtla oluşturulan yeni sicil malikine karşı dava açması ve şayet o dava sonucunda sicil kaydını düzeltiremediği takdirde ve ancak o aşamadan sonra anılan maddelere göre kusursuz sorumluluk ilkesine göre devletin sorumluluğuna başvurabilmektedir. İşte, önceki MK'nın 917 ve yeni MK'nın 1007. maddelerinde düzenlenen dava hakkı bu çerçevede sonuç doğurabilmelidir. Zira, yukarıda da değinildiği gibi, yapılan sahte belgeye dayalı işlemle gerçek kayıt malikinin aynı (mülkiyet) hakkı sona erdirilmiş ve bunun sonucu olarak tapu siciline olan güven de zedelenmiştir.

Uyuşmazlık konusu olaylarda ikinci kademe ise, ilk ve gerçek kayıt malikinin sahte belgeye dayalı olarak oluşturulan sonraki sicil kaydını dava

yolu ile iptal ettirmesinden sonra, iptal muhatabı oları kayıt malikinin (dava konusu olayda taşınmaz alıcısının), bu iptal sebebiyle oluşan zararının giderilmesine yönelik ikinci aşamadır ki bu davanın konusu da budur. Davacı alıcı lehine oluşturulan sicil kaydı, sahte işleme dayandığından (önceki MK'nın 931. maddesi ve yeni MK'nın 1023. maddesi saklı kalmak kaydı ile) yoklukla sakat bir işlemdir ve baştan itibaren geçersizdir. Diğer bir deyişle, alıcı lehine oluşturulan sicil kaydı yok hükmündedir. Kaldı ki, davacı yani alıcı bu sahte ve geçersiz işlemin tarafı olup, üçüncü kişi durumunda da değildir. Bu kişinin oluşturulan sahte belgeye dayalı sicilden doğan aynı hakkı doğmamıştır ki, aynı hak kaybı nedeniyle devletin kusursuz sorumluluğuna gidebilsin. Keza devletin sorumluluğuna esas olan tapu siciline güven ilkesinin zedelenmiş olması unsuru da ikinci kademe bakımından gerçekleşmemiştir. Zira, davacı alıcının satış işlemine dayanak olan tapu sicil kayıtları gerçek ve sağlıklıdır. Tapu siciline güven ilkesi davacının taraf olduğu dava konusunu teşkil eden sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirilen satış işleminden sonra bozulmuş bulunmaktadır. Aksi halde, yukarıda anılan maddelerdeki sorumluluğun amacı dışına çıkılmakta ve taşınmaz satımlarında satıcının edimi, devlet tarafından alıcı yararına garanti altına alınması sorumluluğuna gidilmektedir. Oysa, devletin böyle bir sorumluluğu asla bulunmamaktadır.

Böyle bir durumda devletin sorumluluğu ancak, sahte belgeye dayalı taşınmaz satışının tapuda gerçekleştirilmesi sırasında tapu sicil memurunun kasıtlı veya kusurlu eyleminin bulunması halinde kusur sorumluluğuna yani BK'nın 41 ve 55. maddeleri hükümlerine dayalı bir sorumluluk olmalıdır.

Mahkeme kararının yukarıda açıkladığım gerekçelere dayalı olarak bozulması düşüncesinde olduğumdan, gerekçe yönünden sayın çoğunluğun aksine karşı oy kullanmış bulunuyorum.

Işıl Ulaş
On Birinci Hukuk Dairesi
Başkanı

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.10.2004

E. 2004/21-529

K. 2004/527

* İş kazası

* İşyerinde bulunduğu sırada meydana gelme

* İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme
(506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 11/A-a, 11/A-b)

1. Davalı SSK vekilinin ilk karara yönelik temyiz itirazları Özel Daire'ce değerlendirilip, temyiz istemi reddedildiğinden direnme kararını temyizde hukuki yararı yoktur. Bu nedenle temyiz dilekçesi reddedilmelidir.

2. Davacı vekilinin temyizine gelince;

Dava, zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası olarak kabulü gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Sigortalı işçi Y., 02.10.2000 günü işyerindeki işçi lokalinin elektrik arızalarının giderilmesi çalışması sırasında kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmiş; Kurum'ca bu olay iş kazası olarak kabul edilmediğinden, ölenin hak sahibi davacı tarafından eldeki dava açılmıştır.

Davalı SSK ve işveren vekilleri davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece ; doktorlardan oluşan bilirkişi kurulundan alınan rapora dayanılarak olay iş kazası olarak kabul edilmemiş; dava reddedilmiştir. Davacı ve davalı SSK vekillerinin temyizi üzerine Özel Daire SSK vekilinin temyiz istemlerinin reddine, davacı vekilinin temyiz istemlerinin ise kabul edilerek olayın iş kazası sayılması gerektiğini ifadeyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Mahkemenin önceki kararda direnmeye ilişkin hükmü davacı ve davalı SSK vekillerince temyiz edilmiştir.

Ölenin sigortalı işçi olduğu ve zararlandırıcı sigorta olayının işyerinde ve işverence verilen işin yapılması sırasında gerçekleştiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; işyerinde çalışma sırasında meydana gelen kalp krizi sonucu ölümün iş kazası olarak kabulünün olanaklı olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Çekişmenin çözümlenmesi için, öncelikle , hangi olayın iş kazası olduğunun saptanmasında başvurulacak yasal dayanakların ve uygulanacak ilkelerin ortaya konulmasında yarar vardır.

Hemen ifade edilmelidir ki, “iş kazası” yasada tanımlanmamış; ancak bir kazanın hangi “hal ve durumlarda” iş kazası sayılacağı “yer ve zaman” koşullarıyla sınırlanarak belirtilmiştir.

Konuya ilişkin yasal düzenleme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun “İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifi” başlıklı 11. maddesinde yer almakta ve bu maddenin iş kazasına ilişkin (A) fıkrasında aynen;

“A. İş kazası aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.

a. Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b. İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla ,

c. Sigortalının , işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda ,

d. Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e. Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında...”

denilmektedir.

Açıklanan bu madde hükmüne göre, iş kazası; maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.

Gerek uygulama ve gerek öğretide açıkça kabul edildiği ve madde metninden de anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir.

Eş söyleyişle, iş kazası hukuksal nitelikte bir olay olup, bu olayın yukarıda açıklanan yasa maddesinde sınırlandırılan ve belirtilen hallerden herhangi birinin oluşmasıyla ortaya çıkması gerekir.

Yeri gelmişken, iş kazasının unsurları üzerinde de kısaca durulmalıdır. Bunlar şöyle sıralanabilir: kazaya uğrayan 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılmalı; bu sigortalı bir kazaya uğramalı ve uğranılan kaza 506 sayılı Kanun’un yukarıda ayrıntısı açıklanan 11. maddesinin (A) fıkrasında sayılan hal ve durumlardan birinde meydana gelmeli; sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan bir olay biçiminde gerçekleşmeli; bu olay ile sigortalının uğradığı zarar arasında uygun illiyet (nedensellik) bağı bulunmalıdır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağıını iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan “uygun illiyet (nedensellik) bağı” olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır.

Kıscacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir.

Somut olayda da; ölen sigortalı işçi, bir başka işçi ile birlikte işyeri kapsamındaki işçi lokalinin tesisatını gözden geçirme ve tamir için görevlendirilmiş; burada verilen işi yapmakta iken diğer işçinin malzeme alımı için ayrıldığı bir sırada bayılarak yere düşmüş ve ambulansla hastaneye götürülürken yolda hayatını kaybetmiştir. İşverence iş kazası bildirim yapılmamış, hastaneye doldurulan istatistik formunda sigortalının ölüm nedeni miyokard enfarktüs olarak gösterilmiştir. Davalı Kurum da, ölenin hak sahiplerinin iş kazasına yönelik istemlerini reddetmiştir.

Ne var ki, bir olayın kurum ya da işveren açısından iş kazası olarak kabul edilmemiş olması, harici etkenlerle veya aniden ortaya çıkıp çıkmaması, yasanın açık hükmü karşısında olayın iş kazası sayılmamasını gerektirmeyecektir. Zira; yasada açıkça ifade edildiği üzere, zararlandırıcı sigorta olayının, yasada sayılan hal ve durumlardan herhangi birisinde gerçekleşmiş olması, gerekli ve yeterlidir.

Daha açık ifadeyle; sigortalının, işyerinde çalışmakta iken kalp krizi geçirerek ölümü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 11. maddesinin (A) fıkrasının (a) bendinde gösterilen “Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelme” haline uygun bir olay olduğu gibi, aynı maddenin (b) bendinde yer alan “işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme” haline de uygun olup; iş kazası sayılması gerekir. Maddede, başkaca bir şart ya da kısıtlamaya yer verilmemiş olduğundan, yasada olmayan bir kısıtlamanın yorum yoluyla getirilmesine de olanak yoktur.

Mahkemece, yukarıda ve bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak ve olay iş kazası sayılmak gerekirken, aksine düşüncelerle, olayı iş kazası saymayan rapor gerekçe alınarak önceki kararda direnilmesi ve davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004

E. 2001/10-503

K. 2004/488

* Hizmet akdi

* Çalışma süresinin tespiti

* Davaların en az giderle ve
süratle sonuçlandırılması(Anayasa m. 141; 506 sayılı Sosyal
Sigortalar Kanunu m. 2, m. 3,
m. 6, m. 79/1, m. 79/10)

Dava, davacının 12.02.1992-14.11.2001 tarihleri arasında Armutlu 3 Nolu Sağlık Ocağı ve Sağlık Ocaklarını Koruma, Güzelleştirme ve Kalkındırma Derneği işyerlerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen Kurum'a kayıt ve tescil edilmeyen çalışma süresinin 506 sayılı Kanun'un 79. maddesi uyarınca tespit istemine ilişkindir.

Davalı, anılan sağlık ocağında doktor ve başhekim olarak çalıştığını, resmi bir kurum olan sağlık ocağında, bir sigortalıyı işveren sıfatıyla çalıştırmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Yerel mahkemece, taraflar arasında hizmet akdinin unsurlarının oluşmadığı, devlet memuru olarak sağlık ocağında görev yapan davalı doktorun yanında sigortalı olarak çalışma iddiasının yerinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm Yüksek Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesinde; yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum'ca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilecekleri öngörülmüştür.

Öncelikle ifade edilmelidir ki çalıştırılanlar; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2 ve 6. maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte çalıştırılmaya başlanmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak, bu kimselerin aynı Kanun'un 3. maddesinde sayılan istisnalara girmemesi gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanmaları Kanun'un 6/1. maddesinde yer alan açık hüküm gereğidir.

Anılan Kanun'un 4. maddesine göre, sigortalıları çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler "işveren", işveren nam ve hesabına işin yönetimi görevini yapan kimseler ise "işveren vekili"dir. Sigortalı ile hizmet ilişkisinin, işveren vekili ya da işveren temsilcisi aracılığıyla kurulmuş olması, 4857 sayılı yeni İş Yasası'nun

çalışma yaşamında fiilen var olan, ancak yasal düzenlemesi bulunmayan bir dizi çalışma biçimini (çağrı üzerine çalışma, geçici iş ilişkisi vb.) düzenleyerek hayata geçirmesi, 4857 sayılı Yasa'nın 90. maddesi ile özel istihdam bürolarının kurulması, 506 sayılı Yasa'nın 79/1. maddesinde ifade edildiği gibi; işverenin, sigortalıyı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi gibi bir takım fiili olgular ve yasal düzenlemeler, hizmet akdinin tarafını oluşturan işverenin, bir başka deyişle Kurum'a bildirilmeyen çalışmanın tespiti amacıyla açılan hizmet tespiti davasının davalısının, doğru saptanabilmesindeki önemi daha belirgin, ancak bu ölçüde de karmaşık hale getirmektedir.

Yasa'da sigortalıyı çalıştıran kişi olarak ifade edilen işveren, işletme ile ilgili olarak çalışma saatleri, işin düzenlenmesi ve iş güvenliği ile ilgili kurallar koyabilir. İdare yetkisi, işletmenin idaresi ve örgütlenmesi esasına dayanır.

Davaya konu somut olayda, davacı iş görme edimini davalı doktorun idarecisi olduğu Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık ocağında yerinde getirmekte olup, çalışmasını, yardımcı hizmetler kapsamında sağlık ocağının genel işleyişine sunmaktadır. Ücretinin ise başlangıçta sağlık ocağı çalışanlarınca, sonrasında ise Sağlık Ocaklarını Koruma ve Kalkındırma Derneği'nce karşılanmakta olduğu davalı ve tanıklarca ifade edilmektedir.

Davalı doktorun, başlangıçta Sağlık Bakanlığı'nın, kuruluş amacı dikkate alındığında ise tüzel kişilik kazanması sonrasında anılan Derneğin temsilcisi konumunda hareket etmesi ile taraflar arasında akdi ilişkisinin kurulduğu, bu durumda ise sigortalıyı işveren olarak çalıştırma olgusunun Sağlık Bakanlığı, ardından ise anılan Dernek tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir.

Sosyal güvenlik hak ve yükümlülüğünün kaçınılmaz ve vazgeçilemez niteliği, Anayasa'nın 141. maddesinin "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması*" gerektiği hükmü dikkate alındığında, bu iki kuruma husumet yöneltilerek davaya katılımlarının sağlanıp, yargılamaya devam olunarak sonuçlandırılmasında yasal zorunluluk bulunduğu ortadadır.

Bu tür hizmet tespiti davalarının kamu düzeniyle ilgisi dikkate alındığında, özel bir duyarlılıkla araştırma yapılarak, deliller resen toplanmalı, çalışma olgusunun, sürekli mi, kesintili mi olduğu araştırılarak, başlangıç ve bitiş tarihleri, dolayısıyla çalışma süresinin tespiti yönüne gidilmeli, davacının aynı işyerine tekrar girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağı ve hak düşürücü sürenin kesilmesi ve durmasının mümkün olmadığı hukuksal gerçeği dikkate alınarak, tüm bu maddi ve yasal olgular gözetilerek karar verilmelidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle bu iki kurumada husumet yöneltildikten sonra belirtilen doğrultuda inceleme ve araştırma yapılarak, oluşacak kanaate göre karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004

E. 2004/4-496

K. 2004/463

* Tazminat

* Hakimın çıkar karşılığı
görevini savsaması
(HUMK m. 573-576)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce; “*Davacılar, davalı hakimlerce karara bağlanan İstanbul Asliye 1. Ticaret Mahkemesi’nin 2001/258 Esas 2002/467 sayılı davasında, delilleri taraflı ve yanlış değerlendirmek suretiyle aleyhlerine karar verildiği iddiasıyla maddi tazminat istemişlerdir.*

Davalılardan Ç. P. cevabında, verilen kararda ve delillerin değerlendirilmesinde kanuna aykırılık olmadığını ve kararın Yargıtay’ca onanmak suretiyle kesinleştiğini bildiren davanın reddini istemiştir. Diğer davalılar ise usulüne uygun tebligata rağmen cevap verip duruşmaya katılmadıklarından yargılama yokluklarında sürdürülerek karara bağlanmıştır.

Hakimlerin hakimlik görevini yaparken ‘Yargısal Faaliyetleri’ nedeniyle vermiş oldukları zarar için HUMK’un 573. maddesinde sayılan durumlarda, 573-576. maddelerindeki hükümlere göre tazminat davası açılabilceği düzenleme altına alınmıştır. Eldeki dava HUMK’un 573 ve izleyen maddelerine dayandırılmıştır. Böyle bir dava için hakimın kasıtlı hareket etmiş olması ve verdiği kararın kanuna ve adalete aykırı bulunması gerekir. 573/1, 573/2. maddelerine göre ise açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı bir karar sorumluluğu doğurur. HUMK’un 573/3 ve 4. maddeleri gereğince, yargılama utandığında olmayan bir nedene dayanılması ya da tutanağın değiştirilmesi sorumluluğun dayanaklarıdır. Hakimın çıkar karşılığı hareketi ile görevini savsaması ise sonraki bentlerde yer almıştır. Sayılan bu haller örnek niteliğinde olmayıp, sayılı ve sınırları durumları ifade eder.

Anılan bu yasal düzenlemeye göre olaya bakıldığında, davalı hakimlerin görevi savsaması, tutanaklara geçmemiş bir nedene dayanması, kasıtlı hareketle yasaya ve adalete aykırı karar ya da kesin bir yasa buyruğuna aykırı hareketlerinin bulunmadığı açıktır. Zaten davacılarında böyle bir iddiaları olmamıştır. Davacıların dosyada bulunan delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları HUMK’un 573-576. maddeleri kapsamında

değildir. Bu iddialar ancak temyiz nedeni olarak ileri sürülebilir. Nitekim davacılar bu haklarını da kullanmışlar ve temyiz incelemesi sonucu delillerin değerlendirilmesinde bir yanlışlık bulunmayarak davalı hakimlerce verilen karar onanmıştır. Dosyadaki tüm kanıtlara göre davalının yasal sınırlar dışına çıkmadan yargılama görevlerini yerine getirdikleri anlaşılmıştır. Öyleyse davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

Dava reddedildiğine göre HUMK'un 576. maddeleri uyarınca (davalılar istemeseler dahi) davalılar yararına manevi tazminat takdiri gerektiği sonucuna varılmıştır. Yasa koyucu hakim aleyhine dava açılmasıyla işin mahiyeti gereği karşı tarafın tazminat isteğinin bulunduğu varsayım olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda davacıların davalılarla ilgili ithamı ve taraflarla ilgili diğer olgular gözetildiğinde HUMK'un 576/2. maddesi uyarınca her bir davalı için 1.000.000.000 lira olmak üzere toplam 3.000.000.000 lira manevi tazminatın davacılarından alınmasına karar verilmesi uygun bulunmuştur.

Açıklanan nedenler ve gerekçeler gözetildiğinde aşağıdaki hükmün kurulması yönünde bir sonuca varılmıştır." gerekçesiyle;

"1. Davalıların eylemlerinin HUMK'un 573. maddesinde belirtilen herhangi bir neden uymadığı ve böylece davalıların hukuka aykırı bir davranışları bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddine,

2. Aynı Yasa'nın 576. maddesinde belirtildiği şekilde her bir davalı için 1.000.000.000 lira olmak üzere toplam 3.000.000.000 lira manevi tazminatın davacılarından, alınarak davalılara verilmesine,

3. Ret kararının eklentisi olarak HUMK'un 576/2. maddesi gereğince her bir davalı bakımından 111.400.000 lira olmak üzere toplam 334.200.000 lira para cezasının davacılarından alınarak hazineye gelir kaydedilmesine,

4. Davacılar aleyhine hükmedilen tazminat miktarı için 162.000.000 lira nispi ilam harcı ile davanın reddi dolayısıyla alınması gereken 10.100.000 lira ret karar harcı olmak üzere toplam 172.100.000 lira harçtan peşin alınan 10.732.500 lirasının mahsubu ile geri kalan 161.367.500 liranın davacılarından alınmasına,

5. Davalılar tarafından yapılan yargılama giderlerinin davacılarla yükletilmesine, davacılar tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerlerinde bırakılmasına," dair oybirliği ile verilen 13.04.2004 gün ve 2089-4849 sayılı kararın davacılar tarafından temyiz edilmesi üzerine kararın süresinde temyiz edildiğinin anlaşılmasından ve dosyadaki tüm kağıtların okunmasından sonra gereği düşünüldü:

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, daire kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir

isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 22.09.2004

E. 2004/4-360

K. 2004/431

* Manevi tazminat

* Hak arama özgürlüğü

* Haksız eylem

* Hakkın kötüye kullanılması

(818 sayılı BK m. 386)

Dava, haksız şikayet nedeni ile uğranılan zararın giderimine ilişkindir. Taraflar avukattır. Davacı, Amerika'daki bir şirketin vekilidir. O şirket, Ülkemizdeki bir başka şirketin de ortağı durumundadır. Davacı, ayrıca buradaki şirket yönetim kurulunda olan iki yabancının, davalı da vatandaşımız olan ortaklardan birinin vekilliğini yapmaktadır.

Davacı, dava dilekçesinde; ortaklar arasında bir pay devrinin söz konusu olduğunu, onun için bir taslak metin hazırladığını; davalının, kendisinin (davalının) avukat kimliğini gizleyerek bu metin dolayısıyla C. Savcılığı'na ihbarda bulunduğunu, Mali Şube görevlilerinin avukatlık bürosuna gelerek taslak aslının bulunması için arama yapmaya ve kendisini götürmeye kalkıştıklarını; davranış biçiminin personel yanında onurunun zedelenmesine yol açtığını bildirerek davalının manevi tazminatla sorumlu tutulmasını istemiştir.

Davalı, vekil sıfatıyla yaptığı şikayet nedeni ile kendisine husumet yönetilemeyeceğini; şikayetin, hak arama amacına yönelik olduğunu savunmuştur.

Mahkemece 16.07.2002 günlü kararla davalının, vekil edeni adına ve verilen yetkiye dayanak şikayette bulunduğu olayda "bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığının söz konusu" bulunması nedenleri ile dava reddedilmiş ve bu karar, Yüksek Özel Daire'ce, giriş bölümünde açıklanmış olan gerekçeyle bozulmuş; 17.03.2004 günlü direnme kararında da mahkeme, önceki gerekçesini yinelemiştir.

İlkin, vekalet BK'nın 386. maddesi uyarınca yükümlenilen işlerin yönetimi ve o doğrultudaki hizmetleri kapsar. Haksız eylem, asla bu kapsamda olamaz. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken işlemi haksız eylem oluşturduğunda sonucuyla bizzat sorumlu tutulur; vekil edenin katkısı bulunduğu vekalet verdiği için değil, haksız eyleme katıldığı için ayrıca sorumluluğuna gidilir. Burada, dilekçeyi veren davalı olduğundan onun eyleminin tazminat gerektirip gerektirmeyeceği irdelenmelidir.

Hak arama özgürlüğü olarak tanımlanan ihbar ve şikayet hakkının kaynağı, Anayasa'dır. Bu hak da, her temel hak ve özgürlük gibi kötüye kullanılmaz. Kötüye kullanım, değer yargısı alt başlıklarından olan hukuka aykırılık ölçütünün olaya uygulanmasıyla belirlenir. Elbette eldeki kanıt ya da en azından emareye dayanan ihbar ve şikayet hukuka aykırı olamaz; bu konuda hiçbir tartışma yoktur. Tartışma, emare yönündedir. Dış çevreye sunulmamış, bir başka söyleyişle sataşma (muaraza) konusu olmamış, karalama (müsvette), tasarı ve taslaklar, hukukça değer taşımadıklarından şikayete hak veren nesnelere değildir. Davalının şikayetine temel aldığı taslak, bu kabildendir. Adalet Bakanlığı da durumu bu yolda değerlendirmiş, davacı için kovuşturma izni vermemiştir. Öyleyse yerel mahkeme gerekçesinin bu konuyla ilgili ikinci bölümü de davanın reddi için neden olamaz.

Emare, onun gösterdiği amaca yönelik şikayette, hukuka uygun davranmış olduğu için şikayet edeni sorumluluktan kurtarır, işaret ettiği konu dışında kalmış olan ithamlar ise hukuka aykırı olur şikayetçinin, o bölüm için hakkını kötüye kullandığı kabul edilir. Kişiyi, hakkında belli bir suç işlediği yolundaki hükümlülüğe götürmeyecek düzeyde kanıtlar ya da o doğrultudaki emare bulunması, onun ilgisiz başka suçlar işlediği biçimindeki ithamlara da katlanmasını gerektirmez. Bu, kaydı bile gerekmeyen basit kuralın, hukuk alanında mantıksal bir sonucu vardır: Bahane, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz; batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere (Almanca druglift, İngilizce the lift of weil) perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir. Somut olayda davalı, taslağı emare sayarak şikayete bahane yapmış ve davacının avukat olduğunu gizleyerek bürosunu, ticari işyeri gibi aratma girişiminde bulunmuş; kolluk kuvvetlerince ifadesinin alınması yolunda onları yönlendirerek avukatın kişilik haklarını zedelemiştir. Bozma kararında da aynı görüşün benimsendiği, ancak "*mahkeme kararında belirtildiği gibi azda olsa emare olmakla beraber*" denilmek suretiyle, maddi yanılığa dayalı bir yazım karışıklığı olduğu açıktır. Zira emare, zaten kanıt düzeyine yükselmemiş belirtilerdir. Onun azı çoğu olmaz. Yollama yapılan yerel mahkeme kararındaki anlatım da bu biçimde yer almamaktadır. Vurgulanan, davacının mesleki kimliğinin gizlenmiş olmasıdır. Direnme kararındaki gerekçede, anılan konuda açıklama yoktur. Gerekçe, olayda emare bulunduğuna yoğunlaştırılmıştır. Emare olarak benimsenen taslak ise böyle bir nitelik taşımamaktadır ve fakat zarar verdirilmeye yönelik davranışa bahane edilmiştir. Eğer kolluk güçleri, şikayet üzerine umulmayan bir davranışa girip zarar doğurmuş olsaydı ve zarar, salt o nedenle doğmuş olsaydı, illiyet kesilir yada zarar tırmandırılmış olsaydı artanla davalı sorumlu olmazdı. Oluşumda böyle durumlar yoktur. Şikayetindeki biçimle zarar arasında uygun illiyet bağı vardır. Öyleyse davalı sorumlu tutulmalıdır.

Ulaşılan bu sonucun doğruluk sağlanmasının yapılması; oluşabilecek kuşkuvarın da silinmesi bakımından konumuzla ilgili iki gelişime yer verilmesi gerekli görülmüştür: Bunlardan biri, İsviçre Türk Hukuk uygulamasında manevi tazminat koşulları olarak öngörülen, zarar ve kusurdaki ağır olma unsurlarının, önce içtihat ve sonra yasa değişiklikleriyle ortadan kaldırılmış olmasıdır. İkincisi ise gene bu ortak hukukta içtihat yolu anılan tavidir: Zarar görenin kusuru, zarar vereninkine eşdeğer, giderek ondan ağır bile olsa gene de manevi tazminat gerekir. Böylece, maddi tazminatla arada bulunan anlamsız aykırılığa son verilmiş oldu.

Açıklanan nedenlerle Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi anılan tüm bu ilkelere aykırı olduğundan direnme kararı da bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 10.11.2004

E. 2004/14-464

K. 2004/588

- * Tapu iptali ve tescil
 - * Gayrimenkul satış vaadi
 - * Gayrimenkul satımının resmi şekilde tabi olması
 - * Muvazaanın kanıtlanması
 - * Teminat maksadıyla temlik sözleşmesi
 - * Namı-ı müstear
- (818 sayılı BK m. 11, m. 18, m. 19, m. 213; 4721 sayılı TMK m. 7, m. 706; 1086 sayılı HUMK m. 290; 2644 sayılı Tapu K. m. 26)

Taraflar arasındaki “*tapu iptali, tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 6.6.2002 gün ve 1998/1046 -2002/665 E-K sayılı Karar’ın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 28.1.2003 gün ve 9348-499 sayılı ilamı ile, (...Dava; 24.6.1998 tarihli satış vaadi sözleşmesine dayalı cebri tescil, birleştirilen karşı dava ise; satış vaadi sözleşmesinin, borcun teminatını teşkil etmek üzere muvazaalı olarak düzenlenmesi nedeniyle iptali isteğine ilişkindir.

Mahkeme; davanın kabulüne, birleştirilen davanın reddine karar vermiş, hükmü; davalı (karşı davacı) vekili temyiz etmiştir.

Davalı-satıcı N. D. 19.6.1997 tarihli vekaletname ile dava dışı kocası S. D.'yi vekil tayin etmiş, o da bu vekaletnamedeki yetkisine istinaden 24.6.1998 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile davacıya satış vaadinde bulunmuştur. Sözleşme içeriğine göre satış bedeli 10.000.000.000 lira peşinen ödenmiştir.

Davalı vekili; satış vaadi sözleşmesinin, müvekkilinin kocasının davacıdan aldığı borç paranın güvencesini teşkil etmek üzere düzenlendiğini savunmaktadır.

Bir sözleşmenin, gayrimenkul satış vaadine ilişkin hüküm ve sonuçları meydana getirmesi, gerçek niteliği bakımından gayrimenkul satış vaadi olarak kurulmasına bağlıdır. Teminat sözleşmesinin amaçlanıp da görünüm olarak gayrimenkul satış vaadi biçiminde düzenlenmesi halinde bir gayrimenkul satış vaadinden söz edilemez. Hukuk sistemimizde şahsi teminat; kefalet, aynı teminat; taşınmazlar için ipotektir. Gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri teminat olarak kullanılamaz. Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca muvazaa sebebiyle geçerli olmayan böyle bir sözleşmeye dayalı olarak tescil kararı verilemez.

Uyuşmazlığa konu olayda üzerinde durulması gereken husus; dayanak sözleşmenin muvazaaya müstenit olup olmadığı, bu yoldaki savunmanın ispatlanıp ispatlanmadığıdır.

Kural olarak bir sözleşmenin tarafları muvazaa iddialarını senede karşı senetle ispat kuralı uyarınca (HUMK 290) tanıkla ispat edemezler. Ancak; HUMK'un 292. maddesinde belirtilen kurallara uygun yazılı delil başlangıcı bulunması durumunda taraf muvazaasının tanık dahil her türlü takdiri delille kanıtlanması mümkündür. Bunun yanı sıra, genel yaşam deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi de, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Eylemli (ya da beşeri) karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir. (Bilge Umar - Ejder Yılmaz, *İspat Yükü* 2. Bası, İstanbul 1980, s. 165 vd. 174 ve 60 vd.) Buna göre hakim, iddianın doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer.

Bu ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirilecek olursa;

Davalı tarafın muvazaa savunmasını doğrudan kanıtlamaya elverişli,- karşı taraftan sadır olmuş yazılı bir kanıtı yoktur. Ancak, muvazaa iddiasının tamamen ispatına yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve karşı taraftan sadır olmuş yazılı delil başlangıcı niteliğinde belgeler bulunduğu gibi

muvazaa iddiasının doğruluğunun kabulünü gerektiren eylemli karineler bulunmaktadır. Şöyle ki; davalı satıcının kocası tarafından keşide edilip davacı tarafından tahsile ve takibe konu edilen çekler, davacı tarafından davalının kocasına muhtelif tarihlerde yapılan havaleler, Kartal Rahmanlar'daki taşınmazlar dışında Gebze, Yalova, Eskişehir, Bursa Orhangazi gibi değişik yerlerdeki pek çok taşınmazın davalı veya kocası tarafından ya tapudan ya da satış vaadi sözleşmeleri ile davacıya satılmış bulunması, bunların bir kısmının muhtemelen ödeme sonucu feshedilmesi veya tapudan satış suretiyle iade edilmesi, hatta bir kısım taşınmazların davalının kocası S. D.'ye iade edileceğine dair davacı tarafından 6 Mayıs 1998 ve 13 Mayıs 1998 tarihli belgeler verilmesi muvazaanın mevcudiyeti yönünden fiili bir karine oluşturmaktadır. Artık muvazaa bulunmadığını ispat yükü davacıya düşer. Davacı yan ise bunu kanıtlayamamıştır. Bu itibarla, cebri tescil isteğinin reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.

Kabule göre de; satış vaadi sözleşmesinde gösterilen değer üzerinden harç ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken fazla harç ve vekalet ücreti takdiri doğru bulunmamıştır...) 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.

Karşı Oy Yazısı

Hukukumuzda bazı istisnalar dışında sözleşme serbestliği kabul edilmiş olup, Borçlar Kanunu'nun 11. maddesi "*Aktin sıhhati kanunda serahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir*" hükmünü öngörmüş, 2. fıkrası ile de "*Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz*" denilmek suretiyle istisnaları hüküm altına alınmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun'un 706, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 25 ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddesi hükmü uyarınca gayrı menkullerin alım ve satımlarının resmi şekilde yapılmamışsa hukuken hüküm ifade etmeyeceği kuşkusuzdur. Şüphe yoktur ki, bu kuralın konulma amacı, kişiyi muamele yapmadan önce düşünmeye sevk etmek suretiyle toplum düzenini korumak ve sağlamak böylelikle sosyal barışı gerçekleştirmektir. Bir

başka ifadeyle, yasa koyucu devletçe tutulan tapu sicillerine azami nitelikte Önem vermiş ve taşınmazlardaki mülkiyet değişikliklerinin resmi şekilde yapılmadıkça hüküm ifade etmeyeceğini açıkça belirlemiştir. Bu düzenlemenin aynı zamanda kamu düzeniyle ilgili ve mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekli bir kural olduğu da tartışmasızdır.

Davada ileri sürülen iddianın ve savunmanın içeriğine göre, yanlar arasındaki uyuşmazlık, ferağa icbar davasında dayanan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin teminat maksadıyla temlik (karz. karşılığı temlik) niteliğinde olup olmadığı ve bu işlemin ispatı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, uyuşmazlığın sağlıklı bir sonuca ulaştırılması, konuya ilişkin hukuki müesseseler ve kavramlar yönünden özet açıklamalar yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bilindiği üzere, eski hukukumuzda, “*nam-ı müstear*”, geçerliliği kabul edilmiş bağımsız müessese olarak düzenlenmiş bulunmasına karşın (Mecelle 1592, 1594, 1595); bu günkü pozitif hukukumuzda; (yasalarımızda) *nam-ı müstear* diye bir deyim yer almış değildir. Buna rağmen hukukumuzda *nam-ı müstear*’ın hukuki niteliğinin belirlenmesi sorunu büyük önem kazanmıştır. Yargıtay’ın üç içtihadı birleştirme kararına (8.5.1941 gün, 29/5 sayılı; 5.2.1947 gün ve 20/6 sayılı; 7.10.1953 gün ve 7/8 sayılı) ve önemli öğretici çalışmalarına konu olan bu sorun, son yılların Türk hukuk hayatındaki en önemli sorunlardan birini teşkil etmiş ve güncelliğini sürdürmüştür.

İsviçre/Türk Hukukları’nda, araya giren şahıslar ve ilişkiler ile ilgili durumlar, her somut olayın özelliğine göre farklı bir rejime tabi tutulmuştur. Sırf görünüş belirtilerine bakılıp her *nam-ı müstear* durumunun muvazaalı bir işlem olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğu; özellikle, irade serbestisi prensibine (BK m. 19) ve taraf iradelerine aykırı bulunduğu öğretilerde kabul edilmiştir.

