

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 Taahhünamesini 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 iletişinden emin olunuz. Gereksinim 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 taahhünameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuza 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 aykır edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Açıklamalı

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU

YÜRÜRLÜK ve UYGULAMA KANUNU
ile
YÖNETMELİKLER

Fahrettin DEMİRAĞ
Hakim Tuğgeneral (E)

ŞUBAT 2007 / 1 . BASKI

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 69

MART-NİSAN 2007

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

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

28.02.2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
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 sayfayı (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 YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
	17	Başkandan
Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları Dr. Devrim Güngör	21	Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu Dr. Devrim Güngör	51	Cezaların Toplanması ve Koşullu Salıverilme İlişkisi
Doç. Dr. Hakan Hakeri	55	Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler
Dr. Handan Yokuş Sevük	97	Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi
Dr. Ozan Ergül	125	Aynı Olaya İlişkin Meclis Araştırması ile Adli Soruşturmanın Bağdaşmazlığı Üzerine
Dr. Mustafa Can	151	Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet
Av. Akif Yıldırım	177	İftira Suçu
Av. Ş. Cankat Taşkın	211	Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi
Haluk Çolak / Uğurtan Altun	241	Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi
Mehmet Altundiş	339	İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti
Stefan Rapp, Uta Kuchkelkorn Çev. Av. D. Derya Yeşiladalı	377	Berlin İstinaf Mahkemesi'nin "Avukatın Reklam Yapma Hakkı"na İlişkin Kararın Değerlendirilmesi
Anayasa Mahkemesi Kararları	381	
Av. Güneş Gürseler	393	Avukatlık Ücret Tarifesinin TBB Tarafından Hazırlanması Anayasa'ya Aykırı Değildir.
Yargıtay Kararları	399	
Danıştay Kararları	414	
Disiplin Kurulu Kararları	422	
AİHM Kararları	435	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	472	
Ekler	489	
Söyleşi	503	Oya Günendi
Kitaplar - Dergiler	513	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz
Doç. Dr. Fatih BİLGİLİ

Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer:
Uyurma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı
Yeliz ŞANLI

İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası
Hasan DURSUN

AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması
Erol ÇİÇEK

Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının
Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma
Av. Murat DÖNMEZ

İcra ve İflâs Kanunu'na Göre
İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi
Av. Murat DÖNMEZ

İstinaf Kanun Yolunda Bölge Adliye Mahkemesinin
Keşif Yapması ve Tanık Dinlemesi Üzerine Düşünceler (Ceza)
Mustafa ALBAYRAK

Miranda Hakları (Miranda v. Arizona 1966)
Av. Ahmet Emre AKYAZAN

Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası
Av. Talih UYAR

Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü
Av. Lamih ÇELİK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Türkçesi Üzerine
Saffet CAN

Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının
Yasak İlkesinden Muaf Tutulması
Cemil GÜNER

Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı
Erdal KÖKTÜRK, Erol KÖKTÜRK

Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006
Prof. Dr. Loukas Mistelis; Çeviren: Bahar Ceyda Süral
Belediye Dizgesine Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış
Hasan DURSUN

editör'den...

Ana Britannica, "sansür" kelimesini, "kamu yararını koruma gerekçesiyle söz, yazı, resim ve filmlere uygulanan ön denetim" olarak tanımlıyor. Bugün ödenetime tabi olanların çeşitlenmesini de göz önüne alırsak, "ifade özgürlüğü konusunda ön denetim" yeterli bir tanım olacaktır. *Türk Hukuk Lügati*'nin tanımı ise, "söz, yazı, resim ve sesle yapılan her türlü neşriyatın ve muhaberatın ve mersulelerin yapılmasından veya muhataplarına varmasından önce devlet tarafından kontrol edilmek üzere alınan emniyet tedbiri" şeklindedir. Tanımların farklılığı açıktır. Ancak, sansürden bahsedebilmek için, ister basımdan, üretimden önce olsun, ister sonra olsun "ifade özgürlüğü açısından bir ön denetim" bulunması gerekliliği açıktır.

Sansür, antik çağlar ve tek tanrılı dinler döneminde, siyasi ve dini otoritenin toplumun ve devletin siyasi yaşamı ve ahlâkı kendi düşünce ve inancına göre düzenleme iradesinin ürünüdür. Bireyin özgürlüğü ve saygınlığı ön plâna çıktıktan sonra sansür ya reddedilmiştir veya sınırları olduğunca daraltılmıştır.

"Sansür" konusunda toplumsal belleğimiz acı anılarla doludur. Düşünce ve ifade özgürlüğünü engellemek bağlamında kelimelerin bile yasaklandığı eski dönemden sonra gazetelerin, dergilerin boş sahife ve sütunlarla çıktığı dönemleri bizim neslimiz yaşadı. (Bu sebeptendir ki, bugün 1957 seçimleri hakkında basına dayalı bir araştırma yapılamamaktadır.)

Bugün devletin ön denetiminden farklı bir "sansür" mekanizması ile karşı karşıya bulunduğumuzu da kabul etmek zorundayız. Medya, reklam sektörü, siyasi partiler, toplumu kendi düşünceleri doğrultusunda düzenlemek isteyen küçük grupların ve hatta kendi malî çıkarlarının tehdit, şiddet ve dolayısıyla denetimi altındadır. Hani neredeyse, bu sorumluları belli devlet denetiminden daha tehlikelidir, bile diyebileceğim.

İnsanoğlunun elindeki en etkili silah düşüncedir. Ancak düşünce ifade edilemedikten, yayılamadıktan sonra "malîhülya" olarak kalmaya mahkumdur. Böyle bir düşüncenin ne sahibine ne de topluma bir yararı vardır.

Anayasa 25, 26, 28. maddelerinde "düşünceyi açıklama ve yayma" ile "basın özgürlüğünü" kullanmanın bir denetime tabi olmayacağını belirtmiş sansürü yasaklamıştır (RTÜK m. 23 hariç). Ancak bu özgürlüğün sınırsız olmadığı kesindir. Sınır aşıldığı zaman uygulanacak hukuki yaptırımlar söz konusudur. Uyum yasalarından sonra Anayasa'nın 13 ve 14. maddeleri ile özel maddelerdeki sınırlamalar uluslar arası standartlara uygun hale gelmiştir. Burada bir sıkıntı yoktur.

Ülkemizde her alanda olduğu gibi burada da uygulama ölçüyü kaçırmakta, yapılan her eyleme ve söyleme karşı sessiz kalmakta, yaptırım uygulamakta gecikmekte veya sansür heveslilerin gürültüsüne uyarak olmadık işler yapma temayülü göstermektedir. Bu da bir yazarın dediği gibi "ultra liberal" bir yaşamın özlemcilerini haklı çıkaracak deliller ortaya koymaktadır. Oysa yakınılan sorunlara çareler, hukukun içinde ve onun evrensel kurallarına göre aranmalıdır.

Sayılarım.

Teoman ERGÜL

301 toplantısı

301 masaya yatırıldı

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok'un çağrışı üzerine bir araya gelen 18 sivil toplum örgütü temsilcisi 301. maddedeki kişilik önerilerini sunacak. TBB'de gerçekleştirilen toplantıda, TOBB, Türk-İş, DİSK, Hak-İş, Kamu-Sen, emur-Sen, KESK, TISK, TURMOB, Türkiye Noterler Birliği, Türkiye Eczacılar Birliği, Türk Dis Hekimleri Birliği, TMMOB, Türk Tabipler Birliği, Türk Veteriner Hekimleri Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği ve Türk Ceza Hukuku Derneği'nin temsilcileri katıldı. Toplantının başına açık bölümünde bir konuşma yapan TBB Başkanı Özdemir Özok, eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti rum ve kavramlarının egemen olduğu aydınlık, çağış uygar Türkiye'nin herkesin özlemi olduğunu söyledi. 301. maddede için toplanan sivil örgütler hükümetin ardından sonra çalışmalarını sürdürecektik.

Sivil toplum 301 için hükümeti sahaya çağırdı

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, hükümeti 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdı. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti.

Sivil toplum 301. maddesinde

301. maddede toplantısı

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, hükümeti 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdı. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti.

‘Önce iktidar tasarı hazırlasın’

‘Eylemlerle söylemi örtüşen bir Cumhurbaşkanı olması gerekir’ diyen Barolar Birliği Başkanı Özok:



Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın eylemlerinin söylemiyle örtüşmediğini belirtti. Özok, Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın eylemlerinin söylemiyle örtüşmediğini belirtti. Özok, Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın eylemlerinin söylemiyle örtüşmediğini belirtti.

toplum, 301'i ilete havale etti

En ve Vene ödeneği... 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdı. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti. Özok, hükümetin 301. maddede değişiklikler için sivil toplumu sahaya çağırdığını belirtti.

İktidarla sorununun mac 301'i çözebi

İktidarla sorununun mac 301'i çözebi

İktidarla sorununun mac 301'i çözebi

‘Gıdıkarsanız Erdoğan seçilir’

Gıdıkarsanız Erdoğan seçilir

Gıdıkarsanız Erdoğan seçilir

abalar gibi kalkar

abalar gibi kalkar

abalar gibi kalkar

Aksoy mezarı başında anıldı

Aksoy mezarı başında anıldı

Aksoy mezarı başında anıldı

Hukuk devletinde bu olmaz!

Hukuk devletinde bu olmaz!

Hukuk devletinde bu olmaz!

Yeni yasaya çok üzülürdü

Yeni yasaya çok üzülürdü

Yeni yasaya çok üzülürdü

BB Başkanı Özdemir Özok, Koruma istemesine de devlet sağlamalıydı

BB Başkanı Özdemir Özok, Koruma istemesine de devlet sağlamalıydı

BB Başkanı Özdemir Özok, Koruma istemesine de devlet sağlamalıydı

Avukatlar da

Avukatlar da

Avukatlar da

“CUMHURBAŞKANI SEÇİMİ ÖNCESİ CUMHURBAŞKANLIĞI” SEMPOZYUMU YAPILDI

“Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı” konulu sempozyum 12-13 Ocak 2007 günleri Ankara Hilton salonunda yapıldı. TBB Başkanı Avukat Özdemir Özok’un açılış konuşmasını yaptığı sempozyumda ilk oturumda siyasi parti temsilcileri tartıştılar. Daha sonra ülkemizin önde gelen bilim adamları Cumhurbaşkanının yetkileri, nitelikleri ve Başkanlık sistemi üzerinde bilgiler sundular.

Sempozyumun kitabı bastırılmış ve ilgililere sunulmuştur.

UĞUR MUMCU VE MUAMMER AKSOY ANILDI

Uğur Mumcu ve Prof. Dr. Muammer Aksoy’u anma çerçevesinde her yıl düzenlenen Adalet ve Demokrasi Haftası’nın onördüncüsü yoğun bir program ile yapıldı. 24 Ocak’ta Uğur Mumcu, 31 Ocak’ta Muammer Aksoy’un kabirleri ziyaret edildi. Çiçek konuldu. Anılarına konuşmalar yapıldı.

Hafta “Tarikat, Siyaset, Ticaret” ekseninde, müzik ve tiyatro ile bezenmiş toplantılarla devam etti.

Her iki değerli ve inançlı insana Tanrı’dan rahmet diliyoruz. Işık içinde yatsınlar.

HUKUK FAKÜLTELERİ DEKANLARI İLE İKİNCİ TOPLANTI YAPILDI

İstanbul’dan sonra Ankara ve Anadolu’da bulunan hukuk fakülteleri dekanları ile TBB’nin sürekli düzenlemek kararı aldığı toplantıların ikincisi yapıldı. Toplantıya mazeret belirten

dekanlar dışında bütün dekanlar veya yardımcıları katıldılar.

Toplantıda İstanbul’daki toplantıdan sonra seçilen kurul tarafından hazırlanmış rapor görüşüldü. Bazı ortak kararlar alındı.

KANADA BÜYÜKELÇİSİ TBB BAŞKANINI ZİYARET ETTİ

Kanada Büyükelçisi Yves Brouder TBB’ni ziyaret ederek Başkan Özdemir Özok ile görüştü.

TBB BAŞKANI VE BARO BAŞKANLARI CMK İLE İLGİLİ OLARAK ADALET BAKANLIĞI MÜSTEŞARINI ZİYARET ETTİLER

5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Ödenecek Ücretlerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik” hazırlamak görevi Adalet Bakanlığı’na verilmiştir. TBB Başkanı ve baro başkanları CMK Yönetmeliği konusunda hazırladıkları taslağı vermek ve görüş alışverişinde bulunmak üzere Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga’yı ziyaret ettiler.

Bakanlık tarafından hazırlanan taslak hakkındaki genel eleştiriler şu noktalarda yoğunlaşmaktadır. Türkiye Barolar Birliği, CMK kapsamında müdafî ve vekil görevlendirmelelerinden kaynaklanan sorunların giderilmesi için yasa değişikliği çalışmalarını sırasında, temel görüşünün; soruşturma aşamasında herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutmadan her olayda, istekte bulunan her şikâyetçi ve şüpheliye baro tarafından avukat görevlendirilmesini, kovuşturma aşamasında ise suç ve ceza açısından herhangi bir ayırım yapmadan,

maddi durumunun uygun olmaması nedeni ile müdafî ya da vekil seçemeyeceğini bildiren kimselere baro tarafından adli yardım kuralları kapsamında avukat görevlendirilmesi olduğunu belirtmiştir.

Bu görüş kabul edilemeyerek, zorunlu müdafîliği daraltan, bu alanda uygulanacak avukat ücretine ilişkin tarifeyi hazırlama yetkisini Avukatlık Yasası'na aykırı olarak Türkiye Barolar Birliği'nden alan, görevlendirme ve ücretin ödenmesine ilişkin hususları düzenleyen yönetmeliği hazırlama yetkisini de TBB'den alan 5560 sayılı yasaya dayanılarak hazırlanan Yönetmelik taslağı da yasadaki olumsuzlukları sürdürmektedir.

Yönetmelik taslağı baro tarafından atanan müdafî/vekilin ücretinin savcılık veya mahkeme tarafından sarf kararı ile ödenmesine ilişkin düzenlemeler ile savunmanın iddia ve hüküm makamına bağımsızlığı önemli ölçüde zedelenmektedir.

TCK m. 301 KONUSUNDA MESLEK KURULUŞLARI VE KONFEDERASYONLAR İLE TOPLANTI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği, Hü kümet başkanı ve temsilcilerinin TCK m. 301 hakkında ısrarla sivil toplum örgütlerinin görüşlerini bildirmelerini istemeleri karşısında, bu talebin bütün kuruluşlara yönelik olduğu düşünceyle Türkiye Barolar Birliği'nde bir toplantı düzenlenmesine, sorunun konuşulmasına, tartışılmasına ve ortak bir metin hazırlanmasına karar verilmiştir.

2 Şubat 2007 tarihinde meslek kuruluşları ve konfederasyonların başkan ve temsilcilerinin katıldığı toplantı olgun bir hava içinde yapıldı.

Toplantı kamuoyunun ve basının büyük ilgisini gördü.

Toplantı sonunda yayımlanan bildiride öncelikle hükümetin önerisinin görülmesi gerektiği sonucuna varıldığı kamuoyuna duyuruldu.

Toplantıya sunulan bilgi notu, bildiri, basın yansımaları ve Türk Ceza Hukuku Demeği'nin konu ile ilgili olarak yaptığı çalışma ve önerisi bir kitapçık halinde bastırılarak "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı" kitabı eki olarak yayımlandı.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN STRAZBURG ZİYARETİ

TBB Başkanı Av. Özdemir Özok ile İHAUM Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay, 26 Ocak 2007 tarihinde Strazburg'da, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Hammarberg'le bir görüşme yaptı. Daha önce Türkiye'ye geldiğinde TBB'yi ziyaret etmiş ve işbirliği kurmak isteğini dile getirmiş olan Komisyoner Hammarberg, iki saat süren bu görüşme sırasında Türkiye'deki gelişmeler konusunda Başkan Özok'tan bilgiler almış ve TBB ile işbirliğini daha da geliştirmek için somut önerilerde bulunmuştur. Hammarberg, özellikle AİHS m. 6 bağlamında "silahların eşitliği" konusunda Türkiye'nin deneyimlerinden başka üye devletlerin yararlanmasını sağlamaya yönelik bir proje üzerinde çalışma yapılmasını önermiştir.

Hammarberg'in çalışma arkadaşlarından iki yetkili Şubat ayı sonlarında Türkiye'ye gelecek ve TBB'ni ziyaret edeceklerdir. Bu ziyaret sırasında, daha yakın işbirliği olanaklarının geliştirilmesinin yolları üzerinde durulacaktır.

AB'DEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

1. AB DÖNEM BAŞKANLIĞI

1 Ocak 2007 tarihi itibariyle Almanya AB dönem başkanlığını Finlandiya'dan devralmıştır. Bu, Almanya'nın on ikinci dönem başkanlığı olacaktır.

Bilindiği gibi, Romanya ve Bulgaristan'ın 1 Ocak itibariyle AB'ye dahil olması genişleme sürecinin sonu değildir. İlk altı aylık dönemde masaya Kıbrıs ve Türkiye yatırılacaktır. Kıbrıs ve Türkiye ile ilgili olarak AB Komisyonu tarafından öneriler üzerinde kapsamlı çalışmalar gerektirmekte; ayrıca AB'nin yeni üyeleri dahil ve kabul etme kapasitesi Türkiye bağlamında değerlendirilecek en önemli konulardan birisini oluşturmaktadır.

“Özgürlük, güvenlik ve adalet” gibi kavramlar Almanya Başkanlığının birinci öncelikleri olarak belirtilmektedir. Ancak, AB genelinde şüphelilerin asgari hakları konusunda getirilmesi düşünülen söz konusu kavramlara ilişkin teklifin AB ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini karşı karşıya getirecektir.

2. REKABET HUKUKU

• İtalya'da avukatlar için uygulanacak asgari avukatlık ücretleri uygulamasının rekabet hukukuna aykırılık teşkil edip etmediği hususunda Avrupa Adalet Divanı'ndan görüş talep edilmiştir. AD bu konunun İtalyan Barosu tarafından önerilerek Adalet Bakanlığınca onaylanması çerçevesinde herhangi bir aykırılık taşımadığını belirtmiştir. Öte yandan, hizmet sunma serbestisi bağlamında, sözkonusu ücret uygulamasını AB'ni kuran Antlaşmanın 49. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin hususda ise bu uygulamanın sınırlama getirdiği ancak ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Ancak, bu tür ölçülerin orantılı olması ve rekabeti mümkün olduğu kadar sınırlamaması ve mesleğin kalitesini sürdürmek ve

artırmak için disiplin, etik ve denetim konularına da önem verilmesi vurgulanmaktadır.

• 13 Aralık 2006 tarihinde AB dönem başkanlığını yapan Finlandiya ile AB Komisyonu mesleğin ekonomik boyutlarının tartışıldığı bir konferans düzenlemiştir. AB Komisyonu, meslek kurallarının analizi ve bu kuralların AB'ni kuran Antlaşma hükümleri ile uyumlu olup olmadığı konularında daha çok kanıta dayanan bir yaklaşımla yapılması gerektiği üzerinde durmuştur. Söz konusu çalışmaya ilişkin nihai rapor 2007 yılının ilk çeyreğinde hazır olacaktır.

3. KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

14 Aralık 2006 tarihinde Avrupa Adalet Divanı Başsavcısı, Belçika Barosu'nun İkinci Kara Para Aklama Direktifi'nin iptali davasında, görüşünü bildirmiştir.

Daha önce de değinildiği gibi, Belçika Barosu İkinci Direktif'in avukatlık mesleğine ilişkin ayrıcalığı ortadan kaldırdığını, bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Başsavcı söz konusu Direktif'in; avukatlar yönünden, avukatlara bir dava öncesinde, esnasında veya sonrasında veya hukuki danışmanlık yaptıkları esnada öğrendikleri bilgileri verme yükümlülüğü getirmeyeceği şeklinde yorumlandığı sürece, geçerli olacağına karar vermiştir. Ancak, bir müvekkil adına iş ve işlem yapmak bu ayrıcalık kapsamında sayılmamıştır. Hemen belirtelim ki savcının bu görüşü Adalet Divanı'na bir görüş bildirme şeklinde olup Divan nihai kararında bu görüşe uymak zorunda bulunmamaktadır.

4. İSKOÇ AVUKATLIK KANUN TASARISI

İskoçya'da Avukatlık ve Adli Yardım Kanunu'nda önemli değişiklikler yapması beklenen Tasarı gündemde bulunmaktadır. Söz konusu tasarının temel amaçlarından bir tanesi avukatların hizmetlerine ilişkin şikayetlerin yapılabileceği bir komisyon yaratılmasıdır (İskoç Hukuki Şikayetler Komisyonu). İskoç Barolar Birliği, halihazırdaki uygulamanın daha iyileşmesi koşulu ile, tasarıyı prensipte desteklemektedir. Ancak, baro tasarının bazı

hükümleri ve bu yeni kurumun yaratılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmesi halinde (söz konusu kurul kararına karşı temyiz başvurusu bulunmamaktaydı) çekinceler koymuştur. Tasarı 14 Aralıkta İskoç Parlamentosu'nda görüşülmüş ve görüşmeler sırasında Baronun çekinceleri de göz önüne alınarak gerekli değişiklikler yapılmıştır. Tasarının Ocak 2007 ortalarında kanunlaşması beklenmektedir. Ancak, söz konusu şikayet komisyonunun kurulması ve faaliyete geçmesi Ağustos 2008 olarak öngörülmektedir.

5. AVRUPA TEMEL HAKLAR AJANSI

Uzun tartışmaların ardından Aralık ayında, Avrupa Temel Haklar Ajansı'nın kurulmasına karar verilmiştir. Ajansın esas görevi AB genelinde temel haklar konusunda güvenilir, objektif ve mukayeseli bilgilerin toplanmasıdır.

Bu veriler toplanarak temel haklar konusunda saygı gösterilmemesinin sebepleri araştırılacak ve bunun giderilmesi için en iyi önlemler geliştirilecektir. Diğer taraftan temel haklar konusunda yıllık rapor hazırlanacak ve Ajans Topluluk hukukunun uygulandığı AB üyesi ülkelerde temel haklar konusundaki uzmanlık hizmetlerini sunacaktır. Bu hizmet ve uygulamanın coğrafi sınırı şimdilik üye ülkelerle sınırlı olup aday ülkeler gözlemci sıfatını taşıyacaktır. Bununla beraber, Ajans aday ülkelerde de temel haklar konusunda fikir beyan etme yetkisine sahip olacak ve ulusal kanunların Topluluk hukuku ile uyumlaştırılması konusunda alınması gereken tedbirlere de işaret edecektir. Ajans 2007 yılında Viyana'da faaliyete geçecektir.

6. CEZA HUKUKU

Mahkumiyet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin teklif doğrultusunda, bir mahkum cezasını tabi olduğu ülkede çekebilecektir. Aralık 2006 tarihinde kanunlaşması beklenen teklif Polonya'nın ret oyu vermesi ile gerçekleşmemiştir.

Teklifin kanunlaşması için oy birliği gerekmekte olup Almanya Başkanlı döneminde bu hususun çözümlenmesi beklenmektedir.