Bu bakımdan, sorun her somut olayın ortaya çıkış durumu gözetilerek; ya muvazaalı işlemler, yada inanca işlemler veya dolaylı (vasıtalı) temsil hukuki rejimine tabi tutulması gerekecektir. (Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul 1968, s. 229 vd; Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, İstanbul 1956, s. 177; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul 1976, s. 223 vd; İlhan Postacıoğlu, “*Nam-ı Müstear Meselesi, Vekalet ve İtimat Muameleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri*”, makale, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XIII, S. 3, s. 1050 vd.). *Nam-ı Müstear*ın, Türk/İsviçre Hukuku’nda ya muvazaa, ya itimada dayanan muamele yada dolaylı (vasıtalı) temsilin hukuki rejimine tabi tutulduğu başkaca kaynaklarda da ifadesini bulmuştur (Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, C. 1, *Genel Hükümler*, 1972, s. 206; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, s. 501).

Davada ortaya çıkan uyuşmazlık; teminat maksadıyla temlik sözleşmesi yapıldığı noktasından kaynaklandığına göre; bu tür sözleşmenin hukuki mahiyetinin de açıklanması gerekir. Teminat maksadıyla temlik sözleşmelerinden, bir alacağın temini bakımından vuku bulan inanca (Rduziarisch) mülkiyet intikalleri anlaşılmalıdır. Bu tür sözleşmelerin iki esaslı unsuru vardır. Bunlardan ilki, mülkiyet intikalinin teminat maksadıyla yapılması; diğeri ise, inanca sözleşmedir. Teminat maksadıyla temlik sözleşmesi, bir iltizamı muamele olarak mülkiyetin nakline imkan sağlar. Başka bir anlatımla, tasarrufi muamele ile, tarafların iltizamı muamelede ifadesini bulan irade gerçekleştirilmiş olur.

Yineleyerek belirtilmelidir ki; teminat maksadıyla temlik sözleşmeleri, taraflar arasında karşılıklı itimat esasını şart kılmaktadır. Teminat için taşınmazını temlik eden borçlu, borcun ödenmesi halinde taşınmaz mülkiyetinin tekrar kendisine devredileceği inancını taşımaktadır. Değinen niteliklerinden ötürü, gerek öğretide; gerekse yargısal uygulamada, teminat maksadıyla temlik sözleşmeleri; hukuki mahiyetleri itibarıyla inanca muameleler (Fiduziarisches Geschaef) arasında yer almıştır. Federal Mahkeme kararlarında da bu içerikte açıklamalar yapılmıştır. (Bedi Eğilmezler; "Alman ve İsviçre Hukukunda Teminat Maksadıyla Temlik Akitleri", *Adalet Dergisi*, 1965, C. 1-2, s. 1028 vd; 1966, C. 1, s. 58 vd.).

Öte yandan, inanca işlemin, taraf muvazaası ile benzer noktalarının bulunmasına karşın; ayrıklığı yönlerinin de olduğu; bunlardan en önemlisinin, inanca işlemde, tarafların devir ve temlik işlemini ciddi olarak istemelerine rağmen, muvazaada bunu istememeleri şeklinde ifade edildiği bilinmektedir (Kenan Tunçomağ; *a.g.e*; s. 209).

Bu anlatımlar çerçevesinde somut olaya bakıldığında taraflar arasındaki çekişmenin hukuksal yapısının teminat mukabili (karz. karşılığı-temlik) temlik işlemi olduğu anlaşılmalıdır.

Gerçekten de inanca işlem, taraf muvazaası ve teminat mukabili temlik işlemlerinin hukuki niteliği Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinin tefsiri ile ortaya konulmuş ve buna göre her üç işlemde kökünde muvazaalı işlem olduğu gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda benimsenmiş bulunmaktadır. Ne var ki, aynı nitelikte olmakla birlikte nam'ı müstear (iğreti ad) olarak nitelendirilen işlemlere yasalarımızda yer verilmemiş ve bununla ilgili bir düzenleme getirilmemiştir. Konu yargısal uygulamalarla çözüme kavuşturulmuştur. Öte yandan nitelikleri bu olan müesseselerle ilgili olarak yapılan işlemler taşınmazlara ilişkin ise resmi şekilde yapılması gerektiği yasal bir zorunluluktur.

O halde, resmi sicile yönelik bu işlemlerden kaynaklanan çekişmenin giderilmesi konusunda ispat şeklinin ne olması gerektiği önem arz eder. Bir başka ifade ile böyle bir iddianın ispat hukuku açısından dinlenilebilme olanağı var mıdır?

Medeni Kanun'un 7. maddesi gereğince resmi sicillerin aksi ancak aynı kuvvet ve derecedeki sicillerle ispat mümkün bulunmaktadır. Tanık ve alelade yazılı bir belge ile ispatı olanaksızdır. O halde, sicile yönelik iddiaların aksinin hiçbir zaman ispatının mümkün olduğu söylenemez. Genel kural budur. Ne var ki, yasalarda yer verilmeyen namı müstearla ilgili sicile yönelik işlemler yönünden çıkan çekişmeler toplum düzenini sağlamak ve sosyal barışı temin amacıyla yargısal uygulamalarla çözüme kavuşturulmuş ve 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile sicilin aksinin resmi akit tarihinden önce veya en geç akit tarihini taşıyan yazılı bir belge ile ispatı öngörülmüştür. İçtihadı Birleştirme Kararları'nın gerekçeleri ile açıklayıcı sonuç bölümleriyle bağlayıcı olduğu kuşkusuzdur.

Kaldı ki, ispat hukuku açısından değinilen İçtihadı Birleştirme görüşmelerinde başından sonuna kadar (3. oturumda karar bağlanmıştır) muvazaaa ile nam'ı müstear birlikte ele alınmış ve aynı şekilde değerlendirmeler yapılarak hukuki neticeye bağlanmış, sonuç bölümünde de, nam'ı müstearın adı yazılı bir belge ile ispatı kabul edilmiştir. Buna göre, inançlı işlem taraf muvazaası ve teminat mukabili temlik tasarruflarda da ispat hukuku açısından yarım asrı aşkın bir süredir İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilen ve bu müesseselerde de uygulanmasına mani bir hüküm bulunmayan hallerde adı yazılı belge ile ispat kuralı gözetilerek çekişmelerin çözümü cihetine gidilmiş ve yargısal uygulamalarda ilke olarak benimsenmiştir. Hemen açıklamak gerekir ki, değinilen bu düzenleme Medeni Yasa'nın öngördüğü sicil sisteminin güven, inandırıcılık ve kuvvetten düşümüne neden olacak bir boyutta olmayıp toplum hayatındaki düzenin temini ve bir gereksinimin giderilmesi açısından zaruretten kaynaklanan, istisnai nitelikli bir çözüm tarzı olduğu da tartışmasızdır.

Bütün bu açıklamalar karşısında somut olay değerlendirildiğinde, çekişme konusu ferağa icbar davasında dayanılan G. M. S. V. Sözleşmesi'nin gerçekten teminat mukabili (karz karşılığı) temlik olduğu yönündeki davalının (karşı davacı) iddia ve savunmasının akitten önceki veya en geç akit tarihini taşıyan yazılı bir belge ile ispatının gerekeceği kuşkusuzdur. Oysa dayanılan belge akde mukaddem (akit öncesi) veya en geç akde takaddüm (akit tarihinde) eden bir belge niteliğinde olmayıp sonraki tarihi taşımakta olup 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı'nın öngördüğü nitelikte bir belge değildir.

Hal böyle olunca asıl davanın kabulüne karşı davanın ise reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle aksine olan çoğunluk görüşüne ilke bazında iştirak edemiyoruz.

Üye
M. Yüksel Aydın

Üye
Nihal Koyuncu

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 22.12.2004****E. 2004/9-774****K. 2004/754***** Alacak davası***** Kusur indirimi**

(1086 sayılı HUMK 2994 sayılı K. ile değişik m. 438/11; 5953 sayılı K. m. 14; 818 sayılı BK m. 44)

Taraflar arasındaki “*alacak*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 5. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.02.2004 gün ve 2003/1148 E. 2004/146 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 31.05.2004 gün ve 2004/9996-13150 sayılı ilamı ile;

(... 1. Vekaletnamesindeki yetkiye istinaden temyiz isteminden vazgeçmiş olduğundan davacı vekilinin temyiz isteminin HUM K. 432/4 maddesi uyarınca reddine,

2. Davalının temyizine gelince;

a. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b. Davalı işverenlerce, Basın İş Yasası’nın 5. maddesi uyarınca 02.11.2001 tarihinde otuz günlük önel verilerek iş sözleşmesinin feshedildiği ve davacıya önel kullanıldığı anlaşıldığından, otuz günlük süre üzerinden hesaplanan ihbar tazminatına karar verilmesi hatalıdır.

c. Mahkemece, Basın İş Yasası’na tabi olarak çalışan davacının çalıştığı yaklaşık üç yıl için 232.711.947.454.-TL olarak hesaplanan fazla mesai %5 fazlası ve 14.977.249.991.-TL ulusal bayram ve genel tatil %5 fazlası alacaklarından %80 oranında indirim yapılarak hüküm kurulmuştur. Dairemizce de benimsenen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 24.12.1973 gün ve 1973/4E., 1V73/6 K. Sayılı kararında, “*yüzde beş fazla ödemeye tabi işçilik alacaklarının uzun süre talep edilmemiş olması durumunda gazetecinin bu durumdan yararlanmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağı*” vurgulanmıştır. Somut olayda davacı fesihden yaklaşık on altı ay sonra dava açmış olup, talep ettiği %5 fazla ödeme alacağının artmasında etkili olmuştur. Bu nedenle yapılan indirim oranı az bulunmuştur. Mahkemece somut olayın özelliği ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınarak daha yüksek bir oranda indirim yapılarak sonuca gidilmelidir...)

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.

Karşı Oy Yazısı

Dava, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 14. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan ücretlerin süresinde ödenmemesi nedeniyle günlük %5 fazlasıyla ödenmesine ilişkindir.

Mahkemece, bilirkişinin sunduğu rapora göre; davanın kısmen kabulü ile dava konulu edilen ulusal bayram, genel tatil ile fazla çalışma ücretleri ve bunların günlük %5 fazla ödeme alacağından kendiliğinden %80 indirim yapılarak toplam 56.667.791.902 TL'nin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi üzerine hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yüksek Daire'ce yapılan incelemede; davacı fesihden itibaren on altı ay sonra dava açtığını böylece %5 fazla ödeme alacağının artmasında etkili olduğunu, 24.12.1973 gün ve 1973/4 esas, 1973/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında "*%5 fazla ödemeye tabi işçilik alacaklarının uzun süre talep edememiş olması durumunda gazetecinin bu durumdan yararlanmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağını*" vurguladığını, bu bakımdan yapılan %80 indirimin az olduğunu gerekçe göstermek suretiyle hüküm bozulmuştur.

Mahkemece, ulusal bayram, genel tatil ve %5 fazlası alacaklar yönünden kararda direnmiştir.

Somut olayda, davacı, davalı tarafa ait iş yerinde Basın İş Yasası hükümlerine göre, 01.01.1999 tarihinde işe başlamış ve 22.02.2000 tarihine kadar kadrosuz, bu tarihten sonra ise, kadrolu olarak muhabir kameraman sıfatıyla çalıştığı anlaşılmıştır. Dosyadaki bilgilere göre davacının işine 13.12.2001 tarihinde son verilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme 22.02.2000 tarihinde yazılı olarak yapılmıştır. Ücretin her ay peşin olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı, 21.04.2003 günü noterden gönderdiği ihtarnamede günlük %5 fazlası dahil olmak üzere ihtarnamede belirtilen TL'nin tebliğ tarihinden itibaren iki iş günü içerisinde ödenmesini, aksi halde dava açacağını bildirmiştir. Anılan

ihhtarname davalı taraflara 28.04.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı taraf buna karşın ödemede bulunmamıştır. Davacının çalınma süresinin 2 yıl, 11 ay, 13 gün olduğu saptanmıştır.

5953 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde, *"kararlaştırılan ücret her ay peşin olarak ödenir. İlave ücretlerin sigorta priminin ödenmesi mecburidir. Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri geçecek her gün için %5 fazlasıyla ödemeye mecburdur."* Hükmü yer almaktadır. Yasa'da belirtilen gazeteci, bizzat alanda çalışan (muhabir, fotoğrafçı, tv çekimcisi vb.) fikir işçileridir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ücretin geç istemesinin iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığına karar vermesi üzerine, Yargıtay'ca az önce açıklanan 24.12.1973 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı ile ücretin geç ödenmesi halinde %5 fazla ödeme hükmünün kamu düzenini ilgilendirdiği, ancak gazetecinin ücretlerini zamanında istemeyerek kusurlu davranması halinde kıyas yoluyla BK'nın 44. maddesine göre indirim yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Fikir işçisi olan ve ücretleri ile geçimini sağlayan gazetecinin, salt gecikme ücreti almak için ay başında ücretini istemediği ve almadığı yaşamın olağan akışı ile bağdaşmaz. Günümüzde, gelişen teknolojinin de yardımı ile kayıtların tutulması çok kolaylaşmıştır. İş yerlerinde, kimlerin nerede, hangi saatlerde çalıştıkları, ne iş yaptıkları, ücretleri, kesintileri vb. kayıtları ayrıntılı biçimde tutulmaktadır.

Ülkemizde işsizlik oranının çok yüksek olduğu, basın sektöründeki *"tekelleşme"* sonucu çok sayıda basın çalışanın işini kaybettiği bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, ücretini zamanında alamayan bir basın çalışanından, iş verene ihtarda bulunmasını beklemek kendi isteğiyle işsizliği seçmesini istemek anlamına gelir. İş güvencesinin olmadığı bir ortamda, bir çalışandan bu cüreti beklemek pek mümkün görülmemektedir. Çünkü bu gibi çalışanlar her zaman işten atılma, işsiz kalma ve benzeri iş yeri tarafından işe alınmama endişesi ile karşı karşıyadırlar.

5953 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin amacı, basın çalışanına haksız bir kazanç sağlamak değil, ücretinin zamanında ödenmesini güvence altına almaktır. Bunu sağlamak düşüncesi ile %5 fazlasıyla ödeme biçiminde bir yaptırım öngörülmüştür. Ücretin geç ödenmesi halinde öngörülmüş olan %5'lik fazla ödeme, bir tazminat olmayıp ücret alacağıdır. Zamanında ödenmeyen ücretlere %5 oranında fazla ödeme yapılması sonucu hesaplanan ücretlerin çok yüksek miktarlara ulaşması karşısında Yargıtay'ca *"hakkaniyet indirimi"* uygulanarak sorunun çözülmesi yoluna gidilmiştir. Ne var ki, basın çalışanın, ücretini zamanında istemeyerek miktarının artmasına neden olduğu için %80 oranında kusurlu sayılmasını yeterli görülmemekle, kusur oranının daha da artırılmasını istemek de; *"hakkaniyet, hak ve adalet kuralları"* ile bağdaştırılmayacağı

gibi yargıya olan güveni de sarsar. Kaldı ki, davalı işverenlerde; davacının hesaplanan alacaklarını işe girdiği 01.01.2000 tarihinden itibaren ödemeyerek davacıyı çalıştırmaya devam ettiklerine göre, kendileri de %5 fazla ödeme alacağının artmasında etkili oldukları bir gerçektir. Buna karşın mahkemece, tarafların eşit oranda kusurlu oldukları gözetilerek %50 yerine, %80 oranında indirim yapılması yoluna gidilmiştir. Daha fazla bir indirim yapılması, yasa maddesinin konuluş amacına aykırı düştüğü gibi, alacağın tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Öte yandan hu husus tamamen taktire dayalı olup, mahkemelerce eşit kusurlu olma halinde %50 ile %100 arasında yapılacak bir taktirle her zaman bir dengeyi sağlamayacak ve eşitsizliğe yol açacaktır. Bu da ayrı bir sorun yaratır. Gerçekçi bir çözüm; bu konuda yeni bir yasal düzenleme yapmaktan geçer.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumuzdan payın çoğunluğun bozma kararına katılmıyoruz.

Yusuf ULUÇ
8. Hukuk Dairesi Üyesi

Mustafa KICALIOĞLU
4. Hukuk Dairesi Üyesi

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.10.2004
E. 2004/19-456
K. 2004/531

* Alacak davası
* KDV'nin tahsili
(3065 sayılı Katma Değer Vergisi K.
m. 8; 1086 sayılı HUMK m. 295;
213 sayılı Vergi Usul K. m. 8,
3229 sayılı K. ile değişik m.231/5)

Davacı T. T. D. T. AŞ vekili, davalı bankaya kredi borcu bulunan dava dışı iki şirket ile davalı arasında düzenlenen, borcun tasfiyesine ilişkin protokolde, anılan şirketlerin 12.01.1999 tarihi itibarıyla toplam borcunun 174.686.048.000 TL. olarak kabul edildiğini, bu iki şirketin davacıya ait 12 parsel sayılı taşınmazın davalı T. Bank'a satılmasını ve borçlarının da bu taşınmazın satış bedelinden mahsubunu sağlamayı taahhüt ettiklerini; protokolde taraf olmayan davacı şirketin, anılan taşınmazını 4.2.1999 tarihinde 250.000.000.000 TL. bedelle davalı T. Bank'a sattığını, ancak, davalının satış bedelini davacıya ödemediğini; taşınmazın satış bedeli üzerinden zorunlu olarak fatura düzenleyen davacı şirketin, faturayı noter aracılığıyla davalıya gönderip, satış bedeli üzerinden %15 KDV tutarı 37.500.000.000 TL'nin vergi dairesine ödenmek üzere kendisine havalesini istediğini; davalının KDV'den sorumlu olmadığı iddiasıyla

faturayı iade ettiğini, şirket sıfatını taşıyan davacının yasa gereği satışla ilgili fatura düzenlemek ve KDV'yi alıcıdan tahsil ederek vergi dairesine ödemek zorunda olduğunu, davalının faturayı iade etmek ve KDV tutarını ödememek gibi bir hakkının bulunmadığını ileri sürerek; satış bedelinin tamamını talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla, şimdilik, satış bedeli bakiyesi 75.313.952.000 TL ve KDV tutarı 37.500.000.000 TL olmak üzere toplam 112.313.952.000 TL'nin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı T. Bank AŞ vekili, davalı banka ile dava dışı borçlular arasındaki protokolün 7. maddesinde, taşınmazın tapuda 31.1.1999'a kadar devredilmemesi halinde protokolün hükümsüz olacağını belirttiğini, bu tarihe kadar devir yapılmadığı için protokolün hükümsüz kaldığını; ancak, borçlularla sürdürülen görüşmeler sonucunda, taşınmazın 4.2.1999 tarihinde 250.000.000.000 TL bedelle satışı alındığını, akit tablosunda davacının satış bedelini nakden ve tamamen aldığını yapıldığını, dava dışı şirketlerin borçlarının davacı tarafından kapatıldığını, bu durumda davacının satış bedelini isteyemeyeceğini; her ne kadar, protokolü imzalamamış ise de, davacının kendisine yükletilen edimi yerine getirmek sureti ile protokole fiilen katıldığını; tapuda gösterilen değer gerçeğe uygun olmayabileceğini, rayiç değer olarak kabul edilemeyeceğini; öte yandan, 3065 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, KDV'nin mükellef ve sorumlusunun mal teslim veya hizmet ifa edenler olduğunu, 54/1. maddeye göre, mükelleflerin, tutulması mecburi defter kayıtlarını bu verginin hesaplanmasına ve kontrolüne imkan verecek şekilde düzenlemesi gerektiğini, 57/1. maddeye göre de, perakende satışı yapılan mallara ait fatura ve etiketlerde KDV tutarının ayrıca gösterilmesi mecburiyetinin bulunmadığını, davacının perakende satış yapması nedeniyle KDV'nin fiyata dahil olduğunu, satıştan dört ay sonra kesilen usulsüz faturanın davacıyı haklı kılmayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; taşınmazın satımına ilişkin 4.2.1999 tarihli Akit Tablosu metninde, davacı şirket yetkilisinin 250 milyar TL satış bedelini nakden ve tamamen aldığına dair beyanı bulunduğu, HUMK'un 295. maddesi uyarınca senedin aksinin kanıtlanamadığı, sahteliği de ileri sürülmeyen senette yapıldığı yazılı olan ödemenin gerçekte yapılmadığı yönündeki davacı iddiasına itibar edilemeyeceği gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, davalı vekilinin karar düzeltme istemi de reddedilmiştir.

Davalı Banka'ya kredi borcu bulunan dava dışı iki şirket ile davalı arasında, borçların tasfiyesi amacıyla tarihsiz bir protokol düzenlendiği; bu protokolde 12.1.1999 tarihi itibarıyla borçlu şirketlerin davalıya 174.686.048.000 TL borçlu olduklarının kabul ve bu borcun davacı şirkete ait 12 parsel nolu taşınmazın

alacaklı davalı Banka'ya satışı suretiyle tasfiyesinin, borç tutarına taşınmazın devir tarihine kadar yıllık %125 faiz ödenmesinin taahhüt edildiği, protokolün uygulanmasından doğabilecek her türlü vergi, resim, harç ve benzerlerinin borçlulara ait olacağı ve devir işlemi 31.1.1999 tarihine kadar yapılmadığı takdirde protokolün hükümsüz kalacağı kararlaştırıldı; bu protokol çerçevesinde, davacı adına tapuya kayıtlı 12 parsel nolu, 894 m2. yüzölçümlü, bahçe vasıflı taşınmazın 4.2.1999 günlü akit tablosu ile davacı şirketin vekili tarafından, 250.000.000.000 TL bedelle davalı Banka'ya satıldığı; akit tablosunda, satıcı vekilinin satış bedelini tamamen, nakden ve vekaleten aldığına dair beyanına yer verildiği, ancak, satış bedeli içinde KDV'nin de bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama yapılmadığı; davacı tarafından davalı adına, taşınmaz satış bedeli 250.000.000.000 TL ve bunun %15 oranındaki KDV'si 37.500.000.000 TL olmak üzere toplam 287.500.000.000 TL tutarlı, 18.6.1999 günlü faturanın düzenlendiği ve 22.6.1999 günlü yazı ekinde noter aracılığıyla davalıya tebliğ edilerek, KDV tutarı 37.500.000.000 TL'nin ödenmesinin istenildiği; davalı tarafın, 12.7.1999 günlü cevabi ihtarında, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 5. maddesi hükmüne ve protokolün 8. maddesindeki ifadeye göre, KDV yükümlülüğünün mal teslimini yapan davacı şirkete ait olduğunu ileri sürerek faturayı davacıya iade ettiği; davacı şirketin 37.500.000.000 TL KDV'yi 26.7.1999 günü vergi dairesine ödediği, 24.9.1999 günü eldeki davanın açıldığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır.

Maddi olgunun açıklanan bu içeriği yönünden, gerek taraflar ve gerekse yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Bu noktada, uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu yasal durum ve kavramlar hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 8. maddesi vergi yükümlüsünü (mükellefini) "*Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu temettü eden gerçek veya tüzel kişi*"; vergi sorumlusunu ise, "*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi*" şeklinde tanımlamış; kural olarak, vergi yükümlülüğüne ve sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin, vergi dairelerini bağlamayacağı hükmünü getirmiştir.

Katma Değer Vergisi, mal ya da hizmetin üretiminden tüketiciye intikaline kadar her el değiştirme aşamasında alınan genel bir tüketim vergisidir (Prof. Dr. Mehmet Ali Canoğlu - Doç. Dr. Rüstem Hacıüstemoğlu, *Vergi Uygulamaları ve Muhasebesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 1990, s. 425).

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 8. maddesine göre, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, Katma Değer Vergisi'nin mükellefleri (yükümlüleri), bu işleri yapanlardır (Burada "*Teslim*" kavramı, 2. maddede, "...Bir

mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce, alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır). 9. maddede, mükellefin Türkiye içinde ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı’nın, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği belirtilmiştir. Anılan Kanun’un 57. maddesi “Perakende satışı yapılan mallara ait etiketlerde, Katma Değer Vergisi’nin satış fiyatına dahil olup olmadığı açıkça belirtilir. Vergi satış fiyatından hariç ise bunun miktarı ayrıta gösterilir. Katma Değer Vergisi’nin fatura ve benzeri vesikalarda ayrıca gösterilmesine gerek görülmeyen işlen ilerde bu hüküm uygulanmaz” hükmünü taşımaktadır.

Bu yasal düzenlemelerin, somut olayda uyumsuzluğun ilişkin bulunduğu satış sözleşmeleri bakımından ortaya koyduğu sonuç şudur:

Türk vergi sistemi, Katma Değer Vergisi’ni mal ya da hizmetin üretiminden tüketiciye intikaline kadar her el değiştirme aşamasında alınan genel bir tüketim vergisi olarak düzenlemek suretiyle, satış işlemlerinde bu verginin alıcı tarafından ödenmesini öngörmüştür. Buna göre, alıcı, satış bedelini ve o bedel üzerinden devlete ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi tutarını satıcıya verecek; satıcı ise, kendisine ait satış bedeliyle birlikte, Katma Değer Vergisi’ni de alıcıdan tahsil edecek; satış bedelini kendisinde tutup, Katma Değer Vergisi’ni devlete ödeyecek, bu yönde bir aracılık yapacaktır. Eş söyleyişle, alıcının ödediği Katma Değer Vergisi’ni onun asıl sahibi durumundaki Devlete intikal ettirmekle yükümlü olan; kısaca bu verginin devlete karşı yükümlüsü durumunda bulunan, satıcıdır. Alıcıya düşen, satış bedelinden ayrı olarak gösterilmesi ve bu şekilde kendisinden istenmesi halinde, bedele ek olarak vergi tutarını da satıcıya vermekten ibarettir; alıcı, söz konusu verginin yükümlüsü veya sorumlusu değildir. Başka bir ifadeyle, Katma Değer Vergisi’ni devlete ödenmek üzere satıcıya vermek alıcıya ait bir görev; bunu satış bedeliyle birlikte alıp, daha sonra Maliye’ye yatırmak ise satıcıya ait bir yükümlülüktür. Devlet, bu yasal düzenlemelerle, satıcıyı, borçlusu alıcı olan Katma Değer Vergisi’ni kendisi adına ondan tahsil etmek ve daha sonra yasal düzenlemelerin öngördüğü şekil ve zamanlarda kendisine (Maliye’ye) ödemek yükümlülüğünü satıcıya yüklemiştir.

Görüldüğü üzere, satış sözleşmeleri bakımından vergi yükümlülüğü, devlet ile satıcı arasındaki bir ilişkiyi ifade etmektedir. Devlet, oluşturduğu vergi sisteminde, vergiyi doğuran satış ilişkisi çerçevesinde kendisine Katma Değer Vergisi ödenmesini satıcıya ait bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Satıcının, devlete ödenecek Katma Değer Vergisi’ni satış bedeline dahil olarak mı, yoksa ondan ayrı bir şekilde mi tahsil edeceği, kural olarak yasal düzen-

lemelerin konusu değildir; alıcı ve satıcı arasındaki bir iç ilişki olarak, onların tasarrufuna bırakılmıştır. Dolayısıyla, Yasa'dan kaynaklanan ayrık durumlar dışında, bir satım sözleşmesinde, satıcı, tarafların üzerinde anlaştıkları koşullar çerçevesinde, alıcıdan mevzuat gereğince alması gereken Katma Değer Vergisi tutarını da satış bedeline ekleyip, kendisinde tutacağı satış bedelini ve devlete intikal ettireceği vergi tutarını ayrı ayrı göstererek, alıcının kendisine ödeyeceği toplam miktarı buna göre belirleyip, alıcının onayına sunmak; kabul ettiği takdirde satış bedeli ve Katma Değer Vergisi toplamını alıcıdan almak veya tersine, satış bedelini belirlerken Katma Değer Vergisi'ni hiç hesaba kalmayıp, bunu bizzat üstlenmek, böylece, kendi üzerinde tutacağı miktarı azaltmak yolunu seçebilir. Kuşkusuz, satış bedelinin ve onun Katma Değer Vergisi'nin ayrı ayrı gösterildiği durumlarda, alıcının anılan vergiyi ödemekten kaçınması halinde, satıcı, malını satıp satmamakta özgürdür.

Sözleşme aşamasında, satış bedeli ve vergi tutarını ayrı ayrı göstermeyen satıcı, o satıştan dolayı ödediği Katma Değer Vergisi'ni alıcı adına değil, kendisi adına ödemiş olur. Bunu sonradan alıcıdan isteyip işleyemeyeceği; vergi hukukunun düzenleme alanının dışına taşan, vergi hukukunun kural ve ilkelerine göre değerlendirilmesine olanak bulunmayan, dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nun sözleşme hukukunu düzenleyen hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirme yapıldığında: Bedel unsuru, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Satıcının, başlangıçta üzerinde iradelerin birleştiği bedel (alıcının satıcıya ödeyeceği tutar) dışında, alıcıdan sonradan ayrıca bir istemde bulunmasına olanak yoktur. Dolayısıyla, somut olayda olduğu gibi, satış bedelini tahsil ederken, alıcıdan ayrıca Katma Değer Vergisi isteyip almamış olan satıcı, sonradan alıcıdan bu yönde bir istemde bulunamaz.

Somut olayın özelliği bakımından şu da belirtilmelidir ki; taşınmaz satımının davacı sirkelin ticari faaliyet alanı içerisinde bulunmamasına, eş söyleyişle, dava konusu taşınmaz satımının, davacının ticari faaliyetleri çerçevesinde mutat olarak yaptığı bir iş olmamasına, tersine, davacı açısından bu satış işleminin, kendi malvarlığına dahil bir taşınmazın, ticari faaliyetini ilgilendirmeyen bir nedenle üçüncü bir kişiye satımından ibaret bulunmasına göre, olayda, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun perakende veya toptan satışla ilgili kurallarının ve bu çerçevede Maliye Bakanlığı'nca yürürlüğe konulan Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ndeki ilkelerin (bu tür satımlarda Katma Değer Vergisi'nin satış bedelinden ayrı olarak gösterilmesi gerektiğini veya tersini öngören düzenlemelerin) uygulama yeri yoktur.

Somut uyuşmazlıkta vergiyi doğuran olay, taraflar arasındaki taşınmaz satımıdır. Bu satımın yapılmasıyla birlikte, devlet Katma Değer Vergisi alma hakkına sahip, satıcı da bunu ödemekle yükümlü olmuştur. Taraflar, sözleşme aşamasında, satış bedeline bu verginin de dahil olup olmadığına dair bir kararlaştırmada bulunmamışlar; davacı satıcı, Katma Değer Vergisi'ni satış bedelinden ayrı olarak gösterip, davalı alıcının bilgisine ve onayına sunmamış, satış işlemi geçerli şekilde yapıp, satış bedelini aldıktan ve böylece davalı ile aralarındaki hukuki ilişki sona erdikten yaklaşık altı ay sonra, Katma Değer Vergisi içeren bir fatura düzenleyip davalıya tebliğ etmiş, ödeme isteminde bulunmuştur. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bu istemin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (uyuşmazlığa konu Katma Değer Vergisi'ni içeren faturanın düzenlendiği 18.6.1999 tarihinde yürürlükte bulunan 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı Kanun ile değişik) 231/5. maddesi; faturanın, malın tesliminden itibaren en çok on gün içinde düzenlenmesi gerektiği; bu süre içerisinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmünü taşımaktadır. Somut olayda, davacının tapudaki satış işlemi üzerinden yaklaşık altı ay geçtikten sonra düzenlediği 18.6.1999 günlü faturanın, bu hüküm anlamında hiç düzenlenmemiş sayılması gerektiği de açıktır.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin sonucu itibariyle aynı gerekçeye dayanan direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004
E. 2004/21-445
K. 2004/487

* Destekten yoksun kalma ve manevi tazminat
(506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 24; 818 sayılı BK m. 45)

Taraflar arasındaki "destekten yoksun kalma ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. İş Mahkemesi'nce davanın destekten yoksun kalma tazminatının reddine, manevi tazminat kısmının, kısmen kabulüne dair verilen 15.04.2003 gün ve 2000/504 E. 2003/206 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 06.11.2003 gün ve 2003/8772-9009 sayılı ilamı ile; (...Dava nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemi-ne ilişkindir. Bu nedenle, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşürülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş yerleşmiş, görüşlerindedir. Bu bakımdan, davanın niteliği göz önünde tutularak önce-

likle hak sahiplerine Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması, gelir bağlanmış ise, bildirilen miktarın, tazminattan düşülmesi, gelir bağlanmamış ise bu yön, hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine; gelir bağlanması için Sosyal Sigortalar Kurumu'na başvurması giderek, Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine dava açması için önel verilmesinde ve verilen önelin sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk olduğu açıktır. Başka bir anlatımla, hak sahibi tarafından Kurum aleyhine açılan davada, 506 sayılı Yasa'nın 24. maddenin öngördüğü koşulların oluşmadığının saptanması durumunda; hak sahibine gelir bağlanmayacağı, giderek hak sahibinin, destekten yoksun kalma tazminat isteme hakkına sahip olmayacağı açık seçiktir. Somut olayda, hak sahibi anne ve baba yönünden yukarıda açıklanan doğrultuda, inceleme ve araştırma yapılmadığı ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozulmasına, bozma nedenine göre, sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına,

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) 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.

Karşı Oy

Dava, iş kazası nedeniyle ölen işçinin anne, baba ve kardeşlerinin, işveren ve olay nedeni ile sorumlu olan kişiler aleyhine açtıkları destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkindir.