AVRUPA'DA AVUKATLIK MESLEĞİNİN TEMEL KURALLARINA İLİŞKİN BİLDİRGE

Bilindiği gibi, CCBE'nin Avrupa'lı Avukatlar İçin Meslek Kuralları'nın 1.1 maddesi;

"Hukukun üstünlüğüne saygı esasına dayalı olarak kurulmuş bulunan bir toplumda avukat özel bir role sahiptir. Avukatın görevi yasanın izin verdiği sınırlar içinde verilen talimatları yerine getirmekle başlayıp sona ermez. Avukat, kendisine hak ve özgürlüklerinin savunulması ve sağlanması görevini verenlerin çıkarlarına ve adaletin sağlanmasına da hizmet etmek zorundadır ve sadece müvekkilinin davasını takip etmekle görevli olmayıp aynı zamanda müvekkilinin danışmanıdır. Bir toplumda avukatın mesleki işlevine saygı göstermek o toplumda demokrasi ve hukukun üstünlüğünün varlığı için zorunlu bir koşuldur" hükmünü içermektedir.

Bilineceği gibi, farklı yargı yerlerinde farklı ifade edilseler de Avrupa genelinde avukatlık mesleği için ortak temel ilkeler bulunmaktadır. İş bu temel ilkeler, avukatlık mesleğini düzenlemekte olan değişik ulusal ve uluslar arası düzenlemelerin temelinde mevcut bulunmaktadır. Adaletin iyi işlemesi, adalete ulaşım ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca adil yargılanma için zaruri olan bu ilkelere Avrupalı avukatlar uymak zorundadırlar. Barolar, hukuk cemiyetleri, mahkemeler, yasa koyucular, hükümetler ve uluslar arası kuruluşlar sözkonusu temel ilkeleri kamu yararına savunmalı ve korumalıdırlar.

Bu bağlamda söz konusu temel ilkeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- a. Avukat, bağımsız ve müvekkilin davasını takip edebilmek için serbest olmalıdır;
- b. Müvekkilin dava ve konularını gizliliğine riayet etmek bir avukatın hakkı ve görevi olup meslek sırrına saygı göstermek zorundadır;
- c. Avukat, müvekkili ile kendi arasında veya müvekkilleri arasında menfaat çatışmalarını önlemelidir;
- d. Mesleğin onur ve şerefi ile avukatların şöhreti temel ilkeler arasındadır;
- e. Müvekkile sadakat zorunludur;
- f. Ücretlerle ilgili olarak müvekkillere adil davranılmalıdır;
- g. Mesleki yeterliliğe özen gösterilmelidir;
- h. Meslektaşlara karşı saygı gösterilmelidir;
- i. Hukukun üstünlüğü ve adaletin adil işleyişi konularına özen ve saygı gösterilmelidir;
- j. Avukatlık mesleğinin, avukatların kendi kendini denetlemesi gerekmektedir.

Çev.: Av. D. Derya Yeşiladalı

BİREYSEL

ve

ÖRGÜTSEL SORUMLULUK

Av. Özdemir Özok*

Fransız felsefeci ve toplumbilimci Jean Baudrillard, 1976 yılında yayımladığı “*Simgesel Değiş-Tokuş ve Ölüm*” adlı eserinde “*sistem hepimizi sorumsuzlaştırmaktadır,*” demektedir.

Bu anlamlı sözden hareketle hepimiz; çevremize eleştirel bir gözle baktığımızda yapılan tespitin ne denli yerinde olduğu acı gerçeği ile karşı karşıya kalıyoruz. Yaşamımızın büyük bölümünü geçirdiğimiz sokak ve mahallemizden başlayarak, ilçe, kent ve giderek yurt genelinde birçok alanda sorumsuzluk örneklerini sıralamaya kalktığımızda dosyalar dolusu konu ve buna ilişkin yönetim zafiyeti yanı sıra, bireysel sorumsuzluk örnekleri tespit etmek mümkündür.

Sorunlar sarmalıyla çevrelenmiş bu ortamdan çıkışın tek formülü bireysel ve örgütsel sorumluluk bilinciyle hareket etmekten geçer. Oysa çoğu zaman, sorumluluktan kaçma, risk almama gibi kolaycılık bireysel tercih olma yanında, toplumsal kabul de görmektedir. Bu davranış biçimi sorunların o anda daha kolay çözüleceği gibi bir duygu uyardırsa da, ülkemizde olduğu gibi bu küçük sorumsuzluk tepeleri daha sonra altından kalkılamaz sorunlar yumağını oluşturan dağlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Fransız toplumbilimci aynı yapıtında “*...Aydınlanma çağının bireysel kalıntısı olan sorumluluk, zaman içinde giderek rasyonelleşen sistem tarafından bizzat tasfiye edilmiştir...*” demek suretiyle toplumsal yaşam karmaşıklaştıkça, toplumsal yaşam koşulları ağırlaştıkça bireysel sorumluluğun gerilediğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle toplumsal dinamizmi

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

yakalamak ve sorunların üstesinden gelebilmek için hem bireysel, hem de örgütsel sorumluluk bilinci ile hareket etmek gerekmektedir.

Toplumunu oluşturan bireyler için bu denli önemli olan sorumluluk bilinci ve duygusu, ülkeyi yönetmeye talip olan yöneticiler için çok daha hayati önem taşımaktadır. Kendilerini doğuştan yönetici olarak kabul eden ve böyle sunan kimi sorumsuz politik aktörleri görünce yurdumuz, halkımız ve geleceğimiz için daha da kaygı duymaktayız. Bu kaygı ve tasalardan kurtulmanın tek yolu birey olarak, halk olarak, ulus olarak, kendi gücünü tüm ülke genelinde sorumluluk bilinciyle harekete geçirmektir. Kuşkusuz bunun da yolu, örgütsel sorumluluktan geçer. Bu bakımdan Barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak mesleğimize, meslektaşlarımıza, ülkemize ve ulusumuza karşı çok önemli sorumluluklarımız vardır. Yurt ve meslek sorunlarına bu sorumluluk bilinciyle yaklaşmamız ve çözümler üretmemiz gerekmektedir.

Ülkenin her metre karesinde yaşanan yasa dışı saldırı ve olumsuzluklar özgürlük ve güvenlik dengesinin yeniden ciddi biçimde sorgulanmasını gündeme getirmiştir.

Bu bağlamda son aylarda mesleğimize ve bağımsız savunma hakkına yönelik saldırı ve el atmalar da son derece kaygı vericidir. Bu girişimlere karşı ancak örgütsel sorumlulukla hareket ederek karşı durabiliriz.

Özellikle Avukatlık Yasası'ndan sınav hükmünü kaldıran yasa teklifinin TBMM'nde görüşülmesi sırasında iktidar partisi temsilcilerinin benim şahsım yanında, TBB ve barolar hakkında ileri sürdüğü görüş ve düşünceler dehşet ve ibretle izlenmiştir.

10.8.2006 günü baro başkanlarıyla birlikte Sayın Başbakan'la yaptığımız görüşme sırasında kendilerine ilettiğimiz ve kendilerinin de dikkatle dinleyerek gereğinin yapılacağını vaat ettikleri hiçbir konu hakkında olumlu bir sonuç alınamamıştır. Aksine birçok konuda gerileme yaşanmış ve mevcut bir hak olanak ya geri alınmış, ya da sınırlandırılmıştır. Özellikle 5560 sayılı yasa ile getirilen yeni düzenleme sonrası savunma ve onun bağımsız örgütleri Barolar ve Türkiye Barolar Birliği'ni yeniden vesayet altına alma yolunda mesafe kat edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Ceza Muhakemesi Kanununun

başkandan

Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kabahatler Kanunu gibi kanunlarda bazı değişiklikler yapan teklif Barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak tüm karşı duruşumuza ve eleştirilerimize karşın, 5560 sayılı kanunlaşmış ve 19.12.2006 günü yürürlüğe girmiştir.

Bu yasa müdafii/vekil görevlendirmeleri ile ilgili olarak CMK 150. maddesinde ve CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklikler yapmış; zorunlu müdafilik "*alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar*" için öngörülmüş, bunun yanı sıra "*baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile, avukatlık ücreti tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin de görüşü alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret yargılama giderlerinden sayılır. Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir,*" düzenlemesi yapılmıştır. Yapılan bu düzenleme savunma bağımsızlığına aykırı olduğu gibi, savunmanın bağımsız örgütleri baroların Adalet ve Maliye bakanlıklarının vesayeti altına girmesine yol açacaktır.

Getirilen bu düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin "*Adil yargılanma ve savunma hakkı*" hükümlerine aykırı olması yanında, Avrupa Birliği Komisyonu'nun bütün İstişari raporlarında getirilen Barolar ve Türkiye Barolar Birliği üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayeti eleştirisini güçlendirecektir.

Yasa, avukatı atayacak olan baroları tümünden devre dışı bırakmayı amaçlamaktadır. Öngörülen sisteme göre, avukatı barolar atayacak ve görevlendirecek, ancak ücretini soruşturma ve kovuşturma organları Cumhuriyet savcılarını ve mahkemeler ödeyecektir. Böylece avukatın ücretini kendilerine karşı tam bağımsız olması gereken yargı organları tarafından ödenecek olması, yıllardır yaptığımız bağımsızlık mücadelesinde tekrar başa dönülmüş olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, avukatın yaptığı işle ilgili olarak denetiminin, ücreti tahakkuk ettiren ve ödeyen kurumlara yani Cumhuriyet Savcılığı'na ve mahkemelere bırakılmış olması kutsal savunma hakkının sınırlandırılması, "*memurlaştırılması*" ve savunmanın bağımsız örgütleri baroların vesayet altına girmesi anlamına gelir.

Tüm bu olumsuzluklar yanı sıra, baroları sadece avukat ataması yapan bürokratik bir makam haline getiren bu düzenleme, avukatların

kendi meslek kuruluşundan uzaklaşmasına ve bir anlamda yargının diğer iki unsuruna bağımlılığına yol açması bakımından da son derece sakıncalıdır.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak bütün bu eleştirilerimizi yasanın her aşamasında dile getirdik ve yaşanacak olumsuzluklara dikkat çektik ancak bu uyarılarımızın hiçbirisi dikkate alınmadan öneri jet hızı ile yasalaşmıştır.

Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, hazırlanması öngörülen ücret tarifesi ve çıkarılması gereken yönetmelikle ilgili görüş ve düşüncelerimizi yazılı olarak Adalet Bakanlığı'na bildirdik. Düzenlenen yönetmelik taslağında çok ciddi yanlışlar bulunduğu için, taslak metni tüm barolarımıza gönderilmiş ve gelen yanıtlarda dikkate alınarak yönetmelik taslağıyla ilgili önerilerimiz 29.1.2007 günü yaklaşık 14 baro başkanımızla birlikte Adalet Bakanlığı Müsteşarı'na sunulmuştur. Bakanlık tarafından hazırlanan yönetmelik taslağından tüm barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliğinin karşı çıktığı en olumsuz noktalar "*sarf evrakının Cumhuriyet savcıları tarafından düzenlenmesi hükmü ve CMK cari giderleri konusunda getirilen düzenlemeler*" olmuştur. Bu konulardaki duyarlılığımız Adalet Bakanlığı Müsteşarı'na net bir biçimde aktarılmıştır. Yaptığımız bu başvuru sonucu, Bakanlıktan bugüne kadar bir yanıt alınamamıştır.

Mevcut siyasal iktidarın, hukuka, yargıya ve özellikle savunmanın temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri Barolar ve Türkiye Barolar Birliği'ne çarpık bakışının bir ürünü olan bu ve benzeri yaklaşımlar ancak meslektaşlarımızın ve Barolarımızın bireysel ve örgütsel sorumluluk duygusu ve ortak gücü ile aşılabılır.

Yaşanan acı olaylar göstermiştir ki, siyasal iktidar temsilcileri asla bizim yıllardır dillendirdiğimiz "*Eksiksiz Demokrasi, İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti*" ilke ve kavramlarına içtenlikle inanmamakta, sadece bu kavramları biçimsel olarak dillendirmektedirler. Oysa siyasal iktidar temsilcilerinin bu sorumsuz yaklaşımlarına karşın bizim avukatlar, Barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak ulusumuza, mesleğimize ve meslektaşlarımıza karşı çok ciddi sorumluluklarımız vardır.

Bu sorumluluğumuzun gereği olarak başta siyasal iktidar olmak üzere herkesin keyfi ve sorumsuz uygulamalardan uzak durması gerektiğini ve tüm sorunların hukuk içinde çözülmesinin mümkün olabileceğini önemle hatırlatırız.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇLARIN TASNİFİ

Zeki Hafızoğulları*

Devrim Güngör**

1. Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler Ayırımı

Ceza hukukunun temel kurallarını düzenleyen genel hükümleri yanında özel hükümleri, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereği olarak, kimlikleri belli, yani bireyselleştirilmiş tek tek suçlardan ve bu suçlara verilecek cezalardan oluşmaktadır. Buradan, ceza hukuku genel hükümler ceza hukuku özel hükümler arasında mevcut olan bağıntının niteliğini belirlemek zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Genel olarak kabul edilen, bunlar arasında, bir altlık-üstlük bağıntısının değil, tersine birbirlerini karşılıklı olarak tamamlama bağıntısının olduğudur.¹ Gerçekten, belli bir beşeri davranışı suç sayarak cezalandıran normlar, yani bağımsız, asli ceza normları ile varlık nedenleri bizzat bu normlar olan tamamlayıcı, yani bağımlı ceza normları birlikte organik bir bütün teşkil etmektedirler.²

Bundan ötürüdür ki, asıl ceza hukukunun, ceza hukuku özel hükümler olduğunu söylemek yanlış olmaz. Çünkü genel hükümler, tarihi gelişiminde, özel hükümlerden damıtılarak elde edilmiş bulunan ve her bir suçun varlık kazanmasında ve cezasının verilmesinde kural olarak zorunlu olan temel kurallardan oluşmuştur. Gerçekten, ceza hukukunda genel hükümler özel hükümler sayesinde yaşam bulmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, Ankara Barosu.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

¹ Fiandaca-Musco, Diritto Penale, Parte Speciale, Volume I, Zanichelli Bologna 1993, s. XV.

² Hafızoğulları, *Ceza Normu*, Ankara 1996, s. 278.

Türk Ceza Kanunu, “İkinci Kitap”ta, Özel Hükümler adı altında, Kısımlar ve Bölümler olarak, tek tek suçlara yer verilmiştir. Ancak özel hükümler, sadece bu kanunda yer alan suçlarla sınırlı değildir. Ceza hukuku özel hükümleri, tüm “ceza mevzuatı” içindeki özel hükümleri kapsamaktadır. Kanunun ifadesi ile tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar, Kanun’un İkinci Kitabı’nda yer alan suçlarla birlikte, Türk ceza hukukunun özel hükümlerini oluşturmaktadırlar.³

Doktrinde sıkça ceza hukukunun özel hükümlerinin, bir genel hükümlerinin oluşturulmasından söz edilmektedir.⁴ Genele uyararak, böyle bir çalışmanın, ceza hukuku bilimi ve uygulaması bakımından, işleri karmaşıklaştırmanın ötesinde fazla bir yarar sağlamayacağını düşünüyoruz.⁵ Bu bağlamda, TCK’nın genel hükümleri arasına birçok bakımdan önemli eksiklikler taşıyan ve tüketici olmayan bir “tanım hükmü” konmuş olması, ne özel hükümlerin bir genel hükümlerini oluşturmadır, ne de belli bir esas gözetilerek seçilmemiş olan eksik bazı tanım hükümlerine, genel hüküm niteliği kazandırmadır. Maalesef, kanun, inandırıcı bir gerekçe göstermeksizin,⁶ “Genel kanun” yapma tekniğine sığmayan, “Genel hüküm” koyma mantığına aykırı bir düzenleme yapmıştır.

2. Suçun Hukuki Konusu

Ceza hukukunun kaynağı kanundur. Kanunsuz suç ve ceza olmaz. Bu, suçların ceza kanununu ihlal eden beşeri davranışlar olması demektir. Öyleyse, suç vurgulayan özellik, onun bir ihlal fiili olmasıdır. İhlalsiz suç olmaz.

³ Kanun, 5. madde hükmünde, her nedense “genel kanun” - “özel kanun” bağıntısına ilişkin genel kurala uymamış, genel hükümlerin, istisnasız özel ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren diğer kanunlar hakkında da uygulanmasını emretmiştir. Ancak, bu hüküm, ne 765 sayılı kanunla, ne de Kara Avrupa hukuk sistemine dahil başka ceza kanunları ile uyumludur. Gerçekten, ör., İtalyan Ceza Kanunu (İCK), 16. madde hükmünde, “aksine hüküm olmadıkça, bu kanunun hükümleri, başka ceza kanunlarında düzenlenmiş bulunan hususlar hakkında da geçerlidir” demektedir. Kanun, bu hükümle, özel ceza kanunlarının ve ceza hükmü içeren diğer kanunların, bu kanunun genel hükümlerine aykırı hükümlerini ortadan kaldırmış olmaktadır. Bkz., Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku*, Ders Notları, Ankara 2005-6, www.zekihafizogullari.com, s. 27.

⁴ Bu konuda bkz., *Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 34 vd.

⁵ *Toroslu, Cürümlerin..*, s. 38.

⁶ Gerçekten, daha önce Türk Medeni Kanunu’nu çıkaran tarihi kanun koyucu, niteliği Türk Ceza Kanunu ile aynı olmakla birlikte, o kanunda ne bir amaç, ne de bir tanım hükmüne yer vermiştir. Kaldı ki bir genel hüküm olarak tanım hükmü, tüketicilikten de yoksundur; çünkü kanunun özel hükümleri arasında ayrıca birçok tanım hükmüne rastlanmaktadır.

Buradan, ceza hukukunun ilk ve temel sorunu olan, “suçun maddi anlayışı” ve “suçun şekli anlayışı” tartışması ortaya çıkmaktadır. Bu tartışma özünde, tabii hukuk, hukuki pozitivizm, Rocco’un teknik hukuk okulu ve von Liszt’in⁷ temellerini koyduğu ceza hukukunda amaçsal yorum yöntemi (Metodo teleologico) düşüncesinin çatışma noktasını oluşturmaktadır. Söz konusu çatışma, suçun hukuki konusu üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁸

Gerçekten, suç, madem bir ihlal fiilidir, hukuki bir değer veya menfaati ihlal etmektedir. Bu demektir ki, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan, böylece hukukilik kazanan beşeri değer veya menfaat, suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. Bugün tüm eleştirilere rağmen,⁹ suçun hukuki konusu düşüncesinin, hâlâ ceza hukukunun birçok temel meselesine çözüm getirdiğine, ceza hukuku bilimine büyük katkısının olduğuna inanılmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, ister teknik hukuk okulunun, ister amaçsal yorum yöntemi düşüncesinin bakış açısından ele alınarak değerlendirilsin, suçun hukuki konusu, hâlâ cezalandırma erkinin kullanımında keyfilikten kurtulmada, ceza hukukuna bilimlik sıfatının kazandırılmasında, suçların tasnifinde ve ceza kanununun yorumunda büyük önem taşımaktadır.¹⁰

Özellikle Aydınlanma çağı ile başlayan kanunlaştırma (codificazione) hareketlerinde, Kıta Avrupası ceza hukuku düzenlerinde, ceza hukukunun özel hükümlerinin oluşturulmasında, dolayısıyla suçların tasnifinde, suçun hukuki konusu düşüncesi egemen olmuştur. Gerçekten, 765 sayılı TCK’nın kaynağı olan ve Fransız Ceza Kanunu’nun¹¹ etkilerini taşıyan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, suçla ihlal edildiğini ve ceza ile korunması gerektiğini düşündüğü beşeri değerleri veya menfaatleri göz önünde tutarak, cürümleri, on kategori olarak tasnif etmiştir. Aynı şekilde, 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasası’nı

⁷ Franz von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di Alessandro Alberto Calvi, Giufre’ Editore, Milano 1962,

⁸ Tartışmalar için bkz., Gregori, *Saggio sull’ oggetto giuridico del reato*, Collana di studi penalistici, Diretto da G. Bettiol e P. Nuvolone, Cedam-Padova 1978.

⁹ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano 2000, s. 179 vd.; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte generala, secondo edizione, Milano 1980, s. 212 vd.; Carne-lutti, *Il danno e il reato*, Padova 1926, s. 51.

¹⁰ Gregori, *a. g. e.*, s. 64 vd.

¹¹ Fransız Ceza Kanunu, 1857 tarihinde değişiklikleri ile birlikte, teokratik toplum, hukuk ve Devlet düzenine sahip bulunan Osmanlı İmparatorluğu’nun ceza kanunu olmuştur. Bkz., Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, “Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun 80 Yıllık Gelişimi” Sempozyumu’nda (30-31 Ekim 2003 Ankara) Sunulan Tebliğdir, I. Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku.

birebir sağlaması zımnında birçok değişikliğe uğramasına rağmen,¹² hâlâ temelinde Teknik hukuk okulu düşüncesini koruyan 1930 tarihli Rocco Kanunu, cürümleri, suçun hukuki konusunu esas almak üzere on üç kategori olarak tasnif etmiştir.¹³ Alman Amaçsal Yorum Yöntemi düşüncesinin etkilerini taşıyan Alman Ceza Kanunu (StGB), İkinci Kitabında, Özel Hükümlerde, suçları 30 kategori olarak tasnif etmiştir. Esasen Aydınlanma düşüncesinin etkileri altında oluşmuş bulunan Kıta Avrupası ülkelerinin ceza kanunlarının, hatta Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun¹⁴ suçların tasnifi konusunda bu kanunlardan pek farklı olduğunu düşünmüyoruz.¹⁵

¹² Fiandaca/Musco, *a. g. e.*, Introduzione, s. XVI; Antolisei, Manuale, PG, s. 16 vd.

¹³ Ancak kanunda, onuncu kategori suçları oluşturan "İrkin tümlüğüne ve sağlığına karşı suçlar" 1978/194 sayılı kanunla ortadan kaldırılmış, böylece suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değerler on iki kategori olarak tasnif edilmişlerdir.

¹⁴ Bu kanun, suçları önce, kişilere karşı suçlar, mala karşı suçlar, ulusa ve devlete karşı suçlar, olmak üzere, üç ana başlık altında toplamıştır. Ancak kanun, bu ana başlıklar altında suçları tasnif ederken, suçun hukuki konu kriterini göz ardı etmiş değildir. Kanunda "din hürriyetine karşı suçlar" bu başlık altında başlı başına bir suç kategorisi olarak değil, "kişiyeye karşı suçlar" içinde dağıntık biçimde düzenlenmiştir. Kanun'da yapılan düzenleme kendi içinde tutarlıdır ve laiklik ilkesinin ihlali niteliğini taşımamaktadır. Çünkü "din hürriyetine karşı suçlar"ı, kanunun sistemi içinde kaldığında, "mala karşı suçlar" ve "ulusa ve devlete karşı suçlar" arasında düzenlemek imkânı yoktur. Böyle olunca, "din hürriyetine karşı suçlar", zorunlu olarak "kişilere karşı suçlar" içinde, ama dağıntık bir biçimde düzenlenmesi doğaldır. TCK farklı bir sistematığe sahiptir. TCK'de mala karşı suçlar kategorisi yoktur. Mala karşı suçlar "kişilere karşı suçlar" içerisinde yer almıştır. TCK'de ayrıca "topluma karşı suçlar" kategorisine yer verilmiş, toplumsal-kamusal değerler bu başlık altında cezai himayenin konusu yapılmıştır. Din, bireysel-toplumsal bir kurumdur. Bunun aksi iddia edilmemiştir. Böyle olunca, din hürriyetine karşı suçların, buharlaştırılmaması, tıpkı, genel ahlaka karşı suçlar, aileye karşı suçlar, vs. benzeri olarak, topluma karşı suçlar arasında yer alması gerekmektedir. Kanun koyucunun, özensizlik göstererek, künhüne varmadan Yeni Fransız Ceza Kanunu'na öykünmesi yanlış olmuştur. Gerçekten, kişiyeye, ayırimsız her kişinin sahip olduğu "şeref" hukuki değeri dışında, ayrıca her kişide ortak olmayan "din" hukuki değerini bahsetmek, kanuna sözel olarak bakıldığında, Türk hukuk düzeninin temelini oluşturan laiklik ilkesinin maalesef etrafının dolanılmak istendiği izlenimini uyandırmaktadır.