Mahkemece, maddi tazminat isteminin ölen işçinin anne ve babası olan davacılar bakımından sözü geçen davacıların SSK yönünden hak sahibi olmaları nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Yüksek Özel Daire bozma kararında aynen “.... davanın niteliği gözönünde tutularak öncelikle hak sahiplerine SSK tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlayıp bağlanmadığının araştırılması, gelir bağlanmış ise bildirilen miktarın tazminattan düşülmesi, gelir bağlanmamış ise bu yön hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine gelir bağlanması için SSK’ya başvurusu, giderek SSK aleyhine dava açması için önel verilmesinde ve verilen önelin sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk olduğu açıktır. Başka bir anlatımla hak sahibi tarafından kurum aleyhine açılan davada 506 sayılı Yasa’nın 24. maddenin öngördüğü koşulları oluşmadığının saptanması durumunda, hak sahibine gelir bağlanmayacağı giderek hak sahibini, destekten yoksun kalma tazminat isteme hakkına sahip olmayacağı açık seçiktir. Somut olayda, hak sahibi anne ve baba yönünden yukarıda açıklanan doğrultuda inceleme ve araştırma yapılmadığı ortadadır...” gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

Bu ifadeden anlaşılacağı gibi, hem yerel mahkeme hem de Yüksek Özel Daire iş kazası nedeniyle işveren ve diğer sorumlulardan maddi tazminat istenebilmesi için 506 sayılı Yasa’nın 24. maddesindeki koşulların oluşması gerektiğini kabul etmişlerdir.

Her ne kadar hükmedilmesi gereken destekten yoksun kalma tazminatından mahsup yapılacak tutarın tespiti bakımından, SSK tarafından bağlanacak gelir yönünden bir belirleme yapılması gerektiğinden, kararı davacı hak sahibinin gelir bağlanması için SSK’ya başvurusu veya dava açması için önel verilmesi ile ilgili bozma gerekçesi yerinde ise de, işverenin gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların BK’nın 45 ve genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunulabileceği, bu konu uygulama ve doktrinde de böyle kabul edildiğinden (Bkz. Prof. Dr. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İst. Eylül 2002) destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanılabilmesi için 506 sayılı SSK’nın 24. maddesinde öngörülen koşulların oluşması gereğine değinen Özel Daire bozma ilamı gerekçesi ve aynı yoldaki sayın genel kurul çoğunluğunun görüşüne katılmıyoruz.

11. Hukuk Dairesi Başkanı
İşıl Ulaş

11. Hukuk Dairesi Üyesi
Ahmet Özgan

* * *

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 24.03.2004

E. 2004/2686

K. 2004/3690

* Velayetin iadesi

(743 sayılı TMK m. 274; 4721 sayılı
TMK m. 351/2)

Olayda 10.05.1989 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile müşterek çocuk 01.10.1987 doğumlu M.'nin velayeti anneye verilmiş, bilahare, anneannenin 09.01.1997 tarihinde anneye karşı açtığı dava sonucunda; Türk Kanunu Medenisinin 274. maddesi gereğince annenin çocuk üzerindeki velayet hakkı nezd edilmiştir. Karar 09.06.1997'de kesinleşmiştir.

Bundan sonra, neze karar veren mahkemenin ihbarda bulunması üzerine Banaz Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 04.12.1997 tarihli 97/343-519 sayılı kararı ile "(...) küçük M.'nin velayetinin babası (davalı) Y.'ye verilmesine, babanın veli tayinine" karar verilmiştir.

İşbu dava ise çocuğun anası tarafından 10.04.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı, çocuğun velayetinin davalı babadan alınıp kendisine verilmesini ve çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmesini istemektedir. İstek "(...) velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalktığından bahisle velayetin iadesi (TMK m. 351/2)" niteliğindedir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilip hasil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

Sonuç: Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 22.03.2004

E. 2004/2676

K. 2004/3588

* Soy bağıının reddi

* Gecikmeyi haklı kılan sebep

* Ek dava açma süresi

* Kayyım tayini

(743 sayılı TMK m. 242, 246/2-3;
4721 sayılı TMK m. 289,291)

Davacı koca, kendisinin Almanya'da karısının ise Türkiye'de olmak üzere on beş yıldır ayrı yaşadıklarını, Türkiye'de askerlik için geldiği 2002 yılı Nisan ayında T. isimli kız çocuğun nüfusuna kayıtlı olduğunu öğrendiğini, on beş

yıl boyunca Türkiye'ye gelmediğini, karısıyla hiçbir ilişkisinin olmadığını ileri sürmüş, bu çocuğun soy bağının reddini istemiştir.

Tarafların 1983 yılında evlendikleri, soy bağının reddi istenen çocuğun 07.07.1996 doğumlu olarak, 01.06.1998 tarihinde davacının aile nüfusuna kayıt ettirildiği dosyadaki nüfus kaydından anlaşılmaktadır.

Dava, ana (davacının eşi) ve çocuk aleyhine açılmış, çocuğu davada velayeten annesi temsil etmiştir.

Davalı ana, iddiayı kabul etmiş, soy bağının reddi istenen çocuğun, evlilik dışı yaşadığı başka bir erkekten olduğunu açıklamıştır.

Mahkemece dava hak düşürücü sürede açılmadığı belirtilerek reddedilmiştir. Gerekçede; Türk Medeni Kanunu'nun 289. maddesine göre kocanın "*her halde*" çocuğun doğumundan başlayarak beş yıl içinde bu davayı açabileceği, 289/3 maddedeki "*ek sürenin*" çocuğun açacağı dava için olduğu, bu süreden kocanın yararlanamayacağı açıklanmıştır.

Karar davacı koca tarafından temyiz edilmiştir.

Kocanın açacağı soy bağının reddi davasında dava açma süresi önceki Medeni Kanun'umuzda (743 sayılı TMK) üç farklı şekilde düzenlenmiştir.

1. Genel kural kocanın, çocuğun doğduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu davayı açabileceğine ilişkin hüküm (m. 242)

2. Kocanın, çocuğu tanımak veya süresinde reddetmemek hususunda işgal olduğunu iddia ve ispat etmesi halinde; işgal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren ek bir aylık süre içinde davayı açabileceğine dair kural (m. 246/2)

3. Davanın süresinde açılmaması haklı bir sebepten ileri gelmişse, sürenin geçmesine bakılmaksızın bu davanın açılabilmesine dair düzenleme (m. 246/3)

Öğreti ve uygulamada bu son durumun gerçekleşmesi halinde zaman geçirilmeksizin en kısa zamanda davanın açılabilmesi kabul görmüştü.

4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'muzda, soy bağının reddi davasında dava açma süresi 289 ve 291. maddelerde düzenlenmiştir. Kocanın ve çocuğun açacağı davadaki hak düşürücü süre 289. maddede diğer ilgililerin açacağı davadaki hak düşürücü süre ise 291. maddede hükme bağlanmıştır. Soy bağına ilişkin düzenlemenin tümü madde gerekçeleri ile incelendiğinde; sürelerin önceki kanunumuza göre daha uzun tutulduğu, iki ayrı sürenin öngörüldüğü görülmektedir.

1. Genel kural olarak bir ve beş yıllık süreler,

2. Bu süreler içinde davanın açılmaması “gecikmeyi haklı kılan bir sebepten” kaynaklanmış ise, bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren ek bir yıllık süre kabul edilmiştir. Önceki Kanun’umuzdaki “kocanın işgal edilmiş olması halinde” de yeni Kanun’umuzda “gecikmeyi haklı kılan sebeplerin” içine alındığı anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar ışığında; 289. maddedeki ek dava açma süresinin sadece çocuk için değil, kocanın açacağı soy bağının reddi davası içinde geçerli olduğunun kabulü yasanın amacına uygun olur.

Davacı, gecikmeyi haklı kılan bir sebep olduğunu ileri sürmüştür. O halde; çocuğun nüfusa tesciline dayanak oluşturan belgeler getirilmeli, gecikmeyi haklı kılan bir sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren ek bir yıllık süre içinde kocanın dava açabileceğinden hareketle, işinin esasının incelenmesi gerekir.

Soy bağının reddi davasında da, babalık davasında olduğu gibi ana ile çocuk arasında her zaman bir yarar çatışması ihtimali bulunduğu; küçüğe kayyım tayin ettirilip katılmasına imkan hazırlanmadan, gösterdiği takdirde onun da delilleri toplanmadan karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın açıklanan sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre de diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 25.03.2004

E. 2004/2908

K. 2004/3774

* Boşanmadan bağımsız tedbir nafakası

* Vekalet ücreti

* Boşanmadan bağımsız manevi tazminat

(818 sayılı BK m. 49; 4721 sayılı TMK m. 24; Av. Ücret Tarifesi m. 9)

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre kocanın tüm, kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2. Kadının boşanmadan bağımsız açtığı tedbir nafakası davası kabul edilmiştir. Avukatlık Ücret Tarifesi’nin 9. maddesi dikkate alınarak davacı yararına vekalet ücreti takdir edilmesi gerekir. Bu hususun dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

3. Kadın 03.03.2003 günlü dava dilekçesinde kocanın başka bir kadınla yaşadığını ileri sürerek Borçlar Yasası'nın 49, Medeni Kanun'un 24. maddesine dayanarak manevi tazminat isteğinde bulunmuştur. Bu dava boşanmadan bağımsızdır. Başvurma harcı alınmıştır. Mahkemece nispi harç ikmal ettirilip, delillerin bu çerçevede değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. İsteğin boşanmanın eki (ferisi) olarak kabul edilip isteğin reddedilmesi isabetsizdir.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün 2 ve 3. bentte gösterilen sebeple bozulmasına, kararın bozma kapsamı dışında kalan yönlerinin ise onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2004

E. 2004/2566

K. 2004/4278

* Dernek genel kurulu kararının iptali

(İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler
Kontrolörler Eğitim, Kültür,
Yardımlaşma ve Dayanışma
Derneği Tüzüğü m. 18/2)

Davacı; davalı derneğin olağan genel kurulunda yönetim kuruluna tek başına aday olduğunu, genel kurulca oluşturulan divan başkanlığının yönetim kurulu üyelikleri seçimlerinde liste usulü seçim yapılacağını, listede yer almayan adayların seçime katılamayacağını bildirdiği ve liste dışı aday olarak seçime katılma hakkının elinden alındığını, bu nedenle davalı derneğin 26.01.2002 günlü genel kurul toplantısında, yönetim kurulu üyelikleri seçimine ilişkin karar ve seçim işlemlerinin iptalini istemiştir.

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörler Eğitim, Kültür, Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği Tüzüğü'nün oy kullanma ve karar alma usul ve şekillerini düzenleyen 18. maddenin 2. fıkrasına göre açık oylamada genel kurul başkanın belirteceği yöntem uygulanır. Tüzük'te başkaca bir çoğunluk gösterilmemişse geçerli oyların yarısından bir fazlasına erişen aday ya da öneri kazanmış veya kararlaştırılmış olur, hükmü yer almaktadır.

26.01.2002 günlü olağan genel kurul toplantısında gündemin 8. maddesi görüşüldüğü blok liste veya çarşaf liste şeklinde seçime gidilmesi yönünde 2. önerge verildiği blok liste önerisinin kırk bir oyla kabul edildiği ve blok liste olarak seçime gidilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Genel kurul divan başkanlığınca davacının tek başına aday olma isteminin kabul edilmemesi Tüzüğü'nün 18. maddesine uygundur. Bu nedenle davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 12.04.2004

E. 2004/3467

K. 2004/4621

* Boşanma

* Kusur

* **Hakkın kötüye kullanılması**

(4721 sayılı TMK m. 166/2)

Toplanan delillerden; davacının beş seneden beri bir başkası ile karı koca gibi yaşadığı anlaşılmaktadır. Koca da evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmemiştir. Kusurun ağırlığının davacıda (kadında) olduğu açıktır. Bu evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yönü kalmamıştır. Kocanın (davalının) boşanmaya karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir (TMK m. 166/2) Mahkemece boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde isteğin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün gösterilen sebeple bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 22.03.2004

E. 2004/2052

K. 2004/3561

* Kayyım tayini

* Yasal temsilci

* **Temsil kayyımı**

(6762 sayılı TTK m. 15; 4721 sayılı TMK m. 345, 426/2, 459)

Davacılar müşterek çocukları 1995 doğumlu Y. K. K. adına ticari işletme açtıklarını; küçüğe işletmeyle ilgili menkul, gayrimenkul ve araç devri yapacaklarını belirterek kayyım tayini istemişlerdir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dava dilekçesine küçük adına olan vergi levhası fotokopisi eklenmiştir.

Küçük ve mahcurlara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten veli ve vasi, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Şu kadar ki; kanuni mümessil ceza hükümleri bakımından tacir gibi mesul olur (Türk Ticaret Kanunu m. 15).

Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hakimın onayına bağlıdır (TMK m. 345).

Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı temsil kayyımı atar (TMK m. 426/2).

Belli bir iş için görevlendirilmiş olan kayyım, vesayet makamının talimatına aynen uymak zorundadır (TMK m. 459).

Davacılar anne ve baba küçüğün yasal temsilcisidir. Dava dilekçesindeki açıklama nazara alındığında Türk Medeni Kanunu'nun 426/2. maddesi uyarınca küçük için temsil kayyımı atanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 22.03.2004

E. 2004/2731

K. 2004/3608

* Mirasın reddi

* Terekenin borca batık
olduğunun tescili

* Velayette dava ehliyeti

* Kayyım tayini

(4722 sayılı K. m. 17; 743 sayılı
TMK m. 545, 551/1; 4721 sayılı
TMK m. 336)

1. 4722 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca davada 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerinin uygulanması gerekir.

2. Miras bırakan R. 24.09.2001 tarihinde ölmüş, kanuni mirasçuları olan eşi H., kızları H. ve H. mirası kayıtsız şartsız 31.10.2001 tarihinde reddetmişlerdir. H.'nin eşi H., kendi adına asaleten, çocukları 1998 doğumlu G. ve 1995 doğumlu G.'ye velayeten temyize konu davayı 21.07.2003 tarihinde açarak:

“Terekenin borca batık olduğunu, yasal mirasçılardan reddetmesiyle mirasın kendilerine geçtiğini Haziran 2003 tarihinde öğrendiklerini” belirterek mirasın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, dava, yasal süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

İstek, terekenin borca batık olduğunun tesciline ilişkindir. Ölüm anında tereke borca batık ise, miras kendiliğinden reddedilmiş sayılır (TKM m. 545). Bu davada bir süre söz konusu değildir. Mirasçılardan biri, mirası reddederse, bunun hissesi murisin vefatında hayatta değilmiş gibi diğer mirasçılara intikal eder (TKM m. 551/1).

Öte yandan, temyize konu davayı, kendisine asaleten çocuklara velayeten Ha. açmıştır. Davacı, eşiyile ayrı yaşadıklarını, çocukların fiilen kendi yanında olduğunu belirtmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hakim velayeti eşlerden birine verebilir (4721 sayılı TMK m. 336). Velinin hukuki yararıyla küçüklerin hukuki yararlarının çatışma ihtimali varsa kayyım tayini gerekir. Bu yönler üzerinde de durulmadan, yazılı olduğu şekilde davanın süre yönünden reddi doğru bulunmamıştır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın gösterilen sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 03.05.2004

E. 2004/4490

K. 2004/5718

* Vasinin azli

* Yeni vasi tayini

* Görev

(5133 sayılı K. m. 2; 4787 sayılı K. m. 4; 4721 sayılı TMK m. 397, 483)

Dava vasinin azli ve yeni vasi tayinine ilişkindir.

20.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5133 sayılı Yasa'nın 2. maddesi 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesini değiştirmiş ve Medeni Kanun'un ikinci kitabının üçüncü kısmından kaynaklanan davaları aile mahkemesinden almış ve genel mahkemelere bırakmıştır. Vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi, denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397). Vasinin azline vesayet makamı tarafından karar verilir (TMK m. 483).

Görev kamu düzeni ile ilgilidir. Yargılamanın her aşamasında dikkate alınması zorunludur. Bu açıklama karşısında görev yönünden hükmün bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün gösterilen sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre de diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 29.04.2004

E. 2004/3800

K. 2004/5624

* Evlat edinme

* Başvuru

(2828 sayılı K. m. 22; Yönerge m. 6)

Evlat edinilmek istenilen S. 22.07.2001 doğumludur. Elazığ 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/214 sayılı kararı ile koruma altına alınmış ve bu karar kaldırılmamıştır.

2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 22. maddesine dayanılarak çıkartılan yönergede; evlat edinmek isteyen yurt dışında ikamet eden Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile bir yıldan fazla süre için Türkiye'de ikamet izni almış yabancı uyrukluların evlat edinme başvurularının doğrudan genel müdürlüğe, yurt dışında ikamet eden yabancı uyrukluların ise buldukları ülkenin evlat edinme ile ilgili merkezi otoritelere yapacaklarını, yurt dışında ikamet eden Türkiye Cumhuriyeti uyruklu ve yabancı uyrukluların dosyalarının genel müdürlükçe hazırlanacağını hükme bağlamıştır (Yönerge m. 6).

Evlat edinmek isteyenlerden M. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, eşi C. ise Alman vatandaşıdır. Her ikisinin Almanya'da oturdukları da tartışmasızdır. Mahkemece sözü edilen Yasa'nın 22 ve Yönerge'nin 6. maddesi dikkate alınmadan yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün gösterilen sebeple bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 11.05.2004

E. 2004/3103

K. 2004/6104

* Boşanma davası açan eşin ölümü

* Mirasçıların davaya devam etmesi

* Eşlerin kusur durumunun araştırılması

* Aile mahkemelerinin görev alanı

(4721 sayılı K. m. 166/2, 181/2; 5133 sayılı K. m. 2-3; 4787 sayılı K. m. 4/1, Geçici m. 1)

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre evlilik birliği ölümle sona erdiğinden davacı mirasçılarının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2. Davacı mirasçıları davayı Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesinde yazılı eşlerin kusur nispetinin belirlenmesi yönünden talep edeceklerini beyan etmiş ve delil göstermişlerdir. Bu konuda davalıya da usulüne uygun önel verilmesi, gösterdiği taktirde taraf delillerinin toplanması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/1 maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMK m. 118-395, 5133 sayılı K. m. 2-3) 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 olunan kararın 2. bentte yazılı nedenle bozulmasına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 1. bentte gösterilen sebeple onanmasına oyçokluğuyla karar verildi.

Muhalefet Şerhi

Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesiyle ilgili davada öncelikli koşul, üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu süre içerisinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır. Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir.

Önceki dava reddedilmiş, bu davada davalı kadının kusurlu olmadığı kabul edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davacı koca, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesi uyarınca açtığı bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin dolması nedenine dayanmış, davalı kadının kusurlu olduğuna ilişkin bir iddiaya yer vermemiştir. Ölümü üzerine davaya devam eden mirasçılarının, kocanın boşanma nedeni yapmadığı olaylara dayanarak kadının kusurlu olduğunu kanıtlama olanakları bulunmamaktadır. Kusur durumuna ilişkin tanıkların dinlenmesi sonuca etkili olmayacaktır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Üye
A. Vehbi Aksoy

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 17.05.2004

E. 2004/5206

K. 2004/6407

*** Noterlik işleminde tanıklık ehliyeti**

*** Vekaletnamenin geçerliliği**

*** Mirasçılarının boşanma davasına devam etmesi**

(1512 sayılı Noterlik K. m. 76/3;
4721 sayılı TMK m. 181)

Davacı H., Avukat A.'ya 22.01.2002'de vekalet vermiş, imza bilmemesi sebebiyle de vekaletnamede parmak izini kullanmıştır. Noterlik Yasası'nın 76/3. maddesi; ilgililerden biri ile aralarında sihri dahi olsa usul veya furu veya kan hısımlığında üçüncü, sıhri hısımlıkta ikinci derecede (bu dereceler dahil) civar hısımlığı veyahut evlat edinme ilişkisi olanların tanık olarak noterlik işlemine katılamayacaklarını hükme bağlamıştır. Toplanan delillerden; vekaletnameye tanık olarak katılan S.'nin davacı H.'nin torunu olduğu anlaşılmaktadır. Bu hali ile vekaletname geçersizdir. Davacının usulsüz vekilin işlemlerine icazet vermesi de söz konusu değildir. Vekaletnamenin geçerliliği dava şartlarındandır. Mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığına göre Medeni Kanun'un 181. maddesine göre ölen davacının mirasçılarının bu davayı kusurun tesbiti bakımından takip yetkileri de bulunmamaktadır. Mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, kusurun tesbiti bakımından esasın incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün gösterilen sebeple bozulmasına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2004

E. 2004/3590

K. 2004/4216

* **Boşanmada velayet**

* **Müşterek çocukların dinlenmesi**

(Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6)

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre sair temyiz itirazları yersizdir.

2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca müşterek çocuklar dinlenmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde velayet düzenlemesi yapılması usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın 2. bentte gösterilen sebeple velayet yönünden bozulmasına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 1. bentte yazılı nedenle onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 27.04.2004

E. 2004/4597

K. 2004/5394

* **Boşanmanın eki niteliğinde tazminat**

* **Tazminatın taksitle ödenmesi**

* **Hüküm fıkrasının açık olması ilkesi**

(4721 sayılı TMK m. 176/1-2; 1086 sayılı HUMK m. 388)

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalının nafakalara ilişkin temyiz talebi yersizdir.

2. Davalının tazminatlara yönelik temyizine gelince;

a. Boşanmanın eki niteliğinde hükmedilecek tazminatların ödenme biçimi Türk Medeni Kanunu'nun 176. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre maddi tazminatın toptan veya irat biçiminde, manevi tazminatın ise sadece toptan olarak ödenmesine karar verilebilir (TMK m. 176/1-2). Mahkemece yasada belirtilen ödeme biçimi dışına çıkılarak hükmedilen maddi ve manevi tazminatın dört taksit şeklinde ödenmesine karar verilmesi doğru değildir. Ne var ki davacının bu yönde temyizi bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış yanlışlığa işaret edilmekle yetinilmiştir.

b. Mahkemece kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminatların hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde dört eşit taksitle tahsiline karar verilmiştir. Hüküm fıkrasının infazda karışıklık yaratmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir (HUMK m. 388). Tazminatlar dört eşit takside bağlandığına göre ödeme tarihlerinin açık biçimde gösterilmesi gerekir. Bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Sonuç: Temyize konu kararın 2/b bendinde gösterilen sebeplerle bozulmasına, hükmün temyiz edilen diğer yönlerinin 1. bentteki nedenlerle onanmasına, 2/a bendindeki yanlışlığa ise işaret edilmekle yetinilmesine oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi

T. 08.03.2004

E. 2004/2086

K. 2004/2805

* Evlilik birliğinin sarsılmasında eşlerin kusurunun tespiti

* Boşanmada dava hakkı

* Geçici önlemler

(743 sayılı TMK m. 152; 4721 sayılı TMK m. 166, 169)

1. Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki nedenine dayanılarak açılmıştır (TMK m. 166/1). Toplanan delillere göre: Boşanmaya yol açan olaylarda; karısını döven ve sadakatsiz davranışları bulunan davacı koca tam kusurludur. Anlaşmalı boşanma (166/3) koşulları da oluşmamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene

böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelden sarsar, sonrada madem ki birlik artık sarsılmış diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir.

Öyle ise Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır.

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2).

Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak hükmün boşanma yönü temyiz olunmadığından, bozma nedeni yapılmayarak yanılığa işaret olunmakla yetinilmiştir.

2. Hükmün temyiz itirazları yönünden incelenmesine gelince;

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının delil listesinde gösterdiği tanıkların tamamının dinlenmiş olmasına göre aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

3. Önceki Medeni Kanun'umuzdaki kocanın birliğin reisi olduğu, karısının ve çocuklarının iâşesinin ona ait olduğuna dair hüküm (743 sayılı TKM m. 152) 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'umuza alınmamıştır. Boşanma davası açılınca hakimin davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına geçimine ilişkin önlemleri re'sen alacağını belirten 169. maddenin de somut olayda uygulama yeri yoktur. Çünkü toplanan delillere göre; tarafların ikisinin de emekli olduğu, gelirlerinin birbirine yakın bulunduğu ayrıca davacının kirada oturduğu halde davalının kira vermeden oğluna ait evde oturduğu anlaşılmaktadır. O halde; tedbir nafakası isteğinin reddi gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın 3 nolu bentte gösterilen sebeple tedbir nafakası yönünden bozulmasına, temyize konu diğer yönlerin 2 nolu bentte gösterilen sebeple onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 29.06.2004

E. 2003/10429

K. 2004/7779

* Menfi tespit

* Senet

* Tehdit

* İmzaların istiklali

(6762 sayılı TTK m. 589)

Davacı, davalılardan C. D. ile anne oğul ilişkisinin bulunduğunu, davalının ruhsal rahatsızlığı olup, 1998 tarihinde zor kullanarak ve tehdit ederek senet imzalamak zorunda kaldığını, davalının senedin eksik kısımlarını doldurarak diğer davalı M. T.'ye ciro ettiğini, bu davalı tarafından da icra takibine geçildiğini, senedin zorla alındığının akabinde Cumhuriyet Savcılığı'na şikayette bulunduğunu belirterek senetten dolayı herhangi bir borcunun olmadığını tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M. T. vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Vasi A. T., davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan deliller doğrultusunda davalı C. D.'nin senedi annesi N. Ö.'ye rızası dışında zorla imzalatıldığı, senedin ödeme tarihinde vesayet altında olan C. N.'nin vasisi olan annesinin muvafakati olmadan ciro ettiği ve geçerli bir ciro olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile dava konusu 4.3.1998 tanzim, 4.5.1998 vade tarihli 600.000.000 TL bedelli icra takibine konu senet ile davacının davalılara borçlu olmadığını tesbitine karar verilmiş, hüküm davalı M. T. vekilince temyiz edilmiştir.

Kambiyo senetlerinde, imzaların istiklali ilkesi caizdir. Polişeye hangi sıfatla olursa olsun imza vaz ederek sorumluluk altına giren her kişi diğer imza sahiplerinin sorumluluğundan ayrı ve bağımsız olarak borç altına girer. Bu husus, TTK'nın 589. maddesinde de açıkça ifade olunmuştur. Buna göre, bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını sahte imzaları mevhum (gerçekte mevcut olmayan) şahısların imzalarını yahut imzalayan veya namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşır, diğer imzaların sıhhatine bu yüzden helal gelmez.

Somut olayda davacı kendi imzasının sahteliğini iddia etmemiş, senedin tehditle alındığını ileri sürmüş ise de bu hususu kanıtlayamamıştır.

Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan imzaların istiklali prensibi ve tehdit iddiasının da kanıtlanamadığı gözetilerek davalı hamil yönünden davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru değildir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 29.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 25.06.2004

E. 2003/8344

K. 2004/7684

* Menfi tespit

* Çek

* Cebir, şiddet, tehdit

(818 sayılı BK m.53)

Davacılar vekili, müvekkilleri ile davalılar S. Ö.'nün kardeş olduğunu diğer davalı N.'nin de S.'nin kocası olduğunu, davalıların cebir, şiddet ve tehdit yolu ile 100.000.000.000 TL'lik çeki elde ettiklerini çekin ödenmemesi yönünde tedbir kararı alındığını belirterek 100.000.000.000 TL'lik çekle borçlu olmadıklarının tesbitini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan N. Ö. iddialarının yerinde olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı S. Ö., çekin miras payına karşılık alındığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, uzun müddet Isparta Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1998/163 Esas sayılı dosyasında devam eden ceza davasının sonucu beklenmişse de son celse ceza mahkemesi dosyasının beklenmesinden vazgeçilmiş ve çekin iptaline karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, dava konusu 100.000.000.000 TL'lik çekin cebir, şiddet ve tehdit ile elde edildiği iddiası ile açılmıştır. Davalılar hakkında cebir, şiddet ve tehdit ile çek almak suçundan Isparta Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1998/163 sayılı dosyasında dava açıldığı anlaşılmaktadır.

BK'nın 53. maddesine göre hukuk hakimi ceza mahkemesince verilen beraat kararı ile bağlı değil ise de, ceza hakiminin saptadığı maddi olgular ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı ve davalılar tarafından işlenmiş olup olmadığı hususları hukuk hakimini de bağlayacağından ceza mahkemesinin sonucu beklenmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 375.000.000 TL. duruşma vekalet ücretinin davalılardan alınarak davalılara verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 03.06.2004

E. 2003/9768

K. 2004/6653

*** Menfi tespit**

*** Malen düzenlenen bono**

*** İspat yükü**

Davacı vekili müvekkilinin davalıya ait işyerinde işçi olarak çalışmak üzere başvurduğunu, davalının da teminat maksadıyla müvekkilinden senet imzalamasını istediğini, müvekkilinin de paraya olan ihtiyacı nedeniyle boş bir bonoyu imzaladığını; davalının uygunsuz teklifleri üzerine müvekkilinin işten ayrıldığını, bunun üzerine davalının imzalı senedi 5.000.000.000 TL olarak doldurup icraya koyduğunu, oysa senedin müvekkilinin müzayaka halinde iken verilmesi nedeniyle bedelsiz olduğunu, teminat maksadıyla verilen senedin ancak zarar kadar bir meblağ için takibe konulabileceğini ve malen kaydı bulunan senet karşılığında mal verildiği hususunun davalı yanca ispatlanması gerektiğini bildirerek, müvekkilinin takip konusu senetten dolayı borçlu olmadığının tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Yargılama aşamasında davacıya ait taşınmazın satışı üzerine icra dosyasına konu borcun ödenmesi nedeniyle, istirdat davasına dönüşen dava sonucunda mahkemece, dava ve takip konusu bonoda malen kaydının bulunduğu, davalının bono karşılığında mal verdiğini ispatlayamadığı, davalının ticari defterlerini ibraz etmediği ve davacıya yemin teklifinde de bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava menfi tespit davasıdır.

Davacı taraf dava konusu bono ile borçlu bulunmadığının tesbitini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davalının "malen" düzenlenen bono karşılığında ne gibi bir mal verdiğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa "bedeli malen ahz olunmuştur" kaydını içerecek şekilde keşide edilmiş bulunan bir kambiyo senedinin, teslim alınan mal karşılığında düzenlendiğini bir karine olarak kabulü gerekir. Bir başka anlatımla davacının keşide edilen bono karşılığında kendisine mal teslim edilmediğini ve dolayısıyla borçlu olmadığını usulen kanıtlaması gerekir. Açıklanan durum göz ardı edilerek ispat yükünün tayininde hataya düşülmesi isabetli görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 03.06.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 21.05.2004

E. 2003/9583

K. 2004/6036

* Menfi tespit

* Bono

* Hile

* Bilirkişi düşüncesine terk edilmeyecek husus

(1086 sayılı HUMK m. 275)

Dava, keşideci davacı L. D. G. lehtar davalı H. D. G. olan 12.12.1198 tanzim 31.1.1999, 28.2.1999, 28.1999 ve 30.4.1999 vadeli toplam 16.296 Dolarlık ihdas nedeni bölümü boş olan dört adet bononun hile ile ele geçirildiği ve bedelsiz olduğu iddiası ile açılan menfi tespit davasıdır.

Davalı vekili, davacıya borç para verildiğini ve karşılığında dava konusu bonoların alındığını sırf tanık dinletebilmek için hile iddiasına dayanıldığını, akrabalık ilişkisi olsa bile ilişki senede bağlandığından tanık dinlenemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece tanık beyanları, bilirkişi raporu ve toplanan delillere göre senetlerin hile ile davacının alındığı ve bedelsiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne davacının dava konusu bonolarla borçlu olmadığını tesbitine bonoların iptaline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı davasını hile iddiasına dayandırmıştır. Yargıtay'ın kökleşen içtihatlarıyla kabul edildiği gibi hile "bir kimsenin gerçek durumu bilmesi halinde yapılmasına muvafakat etmeyeceği bir muameleye muvafakatin istihsal etmek (ele geçirmek) için teşebbüs edilen fiil ve hareketlerle bu yolda sarf edilen sözlerdir." Somut olayda davalının eşinden para gizlemek için bono imzalatırıldığı iddia edilmiş olup, bu iddianın yukarıda tanımı yapılan hile unsurlarını içermediğinin kabul olanağı yoktur. Mahkemece aksi yazılı belge ile kanıtlanamayan bonoların

bedelsizliğine ilişkin davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığı gibi HUMK'un 275. maddesinin 2. cümlesinde hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlemesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez denilmektedir. Hile iddiasının varlığının tesbiti hukuki bilgiyi gerektiren bir husus olup bu husus bilirkişi düşüncesine terk edilemez. Mahkemece bilirkişi görüşüne başvurulması ve bilirkişi raporundaki görüşün hükme dayanak yapılması da isabetli görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına bozulmasına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 375.000.000 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 21.5.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 02.07.2004

E. 2004/791

K. 2004/8078

*** Çek**

*** İbraz süresi**

*** İhtiyati tedbir**

(6762 sayılı TTK m. 720; 2004 sayılı İİK m.74/2)

1. Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve özellikle davacının keşideci, davalının hamili, bulunduğu dava konusu çekin, süresinde ibraz edilmemesi nedeniyle davalı hamilin TTK'nun 720. maddesi hükmü gereğince çeke dayalı müracaat hakkını yitirmiş ise de toplanan delillerden davalının temel borç ilişkisinde davacıdan alacaklı olduğu sübuta erdiğinden davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Davalı, hamili bulunduğu çeke istinaden 11.6.2001 tarihinde davacı (keşideci) hakkında kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapmış, davacı (keşideci) ödeme emri kendisine tebliğ edilmeden önce Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/424 Değişik İş sayılı dosyasında, çekin icra takibine konulmaması için tedbir kararı verilmesini talep etmiş, 13.6.2001 tarihinde çekin icra takibine konulmaması için tedbir kararı verilmiş ve 15.6.2001 tarihinde de menfi tespit davası açılmıştır.

Mahkemece, tedbir kararının icra takibi başladıktan sonra verildiği anlaşıldığından %15 ile alınan teminatın %115'e çıkartılması için davacı vekiline

süre verilmişse de, verilen bu süre dolmadan Gaziantep İcra Tetkik Mercii'nce 2.7.2001 gün 2001/609 Esas, 2001/682 sayılı kararı ile icra takibinin iptal edildiği anlaşılmaktadır.

İİK'nın 72/4. maddesi uyarınca menfi tespit davasında, borçlu aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının davayı kazanması yeterli olmayıp, ayrıca ihtiyati tedbir kararı dolayısıyla alacağını da geç tahsil etmesi gerekir. Somut olayda çekin icra takibine konulmaması için tedbir kararı verilmişse de, tedbir kararının verildiği tarihte esasen dava konusu çekin icra takibine konu edildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan davalı alacağının tahsili için kam-biyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine girişmişse de, borçlunun şikayeti üzerine İcra Tetkik Mercii kararıyla icra takibi iptal edilmiştir. Davalı alacaklı tarafından yapılan takibin iptal edilmiş olması karşısında, tedbir kararı dolayısıyla alacağın tahsilinin geciktirildiğinden söz edilemez. Çünkü takip iptal edilmekle davalının bu takiple alacağına kavuşması hukuken olanaksız hale gelmiştir.

Nitekim 11. Hukuk Dairesi'nin 15.2.1998 gün, 1987/5924 Esas, 1998/792 Karar sayılı ilamında da "İİK'nın 72. maddesindeki tazminata hükmedilebilmesi için alacaklı tarafından haklı bir takip yapılmış olması ve borçlunun alacağın tahsilini geciktirmek için ihtiyati tedbir kararı alıp, uygulaması gerekir. Her ne kadar alacaklı tarafından bir icra takibi yapılmış ise de, yapılan takip İcra Tetkik Mercii Hakimliğince iptal edilmiş olduğundan açılan menfi tespit davasında tazminata hükmedilmek olanağı yok iken ortada sanki geçerli bir takip varmışçasına tazminata karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulmasına" karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle davalının tedbir dolayısıyla alacağının tahsilinin geciktirilmesi söz konusu olamayacağından davacı aleyhine %40 tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekirken, bu yön gözden kaçırılarak kararın onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

Sonuç: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer karar düzeltme itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle karar düzeltme itirazının kabulü ile Daire'mizin 13.11.2003 gün, 2002/8152 Esas, 2003/11448 Karar sayılı onama ilamının kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, evvelce alınan onama harcı ile peşin harcın istek halinde iadesine, 2.7.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 14.09.2004****E. 2004/223****K. 2004/8738***** Menfi tespit***** Senet***** İbraname***** Temlik yoluyla devir**

(818 sayılı BK m. 167)

Davacılar vekili, davalılardan A. O.'nun 1.400.000.000 TL ve 400.000.000 TL bedelli senetlerden dolayı müvekkilleri aleyhine icra takibine geçtiğini, müvekkili S. Ö. tarafından 3.3.1999 tarihli ibraname karşılığı davalı A. O.'ya 2.100.000.000 TL ödemede bulunduğunu, ibranameye rağmen davalının kötü niyetli olarak tüm alacağım diğer davalıya temlik ettiğini bu nedenle takibin devam ettiğini ileri sürerek, müvekkillerinin borçlu olmadığına tesbiti ile takibin iptaline ve %40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, ödemeye ilişkin ibraname başlıklı belge içeriğinin doğru olmadığını, sadece 100.000.000 TL ödeme yapılmasına rağmen 100.000.000 TL önüne (2) rakamının ve diğer yazıların sonradan eklendiğini davacı S.Ö.'nün kötü niyetli olup, bilahare alacaklı A'ya zorla protokol imzalatıldığını bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece 7.8.2002 tarihli Adli Tıp raporu ile 3.3.1999 günlü belgedeki imzanın A. O. eli ürünü olduğu, meblağı gösterir rakamların başında bulunan (2) rakamının belgeye sonradan ilave edildiğini gösterir nitelikte bir fiziksel bulgu saptanamadığının belirlendiği, senet bedellerinin belge karşılığı ödendiği gerekçesiyle davacıların davalılara 2.100.000.000 TL borçlarının bulunmadığının tesbitine, maddi giderim isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan ibranamede davalının takip konusu icra dosyasından dolayı hiçbir alacağı kalmadığını belirttiği gözetilerek davanın tamamen kabulü gerekirken, yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Öte yandan davalı A. U.'nun icra takibindeki alacağı diğer davalıdan temlik yoluyla devredildiği anlaşılmaktadır. BK'nın 167. maddesine göre temlik edene karşı ileri sürülen defiler temlik alana karşı da ileri sürülebilir. Mahkeme kararı gerekçesinde de davalı Adnan Oruç'un ödemeye rağmen kötü niyetle alacağı temlik ettiği, temlik alacaklısının iyi niyet iddiasının yeterli ve inandırıcı biçimde kanıtlanmadığı kabul edilmiştir. Bu durumda mahkemece takibin haksız ve kötü niyetli olduğu kabul edilerek, davacı yararına kötü niyet tazminatına hükmedilmesi gerekirken gerekçe ile çelişkiye düşülerek bu yöndeki talebin reddi de isabetsizdir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 14.9.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 14.09.2004

E. 2004/238

K. 2004/8744

*** Menfi tespit**

*** Tehdit, hile**

*** Kumar borcu**

*** Eksik borç**

(818 sayılı BK m.504)

Davacı, davalı tarafından aleyhine girişilen icra takibine konu senedin, tehdit, hile ve BK'nın 504 vd. maddelerinde belirtilen sebeplerden dolayı elde edildiğini, davalının yasadışı yollarla tahsilat yapmaya çalışan bir kişi olduğunu, aralarında hiçbir hukuki ve ticari ilişki olmadığını belirterek, icra takibine konu senetten dolayı davalıya borçlu olmadığını tesbitine, takibin iptaline, ödenen meblağın istirdadına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, senedin avukat olan davacı tarafından düzenlendiğini, davacının bir borcundan dolayı dava dışı şahıs H. S.'ye verdiği çekin müvekkiline geçtiğini, çekin karşılıksız çıkması nedeniyle davacıya iade edilip karşılığında dava konusu bononun da bulunduğu senetler verildiğini, davaya konu bononun ödenmediğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve dinlenen tanık ifadeleri doğrultusunda, senedin kumar borcu nedeniyle düzenlendiğini, kumar borcunun eksik borç olup ödenmediği takdirde talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, icra takibine konu bonodan dolayı davacının davalıya borçlu bulunmadığının tesbitine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu bononun keşidecisi davacı A. O., lehdarı davalı N. D.'dir. Ancak taraflar arasında kumar ilişkisinin bulunmadığı her iki tarafında kabulündedir.

Bu durumda davacının, iddiası veçhile dava konusu senedin dava dışı şahıslar tarafından kumar ilişkisi sonucu cebir ve şiddetle alındığını ve davalının bu durumu bilerek senedi davacının zararına olarak iktisap ettiğini kanıtlaması gerekir.

Toplanan delillere bu iddiayı kanıtlamaya yeterli bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kabulünde isabet görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 14.9.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 15.04.2004****E. 2003/5127****K. 2004/4458**

*** Menkul değerlerin alım satımı**
*** Menkul değerler aracı**
kuruluşunun, acente aracılığıyla
yapılan işlerde hukuki
sorumluluğu
(818 sayılı BK m.100)

Davacı vekili, müvekkilinin davalı U. Menkul Değerler A. Ş.'nin Eskişehir Acentesi olan davalı K. A.'nın sahibi bulunduğu U. Menkul Değerler A. Ş. Eskişehir acenteliğinde yatırım amacı ile Nisan 1998'de yatırım hesabı açıp, hisse senedi alımları için tahsilat makbuzları karşılığında para yatırdığını, davalıların usulsüz işlemlerinden dolayı davacının zarara uğradığını iddia ederek 18.000.000.000 TL'nin reeskont faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline talep ve dava etmiştir.

Davalı U. Menkul A. Ş. vekili cevabında, müvekkili ile davacı arasında menkul değerlerin alım satımına aracılık yapılmasına dair herhangi bir sözleşme bulunmadığını, davacının müvekkili şirket aracılığı ile hiçbir zaman hisse senedi alıp satmadığını, bu nedenle müvekkilinden herhangi bir hak ve alacağı olmadığını, diğer davalıların sermaye piyasası faaliyeti niteliğinde olmayan yasaya aykırı, suç teşkil eden eylemlerinden müvekkilinin sorumlu olamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı Kazım Ayar vekili cevabında, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece benimsenen bilirkişi raporuna göre acentenin gayri resmi olarak yapmış olduğu işlemlerden davalı aracı kurumun sorumlu tutulmasının mümkün görülmediği ancak davacının ibraz ettiği makbuzlardan 1.016.000.000 TL'yi davalı L.U.'ya verdiği gerekçesiyle U. Menkul Değerler A. Ş. hakkındaki davanın reddine, 1.016.000.000 TL'nin davalılar K. A. ve L. U.'dan müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, alacağı dava tarihinden itibaren değişen oranda reeskont faizinin uygulanmasına karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı U. Menkul Değerler A. Ş. aracı kuruluş olup, Eskişehir acentesi olarak Kazım Ayar'la çalıştığı ve dava konusu işlemlerin acente çalışanı L. U. tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. SPK'nın Seri V No: 18 Sayılı Tebliğinin 25. maddesinde acente aracılığıyla yapılan işlemlerle ilgili olarak müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukuki sorumluluğunun aracı kuruluşa ait olduğu

öngörülmüştür. BK'nın 100. maddesine göre bir borç ilişkisi içinde bir edimin ifası veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olan kimse, bu yardımcı kişinin işi gördüğü sırada sebep olduğu zararlardan sorumludur. Müşterilerle işlem yapan L. U. aracı kurumun acentesinin çalışanı olup bu kişinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle müşterinin uğradığı zarardan aracı kurum sorumludur. Mahkemece bu yön gözetilerek 1.016.000.000 TL'den davalı aracı kurumun da sorumlu tutulması gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.4.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 26.04.2004

E. 2003/7700

K. 2004/4723

* Hizmet sözleşmesi

* Fazlaya dair saklı tutulan
alacak

* Munzam zarar

Davacı vekili, davalı şirket ile "Personel Danışmanlığı Hizmet Sözleşmesi" imzaladıklarım ve sözleşme uyarınca edimlerini yerine getirdiklerini, alacaklarının ödenmemesi üzerine fazlaya dair haklarını saklı tutarak Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde 1994/402 sayılı davayı açtıklarım ve bu davada 1.460.550.000 TL alacağa fazlaya ait haklar saklı kalarak hükmedildiğini ve alacağın yasal faizi ile tahsilinden sonra, fazlaya dair saklı tutulan bakiye 5.409.299.083 TL alacağın işlemiş faiz ile birlikte toplam 17.623.975,089 TL'ye ulaştığım ve ayrıca hizmet bedelinin ödenmemesi nedeniyle de munzam zararları bulunduğunu Fransız Frangı temel alınarak yapılan hesaplama ile 63.188.816.228 TL veya 1.601.582 Fransız Frangı munzam zararları bulunduğunu iddia ederek alacaklılarının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, açılan ilk davada davacının alacağı sözleşme hükümlerine göre karar altına alındığım ve fazlaya dair bir haklarının bulunmadığını, hüküm altına alınan bedelin de icra yolu ile tahsil edildiğini bu nedenle de munzam zarar talep edilemeyeceğim beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece benimsenen 18.6.2001 rapor ve bu rapora ek bilirkişi raporuna göre davacının hizmet sözleşmesinden dolayı, bakiye 3.405.299.083 TL asıl alacağın ve ilk davada hüküm altına alınan kısmi alacağın zamanında tahsil edilememesi nedeniyle de 12.033.408.483 TL munzam zarar alacağı bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 24.05.2004****E. 2003/9904****K. 2004/6054***** İtirazın karşılıklı iptali***** Menfi tespit***** Gabin***** İvazlar arasında denge**

(818 sayılı BK m. 19,20,21)

Davacı vekili, müvekkilinin davalı banka nezdinde bulunan mevduat hesabındaki parasını 1.3.2001 ile 19.3.2001 tarihleri arasında gecelik faiz işlemi değerlendirildiğini ve dönem sonunda tahakkuk eden faiz gelirinin hesabına işlenmesinden sonra davalı bankanın faiz düzeltilmesi adı altında mevduat hesabının bir kısmına el koyduğunu bu işlemin usulsüz olduğunu, alacağın tahsili için başlatılan icra takibine davalının itiraz ettiğini, iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, bankanın ekonomik kriz nedeniyle mali yapısının bozulduğunu ve davacının bankanın müzayaka halinden yararlanmak suretiyle haksız kazanç elde etmek için üçüncü kişiler ile grup oluşturarak, bankaya para yatırdıklarını ve yüksek faiz talep ettiklerini ve muvazaalı işlem yaptıklarını beyan ederek davanın reddini istemiş, birleşen menfi tespit davası ile de borçlu olmadığını tesbitini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davacı bankanın davalı adına tahakkuk eden faiz gelirinden kesinti yapmasının hakkaniyete uygun bir davranış olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın reddine, karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, davalının savunmasına dayanak oluşturan gabin koşullarının somut olay açısından gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla davalı bankanın fazla faiz tahakkuk ettirildiği gerekçesiyle davacının hesabından kesinti yapıp yapamayacağı noktasında toplanmaktadır.

O halde, öncelikle gabinin tanımı ve koşullarına kısaca değinmekte fayda ve zorunluluk bulunmaktadır.

Borçlar Hukuku'nun ana ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisine BK'nın 19, 20 ve 21. maddeleri ile bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

Gabin'i düzenleyen BK'nın 21. maddesinde "*Bir sözleşmede edimler arasında açık bir nispetlilik bulunduğu takdirde, eğer gabin zarara uğrayan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya iffetinden yahut tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle*

meydana getirilmiş ise, zarar gören taraf bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir." hükmü yer almaktadır. Madde hükmünden hareketle gabin'i şu şekilde tanımlayabiliriz.

Gabin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisinin diğer tarafın müzayaka halinden (zor durumda, sıkıntı ve darlık içinde kalmasından), tecrübesizliğinden veya hiffetinden (düşüncesizlik ve uçarıklık) yararlanmak suretiyle aşırı bir menfaat elde etmesi, edimler arası bir denge-sizlik yaratması demektir. (Burcu Kalkan, *Türk Hukukunda Gabin*, İst. Ocak 2004, s. 51)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.1.1973 tarihi ve 1971/1-1973/376 sayılı kararında aynen şunları söylemiştir. "*Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak ve zayıf güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir.*"

Görüldüğü gibi, gabinin bir objektif diğeri de sübjektif olmak üzere iki ko-sulu bulunmaktadır. Sözleşme'nin edimleri arasındaki aşırı oransızlık objektif unsura oluşturmakta, aşırı oransızlığın, karşı tarafın özel durumundan yani müzayaka hali veya hiffetinden ya da tecrübesizliğinden bilerek yararlanması sonucu doğması gerekir ki buna da sübjektif unsur denmektedir.

Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.1969 tarih ve 66/1 ve 263/90 sayılı kararlarında da açıkça belirtildiği gibi, "*Gabin vardır diyebilmek için objektif şartı ile sübjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunun istismar etmesi lazımdır.*" (Prof. Dr. Tolunay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, İst. 1993, s. 463; Prof. Dr. F. N. Feyzioğlu, *BK. Gen. Huk.*, İst 1976, C. 1, s. 259; Prof. Dr. F. Erem, *BK. Gen. Hük.*, C. 1 s. 391; Prof. Dr. M. K. Oğuzman - Doç. Dr. Mr. Öz, *BK. Gen. Huk. İst.* 1995, s. 100.)

Davalı-karşı davacı banka cevap ve karşı dava dilekçesinde, davacı adına açılan ve 1.3.2001-19.3.2001 tarihleri arasında gecelik faiz işletilen hesabın, dava dışı İrfan Cengiz adlı kişiye ait olan hesabın on beş adet ayrı hesaba bölünerek ve davalı adına havale edilmek suretiyle oluşturulduğunu, bu şekilde oluşturulan hesabın fahiş faiz uygulaması nedeniyle muhtemel kesinti işlemine engel olmak için muvazaalı olarak gerçekleştirildiğini, bu nedenle sözleşmenin gabin, ahlak ve hukuka aykırı olması nedenleriyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca davalı- karşı davacı bankanın müzayaka halinde bulunduğunu açıkça ileri sürerek davacı tarafa sözleşmede ön görülen faiz miktarının aşırı görülen kısmını ödememesi sözleşmeden dönme iradesini gösterir.

Bu durumda mahkemece, davacı hesabına tahakkuk ettirilen gecelik faiz oranlarının öncelikle uyuşmazlık konusu dönemlerde (daha sonra TMSF

ve devir olunan bankalar hariç) diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik faiz oranları araştırılarak aşırı olup olmadığı, diğer bir anlatımla sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir dengesizlik (objektif unsur) bulunup, bulunmadığı, şayet bir nispetlilik varsa bunun bankanın aşırı oranlarda gecelik faizlerin uygulandığı dönemde içerisinde bulunduğu koşullara göre müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı (sübjektif unsur) ve yukarıda açıklanan davalı savunmasındaki hususlarda gözetilerek banka kayıtları üzerinde, ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün taraflar yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 24.5.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 28.05.2004

E. 2003/9782

K. 2004/6358

*** Menfi tespit**

*** Bonoda tahrifat**

(2204 sayılı İİK m.72/5)

Dava, davalıların murisi K. lehdarı bulunduğu, bonoda tahrifat yapılarak 1.000.000.000 TL'lik bononun 7.000.000.000 TL'ye dönüştürüldüğü iddiasıyla açılan menfi tespit davasıdır.

Davalılar vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece toplanan deliller ve Adli Tıp Kurumu'ndan alınan rapora göre bonoda rakamla gösterilen hanenin başındaki (7) rakamının aynı evsafa kalem ile üzerinden gidildiği ve (7) rakamının altında ne yazılı olduğunun belli olmadığı rakamla yazılan hanede tahrifat olduğu için yazılı kısma itibar edilmediği gerekçesiyle, davacıların 1.000.000.000 TL'lik kısmı ile borçlu olduğunun tespitine 6.000.000.000 TL'lik kısmından sorumlu olmadığına bononun 6.000.000.000 TL'lik kısmının iptaline, alacaklının kötü niyeti kanıtlanamadığından davacıların tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle Adli Tıp Kurumu Fizik/Grafoloji İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen raporun hükme esas alınmasında bir isabetsizlik bulunmamasına, İİK'nun

72/5 .maddesi hükmüne göre davanın kabulü halinde borçlular yararına tazminata hükmedilmesi için alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması gerekmesine, somut olayda icra takibinin davalıların murisi M. K. tarafından başlatılmasına ve davanın da adı geçen aleyhine açılmış olmasına, murisin ölümü ile davanın mirasçılara yöneltmiş bulunmasına, bu durumda muris takibi nedeniyle mirasçılardan kötü niyetli sayılmayacakları gözetilerek davacıların tazminat isteminin reddine karar verilmesinde de bir isabetsizlik görülmediğinden taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacılar yararına takdir edilen 375.000.000 TL duruşma vekalet ücretinin davalılardan alınarak, davacılar ödemesine, aşağıdaki yazılı onama harcının temyiz edenlerden davalılardan alınmasına, davacıların fazla yatırdığı peşin harcın istek halinde iadesine, 28.5.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Açıklaması

Dava konusu bononun; yazı ile yazılan miktara, lehtara, tanzim ve vade tarihlerine ilişkin bölümleri boş ve rakam ile yazılan miktara ilişkin bölümü 1.000.000.000 TL olarak yazılıp verildiği, (1) rakamın (7) rakamına dönüştürülerek tahrifat yapıldığı iddia edilmektedir.

Adli Tıp Fizik/Grafoloji İhtisas Dairesinden alman 29.1.2003 tarihli raporda *"... 7 rakamının üzerinden aynı evsafa kalemle gidilmiş olduğu, ancak söz konusu 7 rakamının altında ne yazdığının okunamadığı ..."* belirtilmiştir. Bu belirleme bir tahrifat ve sahtecilik mevcut olduğunun belirlendiği anlamında kabul edilemeyeceğinden, söz konusu maddi olgunun tahrifat ve sahtecilik teşkil edip etmediğinin de ayrıca saptanması zorunludur. Bu nedenle yeniden yapılacak inceleme sonucunda 7 rakamının altındaki rakamın da 7 olduğunun belirlenmesi durumunda, ortada herhangi bir tahrifat mevcut olmayacağı ve yapılan işlemin kalemin tutukluk yapması veya yazan kişinin rakamın yazılışında yanlış anlamaya meydan verilebilecek bir özellik olduğu zehabına kapılması nedeniyle yazdığı rakamın üzerinden aynı kalemle tekrar giderek rakamı belirgin hale getirdiği gerçeği ortaya çıkacaktır.

Fizik ve grafoloji incelemelerinde Adli Tıp İhtisas Dairesi nihai merci olmayıp bu konularda polis ve jandarma kriminal laboratuvarlarından ve üniversitelerin ilgili bilim dallarından da yararlanılabilmesi mümkündür.

Bu durumda mahkemece, davacı iddialarının değerlendirilmesi açısından, dava konusu bono üzerindeki *"yedi milyar", "15.3.1999", "15.4.1999", "000.000.000", "M. K.", "nakdi"* yazılarının hangilerinin davacıların eli mahsulü

olduğu ve (7) rakamının altındaki rakamın yine (7) rakamı olup olmadığı hususları üzerinde durulup gerekli araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisinin doğru olmadığı kanaatiyle sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

* * *

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2004

E. 2004/2192

K. 2004/3315

* Haciz

* Mülkiyet karanesi

* Üçüncü kişinin istihkak iddiası

* İspat yükü

(2004 sayılı İİK m. 96, 97/a, 99)

Uyuşmazlık alacaklının İİK'nın 99. maddesine göre açtığı 3. şahsın istihkak iddiasının reddi istemine ilişkindir.

Dava konusu taşınır mallar borçlu ile 3. şahıs limited şirketin birlikte ellerinde bulundurdıkları işyerinde haczedilmiştir. Bu durumda taşınır mallar İİK'nın 97/a maddesi 1. fıkra 2. cümlesinde borçlu dolayısıyla alacaklı yararına öngörülen yasal karine uyarınca borçlunun sayılır.

Hal böyle olunca dava açma ve ispat yükü 3. kişiye aittir. İcra müdürünce İİK'nın 96 ve 97. maddeleri uyarınca işlem yapılması gerekirken 99. maddeye göre işlem yapılarak alacaklıya dava açma külfetinin yüklenmesi alacaklının ispat yükünü üstlendiği anlamına gelmez. 3. kişi davalı durumunda da olsa yasal karinenin aksini ispat yükü altındadır. Yapılan yargılamada 3. kişi tarafından yasal karinenin aksini ispat yönünden inandırıcı hiçbir kanıt ortaya konulmamıştır.

Bu durumda alacaklı yanca açılan davanın kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2004

E. 2004/1947

K. 2004/3277

* **Haciz*** **Mülkiyet karinesi*** **Üçüncü kişinin istihkak davası**
(2004 sayılı İİK m. 96, 97/a)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, (davalı alacaklının) sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasıdır.

Davacı 3. kişi borçlunun eşi olup haciz birlikte oturdukları evde yapılmıştır. Bu durumda İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla alacaklı yararındadır. Ancak bu karinenin aksi güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanabilir

Somut olayda davacı 3. kişi davalı borçlu olan eşiyle ortak konutlarında 03.10. 2002 tarihinde haczedilen ev eşyalarını, kocası aleyhine bir başka şahsın yaptığı icra takibi sırasında, 15.08.1990 günlü açık artırmada satın aldığı ileri sürerek haczin kaldırılmasını istemiştir. Haczedilen ev eşyalarının daha önce yapılan icra takibi sırasında davacı tarafından açık artırma ile satın alındığı, dolayısıyla davacının bu mallara malik olduğu gerekçesiyle istemin kabulüne karar verilmiş ise de bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile varılmıştır. Mahkemenin hacizli mallar üzerinde bilirkişi incelemesi yapması ve haczedilen eşyaların gerçekten ihale ile satın alınan eşyalar olup olmadığına hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir

3. Davacı kadının gelir ve kazancı bulunduğu tartışmasızdır. Davacı tanıkları iddiayı destekler nitelikte açıklamada bulunmuşlardır. Bu durumda davacının dayandığı eski tarihli faturaların (05.07.1997, 23.01.2001 tarihli) dava konusu hacizli malları kapsayıp kapsamadığının öncelikle tespiti, daha sonra, faturaların naylon fatura olmayıp gerçek fatura olduklarının saptanması, bunun içinde fatura dip koçanlarının getirilerek incelenmesi, faturayı düzenleyen firma yetkili temsilcilerinin dinlenmesi, gerektiğinde faturayı düzenleyen firma defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılarak faturaların ticari defterlerde, hacizli malların da şirket envanterinde kayıtlı olup olmadıkları, tespit edilerek rapor alınması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**T. 01.04.2004****E. 2004/963****K. 2004/3225***** Haciz***** Mülkiyet karinesi***** Üçüncü kişinin istihkak iddiası***** İspat yükü**

(2004 sayılı İİK m. 96, 97/a, 99)

Uyuşmazlık, alacaklının, 3. kişinin istihkak iddiasının reddi istemiyle açtığı istihkak davasına ilişkindir (İİK m. 99).

Haciz, borçluların yüzüne karşı 10.09.2002 tarihinde yapılmıştır. Haciz adresinin daha önce yapılan haciz adresi olduğu da açıktır. Bu durumda İİK'nın 97/a maddesi hükmüne göre mülkiyet karinesi borçlu yararına olduğundan hacizli mallar borçlunun sayılır. Bu yasal karinenin aksi ileri süren 3. kişi tarafından ispat edilmesi gerekir. Haczi uygulayan memur İİK'nın 96 ve 97. maddelerine göre işlem yapması gerekirken İİK'nın 99. maddesi uyarınca işlem yaparak alacaklıyı dava açmak zorunda bırakması ispat yükünün tersine çevrilmesine neden olmaz. Davalı durumunda da olsa 3. kişinin ispat yükü devam eder. Daire'mizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir. Borçluların işyerinde ve haciz sırasında işyerinin 3. kişiye ait olduğunu belirterek sundukları vergi kaydı ile yine borç doğumundan ve 1. haczin uygulanmasından oldukça sonraya ait kira sözleşmesi mülkiyeti ispata yeterli değildir. Vergi kaydı ve kira sözleşmesinin bizzat alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik olarak yapılan işlemler olduğu dosya kapsamı ile açıkça ortadadır.

Ayrıca, soyut düzeyde kalan ve hayatın olağan akışına uygun düşmeyen davalı tanıklarının anlatımları da yasal karinenin aksini ispata yeterli değildir. Bu nedenle, danışığa dayalı 3. kişinin istihkak iddiasının reddi, dolayısıyla davanın kabulü gerekirken, davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 30.03.2004

E. 2004/2194

K. 2004/3114

* Üçüncü kişinin istihkak davası

* Hacizli malların değeri

* Nispi harç

(2004 sayılı İİK m. 96, 97/11; 1086 sayılı HUMK m. 409/5, 512; 492 sayılı Harçlar K. m. 16, 30)

Uyuşmazlık İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir.

İstihkak davaları İİK'nın 97/11 ve HUMK'un 512. maddeleri gereği genel hükümlere göre görülür ve 492 sayılı Harçlar Yasasının 16. maddesi ile 1 sayılı tarifedeki nispi esas üzerinden harca tabidir. Hal böyle olunca alacak tutarı ile haczedilen dava konusu malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden %0,54 oranında harç alınması gerekir. Dava edilen hacizli malların değeri 6.960.000.000 TL olup bunun %0,54 oranında hesaplanan nispi harçtan peşin yatırılması gereken dava harcı 93.960.000 TL'dir. Davacı davayı açarken 08.04.2003 tarihinde 93.960.000 TL yatırdığına göre noksan kalan dolayısıyla davacı tarafından yatırılması gereken harç söz konusu değildir. Davacı yanca dava edilmeyen hacizli malların değeri de eklenerek davacının fazla harç yatırmaya zorlanması yanlıştır. Noksan harç bulunmadığına göre bu konuda davacı vekiline kesin süre verilerek sonuçta davanın 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi delaletiyle HUMK'un 409/5. maddesi uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 30.03.2004

E. 2004/2124

K. 2004/3107

* Haciz

* Üçüncü kişinin istihkak davası

* Teminat

* Kötü niyet tazminatı

(2004 sayılı İİK m. 36, 96, 97/3-13; 1086 sayılı HUMK m. 438/7, 512; 492 sayılı Harçlar K. m. 16, 30)

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacı 3. kişinin aşağıda yazılı bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Uyuşmazlık İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelere dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir.

Davalı alacaklı tarafından borçlu aleyhine yürütülen icra takibi sırasında borçluya ait işyerinde 10.07.2003 tarihinde yapılan taşınır malların haczi üzerine borçlu tarafından istihkak iddiasında bulunulmuş ve İcra Mahkemesinde 3. kişi tarafından süresinde istihkak davası açılmıştır.

Mahkemece 01.08.2003 tarihinde asıl alacağın %40'ı oranında teminat yatırıldığında mahcuzların, yediemin sıfatıyla 3. kişiye teslimine karar verilmiştir. İİK'nın 97/3. maddesine göre "*Takibin talikine karar verilirse, haksız çıktığı takdirde alacaklının muhtemel zararına (İİK m. 97/13) karşı davacıdan 36. maddede gösterilen teminat alınır.*" hükmü öngörülmüştür. Yasanın mahkemece teminat alınarak takibin ertelenmesi kararı verilmişse, haczedilen mal veya hakka ilişkin takip işlemleri ertelenmiş sayılır. Ancak takip işlemlerinin ertelenmiş sayılması için, İİK'nın 97/3. maddesi uyarınca alacaklının muhtemel zararı karşılığı 36. maddede gösterilen teminatın alınması zorunludur. Bu teminat 3. kişi tarafından yatırılmamışsa, İcra Müdürlüğü takibe devam eder. Çünkü böyle bir durumda istihkak davası yüzünden alacağın tahsilinin geciktiğinden söz edilemez. Somut olayda İcra Mahkemesi takibin ertelenmesine karar vermemiş, asıl alacağın %40'ı oranında teminat yatırıldığında mahcuzların, yedi emin sıfatıyla 3. kişiye teslimine karar vermiştir. Dosyada 3. kişi tarafından bu teminatın yatırıldığına dair bilgi ve belgeye de rastlanmamıştır. Bu nedenle, davacının %40 tazminatla sorumlu tutulmasına ilişkin İİK'nın 97/13. maddesi koşulları alacaklı yararına oluşmadığından davacının tazminatla sorumlu tutulması doğru değildir. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilmesi gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıdaki gerekçelerle hükmün 1. bendindeki "*asıl alacağın %40 oranında kötü niyet tazminatının davacı 3. kişiden alınıp davalı alacaklıya verilmesine*" kısmının hükümden çıkarılmasına, hükmün düzeltilen bu şekli ile onanmasına 30.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 19.04.2004

E. 2004/3623

K. 2004/3933

* **Haciz*** **Üçüncü kişinin istihkak iddiası*** **Ticari işletmenin devri*** **Akrabalık ilişkisi**

(2004 sayılı İİK m. 44, 99 vd.; 818 sayılı BK m. 179)

Uyuşmazlık alacaklının İİK'nın 99. maddesine dayalı olarak açtığı istihkak iddiasının reddi istemine ilişkindir.

Haciz borçlu şirket tarafından borcun doğumundan sonra fakat takipten bir gün önce davalı 3. kişiye devredilen işyerinde 10.03.2003 tarihinde gerçekleşmiştir. Borçlu şirket ortakları ile davalı şirket ortaklarının bir kısmının soyadları aynıdır. Borçlu ile davalı 3. kişi arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İİK'nın 44 ve BK'nın 179. maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkin dosyada kanıt yoktur. Salt adres değişikliğinin ilanı anılan yükümlülüklerin yerine getirildiği sonucunu doğurmaz. Bu durumda devir alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi devralan davalı da BK'nın 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunmaktadır. Öte yandan her iki şirket ortaklarının akrabalık ilişkileri sebebiyle borçlunun borca batık halini bilebilecek durumda olduklarından iyi niyetli olduklarından da söz edilemez. Bu durumda davanın kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 19.04.2004

E. 2004/2952

K. 2004/3851

* **Trafik siciline haciz*** **Üçüncü kişinin istihkak davası*** **Tescilin hukuksal niteliği*** **Mülkiyet**

(2004 sayılı İİK m. 96 vd; 2918 sayılı K. m. 20/d; 1086 sayılı HUMK m. 388/2)

1. Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasıdır.

Dava konusu aracın trafik siciline haciz 09.07.2002 tarihinde konulmuştur. Davacı bu aracı 28.06.2002 tarihinde 2918 sayılı Yasa'nın 20/d maddesine uygun şekilde noterde düzenlenen sözleşmeyle satın alırken trafik sicilinde haciz kaydı bulunmadığından iyi niyetle araç mülkiyetini kazanmıştır. Mülkiyetin alıcıya geçmesi için trafik siciline tescil zorunlu değildir. Çünkü, tescil kurucu (ihdasi) değil açıklayıcı (izhari) bir idari işlemdir.

Bu durumda davanın kabulü gerekirken, davacının tescil işlemlerini yaptırmadığı gerekçesiyle reddi usul ve yasaya aykırıdır.

2. Bundan başka, karar başlığında davacının davalı, davalının davacı olarak yazılmış olması da HUMK'un 388/2. maddesi uyarınca bozmayı gerektirir.

O halde, davacı (3. kişi)'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 15.04.2004

E. 2004/2907

K. 2004/3825

*** Haciz**

*** Üçüncü kişinin istihkak davası**

*** Mülkiyet karinesi**

(2004 sayılı İİK m. 96, 97/a; 2918 sayılı K. m. 20/d; 1086 sayılı HUMK m. 388/2)

Uyuşmazlık, İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir.

Davaya konu ev eşyaları, Emniyet Müdürlüğü'nün 20.11.2001 tarihli yazısı ile borçlunun ikamet ettiği belirtilen adreste ve borçlunun huzurunda 28.01.2002 tarihinde haczedilmiştir. Haciz sırasında hazır bulunan borçlunun eşi, borçlu ile ayrı yaşadıklarını beyan etmesine rağmen, daha sonra haciz mahalline gelen borçlu ise, kayınpederi olan davacı 3. kişi lehine istihkak iddiasında bulunarak, kendisinin Adapazarı'nda ikamet ettiğini, bu adreste çocuklarının okullarına devam ettiğini bildirmiştir. Bu durumda, İİK'nın 97/a maddesi hükmünde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla davalı alacaklı yararındır. Bu yasal karinenin aksi davacı 3. kişi tarafından kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanamadığından haciz edilen eşyalar borçlunun sayılır. Davacı 3. kişi haczedilen eşyalar için mülkiyet belgesi ibraz etmediği gibi, dinlenen davacı tanıklarının anlatımları yeterli ve hükme dayanak yapılacak nitelikte değildir.