¹⁵ İspanyol Ceza Kanunu da bu konuda kanunumuzla bir benzerlik arz etmemektedir. İspanyol Ceza Kanunu üç kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitap, Genel hükümler; İkinci kitap, Suçlar/cürümler (Delittos y sus penas), Üçüncü kitap, Kabahatler (Faltas y sus penas)den ibarettir. Kanunda suçlar, hukuki konularına göre tasnif edilmişlerdir. Şerefe karşı suçlar (Delittos contra el honor) XI. Babta, üç fasıl olarak düzenlenmiştir. Birinci fasılda, iftiraya (De la calumnia (Arts. 205 al 207); ikinci fasılda hakaret ve sövmeye (De la injuria (arts. 208 al 210) ve üçüncü fasılda ortak hükümlere (Disposiciones generales (arts. 211 al 216)) yer verilmiştir. Görebildiğimiz kadarı ile, İspanyol Ceza Kanunu, bu hükümler arasında din hürriyetini ihlal, dini inanca saldırı, ölünün hatrasına hakaret vs. adında bir suça yer vermemiştir

Suçun hukuki konusu üzerindeki tartışmalar bir yerde, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatlerin bir katalogunun bulunup bulunmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kanunların Anayasa'ya aykırı olamaması, tartışmayı ceza kanunu- Anayasa arasında bulunan zorunlu ilişki üzerine çekmektedir. Gerçekten de Anayasa tarafından düzenlenmesi, toplumsal-beşeri değer veya menfaatleri, hukuki değer veya menfaatler düzeyine yükselmektedir.¹⁶ O halde cezai himayenin konusu, bu değer veya menfaatlerdir.

Böyle olunca, ceza hukukunun özel hüküm düzenlemeleri, toplumsal-beşeri her değer veya menfaati değil, sadece Anayasa ile hukuki değer veya menfaat niteliği kazanmış olan toplumsal-beşeri değer veya menfaatleri ihlal eden fiilleri suç saymak ve cezalandırmak durumundadır. Bu, Anayasa'da açıkça yasaklanmış veya ifadesini bulmamış olan toplumsal- beşeri değerlerin, ismine ne denirse densin, örneğin manevî-millî değerler vs., cezaî himayenin konusunu oluşturmamaları demektir. Buradan, bir yandan belli suç grupları ve alt grupları, dolayısıyla cezai himayenin konusunu oluşturan değer veya menfaatlerin bir katalogunun bulunup bulunmadığı meselesi ortaya çıkarken, öte yandan ceza hukuku düzenlerinin ayırt edici niteliği olarak, teokratik, laik; imtiyazcı, sınıfçı ve demokratik ceza hukuku düzenleri meselesi ortaya çıkmaktadır.¹⁷

Üst yapısı olduğu toplumların evrimine bağlı olarak hukukun da bir evrim içinde olduğu doğruysa, kuşkusuz suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değer veya menfaatlerin mutlak, değişmez bir katalogunun olduğunu söylemek mümkün değildir. Madem toplumsal ihtiyaçlar yer ve zamanla bağıntılı olarak değişmektedir, toplumun üstyapısı olan hukukun değişebilirliği, yani eskinin yerini yeninin alması asıldır. Ancak nitelikleri aynı olan ceza hukuku düzenlerinde, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatlerin, hem nitelik hem de nicelik yönünden bazı farkları olmakla birlikte, büyük oranda benzeşme içinde oldukları gözlenmektedir.

(Bilgiler, http://noticias.juridicas.com_datos/ Penal/1010-1995.12tl.html adresli web sitesinden derlenmiştir). Bu demektir ki, diğer kanunlarda olduğu gibi, İspanyol Ceza Kanunu'nda da "din", "dini inanç", "şeref" gibi değerler, kişilerin ortak bir niteliği değildir. Sonuç olarak, şerefe karşı suçlar gibi kişilerin ortak değerini koruyan suçlar arasında din hürriyetine ilişkin suçların konması yanlış olmuştur. Kiminin temelsiz olarak iddia ettiği tersine, kanunun düzenlemesi, birçok kez belirtildiği üzere laiklik ilkesine aykırıdır, çünkü "din", "dini inanç", hukuk düzenimiz bakımından kişilerin ortak bir niteliği değildir.

¹⁶ Antolisei, Manuale, PG, s. 142; Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s. 5 vd., 8 vd.

¹⁷ Mantovani, *Diritto penale*, PG, Padova 1979, s. 15-23.

3. 1982 Anayasası ve Özel Ceza Hukuku Hükümleri

Bir toplumun özellikle devletin hukuku, ifadesini ister kanunda, ister toplumun yaşama biçiminde bulsun hukuk, daima o toplumun bütününe iradesini ifade etmektedir.¹⁸ Hukuk ait olduğu toplumun değerler sistemidir. Bu değerler sistemi, belli bir toplumsal gerçekliğin değerlendirilmesinin sonucu olarak ortaya çıktığından,¹⁹ o toplumsal gerçekliğin bir kalıbı, açıkçası o toplumun herkesçe uyulması zorunlu üst yapısıdır.²⁰ Bu nedenle Türk ceza hukukunda cezaî himayenin konusu, yani suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değer veya menfaatler, Anayasa'nın, düzenleyerek hukukilik kazandırdığı, değer veya menfaatlerdir. Anayasa, 1, 2, 3, 4, 14, 24/3. maddelerinde en başta, hukukta bir kişi olarak devletin kendinin değil, devlete ait değer veya menfaatlerin hukuk vasıtası ile himayesini emretmiştir.

Anayasa, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep vs. farkı gözetmeksizin (m. 10), insanı kişi olarak göz önüne almış ve kişi hayatını, sağlığını, beden bütünlüğünü, şeref ve haysiyetini (m. 17) himayenin konusu yapmıştır.

Anayasa, 12, 18, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 42, 48, 49, 67, 74, vs. maddeleri hükmünde kişiye ait kılınan hakların ve hürriyetlerin dokunulmaz olmasını istemiştir.

Anayasa, 41, 58, 59, vs. maddeleri hükmünde genel ahlakın ve aile düzeninin hukuki himayesini emretmiştir.

Anayasa, geniş anlamda yürütme ile ilgili hükümlerinde (ör., 5, 6, 8, 10, 11), kamu idaresinin, kamusal gerekler gözetilerek işletilmesinin sağlanmasını, kamu idaresinin muhtemel saldırılardan korunmasını emretmiştir.

Temelleri itibarı ile hukuk devleti²¹ ve hukukun üstünlüğü²² (m. 2, 81/2, 103/2) esasına dayanan Anayasa'da, yargı başlı başına hukuki bir değer olarak ortaya çıkmaktadır.

¹⁸ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 5.

¹⁹ Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 1948, s. 11; Kelsen, *Lineamenti, Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Trad. di R. Travers, Torino 1967, s. 175, 209; İD. *Teoria gennerale delle norme*, Trad. di M. Torre, Torino 1985, s. 100 vd.; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 11.

²⁰ Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova 1967, s. 14; Grispigni, *Diritto penale italiano*, I, Milano 1952, s. 10 vd., Rocco, *Il problema e il metodo del diritto penale*, Riv. di Dir. e Proc. Pen., 1910, VI, P. I, s.578; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.12.

²¹ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 157, dn., 13; Hukuk Devleti ve Türk Ceza Hukuku, ABD, Hukuk Devleti 1, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2004, 06 / 10 Ocak 2004.

²² Hafizoğulları, Türk Hukuk Düzeninde "Hukukun Üstünlüğü Prensibi" Sorunu, Ankara Barosu Yayınları, ABD, S. 2002/1.

Anayasa, belli bir hüküm koymanın zorluğu karşısında, birçok hükmünde açık veya örtülü bir biçimde (ör., m. 20/2, 22/2, 26/2, 33/4, vs.) toplum hayatında, mutlak ortak değer olarak, kamu düzeninin (ordine pubblico) korunmasını zorunlu görmüştür.

Anayasa, 56, 58/2, 59/1, 20/2, 21, 22/2 vs. maddelerinde kamu sağlığını, kamu esenliğini, çevreyi (m. 43, 168, 169), tarihi-kültürel dokuyu (m. 63) korumaktadır.

Kamu hayatını vurgulayan özellik, onun ortak güvene dayanmasıdır. Güvene dayanmayan kamusal bir hayatın tasavvuru mümkün değildir. O itibarla Anayasa, açık ve örtülü olarak birçok hükmünde, kamu güvenini hukuki himayenin konusu yapmış bulunmaktadır.

Anayasada, aile (m. 41), genel ahlak (m. 20/2, 21, 22/2, 58/2) hukuki himayenin konusudur.

Ekonomik hayatın iyi işleminde kamunun, Anayasa'nın ifadesi ile Devletin çıkarı bulunmaktadır (m. 5). Bu bağlamda olmak üzere, Anayasa hem "*Sosyal Haklar ve Ödevler*", hem "*Mali ve Ekonomik Hükümler*" adı altında, tüm tezahürleri ile birlikte ekonomik hayatı, hukuki himayenin konusu yapmıştır.

Anayasa, 35. maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylece, mal veya mal varlıkları hukuki himayenin konusu yapılmış olmaktadır.

Ceza hukuku özel hükümlerin kapsamı ve sınırları, Anayasa'da ifadesini bulan bu hukuki değer veya menfaatlerdir. Kuşkusuz bu hukuki değerlerin veya menfaatlerin cezai himayenin konusu yapılması sadece ceza kanununun "*İkinci Kitap*"ında yer alan "*Özel Hükümler*" ile sınırlı değildir. Ülkede yürürlükte olan tüm ceza hukuku mevzuatı ceza hukukunun özel hükümlerini oluşturmaktadır. Bundan ötürü, ceza hukuku özel hükümler toplumsal-kamusal hayatın tüm tezahürlerinde vardır.

Ancak Anayasa'nın açıkça hukuki bir değer veya menfaat olarak nitelendirmediği bireysel veya toplumsal hiçbir değer veya menfaat, adı ne olursa olsun, ceza hukukunda cezai himayenin konusunu oluşturmaz. Kuşkusuz, aksini düşünmek, Anayasa'nın 38. ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinin göndermede bulunduğu AİHS'in 6. maddesi ve TCK'nın 2. maddesi hükmünün açık bir ihlaline vücut verir.

Öyleyse, kanun koyucu, kamusal ortak hayatın uyulması zorunlu ortak değeri olan Anayasa'da koyduğu usul ve esaslara uygun olarak

değişiklik yapmadığı sürece; toplumun bazı kesimlerinde veya kişiler arasında ne kadar muteber görülürse görünsün, toplumda cari olan her değeri veya menfaati ihlal eden beşeri davranışı suç saymak hakkına sahip değildir. Ceza normu konurken, ceza normunun anlamı ve kapsamı belirlenirken, “toplumun nabzının tutulması zorunluluğu”,²³ Devletin bu tür bir cezalandırma hakkının olduğu, ceza normunun yorumunda hâkimin bu tür değerleri hakim kılması gerektiği anlamına gelmez. Kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılması, iptal edilebilirlik veya yokluk anlamında, yasama veya yargı hukuki işleminin hükümsüz olması sonucunu doğurur.

4. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hükümler

Yürürlükten kalkmış bulunan TCK’nın kaynağı Aydınlanma dönemi ceza kanunlarından etkilenmiştir. Kanun, 1924 Anayasası’nın yer verdiği hukuki değerleri veya menfaatleri sağlar niteliktedir. Gerçek 1924 Anayasası’na, gerekse TCK’ye egemen olan düşünce Tabii hukuk düşüncesidir.²⁴ Bundan ötürü, suçların tasnifini belirleyen düşünce, suçun hukuki konusu düşüncesi olmuştur. Bu esas göz önünde tutularak, suçlar, kanunda on kategori olarak tasnif edilmiştir.²⁵ Daha sonra, 1930 İtalyan Ceza Kanunu’nun etkisi altında kalınmış ve kanunda köklü değişiklikler yapılmış, ancak kanunun ana yapısı korunmuştur. Gerçekten, 1930 tarihli Rocco Kanunu’nun,²⁶ “fert devlet içindir” düşüncesinin sonucu olarak “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler”

²³ Antolisei, Manuale, PG, s. 26, 28.

²⁴ Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, s. 10 vd.

²⁵ I. Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler, II. Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler, III. Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler, IV. Adliye Aleyhinde Cürümler, V. Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler, VI. Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler, VII. Ammenin Selameti Aleyhinde Cürümler, VIII. Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler, IX. Şahıslara Karşı Cürümler, X. Mala Karşı Cürümler. XI. Babı oluşturan “Bilişim Alanında Suçlar”, suçun hukuki konusu göz ardı edilerek bağımsız bir suç kategorisi olarak kanuna sonradan eklenmiştir. Kanunda, kabahat suçları, cürüm suçlarına paralel olarak ayrıca tasnif edilmiştir.

²⁶ Kanun suçun hukuki konusunu esas almak üzere suçları on üç kategori olarak tasnif etmiştir: I. Devletin Kişiliğine Karşı Suçlar, II. Kamu İdaresine Karşı Suçlar, III. Yargının Yönetimine Karşı Suçlar, IV. Din Duygusuna ve Ölülere Duyulan Merhamet Duygusuna Karşı Suçlar, V. Kamunun Düzenine Karşı Suçlar, VI. Kamunun Güvenliğine Karşı Suçlar, VII. Kamunun Güvenine Karşı Suçlar, VIII. Kamu Ekonomisine, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar, IX. Kamu Ahlakına ve Edebe karşı suçlar, X. İrkin Sağlığına ve Bütünlüğüne Karşı Suçlar (1978/194 sayılı kanunla kaldırılmıştır), XI. Aileye Karşı Suçlar, XII. Şahsa Karşı Suçlar, XIII. Mala Karşı Suçlar (Fiandaca/Mosca, a. g. e., Introduzione, XVII).

kategorisine yer vermezken, 765 sayılı TCK, 1924 Anayasası'na hakim olan “*devlet fert içindir*” düşüncesine sadık kalarak bu kategori suçları ortadan kaldırmayıp aynen korumuştur.²⁷

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında giderek karmaşıklaşan toplumsal düzenler, yeni icatlar ve keşifler, insan haklarının üstün bir değer olarak yeniden ortaya çıkması, toplumsal, ekonomik, hukuki düşüncelerde meydana gelen değişiklikler, topluma musallat olan terör belası, yeni anayasalar ve anayasa değişiklikleri, 765 sayılı TCK'de köklü değişiklikler yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Kanun yürürlükten kaldırılincaya kadar birçok değişikliğe uğramış, yapılan değişiklikler kanunun bütünlüğünü bozmuştur. Bunun açık kanıtı, hangi hukuki değeri veya menfaati ihlal ettiği tartışılmadan kanuna, “*bilişim alanında suçlar*” adı altında yeni bir suç kategorisinin eklenmesidir.

Kaldırılması veya değiştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmış olmasına karşın, 765 sayılı TCK'nın, doktrindeki eleştiriler dikkate alındığında, suçun hukuki konusunu esas alarak suçları tasnif etmesi ve kendine özgü sistematığı yönünden, liberal-demokratik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde hala bir baş eser olma niteliğini koruduğu gözlenmektedir.

5. Suçları Tasnif Zorunluluğu-5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Suçların Tasnifine Bakışı

5.1. Kanuna Hakim Olan Düşünce

5237 sayılı TCK, humanizma, Rönesans, Reform ve Aydınlanma düşüncesinden süzülerek gelen Türk Hukuk Devrimi'nin baş eseri olan 765 sayılı TCK'nın, ne hukuki değer veya menfaatler bakımından zararlı veya tehlikeli görülen beşeri davranışları suç olarak “*normlaştırma*” usul ve esaslarına, ne suçların tasnifinde esas alınan suçun hukuki konusu düşüncesine, ne de bu dönemde büyük emeklerle oluşmuş olan doktrin ve içtihadı itibar etmiştir.

Gerçekten, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu'na bakıldığında²⁸ tarihi kanun koyucunun, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak suçun hukuki konusu ile pek barışık olmadığı, özellikle suçların tasnifinde 765 sayılı TCK'nın omurgasını oluşturan suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaati

²⁷ Ayrıntılar için bkz., Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, s. 14 vd., 20 vd.

²⁸ *Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu*, Esas No. 1/593, Karar No. 1/60, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, TC Adalet Bakanlığı, Ankara, Şubat-2005.

gözetmemekte kararlılık gösterdiği gözlenmektedir. Birçok yerinde “*bireyin korunmasından*” söz eden rapor, her nedense, büyük acılar karşılığında insanoğlunun bireyin korunması için icat ettiği, Aydınlanmadan bu yana ceza hukuku doktrininde hep tartışılan suçun hukuki konusu düşüncesini maalesef görmezlikten gelmiştir. Raporunda, 765 sayılı TCK’ye duyulan temelsiz öfke bunun açık kanıtıdır. Tarihi kanun koyucu, bu köktenci davranışın tutarlı bir gerekçesini ortaya koymamıştır. Bunun kanıtı, arka arkaya birçok kez kanunun değiştirilmesine rağmen, hâlâ, örneğin 219. maddenin 4. fıkrasında, “... başka bir cürüm işlerse...” ibaresine yer verilerek fiilsiz suç yaratılmış olması ve yine kanununun 267. maddenin 1. fıkrasında yer alan “... ya da basın ve yayın yoluyla...” ibaresinin inatla korunması; suç genel teorisi yönünden kanunda zaruret halinin konumu üzerinde tartışmalar sürerken²⁹, CMK’nın 223. maddesinin 25.5.2005-5353/30 değişik 3/b fıkrası hükmü ile “*kanaat*”in hüküm haline getirilmesidir.

5.2. Kanunda Suçların Genel Tasnifi

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’den farklı olarak suçları “*İkinci Kitap Özel Hükümler*” başlığı altında, önce dört “*kısım*” olarak tasnif etmiştir. Birinci Kısımda “*Uluslararası Suçlar*”a, İkinci Kısımda “*Kişilere Karşı Suçlara*”, Üçüncü Kısımda “*Topluma Karşı Suçlar*”a ve Dördüncü Kısımda “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*”a ve “*Son Hükümlere*” yer vermiştir. Kuşkusuz suçların önce genel bir tasnifi yapıldıktan sonra her bir genel tasnif içinde alt tasniflere yer verilebilir. Ancak bunun yapılabilmesi için, suçların ilk başta yapılan genel tasnifinin kendi içinde tutarlı olması gerekir. Biz kanunun yaptığı suçların bu dörtlü genel tasnifinin, yerinde olmadığını düşünüyoruz.

Gerçekten, bazı suçların evrensel olarak kovuşturulabilir olması (CK m. 13/1,a), Uluslararası Ceza Divanı’na taraf olmanın getirdiği yükümlülükler (Ay m. 38/ 11), eğer suçları tasnifte kriter, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat ise, bazı suçların “*uluslararası suçlar*” olarak tasnifi mümkün olmaz. Çünkü bu adla kategorize edilen suçlara baktığımızda, bu suçların ihlal ettiği hukuki değer veya menfaatin, uluslararası toplumun bir değeri veya menfaati olmayıp, çok veya gayri muayyen sayıda kişilerin, salt kişiye ait de-

²⁹ 5237 sayılı TCK 26.9.2004 tarihinde kabul edilmiş, 12.10.2004 tarihinde ilan edilmiştir. Kanununun yürürlük maddesi olan 334/1, c hükmü, 31.3.2005 tarihli 5328 sayılı kanunun geçici 1. maddesiyle değiştirilerek yürürlük tarihi 11 Haziran 2005 olarak belirlenmiştir.

ğeri veya menfaatleri olduğu görülmektedir. Gerçekten bu suçların, “kişilere karşı suçlar” bakımından tek farkı, bunları oluşturan fiillerin belli bir saik ile belli gruplara veya topluluklara karşı işlenmiş olmalarıdır. O nedenle, “Uluslararası Suçlar” başlığı altında yer alan suçların “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında, ayrı bir suç kategorisi olarak yer almasının daha uygun olduğu düşünülmelidir. Böyle olunca, uluslararası sözleşmelerin gereği olarak iç hukukta yapılan düzenlemeler, başta kanunun sistematik yorumu bakımından, doğru hukuki zemine oturtulmuş olur.

Bütün suçların topluma, daha özel olarak toplumun kendine özgü siyasal bir tezahürü olan Devlete karşı işlenmiş olması, “ben yaptım oldu” iddiasında değilsek, “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında bir suç kategorisine vücut vermez. Toplum, içinde hukuk, din, ahlak, gelenek ve görenek vs. gibi birbirinden çok farklı normatif düzenleri barındıran karmaşık bir normlar sistemidir. Toplumda herkes için ortak, uyulması zorunlu düzen, kamu düzenidir. Bundan ötürü, Kanunun Üçüncü Kısmının başlığı, “Topluma Karşı Suçlar” değil, “Kamu Düzenine Karşı Suçlar” olmalıdır. Burada yer alan suçlara bakıldığında bu suçların, içinde birçok normatif düzeni barındıran toplum ile ilgili olmadığı, kamunun esenliği, kamu sağlığı, kamu güveni, çevre, kamu barışı, genel ahlak vs. gibi, alt suç kategorileri şeklinde belirlenmiş olan kamu düzeni ile ilgili suçlar olduğu görülmektedir. Kanun koyucular, toplum ile kamu arasındaki farkı bilmek durumundadırlar.

Kanunun Dördüncü Bölümünün başlığının da kuramsal olarak yerinde olmadığı görülmektedir. Kanun yapma tekniğinde, özellikle kanun “code” niteliğinde bir kanunsa, “Son Hükümler”e genelde ayrı bir başlık altında yer verilmektedir. Bunun kanıtı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’dur.

Öte yandan “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlığının da doğru olmadığını düşünüyoruz. Millet, devlet denen egemen, ulusal ve uluslar arası hukukta hak ve fiil ehliyeti tam olan, kamu tüzel kişisinin bir unsurunu, yani insan unsurunu ifade etmektedir.³⁰ Devleti oluşturan bu unsura, yani insan unsuruna saldırı, bizzat devletin hukukça korunan değerlerine veya menfaatlerine saldırıdır. Böyle olunca, anlamına yeterince nüfuz edilmemiş olan Fransız Ceza Kanunu’na öykünerek devletin hukuken korunan değerlerine ve menfaatlerine, dolayısıyla devlete karşı saldırıların tümünü ifade etmek için böyle bir başlık kul-

³⁰ Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* Çev., Prof. Dr. Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2002, s. 28 vd., 48 vd.

lanmanın doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu herhalde, “millet-devlet” ayırımı yapan siyasi düşüncelerin “*derin anlamının*” ceza hukukuna bir yansıtılmasıdır. Devletin “millet” olarak nitelendirilen insan unsurunun varlığını, esenliğini, bütünlüğünü, vs ihlal ettiği düşünülen davranışlara karşı korunması zorunluluğu böyle bir ayırımı haklı kılmaz. Üstelik kanunun, 301. maddede öngördüğü “*Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını aşışılama*” suçu, bu tür bir ayırımı da gerektirmemektedir. 765 sayılı TCK’de bu tür bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten, tarihi kanun koyucu “*Millete... Karşı Suçlar*” ifadesini niçin kullanmıştır, belli değildir; gerekçesi yoktur. Öte yandan, “*Devlete Karşı Suçlar*” başlığı altında toplanan suçlara bakıldığında, Devletin erkleri ile işlevlerinin karıştırıldığı gözlenmektedir. Çünkü kamu idaresine karşı işlenen suçlarla egemen bir kamu tüzel kişisi olarak Devlete karşı işlenen suçlar arasında yapısal hiçbir benzerlik bulunmadığından, bunların aynı çatı altında toplanmasının, kanunun yorumu bakımından sağladığı bir yarar bulunmamaktadır. Tersine bu durum, kanunun yorumunu ciddi bir biçimde zorlaştırmaktadır. Gerçekten kanunun anlamını bulmada sistematik yorumdan vazgeçilmez ise, benzemeyenleri benzer sayarak aynı çatı altında toplamak, bu tür bir yoruma imkân vermez.

5.3. Alt Suç Kategorileri

5237 sayılı TCK suçların tasnifinde, Anayasa ve AİHS ile belirlenmiş hukuki değer veya menfaat silsilesine uymamış, hatta bazılarını yok saymıştır. Gerçekten, siyasi hürriyetler, din ve vidan hürriyeti niteliği bakımından, mutlak insan haklarından olmasına rağmen Kanun, bu değerleri ihlal eden suçları, inandırıcı bir neden göstermeden, ya başka suçlar arasına serpiştirmiş, ya da başka bir suçun ağırlatıcı nedeni sayarak deyim yerindeyse buharlaştırmıştır.

Bu bağlamda olmak üzere, kanun, örneğin, din ve vicdan hürriyetini, kişinin sıkı sıkıya şahsına bağlı, herkes için ortak olan “*şeref*” hukuki değeri gibi, kişilerin bir niteliği ve ortak değeri saymış, din ve vicdan hürriyetini ihlal eden fiillerin bir kısmını, bağımsız suç veya ağırlatıcı neden olarak “*Şerefe Karşı Suçlar*” içinde düzenlemiştir. Bu düzenleme, Anayasa’nın 2 ve 10. madde hükümlerine açık aykırılık oluşturmaktadır. Kişiler arasında, tek ortak olan değer “*şeref*” değeridir. Din ve inanç çeşitlilik arz ettiğinden, herkes bakımından ortak bir değer değildir. Şerefe karşı suçlarda suçla ihlal edilen ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat kişinin şerefidir. Böyle olunca, şerefe karşı

suçlar içinde, kişiyi korumak görüntüsü altında, dini ve inancı koruma ne bir keşif ne de bir icattır; sadece, eşitlik ilkesinin etrafını dolanarak kişiye, herkes için ortak hukuki değer olan “şeref” kalıbı içinde inanca dayalı bir kimlik sağlamaktır.³¹ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir başka kanunu, özünü kavrayarak “*iktibas etmek*” yerine, taklide kalkışmak, bu tür yanlışlıkların yapılmasına neden olmuştur.

Kanun, bir kısım suçların ihlal ettikleri hukuki değer veya menfaati, buna bağlı olarak, onların tasnif edilebilecekleri yeri belirlemede başarılı olamamıştır. Bunun örnekleri, “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*”, ve “*Bilişim Suçları*”dır. Kanun, bilişim suçlarını Üçüncü Kitabında, “*Toplum Karşı Suçlar*” arasında, on dördüncü bölümde “*Bilişim Alanında Suçlar*” adı altında bağımsız bir suç kategorisi olarak düzenlemiştir. Bu suçlar, toplumun, belirli hangi değer veya menfaatini ihlal etmektedirler, bunu anlamak mümkün değildir. Suçların topluma yahut cezalandırma hakkının hamili Devlete karşı işlenmesi başka şeydir, suçların belirli bir değer veya menfaati ihlal etmesi başka şeydir. Eğer diyorsak ki; bu suçlar toplumsal hayatta olması gereken güveni zedelemektedir, o zaman, bunların, bağımsız bir suç kategorisi olarak değil, topluma karşı suçlar arasında yer alan kamunun güvenine karşı suçların bir alt kategorisini oluşturmaları gerekirdi. Bu suçlar incelendiğinde, bunların hiç birinin doktrinde “*delitti vaghi*”³² denen “*mağduru gayri muayyen suçlar*” olmadıkları görülür. Bunların mağdurları belli kişilerdir. Böyle olunca, “*Bilişim Alanında Suçlar*” “*Toplum Karşı Suçlar*” başlığı altında keyfi biçimde tasnif etmek yerine, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan, kime ait olduğu belli olan hukuki değerleri göz önünde tutularak tasnif edilmelidir. Esasen daha önce düzenleme konusu yapılan bu suçların, 765 sayılı TCK’ye “*yamanma*” biçimi de yanlıştır.³³ Maalesef, düzeltme yapılması bile düşünülmeden, yanlışlık, bu kez başka bir biçimde, 5237 sayılı TCK’de devam etmiştir.

“*Aile Düzenine Karşı Suçlar*” a gelince, aile Anayasada Türk toplumunun temeli de sayılsa, bu suçların mağduru, yani suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değer veya menfaatin hamili bizzat, tek tek veya toplu olarak, aileyi oluşturan kişilerdir. AİHS, kişilerin aile kurma hak-

³¹ Aksi düşünce, Tezcan/Erdem/Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 342, 355.

³² Antolisei, Manuale, PG, s. 187.

³³ Gerçekten, “sanal alemin” cezai himayesi, ilk kez, 1999 tarih ve 3756 sayılı kanunla, 765 sayılı kanunun, İkinci Kitabına, Onbirinci Bab olarak dört maddeden oluşan “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı bölümün eklenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, bkz., dn. 28.

kına yer vermiştir. Kanunun, mal varlığına karşı işlenen suçları, kişinin bir niteliği sayarak “*Kişilere Karşı Suçlar*” arasında düzenlerken, kişi ile ilişkisi maldan daha çok olan aileyi kişinin bir niteliği saymaması, dolayısıyla “*Aileye Karşı Suçlar*”a “*Topluma Karşı Suçlar*” arasında yer vermesi bir tercih değil, mantıksal bir çelişkidir. Kanunun 230. maddesinin gerekçesinde, “*Bu fiilin suç olarak tanımlanmasıyla, aile düzeninin korunması amaçlanmıştır.*” denmesine rağmen, madde hükmünden, bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Her suç, madem bir ihlal fiilidir, zorunlu olarak suçtan zarar gören bir mağduru gerektirmektedir. Bu suç söz konusu olduğunda, suçtan doğrudan zarar gören, yani suçun mağduru, ne ailedir ne de ailenin bir ferdidir, bizzat evlenme işlemi yapan kamu idaresidir.³⁴ Burada, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer, evlendirme işlemi yapan kamu idaresinin aldatılması, dolayısıyla çok eşle evlilik yapılmasının önlenmesi konusundaki kamusal yarardır, çünkü Türk hukuk düzeninde tek eşle, hukukun öngördüğü biçimde evlenme, kamu düzenine ilişkindir. Gerçekten Anayasa tek eşle evliliği ve “*medeni nikâh*” kamu düzenine ilişkin saymıştır. Kamu idaresinin aldatılmaması kamu düzenini bozar. Kamu düzeninin korunmasında, kamunun çıkarı bulunmaktadır.

Elbette bu konudaki örnekler çoğaltılabilir. Ancak bu kadarı bile, kanunun suçların tasnifinde özensiz olduğunu, belirli bir esasa dayanma ihtiyacı duymadığını göstermektedir. Kuşkusuz, ceza hukukunda yoruma ihtiyaç olduğundan suçların tasnifinde, yoruma zarar veren her davranış, eleştiri konusu yapılmak zorundadır.

5.4. Kanunun Dili

Kanunilik ilkesinin gereği olarak, suçun ve cezanın tanımını yapan ifadelerin, yani şartlı önermelerin yanlışsız, yalın, anlaşılır olması esastır. Bunun nedeni, kanunu bilmemenin kural olarak mazeret sayılmaması, kanunların uygulanmasının ancak yorumla mümkün olmasıdır. İnsanoğlu yoruma ihtiyaç göstermeyen bir kanun icat edebilmiş değildir. Bu yüzden, özellikle Kara Avrupası ülkelerinin ceza kanunları, dilleri bakımından, yalın, yanlışsız, anlaşılır olmaları yanında o ülkelerin edebî yapıtları düzeyindedirler.

Dil Devrimi’nden önce yürürlüğe konmuş olan 765 sayılı TCK’nın dilinin eski olduğu, resepsiyonun getirdiği bazı özürleri taşıdığı, yeni kuşakların eski dili anlamakta zorluk çektiği, dolayısıyla yeni bir ceza

³⁴ Farklı düşünce, Toroslu, *Cürümlerin*, s. 340.

kanunu yapılmasının zorunlu olduğu düşüncesi doğrudur. Bu nedenle hepimizin ortak beklentisi, dil bakımından mükemmel bir ceza kanununa kavuşmaktır.

5237 sayılı TCK, beklentiyi karşılamamıştır. Kanun, pek çok dil yanlışları ile doludur.³⁵ Dil yapısı bakımından kanun, Türk Dilinin bugün gelmiş olduğu düzeyi yansıtmamaktadır. Kanunda “*sokakta kullanılan Türkçe*” kullanılmıştır.

5.5. Suç Tanımları

Kanun, suçların bilinen tanımlarının hemen tümünü hiçbir gerekçe göstermeden değiştirmiştir. Burada, konunun önemine dikkat çekmek bakımından birkaç örnek vermekle yetinelim.

Adam³⁶ öldürme suçunun tanımı, 765 sayılı kanunda “*Her kim bir kimseyi kasten öldürürse...*” biçiminde ifade edilmişti. Kanun, bu suçu, “*Bir insanı kasten öldüren kişi...*” biçiminde tanımlamıştır. Teknik olarak bakıldığında, insan/adam öldürme suçunun birinci tanımı ikinci tanımdan daha yerindedir ve çok daha doğrudur. Kanunun gerekçesinde, “*Bu düzenlemeyle, kişinin hayat hakkına verilen önem vurgulanmıştır.*” denmektedir. Gerçekten, adam öldürme suçunun yapılan yeni tanımında eskisinden farklı olarak yapılan hangi değişiklik kişinin hayat hakkını vurgulamıştır, bunu anlamak mümkün değildir. Kim ve kimse, “*kişi*” anlamındadır.³⁷ Böyle olunca, kim ve kimse yerine insan ve kişi koyunca acaba değişen nedir, bu anlaşılamamaktadır.

Hırsızlık suçunun tanımı değiştirilmiştir. 765 sayılı kanundan farklı olarak, 5237 sayılı kanunun “*mağdurun rızasını*” genel bir hukuka uygunluk nedeni yaptığından, hırsızlık suçunun bu yeni duruma göre tanımının değiştirilmesi elbette zorunludur. Ancak, 5237 sayılı kanunda yapılan hırsızlık tanımı doğru değildir. Gerçekten bu suçta, malik ile zilyedin iradesi çatıştığında, iradelere, malikin iradesine

³⁵ Ekici, TCK'nın Dili, *Güncel Hukuk*, Mayıs 2005, Sayı 17, *Aylık Hukuk Dergisi*, Hürriyet Medya, Güneşli/İstanbul, s. 26, Sami Selçuk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Hukuk Merceği, Konferanslar ve Paneller, Ankara Barosu, Ankara 206, s. 269 vd.

³⁶ Türkçe Sözlükte “adam”, ilk olarak, “insan” anlamındadır (*Türkçe Sözlük*, 1, TDK, s. 21). Üstelik dilimizde yaygın olarak kullanılmaktadır. “Adam öldürme suçu” yıllardır alışlagelen bir terim olarak kullanılmaktadır. Bunun, “Hayata Karşı Suçlar” başlığı altında “öldürme” suçu yapılması bizce fantezi olmaktan öte, normun yorumuna katkısı da olmayan bir değişikliklerdir.

³⁷ *Türkçe Sözlük*, 2, TDK, s. 1324.

mi, yoksa zilyedin iradesine mi üstünlük tanınacaktır, bu belli değildir.³⁸ Rızanın genel bir hukuka uygunluk nedeni olması karşısında, hırsızlığın doğru tanımı, İCK'de yapılmıştır. Kanun, başkasının taşınır bir şeyini zilyedinden almaktan söz etmekte, ama zilyedin rızasından söz etmemekte, dolayısıyla kaynak kanun "*Zanardelli Kanunu*"ndan farkını ortaya koymaktadır.³⁹ Böyle olunca, mağdurun rızasının genel hukuka uygunluk nedeni yapılması karşısında, hırsızlık suçunda, malikin iradesi ile zilyedin iradesinin çatışmasını önlemenin tek yolu, herhalde İCK'de olana benzer bir biçimde, malikin iradesini zilyedin iradesine üstün kılmaktır. Burada yağma suçuna gelince, bu suçun tanımı çok daha ilginçtir. İCK'de, hırsızlık ve yağmanın tanımı benzerlik göstermektedir. Her iki suçun tanımında ortak unsur, "*kendisine veya başkasına (haksız bir) yarar sağlamak için başkasının taşınır malını zilyedinden almak*" olmuştur.⁴⁰ 5237 sayılı kanunun yağma suçunu tanımlayan 148/1. madde hükmüne baktığımızda, bu hükümle, hırsızlığı tanımlayan 141/1. madde hükmü arasında hiçbir benzerliğin veya ortak yanın

³⁸ 2005-2006 Ders Yılında Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yılsonu sınavında öğrencilere sorulan sorular ilgi çekicidir.

a. Türkmenistan'da çalışan A, kesin dönüş yaparak yurda döner. Eşyalarıyla birlikte getirdiği pahalı bir Türkmen halısını hayrına köyünün camisine sermek düşüncesindedir. Gerçekten imamla konuşur ve halıyı camiye serer. Herkes A'yı bu hayırsever davranışından ötürü takdir eder.

Bir gün halının camide olmadığını görürler. Sonunda, imam B'in kullanmak amacı ile halıyı evine götürdüğü anlaşılır.

b. Altan Ankara'da oturmaktadır. Antalya'ya yıllık iznini kullanmak üzere tatile giderken otomobilini para karşılığında Bahri'nin işletmekte olduğu otoparka bırakır. Otomobilinin bir anahtarını Bahri'ye teslim eder. Tatilinin onuncu gününde Altan, Ankara'ya dönmekte olan arkadaşı Cemil'i görür. Cemil, otomobilini sattığını, yakında yeni bir otomobil alacağını, ancak otomobilsiz kalmanın kendisine çok sıkıntı verdiğini anlatır. Bu konuşma üzerine Altan, yanında taşıdığı otomobilin ikinci anahtarını Cemil'e verir ve otomobilinin Bahri'nin otoparkında olduğunu, kendisinin Ankara'ya dönünceye kadar otomobili oradan alıp kullanabileceğini söyler. Cemil, Ankara'ya döndüğünün ikinci günü otomobilin bulunduğu açık otoparka gider ve kimseye sormadan Altan'ın otomobilini alıp kullanmaya başlar. İki gün sonra Bahri, otomobilin otoparkta olmadığını görür ve otomobilin çalındığından bahisle kolluğa suç ihbarında bulunur.

³⁹ İCK, 624 Furto-Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui, a chi la detiene, al fine di trarre profitto per se' e per altri, e' punito..." Her kim, başkasının taşınır bir şeyini, kendisinin veya başkasının yararlanması amacı ile zilyedinden ele geçirirse ... cezalandırılır".

⁴⁰ İCK, 628 Rapina-Chiunque, per procurare a se' o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impossessa della cosa mobile altrui, sottracendola a chi la detiene e' punito" Yağma-Her kim, şahsı üzerinde zor kullanarak veya tehdit ederek, başkasının taşınır bir malını, kendisine veya başkalarına haksız bir yarar sağlamak için, elinde bulunduran kimseden alıp sahiplenirse... cezalandırılır".

bulunmadığı görülür. Oysa yağma, bileşik suçtur (m. 42). Hırsızlıkla yağma arasındaki bağıntı, bir suçun diğer bir suçun unsuru olma bağıntısıdır. Öyleyse yağma suçunun tanımında en azından hırsızlık suçunun tanımından bir parça olması, açıkçası “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” unsuruna tanımında yer verilmiş olması gerekmektedir. Yağma suçunun tanımında hırsızlık suçunun tanımının izi yoktur. Bu durum, yağma suçunda, suçun genel kastla işlenen bir suç mu olduğu tartışmalarına neden olmaktadır.⁴¹

Kanun, rüşvet suçunun, bilinen klasik biçimine itibar etmemiş, 765 sayılı kanunu niçin göz ardı ettiğini açıklamadan, kendine göre yeni bir biçim rüşvet suçu yaratmıştır. Rüşvet suçunun doktrinde bilinen ve üzerinde tartışılan klasik yapısı karşısında, kanunun gerekçesinin hem çelişkili olduğunu, hem de doğru olmadığını düşünüyoruz. Rüşvet, çok failli, özünü tarafların akdi davranışın oluşturduğu, taraflarından biri kamu görevlisi, diğeri herkes olan kendine özgü bir suç türüdür.⁴² Suçla ihlal edilen, ceza ile korunun hukuki değer veya menfaat, kamu görevlisine duyulan güvendir. Rüşvet suçu, kamu görevlisinin, bir görevi yapmanın veya yapmamanın karşılığı olarak, belli bir çıkar üzerinde, bir kimse ile anlaşmaya varması üzerine işlenmiş olmaktadır. Bu durumda, kamu görevlisinin, görevini yapmamasının karşılığı olarak belli bir çıkar üzerinde bir kimse ile anlaşmaya varması ne kadar çok vahim ise, görevini yapmasının karşılığı olarak belli bir çıkar üzerinde bir kimse ile anlaşmaya varması da o kadar vahimdir. Görevi yapmak için bir çıkar sağlamakla, görevi yapmamak için bir çıkar sağlamak, kamunun kamu görevlisine duyduğu güvenin zedelenmesine eşdeğerdir. Kaldı ki rüşvet suçu, irtikâp suçundan farklı olarak tek failli bir suç değil çok failli bir suçtur. Tarihi kanun koyucu, rüşvetin belirtilen bu özelliklerine pek dikkat etmeden, çelişkili bir gerekçeye dayanarak, kamu görevlisinin görevini yapmak için bir kimse ile belli bir çıkar üzerinde anlaşmasını rüşvet saymamıştır.⁴³

⁴¹ Biz, İCK'nın 628/1. maddesi hükmüne bakarak, 765 sayılı kanunun yağma suçunu tanımlayın 495/1 (değişik 1953/6123, 1971/1490) madde hükmünün de yağma suçunu doğru tanımlamadığını düşünüyoruz.

⁴² Erem, *Türk Ceza Hukuku II, Hususi Hükümler*, Ankara 1965, s. 345. Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1984, s. 96.

⁴³ Gerekçede, “... çünkü bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en az zamanda yapılamayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin görülmesi amacıyla yönelik olarak menfaat sağlanması halinde, icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir” denmektedir. Gerekçe hukuk bilgisinden yoksunluğu ifade etmektedir. Kamu hukuku, kamuda, hukuka aykırı olarak işi savsaklanan kişilerin işlerinin, tam ve zamanında görülmesini temin için; onlara, vatandaş veya yabancı olmasına bakılmaksızın, şikayette veya

Kanunun, 92. maddesinde, organını veya dokusunu, içinde bulunduğu zor sosyal ve ekonomik koşullar yüzünden satan kişinin zorun-

ihbarda bulunma veyahut dilekçe hakkını kullanma kamusal haklarını tanımıştır. Elbette, hukuk, kimseden kahramanlık beklemez. Bununla birlikte, hukuk, kişiden, pısrık, korkak, hileci veya çıkarıcı olmasını değil; sorumlu, cesur, hukukun uygulanmasında bir kişi olarak duyarlı olmasını bekler. Bugün, çoğulcu toplumlarda, basın, sivil kitle örgütleri, aynı zamanda bu tür haksızlıkların üzerine gidilmesi için vardır. Tüm bu imkânlar varken, hak arama yolları sonuna kadar açıkken, kamu görevlisi kişiye muhatap kişilerin, kendilerine tanınan bu hakları kullanmaktan kaçınarak, sinsi, hileli, çıkarıcı yollara sapsmaları, dolayısıyla, adeta bir sözleşmenin tarafı olarak, sözleşmenin diğer tarafı kamu görevlisine menfaat temin etmeleri, ne ahlaken, ne de hukuken kabul edilebilir bir davranıştır. Böyle olunca, "... işinin zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket eden" kişi, Kanun koyucunun iddia ettiği tersine, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya "icbar edilmiş" veya "kandırılmış" olmamaktadır. Kamu görevlisinin işini savsaklaması karşısında, muhatabı kişinin, kendisine hukukun sağladığı kamusal haklarını kullanmayarak, sinsicce görevliye çıkar sağlaması irtikâp suçunu değil, klasik biçimi ile rüşvet suçunu oluşturur.

Öte yandan, burada, gerekçe öyle olsa bile, sorunun çözümü bağlamında, Kanun koyucunun, rüşvetin bu türünü, rüşvet suçu olmaktan çıkardığını; ancak, fiili, "torba madde" olan kanunun 257/1. maddesinde öngörülen Görevi Kötüye Kullanma suçunun bünyesine dâhil ettiğini iddia etmek de pek kolay gözükmemektedir, çünkü söz konusu fiilin bu suçun bünyesine dâhil edildiğini düşünmek, kamu görevlisi kişi ile muhatap olduğu iş sahibi kişi arasında gerçekte var olan akdi ilişkiyi görmemek olur.

Gerçekten, kanun koyucu, gerçekte olan bir şeyi, ne yok sayabilir, ne de olanla bağdaşmayan bir nitelemede bulunabilir. Taraflar arasında, akdi bir ilişki bulunmaktadır. Akdi ilişki, çok failliliktir. Oysa 257/1. maddede öngörülen suç, tek failli bir suçtur. Gerekçede kişinin, kamu görevlisine çıkar sağlamaya mecbur edildiği iddiası, sadece tarihi kanun koyucunun kendi varsayımdır. Gerekçe hakimi bağlamaz. Kişinin hakkını arama imkânının olduğu yerde, zorunluluk hali (m. 25/2), cebir koşulları (m. 28) olmadıkça, onun çıkar sağlamaya mecbur edilebileceğini iddia etmek hukuki geçerlilikten yoksundur. Üstelik 257/1. maddede suçun unsuru olarak yer alan "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak", bizzat kamu görevlisinin yapmakla yükümlü olduğu görevle ilişkilidir. Böyle olunca, görevini savsamadan yapmak için muhatabı kişiden kamu görevlisinin anlaşmalı olarak kendisine bir çıkar sağlaması, ör. hak edişin vaktinde ödenmemesinden doğabilen parasal kayıpta olduğu gibi, idari işlemin kendisinden doğan bir zarar anlamında, "kişilerin mağduriyeti" kavramı içine giren parasal bir zarar mevcut bulunmamaktadır. Burada, kamunun parasal bir zararının olduğu da söylenemez.

Bu durumda, bilinen hangi yöntem kullanılırsa kullanılsa, ifadesini zorunlu olarak çok faillilikte bulması gereken akdi bir ilişki yorumla, tek failli bir suçun içine dahil edilemez. İster sözel, ister amaçsal, ister sistematik, isterse daraltıcı, genişletici veya ilerletici yoruma başvurulsun, rüşvetin bu türü, 257/.1. madde hükmüne dahil edilemez. Bu, yargının, kanun boşluğunu gidermesi olur; böyle bir erki yoktur, çünkü, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak ceza kanununda boşluk olmaz.