Hal böyle olunca, davanın reddi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 03.12.2004
E. 2004/275
K. 2004/372

* **Reklam yasağının ihlali**
(Av. K. m. 55, 158; Reklam Yasağı
Yönetmeliği m. 5)

Şikayetli avukatların Avukatlık Yasası'nın 55. maddesi ile düzenlenen reklam yasağını ihlal ettikleri gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemleri sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetli avukatlara ait büronun ön cephesindeki tabelanın yaklaşık 240 cm x 100 cm boyutlarında olduğu ve tabelada "*Adalet Hukuk Bürosu*" ibaresinin kullanıldığı anlaşılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 55. maddesi ve bu madde uyarınca çıkarılan Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre tabelalarda avukatlık unvanı ile ad ve soyadı, varsa akademik unvan, büronun bulunduğu kat ve büro/daire ve numarası dışında, unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, işaret, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilmesi ve tabelanın 70 cm x 100 cm boyutlarından büyük olması yasaktır.

Bu durum karşısında Baro Disiplin Kurulu'nun, kovuşturma konusu eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi yerinde olmakla beraber, davranışın niteliği ile verilen ceza arasında Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkelere uygun ve adil bir denge kurulamadığından uyarma cezalarının kınama cezasına çevrilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak itirazın kabulüyle, Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun "*uyarma*" cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatların ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 03.12.2004
E. 2004/276
K. 2004/373

- * Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınma yükümlülüğü
- * Avukatın meslektaşını küçük düşürücü, aşağılayıcı, şeref ve haysiyetine saldırı niteliğindeki söz ve yazıları
(TBB Meslek Kuralları m. 4, 5)

Şikayetli avukatın bir meslektaşı hakkında kıyafet kurallarını ihlal ederek suç işlediği isnadında bulunurken, aleyhine açılan davaya yanıtında meslektaşını küçük düşürücü nitelikteki görüş ve düşüncelerini açıklar tarzda tanımlamalarda bulunduğu gerekçesi ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Trabzon 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/..... sayılı dosyasına şikayetli avukat tarafından verilen 01.05.2003 tarihli dilekçede sarf edilen sözlerin şikayetçiyi küçük düşürücü, aşağılayıcı nitelikte olduğu, iddia ve savunmayla ilgisi bulunmadığı, kullanılan üslubun da mesleğe yakışmayacak düzeyde olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlar, mesleki çalışmalarında; TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre; *"yazarken, konuşurken düşüncelerini olgun ve objektif biçimde açıklamak, hukuk ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmak"*, 4. maddesine göre de *"mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar."*

Şikayetlinin, kişisel inanç ve düşüncelerine aykırı davranıldığı iddiası ile ve özellikle bayan meslektaşlarının kıyafetlerini bahane ederek, meslektaşlarını küçük düşürecek, aşağılayacak, şeref ve haysiyetlerine saldırı niteliğindeki söz ve yazılarını, mahkemelere ve Cumhuriyet Savcıları'na verdiği dilekçelerde yazarak ve bu tutumunu ısrarla sürdürmeye devam etmesi kabul edilemez.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve sicil durumu da gözetilerek kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun 340.716.771 TL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/284
K. 2004/380

* **Meslektaşına hakaret**
(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukat hakkında, icra tetkik merciine verdiği dilekçede şikayetçi meslektaşına hakaret ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat itiraz dilekçesinde "ihmal" yerine "hile" sözcüğünün yanlışlıkla kullanıldığını, buna rağmen kullanılmaması gerektiğini kabul ettiğini ve meslektaşından özür dilediğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi isabetli bulunmakla birlikte, davranış ile ceza arasında Avukatlık Yasası'nın 158. maddesinde öngörülen ilkelere uygun bir dengenin sağlanamadığı anlaşılmış ve şikayetlinin savunma ve itiraz dilekçelerindeki tutumu da gözetilerek kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi uygun görülmüştür.

Sonuç olarak, Çanakkale Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/289
K. 2004/383

* **Davalının avukat olması halinde durumun ilgili Baroya bildirilmesi yükümlülüğü**
* **Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınma yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 4, 27/2)

Şikayetli hakkında, Alanya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/... esasında kayıtlı ortak çocuk ile kişisel ilişkinin yeniden kurulması için açtığı davada, davalının avukat olduğunu bilmesine karşın Antalya Barosuna bildirimde bulunmadığı sebebiyle yürütülen disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesinin konuluş sebebinin, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak, kanunların avukatlara tanıdığı hak-

ların gerçekleşmesine ve yüklediği görevleri tam ve şerefli bir şekilde yerine getirmek amacıyla konulduğunu, bir avukata karşı takip edilen davanın o avukatın mesleği ile ilgili bir olgu ve mesleki bakımdan sonuç doğurucu olup olmaması ile ilgili olduğunu, özünde ailevi bir sorun olan ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin bir davanın baroca bilinmesinde haklı bir gerekçe olmadığı gibi, bilinmemesi hususunun özel yaşam olması nedeniyle daha yakışır bir durum olduğunu, maddenin dar ve katı olarak yorumlanmaması ve bu sebeple ceza tayin edilmemesi gerektiğini savunmuş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Maddeyle öngörülen ve “*takipten önce*” yapılması gereken bildirimle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin özenle korunması, meslektaşlarla ilgili sorunların yargı mercileri önünde aleniyet kazanmadan Baro bünyesinde dostça çözümlenmesi ve meslek itibarının her ne olursa olsun zedelenmemesi, avukatlarla ilgili sorunların çözümünde baro yönetimlerinin daha aktif ve sorumlu kılınması amaçlandığından,

TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesinde, “*Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür*” denilmektedir. Bu madde hükmüyle birlikte düşünüldüğünde, mesleki yaşam ve/veya özel yaşam ayırımı TBB Meslek Kuralları’nın bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 27/2. maddesini tartışmalı ve işlevsiz hale getireceğinden uyulması zorunlu şekli bir kural olduğu açıkça görülecektir. Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirmeye isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkındaki “*kınama*” cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/294
K. 2004/386

* **Avukatın, meslektaşının müşteki olduğu kamu davasında sanık vekili olarak takip edeceği davayı ilgili Baroya bildirme yükümlülüğü**
* **Disiplin soruşturmasında savunma hakkının ihlali**
(Av. K. m. 137, 144/1)

Şikayetli avukat hakkında, “*şikayetçi avukatların müşteki olduğu kamu davasında sanık vekili olarak takip edeceği davayı barosuna bildirmedeği*” iddiası ile

başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek, para cezası tayin edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 144. maddesinin 1. fıkrası "(...) Disiplin Kurulu incelemesini evrak üzerinde yapar, (...) Avukatın isteği veya disiplin kurulunca gerek görülmesi halinde, inceleme duruşmalı olarak yapılır." hükmünü içermektedir.

Bu hükme işlerlik kazandırmak için, Baro Disiplin Kurulu'nca avukata bildirimde bulunulması, incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını isteyip, istemediğinin sorulması, bu husustaki yanıtını ve isteğini bildirmesi için en az on günlük bir süre tanınması ve duruşma istediği takdirde incelemenin duruşmalı olarak yapılması zorunludur.

Kovuşturma konusu olayda Baro Disiplin Kurulu, Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi hükmüne uygun olarak şikayetli avukata 23.03.2004 tarihli yazı ile on gün içerisinde savunmasını ve delillerini ve duruşma isteyip istemediğinin bildirmesini istemiş ancak duruşma günü olarak tayin edilen 30.04.2004 günü, Disiplin Kurulu üyelerinden ikisinin mazereti nedeni ile toplanamamıştır. Şikayetli avukat duruşma günü olarak tayin edilen 30.04.2004 günü hazır olduğunu, tanığını da hazır ettiğini ancak toplantının yapılamadığını savunmuştur. Baro Disiplin Kurulu'nun sonraki toplantısı 18.06.2004 tarihinde yapılmasına rağmen, şikayetli avukatın duruşmaya katılımı için tebligat yapıp, duruşmaya katılması ve delillerini bildirmesi sağlanmadan karar verilmiştir.

Bu husus savunma hakkını yakından ilgilendiren bir noksanlık oluşturduğundan, şimdilik işin esasına girilmeyerek, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulüyle, Avukatlık Yasası'nın 144/1 maddesi hükmü uyarınca şikayetli avukata duruşma gününün bildirilmesi ve yapılacak inceleme ve değerlendirmeye göre bir karar tesisi için, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun 137.500.000 TL para cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/295
K. 2004/387

* Görevli avukata, görevi sebebiyle ve görev sırasında yüzüne karşı sövme

Şikayetli avukatın, "adliyede katip olarak görev yapan şikayetçiden davanın taraf vekili olarak dosyanın temyize gönderilmeyişinin nedenini sorduğu, bu esnada şikayetçiye hakaret ve şikayetçiyi tehdit ettiği" iddiası ile başlatılan disiplin ko-

vuşturması sonucunda şikayetli avukat hakkında “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, özellikle şikayetli avukatın şikayeti üzerine şikayetçi aleyhinde “görevli avukata, görevi sebebiyle görev sırasında yüküne karşı sövme” suçundan dolayı açılan kamu davası içeriğinden, şikayetçinin adliyede katip olduğu, çalıştığı mahkemede yargılaması bitmiş olan ortaklığın giderilmesi davasında şikayetli avukatın davacı vekili olup, kararın davalı tarafça temyiz edilmesine rağmen, dosyanın on bir ay Yargıtay’a gönderilmemesinin sebebini şikayetçiden öğrenmek istediği, ancak şikayetçinin işinin çokluğu ve müfettişin bulunması sebebiyle dosyayı çıkaramayacağını söylediği, bu sebeple taraflar arasında sözlü çekişme olduğu, şikayetçi bu konuşmalardan sonra dosyayı çıkararak Baro odasında şikayetli avukata “Siz basit ve ucuz avukatsınız, bir fırın ekmek yemeniz lazım” diyerek hakarete bulunduğu, şikayetli avukatın ise bu sözleri şikayetçiye iade ettiğini söylediği, anlaşılmıştır.

Bu durumda, hakarete uğrayan şikayetli avukat olup, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, haklı bulunmayan itirazın reddiyle, Muğla Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/296
K. 2004/388

* İş ve işlemlerinde avukatın
özen borcu
(Av. K. m. 34)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçi aleyhinde başlattığı icra takibinde, “alınmış bir ihtiyati haciz kararı olmamasına karşın, takip talebi ve ödeme emrinde ihtiyati haciz masrafı ve vekil ücreti talebinde bulunduğu, reeskont faiz oranının takip tarihinde %70 olmasına rağmen, %85 faiz talep ettiği, yetkisiz icra dairesinde icra takibinde bulunduğu” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetlinin eylemi sabit görülerek “kınama” cezası tayin edilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, şikayetlinin ihtiyati haciz kararı olmamasına rağmen, takip talebi ve ödeme emrinde ihtiyati haciz masrafı ve vekil ücreti talep ettiği, reeskont faiz oranı icra takibinin başlatıldığı tarihte %70 olmasına karşın şikayetli avukat tarafından %85 oranında faiz talep edildiği sabittir.

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler (Avukatlık Yasası m. 34).

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde belirtilen bu ilkelere uymayan ve "özen" borcunu yerine getirmeyen şikayetli avukatın eylemi "disiplin suçu" oluşturmaktadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004

E. 2004/298

K. 2004/390

* Davanın müracaata kalması

* Avukatların mesleki dayanışma yükümlülüğü

(Av. K. m. 134; TBB Meslek Kuralları m. 30)

Şikayetli avukat hakkında "Ankara 30. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1999/... esas sayılı dosyasının 13.11.2001 tarihli duruşmasında, şikayetçi avukatın önceden duruşma salonuna gelip, sıradaki dosyaların çokluğu ve şikayetli avukatın hazır bulunmaması sebebiyle, diğer işlerini takip için salondan ayrıldığı ve durumu mahkeme mübaşirine bildirdiği, şikayetlinin ise, bu durum mahkeme hakimi tarafından duyurulmasına rağmen, duruşmanın yapılması için ısrar ettiği ve davanın müracaata bırakıldığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda eylem sabit görülerek Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası verilmiştir.

Şikayetli avukatın Ankara 30. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1999/... Esas sayılı dosyasının 13.11.2001 günlü duruşmasına 10.30 civarında girdiği, kendisinden şikayetçi avukatın daha önce ve zamanında duruşma salonuna geldiği, bekletme talebinde bulunduğu, talepte bulunan avukatın, diğer mahkemelerde duruşmaları da bulunan kamu avukatı olduğu, duruşma hakimi tarafından hatırlatıldığı halde, şikayetlinin ısrarı ile duruşmanın açıldığı ve davanın müracaata bırakıldığı, şikayetçi avukatın duruşma salonuna gelmesinden sonra, duruşmanın yeniden yapılması için hemen ricada bulunduğu, şikayetli avukatın bu isteği de kabul etmediği, dosyadaki tanık ifadelerinden anlaşılmıştır.

Avukatlar mesleki çalışmalarını sırasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımları ve kolaylıkları birbirlerinden esirgemezler.

Duruşmayı geçerli nedenlerle kaçırarak avukatın hemen gelmesi halinde, diğer taraf avukatının duruşmaya girip işlem den kaldırma kararının düzeltilmesine yardımcı olması gerekir.

Şikayetli avukatın eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 30. maddesi ile Avukatlık Yasası'nın 134. maddesine aykırıdır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve aleyhe itiraz da olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2004
E. 2004/299
K. 2004/391

* **Usulsüz ciro**
* **Avukatlık görevine olan güven ve itibarı zedeleme, sadakat borcuna aykırılık**
* **Avukatlık görevini kötüye kullanma**
(Av. K. m. 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 3, 43)

Şikayetli avukat hakkında "borçluları A. ve Ö. olan iki adet senedi icra takibine koyması için vekil tayin edildiği, şikayetlinin kendisine teslim edilen senetleri, şikayetçiye bilgi vermeden H. isimli bir şahsa usulsüz şekilde ciro ettirip, H. vekili sıfatıyla Ankara 16. İcra Müdürlüğü'nün 1999/...-... sayılı dosyaları üzerinden icra işlemi başlattığı ve icra takiplerini uzun süre takipsiz bıraktığı, bilgi vermediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek 75.000.000 TL para cezası verilmiştir.

Şikayet konusu eylem için, şikayetli avukat hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan dolayı Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/... Esas sayılı dosyası ile kamu davası açıldığı, yapılan yargılama sonunda, şikayetlinin tahsil ettiği 602.000.000 TL'yi şikayetçiye geciktirerek ödediği neden gösterilmek suretiyle, netice olarak TCK 240. maddesi uyarınca cezalandırıldığı, verilen cezanın ertelendiği ve kararın Yargıtay'ca onanarak kesinleştiği anlaşılmıştır.

Kesinleşen ağır ceza mahkemesinin bu kararına göre, şikayetlinin avukatlık görevini kötüye kullandığı, usulsüz ciro yapmak suretiyle hak kaybına neden olduğu, azilnameye rağmen görevini sürdürdüğü, avukatlık mesleğine olan güven ve itibarı zedelediği, işini tam bir sadakatle yürütmediği, tahsil ettiği parayı da müvekkiline duyurup ödemediği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddeleri ile TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 43. maddesine aykırıdır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş, şikayetlinin sicilindeki kesinleşmiş kınama cezası da dikkate alınarak kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun 75.000.000 TL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARI

Çev. Av. Senem UYGUN*

Güngör/Türkiye Davası
(Başvuru No : 28290/95)
Karar Tarihi: 22 Mart 2005 Strasbourg

Bu karar; Sözleşme'nin 44/2. maddesinde belirtilen koşullarda, nihai hale gelecektir.

Güngör/Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci daire); 16 Mart 2004 ve 1 Mart 2005 tarihlerinde daire olarak, aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplanmıştır:

Başkan : J. - P. Costa,
Yargıçlar : A. B. Baka, K. Jungwiert, M. Ugrekheldize,
A. Mularoni, E. Fura - Sandström
Ad. Hoc. Yargıç : F. Gölcüklü,
Yazı İşleri Müdürü : N. Naismith (hukukçu)

Yapılan müzakereler sonucunda, 1 Mart 2005 tarihinde; aşağıdaki karar verilmiştir :

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin (Sözleşme) önceki 25. maddesi uyarınca; Türk vatandaşı Erol

* İzmir Barosu üyesi.

Güngör (başvurucu) tarafından, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) 14 Temmuz 1995 tarihinde, 28290/95 numarayla yapılan başvurudan kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, İzmir'de avukatlık yapan Bay Güney Dinç; Türk Hükümeti (Hükümet) ise; kendi ajanları tarafından temsil edilmiştir.

3. Eski bir milletvekili olan başvurucu; oğlunun Ankara'daki meclis lojmanlarında öldürülmesinden sonra yapılan soruşturmanın, eksik ve yetersiz olduğundan yakınmaktadır. Cinayetin failleri, olay gününden beri meçhuldür. Başvurucu bu bakımdan; Sözleşme'nin 2, 3 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

4. Başvuru, 1 Kasım 1998 tarihinde; Sözleşme'nin 11 Nolu Protokolünün (Protokolün 5/2. m.) yürürlüğe girmesiyle; Mahkeme'ye havale edilmiştir.

5. Başvuru; Mahkeme'nin İkinci Bölümü'ne havale edilmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü m. 52/1.) Bu bölüm içinde; Mahkeme İç Tüzüğü'nün 26/1. maddesinde belirtildiği şekilde, davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme m. 27/1) oluşturulmuştur. Türkiye tarafından seçilen yargıç Bay Rıza Türmen'in davada görev yapmaktan çekilmesi üzerine (m. 28), Türk Hükümeti, ad hoc yargıç olarak görev yapacak olan Bay Feyyaz Gölcüklü'yü görevlendirmiştir. (Sözleşme'nin 27/2 ve İç Tüzüğün 29/1. maddeleri).

6. Daire, 16 Mart 2004 tarihli bir kararla, başvuruyu kabul edilebilir bulunduğunu ilan etmiştir.

7. Hem başvurucu, hem de Hükümet, davanın esası hakkındaki yazılı görüşlerini bildirmişlerdir (İç Tüzük m. 59/1.)

8. Mahkeme, 1 Kasım 2004 tarihinde, dairelerin kuruluşunu gerçekleştirmiştir. (İç Tüzük m. 25/1). Bu şekilde, başvuru dilekçesi, 2. Daire'ye dağıtılmıştır (m. 52/1).

OLAYLAR

1. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

A. Cinayet

9. 20 Haziran 1991 tarihinde, başvurucu ve eşi, yirmi iki yaşındaki üniversite öğrencisi oğulları Mustafa Güngör'ü Ankara'da bırakarak; İzmir'e

gitmek üzere, Ankara Meclis Lojmanları'nda kendi kullanımına tahsis edilmiş olan daireden ayrılmışlardır.

Mustafa Güngör; 22 Haziran 1991 tarihinde, üniversiteden arkadaşı olan Ç. T. ile karşılaşmış; arkadaşlar, iki gün sonra Güngör ailesinin daire-sinde görüşmek üzere sözleşmişlerdir.

10. Başvurucunun oğlu, 24 Haziran 1991 tarihinde, saat 12.00-13.00 arasında; Ç. T. ve Ç. T.'nin kardeşi tarafından, yatağında ölü bulunmuştur. Arkadaşları, durumu derhal babalarına haber vermişler; babaları da saat 17.00'ye doğru, polisle irtibata geçmiştir. Olayla ilgili olarak, 1991/52269 numaralı soruşturma dosyası açılmış; Ç. T. ve kardeşi polis tarafından göz altına alınmış ve sorgulamalarının ardından serbest bırakılmışlardır.

B. Cezai Soruşturmalar ve Meclis Soruşturmaları

11. Aynı gün polisler, maktulün odasını bir video kamerayla görüntülemişlerdir. Bu kayda göre; etajerin üstünde, içinde parfüm şişeleri gibi birtakım eşyaların bulunduğu kutu ya da çanta benzeri bir nesne; bitişik odada ise; masa üzerinde bir yüzük bulunmaktaydı. Ayrıca polisler olay mahallinde bunlardan başka; kınalı saçlar bulmuşlar ve vücudun; banyodan yatağa doğru hareket ettirilmiş olduğunu tespit etmişlerdir.

12. 25 Haziran 1991 tarihinde; soruşturmayı yürütmekle görevli polisler; başvurucuya oğlunun; göğüs, boyun ve burun hizasına aldığı bıçak darbeleri sonucunda öldüğünü belirtmiş ve şüphelendiği birinin ya da düşmanlarının olup olmadığını sormuşlardır.

13. Aynı tarihte, saat 21.00'e doğru, otopsi yapılmış; otopsi, bir sonraki gün 00.30'a doğru tamamlanmış ve Mustafa Güngör'ün cesedi, başvurucu-ya teslim edilmiştir. Otopsi raporunda, burundaki yaralanmanın, kafanın arkasından çıkan 22 kalibrelik bir kurşundan kaynaklandığı belirtilmiştir; fakat; cinayet mahallinde ne bir mermi ne de bir kovan bulunabilmiştir. Adli tabipler ayrıca; birisi boynun sağında, öldürücü olan diğeri de torak-sın sağında bulunan; bıçak darbesinden kaynaklanan iki yara daha tespit etmişlerdir.

14. Bu tarihten itibaren, cinayet basında geniş yer bulmaya başlamıştır.

15. 2 Temmuz 1991 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı (başkan) Mustafa Güngör'ün ölümüyle ilgili olarak meclis soruşturması açılmasına karar vererek; Ankara Emniyet Müdürü'nü (emniyet müdürü), olayı soruşturmak için göreve çağırmıştır.

16. Emniyet Müdürü bu çağrıya yanıt vermezken; Ankara Valisi, Meclis Başkanı'na konu hakkındaki görüşünü bildirmiştir. Vali, soruşturmanın gizliliğinin kat'î olduğunu belirtmiş ve eklemiştir: "(...) *Polisin cinayet hakkında şüpheleri vardır. Polis, bazı milletvekili çocuklarının ifadelerini almak istemekte; fakat bu noktada zorluklarla karşılaşmaktadır. (...)*"

17. 9 Temmuz 1991 tarihinde Emniyet Müdürü, beraberindeki İçişleri Bakanı ile birlikte, Meclis Başkanı ile görüşmüş ve bazı milletvekili çocuklarının ifadelerinin alınabilmesi hususunda yardımını talep etmiştir.

18. 4 Temmuz 1991 tarihinde; (Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde görevli olan) temizlik işçileri tarafından; soruşturmaya görevli güvenlik güçlerinin gözetiminde, başvurucaunun dairesi temizlenmiştir. Aynı işçiler 9 temmuz 1991 tarihinde, maktulün üzerinde ölü bulunduğu yatağı; yenisiyle değiştirmişlerdir. Başvurucaunun, tüm bu olanlardan haberi bulunmamaktadır.

19. 11 Temmuz 1991 tarihinde, günlük *Hürriyet Gazetesi*, kamuoyunu, bir yetkilinin açıkça şu sözleri söylediği konusunda bilgilendirmiştir: "*Uzak bir ihtimal de olsa, Mustafa'nın, milletekillerinden birinin eşiyle yasak bir ilişkisi olmuş ve bunu öğrenen milletevekili de Mustafa'yı öldürmüş olabilir.*"

20. Ankara Adli Tıp Kurumu, 25 Temmuz 1991 tarihinde, Savcılık tarafından talep edilen toksikoloji raporunu sunmuştur. Bu rapora göre, Mustafa Güngör'ün kanındaki alkol oranı, %8 miligramdır.

21. 5 Ağustos 1991 tarihinde, yukarıda sözü edilen gazetede; olayla ilgili yapılmakta olan soruşturmalar ve polisin; Mustafa Güngör'ün, yaşlı bir milletvekili tarafından, yirmi beş yaşındaki genç eşiyle ilişkisini öğrendikten sonra öldürülmüş olabileceğini düşündüğünü içeren söylentiler hakkında bir yazı yayımlanmıştır. Bu yazıda, zamanın Ankara Valisi'nin, o dönemde söyle bir açıklama yaptığı belirtilmiştir: "*Bence, cinayetin faili, Ankara Valiliği ve polisi tarafından, pek de bilinmiyor değil; hedef besbelli ve polis, neye ve kime yönelmesi gerektiğini çok iyi biliyor. Ama, bu durumda birtakım zorlukların bulunduğu da kabul etmek gerekiyor (...)*" Başvuruca, valiye, kendisini böyle düşünmeye iten bilgileri kendisiyle paylaşması hususunu içeren; sonuçsuz kalacak bir mektup yazmıştır.

22. 15 Ağustos 1991 tarihinde, basın, kamuoyunu; bir milletvekilinin oğlu ile üç yeğeninin ve bir başka milletvekilinin oğlunun, beş gündür kayıp olduğu konusunda bilgilendirmiştir. Yetkililer bu hususta; muhtemelen PKK saflarına katılmış olan gençlerin, Mustafa Güngör'ün öldürülmesi olayının içinde oldukları varsayımını geliştirmişlerdir.

23. 16 Ağustos 1991 tarihli *Milliyet Gazetesi'*nde, soruşturma yetkilileri tarafından, cinayet nedeniyle ilgili olarak açıkça kuvvetlendirilen iki varsayım aktarılmıştır: Varsayımlardan ilki; kaybolan beş gencin de taraftarı oldukları meclis lojmanlarındaki kürt grupları arasındaki uyumsuzluğa dayandırılıyordu. Mustafa Güngör, bu grupla çelişiyor ve grubun faaliyetlerini polise ihbar ediyordu. İkinci varsayım; delillerin kaybolması ve olayda 22 kalibrelik bir silah kullanılmış olmasını ve bununla bağlantılı olarak yerlerde boyalı saçların tespit edilmesini göz önünde bulundurarak, bir profesyonelin suç ortaklığı temeline dayandırılıyor; şüphelerin bir kadına doğru yönelmesi gerektiğini düşündürüyordu.

24. Başvurucu, 17 Ağustos 1991 tarihinde, bütün milletvekillerine bir mektup göndererek, oğlunun katillerinin tespiti konusunda güvenlik güçlerine yardımcı olmalarını istemiştir.

25. Başvurucu, bu girişimin boşa çıkması üzerine; 20 ve 21 Ağustos 1991 tarihlerinde; dönemin iki büyük siyasal partisi olan ANAP ve DYP genel başkanları ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'ndan, yazılı olarak; oğlunun cinayetinin aydınlatılmasını rica etmiştir.

26. 27 Ağustos 1991 tarihli meclis oturumu sırasında, başvurucu; oğlunun ölümü hakkında söz alarak; basında ve milletvekilleri arasında dile getirilen; oğlunun ya kendisiyle aynı sitede oturan ve eşini kıskanan bir milletvekilinin "*adamları*" tarafından; ya da yine kendisiyle aynı sitede oturan milletvekilleri oğullarından oluşan bir grup genç tarafından öldürülmüş olabileceği hususundaki varsayımları hatırlatmıştır. Türkiye'deki bütün milletvekillerinin, tüm bu varsayımları kabullenmekle; bu davaya dahil olduklarını anlatmış ve İçişleri Bakanı'na, soruşturmanın hangi aşamada olduğunu sormuştur.

27. Bunun üzerine İçişleri Bakanı söz almış ve; soruşturma kapsamında, güvenlik güçlerinin; maktulün on yedi arkadaşı, iki komiser, meclis lojmanlarının güvenliğini sağlamakla görevli on iki polis memuru olmak üzere; birçok tanık dinlediğini ve milletvekillerinin sahip oldukları dokümanmazlığın, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından celplerini engelleyeceği bilindiğinden; tüm milletvekillerinin, bu davayla ilgili olarak tanıklık yapmaya çağrıldığını; oysa hiçbir milletvekilinin kendi rızasıyla tanıklık yapmaya gelmediğini belirtmiştir.

28. Başvurucu, 19 Eylül 1991 tarihinde Savcılık'tan; cinayet günü görev yapan polislerin kimliklerinin tespit edilmesini talep etmiştir.

29. Başvurucu; 20 ve 23 Eylül 1991 tarihleri arasında; Antalya Valisi (Ankara eski valisi) ile DYP ve SHP parti başkanlarından, yazılı olarak, oğlunun cinayetinin aydınlatılması konusunda yardımlarını istemiştir.

30. 26 Kasım ve 26 Aralık 1991 tarihleri arasında, ekim ayından beri milletvekili olmayan başvuru; soruşturmanın sağlıklı biçimde yürütülmesini sağlamak konusunda katkı ve yardımlarını almak için; Meclis Başkanı, Başbakan, Başbakan Yardımcısı, İçişleri ve Adalet Bakanları ile, diğer idari ve siyasi sorumlularla görüşmüştür.

31. Bir yıllık verimsiz ve sonuç vermeyen bir dönemden sonra; başvuru; 6 Ocak ve 21 Nisan 1992 tarihleri arasında gönderdiği mektuplarla; yeniden, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları'na yönelmiştir.

32. Bu arada, başvuru talebi üzerine, Cumhuriyet Başsavcısı; 21 Ocak 1992 tarihinde, cinayet mahallinde keşif yapmıştır. Keşif esnasında Savcı, etajerin üzerindeki nesnelere ve video kaydında görülen yüzüğün kaybolduğunu belirlemiştir. 10 Şubat 1992 tarihinde güvenlik kuvvetleri yeniden olay mahalline gitmişler ve video kaydında masanın üzerinde görülen nesnenin bir yüzük değil; SHP -siyasi parti- rozeti ya da mobilyaların kurulmasında kullanılan haki renkli bir vida olduğunu tespit etmişlerdir. Bu saptamalar; 28 Şubat 1992 tarihinde tutulan arama tutanağında da teyit edilmiştir.

33. 5 Mart 1992 tarihinde Cumhuriyet Başsavcısı, cinayet tarihinde meclis lojmanlarında oturan milletvekillerinin tanık olarak ifadelerini alma gerekliliği doğduğundan; Meclis Başkanlığı'na başvurmuştur. Bu arada seçimler yapılmış olduğundan; sorgulama işlemlerini yapabilmek için; yeniden seçilemeyen milletvekilleri ile irtibatının sağlanmasını istemiştir.

34. Meclis Başkanlığı 12 Mart 1992 tarihinde Savcı'ya, eski milletvekillerinin hiçbirisinin, yeni adreslerini partilerine bildirmemiş olmaları nedeniyle; istenilen bilgileri vermenin olanaklı olmadığı yönünde bir yanıt vermiştir.

35. Savcı, 23 Mart 1992 tarihinde, yeniden seçilemeyen iki eski milletvekili S. S. ve C. E.'yi, tanıklık yapmaya çağırmıştır. Dosyaya göre; C. E. bu çağrıya uymamış; S. S. ise, 2 Şubat 1994 tarihinde, yani yaklaşık iki yıl sonra dinlenebilmiştir.

36. 21 Nisan 1992 tarihinde başvuru; olay mahallinden alınmış olan kamera kaydının yeniden incelenmesini talep etmiştir. 29 Mayıs 1992 tarihinde, Emniyet Genel Müdürlüğü, bilirkişilere göre, masanın üzerinde görünen nesnenin ne olduğunu belirgin olarak tespit etmenin imkansız olduğunu, ama buna karşılık; etajerdeki nesnenin, uzman bilirkişilerden birinin araç-gereç çantası olduğunun tespit edildiğini belirtmiştir.

37. 4 Ağustos 1992 tarihinde, başvuru, o zamana dek yürütülen soruşturmadaki aksaklıklar ve özellikle cinayet mahallinden kaybolan eşyalarla ilgili mevcut çelişkiler hususunda kendi saptamalarını iletmek için; bir kez daha Cumhuriyet Başsavcısı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'ne başvurmuştur. Sonuç olarak, Savcılık; 16 Eylül 1992 tarihinde, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'ndan, ihtilafli kayıt ile ilgili son bir bilirkişi raporu tanzim edilmesini istemiştir. Eldeki tüm görsel dayanakları incelemekle görevlendirilmiş olan uzman; 15 Ekim 1992 tarihli raporunda, masada görülen nesnenin, daha çok yüzük biçiminde bir çerçeveye benzediğini belirtmiştir.

38. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 9 Şubat 1993 tarihinde, Anayasa'nın 98. maddesi gereğince; bir Araştırma Komisyonu oluşturularak; Komisyon'un, "*faili meçhul siyasi cinayetler*" ile ilgili bir araştırma yapması ve bu hususta bir rapor hazırlamasına karar vermiştir.

39. Başvuru, 3 Kasım 1994 tarihinde, yapılan çok sayıda ihmalden söz ederek; Adalet Bakanı'ndan, cezai soruşturmanın gelişimi konusunda bilgi istemiştir.

40. 27 Aralık 1994 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili tüm milletvekillerini, Mustafa Güngör'ün ölümü konusunda tanıklık yapmaya çağırması; oysa dosyadan çıkan sonuca göre, sadece beş milletvekili bu konuda ifade vermiştir.

41. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından oluşturulan Araştırma Komisyonu'nun Nisan 1995 tarihinde sonuçlandırılan raporu (No: 10/90); aşağıdaki paragrafları içermektedir:

"(...) Adalet Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nce oluşturulan faili meçhul cinayetlerle ilgili listede Mustafa Güngör'ün adı yer almadığı için; Komisyonu'muza havale edilen husus; faili meçhul siyasi cinayetlerle sınırlandırıldığından; bu konuda araştırma yapmak mümkün olmamıştır .

(Bu arada) Mustafa Güngör'ün ölümü üzerine başlatılan hazırlık soruşturmasında; yetkililerin bazı ciddi iddiaları soruşturmamış oldukları saptandığından; bu durumun; Ceza Kanunu'nun 235. maddesi kapsamında yer aldığı tespit edilmiştir. (...)"

Bu rapor; olayı soruşturmakla görevli Savcılığa, hiç ulaştırılmamıştır.