Korkumuz, tarihi kanun koyucunun, gerekçede irtikâp da dese, özelliğinin pek farkında olmadan, rüşvetin bu biçimini suç olmaktan çıkarmış olmasıdır. Yargıtay, sorunu çözmede zorlanacaktır.

luluk halinde olduğunu kabul etmiştir. Bu demektir ki, kişinin, organ veya dokusunu satması, Kanununun 91/1, 3. maddesi hükmünün ihlali olmaktadır. Organ veya doku ticareti suçları, “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” arasında yer almaktadır. Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, kişilere karşı suçların bir alt kategorisini oluşturmaktadır. Bu durumda, kanununun 91/1, 3. maddesi hükmünde öngördüğü kişinin kendi organının veya dokusunu satması suçunda suçun faili ile mağduru aynı kişi olmaktadır. Eğer yanılmıyorsak, Aydınlanma ikliminde oluşan modern ceza hukuklarında, suçun faili ile mağduru aynı kişi olamaz ve bu kuralın bir istisnası yoktur.⁴⁴ Kanun koyucu, yaptığı bu düzenlemeden ötürü, kim ne derse desin, modern ceza hukukunun, kendisinden vazgeçilmesi imkansız, temel bir kuralını ihlal etmiştir.

Bazı suçların tanımı, ör. cinsel saldırı (m. 102), çocukların cinsel istismarı suçlarının tanımı (m. 103), kanunilik ilkesi hiçe sayılırcasına, birçok bilinmeyeni içinde barındırmaktadır. Gerçekten, kişilerin cinsel özgürlüğünü ihlal eden fiiller en hafifinden en ağırına doğru bir geçitlilik arz ederken, her bir fiili diğerinden, failinin kastı ayırırken, bu özellik göz ardı edilmiş, dolayısıyla, 102. maddede öngörülen suçların teşebbüs derecesinde kalan biçimleri ile tamamlanmış biçimleri birbirine karışmış, takip usullerinde sıkıntılar yaratılmıştır. Çocukların cinsel istismarı suçuna gelince, bu suç res’en kovuşturulan bir suçtur. Böyle olunca, on beş yaşından küçük bir kız ve oğlan, bilerek ve isteyerek, kanunun ifadesi ile cinsel yönden birbirlerini istismar ettiklerinde; suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu, yoksa suçun çok failli bir suç mu olduğu ve kim hakkında, neye göre kovuşturma yapılacağı soruları ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak, eğer hükümde yer alan “*kişi*” ifadesi, ilkel toplum değerlerine göre yorumlanarak erkek çocuk (kişi) şeklinde anlaşılmadığı takdirde, bu soruların cevabını belirlemek çok zordur. Aynı tartışma 104. maddedeki suç için de geçerlidir. Gerçekten reşit olmayan iki kişi serbest iradeleri ile “*cinsel ilişkide*” bulduklarında, suçun faili kimdir, mağduru kimdir, kim kimden şikâyetçi olacaktır, belli değildir. Yoksa reşit olmayan çocuklar, serbest iradeleri ile cinsel ilişkide bulduklarında fiil suç olmuyor mu denektir yahut bu suçun oluşması için cinsel ilişkinin tarafı olan kişilerden birinin reşit mi olması gerekmektedir? Esasen bu halde de sorun bitmemektedir. Serbest iradeleri ile cinsel ilişkide bulunan kişilerden birinin reşit olduğu düşünülse bile, kendisi ile cinsel ilişkide bulunu-

⁴⁴ Antolisei, Manuale, PG, s. 187. Aynı kişi, eş zamanlı olarak hem suçun faili hem de mağduru olamaz.

lan “*çocuk*” erkeğe veya kız ise şikâyet sorunu nasıl çözülecektir ve kim şikâyette bulunacaktır, bunların hiçbiri bilinmemektedir.

Kanunilik ilkesi hiçe sayılarak suçların tanımında gösterilen kayıtsızlık bu belirtilenlerle sınırlı değildir. Kanunun özel hükümlerinde, suçların büyük bir kısmının tanımında, bu tür özürler bulunmaktadır.⁴⁵ Özürlerin farkında olan kimileri, çoğu kez, Alman Ceza Kanunu’nun Kanuna etkisinden söz ederek, orada olduğu gibi bizde de hâkimin filozof olması gerektiğini ileri sürmektedir. O ülkede, hâkimlerin bilgili oldukları doğrudur, ancak hâkimlerin filozof, filozofların hâkim olduğunu duymadık.

5237 sayılı TCK karşısında, hâkim filozof değil, ancak “*kadı*” olabilir. Öyleyse, tahribatın büyük olmasını önlemek, Anayasa’nın mutlak emrinin gereği olarak hâkimin hâkim olarak kalmasını sağlamak istiyorsak, özel hükümlerin yorumunda, kimliğini Türk Hukuk Devrimi’nden alan hâkimin, devrim içinde büyük emekler karşılığında oluşmuş olan içtihat ve doktrini göz ardı etmemesi gerekmektedir.

6. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerde Getirdiği Yenilikler

Kanunun getirdiği yenilik, yeni suçlara yer vermiş olmasıdır. Tanımlarında görülen sakatlıklar bir yana, bu suçlara yer verilmesi isabetli olmuştur. Böylece, hem özellikle insan hakları konusunda ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin gereği, hem de Anayasada yer alan yeni bazı hukuki değerlerin cezai himayesi sağlanmış olmaktadır.

Bu bağlamda ör. uluslararası sözleşmelerde yer alan, Nazileri yargılamak üzere İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Nürnberg kentinde kurulan Askeri Mahkeme’de “*insanlığa karşı suç*” olarak nitelendirilen “*soykırım*” ve “*kitlesel imha*” sonucunu doğuran suçlar, kanunda, 76. maddede “*Soykırım*”, 77. maddede “*İnsanlığa karşı suçlar*” olarak yer almıştır.

Kanun, 130. maddede “*Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına hakareti*” suç saymıştır. Bu maddede öngörülen suç, 765 sayılı kanunun, 178 ve 488. maddelerinin karşılığı değildir. Bu suçla, ölümler artık “*kişi*” olmak sıfatını kaybetmiş olan “*ölü*”, “*Kişilere Karşı Suçlar*” arasında cezai himayenin konusu yapılmıştır. Elbette, ölü de cezai himayenin konusu

⁴⁵ Karşı düşünce, Soyaslan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2005, s. 8.

yapılabilir, ancak ölü, artık kişi olmadığından, Kişiyeye Karşı Suçlar arasında cezaî himayenin konusu yapılamaz. Bunun doğru bir düzenleme olduğunu sanmıyoruz.

Kanun, özel hayatı korunmasına ilişkin olarak, 133, 134, 135 ve 138. maddelerinde bir kısım yeni suçlara yer vermiştir.

164, 166, 172, 173, 180, 181,182, 184, 193, 194, 202, 208, 224, 233, 238, 239. vs. suçları, 765 sayılı kanunda olmayan, 5237 sayılı kanunla getirilen suçlardır.

Kanun, 765 sayılı kanunun suç olarak birçok maddede tanımladığı fiilleri, çoğu kez tek bir maddede toplamayı tercih etmiştir. Gerçekten Kanun, ör. 765 sayılı kanunun 473 (474), 475 ve 476. maddelerinde öngördüğü suçları, 97. maddesinde, 179, 180, 181, 182 ve 429. maddelerinde öngördüğü suçları, 109. maddesinde, 552, 553 ve 554. maddelerinde öngördüğü kabahat suçlarını 176. maddede düzenlemiş bulunmaktadır. Kanun, çoğu kez, 765 sayılı kanunun bağımsız olarak suç saydığı bir fiili, diğer bir suçun ağırlatıcı nedeni yapma yolunu seçmiştir. Bu bağlamda, ör. 765 sayılı kanunun 266. maddesinde düzenlenen Memura hakaret suçu, kanunda, 125. maddede düzenlenen hakaret suçunun ağırlatıcı bir nedeni (125/3, a) yapılmış; sonuçta, Kamu idaresine karşı bir suç olan Memura hakaret suçu, ortadan kaldırılmıştır.

Kanun, hem yeni suçlar oluşturarak, hem de birden çok maddede ifadesini bulan birçok suçu tek bir maddede birleştirerek, yeni hukuki değerleri göz ardı etmeyen, demokratik bir ceza kanunu olduğu izlenimini uyandırmak istemiştir. Ancak bu, doğru değildir. Kanunda yer almamasına, 2005/5326 Sayılı Kabahatler Kanunu adında ayrı bir kanunla olarak düzenlenmiş olmalarına rağmen, Kabahatler, “suç” olmaktan çıkarılamamıştır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, tarihi kanun koyucunun düşüncesinin aksine, kabahatlerin, “suç” olduğuna karar vermiştir.⁴⁶ Kanunun, pek çok suçu, sıklıkla tanımını bozarak, tek bir maddede toplaması,⁴⁷ kanunun özel hükümlerinde ifadesini

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı 2005/108, Karar Sayısı 2006/35, Karar Günü 1.3.2006, *Resmî Gazete*, S. 26236.

⁴⁷ Kanun, ör. memura hakaret suçunu, hakaret suçunun ağırlatıcı nedeni sayarak (m.125/3,a), görünüşte suçun sayısını azaltmıştır. Aslında, suçun sayısı azalmamıştır, çünkü memura hakaret “suçu ağırlatırma” kalıbında res’en kovuşturulan bir suç haline getirilmiş olmakla (m. 131), zaten genel norm olan hakarettten ayırt edilmiş olmaktadır. Tarihi kanun koyucu, hukuki konunun farklılığının yarattığı normlar arasında genellik-özellik bağıntısının farkında olmak istemediğinden, genelde özeli ifade eden memura hakaret suçunu geneli ifade eden hakaret suçunun ağırlatıcı bir nedeni olarak düzenlemekle, özellikle ispat hakkı konusunda ciddi

bulan suçların sayısını azaltmamış, hatta artırmıştır. Böyle olunca, özel hükümlerde, madde sayısına bakarak kanunun, ilerici, demokratik bir kanun olduğunu söylemek herhalde yanıltıcı olmaktadır.⁴⁸

Kaldı ki, diğerlerinin ve yeni suçların konulduğu kanun maddelerine bakıldığında, suçların tanımlarının, kanunilik ilkesinin gereklerine uygun bir biçimde yapılmadığı, gözlenmektedir. Elbette, eskimenin önlenmesi için tanım esnek olmalı, kuralı olduğu toplumun dinamiklerine ayak uydurabilmelidir. Ancak, esneklik, hiçbir zaman, eksiklik, belirsizlik, ifadede yetersizlik demek değildir. Kendi koyduğu 2 ve 4. maddeleri hükmüne rağmen, kanun, suçları tanımda, her nedense belliliği değil, çoğu kez belirsizliği tercih etmiştir. Bu tutum, hâkimi kanunun yorumunda rahatlatığı izlenimi vermesine rağmen, keyfiliğe yol açabileceğinden, kişilerin hukuka olan güvenini zedeler niteliktedir.

7. Özel Hükümlerin Yorumu

Beşeri davranışın bir normu olarak kanun, ne bildirir, ne de belirtir, sadece yaptırır. Yaptırmak emretmektir. Emretmenin dilde ifadesi normatif önermelerdir. Bir normatif önerme olarak kanunun temel niteliği, ihlal edilebilir olmasıdır.⁴⁹ Bu, kanunun hem bilinmesini, hem de uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Hem bilmek, hem de uygulamak, kanunun yorumunu, yani normatif önermede ifadesini bulan iradenin bulunmasını ve ortaya çıkarılmasını, açıkçası keşfini zorunlu kılmaktadır.⁵⁰ Bugüne dek insan, yoruma ihtiyaç göstermeden bilinen, uygulanabilen bir kanun icat edebilmiş değildir. Hatta kamu idarelerinin kanuna uygun olarak işlevlerini yerine getirilebilmeleri için kanunun açıklanması zımında çıkarılan tüzük, yönetmelik ve genelgenin yorumlanmadan bilinmesi ve uygulanması mümkün olmamıştır.

Bir hukuk devleti düzeninde, hukukun üstün olduğu bir devlet düzeninde, kanunun anlamı, kapsamı ve sınırları konusunda son sözü

sıkıntılar yaratmıştır.

⁴⁸ Gerçekten, bir hukuk düzeninde, yasak alanla, yani suçların sayısı ile kişilere bırakılan serbest alan, yani hürriyet arasında zorunlu bir bağıntı bulunmaktadır. Liberal-demokratik bir devlet düzeninde, hürriyet asıl yasak istisnadır. Böyle olunca, bu hukuk düzenlerinde, suçların sayısı zorunlu olduğu kadar olmalıdır. Bkz., Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 111 vd.

⁴⁹ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 8, 72, 73 vd., 80 vd., 143.

⁵⁰ Antolisei, *Manuale*, PG, s. 87; Malinverni, *L'offesa nella teoria del reato (un metodo di interpretazione)*, in *Studi in Onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e Riforma del diritto penale, 1954-1990, volume I, Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano 1991, s. 137 vd.

hâkim söylemektedir. Ancak hâkimin, kanunu, beğenmek veya beğenmemek, açıkçası kanun hakkında bir değer hükmü vermek, dolayısıyla “kanunu düzeltmek” yoluna gitmek biçiminde bir erki yoktur. Hâkimin erki sadece kanunu uygulamaktır. Bazı kesimlerin, çok kimsenin beğenmediği bir kanunu kaldırmak, değiştirmek veya bu eğilimlere uygun olarak yeni bir kanun koymak, yani toplumda cereyan eden toplumsal-beşeri davranışların toplumsal-siyasi değerlendirmesini yapmak, yargının, yani hâkimin değil, yasamanın, yani siyasetçinin işidir. Hâkim siyasetçi değildir. Kanunilik ilkesi, hem siyasetçinin hem de hâkimin engelidir.

5237 sayılı kanun, gerek suçların tasnifinde, gerekse suçların tanımında, açıkçası koyduğu yeni normatif düzende ve bu düzeni oluşturan münferit normatif önermelerin ifadesinde, ceza hukuku bilimi ve doktrininin kabul edemeyeceği, geçmişte oluşan içtihatla çelişen bir nitelik arz etmektedir. Kanunun gerekçesi, tutanaklar, göz ardı edilemeyecek yanlışlarla doludur. Hakimin, yorumda, bu kaynaklara itibar etmesine olanak yoktur. Günümüzde ceza hukuku bilimi ve doktrini, kanunun yorumunda, tarihi kanun koyucunun iradesinin, hakimi bağlamadığını kabul etmektedir. Hakim, kanununun iradesini bizzat uygulamak zorunda olduğu kanundan çıkartmak zorundadır.⁵¹ Madem hakim kanunla bağlıdır, ister Alman “teleolojik metot” düşüncesi, ister Rocco’nun “Teknik Hukuk Okulu” düşüncesi,⁵² isterse Tabii hukuk düşüncesi izlensin,⁵³ kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, ceza hukukunun özel hükümlerinin, yani münferit ceza normlarının yorumuna, dolayısıyla suçların tasnifinde suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin esas alınması gerekir.⁵⁴

Her suç kural olarak, bir değer veya menfaatin ihlalidir. Bununla birlikte, kimi zaman bir suç, hukuken korunan birden çok hukuki değeri veya menfaati ihlal edebilmektedir. Bunlara çok ihlalli suçlar denmektedir.⁵⁵ Bunların hem yorumunda hem de tasniflerinde bazı zorluklar ortaya çıkmaktadır. Genelde, suçla ihlal edilen ceza ile korunan değerlerden üstün olduğu kabul edilen değer, ör., kamunun çıkarlarına karşı suçlarda, ferdi değerın karşısında kamusal değer, suçun yerini

⁵¹ Fiandaca G./Musco E., *a. g. e.*, Introduzione, s. XX.

⁵² Toroslu, *Cürümlerin...*, s. 18 vd.

⁵³ Bu konulardaki bilgiler ve tartışmalar için bk., Toroslu, *Cürümlerin...*, Giriş, s. 1-44.

⁵⁴ Toroslu, *Cürümlerin...*, s. passim.

⁵⁵ Antolisei, *Manuale*, PG, s. 182, 187; Durigato, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Edizioni CEDAM, Padova 1972.

belirlemede belirleyici olmaktadır.⁵⁶ Buna karşılık, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan değerler arasında eşitlik olduğu düşünüldüğünde, elbette suçun yerini, kanun koyucunun takdiri belirlemektedir.⁵⁷ Bu durum ile özellikle beşeri cinselliğin cezai himayesinde karşılaşılmaktadır. Gerçekten her toplumda her zaman üzerinde çok tartışılan beşeri cinsellik,⁵⁸ hem kişinin bir değeri, hem de genel adap veya ahlakın konusu olarak içinde cereyan ettiği toplumun bir değeridir. 765 sayılı kanun, beşeri cinselliğe karşı saldırıların tüm tezahürlerini, “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Suçlar*” başlığı altında düzenlemiştir. 5237 sayılı kanun, bu saldırıların bir kısmını, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, bir kısmını “*Genel Ahlakla Karşı Suçlar*” arasında düzenlemiş ve diğer bir kısmını da “*Hürriyete Karşı Suçlar*” arasında yer alan ör. “*kişi hürriyetinden yoksun kılma*” suçunun (m. 109/5) ağırlatıcı nedeni saymıştır. Elbette esas olan, kanun koyucunun takdiridir. Ancak, tarihi kanun koyucu takdirinde tutarlı değildir, çünkü çocukların cinsel tacizinde, Medeni Kanun’un temel kurumu olan velayet ilişkisini her nedense göz ardı etmiştir. Yine aynı biçimde, 765 sayılı kanun bir kimseyi ekonomik, siyasi veya sosyal bir maksatla hürriyetinden mahrum etme fiilini mal aleyhinde cürümlerden yağma suçları arasında (m. 499) değerlendirirken,⁵⁹ 5237 sayılı kanun bu tür saldırıları, hürriyete karşı suçlar (m. 149) arasında değerlendirmektedir.⁶⁰ Tarihi kanun koyucu geçmişte kökten silmenin gerekçesini göstermemiştir.

Bazı suçlarda, ör. uluslararası suçlar, suçla ihlal edilen ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin neden ibaret olduğunu; bunların, bir veya birden çok hukuki değer veya menfaati ihlal edip etmediklerini belirlemede sıkıntılar bulunmaktadır. Anayasa’nın 38/son maddesi hükmüne rağmen, TCK’nın 76, 77, 78, 79 ve 80. maddelerinde öngörülen suçlar, failleri genel olarak uygar uluslarca takip edilmek ve yargılanmakla birlikte (TCK m. 13/1,a), uluslararası suçlar olmayıp, tüm diğer suçlardan farksız olarak ulusal suçlardır. Bu suçlar sonuçta, bir ulusa, uluslararası bir kuruluşa, bir devlete karşı değil, ister bir kim-

⁵⁶ Durigato, *a. g. e.*, s. 51 vd.

⁵⁷ Durigato, *a. g. e.*, s. 12, 15, 19, 26 vd.

⁵⁸ Pozzolini, *Trattato di diritto penale*, Volume quarto, Dei delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie, Milano, s. 19 vd.

⁵⁹ İCK m. 629, 630.

⁶⁰ Özmen, *Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu ve İnfaz Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 561, 566. Ancak, 499/2. maddede yer alan (Değişik 1990/3679) “Her kim birinci fıkrada gösterilen fiili siyasi ve sosyal maksatlarla veya resmi makamları bir iş yapmaya icbar için işlerse müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılır” hükmününün 149. maddede söz olarak yer almadığı görülmektedir.

seye, ister bir gruba, isterse bir grubun mensuplarına karşı işlensin, sonunda kişiye karşı işlenen suçlardır, çünkü kişiye ait bir veya birden çok hukuki değer veya menfaati ihlal etmektedirler. Böyle olunca, söz konusu hükümleri yorumlarken, yorumda baz olarak alınan suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, uluslararası hukukta değil, ulusal hukukta, kişilere karşı suçlar içinde aranmak zorundadır.

Her bir özel hükmün yorumunda, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, yani suçun hukuki konusu, hükmün nihai sınırı olmaktadır. Bundan ötürü, hâkim, özel bir hükmü yorumlarken, ne kanunun sözüne bir söz katabilir, ne de kanunun sözünde ifadesini bulan hukuki konu ile belirlenen sınırı aşabilir. Kanun kıyası yasaklamıştır (m. 2/3). Ancak hâkim, 18. yüzyıl tabii hukuk düşüncesinin aksine, sözel yorumla sınırlı kalmamak, kanunun sözünde ifadesini bulan hukuki konuyu esas alarak, kanunun amacını keşfetmek zorundadır. Esas olan, sözün kendisi değil, sözün kendisine yüklenen anlamdır. Öyleyse hakim, içinde yaşadığı toplumun nabzını elinde tutmak, uygulamak zorunda olduğu hukuku zamanın etkilerine karşı korumak istiyorsa, amaçsal yorumdan vazgeçemez. Bu bağlamda olmak üzere hakim, yerine göre daraltıcı, genişletici veya ilerletici yorum yöntemlerinden birine baş vurarak, kanunun amacını, maksadını, açıkçası kanunun iradesini ortaya çıkarmak zorundadır.

Kanunun iradesini ortaya çıkarmak zımında, hakim, ister daraltıcı, ister genişletici, isterse ilerletici yoruma başvursun, Anayasa'nın 1, 2, 3 ve 4. maddeleri hükmünü, Anayasa'nın 2. maddesinin göndermede bulunduğu 1954 yılından bu yana ülkede yürürlükte bulunan AİHS'nin kişiye tanıdığı hakları, Anayasa'nın 90/son maddesi hükmü gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslar arası sözleşmeleri göz ardı edemez. Ancak aksini iddia edenler bulunsa bile, hukuk düzenimizde, kanunun suçlu lehine yorumunu gerektiren bir kural mevcut bulunmamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin (Anayasa m. 10, AİHS, m. 14, TCK m. 3) faili ayrıcalıklı kılmaya izin vermemesi bir yana suç ve cezanın kanuniliği ilkesi, sadece faili veya suçluyu değil, aynı zamanda herkesi, bu arada mağduru da teminat altına almaktadır. Şüphe sanık lehinedir kuralı⁶¹ suçlunun değil, tersine sanığın (Anayasa m. 38/4, AİHS m. 6/2) teminatıdır. Ceza yargılamasının temelini oluşturan bu kuralın, ceza

⁶¹ Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, s. 539, 549 vd.

kanununun özel hükümlerinin yorumu ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.⁶²

Kanunun dilinin “*kanun dili*” olmaması, açıkçası yanlış olması, kavramları ifadede yeterli olmaması karşısında hâkim, kanunun birçok hükmünün yorumunda, geçmiş uygulamadan ve doktrinden yararlanmak zorundadır. Bazı suçların, ör. adam öldürme, müessir fiil, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, zimmet, rüşvet, irtikap, evrakta sahtecilik, hakaret, sövme vs. suçlarının, en azından Aydınlanma çağından bugüne kadar oluşa gelen tanımları bulunmaktadır. Bugün birçok suç, mensubu olduğumuz Kara Avrupası ceza hukuku düzenlerinde klasik bir yapı kazanmışken, tarihi kanun koyucunun, geçerli hiçbir gerekçe göstermeden,⁶³ Türk ceza hukukunun geçmişine itibar etmekten kaçınması, kuşkusuz hâkimi bağlamaz. Elbette hâkimin, kanunu düzeltmek şeklinde bir erki yoktur. Hâkimin görevi madem kanunu uygulamaktır (Anayasa m. 138), eksik, çelişkili, yeterli olmayan, hatta yanlış ifade edilen hükümleri yorumlarken, geçmişteki geçerli uygulamalara, içtihat ve doktrine ilgisiz kalamaz. Öyleyse, 5237 sayılı kanunun özel hükümlerinin ifade olarak yetersizliği karşısında, onların geçerli, etkin, adil bir yorumu, açıkçası yeni bir uygulama, içtihat ve doktrin oluşturma; ancak hakimin, kanun koyucunun yerine geçmeye kalkışmadan, 765 sayılı kanun üzerine oluşmuş olan uygulama, içtihat ve doktrine bağlı kalması halinde mümkün olabilir.

8. Özel Hükümlerin Öğretimi

Ceza hukuku düzeni çok ve çeşitli suçlardan oluşmaktadır. Bunların sadece bir kısmı, belli bir hukuk düzeninin bir parçası olarak, bir sistem altında ceza kanununda yer almaktadır. Özel ceza kanunlarında, “*ceza içeren*” diğer kanunlarda⁶⁴ ifadesini bulan suçlar, genellikle hukukun tüm alanlarına yayılmış olarak bulunmaktadırlar. Bunlar hem nicelik hem de nitelik yönünden farklılıklar arz etmektedir. Bu durum, ceza hukuku özel hükümlerin, akademik olarak öğretiminin konusunun, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

⁶² Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara 1970, s. 340 vd., 348.

⁶³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/593, Karar No: 1/60, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, TC Adalet Bakanlığı, Ankara Şubat - 2005, s 12 vd.

⁶⁴ 765 sayılı kanunun 10 ve 5237 sayılı kanunun 5. maddesi hükmü anlamında kullanılmıştır.

Özel hükümlerin eğitim-öğretimi, genelde Ceza Kanunu'nda yer alan suçlarla sınırlı tutulmaktadır. Elbette bununla amaçlanan, kişiye "hukukçu kimliği" kazandırmaksa, yapılan doğrudur. Gerçekten de Kanunun İkinci Kitabında "Özel Hükümler" genel başlığı altında belli bir sisteme bağlı olarak yer alan suçlar incelendiğinde; bunların anlamı, kapsamı ve sınırları belirlendiğinde; kişiye uygulama becerileri kazandırıldığında, ceza hukuku düzenini oluşturan tüm diğer suçların bilgisine ulaşıldığı, o hükümleri uygulama becerisinin kazandırıldığı varsayılmaktadır.

Bu konuda genelde, iki yolun izlendiği görülmektedir. Özel hükümler şerh edilir. Şerh, özel hükümlerin, sözel olarak, anlamı, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesidir.⁶⁵ Özel hükümler, şerh de dâhil olmak üzere, ceza hukuku biliminin⁶⁶ gereklerine uygun olarak incelenebilir. Ceza hukuku biliminin gereklerine uygun olarak yapılacak inceleme, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, suçun hukuki konusunu esas alarak, münferit hükümlerin anlamı, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinden, yani kanunun iradesinin keşfinden hareket ederek münferit kurumları oluşturmak, kurumlardan kanunun sistemine ulaşmak, buradan hareketle de, ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu tüm hukuk düzenindeki özel hükümlerin künhüne varmaya çalışmak olmaktadır.⁶⁷ Elbette bu tür bir çalışma, ceza hukuku yanında, hukukun öteki tüm temel alanlarının bilinmesini gerektirir. Bunlar konusunda bilgisizlik, giderilmesi zor sıkıntılar yaratır. Bu iki yöntemden, genelde tercih edilen yöntem, ikincisidir. Bu yolla, hem suçların sistematik tam bir bilgisine ulaşılması, hem de toplumun ihtiyaçları karşısında sistemin gerçek değerinin bilinmesi sağlanmış olmaktadır.

9. Türk Ceza Kanunu'nun Suçları Tasnifi

Kanunun gerekçesinde suçların tasnifi konusunda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunda suçlar dört ana grup ve her ana grup alt gruplara ayrılırken, temel düşüncenin ne olduğu, ne amaç

⁶⁵ Bu halde genelde tarihi kanun koyucunun ne demek istediği araştırılmaktadır. Bu nedenle kanunun anlamı, kapsamı ve sınırlarını belirlemede çoğu kez kanunun hazırlık çalışmaları ve gerekçesi belirleyici olmaktadır. 5237 sayılı kanun söz konusu olduğunda, yanlışlıklar, yetersizlikler ve eksikliklerden, hatta "bilimsel gerçekler karşısında" "bilimsel olarak" vs. gibi sloganlara sığınarak öznel düşünceleri hüküm yapma çabalarından ötürü, özellikle bu yol mümkün gözükmemektedir.

⁶⁶ Hafizoğulları, "Hukuk Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ceza Normu*, Ek, s. 327.

⁶⁷ Hafizoğulları, *Hukuk Biliminin...*, s. 351 vd., 371 vd.

güdüldüğü konusunda bir fikir edinilememektedir. Bu durum, kanunun özel hükümlerinin yorumunda, birçok bakımdan ve özellikle suçun mağduru yönünden ciddi sıkıntılar yaratmaktadır.

Kanun suçları aşağıda olduğu biçimde tasnif etmiştir.

I. Uluslararası Suçlar

1. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar
2. Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

II. Kişilere Karşı Suçlar

1. Hayata Karşı Suçlar
2. Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar
3. İşkence ve Eziyet
4. Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün

İhlali

5. Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma
6. Cinsel Dokunulmazlığı Karşı Suçlar
7. Hürriyete Karşı Suçlar
8. Şerefe Karşı Suçlar
9. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar
10. Mal Varlığına Karşı Suçlar

III. Topluma Karşı Suçları

1. Genel Tehlike Yaratan Suçlar
2. Çevreye Karşı Suçlar
3. Kamu Sağlığına Karşı Suçlar
4. Kamu Güvenliğine Karşı Suçlar
5. Kamu Barışına Karşı Suçlar
6. Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar
7. Genel Ahlaka Karşı Suçlar
8. Aile Düzenine Karşı Suçlar
9. Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar
10. Bilişim Alanında Suçlar

IV. Millete ve Devlete Karşı Suçlar

1. Kamu İdaresinin Güvenliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar
2. Adliyeye Karşı Suçlar

3. Devletin Egemenli Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar
4. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar
5. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar
6. Devlet Suçlarına Karşı Suçlar ve Casusluk
7. Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar

Kanun, cürüm-kabahat ayırımını kaldırmakla ve kabahatleri Türk Ceza Kanunu kapsamı dışına bırakmakla, 765 sayılı kanuna göre suçların sayısını azalttığı, dolayısıyla hürriyet alanını genişlettiği izlenimi vermektedir. Ancak ayrıntılı bir inceleme yapıldığında, gerçekten suçların sayısının azalmadığı, tersine arttığı gözlenmektedir.

Her şeyden önce kanun, cürüm-kabahat ayırımını kaldırmakla, suçların sayısını azatmış değildir. Kabahat sayılan fiiller hakkında ayrı bir kanun çıkarılmış, suçlar için geçerli ilkeler kabahatler açısından da çoğunlukla korunmuştur. Kanunun bu yapısından ötürü, kabahatler suç mu, değil mi tartışması, en azından bugün için bitmiş bulunmaktadır. Anayasa mahkemesi, yukarıda sözü edilen kararında, kabahat fiillerini suç saymaktadır. Böyle olunca kanun, suçları ayrı kanunlarda, suç ve kabahat olarak ayırt etmek dışında önemli bir yenilik getirmiş değildir. Esasen Kanun, ağırlıkları gözetilerek suçların cürüm-kabahat olarak ayrılmasını, bir başka isim altında açıkça kabul etmiş olmaktadır.

Öte yandan kanun, 765 sayılı kanunun “cürüm” saydığı suçların hemen hepsine çeşitli biçimlerde yer vermiş olduğundan, hatta yeni suçlar koyduğundan suçların sayısı azalmamış tersine artmış bulunmaktadır. Kanun bu yapısı ile ileri sürülenlerin tersine, kişilerin hürriyet alanını genişletmemiş, tersine önemli ölçüde daraltmıştır. Yasakların sayısını artırarak hürriyet alanını kısıtlayan bu tür bir düzenlemeye toplumun gerçekten ihtiyacı olup olmadığını zaman gösterecektir.

10. Sonuç

Suçların kanunda dört ana gruba ayrılması kuramsal ve pratik olarak, özellikle münferit hükümlerin yorumunda bir yarar sağlamamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Kanunun “Uluslararası Suçlar” dediği suçlar, aslında kişiye karşı suçların bir alt kategorisi olarak düşünülmelidir. Çeşitli tezahürleri ile kişinin bağımsız bir kategori olarak cezai

himayenin konusu yapıldığında, kategorinin ismi “*Kişilere Karşı Suçlar*” değil *Kişiyeye Karşı Suçlar* olmalıdır. Türk Medeni Kanunu’nda “*kişiler*” yoktur, “*kişi*” vardır. Bütün suçların topluma, dolayısıyla onun siyasal tezahürü olan devlete karşı işlenmesi dolayısıyla, suçların bir kısmının “*Toplumaya Karşı Suçlar*” olarak tasnif edilmesinin doğru olduğunu düşünmüyoruz. Eğer “*Kamu*” ile toplum aynı değil ise bu suçların Kamuya karşı suçlar olması gerekmektedir. Fransız Ceza Kanunu’ndan alındığı izlenimi uyandırmakla birlikte, devlet denen kamu tüzel kişinin çıkarlarını himaye etmesinin sağlanması bakımından söz konusu suçların, “*Milliete ve Devlete Karşı Suçlar*” olarak ifade edilmiş olmasının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Bunun sadece “*Devlete Karşı Suçlar*” olarak ifade edilmesi sanırız daha doğru olur.

Kanunda suçun hukuki konusu esas alınarak yapılmış bilinçli bir tasnife rastlanmamaktadır. Suçların tasnifi rastlantısaldır. Bu durum münferit hükümlerin yorumunu zorlaştırmakta, hatta keyfileştirmektedir.

Birçok suçun tanımının eksik, yetersiz, hatta yanlış olduğu gözlenmektedir. Tarihi kanun koyucunun yorumda yol açtığı keyfilik batağına düşülmeden, bu sorunun giderilmesi ancak hâkimin, kanun koyucunun yerine geçmeye kalkışmadan 765 sayılı kanun zamanında oluşmuş olan doktrin ve uygulamayı göz ardı etmemesi ile sağlanabilir.

Kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümlerinde rastlanan yanlışlar, eksikler ve yetersizliklerin giderilmesine katkıda bulunmalıdır. Kanun, henüz yürürlüğe girmeden birkaç kez değiştirilmesine rağmen; 219/4. madde örneğinde olduğu gibi, hala yanlışlık, eksiklik ve yetersizlikleri gidermemekte ısrarcı olmak, kanun koyucunun tabiatına hiç uygun düşmemektedir.

TBB Dergisi’nin 68. sayısında yayımladığımız Yrd. Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu’nun makalesinin adı “Ekip Halindeki Faaliyetlerde Taksirli Ceza Sorumluluğu ve Güven İlkesi Açısından 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22. Maddesinin Beşinci Fıkrası” şeklindeyken “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu” olarak yayımlanmıştır.

CEZALARIN TOPLANMASI VE KOŞULLU SALIVERİLME İLİŞKİSİ

Metin Feyzioğlu *
Devrim Güngör **

Cezaların toplanmasından kasıt, bir kişi hakkında, işlediği her suç için ayrı ayrı hükmedilen şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaların veya adli para cezalarının toplanmasıdır. Cezaların toplanmasına, maddi içtima da denir.¹

Koşullu salıverilme, hakkında verilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezanın kanunda belirlenen bölümü infaz edilmiş olan hükümlünün, infaz süresince iyi halli olması kaydıyla, mahkûmiyet süresini tamamlamadan cezaevinden salıverilmesidir.² Koşullu salıverme, hükümlüyü iyi halli olmaya teşvik etmesi nedeniyle, bir ıslah aracı olarak nitelendirilebilir.³ Koşullu salıverilme, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (İnfaz Kanunu) düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusu, cezaların toplanması ile koşullu salıverilmenin ilişkisidir.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilimdalı öğretim elemanı.

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilimdalı öğretim elemanı.

¹ Erem, *Türk Ceza Hukuku*, C. II, Ankara 1985, s. 392; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. III, İstanbul, 1997, s. 106; İçel, *Yaptırım Teorisi*, İstanbul 2000, s. 267.

² Dönmezer/Erman, C. III, s. 64; Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2006, s. 398; Hafızoğulları, www.zekihafizogullari.com/cezahukukugenelveozelhukumler; Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005, s. 688; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998, s. 605; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 584.

³ Hafızoğulları, www.zekihafizogullari.com/cezahukukugenelveozelhukumler; Dönmezer/Erman, C. III, s. 65; Centel/Zafer/Çakmut, s. 689; Demirbaş, s. 585; Bardak, *Cezaların İnfazı ve İnfaz Müesseseleri*, Ankara 1996, s.157.

Mülga TCK, cezaların nasıl toplanacağını düzenlemiş ve toplandıktan sonra uygulanacak cezalara bir üst sınır getirmiş idi. Buna göre, örneğin, birden çok ağır hapis cezası toplandığında uygulanacak toplam ceza otuz altı seneyi, birden çok hapis cezası toplandığında uygulanacak toplam ceza yirmi beş seneyi geçemezdi. Ağır hapis ile hapis gibi farklı türlerde şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalar toplandığında ise, uygulanacak cezanın toplamı en fazla otuz sene olabilirdi (Mülga TCK m. 77).

5237 sayılı TCK'de, mülga Ceza Kanunu'nun aksine, bir kimsenin işlediği birden fazla suçtan dolayı, mahkûm olduğu cezaların ne şekilde toplanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İnfaz Kanunu m. 99'da ise bir kişi hakkında hükmolunan her bir cezanın diğerinden bağımsız olduğu ve varlıklarını koruduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda failin işlediği birden fazla suçtan dolayı verilen cezalar toplanacak ve fail, bu cezaları herhangi bir üst sınır olmaksızın ayrı ayrı çekecektir.

Cezaların toplanmasında bir üst sınır getirmeyen kanun koyucu, birden çok şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın toplanması durumunda, koşullu salıverilmenin uygulanmasında esas alınacak süreleri belirlemiş ve üst sınırlar koymuştur.

Koşullu salıverilme için, hükümlünün, cezasının üçte ikisini infaz kurumunda çekmesi gereklidir (İnfaz Kanunu, m. 107/2).⁴ Kanun'un 107/1. maddesi, hükümlünün koşullu salıverilmesi için kurumdaki bu süreyi iyi hâlli olarak geçirmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Hükümlünün söz konusu süreyi iyi hâlli geçirip geçirmediği, aynı kanunun 89. maddesinde yer alan ölçütler dikkate alınarak değerlendirilir. Buna göre hükümlünün infaz kurumunda bulunduğu sürece, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyması, haklarını iyi niyetle kullanması, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olması gerekmektedir.

İnfaz Kanunu'nun 107/3. maddesi, birden fazla süreli veya süresiz hapis cezasına mahkûm olunması halinde koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreleri düzenlemektedir. Fıkra hükmüne göre bu süreler, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz altı, birden fazla müebbet hapis

⁴ "Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet halinde", bu oran dörtte üçtür (İnfaz Kanunu m. 107/4).

cezasına mahkûmiyet halinde otuz, bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz altı, bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz, birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla yirmi sekiz yıl olarak belirlenmiştir.⁵

Koşullu olarak salıverilen hükümlü bir denetim süresine tabidir. Denetim süresi içinde hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyduğu takdirde cezasını tamamlamış sayılır. Koşullu salıverilen hükümlünün tabi tutulacağı denetim süresi, aldığı mahkûmiyet nedeniyle koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin yarısıdır (İnfaz Kanunu m. 6).

Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresi içinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi halinde, koşullu salıverilme kararı geri alınarak sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen çektilmesine karar verilecektir. Koşullu salıverilme kararı geri alındıktan sonra, aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme uygulanmayacaktır (İnfaz Kanunu m. 107/13).

Denetim süresi içinde hapis cezasını gerektiren bir suç işlediğinden koşullu salıverilme kararı kaldırılan hükümlünün, sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasını aynen çekmesinin ve bir daha koşullu salıverilmeden yararlanamamasının ölçüsüz bazı sonuçlara yol açacağı ortadadır. Çünkü toplanan şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmasında bir üst sınır artık yoktur. Örneğin işlediği on ayrı suçtan toplam 80 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş bir kişi, seksen yılın üçte ikisi yirmi sekiz yılı aştığı için yirmi sekiz seneyi iyi hâlli olarak geçirdikten sonra koşullu salıverilebilir (İnfaz Kanunu m. 107/3-e). Bu kişi, denetim süresi içinde kasten işlediği bir suçtan dolayı bir ay hapis cezasına mahkûm olsa, seksen yıldan kalan elli iki seneyi bir daha koşullu salıverilmemek üzere aynen çekmek zorunda kalacak ve büyük ihtimalle infaz kurumunda iken ölecektir. Şu halde, toplanan cezaların uygulanmasında bir üst sınır olmaması, süreli hapis cezalarını fiilen müebbet hapis cezasına çevirmeye elverişlidir.

⁵ İnfaz Kanunu 107/4. madde, "suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet halinde" koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler ayrıca düzenlenmiştir. Öte yandan 107/5. madde, hükümlünün on beş yaşını doldurunca ya kadar infaz kurumunda geçirdiği her günün, iki gün olarak hesaplanacağı hükmünü getirmiştir. Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Çınar, *Türk Ceza Hukuku'nda Cezalar*, Ankara 2005, s. 28 vd.

Cezaların toplanması ile ilgili olmamakla birlikte benzer bir *ölçüsüzlük* müebbet hapis cezası bakımından da ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ağırlaştırılmış müebbet hapiste otuz yılını, müebbet hapiste yirmi dört yılını ceza infaz kurumunda geçirerek koşullu salıverilen bir hükümlünün, denetim süresi içinde örneğin bir ay hapis cezasını gerektiren bir suçta kasten işlemesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınarak, geriye kalan cezasını aynen çekmesi gerekecektir. Bu durumda hükümlünün hayatı boyunca ceza infaz kurumundan çıkması mümkün olmayacaktır. Mülga TCK'de ise, hapis cezası gerektiren bir suç işlediği için koşullu salıverilme kararının geri alınması halinde, hükümlüye aynen çektirilecek sürenin, müebbet ağır hapis cezası bakımından, otuz altı yıl üzerinden hesaplanması hükme bağlanmıştı.

Neticede yukarıda açıklanan ölçsüz ve kabul edilmesi güç sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi için, kanun koyucu, cezaların toplanmasında ve müebbet hapiste bir üst sınır kabul etmelidir.

CEZA HUKUKUNDA ÖNEMSİZ HAREKETLER*

Hakan Hakeri **

Prof. Dr. Dr. h.c.mult Hans Joachim Hirsch
und / ve
Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Hans Ludwig Schreiber'e
in Dankbarkeit gewidmet...***

Örnek Olay ve Kararlar

1. *"Sanığın yol kenarında bulunduğu anlaşılan müşteriye ait bahçeden yemek amacıyla az miktarda fıstık alması eylemi, gelenek ve göreneklere göre, süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olup duruşmada belirlenen miktarı itibarıyla hırsızlık suçunun manevi unsurunun oluşmadığı anlaşıldığından..."*¹

2. *"Adet veçhile bayram günü misafirlerin yararlanmasına sunulan şekerlerden az miktarda almanın hırsızlık cürümünün yeterliliği açısından nicelik boyutlara ulaşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır"*²

* Bu çalışma Türkiye Bilimler Akademisi'nin tarafıma sağlamış bulunduğu bir araştırma bursu sayesinde mümkün olmuştur. Türkiye Bilimler Akademisi'ne bu çok değerli katkısından dolayı teşekkür ediyorum.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

*** Toplumsal uygunluk teorisinin kurucusu Hans Welzel'in öğrencileri doktora danışmanım Prof. Dr. Dr. h.c.mult Hans Joachim Hirsch ve postdoc çalışmalarımı destekleyen Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Hans Ludwig Schreiber'e.

¹ 11. CD., 11.10.2001, 9309, Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Hırsızlık Suçları*, Ankara 2002, 44.

² 6. CD., 25.03.1986, 361/3227, Gündel, Ahmet, *Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları*, Ankara 2002, 584.

3. “Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçesindeki elma ağaçlarından bir kaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre³ süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürüdür. Bu eylemde suça yönelik irade varlığından söz edilemeyeceği gibi, hırsızlık suçunun oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varılmalıdır”.⁴ Yargıtay’ın bu kararında bir yandan kastın yokluğu esas alınırken, öte yandan “suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı” ifadesi ile esasen hareketin önemsizliğine işaret edilmektedir.

4. “Söz konusu eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi ve öngörülen cezanın haklılık kazanabilmesi için ceza normuyla korunan ve suçun hukuki konusunu oluşturan varlık, yarar ya da değer toplumdaki yaygın ortak ve genel yargı ve anlayışa göre, belli ve gözetilebilir düzeyde zarara uğraması veya tehlikeye düşmesi zorunludur”.⁵

5. “Sanığın çaldığı iddia edilen banka cüzdanının ekonomik değeri bulunan bir mal olup olmadığı ve dolayısıyla suçun ‘nicelik açısından yeterli boyut’a ulaşıp ulaşmadığı saptanmadan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”.⁶

³ Örf ve adetin vergi yargısındaki rolüne ilişkin bir mahkeme kararı için bkz., Sam-sun Vergi Mahkemesi, 21.10.1997, 307/422 (karar yayınlanmamıştır). Karara konu olayda davacı hakkında, oğluna düşük değerle dükkân sattığı iddiasıyla vergi cezası uygulanmıştır. Vergi cezasına karşı davacının açtığı davada, mahkeme “Türk toplumunun örf ve adetlerine göre belli bir nakdi değeri olan iktisadi ticari bir kıymetin (varlığın), baba-evlat, anne-evlat, amca, dayı-yeğen gibi birbirleriyle yakın akrabalık ilişkisinde olan insanlar arasında alışverişe konu olması halinde daha düşük tutarlar üzerinden satış işleminin yapılabileceği keyfiyeti bilinen bir gerçektir. Örf ve adetler, hukukun yazılı kaynakları kadar bağlayıcı nitelikte olmasalar da, bir ihtilafta hukuka uygun bir yargıya varabilmek için yararlanılması gereken bir değerler sistemidir” şeklinde karar vermiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.

⁴ CGK 26.10.1987,406/499, YKD 1988, 265; Karşı oy:

“Çalınan şeyin miktarının az olması çocukluk çağında herkesin başkasının bahçesinden 3-4 elma çalmış olduğunun kabulü, suçun “nicelik” gibi mücerret bir tabirin suçu ve suçluluğu ortadan kaldırmayacağı, genel suç unsurları arasında da nicelik diye bir unsurun bulunmadığı görüşü ile çoğunluk kararına muhalifim.

Filhakika, hırsızlık suçu unsurları da belirtilerek 491. maddede tarif edilmiştir. İhtiyaç hali suçu bertaraf etmediği gibi çalınanın adedi ve değeri de suçun oluşması yönünden bir hüküm ifade etmemektedir.

Suç oluşmuştur. Alınan şeyin değeri pek cüzi olsa dahi suç mevcuttur. Çalınan şeyin adedi ve değeri suçun oluşması yönünden değil, TCY 522. maddesinin tatbiki bakımından önem arz etmektedir. Yoksa hırsızlık suçunun oluşması ve unsurları için bir de bin de birdir” (Kadri Keskin).

⁵ 6. CD., 14.6.1984, 3548/5184, YKD 1984, 1443.

⁶ 6. CD., 3.10.1986, 7783/8668, YKD 1987, 140.

6. “Çağdaş ceza hukuku ve dolayısıyla Türk Ceza Yasası, eylemin korunan yararı/değeri/varlığı ihlal edicilik ilkesine” dayanmaktadır. O nedenle her ceza normunda korunan yararın/ değer/ varlığın ve bunun ‘ihlal boyutuna’ ulaşip ulaşmadığının saptanması zorunludur.