42. Başvuru 3 Nisan 1998 tarihinde Başbakan'a, oğlunun ölümü konusundaki kaygıları ve bu hususta yürütülen soruşturmanın zayıflığı ile ilgili, elli yedi sayfadan oluşan detaylı bir rapor ulaştırmıştır. Başvuru bu raporda; resmi belge ve açıklamalara atfen, adli sistemdeki işleyiş bozukluğunu doğrulayan kayı verici noktalara işaret etmiştir.

43. Bazı milletvekillerinin bu rapor konusunda bilgi sahibi oldukları görülmektedir. Gerçekten de, kırk iki milletvekili, 14 Mayıs 1998 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na sunulan ortak bir dilekçe ile, başvurunun iddiaları temelinde, Mustafa Güngör'ün öldürülmesi olayının açıklığa kavuşturulması ve soruşturmada ihmali bulunanların tespit edilmesi amacıyla; bir meclis araştırması açılmasını talep etmişlerdir. Dilekçede imzaları olan milletvekilleri, özellikle şu hususları vurgulamışlardır:

" (...) Günün her saatinde koruma altında bulunan, milletvekilleriyle eş ve çocukları dışında, güvenlik güçlerince yapılan kimlik tespitiyle ancak girilebilen bir mekanda cinayet işlenmesi ve aradan geçen yedi yıla yakın bir sürede faillerinin bulunamayışı, adalet açısından olduğu kadar; Türkiye Büyük Millet Meclisi açısından da düşündürücüdür.

Zira; bu cinayetin nedeni, lojmanlardaki çetelerden, aşk ilişkilerine, etnik çekişmelere indirgenmiş; MİT raporu olduğu ileri sürülen belgelerden, ihbar mektuplarına kadar spekülasyonlara sebep olmuş; basında yer alan açıklamalar, haber ve yorumlarla olay, milletvekilleri, milletvekillerinin eş ve çocuklarıyla iribatlandırılmıştır.

Cinayette bıçak ve tabanca kullanıldığı kesin olmasına rağmen, soruşturmanın daha başlangıcında, Savcı ve emniyet yetkilileri tarafından cinayette tabanca kullanıldığının dahi tespit edilememesi, işe ciddiyet ve basiretten yoksun başlanıldığını ortaya koymaktadır. Soruşturmanın tıkanma nedenleri arasında milletvekili dokunulmazlığı, seçimler sonrası seçilemeyen milletvekillerinin adreslerinin tespit edilmediğinin ileri sürülmesi, olayın akabinde video kayıtlarında yer alan delillerin sonradan ortadan kaldırılması, bilirkişi raporlarına rağmen soruşturmayı yürüten yetkililerin umursamaz davranışları fevkalade çarpıcıdır.

Bu cinayeti aydınlatmak için mücadele veren Erol Güngör'den, olay günü lojmanlarda görevli güvenlik mensuplarının isimleri dahi gizlenmiştir. (...)

Soruşturma sonuçlanmadan cinayetin işlendiği evin Erol Güngör'e haber verilmeksizin boşaltılması, eşyaların depoya taşınması da ayrıca düşündürücüdür.

Bir başka düşündürücü nokta, dönemin muhalefet partileri liderleri yanında, zamanın Ankara Valisi'nin, cinayetin siyasi olmadığına ilişkin beyanlarını neye dayanarak verdikleri konusudur. (...)"

44. 22 Aralık 2000 tarihli Resmi Gazete'de, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen bazı suçları kapsayan 4616 sayılı Af Yasası yayımlanmıştır. Bu Yasa gereğince; başvurunun davasında, yetkilileri, yapılan soruşturmalar sonucunda kendilerinin sorumluluğunu doğuracak muhtemel kusur ya da ihmalleri nedeniyle kovuşturmak imkansız hale gelmiştir.

45. Meclis lojmanlarında uygulanan genel güvenlik tedbirleri konusunda hiçbir resmi soruşturma açılmamıştır.

46. 7 Kasım 2003 tarihinde Türk basınında yer alan bazı haberlere göre, görevdeki İçişleri Bakanı, Mustafa Güngör cinayetiyle ilgili olarak yürütülmüş cezai soruşturmanın yeniden açılmasının sağlanması için; yakın bir tarihte, Ankara Emniyet Müdürlüğü'nü, özel bir birim kurulması hususunda görevlendirmişti. Bu birim, daha önceden davayı bilen Cumhuriyet Savcısı ile iş birliği içinde çalışacaktı. Bu amaçla, en kısa zamanda, olay zamanında ifadesi alınamamış milletvekilleri ve aile üyelerinin listesinin çıkarılacağı öngörülmüştü.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 8 Şubat 2005 tarihinde, Mustafa Güngör cinayeti ile ilgili bir araştırma komisyonu oluşturulmasına karar vermiştir.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Ceza Yasası

47. Türk Ceza Kanunu, adam öldürme (448 ve 455. maddeler) ve adam öldürmeye teşebbüs fiillerini (m. 61 ve 62); cezalandırmıştır. Hazırlık soruşturması sırasında, olaylar ve benzer suçlar doğurmaya elverişli ihmallerin ihbarı hususu ve bu konuda yetkililere getirilen yükümlülükler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 151 ve 153. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Suçlara dair ihbarlar, sadece savcılara veya güvenlik güçlerine değil, aynı zamanda, yerel idari yetkililere de yapılabilir. İhbarlar, yazılı veya şifahi olarak dile getirilebilir. Şifahi ihbarlar üzerine, yetkili tarafından tutanak tutulur.

48. Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi gereğince; idari memurlar, görevlerini yaptıkları sırada, bir suç işlendiğini öğrenip de, bunu savcı ya da kolluk kuvvetlerine bildirmekte ihmal gösterirlerse, hapis cezasına çarptırılırlar. Cumhuriyet Savcısı, herhangi bir suretle, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek için, araştırma yapmakla yükümlü tutulmuştur (CMUK m. 153).

B. Anayasa

49. Anayasa'nın "yasama dokunulmazlığı" başlıklı 83. maddesi; şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Meclis’te ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı’nın teklifi üzerine, Meclis’çe başka bir karar alınmadıkça, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar

Seçimden önce veya sonra, bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili, Meclis kararı olmadıkça, tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturulmasına başlanılmış olmak kaydıyla, Anayasa’nın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak bu halde, yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır, üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclis’in yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”

50. Türk doktrinine göre; Anayasa’nın 83/2. maddesi gereğince bir milletvekilinin yargılanmasının yasaklanmış olması, tüm adli tedbirlerin alınmasına engel oluşturmaz. Bir milletvekilinin; sorgulanması, tutuklanması ve tutulması hususunun bu yasak kapsamında olması; milletvekilini meclis görevlerini ifa etmekten alıkoymayan bir kamu davasının açılmasına engel değildir. Ne olursa olsun, Türkiye Büyük Millet Meclisi, her zaman bir milletvekilinin dokunulmazlığını kaldırabilir ve adli tedbirlerin kendisine uygulanmasını sağlayabilir.

HUKUKİ DURUM

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI HAKKINDA

51. Hükümet; başvuru dilekçesinin verildiği tarihte, ulusal makamlardan alınmış, hukuki, cezai ya da diğer türde hiçbir nihai karar bulunmamasından bahisle; iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir .

52. Hükümet, başvuruçunun Mahkeme tarafından iç hukuk yollarını tüketmiş sayılması halinde de, başvuru dilekçesinin, süre geçtikten sonra verilmesinden bahisle, reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Hükümet’e göre, bu durumda altı aylık süre, Mustafa Güngör’ün ölüm tarihi olan 23 Haziran 1991’den başlatılarak işletilmelidir.

53. Başvurucu; yetkililerin Sözleşme'nin 2. maddesindeki gerekliliklere istinaden; olayla ilgili olarak resmi soruşturmalara başladıklarını ve hatta kendisinin de soruşturma mekanizmasını hızlandırmak için bir çok girişimde bulunduğunu belirterek; Hükümet'in bu tezini çürütmüştür.

54. Mahkeme, daha önce, başvuru dilekçesiyle ilgili kabul edilebilirlik kararında, Hükümet'in ilk itirazlarının, bu konuda ulusal çapta yürütülen cezai soruşturmanın etkin olup olmadığı; dolayısıyla; Sözleşme'nin 2. maddesine ilişkin şikayet sebeplerinin yerinde olup olmadığı hususunun incelenmesini gerekli kılacak sorular ortaya koyduğunu saptamış idi. Mahkeme; bu noktadaki incelemesini, şikayet sebeplerinin esasıyla ilgili sonuç kısmında; yeniden ele alacaktır.

II. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

55. Başvurucu, güvenlik güçlerinin, oğlunun çok iyi korunan bir lojmanda öldürülmesine engel olmamaları halinin, Sözleşme'nin 2. maddesinin somut bir ihlali olduğunu iddia etmektedir. Aynı zamanda, cinayet sonrası yürütülen soruşturmanın yetersizliği nedeniyle; Sözleşme'nin 2. maddesindeki usulü yükümlülüklerle aykırı davranıldığını savunmaktadır.

Sözleşme'nin, 2. maddesinin konuyla ilgili bölümü; şu şekildedir:

“Herkesin yaşam hakkı, yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezasıyla cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse, kasten öldürülemez.”

A. Yaşamın Korunması Pozitif Yükümlülüğü Hakkında

1. Tarafların iddiaları

a. Başvurucu

56. Başvurucu, güvenlik kuvvetlerinin, milletvekili lojmanlarının bulunduğu sitenin güvenliği ile ilgili yönetmelik talimatlarına uygun davranmadıklarını ileri sürmektedir. Bahsi geçen yönetmeliğin etkin biçimde hayata geçirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nun yetkisindedir. Başvurucu, Osman/Birleşik Krallık Kararı'na (28 Ekim 1998 tarihli karar, AIHM 1998-VIII, sayfa 3124) atfen, yetkililerin, oğlunun hayatının korunması yönündeki yükümlülüklerini yerine getirmede kusurlu davrandıklarını belirtmiştir.

b. Hükümet

57. Hükümet, maktulün yaşamının, gerçek ve acil hiçbir risk altında bulunmadığını ve dolayısıyla da güvenlik kuvvetlerinin, kişiyi korumak için özel tedbirler almadığını savunmuştur.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

a. Genel Prensipler

58. Sözleşme'nin 2/1. maddesinin ilk cümlesi; Devlete, sadece iradi ve kuraldışı bir surette ölüme neden olmama yükümlülüğünü değil; kendi yargı sistemine dahil olan kişilerin hayatını korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü de getirmiştir. (9 Haziran 1998 tarihli, L. C. B./ Birleşik Krallık Kararı; AİHM 1998-III , sayfa 1403, paragraf 36) Bu yükümlülük; devlet için; yaşam hakkını koruma yolunda, bireye yönelik ihlalleri önleyici, caydırıcı somut ceza mevzuatı düzenlemek ve ihlalleri engelleyip cezalandırmak için bir uygulama işleyişi oluşturmayı sağlamak anlamına gelen asli bir görevdir. Sözleşme'nin 2. maddesi gerçekten de; yaşamı başkalarının suça yönelik tutumları nedeniyle tehdit altında olan bireyin korunması için, yetkililere, doğru belirlenmiş koşullar içinde, düzenin sağlanmasına yönelik önleyici tedbirler alma pozitif yükümlülüğünü dayatır (Yukarıda adı geçen Osman/ Birleşik Krallık Kararı; sayfa 3159, paragraf 115).

59. Bu yükümlülüğü; güvenlik güçlerinin, çağdaş toplumlarda görevlerini ifasının güçlükleri; insani tutumların kestirilemezliği; hizmetlerin, öncelikler ve olanaklar dahilinde gerçekleştirilebilir olduğu göz ardı edilmeksizin; yetkililere çekilmez ve aşırı bir yük getirmemek gerektiği doğrultusunda yorumlamak gerekmektedir. Bundan dolayı, yetkililer; Sözleşme bakımından; yaşama yönelik mevcut olduğu varsayılan tüm tehditlerin gerçekleşmesini önleyici, somut tedbirler almaya zorlanamaz. Yetkililer ancak, belli bir bireyin hayatının, üçüncü bir kişinin suça yönelik davranışları nedeniyle, gerçek ve acil bir tehdit altında olduğunu o anda biliyor ya da bilebilecek durumda olmalarına rağmen; yetkileri çerçevesinde akla yakın tedbirleri almamaları halinde; mevcut riski ortadan kaldırmaya muktedir olarak kabul edilirler. Pozitif yükümlülüğün varlığına kanaat getirebilmek için; bu biçimde bir durumun mevcut olduğunun tespiti gerekir (Yukarıda adı geçen Osman/ Birleşik Krallık Kararı, 3159 ve 3160. sayfalar, paragraf 116; 46477/99 numaralı, Paul ve Audrey Edwards/ Birleşik Krallık Kararı, AİHM 2002-II, paragraf 55).

b. Davadaki Uygulama

60. Mustafa Güngör'ün hayatı için gerçek ve acil bir tehdidin varlığına gelince; ne dosyada yer alan belgelerden, ne de tarafların gözlemlerinden; maktulün, özel bir tehlide maruz kalma ihtimalinin, Ankara'da oturan olağan bir vatandaşa oranla daha fazla olduğu sonucu çıkmaktadır. Girişlerin; içeride resmi konutlar bulunduğu için sınırlandırıldığı ve kontrole tabi tutulduğu göz önüne alınacak olursa; cinayet yeri, çok yüksek risk taşıyan bir yer değildi. Mahkeme önünde; cinayetin; maktulün yaşamı için özellikle tehlike arz eden devlet memurları ya da resmi konutlarda ikamet edenler ve bu kişilerin ziyaretçileri tarafından gerçekleştirildiği iddia edilmemiştir.

61. Bu duruma uygun olarak, olayda, Mustafa Güngör'ün hayatı açısından, gerçek ve acil bir risk olmadığı hususunun kabulü gerekmektedir. Bundan dolayı; yetkililerin, böyle bir riski ortadan kaldırmak için alabilecekleri özel tedbirleri alıp almadıklarını araştırmaya gerek yoktur.

Başvurucunun, cinayet mahalline girişlerin sınırlı ve kontrole tabi olmasının, katillerin tespitini ve yakalanmalarını kolaylaştırabileceğine yönelik iddiası, daha ziyade, bu davada yürütülen cezai soruşturmanın verimliliği hususu ile ilgilidir.

62. Sonuç olarak; Sözleşme'nin 2. maddesi, yaşamın korunması pozitif yükümlülüğü açısından ihlal edilmemiştir.

B. Etkin Soruşturma Yapma Usulü Yükümlülüğü Hakkında**1. Tarafların İddiaları****a. Başvurucu**

63. Başvurucu; adli yetkililerin; bazı milletvekili veya yakınlarının olaya karışmış olabilecekleri kaygısıyla; gerekli kanıtları toplamak ve mevcut izleri sürmekte yetersiz kaldıklarını savunmaktadır. Başvurucuya göre yetkililer, somut kanıt unsurlarının dosyadan kaybolmasını bile önleyememişlerdir. Bundan başka; başvurucu, cezai soruşturmaya etkin biçimde katılmadığını ileri sürmektedir.

64. Başvurucuya göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, koşullar bazı milletvekilleri ya da aile mensuplarının sorumluluğunu işaret ediyor; verimli bir meclis araştırması yürütülmesi hususuna dikkat gösterme noktasında özensiz davranmıştır.

b. Hükümet

65. Hükümet, söz konusu cinayete ilişkin cezai soruşturmanın, Savcılık ve güvenlik güçlerinin işbirliğiyle yürütüldüğünü savunmaktadır. Hükümet'e göre soruşturmacılar; mümkün olan tüm kanıtları toplama hususunda önemli çabalar göstermişlerdir. Yetkililer, delilleri muhafaza etme yönünde gerekli tedbirler almışlar ve ölüm nedeninin tespitini sağlayan otopsi işlemini gerçekleştirmişlerdir.

66. Güvenlik güçleri, davaya konu cinayette kullanılan silahları ele geçirememiş, mermi kovanını bulamamış, ya da herhangi bir parmak izi ortaya çıkaramamış da olsalar, yetkililer akla gelebilecek tüm olasılıkları dikkate alarak, hiçbir izi önemsemezlik etmemişlerdir. Yasama dokunulmazlığı, yetkililerin milletvekillerini tanık olarak dinlemelerine engel oluşturmamaktadır. Yetkililer bu davada, milletvekillerini olduğu gibi; başvuruçunun oturduğu sokağın bitişiğindeki sokaklarda oturan aile üyelerini de dinlemişlerdir. Hiçbir milletvekili, tanıklık yapmamak için, dokunulmazlığını öne sürmemiştir. Sürdürülen cezai soruşturma boyunca, Sözleşme'nin 2. maddesinde öngörülen pozitif yükümlülüğe riayet edilmiştir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

A. Genel Prensipler

67. Sözleşme'nin 2. maddesinde somutlaştırılan yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1. maddesi ile devletlere getirilen "*Kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, Sözleşme'de açıklanan hak ve özgürlükleri tamamlamak*" genel yükümlülüğü ile bağlantılı olarak; devletlerin, bir bireyin güç kullanımı sonrası hayatını kaybetmesinden sonra, olaya müdahale ederek, etkin bir resmi soruşturma yapmalarını gerektirir. Böyle bir soruşturmanın asıl amacı, yaşam hakkını güvence altına alan iç hukuk normlarının, etkili biçimde uygulanmasını sağlamaktır. Hangi yapıda bir soruşturmanın bu amaçların gerçekleşmesini sağlayacağına gelince; bu husus koşullara göre değişebilir. Bununla birlikte yetkililer, hangi nitelikte olursa olsun; bir sorun kendilerine iletildiğinde, re'sen harekete geçmeli; şikayetçi olma veya soruşturma açılması girişiminde bulunma hususundaki inisiyatif; maktul yakınlarına bırakmamalıdır (Yukarıda adı geçen Paul ve Audrey Edwards Kararı, paragraf 69).

68. Adam öldürme suçu ile ilgili olarak yapılan soruşturmanın genel anlamda verimli yürütülebilmesi için; soruşturma yetkilileri ve görevlilerinin, olaylara dahil olmuş kişilerden bağımsız olmaları gerekir. (Örneğin; bkz., 27 Temmuz 1998 tarihli, Güleç/Türkiye Kararı, AİHM, 1998-IV, sayfa

1733, 83-84. paragraflar; 21954/93 numaralı, Oğur/Türkiye Kararı, AİHM 1999-III, 91-92. paragraflar) Bu durum, sadece tüm hiyerarşik ve kurumsal bağların yok sayılmasını değil; aynı zamanda uygulamaya yönelik bir bağımsızlığı da gerekli kılar (Örneğin; bkz., 28 Temmuz 1998 tarihli Ergi/Türkiye Kararı, AİHM 1998-IV, 1778-1779. sayfalar, 83-84. paragraflar; ve daha önce adı geçen, Kuzey İrlanda Davaları, örneğin, 4 Mayıs 2001 tarih, 24746/94 numaralı Hugh Jordan/Birleşik Krallık Kararı, paragraf 120; 4 Mayıs 2001 tarih , 30054/90 numaralı Kelly ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, paragraf 114).

69. Yürütülen soruşturmanın verimliliği, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmalarının sağlanması anlamında gerçekleşmelidir (Bkz., yukarıda adı geçen Oğur Kararı, paragraf 88). Bu hususta, sonuca yönelik değil; kullanılan yöntemlere ilişkin bir yükümlülük bulunmaktadır. Yetkililer, olayla ilgili erişilebilir delillerin toplanması yolunda tüm tedbirleri almış olmalıdır. Özellikle görgü tanıklarının ifadeleri alınmış , güvenlik güçlerinin elde ettikleri teknik ve bilimsel veriler değerlendirilmiş; cinayet sonucu maktulün bedeninde meydana gelen zedelenmeleri tam ve net bir biçimde tespit eden, klinik saptamaların objektif tetkikini ve özellikle ölüm nedenini içeren bir otopsi yapılmış olmalıdır (Örneğin; bkz., 21986/93 numaralı Salman/Türkiye Kararı AİHM 2000-VII, paragraf 106; 23763/94 numaralı Tanrikulu/Türkiye Kararı (GC), AİHM 1999-IV, paragraf 109; 14 Aralık 2000 tarih, 22676/93 numaralı Gül/Türkiye Kararı, paragraf 89).

Soruşturmanın hatalı yönü; kurbanın ölüm nedeninin tespiti veya olaya dahil olanların saptanması hususunda yetersiz kalınması ve buna bağlı olarak yetkililerin soruşturmayı, bir sonuca ulaşamadıkları doğrultusunda tamamlamalarıdır (Bkz., yukarıda sözü edilen Kuzey İrlanda Davası Kararları; örneğin, adli bir soruşturma kapsamında, cinayete doğrudan karışmış güvenlik kuvvetleri mensuplarını tanıklık yapmaya zorlamanın imkansız olduğunu içeren Hugh Jordan Kararı; paragraf 127).

70. Bu bağlamda, mevcut olayın belirli bir özen ve ivedilik gerektirdiği zımnen sabittir. (Örneğin; bkz., 22535/93 numaralı Mahmut Kaya/Türkiye Kararı, 106-107. paragraflar, AİHM 2000-III). Engeller ve güçlükler, bir soruşturmanın; özel bir konumda ilerleyebilmesini önleyebilirse de, güç kullanımı sonucu ölüme sebebiyet verildiğinde, genel anlamda kamuoyunun güvenini kazanmak, halkın hukuk devletiyle bütünleşmesini sağlamak, yasadışı faaliyetlere gösterilen müsamahaya engel olmak veya suç işleme yönünde oluşturulmuş üstü kapalı iradeyi önlemek için; yetkililerce derhal soruşturma açılması halinin, esaslı nokta olduğu düşünülür (Daha önce adı geçen Hugh Jordan Kararı, 108, 136-140. paragraflar).

71. Aynı gerekçelerle, sorumluların teoride olduğu kadar pratikte de hesap vermelerini güvence altına almak için; soruşturma ve sonuçlarının kamusal denetimini sağlamaya elverişli bir unsur bulunmalıdır. Olması gereken kamusal denetimin derecesi, davadan davaya değişebilir. Bununla birlikte, her durumda; maktul yakınları, maktulün meşru çıkarlarının hi-mayesinin gerekli olduğu ölçüde, soruşturmaya ortak olmalıdır (Örneğin; bkz., 28883/95 numaralı, McKerr/Birleşik Krallık Kararı, AİHM 2001-III, paragraf 148).

72. Yasama dokunulmazlığı konusunda Mahkeme, Sözleşme'yle bağ-daşır bulduğu dokunulmazlığın, meclis görüşmeleri sırasında yapılan ve meclis üyelerinin yaptıkları kişisel açıklamaların tersine, meclis çıkarlarının korunmasına yönelik açıklamaları kapsayan bir dokunulmazlık olduğunu belirtmektedir (35373/97 numaralı, A/Birleşik Krallık Kararı, AİHM 2002-X, 84-85. paragraflar). Buna karşılık, bir devletin; dokunulmazlığın meclis içi çalışmalarla ilgisi olmayan ölçülerde genişletilebileceği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2 ve 13. maddelerinde belirtilen pozitif yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınabileceği düşünülemez (Bkz., 40877/98 numara-lı mutatis mutandis Cordova/İtalya (no 1) Kararı, AİHM 2003-I , 60-65. paragraflar).

b. Davadaki Uygulama

73. Mahkeme, Mustafa Güngör'ün, babası ve ailesinin kullanımına sunulu, milletvekili resmi lojmanı niteliğindeki evinde; bir cinayete kur-ban gittiğini hatırlatır. Cinayetin failleri, olay gününden bu yana tespit edilememiştir. Türk yetkililer, ölüm nedenleri ile ilgili adli bir soruşturma açmışlardır. Taraflar; bu davada yürütülen soruşturmada, yukarıda sözü edilen gerekliliklerin etkin biçimde yerine getirilip getirilmediği hususunda ihtilaflıdır.

i. Soruşturmaya Leke Süren Eksiklikler

74. Cinayetten on gün sonra idari işçiler, cinayet mahallinde temizlik yapmışlar ve maktulün üzerinde ölü bulunduğu yatağı, bir başka yatakla değiştirmişlerdir. Başvurucu, tüm bu olanlar konusunda bilgilendirilme-miştir.

Hükümet; yatağın, tetkiki bittikten sonra değiştirildiğini ve temizlik işlerinin; güvenlik güçlerince, muhtemel delillerin korunması için gerekli

önlemlerin alınmasından sonra gerçekleştirildiğini savunmaktadır.

75. Mahkeme, cinayetten hemen sonra gerçekleştirilen video kaydında görülen; cinayet günü başvurucunun evinde olan kişi ya da kişilerin; bir başka deyişle katillerin kimlik tespitinde tamamlayıcı rol oynayabilecek durumdaki muhtemel delillerin; yani, etajerin üstündeki nesnelere ve “yüzüğü” bulunmadığını ve soruşturma dosyasına girmediğini belirtmektedir.

76. Video kaydında görülen nesnelere ne olduklarının belirlenmesi hususunda, güvenlik güçlerinin ve Savcılık’ca atanmış olan bilirkişilerin tespitleri arasında farklılıklar bulunmaktadır (Yukarıda, 32 ve 37. paragraflar). Kırk iki milletvekilince hazırlanan dilekçede de belirtildiği üzere; soruşturmanın yetersiz yönünü oluşturan bu noktayı aydınlatmak için, soruşturma yetkililerinin hiçbir şey yapmadıkları söylenebilir.

77. Mahkeme’ye göre bu olaylar; güvenlik kuvvetleri tarafından, delillerin korunması için alınan tedbirlerin yeterli olmadığını göstermektedir.

78. Mahkeme, bir çok yetkilinin; soruşturmacıların, cinayete ilgili çeşitli varsayımları inceledikleri yönünde açıklamalarda bulunduğunu gözlemlemiştir. Basında yer alan bir habere göre, Ankara eski valisi, failin kimliğinin güvenlik kuvvetlerince bilindiğini ama yakalanmasının zor olduğunu belirtmiştir (Yukarıda 21. paragraf). Öte yandan başvurucu, mecliste milletvekili sıfatıyla söz alarak, güvenlik güçlerinin sürmesi gereken izlerden bahsetmiştir. Mustafa Güngör, kendisiyle aynı lojmanlarda oturan ve eşini kıskanan bir milletvekilinin “adamları” tarafından ya da, yine kendisiyle aynı lojmanlarda oturan milletvekili oğullarının oluşturduğu bir grup genç tarafından öldürülmüş olabilirdi (Yukarıda 26. paragraf). Bu varsayımlar, kırk iki milletvekili tarafından yazılıp, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı’na sunulan ortak dilekçede resmi olarak yinelenmiştir.

79. Mahkeme’ye göre, dosyadaki hiçbir unsur; failerin kimliği ve cinayet nedenleriyle ilgili olarak, yetkililere özel ya da resmi farklı kaynaklardan ulaştırılan varsayımların doğruluğunu saptamak için, soruşturmacılar tarafından ciddi tedbirler alınmadığını göstermektedir.

ii. Tanıkları İfade Vermeye Zorlama Hususundaki Yetersizlikler

80. Soruşturmacılar, cinayet tarihinde meclis lojmanlarında ikamet eden milletvekillerinin tanıklıklarına başvurmanın gerekli olduğunu

tespit etmişlerdir. Bu gereklilik, Ankara Cumhuriyet Başsavcısı'nın Mart 1992'de, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na gönderdiği mektupta açıkça ortaya konulmuştur.

81. Mahkeme, Hükümet'in, yasama dokunulmazlığının; bir milletvekilinin cezai soruşturma kapsamında tanıklık yapmaya çağrılmasına engel teşkil etmeyeceğine ilişkin açıklamasını dikkate almıştır.

82. Oysa ki dosyanın incelenmesinden; Ankara Valisi'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na belirttiği gibi (Yukarıda 16. paragraf), milletvekili veya yakınlarının tanık olarak dinlenmeleri için çağrılmaları ve ifade vermeleri konusunda, soruşturma kapsamında görevli yetkililerin tereddüde düşüp, bu konuyu üstü kapalı geçtikleri sonucu çıkmaktadır. Öte yandan İçişleri Bakanı, 27 Ağustos 1991 tarihinde, meclis üyeleri önünde, yasama dokunulmazlığının, milletvekillerinin Emniyet Müdürlüğü'nce çağrılmalarına engel olduğunu ve bu tarihte hiçbir milletvekilinin kendi isteğiyle bu dava hakkında tanıklık yapmaya gelmediğini beyan etmiştir (Yukarıda 27. paragraf).

83. Savcılık, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'ndan, dinlenebilmeleri için, seçilemeyen eski milletvekillerinin irtibat adreslerinin bildirilmesini talep etmiş; fakat kendisine, eski milletvekillerinin partilerine yeni adresleri konusunda bilgi vermemiş oldukları gerekçesiyle, bunun mümkün olmadığı yönünde bir yanıt verilmiştir (Yukarıda; 34. paragraf).

84. Savcılık tarafından tanık olarak dinlenmeleri için çağrılan, yeniden seçilemeyen iki eski milletvekilinden biri olan S. S. çağrıdan yaklaşık iki yıl sonra ifade vermiş, C. E. ise Savcılık çağrısına yanıt vermemiştir (Yukarıda 35. paragraf). Aynı zamanda Ankara Cumhuriyet Başsavcısı'nın, cinayet hakkında tanıklık yapmaya gelmesiyle ilgili çağrısına, sadece beş milletvekili riayet etmiştir (Yukarıda 40. paragraf).

85. Kırk iki milletvekili, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na sundukları dilekçede, mecliste görev yapmakta olan milletvekillerinin sahip oldukları dokunulmazlığın ve yeniden seçilemeyen milletvekillerinin adreslerinin tespitinin mümkün olmamasının, cezai soruşturmanın sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin önündeki en temel engeller olduğunu dile getirmişlerdir (Yukarıda 43. paragraf). Dosyaya göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nca, milletvekillerini bu davada tanıklık yapmaya yönelten –sınırlayıcı– tedbirler alınmamıştır.

86. Yukarıda açılanan tespitlerin ışığında Mahkeme, yasal engeller olmamasına rağmen; olayın nedenlerini aydınlatmak için gerekli tüm tanık

ifadelerinin alınmamış olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, soruşturmacıların, milletvekili ve yakınlarının tanık olarak dinlenmesi hususunda tereddüde düşmeleri ve bu konuyu üstü kapalı geçmelerinin –sınırlı sayıda istisna dışında– nedenlerini sorgulamayı gerekli görmemiştir. Durumun gereği olarak, adli yetkililerin, gerçeğin araştırılması çerçevesinde, özellikle muhtemel tanık veya sanıklarla ilgili olarak, sahip olunan zorlayıcı yöntemleri kullanmaktan kaçındıklarının tespitiyle yetinmiştir.

Mahkeme'ye göre, soruşturma meclis çalışmalarıyla ilgili olaylara dayanmadığı için; yasama dokunulmazlığı da tanıkların celbi konusunda soruşturmacıların tam yetkilerini kullanmalarına engel oluşturmamalıydı.

87. Mahkeme daha sonra, 1994 yılı sonunda tanıklık yapmayı kabul etmiş olan; yeniden seçilemeyen milletvekillerinin ifadelerini incelemiştir. Bu ifadelerden, katillerin kimliği ve cinayetin nedenleriyle ilgili olarak, farklı kanallarla soruşturmacılara ulaşan varsayımların; tanık ifadeleriyle desteklenmediği sonucu çıkmıştır. Dava hakkında bilinenlerin değerlendirildiği, yüzeysel ve birbirinin aynı ifadeler, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktan çok uzaktır.

88. Mahkeme, davayı aydınlatmak için gerekli olan tüm tanık ifadelerinin, adli yetkililerce etkin biçimde toplanamamasının ve bazı milletvekillerinden alınan yüzeysel tanık ifadelerinin; davanın temel noktalarının oluşturulmasına engel olduğunu saptamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Mustafa Güngör cinayetini araştırmak için, 8 Şubat 2005 tarihinde bir komisyon kurulmuş olması, Mahkeme'nin bu tespitini değiştirmeye yetecek nitelikte değildir.

iii. Mahkeme'ce Etkin Soruşturma Yürütme Usulü Yükümlülüğü Hakkında Varılan Sonuç

89. Mahkeme, Mustafa Güngör cinayetiyle ilgili olarak etkin bir soruşturma yürütülmesi gerekirken; delillerin muhafaza altına alınmasındaki yetersizlikler, katiller ve cinayet işleme nedenleri hakkında ileri sürülen temel varsayımların araştırılması konusunda özen gösterilmemesi, gerekli tanıkların dinlenmesi hususunda ihmalkar davranılması ve tanık ifadelerinin yüzeysel olması nedeniyle; Sözleşme'nin 2. maddesinin gerekliliklerine uyulmadığını saptamıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesindeki usulü yükümlülüklerin, bu noktalardan ihlal edildiğine karar vermiştir.

90. Bundan başka Mahkeme, aynı gerekçelerle, Hükümet'in, iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin ilk itirazını reddetmiştir (Yukarıda 51. paragraf).

91. Hükümet'in, başvuru dilekçesinin, süre geçtikten sonra verilmiş olduğuna yönelik itirazı (Yukarıda 52. paragraf); konuyla ilgili temel olaylar 1995 yılının sonuna dek sürdüğünden, başvurucunun cinayete ilişkin cezai soruşturmanın sonuçsuz kaldığını, 1995 yılının başında bilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 13. MADDESİNİN, 2. MADDESİ İLE BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

92. Başvurucu, oğlunun ölümü ile ilgili yürütülen soruşturmanın yetersizliğini dayanak göstererek, Sözleşme'nin 13. maddesinin, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini iddia etmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Bu Sözleşme'de (...) tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal, fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir."

A. Tarafların İddiaları

93. Başvurucu, iç hukukta, suçların etkin biçimde soruşturulması görevlerini ihmal eden idari memurların kovuşturulmasına imkan veren bir başvuru yolu olmadığını belirtmekte; ayrıca, Türk hukukunda, cezai soruşturmanın sonuçsuz kalmasıyla oluşan zararın tazmin edilmesi için, hiçbir imkan bulunmadığını ifade etmektedir.