TC yasasının 495. ve onu izleyen maddelerindeki yağma cürümleri bileşik (mürekkep) suçlardandır. Korunan yarar/ değer/ varlık ise, hem malvarlığı ve hem de irade (karar) özgürlüğüdür. Bu yüzden de zorla yağma cürümleri çok hukuki konulu suçlardandır ve bu cürümlerin oluşması için hem irade (karar) özgürlüğü ve hem de malvarlığı değerlerinin ihlal boyutlarına ulaşması gerekir. Ancak, “maddi hukuka aykırılık” gerçekleşmemiştir. Bu nedenle failin cezalandırılması normun konuluş amacına ve özüne ters düşer.

Nitekim Yargıtay da boş bir çek yaprağının çalınmasının malvarlığını; herkesin kolayca sahteciliğini ayırt edebileceği nitelikte belge düzenlemenin kamu güvenini ihlal boyutuna ulaşmadığı için hırsızlık ve sahtecilik cürümlerinin oluşmayacağına haklı olarak karar vermiştir.

Olayımızda oluşa uygun kabule göre, sanık mağdurdan yalnızca 10.000 lira istemiş ve bununla sınırlı olarak yağma cürümünü işlemiştir. 10.000 lira ise günümüzdeki ekonomik şartlara göre malvarlığını ihlal edici boyutta bir değer değildir. Bu durumda sanık yalnızca karar özgürlüğünü ihlal etmiş olmaktadır ve eylem, TC yasasının 188/3. madde ve fıkrasına uymaktadır. Kuşkusuz sanık belli bir parayı değil de mağdurun belirsiz de olsa, tüm paralarını yağmalamaya kalkışmış ve sadece 10.000 lirayı eline geçirmiş olsaydı değer ihlal boyutuna ulaşmadığından eylem zorla yağmaya eksik kalkışma olacaktır. Böyle bir durum ise olayımızda söz konusu değildir.

Bütün bu nedenlerle, sanığın 10.000 lirayla sınırlı olarak yaptığı yağma cürümünden cezalandırılması ihlal boyutunu gözetmediğinden “maddi hukuka aykırılık” ögesine ters düşecek, sadece biçimsel hukuka aykırılık ögesiyle yetinilmiş olunacaktır.

“Belirttiğim nedenlerle kararın bozulması görüşümdedir”⁷

7. Sanıkta elde edilen esrar, 32 santigram gibi *cüzi bir miktarda* olduğuna göre, bu halin (765 s.) TCK'nın 59. maddesinin uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışmasız bırakılması yasaya aykırıdır.⁸

⁷ Sami Selçuk, Karşı Oy Yazısı, 6. CD., 24.8.1993, 5887/6145.

⁸ 5. CD., 26.01.1984, 213/175.

8. Bir mahkeme kararına konu olayda, haczedilen eşyalar icra memuru tarafından borçlunun deposunda emanete alınmış, bir müddet sonra borçlu deposunu kiralayacağı için, icra dairesine başvurarak, eşyaları başka yere aktarmak istediğini belirtmiştir. İcra dairesi bu konudaki izni beklemesi gerektiğini söylemesine rağmen, borçlu eşyaları bir başka depoya nakletmiştir. Yerel mahkeme borçlunun, haciz altındaki eşya üzerinde icra dairesinin hâkimiyetini tamamen veya kısmen kaldırma suçunu düzenleyen Alman CK 136. maddesinden dolayı hükümlülüğüne karar vermiş; ancak yüksek mahkeme haczedilmiş olan eşyaları bıraktığı yerde bulamayan icra dairesinin, taşınma planlarından haberdar olması dolayısıyla yeni yerinde bulmasının zor olmadığına, bu itibarla da eşya üzerindeki hâkimiyetin olsa olsa geçici ve kısmen kalktığına işaret ederek, 136. maddenin uygulanmasının, *ancak bu hâkimiyet engellemesinin esaslı bir derecede, ağırlıkta olması halinde mümkün olacağına karar vermiştir.* Yüksek Mahkeme'ye göre, *çok önemsiz, hafif derecedeki hukuksal yarar ihlalleri şekli olarak suç tipi kapsamında olsa bile maddi olarak ceza normunun tipikliğini gerçekleştirmeyeceği birçok suçta (yaralama, mala zarar verme, hürriyeti tehdit, rüşvet gibi) açıkça kabul edilen bir husustur.* Mahkeme bu hususun ayrıca genel bir prensip olduğunu da vurgulamaktadır.⁹

9. *“Almanya’da Müslümanların erkek çocuklarını sünnet ettirmeleri, önemsizlik dolayısıyla müessir fiil olarak kabul edilmemekte; buna karşın, kızların belirli gruplar tarafından sünnet edilmeleri esaslı bir saldırı olarak kabul edilip, ağır müessir fiil olarak cezalandırılmaktadır”*.¹⁰

Giriş

Çalışmamıza bir soru ile başlayalım: *Vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde mağdurun rızası geçerli olmadığı halde, vücutlarına dövme, piercing yaptıranların rızası neden geçerli sayılmakta ve failer cezalandırılmamaktadır?*

Ceza hukukunda tartışılan konulardan biri, bir ceza normunun lafzına açıkça uymasına rağmen, neden tipikliği gerçekleştiren her eylemin cezalandırılmadığıdır? Bu çalışmada, bu somut sorudan yola çıkarak, cezalandırmama sonucuna hangi gerekçelerle ulaşıldığı sorusuna cevap aranacaktır.

⁹ OLG Hamm, NJW 1980, 2537.

¹⁰ Erlangen Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Mathias Rohe'nin, Göttingen Üniversitesi'nde 18.06.2004 tarihinde verdiği konferansta ifade edilmiştir.

Ceza hukukunda suç, “toplumun değer verdiği yararlar ‘tahammül edilemeyecek’ zarar ve tehlikenin yaratılması şeklinde de tanımlanabilir”.¹¹ Toplum düzenini “önemli” bir şekilde ihlal eden fiil suçtur.¹² “Her hukuki konunun zarar görmesi veya tehlikeye maruz kalması, fiilin suç olarak kabul edilmesinde yeterli değildir; fiilin toplum düzenini ‘önemli ve ağır bir şekilde’ ihlâl etmiş olması da aranacaktır”.¹³ Hukuk düzeninin korunması ödevini üstlenmiş bulunan hukuk dallarından birisi ceza hukuku olup, bu hukuk dalı, “konusuna giren ve düzeni ‘önemli’ bir şekilde bozan eylemlerin neler olduğunu, bu eylemlere karşı ne gibi yaptırım uygulanacağını tespit eder. Ceza hukukunun yaptırımları hayata, hürriyete yönelik etkilerinin olması, bu hukuk dalını, hangi fiillerin hukuk düzenini ‘önemli’ bir şekilde ihlâl etmiş olduğunun baştan itibaren tespitine zorlar”.¹⁴ Hürriyeti tehdit suçunda hareketin belirli bir süre devam etmiş, ağır, ciddi ve ‘önemli’ olması gerekir.¹⁵ Alman hukukunda, basit iğne batırma, çizik, sıyrık, hafif öksürüğe neden olma, zararsız mor lekelere neden olma gibi ‘önemsiz’ nitelikteki sonuçlara neden olma durumunda yaralama suçunun işlendiği kabul edilmemektedir.¹⁶

Yukarıdaki ifadelerde koyu karakterde olarak belirtmiş bulunduğum “tahammül edilemeyecek”, “önemli” ve “önemli ve ağır şekilde” kavramları üzerinde düşünülme gerektiği kanısındayım. Bu noktada, ilkin kanun koyucunun esasen bazı fiilleri suç olarak tespit konusunda serbest olduğuna dikkat çekmek gerekir.¹⁷ Ancak, kanun koyucu bu

¹¹ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul 1991, 6.

¹² Önder, C. 1, 8. Amerikan model ceza kanununda şöyle bir çerçeve önerilmektedir: “Suçların tanımını düzenleyen hükümlerin genel amaçları: a) Bireysel veya kamusal menfaatlere (yararlara) haksız ve mazeretsiz esaslı zarar verici veya tehdit eden davranışı yasaklamak ve önlemektir (s. 1.01 (1))” Yücel, Mustafa Tören, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 1. Kitap, Panel, Ankara 2004, s. 74, 75.

¹³ Önder, C. 1, 9.

¹⁴ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, İstanbul 1989, 3.

¹⁵ Gülşen, Recep, *Hürriyeti Tahdit Suçları*, Ankara 2002, 58; Odadan çıkmak üzere olan bir kimseyi kısa bir süre kapıda tutan kimse hürriyeti tahdit suçundan dolayı cezalandırılmaz. Buradaki ihlal tipiklik bakımından önemli bir dereceye ulaşmaktadır, Haft, Fritjof, *Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2. B., Münih 1991, 46, 47.

¹⁶ Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 6. B., München 2005, 81, 82.

¹⁷ Alman Hukuku’nda kanun koyucunun her ceza normunu orantılılık prensibi çerçevesinde, korunan hukuksal yararın ağırlığına göre düzenlemesi gerektiğine işaret edilmektedir, Ostendorf, Heribert, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, GA 1982, 341; Her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesi “yasa koyucu, cezayı saptarken, ceza yaptırımının suçlu üzerinde doğuracağı elem ve acının, bu suçun toplumda neden olduğu tepkiyle orantılı bulunması gereğini göz önünde tutmak durumundadır” demekteyse de (18.11.1980, 34/-58), birçok kararında kanun koyucunun bu konudaki yetkisini mutlak görmekte ve kendi denetim

serbestiye rağmen, her türlü fiili suç olarak tespit etmez, bu fiillerin yukarıda da ifade edildiği gibi, toplum düzenini önemli ve ağır bir şekilde bozmasını ve hukuksal yararları tahammül edilemeyecek derecede zarar veya tehlike oluşturmasını bir kıstas olarak kabul edip, bu çerçevede suç teşkil eden eylemleri belirler.

Kanun koyucu bazı davranışları ceza hükümleri haline getirmekte ve bu ceza hükümleri de şekli ceza hukuku uygulamasında esas alınmaktadır. Ancak bazen bu bağlamda bir sorun ile karşı karşıya kalınmaktadır. O da, suç tipinin hareketin haksızlık tipini içermesi ve fakat hareketin cezalandırılmasının toplum nezdinde kabul görmeyebilecek olmasıdır.¹⁸ Dolayısıyla hareketin tipik olmasına rağmen cezalandırılmasının toplum nezdinde olumlu karşılanmayacağı durumlar söz konusu olabilmektedir.

Yukarıda hangi eylemlerin suç olarak belirleneceğine ilişkin olarak ifade ettiğim mülahazalar, konunun kanun koyucuyu ilgilendiren yönüdür. Konunun bir de uygulamacıyı ilgilendiren yönü vardır ki, bu çalışmanın ana temasını oluşturan husus budur. Kısaca özetlemek gerekirse, “*tahammül edilemeyecek nitelikte olma*”, “*önemli ve ağır olma*” gibi özellikler, ceza hukukunun ultima ratio (son araç) olma niteliği dolayısıyla, kanun koyucunun yapmak durumunda olduğu bir değerlendirmede esas alınacak hususlardır. Ancak, bazen kanun koyucunun bu nitelikte görüp de, suç olarak belirlediği ve suç tipinde tanımladığı bir eylemin, somut olayda “*tahammül edilemeyecek*” veya “*önemli ve ağır*” nitelikte olmadığı görülebilir. O zaman burada hâkim ayrıca bir değerlendirme yaparak, bu tip eylemlerin kanundaki tipe uysa bile “*tahammül edilemeyecek, önemli ve ağır*” nitelikte olup olmadığını araştırabilir mi? Dolayısıyla bir yandan kanun koyucu “*tahammül edilemeyecek, ağır ve önemli*” ihlalleri suç olarak belirlerken, öte yandan hâkimin, tipik bir eylemi, “*tahammül edilemeyecek, önemli veya ağır*” nitelikte görmeyip, cezalandırılmasına gerek görmemesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Bu dar kapsamlı yazıda ele almak istediğim husus, hâkimin tipik bir eylemi önemsiz görmesi dolayısıyla cezalandırmaktan sarfı nazar etmesinin mümkün olup olmadığı, yani bir bakıma hâkimin kanun koyucunun ödevini eksik yaptığı hallerde ya da kanun koyucunun soyut

alanı içinde kabul etmemektedir (Anayasa Mahkemesi, 06.04.1971, 2/36; 11.12.1980, 63/68; 11.09.1986, 33/22; istisnaen aksi yönde, 18.7.2001, 22/332).

¹⁸ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. B., Bielefeld 2003, §16, kn. 34.

olarak ve “*dayanılmazlık, tahammül edilemezlik, önemlilik ve ağır olma*” nitelikleri çerçevesinde belirlediği kalıbın, somut olayda çok geniş gelmesi durumunda hâkimin bir nevi kanun koyucunun yerine geçerek ek bir değerlendirme yapabilip yapamayacağıdır. Yukarıdaki kısa örnek olaylarda gördüğümüz ve aşağıda ayrıntılı örneklerini vereceğim gibi, böyle bir değerlendirmenin uygulamada ve öğretilerde yapıldığını görmekteyiz. O takdirde, bu değerlendirme yapılırken neler göz önünde bulundurulmalıdır, bu da ayrıca ele alınmalıdır.

Burada ele alacağım konu, öğretilerde “*hukukça önemli olmayan hareketler*” olarak nitelendirilen ve hukukça düzenlenmemiş, hukukun bünyesine alınmamış hareketler olmayacaktır. Bu hareketler suç tiplerinin ne yasak ne de emir normunu ihlal eder nitelik taşımayan hareketlerdir.¹⁹ Bunlar hukukun kapsama sahası dışında olduğu gibi, bu çalışmadaki “*önemsiz hareketler*” bu anlamdaki hareketler olmayıp, bizzat hukukun kapsama alanı içinde bulunan, bir suç tipinin tipikliğini ihlal eden hareketlerdir.

Ön Sorun: Hâkim Tipik Eylemin Cezaya Layıklığı Konusunu Ayrıca Değerlendirebilir mi?

Bu konudaki görüşümü hemen baştan ifade etmek istiyorum. Evet, hâkim böyle bir değerlendirme yapabilir. Hâkim, soyut hukuk kuralını somut olaya uygulamak durumunda olan kişi olarak, böyle bir değerlendirme yapmak kendi görev alanı içindedir. Önemsiz veya ağır olmayan eylemlerin tipikliği oluşturup oluşturmadığını araştırmak, kanun koyucunun da esas itibarıyla bu amaç içinde hareket ettiği, suç tiplerini bu çerçeve içinde belirlediği düşünülecek olursa, kanun koyucunun soyut eleğinden ultima ratio prensibine rağmen geçerek kanunun lafzına uyma şanssızlığına uğramış eylemlere, hâkimin somut eleğini uygulayarak, bunları ceza hukukunun kapsamı dışına çıkarmak mümkün olmak gerektir.

Nitekim öğretilerde hukuku uygulamanın, “*hukuki ‘öneme sahip’ hayat olaylarını ve ilişkilerini hukuk normunun içine, kapsamına sokmak*” olduğu isabetle ifade edilmektedir. “*Hukuk normları düzenlemek istedikleri olayların neler olduğunu tümüyle saptayamazlar ve bu noktadan itibaren de yorum başlar*”.²⁰

¹⁹ Önder, C. 2-3, 150.

²⁰ Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, 180.

Kaldı ki, hâkim kanunu uygularken, kanunu yorumlamak da durumundadır. “Yargı organları kanunları tatbik ederken onlara bir mana vermek mecburiyetindedirler”.²¹ Yorum yapılmaksızın hiçbir hukuk kurulu adil olarak uygulanamaz.²² Bugün mahkeme kararlarına baktığımızda tartışmaların çoğunun yorumda odaklandığı ve hâkimlerin doğru yorumun hangisi olduğunu belirlemek durumunda olduklarını görmekteyiz.²³ Gerçekten de, bu yorum hâkimin hem hakkı, hem de görevidir. Hareketin önemsizliği noktasında yapılacak bir yorum da, hâkimin doğal görev alanı içinde yer alan bir yorumdur. Sonuç olarak, hareketin önemli ve ağır olması gereği, kanun koyucunun da bu amaç içinde hareket ettiği gerçeği karşısında, kanunu uygularken, hâkime bu tür bir yorum yapma olanağını sağlamaktadır. Kaldı ki, bu faaliyet kanunumuzun 2/3. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve failin lehine olan, “suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”²⁴ şeklindeki emre de aykırılık teşkil etmemekte, aksine bu yöndeki yorum faaliyeti daraltıcı bir mahiyet arz etmektedir.

Nitekim özellikle Fransız Öğretisi’nin etkisiyle ceza kanunlarının yorumunda daraltıcı yorumun tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bunun nedeni olarak da “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi açıklanmaktadır. Kanun metni açık olmadığı takdirde sanığın aleyhine gitmenin doğru olmayacağı ve dar yorumun tercih edilmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.²⁵

Öğretide de, kanunun lafzı ile yorumlanması arasında farklılıklar olmasının doğal olduğu, kanun koyucunun yaptığı normatif tipikleştirme ile pratikteki uygulamanın farklılaşmasının, ceza hukuku yorumunun temeli olduğu ve bunların sonucu olarak kanunun lafzının kapsadığı “*kenar, uç, yan alanlar*”ın uygulamada cezaya layıklık noktasında değerlendirilmesinin bir zorunluluk olduğuna işaret edilmektedir. Bunun arkasında yatan neden de, ceza hukukundaki hukuksal yarar korumasının son araç olması prensibidir. Gerçekten de, esasen ceza hukuku tarafından korunan önemsiz hukuksal yarar ihlalleri, devletin elindeki bir araç olan bu ağır hukuk dalının müdahalesini her

²¹ Tosun, Öztekin, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, İÜHFMC C. XXVIII, S. 1, İstanbul 1962, 24

²² Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, 125.

²³ Işıқтаç, /Metin, 179.

²⁴ Fransız Ceza Kanunu’nun 111-4 maddesinde “ceza kanunu dar yorumlanır” hükmü yer almaktadır.

²⁵ Tosun, 26; aynı yönde, Işıқтаç/Metin, 209.

zaman gerektirmemektedir.²⁶ Hâkimin kanun koyucu tarafından önceden öngörülemez olguları somut olayda göz önünde bulundurması sırasında, kanun koyucunun hükmü koyarken neyi amaçladığı (ratio legis) ve bu kapsamda verdiği değer yargısı ifade eden kararlar hâkim için yol gösterici olmalıdır.²⁷ Bu bakımdan, kanunda yer alan bir suç tipindeki ifadeler değil, kanun metni dışındaki olgular ön plana alınmalı ve pozitif normun ötesinde ratio legis esaslı gözetilmeli ve kanun metninin yorumunun hangi somut sonuçlara yol açacağı dikkate alınmalıdır. Bundan sonra, hangi yorumun kanunun ratio legisine uygun olacağı, en yakın düşeceği belirlenmelidir.²⁸ Keza “işin doğası” prensibi de yorumda kullanılabilir. Bu prensip, hukuk güvenliği, ilginin beklentilerinin göz önünde tutulması, amaca uygunluk esasları çerçevesinde, kanun hükmünün toplumsal bünyenin işleyişini engellememesi, aksine desteklemesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁹ Önemli hukuksal yarar ihlalleri konusunda ise kanun koyucunun “ultima ratio” esaslı çerçevesindeki iradesinin, çok geniş kapsamlı kanun hükmünün, bu iradeye uyumlu kılınmak amacıyla dar yorumlanmasını gerektirdiği kanısındayım.³⁰

Hukukun genel prensipleri manasında da yorumda “ultima ratio” prensibi bize yardımcı olabilir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, ka-

²⁶ Ostendorf, 341, 342.

²⁷ Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. B., Berlin, Heidelberg, New York 1979, 315; Nitekim şu kararında Yargıtay konuya normun “ratio legis”i ve “hukuka aykırılık kavramı” açısından yaklaşmıştır, Ünver, İzin Verilen Risk, s. 120, 121: “Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, fiili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca kanunun asıl fikrine “ratio legis”e bakmak gerekir. Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılabilemesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirtilen halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz”, CGK, 28.03.1983, 56/144.

²⁸ Bydliniski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York 1982, 449.

²⁹ Bydliniski, 459, 460.

³⁰ Bkz., Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 7. B., Stuttgart 1977, 100 vd.

nun metinlerinin yorumunda hukukun genel prensiplerinin de göz önünde tutulması gerektiği ceza hukukunda kabul edilmektedir.³¹ Bu itibarla, özellikle ceza hukukunda geçerli genel bir prensip olarak “*ultima ratio*” esası da kanun metinlerinin yorumunda gözetilebilecektir, hatta gözetilmek durumundadır.

Kanun metinlerinin gai (amaçsal) yorumu ilkeleri çerçevesinde de “*önemsiz hareketler*” göz önünde bulundurulabilir. Gerçekten de, kanun koyucunun amacının bu kadar önemsiz hareketlerin de mi cezalandırılması olduğu özellikle araştırılmak gerekir.

Hâkim kanunun kör bir uygulayıcısı, bir robot; kanun, hâkimin elinde rasgele kullandığı bir silah değildir. Hâkimin verdiği kararın kanun koyucunun hukuksal yararı koruma amacına uygun ve adil olması gerekir. Bu noktada kanunların yorumunda kanun koyucunun iradesini esas alan sübjektif teorinin³² burada uygulama alanı bulması gerekmektedir. Keza, “*prensip ve norm çatışmasında, yararlar tartışını esas alan yorum yöntemi*”³³ de konumuz ile ilgili olarak kullanılacak bir yorum türüdür. Gerçekten, *ultima ratio* prensibine; yani suç ile bir hukuksal yararın önemli ölçüde ihlal edilmesi gerektiği prensibine aykırı bir normun bulunması durumunda, hâkim yararlar arasında bir tartı yaparak, kanun hükmünün tipik olaya uygulanıp uygulanmayacağına karar verebilmelidir.

Ayrıca önemle ifade etmek gerekir ki, ceza hukuku manasında hareketin ne olduğu açıklanırken hareket kavramının açıklığa kavuşması, ceza hukuku bakımından önemsiz ve cezalandırılmaya gerek görülmeyen hallerin neler olduğunu tespiti yarayan bir işlevi yerine getirir ki, buna da “*hareketin ayırıcı, eleyici, sınırlayıcı fonksiyonu*” denilmektedir.³⁴ Bu işlev de esasen bir yorum faaliyetinden başka bir şey değildir. Bu itibarla, ceza hukuku manasında hareketin ne olduğunu belirlemek konusunda hâkim ne ölçüde yetkili ise, aynı ölçüde de hangi hareketlerin önemsiz olduğunu da belirlemeye yetkilidir. Ancak öğretilerde ceza hukuku manasında hareketin özelliği olarak belirtilen “*önemlilik*” kıstası ile bu çalışmanın konusunu oluşturan “*önemlilik*” meselesini birbirine karıştırmamak gerekir. Nitekim “*hareketi tabii veya illi anlamda kabul edenler, hareketin iradi ve bir neticenin sebebi olması ile yetinirler. Böylece, ceza hukukunda önem taşımayan hareketlerin baştan iti-*

³¹ Tosun, 32–34.

³² Larenz, 302.

³³ Larenz, 392 vd.

³⁴ Önder, C. 2, 20.

*baren ayıklanabilmesinin mümkün olduğu da belirtilir*³⁵ ve *“insan davranışlarının iradi olması gereği aynı zamanda hangi hareketlerin ceza hukuku bakımından önemsiz olduğunu da ortaya koyar. Buna karşı hareketin ceza hukukunda önemli olabilmesi için iradi olmasını da açıklamış olur”*³⁶ ifadelerindeki *“önemlilik”* tamamen farklı anlamda ele alınmaktadır. Burada önemlilik, bir hareketin ceza hukuku manasında hareket olmasını ifade ederken, bu çalışmanın konusu bakımından *“önemlilik”*, hareketin bir suç tipine uymasına rağmen cezalandırılmamasının sebebi anlamında kullanılmaktadır.