Hükümet, Sözleşme'nin 2. maddesinin usulü yönüne ilişkin tespitlerine atfen; savcılarının ve emniyet yetkililerinin, erişilebilir tüm delilleri topladıklarını savunmaktadır. Hükümet'e göre; her ne kadar cezai soruşturma sonucunda failin kimliği tespit edilemediyse de, bu durum, soruşturmanın etkin biçimde yapılmadığını göstermemektedir (16 Kasım 2000 tarih, 21422/93 numaralı Tanrıbilir/Türkiye Kararı, 83-85. paragraflar).

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Uygulanabilir Prensipler

94. Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta, Sözleşme'ye dayanılarak, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapma, "savunulabilir" bir şikayeti

dile getirme imkanının tanınmasını gerekli kılar (29392/95 numaralı Z. ve diğeri/Birleşik Krallık Kararı (GC), AİHM 2001-V, paragraf 108). Bu düzenlemenin amacı, Sözleşme'yle güvence altına alınan haklara yönelik ihlallerin giderilmesi için; Mahkeme'yi; uluslararası şikayet mekanizmalarını devreye sokmadan önce; muhakeme edilebilir hususların ulusal düzeyde ele alınmasının sağlanmasıdır (31210/96 numaralı Kudla/Polonya Kararı (GC), AİHM 2000-XI, paragraf 152).

95. Bununla birlikte; 13. maddenin sağladığı koruma; özel bir başvuru gerektirme noktasına dek ulaşmamaktadır. Sözleşmeciler devletler, belirli bir değerlendirme marjı kullanarak, bu düzenlemenin kendilerine öngördüğü yükümlülükleri yerine getirirler (Örneğin; bkz., 19 Şubat 1988 tarihli Kaya/Türkiye Kararı, AİHM 1998-I , 329-330. sayfalar, paragraf 106).

96. Yürürlükteki hukukun özellikleri; devletin 13. madde anlamında sağlayacağı başvuru imkanlarının niteliğine yansır. Sözleşme'nin 2. maddesinde benimsenen hakların ihlaline ilişkin iddialar söz konusu olduğunda, tazminat hukuku -maddi ve manevi- çerçevesinde; tazminin, prensip olarak mümkün ve uygulanabilir olması gerekmektedir (Bkz., yukarıda adı geçen Paul ve Edwards Kararı, paragraf 97; Z. ve Diğeri Kararı, paragraf 109 ve 28945/95 numaralı, T. P. ve K. M./Birleşik Krallık Kararı, AİHM 2001-V, paragraf 107).

97. 2. maddeyle ilgili şikayetler içeren davalar, Mahkeme'yi; başvuruların etkili bir başvurudan yoksun kaldıkları, bu anlamda, olaylara karışanların sorumluluklarının tespit edildiğini görme imkanı bulamadıkları ve sonuçta, cezai bir soruşturmada müdahil olarak ya da hukuki veya idari yargı makamlarını harekete geçirerek, uygun bir giderim istedikleri sonucuna ulaşmaya itebilir. Başka bir deyişle; cezai soruşturma ve başvurularca yargısal düzende yapılan başvurular arasında, sıkı ve somut bir usulü bağlantı vardır (30 Kasım 2004 tarih, 48939/99 numaralı, Öner Yıldız/Türkiye Kararı (GC)).

98. Bu durum karşısında Mahkeme, yukarıda anlatılanları göz önünde bulundurarak; 13. madde kapsamında, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği usuli yükümlülüklerin yetkililerce yerine getirilmesi şeklinin, başvurucunun etkili başvuru yapma hakkının icrasını engelleyip engellemediğini araştıracaktır (Yukarıda adı geçen, Öner Yıldız/Türkiye Kararı, paragraf 149).

2. Davadaki Uygulama

99. Mahkeme, bu davada yürütülen cezai soruşturmada, usuldeki yetersizlikler nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan usulü yükümlülüklerin yerine getirilmediği görüşündedir (Yukarıda 89. paragraf) Ayrıca Mahkeme, yasama dokunulmazlığının, uygulamada suçun kovuşturulmasına engel olması sebebiyle, yürürlükteki mevzuatın yeterince açık ve belirgin olmadığını belirtmektedir.

100. Mahkeme, başvuruçunun; cezai soruşturmanın cinayet nedenlerinin aydınlatılması ve failerin kimliklerinin tespitini sağlayamaması sebebiyle, bir tazminat elde edebilmek için, Türk hukukundaki başvuru yollarına gidebilecek durumda olmadığını saptamıştır. Öte yandan Hükümet; cezai soruşturmanın verimsizliği veya sonuçsuz kalması üzerine, üçüncü bir kişi tarafından işlenen ve ceza gerektiren bir suçun mağdurlarına uygulanabilecek hiçbir başka prosedürden söz etmemiştir.

101. Bu şartlarda Mahkeme, yetkililerin, oğlunun ölümü üzerine, Sözleşme'nin 2. maddesindeki gereklilikleri karşılayan bir soruşturma yürütmek hususunda kusurlu davrandıkları iddiasında olan başvuruçunun, bu iddialarına ilişkin bir karar alması için uygun müracaat yolları bulunmadığına karar vermiştir.

102. Sonuç olarak; Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak; ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

103. Başvuruçucu, aynı olaylara dayanarak, aşağıdaki biçimde kaleme alınmış olan Sözleşme'nin 3. maddesinin, kendisi açısından ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmektedir.

"Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

A. Tarafların İddiaları

104. Başvuruçucu, soruşturma gizliliğine saygı gösterilmemesi ve sonuç olarak, soruşturmada görevli kişilerin ve basının, cinayetin, *"aşk ve kıskançlık cinayeti"* şeklinde lanse edilmesini sağlamalarının, Mustafa Güngör'ün ailesinin çektiği büyük acıları şiddetlendirdiğini dile getirmiştir.

105. Hükümet; başvuruçunun adli makamlardan ziyade, meclis yetkililerinden yardım talebinde bulunduğunu ve tüm varsayımları, herkesin önünde, bizzat kendisinin ifşa ettiğini belirtmektedir. Hükümet'e göre, başvuruçunun bu koşullarda, soruşturma gizliliğine saygı gösterilmediğinden yakınması; akıl dışıdır.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

106. Değerlendirme, davanın tüm verilerinin bütünüyle ele alınmasıyla yapılmaktadır. Değerlendirmede, özellikle kötü muamelenin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri ve bazen mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu göz önüne alındığından, bir olayın, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına dahil olabilmesi için; kötü muamelenin, asgari düzeyde bir önem derecesine erişmesi gerekmektedir (Örneğin; bkz., 18 Ocak 1978 tarihli, İrlanda/Birleşik Krallık Kararı, dizi A, numara 25, sayfa 65, paragraf 162). Mahkeme, daha önce, mağdurlarla ilgili "kayıp" davalarında; bir ebeveynin de mağdur olup olmadığını bilebilmek için; özel etkenlerin var olması gerektiğine itibar etmiştir. Başvuruçunun yaşadığı ızdıraplarla karşılaştırıldığında; ağır insan hakları ihlallerine uğramış bir bireyin yakınları olarak; ebeveynlerin içinde buldukları karmaşık ve dokunaklı ruh hali; onların, bu durumda olmalarının kaçınılmaz olduğu sonucunu doğuracak boyut ve nitelikte olmalıdır. Yetkililerin kendilerine iletilen durum karşısındaki tepki ve tutumlarında; aile üyelerinden birinin "kayıp" halinde varlığı tespit edilen ihlal boyutunda bir ihlal yapısı mevcut değildir (23657/94 numaralı, Çakıcı/Türkiye Kararı, (GC) AİHM 1999-IV, paragraf 98).

107. Bununla birlikte, görülmekte olan dava; ebeveynlerin çektiği acı noktasında, bir "kayıp" davasına benzetilemez. Mahkeme daha önce; Devlet'in, Mustafa Güngör'ün hayatını gereği gibi koruyamadığı gerekçesiyle; Sözleşme'nin 2. maddesi açısından sorumlu tutulamayacağını tespit etmiştir. Bundan başka; bu davada yürütülen cezai soruşturmanın kusurlu yönleri; başvuruçunun açısından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi sonucunu doğurabilecek hiçbir özellik taşımamaktadır. Bu noktada başvuruçunun; kendisi bu belirgin ihtimalle ilgili olarak tüm dosyanın ısrarla incelenmesini talep ediyor iken; cinayet nedenlerine ilişkin varsayımlardan birinin (aşk); yetkililerce zikrediliyor olması gerekçesine; yasal olarak dayanamaz.

Bu nedenlerden dolayı; Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

V. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

108. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca;

"Mahkeme, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî tarafın iç hukuku , bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

109. Başvurucu, maddi zarar için hiçbir talepte bulunmamış; manevi zarar adı altında da bir tazminat talep etmemiştir.

Buna karşılık, oğlunun katillerinin adalet karşısına çıkarılmalarını, bu davadaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen devlet memurlarının kovuşturulmalarını, mevzuatın mevcut davadaki gibi kamu aleyhine işlenen suçlar söz konusu olduğunda; yasama dokunulmazlığının uygulanmaması biçiminde değiştirilmesini talep etmektedir.

110. Hükümet, bu taleplerle ilgili herhangi bir açıklama yapmamıştır.

111. Mahkeme, bu davada, yetkililerin, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini karşılayan bir soruşturma yürütme hususunda kusurlu davrandıklarını tespit ettiğini anımsatmaktadır.

Mahkeme; savunmacı devlete düşenin, görülmekte olan davaya uygun olarak; gecikmeden; mevzuatın, yasama dokunulmazlığının, meclis üyeleri ve yakınlarının muhtemel tanık ya da sanık pozisyonunda olduğu kamu aleyhine işlenen suçların kovuşturulmasına engel olmasını önleyici biçimde; açık ve belirgin hale getirilmesi hususundaki yükümlülüğüne uygun tedbirler almak olduğunu tespit etmiştir.

Mahkeme bundan başka; davanın özel koşulları içinde, ihlal tespitinin, hakkaniyete uygun tatmin açısından yeterli olduğuna itibar etmiştir.

B. Ücretler ve Harcamalar

112. Başvurucu; temsilcisi için yaptığı masraf ve harcamalar için, 10.000 Euro talep etmiştir.

113. Hükümet, başvurunun, talebine dayanak olarak, destekleyici belgeler sunmamış olduğunu belirtmiştir.

114. Mahkeme öncelikle, avukatının kendisini böyle karmaşık bir davada temsil etmesi nedeni ile bir takım giderler yaptığı muhakkaksa da; başvurucunun; avukatın bu dava ile ilgili olarak kaç saat çalıştığı hususunda ayrıntı belirtmediğini ve avukatına ödediği para; avukatın bu davaya ne kadar saat ayırdığı ve yaptığı giderlerle ilgili olarak hiçbir belge veya fatura sunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 60/2. maddesine göre; başvurucunun bu talebini tamamıyla reddetmiştir. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak; başvurucuya, ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere; tüm vergi ve yüklerinden muaf olarak; 2.000 Euro verilmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

115. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası tarafından uygulanan faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın, gecikme faizi oranı olarak benimsenmesini uygun bulmuştur.

Bu gerekçelerle Mahkeme oybirliğiyle;

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Mustafa Güngör'ün ölüm koşulları nedeniyle; Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Etkin bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
6. İhlal kararının kendisinin; başvurucunun manevi zararını karşılama yönünde hakkaniyete uygun tatmin açısından yeterli olduğuna;
7. a. Sorumlu devletin başvurucuya, kararın; Sözleşme'nin 44/2. maddesine göre kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, ücret ve harcamalar için; ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek ve vergiden kaynaklanan tüm ödemelerden muaf olmak üzere; 2.000 Euro (iki bin Euro) ödemesine;
- b. Süre sonundan ödeme gününe dek geçecek olan süre için hesaplanacak gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankası tarafından uygulanan faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oran üzerinden hesaplanmasına;

8. Hakkaniyete uygun tatmin için ileri sürülen kalan taleplerin reddine;

Karar vermiştir.

Karar, Fransızca ve yazılı olarak, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddeleri uyarınca, 22 Mart 2005 tarihinde tebliğ edilmiştir.

S. Naismith
Daire Yazı İşleri Müdürü
(Hukukçu)

J. P. Costa
Başkan

BİR KİTAP...

SAFRANBOLU'DA BİR ZAMAN; BİR BAŞKAN... (1974-1980)

Kızıltan Ulukavak, Safranbolu Belediyesi, Karabük 2005

Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Başkanlığı'ndan emekli olan Kızıltan Ulukavak, AÜ Ziraat Fakültesi'ni bitirdikten sonra AÜ Hukuk Fakültesi'nden de mezun olmuş, Tarım Bakanlığı Müfettişliği'nden ayrılarak Safranbolu'da avukatlığa başlamıştır.

Avukatlığı sırasında siyasetle ilgilenmiş ve kendi deyimiyle 1974 tarihinde "zoraki belediye başkanı" olmuştur. Tarihi dokusunu keyifle temaşa ettiğimiz Safranbolu'yu bugünkü haline getiren Belediye Başkanı'nın bir hukukçu ve özellikle bir avukat olması bizim için övünç verici bir durum. Meslektaşımız Belediye Başkanı seçildikten sonra hukuku ihmal etmeden ve hukuku arkasına alarak belediyenin örgütlenmesini, kurumsallaşmasını nasıl sağlandığını ve Safranbolu'yu kültür turizmine açmayı nasıl başarabildiklerini tek tek örnekleriyle anlatıyor. Ülkemizde yazı yazmanın, anı tutmanın angarya olduğu düşünülürse Ulukavak'ın soyunduğu işin önemi ortaya çıkacaktır. Gelecek kuşaklara yaşadığımız olayları anlatmanın, deneyimlerimizi aktarmanın en kolay yolu anı yazmaktır. Ancak en zor iş de anı yazmaktır.

Bu bağlamda, yazarın anı kitabı yazarken izlediği yöntem, ülkemizde anı yazıcılığındaki önemli bir sorunu gündeme getirmektedir. "Olayların içerisinde yer alan kişilere değinmek gerektiğinde, onları üzebilecek değerlendirmelerden özellikle kaçınılmıştır. Bugünkü değer yargılarının, geçmişteki görüşlerinden farklı olduğu bilinenlerle ilgili kimi olaylara ise, ya hiç değinilmemek veya adlarına yer verilmemek suretiyle, insan yaşamında kimi görüş ve değerlendirmelerin zamanla değişebileceği gerçeği göz ardı edilmemiştir."

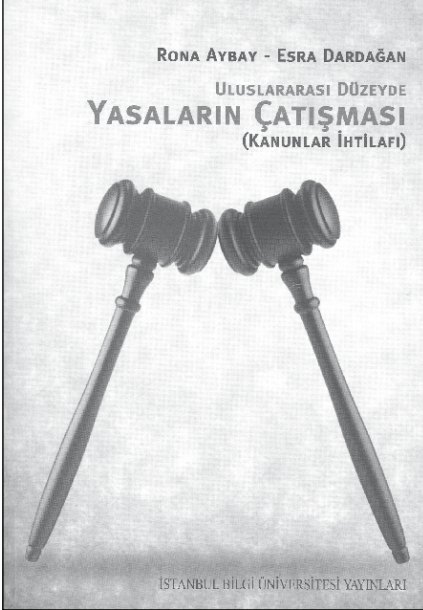


Yazarın, küçük bir çevrede birlikte yaşadığı insanlara karşı gösterdiği duyarlılık anlaşılabilmekte ise de genelde anıların her koşul altında gerçeği yansıtmaması, hatta cereyan ettiği koşullar içinde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinde olanlar sonradan yeni bir dünya yaratılmış olmasından rahatsız olabilirler. Bu yöntemle kişiler değişik karakterler kazanabilirler. Yazarımızda bu olumluya doğru olmuştur; aynı yöntemle kişilerin olumsuzlaştırılması da mümkün olabilir mi sorusu akla gelebilir.

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ'NDEN

ULUSLARARASI DÜZEYDE YASALARIN ÇATIŞMASI (Kanunlar İhtilafı)

Rona Aybay-Esra Dardağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. İstanbul 2005.

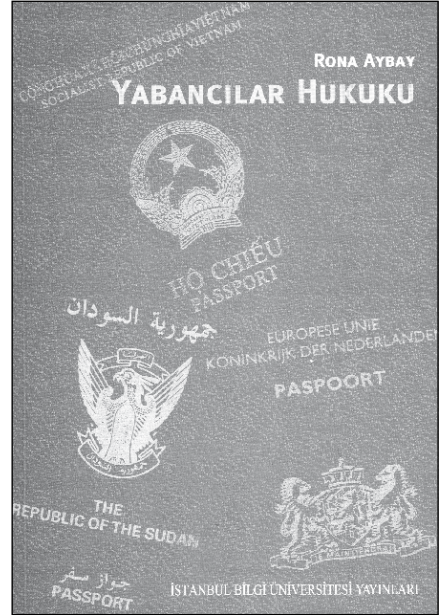


HUKUKA GİRİŞ

Aydın Aybay-Rona Aybay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005.

YABANCILAR HUKUKU

Rona Aybay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.



**YENİ TCK, CMK, CGİK
(Tasarılar-Gerekçeler)**

Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, Turhan Kitabevi, Ankara 2005

Uygulayıcılar için Türk Ceza Kanun'un Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İnfaz Hakimliği Kanunu, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Eski TCK ve CMK Kanunları, yeni TCK, CMK ve CGİK tasarılar ve gerekçeler bir arada sunulmuştur. Ayrıca eski ve yeni kanun maddelerinin karşılaştırma çizelgeleri kitaptan yararlanmayı kolaylaştırmaktadır.

Doğal olarak söz konusu kanunların yürürlük tarihinin 31.3.2005 tarihli *Resmi Gazete'*de yayımlanan 5328 sayılı Kanun'la geriye atılması ve yasalarda yapılan ve yapılması düşünülen değişiklikler kitabı hemen eskitmekle birlikte, bu alanda büyük bir yayın hareketliliğine neden olan bu yasalarla ilgili en önemli ve itibar edilebilecek kitap olarak görülmektedir.

**TÜRK HUKUK KURUMU
YETMİŞBİRİNCİ KURULUŞ
YILI ARMAĞANI,**

Türk Hukuk Kurumu Yayını, 9 Nisan 2005

"Aratürk'ün kurumları denince usagelen Türk Tarih, Türk Dil ve Türk Hukuk Kurumu'dur." diye sunuşuna başlıyor Türk Hukuk Kurumu Başkanı.

Yetmişbirinci yılında bu üç kurumdan ayakta kalabilmeyi başarmış

Türk Hukuk Kurumu önceki başkanlarından Av. Atila Sav, Kurumu Türk Hukuk Devrimi bağlamında anlatıyor. Sonra "Yirmi İki Yazı", "Eskimeyen Yazılar" ve "Konuşmalar" başlığı altında eski başkanlardan seçilmiş yazılar yer alıyor.

DERGİLER

**HPD-HUKUKİ
PERSPEKTİFLER DERGİSİ**

Hukuki Yorum ve Haber Dergisi, Nisan 2005.

İkinci sayısını 56. sayımızda haber verdiğimiz HPD'nin üçüncü sayısı Nisan ayında çıktı. "Özel Dosya", Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu. Özellikle yeni kanunların uygulamasında yol gösterici yayınlara ihtiyaç duyulduğu günümüzde Prof. Dr. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Adem Sözüer, Doç. Dr. Cumhur Şahin, Doç. Dr. Hakan Hakeri ve bir çok bilim adamı ile İstanbul Barosu Başkanı Av. Kazım Kolcuoğlu ve Av. M. Kenan Tekdağ'ın Ceza Muhakemesi Kanunu hakkındaki değerlendirmeleri önem taşımaktadır. Ayrıca iki yüz yetmiş dört sahifelik dergi de Millî Kimlik Tartışmaları başlığı altında önemli bir konu masaya yatırılmaktadır.

Ayrıca "Analizler" başlığı altında "TCK ve Uluslararası Suçların Cezalandırılması", "Savaşın Yasaklanma ve Cezalandırma Süreci", "Terör Eylemlerinden Devletin Mali Sorumluluğu" konularında ve sınır ötesi, kıyas, akademi başlıkları altında ilginç yazılar yayımlanmaktadır.

İlgi çekeceğine inandığımız dergiyi meslektaşlarımıza öneririz.

HUKUK DÜNYASI

Ocak-Şubat-Mart 2005

On beş yıldan beri Hukukçular Derneği'nin yayın organı olarak çıkmakta olan *Hukuk Dünyası*'nın bu sayısında Yargıtay Kararları yanında, AB Anayasası hakkındaki iki makale, 2004 İstanbul Barosu seçimlerini "Çağrı" gurubu açısından değerlendiren bir inceleme, Başkanlık Sistemi hakkında bir araştırma yazısı yer almaktadır. Ayrıca Nacit Pak ile Bekir Tezçakır'ın "Kapalıçarşıda Hakem Geleceği" adlı özgün çalışması geleneksel kurumların çağdaşlaşması alanında yararlanılması olanaklarını araştıran bir çaba olarak dikkat çekmekte.

Dergi'ye Derneğin Savaklar Cadesi No.1 Edirnekapı Eyüp/İstanbul adresinden ulaşılabilir.

GÜNCEL HUKUK

Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2005.

Düzenli çıkan hukuk dergileri arasında önemli bir yere sahip olan *Güncel Hukuk*'un Nisan sayısında Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Nazım Alpman, Feridun Tokalp, Prof. Dr. Nevzat Toroslu, Seda Akço, Fırat İlkiz, Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Prof. Dr. Füsün Sokulu Akıncı, Selim Levi, Cengiz İlhan gibi imzalar güncel hukuk konularını yazmaktadırlar. *Dergi*'de "Kent ve Hukuk" başlığı altında bu sayıda Ankara mercek altına alınmıştır.

ADLİ PSİKIYATRİ DERGİSİ, TURKISH JOURNAL OF FORENSIC PSYCHIATRY

Cilt/Sayı 2(1)- Volume/No.2(1)
2005, Ocak-January

Hatice Dizman, Gülümser Gültekin, Yrd. Doç. Dr. Gürol Cantürk'ün, "Aile İlişkilerinin Çocuk Suçluluğuna Etkisi (The Effects of Family Relationships to Child Criminology)"; İsmail Fert, "İnternet Kafeler Üzerinden Gerçekleştirilen Bilişim Suçları (Cyber Crimes At Internet Cafes)"; Dr. Nergis Cantürk, Yrd. Doç. Dr. Gürol Cantürk'ün "Karışık Madde Kullanımı Olan Bir Ası Olgusu (Hanging Who Used Mixture Substance: A Case Report)"; Dr. Özgür Demirkan, Sibel Demirkan, Dr. Uğur Dal, Yard. Doç. Dr. Fatma Yücel Beyaztaş'ın, "Silah Sahibi Olması Sakıncalı Kişilik Özellikleri (Undesirable Personality Characters For Being A Gun Owner)"; Ümit Ünüvar Atılmış, Enise Ada, Gökhan Oral'ın, "Transvestik Fetişizm: Olgu Sunumu (Transoestic Fetishism: A Case Report)"; Dr. Kriton Dinçmen'in "Editöre Mektup: Tıp ve Hukuk Açısından İnsan Üzerinde Psikolojik ve Fizyolojik Stresslerin İncelenmesi"; Muhammed Bağdat'ın, "Suçlu Profili ve Suçlu Analizi & Terörist Profilleri Ders Notları" başlıklı yazılarıyla çıktı.

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 16 Şubat 2005/25729

5301 Türkiye Cumhuriyeti ile Filistin Yönetimi Adına Filistin Kurtuluş Örgütü Arasındaki Geçici Serbest Ticaret Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 17 Şubat 2005/25730

5300 Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu

RG 18 Şubat 2005/25731

5290 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 26 Şubat 2005/25739

5303 Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasındaki Mali İşbirliği Çerçevesinde Temin Edilecek Mali Yardımların Uygulanmasına İlişkin Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5305 Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 03 Mart 2005/25744

5304 Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 04 Mart 2005/25745

5302 İl Özel İdaresi Kanunu

RG 08 Mart 2005/25749

5309 Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5313 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Yük ve Yolcu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5314 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Lübnan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Bayındırlık İşleri ve Doğal Afet Zararlarının Azaltılması Konusunda Bilimsel ve Teknik İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 11 Mart 2005/25752

5312 Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun

RG 13 Mart 2005/25754

5307 Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 15 Mart 2005/25756

5310 Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5315 Uluslararası Yasal Metroloji Örgütü Kuruluş Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 18 Mart 2005/25759

5308 İş Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

5311 İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5316 Yükseköğretim Kanunu'na Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 19 Mart 2005/25760

- 5318 Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 22 Mart 2005/25763

Düzeltilme: (5277 sayılı "2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu" ve 5279 sayılı "2005 Mali Yılı Katma Bütçeli İdareler Bütçe Kanunu" eki cetveller ile ilgili)

RG 29 Mart 2005/25770

- 5322 Antalya İline Bağlı Kale İlçesinin Adının "Demre" Olarak Değiştirilmesi Hakkında Kanun
- 5323 Konya İline Bağlı Hadım İlçesinin Adının "Hadim" Olarak Değiştirilmesi Hakkında Kanun

RG 30 Mart 2005/25771

- 5324 Kozmetik Kanunu

RG 31 Mart 2005/25772

- 5320 Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
- 5326 Kabahatler Kanunu
- 5328 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*

RG 06 Nisan 2005/25778

- 5327 Denizli-Buldan ve Çevresinde, Hakkari'de, Bingöl-Karlıova ve Çevresi ile Erzurum-Çat'da Meydana Gelen Deprem Afetlerine ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

* Tam metni *Ekler* bölümünde bulabilirsiniz.

5329 Askeri Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 12 Nisan 2005/25784

5330 Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına ve Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında 553 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Şubat 2005/25729

- Denizcilik Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Piyasa Gözetimi ve Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Mahalli Çevre Kurulları Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Çevre Eğitimi, Kuş Araştırma ve Halkalama Merkezi Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Şubat 2005/25730

- İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik
- Zararlı Kimyasal Madde ve Ürünlerinin Kontrolü Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Şubat 2005/25731

- Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Yaşam Boyu Öğrenim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Şubat 2005/25732

- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Şubat 2005/25733

- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Şubat 2005/25734

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Kariyer Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Şubat 2005/25735

2005/8466 Bakanlıklara Bağlı ve Bakanlıklarla İlgili Kurumlarda Öğrencilerin Yapacakları Staj Çalışmalarını Düzenleme Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Egemenlik Onur Ödülü ve Üstün Hizmet Ödülü Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çevre Bakanlığı Mahalli Çevre Kurulları Çalışma Esas ve Usulleri Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Şubat 2005/25736

- Milli Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Safkan Arap ve İngiliz Atlarının Soy Kütüğüne Kayıtlarına Dair Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlık-Mühendislik Hizmetleri Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Araştırma, Uygulama ve Proje Koordinasyon Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Şubat 2005/25737

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 26 Şubat 2005/25739

- Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Şubat 2005/25740

- Sualtı Sporları, Can Kurtarma, Su Kayağı ve Paletli Yüzme Federasyonu Aletli Dalış Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Ana Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 28 Şubat 2005/25741

- Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Bilgisayar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Radyo-Televizyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Mart 2005/25742

- Bahçeşehir Üniversitesi Avrupa Birliği Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliği

RG 02 Mart 2005/25743

- Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğünde Çalışan Nakle Tabi Personelin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Nakledilmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Oda ve Borsa Üyelerine Verilecek Disiplin ve Para Cezaları ile Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulu Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Organ Seçimleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Mart 2005/25744

- Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü, Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sakarya Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Türk-Ermeni İlişkileri Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Sakarya Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Avrupa Birliği Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Sakarya Yenilik Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Yabancı Diller Eğitim-Öğretim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Kaynak Teknolojisi Araştırma, Muayene ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Mart 2005/25745

- Ankara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Mart 2005/25747

- Devlet Personel Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mart 2005/25748

- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Engelliler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Mart 2005/25749

- Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Mart 2005/25750

- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Proje Teşvik ve Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Araştırma Ünitesi Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ürün İhtisas Borsalarının Kuruluş, İşleyiş ve Denetim Usul ve Esasları Hakkında Genel Yönetmelik
- Tütün Mamulleri ile İlgili Fabrikaların Kurulmasına, Bu Mamullerin Üretimine, İç ve Dış Ticareti ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Mart 2005/25751

- Türk Silahlı Kuvvetleri Astsubay Sınıflandırma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Mart 2005/25752

- Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma ve Yer Değiştirmeleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit ve Malul Olanların Yakınlarının ve Çalışabilecek Durumdaki Malullerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Görevlileri Sendikaları ve Konfederasyonlarınca Düzenlenecek Üyeliğe Başvuru Belgesi, Çekilme Bildirimlerinin Şekli, İçeriği, Tutulacak Defterlerin Şekli, İhtiva Edeceği Bilgiler ile Kayıtların Düzenlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sendika Üye Sayıları ve Her Hizmet Kolunda Yetkili Kamu Görevlileri Sendikaları ve Bunların Bağlı Buldukları Konfederasyonların Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Mart 2005/25753

- Devlet Personel Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Petrolleri A.O. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İnönü Üniversitesi Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Bitki Islahı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mart 2005/25754

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özel Rehabilitasyon ve Eğitim Merkezleri Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yabancı Mühendis, Mimar ve Şehir Plancılarının Çalışma İznine Esas Değerlendirilmesi ve Geçici Üyelik Müracaatları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Fen, Sağlık ve Sosyal Bilimler Enstitüleri Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sanayi İşbirliğini Geliştirme Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Ahşap Kültürünü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Mart 2005/25755

- Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliği

RG 17 Mart 2005/25758

- Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Girişimcilik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Organ Nakli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

- Doğuş Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Enstitüleri Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Yabancı Diller Eğitim-Öğretimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisans Öğrenimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisansüstü Öğrenimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Mart 2005/25759

- Atatürk Üniversitesi Erzincan Fen Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Mart 2005/25760

- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlik Eğitimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Mart 2005/25763

- Polis Koleji Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vergi Konseyi Yönetmeliği
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 23 Mart 2005/25764

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Önlisans Eğitim - Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mart 2005/25765

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mart 2005/25766

- İçişleri Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Arazilerinin Korunması ve Kullanılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Isıtma Sistemleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği (2001/56/AT)

RG 27 Mart 2005/25768

- Osmangazi Üniversitesi Diploma, Diploma Defteri, Mezuniyet Belgesi ile Diğer Belgelerin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Çalgı Bölümü Hazırlayıcı Birim Lise Devresi Yönetmeliği

RG 28 Mart 2005/25769

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İç Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İdari Yargı Hakim ve Savcuları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Mart 2005/25770

- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Asgari İşçilik Tespit Komisyonu'nun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Karayolları Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Mart 2005/25771

- Gıda ve Gıda ile Temasta Bulunan Madde ve Malzemelerin Piyasa Gözetimi, Kontrolü ve Denetimi ile İşyeri Sorumluluklarına Dair Yönetmelik

RG 31 Mart 2005/25772

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Ayni ve Nakdi Yardım Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dernekler Yönetmeliği
- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulaması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Nisan 2005/25773

2005/8556 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

2005/8616 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

2005/8626 Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Nisan 2005/25777

- Milli Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Akşam Liseleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ambalaj ve Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Nisan 2005/25778

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Temiz Enerji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Nisan 2005/25779

- Gümrük Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Nisan 2005/25780

- Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörleri Tip Onayı Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2001/3/AT ile Değişik 74/150/AT)

RG 09 Nisan 2005/25781

- 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik
- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulaması Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Nisan 2005/25782

- Milli Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 11 Nisan 2005/25783

- İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği

RG 12 Nisan 2005/25784

- Mera Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Nisan 2005/25785

- Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Ait Katkı Payına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Nisan 2005/25786

- Yurt Dışı Teşkilatında Sürekli Görevlendirilecek Tarım Müşavirlerinin Atanmalarının Esas ve Usullerine Dair Yönetmelik'te Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 15 Nisan 2005/25787

- Antrenör Eğitim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

YÖNETİM KURULU ÇALIŞMA RAPORU

21-22 Mayıs 2005

28. OLAĞAN GENEL KURULU

ANTALYA



ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek Kiler diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

**ÇEŞİTLİ KANUNLARDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASI
HAKKINDA KANUN**

Kanun No: 5328

Kabul Tarihi: 31.3.2005

RG, 31.3.2005

Madde 1. (1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 59. (1) İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığı'na bildirilir.

Madde 2. (1) Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen "beşte" ibaresi, "altıda" olarak değiştirilmiştir.

Madde 3. Türk Ceza Kanunu'nun 85. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki "üç yıldan" ibareleri "iki yıldan" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 4. Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesine aşağıdaki fıkra ikinci fıkra olarak eklenmiş, ikinci fıkrasındaki "iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." ibaresi "şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır." şeklinde değiştirilmiş ve fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

(2) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Madde 5. Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "ikinci" ibaresi "üçüncü" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 6. Türk Ceza Kanunu'nun 88. maddesi başlığı "Kasten yaralama-

nun ihmali davranışla işlenmesi” şeklinde değiştirilmiş, birinci fıkrası metinden çıkarılmış, ikinci fıkra birinci fıkra olarak teselsül ettirilmiştir.

Madde 7. Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(3) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a. Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b. Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c. Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

Madde 8. Türk Ceza Kanunu’nun 116. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikayeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

(3) Evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden

birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

Madde 9. Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinin birinci fıkrasındaki “ihalelere” ibaresi, “ihaleler ile yapım ihalelerine” şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 10. 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 12. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 12. Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan yağma (m. 148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Geçici Madde 1. a. 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un “Yürürlük” başlıklı 55. maddesinde geçen “1 Nisan 2005”,

b. 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 22. maddesinde geçen “1 Nisan 2005”,

c. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Yürürlük” başlıklı 344. maddesinin birinci fık-

ekler

rasının (c) bendinde geçen "1 Nisan 2005",

d. 4.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Yürürlük" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen "1 Nisan 2005",

e. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Yürürlük" başlıklı 334. maddesinin birinci fıkrasında geçen "1 Nisan 2005",

f. 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Yürürlük" başlıklı 123. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen "1 Nisan 2005",

g. 10.2.2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'nun "Yürürlük" başlıklı 40. maddesinde geçen "1 Nisan 2005",

h. 2.3.2005 tarihli ve 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 3. maddesinde geçen "1 Nisan 2005",

i. 2.3.2005 tarihli ve 5311 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinde geçen "1 Nisan 2005",

j. 23.3.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Yürürlük" başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen "1 Nisan 2005",

k. 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Yürürlük" başlıklı 44. maddesinin birinci fıkrasında geçen "1 Nisan 2005",

İbareleri "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir.

Yürürlük

Madde 11. (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 12. (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI NURİ OK'UN ÇANAKKALE BAROSU'NUN DÜZENLEDİĞİ TCK VE CMK SEMİNERİ'NDE YAPTIĞI AÇIŞ KONUŞMASININ TAM METNİ

Barolar Birliği'nin Değerli Başkanı, Seçkin ceza hukuku bilim insanları, yargının ve baronun değerli mensupları, saygıdeğer Çanakkaleliler, Medyanın değerli temsilcileri,

Bir maddesi yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren, iki maddesinin birinci fıkraları dışındakileri (181 ve 182. maddeleri) bugün yürürlüğe girecek iken yürürlüğü iki ay sonraya,1 Haziran 2005 tarihine ertelenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yine kimi maddeleri dışında yürürlüğü aynı tarihe ertelenen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nu konu alan panelde, özellikle on üç gün önce ulusumuzun, 90. yılını büyük gururla kutladığımız kutsal vatanımızın emperyalist işgal girişime kahramanca karşı koyarak kazandığı büyük zafere adını veren Çanakkale'de buluşmanın, birlikte olmanın eşsiz heyecan ve onuru içindeyim.

Sizleri en içten sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

Son gün sürprizi olacak şekilde yürürlüklerinin ertelenmesi panelin

önemini ve anlamını azaltmamıştır. Anlaşılan 1 Nisan şakası gerçekleşti.

Adalet Bakanlığı'nın bu kanunlarla ilgili tüm yurttaki Hakim ve Cumhuriyet Savcıları'na yönelik olarak hizmet içi eğitim kapsamında düzenlediği seminerler, Yargıtay ve Cumhuriyet Başsavcılığı'mız bünyesinde gerçekleştirilen seminer ve etkinlikler yanında baroların düzenledikleri paneller yeni kanunların yakından tanınmasına, olası sorun ve duraksamalarına çözüm önerileri sunulmasına fırsat verecek, yasaların eksikliklerini sağlıklı olarak tespit etme ve giderme mesajı verilmesi olanağını sağlayacak böylece hem ceza hakimi, Cumhuriyet Savcısı ve avukatların özümseme, geliştirme ve yorumlama yeteneğini takviye edecek, hem de ceza hukuku bilim adamlarına olası uygulama sorunlarını birinci ağızdan öğrenme fırsatı ve uygulayıcılarla bilgi alışverişi imkanı ile hepimize ortak çalışma pratiği kazandıracaktır.

Son yıllarda baroların ve Barolar Birliği'nin demokrasi, hukuk devleti, hak ve özgürlükler, ulus birliği ve ülke bütünlüğü, çağdaşlık, Atatürk ilke ve devrimleri konularındaki, kimilerinde yabancıların katılımını da sağlayarak gerçekleştirdikleri etkinliklerin yanında adalet hizmetlerini iyileştirme ve hukuku geliştirme amacına yönelik faaliyetlerini takdirle ve övgüyle izliyoruz. Bu etkinlikler ve faaliyetlerin yargıya güç, hizmetlerine kalite kattığında ve katacağında kuşku yoktur. Bunların yanında, mesleki ve sosyal dayanışma, tanışma, dostluk ve iletişim sağlama işlevini başarıyla yerine getirdiğine tanık olmaktadır. Kendilerine şükran borcumuz olduğunu biliyoruz.

Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nu özenle inceleyip eleştiri ve önerilerini açıklayarak düşündüren, tartışma ve değerlendirme ortamı yaratanlara da teşekkür borcumuz var. Kaygıların olmaması mümkün değil; bununla beraber yasaların yeniden değerlendirilmesi için harekete geçildiğini de görmekteyiz. Ancak kanunların yürürlüğe girmesiyle birlikte felaket kopacağı düşüncesinin, abartılı bir değerlendirme olduğunu da söylemek zorundayım.

Ceza Kanunu'nu hazırlayanlar önceki iki öntasarıdan yararlanmış olsalar da, farklı bir kanunu ortaya çıkardıkları ve hazırlık için kendilerine çok kısa bir süre tanındığı gerçeğini hepimiz biliyoruz. Yenisinin, eskisinden çok ileride olduğunda da kuşku yok. Ama, kavram, terim ve anlam birliğinin sağlanamadığına, soyutluk ve bulanıklığın olduğuna, dilinde zafiyetler bulunduğu yönü eleştirilerin haklılık payı taşıdığı kabul edilmelidir.

Artık Yeni Ceza Kanunu'nu yaşatan bizler olacağız. Öncelikle objektif bir yaklaşımla aksayan yönlerini belirleyip düzeltereğiz. Sonra da eskitmemeye çalışacağız. Yani toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek durumda tutacağız. Bunun için özellikle kanunlarda zamanla oluşabilecek işlevsel zaafaları gidermek, açıkçası eskimelerini önlemek amacıyla her temel kanun için sürekliliği olan kurullar oluşturmalıyız. Adalet Bakanlığı, yüksek yargı organları, TBMM ve üniversite temsilcilerinden oluşturulacak uzmanlar kurulunun en az yılda bir kez toplanıp kendilerine ulaştırılan veya bizzat tespit ettikleri olumsuzlukların değerlendirmesini

ekler

yapması ve değişiklik önerilerini Adalet Bakanlığı'na ve TBMM'ye sunması ve takip etmesinin yasal temelini oluşturmalıyız.

Öte yandan sadece temel kanunlarda değil, diğer kanunlarda, uygulama sırasında görülen adaletsizlik, boşluk ve yanlışlıkları gidermek için yüksek Yargı Organlarına doğrudan TBMM'ye kanun değişiklik teklifleri yapma yetkisi tanınmalıdır. Anayasa'nın 88. maddesine bir fıkra eklenerek bu imkan sağlanabilir. Böylece, bu alanda katılımcılık da yaşama geçirilmiş olur.

Bunlar yapılabildiği takdirde, uygulamadan ve öğretilen gelen eleştiri ve önerilerin, yasalara kısa zamanda yansması mümkün olacak, kanunlar toplumun gerisinde kalmayacak, temel kanunların toptan değiştirilmesi ihtiyacı doğmayacak, bugün olduğu gibi, toplumda ve yargıda kaygılara yol açılmayacaktır. Hukuk ve adalet alanında iyileştirme ve geliştirmede süreklilik sağlanması zorunluluğu artık görülmeli ve karşılanmalıdır.

Değerli meslektaşlarım, değerli hukukçular,

Adil yargılanma hakkı soruşturmanın etkili yapılmasını zorunlu kılar. Bunun için Cumhuriyet Savcısı'nın kesin egemenliğindeki soruşturma alanına inmesi, soruşturmayı bizzat ve aktif olarak yönetmesi olaysal ve hukuksal yönlendirme asli işlevini yerine getirmesi gerekmektedir. Yeni CMK'nın Cumhuriyet Savcısı'nı soruşturmada asli görev ve işlevini yerine getirmeye yönelik zorlayıcı usul normları getirmiştir. Bu normlar sadece Cumhuriyet Savcısı'na değil kolluğa da hitap etmektedir.

Artık Cumhuriyet Savcısı'nın hazırlık soruşturmasının yönetim merkezinde ve aktif olarak içinde olmasında kesin zorunluluk vardır.

CMK'nın adli kollukla ilgili hükümleri yargıya bağlı adli kolluğun kurulması ihtiyacının bir sonucu ve bu ihtiyacın kabul gördüğünün göstergesidir. Arzu edilen; işbirliği, dayanışma, bilgi alışverişi azami oranda öngörülerek genel kolluktan ayrı, adli kolluk oluşturulmasıydı. Zira, bu alan, adli alandı ve adli kolluğu gerektiriyordu. Maalesef kimi yetki devirlerinin zayıflama, dolayısıyla önem ve etkinliği kaybetme anlayış ve kaygılarının, soruşturmaların daha etkin, tarafsız, süratli ve isabetle yürütülmesi yükümlülüğünün önünde tutulduğuna işaret etmek zorundayım. Ama, adli kolluğun CMK'da yer alması da önemli bir aşamadır.

CMK'nın suç ve suçlulukla mücadelede zaaf doğurmayacağını kesinlikle söyleyebiliriz. Nedeni kolluğun adli soruşturmadaki yetkisi konusunda eski ve yeni CMK'ları arasında hiçbir fark olmamasıdır. Yapılan sadece Cumhuriyet Savcısı'nın görevini yapmaya davet edilmesi, adli kolluğun emir ve talimat ile gerekli kararları ondan almakla zorunlu tutulmasıdır. Gerçekte bu keyfiyet kolluğun rahat hareket etmesini sağlayacak, hukukla uyumunu da geliştirecektir. Adli olay soruşturmalarında keyfilige, insanlık dışı muameleye maruz kalındığına ilişkin şikayetler sona erecek, elde edilen delillere kuşkuyla bakılmayacaktır. Ama bir kaygımı söylemeden edemeyeceğim: Genel kolluk içinde yer alan adli polisin, bu konumu itibarıyla idari amirlerinin etkilerine kapalı olmadığı düşünülemez. Bu-

nun için adli kolluğun yargı içinde yer alması gerektiğine tekrar vurgu yapıyorum.

Cumhuriyet Savcısı'na ulaşmada zorluk olduğu iddiası geçerli değildir. Zira bunun tedbirleri çoktan alınmış olmalıdır.

Kolluğun görev alanının genişliği, işlevinin zaman ve sınır tanımayan yönü itibariyle çok güç koşullarda görev yaptığının takdir edilmesi gerekir. Kolluğun, yaşamsal önemdeki görevini tam olarak yerine getirebilmesi için ilk koşul, çok iyi eğitilmesi, ikinci koşul ise, çok iyi yönlendirilmesidir. Bunlarda yetersizlik, ayrı sorunlu bir alanı ortaya çıkarır ki, kolluğa, dolayısıyla devlete güvensizlik ve kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanamaması sorununa yol açar. Onun içindir ki, teorik ve pratik yönlerden çok iyi eğitilmesi, bunun için yeterli eğitim süresi tanınmalı, başarılı olmayanlara görev verilmemelidir. Hele, özel ve özgün bir alan olan uzmanlığın gerektirdiği adli kollukta görevlendirilmeleri hiç düşünülmemelidir.

Elbette kolluğun, kanunsuzluk girişimlerini önleme görevi vardır. Bunun için güç kullanma dahil yetki ve imkanlarla donatılmıştır. Yetkilerin kullanılmasında ölçülülük ilkesi esastır. Bu ilkeyi oluşturan unsurlar ise; elverişlilik, zorunluluk (gereklilik) ve orantılılıktır. Kolluk, görev ifası sırasında gerektiğinde, gerektiği kadar güç kullanacaktır. Zorunluluk doğmasına karşın güç kullanmadığı takdirde görevini yerine getirmemiş olur. Ancak, güç kullanımı, şiddete dönüşmemeli, etkisiz kılınanlara karşı ise, güç kullanımına devam edilmemelidir. Aksine davranış, daha sert

direnci, saldırıyı, nefret ve intikam duygularını tahrik eder ki, kimilerinin arzusunun bu olduğunda kuşku yoktur.

Kolluğun şiddet ve aşırı güç kullanmadaki amacının özellikle demokratik hakların kullanılmasında caydırıcılık düşüncesi olduğu izlenimi ve şüphesinin doğması bile demokratik topluma ve devlete zarar verir. Ülke için çifte standart uygulamaya hazır olan iç ve özellikle dış çevrelere de fırsat verilmiş olur.

Değerli katılımcılar,

Toplumda gelişme, iyileştirme ve değişim istekleri, diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da açılımları zorunlu kılar. Kimi durumlarda hukuk toplumu değiştirir, kimi durumlarda da toplum hukuku değiştirir. Tarih her ikisine de tanıklık eder. Uzağa gitmeye gerek yoktur; Osmanlı'nın son yıllarında duyulan laik hukuka geçme ihtiyacı, Cumhuriyet'le birlikte Türk toplumunun modern ve çağdaş bir toplum olması hedefinde kararlılıkla yaşama geçirilmiş, dinlerden temel alan çok hukukluluk terkedilmiştir. Bu bir hukuk devrimiydi ve toplumu değiştirme amacını güdüyordu ve aynı zamanda Cumhuriyet'in yanında milli ve modern toplum ile yaşamını oluşturma hedefine yönelik devrimlerin güvencesiydi. Laik Batı'dan alınan kanunlarda olduğu gibi yenilerinde de Cumhuriyet kanunlarının laik karakterinin muhafazasında son derece duyarlı olunmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Adalet Bakanlarından eşsiz yurt sever, devrimci ve seçkin hukukçu Mahmut Esat Bozkurt döneminde başlatılan hukukun laikleştirilmesi

ekler

hareketinden sapmaya hiçbir zaman izin verilmemiştir. Simgeleşen adını, devrimci ruhunu ve felsefesini yaşatmak başta yasama ve yargı organları olmak üzere hepimizin görevidir. Hiçbir yargı mensubunun aksine düşüncesi olmadığını, olamayacağını kesinlikle söyleyebilirim.

Türk Ulusu'nun aydınlık geleceği, çağdaş ve uygar demokratik toplum olmanın ön ve temel koşulu olan laiklik, özü itibarıyla din ve devlet işlerinin ayrılması, dinin devlet işlerine karıştırılmamasıdır. Laikliği; katı, donuk, dini dogmalara, bağnazlığa, yobazlığa, dinsel radikalizme karşı devletin, yönetimin ve insanın özgürleştirilmesi hareketi olarak da tanımlayabiliriz. Bu anlayışın en önemli sonucu dinsel normların devlet yapılanmasında, anayasa, kurumlar ve hukuk sisteminde etkili ve belirleyici olmamasıdır. Laikliğin önemli diğer bir sonucu da din ve vicdan özgürlüğüdür.

Türkiye, hatta dünya için demokratik rejim yegane modeldir. Bu model içinde laiklik ilkesinin özenle korunması önem taşır. Gerçekte aynı koruma demokrasi için de gereklidir. Demokrasinin özgürlüklerle özdeşleşmiş doğası, her fikre ve oluşuma, hatta demokrasiyi reddeden akım ve sistem düşüncelerine uygun ortam sunmakta, karşıtlarına yaşama imkanı vermektedir.

Anayasa'mızın değiştirilmesi tekliif dahi edilemeyen 2. maddesi, diğer değerler yanında demokratik rejimi, devlet ve hukuk sisteminde laikliği de koruma altına almıştır. Sadece demokratik rejim ve laiklik değil, Cumhuriyet ve diğer değerlerin ana-

yasal koruması ceza normlarıyla somutlaştırılmıştır. Bir değer, hukuksal korumaya alınmışsa, o yönde bir hukuk normu varsa, farklı düşünülse de o norm mutlaka uygulanacaktır. Ceza normunun uygulamasında takdirilik değil zorunluluk vardır. Korunan değer norm dışında örneğin sosyal korumaya sahip olması ki özlenen tavır budur, normun uygulanması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Laik demokratik rejime yönelik tehdit ve tehlikeleri önleme tedbirlerini etkin olacak şekilde alma, uygulama ve takip etme yükümlülüğü özlenen insan merkezli demokratik toplum olma iddia ve talebinin zorunlu sonucudur. Nitekim, demokratik sistem kendisini koruyacak mekanizmaları geliştirmiştir. Bu mekanizmaların başta siyasal kadroların, özellikle politik gücün desteğinde demokratik rejim karşıtlarının tehdit ve yol açtıkları tehlikelere karşı caydırıcı, koruyucu refleksleri çok önemlidir. Bunların yanında yer alan halkın desteği ise, çok daha önemlidir. Daha da önemlisi halkın örgütlü refleksidir ki, Cumhuriyet'e, laik demokratik rejime sahip çıkılmasıdır. Bu demokratik toplumda yaşama arzusunun hak edildiğinin göstergesidir de. Laik demokratik rejim karşıtlarıyla etkin mücadele, bu rejime inanmış, değerlerini özümsemiş kadrolar tarafından yapılabilir. Bundan dolayıdır ki, gerek siyasi partilere, gerekse devlet kadrolarına otoriter rejim yanlılarıyla, kökten dinci kesimlerden sızmalara fırsat verilmesi mücadelede etkinliği azaltır.

İnsanın manevi dünyası ve moral değerlerini zenginleştiren, kalpte ve ruhtaki güzellikleri takviye ve bunla-

rı toplum yaşamında paylaşılmasını amaçlayan dini inanç sistemleri ve bu kapsamda din ve vicdan özgürlüğü, ulusal ve uluslar arası belgelerle kesin teminat altına alınmıştır. Tek şart, kendi alanında yani bireyin alanında kalması. Bu özgürlüğün en sağlam güvencesi de laiklik ilkesinin devletin ve toplumun her alanında saygı ve uygulama görmesidir.

Kimilerinin, din kurallarının, bireyin alanıyla yetinmeyip kamusal alanda da hakimiyetini sürdürmesine yönelik arzusu, pratiğe geçirilmese dahi laik düşünceye aykırıdır. Laikliği benimsememek suç değildir. Ancak, aklı ve bilimi dışlayan gerici bir anlayışı temsil ettiği de bir gerçektir. Çağımızın insan odaklı demokratik toplumu bu anlayışı haklı olarak reddeder, reddetmesi de kesin zorunluluktur. Tüm bunlara rağmen laiklik karşıtlarının ülkemizde güçlenme ortamı buldukları, yandaş sayılarını ve imkanlarını artırdıkları, bunların doğal sonucu olarak devlete sızdıkları bir gerçektir. Yine kullandıkları saf ve temiz kadın ve kızlarımızla kamusal alanı zorladıkları da bir gerçektir.

Kamusal alanda, kamu görevlilerinin hangi dine ait olursa olsun, simge, işaret ve bu yönde mesaj veren her çeşit nesne taşınması, kullanması kesinlikle laikliğe aykırıdır. Okullar kamusal alandır ve özgün durumu da kabul edilmelidir. Bir tapu, bir nüfus dairesi değildir. Öğrenci, okulun öğretmenlerle birlikte, asli, hatta kurucu unsurudur. Öğrenci yoksa okul da yoktur. Öğrencilerin, okulda dini simge ve işaret taşınmaları da kesinlikle laikliğe aykırıdır.

Kadın ve kızlarımız dinimizi temsil etmeyen “*Türbana Özgürlük*” sloganıyla sürdürülen radikal hareketin, özgürlüğü dışlayan dinci siyasi ideolojinin bir parçası olduğunu anlamaları gerekir. Bu amaca hizmet etmeyeceklerine, toplumda sosyal gerginliği tırmandırmayacaklarına, hala tamamını kazanamadıkları ve kazandıklarını da kullanamadıkları haklarından vazgeçmeyeceklerine inanıyorum. Bu alanda yapay olarak yaratılan sorunlarını kendilerinin dışındakilerin çözeceğini de sanmamalıdır. Çözüm kendilerindedir. “*Kadın Tanrı’nın aydınlığıdır*” diyen Hazreti Mevlana’nın özlü sözü kendilerine yol göstericidir.

Kökten dinci kesimin devleti ele geçirme hedefi olduğu sürece mutlaka laikliğin savunulması ihtiyacı vardır.

Demokrasiyi yok etme hedefi olduğu sürece (bu hedef hiçbir zaman bitmeyecektir) mutlaka demokrasinin savunulmasına ihtiyaç vardır.

Değerli hukukçular,

Kısa bir süre önce yapılan Karadeniz Bölgesi Baro Başkanları Toplantısı’nın sonuç bildirgesinde “*Yargıyı siyasallaştırmanın sakıncaları ve yargıyı etki ve zan altında bırakacak ve tarafsızlığını etkileyecek beyan ve tutumdan kaçınılması*” gereğine değinildi. Bir başka bölge toplantısında da aynı konuya değinileceği ve aynı endişeye vurgu yapılacağına hiç kuşku yok. Zira duyarsızlığı aşım, harekete geçmeyi sağlamak kararlı mücadeleyi gerektirir. Biz de bu mücadeleyi sürdürmeyi görevimizin gereği saydık; saymaya da devam edeceğiz.

Yargı bağımsızlığını örseleyen, mevcut sistemin siyasallaşma tehlikesine açık yönünü kapatacak yasal düzenleme yapılmasında isteksizliğin sadece siyasette var olduğu bilinmemektedir. Nedeni yargıyı kontrol etmek arzusudur. Bu arzunun varlığı, politik güçte, ancak yargı bağımsız olduğu takdirde gerçekleşmesi mümkün olan hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü bilincinin yerleşmediğini göstermektedir. Bu demokratik sistem için de tehlikeli bir eğilimdir. Oysa hukukun üstünlüğünün sağlanması, çoğu sorunlarımızın çözüme ulaştırılması demektir. Politik gücün mazereti sadece ve sadece hukuk olmalıdır. Bu hukuka bağlı ve saygılı tutumu kendisini de rahatlatacaktır.

Yargı bağımsızlığını örseleyen Anayasa ve yasa hükümlerini artık sokaktaki vatandaşımız da bilmektedir. Son olarak Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlatılan istişari ziyaret raporunda staja kabulden başlanarak bilgi kaynakları ve dayanakları da açıklanmak suretiyle ve isabetle gösterilmiştir.

Yargının bağımsızlığı mücadelesinden vazgeçilmesi düşünülemez. Bu aynı zamanda demokratik rejim, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü mücadelesidir. Her kesimden gördüğümüz destek bizi mücadelemizde daha güçlü kılmaktadır.

Yargının bağımsızlığı, yargının başına buyrukluğu için istenmemektedir. Yargının hukuksuzluğu hiç olmaması gereken bir durumdur ve her şeyin bittiği anlamına gelir. Sadece bizden değil, her kesimden gelen yargının tam bağımsızlığı isteği, yargının işlevini ve öz görevini hiçbir etki altında kalmadan, güvensizliğe yol aç-

madan tarafsız ve adil olarak yerine getirmesi amacına yöneliktir.

Yargı bağımsızlığının tam sağlanamamasına ilişkin şikayetimiz, kararların politik dahil her türlü etkiyle verildiği şeklinde yanlış anlamaya yol açmamalıdır. Hakimlik formasyonu ve kimliği, benlik ve vicdanlarda mutlak olarak bağımsızlık, dolayısıyla tarafsızlık ve hakkaniyet karakterini zorunlu kılar. Bu karakter cesaretle birleştiğinde hiç endişeye gerek olmayacaktır. Zaten hakim kimliği özünde cesareti de taşır. Hakim cesur değilse biliniz ki adil de değildir.

Değerli hukukçular

Toplumumuzdaki aşırı kirlenme, ilkesizlik, ahlaki erozyon, çürüme ve yozlaşmanın aynı, hatta artan hızla sürdüğü ortamda meslek etiğinin önemine değinmeden geçemeyeceğim.

Gerçekten meslek etiği ilkelerine, bırakınız tam, kısmen uyulması halinde bile temiz toplum yolunda önemli mesafe alınacağı görülecektir. Sokağa açılan kapı önlerinin sahipleri tarafından temiz tutulmasından mahallenin temizliğinin ortaya çıkacağı gerçeğinden hareketle her meslek grubunun alanında temiz kalmanın önlemlerini alması, iyileştirme, olmadığında dışlamada kararlılık göstermesi temiz toplum hedefinde önemsenecek bir başarı getirecektir.

Hakimlere yönelik meslek ahlaki standartları, BM girişimiyle hazırlatılıp 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen Bangalor ilkelerinde belirlenmiştir. Önsözünün bir yerinde *"bu prensipler (yargı etiği ilkeleri) yasama ve yürütme mensuplarıyla, avukatların ve kamuoyunun yargıya daha iyi destek olmalarına ve onu daha iyi anlamalarına*

yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır” denilmektedir. Bununla yargı etiği kurallarının adalet talep edenler, yani halkımız tarafından bilinmesi, dikkatle izlenmesi ve özenle istenmesine vurgu yapıldığı gibi, avukatlara da düşen göreve işaret edilmektedir. Yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı temsil eden avukatların yargı etiği kurallarını dikkate alarak takinacakları tavır ve duruş, hem yargı etiği, hem de avukatlık mesleği kurallarının tam olarak yaşanmasını sağlayacaktır. Bu tutum, hakimlere ve avukatlara olan güveni pekiştirecek, saygınlıklarını sürekli kılacaktır.

Barolar Birliği ve baroların meslek etiği ile ilgili çalışmaları ve bu kapsamda gerçekleştirdikleri paneller avukatların bu konuya verdiği önemi göstermektedir.

Temel etik kuralların, her alanda geçerliliğinin olduğu unutulmamalıdır. Sadece yargı ve avukatlık etiği kurallarının öne çıkarılmasıyla yetinilmesi, diğer alanlardaki etiğin ihmal edilmesinin etik olmadığı da bilinmelidir.

Değerli hukukçular,

Her konuşmamda çok kısa da olsa basına, işlevine, çağdaş demokratik toplumdaki yaşamsal önemine değinmekteyim.

Demokrasinin olmazsa olmaz kurumlarından birisi hatta en başta geleni özgür basındır. Dikkat edilirse basın demiyorum. Özgür basın diyorum. Zira demokratik toplumun en önemli teminatı özgür basındır. Basın özgür olduğu sürece demokratik toplum yapısında sorunlar kroniklemez, olumsuzluklar kalıcı olamaz.

Büyük güç, büyük sorumluluk gerektirir. Gücün kötüye kullanılması, sorumluluğun göz ardı edilmesi için basın kendi içinde kontrol mekanizmalarını kurması, işlerlik ve etkinlik kazandırması, kurumsal öz eleştiriyi geliştirmesi ve basın etiğini yaşama geçirmesi öncelikle düşünülecek önlemlerdir.

Her şeyden önce basın suçlarına zorunluluk dışında hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmemeli, panik düzenlemeler ise hiç düşünülmemelidir. Nitekim, basın kanununa bu yaklaşımın hakim olduğunu görmekteyiz.

Tüm özgürlüklerde olduğu gibi, basın özgürlüğünün kısıtlanmasında belirsiz, sınırları çizilemeyen, soyut kavram ve terimlerden sakınılması, hem cezada yasallık ilkesi, hem de özgürlüklerin geniş yorumlanması ilkesinin gereğidir. Bunların ışığında Ceza Kanunu'nun 84, 133, 226, 267, 269, 285, 305 ve 318. maddelerinin gözden geçirilmesinde zorunluluk olduğunu düşünmekteyiz. Aksi takdirde basın için sıkça soruşturma ve kovuşturma gündeme gelecektir ki, basın ve ifade özgürlükleri önünde demokrasimizin görüntüsünü de bozacak ciddi engeller ve endişeler oluşturacaktır.

Sadece basınla sınırlı olmaksızın Yeni Ceza Kanunu'nun eleştirel yaklaşım sonuçlarının siyasi irade tarafından değerlendirmeye alınması, bunun için yürürlüğün ertelenmesi sevindiricidir.

Değerli konuklar, değerli hukukçular,

Terör, en vahim insanlık suçudur. Yol açtığı onarılamaz insanlık dram

ekler

ve felaketlerine çok uzun süredir acıyla, isyanla ve lanetleyerek tanık olmaktayız.

Terörist kadar teşvik edenler, destek verenler, kullananlar ve ortamını hazırlayıp sebep olanlar da ağır suç işlemektedirler.

Teröre seyirci kalanlar, harekete geçmeyenler, karşı tavır almayanlar da aynı suçluluğun içindedirler.

Terörist ne ulusal, ne de evrensel hiçbir değer tanımaz. Onun için sivil alanda da olsa, can, kan, acı ve göz-yaşı vazgeçilmez sonuçtur. Zira, terör, amaç değil araçtır.

Teröre karşı terör ise onaylanamaz. Ulusal ve uluslar arası otoriteler terörle mücadelede birleşip ortak tavır almadığı, ulusal terörle mücadelede engelleyici değil destekleyici tutum takınıp sürdürmediği, henüz hedef olmayanlar da destek vermediği sürece terörü bitirmek mümkün olmayacaktır. Uluslararası alanda terör hukukunda da birleşilmesi etkili mücadelenin ilk koşuludur.

Büyük ulusumuzun karşı konulamaz gücü ve azmi karşısında terörün hiç başarı şansı olmadığı görülmüştür. Aciz ve zavallı terörist ve aynı durumdaki teşvikçi ve destekleyicileri varlıklarını duyurmak için bir süredir milli ve manevi değerlerimize saldırmaktadırlar.

Barıştan, kardeşlikten ve huzurdan yana olan halkımızın Türkiye Cumhuriyeti ve Türk'ün varlığını, onurunu, birliğini ve bağımsızlığını temsil eden şanlı bayrağımıza karşı, terör yandaşlarının yaptığı son derece çirkin ve alçakça saldırıya karşı tepkisini ve lanetini, demokratik yollar-

dan ayrılmayarak ve serinkanlılığını kaybetmeden göstermesi temiz tarihi geçmişimizi ve büyüklüğümüzü bir kez daha gözler önüne sermiştir.

Mustafa Kemal'in, Yunan işgalinden kurtarılan İzmir'e ilk girişinde yere serili Yunan Bayrağı'nı kaldırtarak söylediği tarihe geçen "*Bir millet istiklalinin timsali olan bayrak çiğnemez*" sözü ve örnek davranışındaki saygı ve zarafeti seksen üç yıl geçtikten sonra da anlamayanların olması son derece üzüntü vericidir.

Bölücü terörün saldırılarına karşı kendilerini din, etnik ve kültür yönlerinden farklı görenler de dahil olmak üzere tüm Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının ulus birliği ve ülke bütünlüğünde kenetlenmesi teröristlere verilecek en etkili derstir.

Ülke içinde kavgayı bitirmenin zamanı çoktan geçmiştir. Kavgaya, uygarlık alanında yapılmalıdır ve bu bitmeyecek bir kavgadır. İnsanı daha mutlu etme kavgasıdır. Sorunlarını çözme yolundaki insanımızın dinsel ve etnik kavgaya ayıracak vakti yoktur.

Değerli katılımcılar, değerli hukukçular,

Özellikle teorik bilgidен ziyade pratik ve uygulamaya yönelik bilgilendirme, aydınlatma ve tanıtım amaçlarıyla bağımsız olarak planlanan ve kimileri gerçekleştirilen programlar kapsamında Çanakkale Barosu tarafından düzenlenen bu panelde de bu kanunlarla ilgili olarak olası uygulama sorunlarına, duraksamalara karşı, panele katılan değerli bilim adamlarının görüşleri ve çözüm önerileri izlenecek, tartışma ortamında sorunların ve önerilerin test edilmesi

sağlanacak, en önemlisi düşündürecek böylece uygulayıcıların ufkundaki genişlik ve bilgi dağarcığındaki zenginlik takviye edilecek, ayrıca ceza hukuku öğretisi, uygulayıcılardan edindikleri izlenimi değerlendirme fırsatını yakalamış olacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ilgili çok iyi tanıma ve değerlendirme süreci geçirilmiştir. Elbette hakim, edindiği bilgileri, ortaya konan görüşleri, bağımsız ve özgür olarak değerlendirecek ve uygulamaya yansıtacaktır. Hakimin işinin çok zor olduğunu şimdiden görmeliyiz. Elbette kargaşa olmayacaktır. Fakat adalette gecikmeye ve farklı kararlara, daha sıklıkla tanık olacağız. Mahkemeler hem Yeni Ceza Kanunu'nu uygulayacak hem de, bu tarihe kadar işlenen suçlarda mutlaka lehe kanun değerlendirmesi için her iki Ceza Kanunu hükümlerini nazara alacaktır. Bu güçlüğü bir yanı, beni asıl kaygılandıran; Yeni Ceza Kanunu'nun mahkemelerin iş yükünü olağanüstü artıracak olmasıdır. Zaten dayanılmaz iş yükü altındaki mahkemelerin infazı tamamlanmamış kesin hükümleri ele alacağı, Yargıtay'dan yeniden değerlendirme yapılması için iade edilecek sayıları üç yüz bini aşacak dosyayı işleme koyacağı düşünüldüğünde işin ciddiyeti açıkça anlaşılmaktadır. Hakim ve mahkeme sayılarında yetersizliklere ve kıt imkanlara rağmen geçiş sürecinde olağanüstü tempo ve gayretle, fedakarlıklarına devam edecek olan yargının başarılı bir sınav verileceğine inanıyorum.

Özlenen/yaşanan hukuku hakim kılmak bu yolda değişim de dahil gelişme sağlamak önce biz hukukçulara

düşen görevdir. Evrende eskimeyen, yaşlanmayan çok az şey vardır; yoktur da denebilir. Engel olunamadığı için de kabullenilir. Ama hukukun eskimesine, yaşlanmasına tahammül edilemez. Biz etsek bile toplum kabullenmez. Hukuk bilimi öğretisi ve barolar dahil mahkemelere düşen görev, toplam kalite yönetiminin sürekli iyileştirme ve geliştirme prensibinin hukuk ve adalet alanında yaşama geçirilmesidir.

Diğerlerinde olduğu gibi, bu paneli düzenleyenler ve katılanlar, hukukun ve hukukçunun geliştirilmesi ve ilerlemesinde, adalet hizmetlerinde kalitenin yükseltilmesinde önemli bir görevi yerine getirmiş olmaktadır. Her türlü yükünü gönüllü olarak yüklenerek etkinliği düzenleyen Çanakkale Barosu'nun değerli Başkanı sayın Av. Adnan Güler ile Baro Yönetim Kurulu'nun değerli üyelerine ve panelin düzenlenmesi ve yürütülmesi sürecinde emeği geçenlere; her türlü takdire layık olağanüstü özveriyle, tükenmez sabırla, örnek coşku ve heyecanla uygulamaya dönük, ama bilimsel içerikli bildirimlerini, bilgi ve görüşlerini sunacak olan değerli ve seçkin hukuk bilimi insanlarına, uygulamadan edindikleri deney ve birikimleri ışığında sorunları işaret etmek, düşüncelerini açıklamak ve sorular yöneltmek suretiyle etkinliği zenginleştirecek değerli katılımcılara şimdiden teşekkür ederim. Mesleki ve sanat etkinlikleri şimdiden başlayan 5 Nisan Avukatlar Günü için en iyi dileklerimi sunar tüm Avukatları kutlarım.

Etkinliğin başarılı ve yararlı geçmesini diler, hepinize içten sevgi ve saygılarımı sunarım.