Konunun buraya kadarki kısmı, basit olan kısmıydı. Asıl çetin olan mesele, bir hareketin önemsiz olduğunun neye göre belirleneceği meselesidir. Dolayısıyla, bu çalışmada üzerinde ayrıntılı olarak durulacak konu, *“bir hareket ne zaman önemsiz kabul edilerek, ceza hukuku kapsamı dışında tutulacaktır?”* konusudur. Özetle ifade etmek gerekirse, bu çalışmada ele alınacak konular, ceza hukuku bakımından önemsiz hareketler var mıdır? Varsa bunlar nasıl belirlenebilir, ölçütleri nelerdir? Bunlara tanınacak sonuçlar var mıdır? Bu sonuçlar neler olabilir? Maddi ve şekli ceza hukukundaki etkileri nelerdir? Soruları olacaktır.

Öncelikle, *“önemsiz hareketler”* meselesini açık bir biçimde düzenleyen yasa hükümlerinin bulunup bulunmadığı konusuyla başlayalım:

Karşılaştırmalı Hukuk

Yabancı hukukçuların önemsiz hareketler konusuna değişik vesilelerle değindikleri görülmektedir. Yunan ceza hukukçusu Mylonopoulos, *“toplumsal etik açıdan cüzi bir olumsuz değerlilik teşkil eden eylemin cezalandırılmasının orantılılık ve ceza tepkisinin gerekliliği açılarından elverişsiz olduğu”*, Polonyalı ceza hukukçusu Gostynski, *“kanunilik ilkesinin aşırı anlamda ele alındığında yargı organlarına aşırı yük yükleme tehlikesi içermesi dolayısıyla bu ilkeye getirilen istisnaların genelde fiilin cüzi’liği ile bağlantılı olmasının şaşırtıcı olmadığını”*, İspanyol ceza hukukçusu Luzon Pena da bazı suçlarda sorumluluğu kaldırdığı kabul edilen fiilin toplumsal uygunluğu teorisine *“cüzi haksızlık”* veya *“toplumsal tolerans”* adı verildiğini aktarmaktadır.³⁷

³⁵ Önder, C. 2, 20.

³⁶ Önder, C. 2, 22.

³⁷ Ünver, Yener, Uluslar Arası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar, KHUKA 2-3 (2000), 161, 171.

Kural olarak,³⁸ ceza hukukunda önemsiz hareketler meselesinin yasal düzenlemelerin konusunu teşkil etmediği söylenebilir. Ancak, “önemsizlik kriteri”, sosyalist ceza hukukunun maddi suç kavramında yer almıştır.³⁹ Maddi suç kavramından anlaşılması gereken, bir eylemin sadece kanundaki tipe uymasının cezalandırılma için yeterli olmaması, eylemin ayrıca somut durumuyla toplum için tehlikeli olması gerektiğidir.⁴⁰

Maddi suç kavramı, SSCB'nin sosyalist ceza hukukundan Doğu Alman ceza hukukuna alınmıştır. 1954 yılında Hilde Benjamin SSCB Ceza Kanunu'nu esas alarak, bir hareketin kanunun lafzına göre bir suç tipine uymakla beraber, önemsiz olması veya zararlı sonuçlarının olmaması ya da failin toplumsal tehlikeliliğinin ortadan kalkması dolayısıyla artık toplum bakımından tehlike oluşturmasının söz konusu olmayabileceğini ve bu durumda da kesinlikle bir suçun oluşmayacağını açıklamıştır.⁴¹ Uygulama Benjamin'in bu görüşüne dört elle sarılmış ve özellikle de yeni kanunların çok şiddetli cezalarını aşmak için bu görüşü kullanmıştır.⁴²

Bu kavram, sosyalist ceza hukukunun temel kurumlarından biri olup, bu kurum 50'li yılların sonunda cezalandırmayı sağlayıcı kıyasın yasaklanmasından sonra sadece failin lehine olarak, önemsizlik, değersizlik (Geringfügigkeit) durumunda, suçun ortadan kalkmasını sağlayıcı bir fonksiyon görmüştür.⁴³ 1950'li yılların ortasında eski

³⁸ Alman Ceza Kanunu'nun anayasaya aykırı örgütlerin propaganda araçlarının dağıtılması, yayılması suçunu düzenleyen 86. maddesinin 3. fıkrasında, bilim, araştırma, tarih ve vatandaşların anayasaya aykırı faaliyetler hakkında bilgilendirilmesi amacıyla yönelik olarak bu fiilin işlenmesinin suç oluşturmayacağı açıklanmaktadır. Bu maddeye ilişkin olarak Alman Federal Meclis tutanaklarında, bu hükmün, ilgili yayınların bilimsel veya sanat amacı gibi *sosyal uygun* olarak kullanılması durumunda suçun oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu suretle, pozitif bir hüküm olarak açık bir şekilde yer almasa dahi, sosyal uygunluk, meclis tutanaklarında, raporlarında yer almış bulunmaktadır, *Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucksache V/2860, S.9.*

³⁹ Jescheck/Weigend, 139.

⁴⁰ Solnar, Vladimir, “Kriminalpolitische Tendenzen des neuen tschechoslowakischen Strafrechts im Vergleich mit dem modernen deutschen Strafrecht”, *ZStW* 82 (1970), 231.

⁴¹ NJ 1954, S. 455, Lyon, Thea, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR*, Bonn 1960, 34, dn. 31'den.

⁴² Lyon, 35.

⁴³ Schroeder, Friedrich-Christian, “Das Strafrecht der DDR und der Sowjetunion”, *ZStW* 91 (1979), 1087.

Doğu Almanya'da ayrıca "ceza politikası" kavramı esas alınmak suretiyle de aynı sonuca ulaşıldığı gözlenmektedir.⁴⁴

Görüldüğü üzere, maddi suç kavramı, eski Doğu Alman hukukunda da, kanundaki bir suç tipine uyan bir hareketin önemsizliği veya toplum bakımından tehlikesinin söz konusu olmaması dolayısıyla cezalandırılmasını engelleyen bir rol oynamakla, ceza hukukunda önemsiz hareketler kavramı ile aynı sonuçları ortaya koyan bir uygulamaya neden olmuştur.

Önemsiz hareketlerin tipik olsalar dahi cezalandırılmayacağına ilişkin olarak, Alman Ceza Kanunu ile gerek eski ve gerekse yeni Türk ceza kanunlarında genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, tespit edebildiğim birkaç kanun olarak komünist dönem kanunları olan, Doğu Alman, Federe Rus Sovyet Cumhuriyeti Ceza Kanunu ve Küba Ceza Kanunu'nda kanunun genel hükümler kısmında bir düzenleme yapılmıştı. Bunların dışında, bu çalışmada Polonya, İtalyan ve Avusturya Ceza Kanunu'ndaki bazı hükümlere ve Alman Ceza Kanunu'nun özel kısmında yer alan bazı düzenlemelere bu kapsamda işaret etmekte yarar görüyorum:

1960 tarihli eski *Federe Rus Sovyet Cumhuriyeti Ceza Kanunu*'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında suç kavramının tanımı yapılmakta ve ikinci fıkrada, bu kanunun özel bölümündeki düzenlenmiş hareketlerden birinin unsurlarını şekli olarak içermekle beraber, önemsizlik (Geringfügigkeit) dolayısıyla sosyal bakımdan tehlikeli olmayan icrai veya ihmali hareketlerin suç olmadığı hükme bağlanmaktaydı.⁴⁵ Böylece önemsiz hareketlerde bir suçun söz konusu olmadığı açıklanmaktaydı.⁴⁶ 1996 tarihli yeni Rus Ceza Kanunu da, 14/2. maddede benzer hükmü muhafaza etmektedir. Buna göre, şekli olarak ceza kanununda gösterilmiş olan bir suçun unsurlarını içeren ve fakat önemsizlik dolayısıyla toplum açısından bir tehlike oluşturmayan fiiller, başka ifadeyle kişiler, toplum ve devlete yönelik bir zarara yol açmayan ve bir zararın meydana gelmesi tehlikesini de içermeyen eylemler suç sayılmazlar.

⁴⁴ Schroeder, Friedrich -Christian, "Renaissance der "Kriminalpolitik" in den sozialistischen Staaten", Festschrift für Thomas Würtenberger, Berlin 1977, 285, 286.

⁴⁵ Bkz., Pusylewitsch, Teresa, *Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin 1964; Ünver, Yener, "Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri", Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 972, 973.

⁴⁶ Schroeder, Friedrich/Christian, *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, (çeviri, Thomas Bednarz ile birlikte), Freiburg im Breisgau 1998, 10, 11.

Eski *Doğu Alman Ceza Kanunu*'nun 3. maddesine göre, bir hareket kanunun tipine uymakla beraber, fiilin vatandaşların ve toplumun hak ve yararlarına etkisi ile failin kusuru önemsiz derecede ise, suç oluşmaz. *Doğu Alman öğretisinde*, bir hareketin sadece şekli dış görünüşüne göre izole edilmiş bir şekilde değil, hareketin maddi içeriğine göre değerlendirilmesinin Sosyalist ceza hukukunun önemli bir prensibi olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷

1 Mart 1979 tarihli *Küba Ceza Kanunu*, suç başlığını taşıyan IV. kısmın, suç kavramı başlığını taşıyan I. bölümünde, 8. maddenin ikinci fıkrasında konuya ilişkin açık hüküm getirmiştir. Öncelikle ifade etmem gerekir ki, söz konusu 8. maddenin birinci fıkrasında suçun tanımı yapılmıştır ve burada açıkça "*sosyal bakımdan tehlikeli*" ifadelerine yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak ikinci fıkrada, "*bir icrai veya ihmali hareketin bir suç tipinin unsurlarını gerçekleştirirse dahi, sonuçlarının önemsiz olması veya failin kişisel durumlarından ötürü toplum açısından tehlikeli olmaması durumunda suç olarak kabul edilemeyeceği*" hükme bağlanmıştır.⁴⁸

Önemsiz, komünist toplum açısından tehlikeli olmayan fiillerin suç teşkil etmeyeceğine yönelik maddi hukuka ilişkin bu hükmün, eski *Doğu Alman Ceza Kanunu*'nun 3. maddesinde de bulunduğu, Batı Almanya bakımından ise bu sorunun daha çok hafif suçlara reaksiyon bakış açısı altında ve çoğunlukla da ceza muhakemesi araçlarıyla (*Alman CMK m. 153 vd.*) halledildiği aktarılmaktadır.⁴⁹

Komünizm sonrası demokratik sisteme geçildikten sonra hazırlanan 6 Haziran 1997 tarihli *Polonya Ceza Kanunu*'nda yukarıdaki sosyalist ceza kanunlarına benzer bir hükmün muhafaza edildiği gözlenmektedir. *Polonya Ceza Kanunu*'nun 1/2. maddesine göre, *toplumsal zararlılığı çok az olan bir yasak fiil suç oluşturmaz*. Kanunun 115/2. maddesinde toplumsal zararlılığın belirlenmesi konusunda kıstaslar ortaya konmuştur. Buna göre, *ihlal edilen hukuksal yararın türü ve karakteri; meydana gelen veya gerçekleşmesi tehlikesinin bulunduğu zararın kapsamı; suçun işleniş şekli ve buna ilişkin diğer olgular; fail tarafından ihlal edilen yükümlülüklerin ağırlığı ve önemi; kastın şekli; failin saiki; ihlal edilen özen yükümlülüklerinin türü ve bunların ihlalinin derecesi* göz önünde tutulacaktır.

⁴⁷ *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin 1987, 49.

⁴⁸ Bkz., Semon, Hans M., *Das kubanische Strafgesetzbuch vom 1 März 1979*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin New York 1983.

⁴⁹ Semon, 4.

Polonya Ceza Kanunu, komünist ceza kanunlarında yer alan toplumsal tehlikelilik kavramı yerine “toplumsal, sosyal zararlılık” kavramını benimsemiştir. Fiilin sosyal zararlılığı az ise o takdirde ortada suç yoktur ve dolayısıyla failin cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Sosyal zararlılık kovuşturmanın şartlı sona erdirilmesi (m. 66/1) ve cezanın tayininde de (m. 53/1) göz önünde bulundurulacaktır. Bu suretle Alman Ceza Kanunu’ndan farklı olarak sosyal zararlılık düşüncesi, açık bir şekilde basit suçlara ilişkin maddi ceza hukuku kavramı olarak düzenlenmiş olmaktadır.⁵⁰ Bu ilke sorumluluk alanında etkisini gösterirken, kanun koyma faaliyetinde bu ilkeyi destekleyen ilke ultima ratio ilkesidir.⁵¹

Bir başka örnek, *İtalyan Ceza Kanunu*’nun iştirake ilişkin hükümlerinde bulunabilir. *İtalyan Ceza Kanunu*’nun 114. maddesinde, hâkimin suç oluşturan bir eyleme iştirak etmiş bulunan kimsenin suça katkısının sadece az bir öneme (minima importanza) sahip olduğu kanaatine varmış olması durumunda, bu kimsenin cezasının indirilebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Avusturya Ceza Kanunu’ndaki bu konuya ilişkin hükümler ikiye ayrılabilir. Genel hükümler kısmında yer alan 42. maddeye göre, failin kusuru az; fiilin olumsuz neticesi yok veya önemsiz ise ve failin cezalandırılması onu yeni suçları işlemekten alıkoymak veya başkalarının cezalandırılan eylemleri işlemesini önleme bakımından da gerekli görülüyorsa, ceza verilmekten sarfı nazar edilebilir.⁵²

Avusturya Ceza Kanunu’nun özel hükümler bölümünde ise, “memurların hediye alması suçu” nu düzenleyen 304. maddesinin 4. fıkrasına göre, “önemsiz bir yarar” kabul eden fail, fiili ticarete dönüştürmediği takdirde cezalandırılmaz. Ne kadar bir miktarın “önemsiz” sayılacağı, uygulamanın bir malın veya bir zararın ya da bir fiilin neticesinin önemsizliği konusunda ele aldığı kriterlere göre belirlenecektir. 1991 yılında verilen bir kararda 1.000 şiline (yaklaşık 75 Euro) kadar miktarlar önemsiz kabul edilirken, 1985 yılında verilen bir kararda da 2.000 şilinlik menfaatin önemsiz kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.⁵³

⁵⁰ Weigend, Ewa, *Das polnische Strafgesetzbuch*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg im Breisgau 1998, 7.

⁵¹ Ünver, KHukA 2-3 (2000), 162.

⁵² Hakeri, Hakan, *Avusturya Ceza Hukuku’nun 25 Yılı*, MHB 2003, *Gülören Tekinalp Armağanı*, 451.

⁵³ Mayerhofer, Ch./Rieder, S., *Das österreichische Strafrecht, Erster Teil*, 4. B., Wien 1994, §304, n. 8, 8a.

Bakım ve gözetim altında bulunanlara yönelik cinsel suçlara ilişkin *Alman Ceza Kanunu*'nun 174. maddesinin 4. fıkrasında, eylemin haksızlığının az olması halinde cezadan sarfı nazar edilebileceği hükmü yer almıştır (benzer, Alman CK, m. 175). Çevre kirletme suçunun düzenlendiği 326. maddede de, eylemin çevreye etkisinin çöpün miktarının azlığı dolayısıyla açık bir şekilde söz konusu olmaması durumunda eylem cezalandırılmaz. Keza bazı trafik suçları ile çevre suçlarında Alman Ceza Kanunu bir kimsenin yaşam veya sağlığının veya başkalarına ait eşyalarını önemli ölçüde zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olmasını aramakta ve bu şekilde, önemsiz tehlikelerin suç oluşturmayacağı açıkça hükme bağlanmış olmaktadır (bkz., Alman CK, m. 315, 315a, 315b, 315c, 330). Bunların dışındaki birçok hükümde de Alman Ceza Kanunu değerini azlığını göz önünde bulundurmaktadır (bkz., 248a, 243/2, 263/4, 265a/3, 266/2, 257/4, 259/2).

Kore Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen 20. maddesi kanun hükmünü icra gibi klasik hukuka uygunluk sebeplerinin yanı sıra konumuzu da ilgilendiren bir hüküm içermektedir: "...toplumda hâkim olan gelenekleri ihlal etmeyen bir hareket, cezalandırılmaz".

Kore öğretisinde, toplumsal geleneklerin tipikliği ortadan kaldırdığını, baştan itibaren cezalandırılabilir bir haksızlığın bulunmadığını savunan yazarlar vardır. Bununla beraber, "*toplumsal gelenekler*" kavramını savaşta düşmanı öldürme örneğinde olduğu gibi sadece tipikliği kaldıran değil, aynı zamanda bir hukuka uygunluk sebebi olarak da kabul eden yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁴

Ölçütler

Yukarıda, ceza hukukunda önemsiz hareketlerin bulunduğunu ve kimi zaman öğretinin kimi zaman da açık bir hükümle olmasa dahi bazı kanunların da bu kavramı kabul ettiğini açıkladım. Burada ele alınması gereken husus ise, "*ceza hukukunda önemsiz hareketler*" kavramına ilişkin teorik bir takım temellerin bulunup bulunmadığı, başka anlatımla bu kavramın hangi teoriler, ölçütler çerçevesinde açıklanabileceğidir.

Bu çerçevede önerilen bazı kriterler olduğu görülmektedir. Bunların önemsizlik, değersizlik, toplumsal uygunluk, geleneklere uygunluk, hafif değerde, önemsiz miktarda olmak gibi kriterler olduğunu

⁵⁴ Choi, Ou-Chan, Notwehr und "gesellschaftliche Siten", Freiburg i.Br. 1988, 138.

görmekteyiz. Bu çalışmadaki esas çabam, öğretide ve uygulamada yukarıda belirttiğim türden eylemlerin cezalandırılmayacağı ittifakla kabul edilmekle beraber, bu cezasızlığın gerekçesini açıklamak olacaktır. Acaba bu cezasızlığın dayanağı olarak hangi hususlar ele alınabilir?

Bu kapsamda, Alman öğretisinde ileri sürülmüş olan “*Sosyal Hareket Teorisi*” ni, daha sonra toplumsal uygunluk kriterini ve nihayet Türk hukukunda uygulanan örf ve adet kriterini ele alacağım.

Sosyal Hareket Teorisi

“*Sosyal Hareket Teorisi*” Eberhard Schmidt tarafından ortaya atılmıştır. Schmidt, Liszt’in harekete tabii bakış açısından saparak, hareketin bizi doğa bilimlerine ilişkin bir fiziki fenomen olarak değil, sosyal bir fenomen olarak ve sosyal gerçekliğe etkisi itibarıyla ilgilendirdiği fikrini ortaya atmıştır.⁵⁵ Schmidt teoriyi bizzat Liszt’in eserinin, 26. basısını 1932 yılında yeniden yayınlarken ortaya atmıştır. “*Teorinin taraftarlarının, esas aynı olmak üzere, bu teoriyi formüle ediş şekilleri farklıdır. Yapılan bazı tariflere şunlar örnek gösterilebilir. Hareket; ‘insanın toplumsal önemi olan davranışdır’; ‘insanın ihmal veya icra şeklindeki sosyal önemi olan davranışdır’; ‘kişiye yüklenebilen toplumsal önemi olan ve neticeye sebebiyet vermiş bulunan davranıştır’; ‘objektif olarak öngörülebilir sosyal önemi olan davranıştır’. Görülüyor ki, bütün bu tariflerde davranışın sosyal yönü ve ‘önemi’ ön plandadır*”⁵⁶

Sosyal hareket teorisi, objektif, genelleyci hareket kavramından yola çıkmaktadır.⁵⁷ Teori esas itibarıyla ceza hukuku anlamında hareketin neler olabileceğini açıklamakta ve bu çerçevede hareketin sosyal bakımdan önemli davranış olduğu sonucuna varmaktadır. *Maihofer* sosyal hareket kavramının unsurları olarak, başkaları için objektif olarak önceden görülebilir olması, sosyal neticelere yönelmiş bulunması ve objektif olarak insanlar tarafından hükmedilebilmesini göstermektedir. Böylece insanlar tarafından hükmedilemeyen hareketler olan refleks hareketleri ve önceden görülebilir nitelikte olmayan batıl inançlara dayanan hareketler (büyüyle insan öldürmeye çalışma gibi)⁵⁸

⁵⁵ Jescheck, Hans/Heinrich, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 139-155, s. 150.

⁵⁶ Önder, C.2, 35.

⁵⁷ Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. B., Berlin New York 1991, 6. Abs. kn. 23.

⁵⁸ Örnek tarafımdan verilmiştir.

hareket kavramı dışında kalacaktır.⁵⁹ Teoriyi savunan bir diğer yazar olan *Jescheck*'e göre, sosyal hareket kavramı ceza hukuku bakımından önemsiz olayların ayrılmasına da hizmet etmektedir. Böylece refleks hareketleri, şuur kaybı halinde yapılan hareketler ile karşı konulamaz bir cebrin etkisiyle yapılan hareketler ceza hukuku manasında hareket olarak kabul edilemezler.⁶⁰

Burada ileri sürülebilecek bir itiraz, uygulamada önemsiz hareketlerle ortaya çıkan bunların cezalandırılabilirliği sorununun, sosyal hareket kavramı gibi içi boş bir kavramın yardımıyla çözülmeye çalışıldığıdır. Bu düşünceye karşı *Jescheck*, bu kavramın içeriğinin de bulunduğunu ifade etmekte, sosyal hareket kavramının içi boş olmadığını, somut bir içeriğe de sahip olduğunu açıklamaktadır. Yazara göre, sosyal hareket kavramı pratik çözümler sunmakta ve dogmatik gelişime açık bir çözüm içermektedir.⁶¹

Toplumsal Uygunluk Kriteri

Öğreti

Toplumsal uygunluk görüşü, yaklaşık 65 yıl evvel ilk önce *Welzel* tarafından ortaya atılmıştır.⁶² Teori daha sonraki yıllarda birçok yazar tarafından savunulmuş veya eleştirilmiş, günümüzde artık eskimiş olduğu, yeni fikirlerin bu teoriyi gereksiz kıldığı ve bu itibarla artık ömrünü doldurduğu ileri sürülmüştür. Burada bu teorinin yukarıda belirtmiş olduğum problemin çözümünde kullanılıp kullanılmayacağını tartışacağım. Bu nedenle öncelikle teori hakkında kısa bilgi vermekte yarar vardır:

Welzel,⁶³ o ana kadar geçerli olan hukuksal yararın korunması teorisinin çok statik olduğunu fark etmiştir. O zamanlar ağırlıklı olan

⁵⁹ Maihofer, Werner, "Der soziale Handlungsbegriff", Festschrift für Eberhard Schmidt, Bonn 1969, S. 156-182, S. 178-181.

⁶⁰ Jescheck, FS Schmidt, 151-153.

⁶¹ Jescheck, FS Schmidt, 153, 155.

⁶² Bugün bir çok yazar, ceza hukukunda hareketin tarifini yaparken, bu teoriden yararlanmaktadır: "Ceza hukuku manasında hareket, insan iradesi tarafından hükmedilen veya hükmedilebilir sosyal bakımdan önemli davranıştır", Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33. B., Heidelberg 2003, kn.93; Ayrıca Bkz., Hirsch, Hans Joachim, "Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel", ZStW 116 (2004), S.1-14, S.10. Bu teoriyi savunan yazarlar: Schmidt, Engisch, Jescheck, Kienapfel, Maihofer, Lange, Oehler, Wolff, Wessels.

⁶³ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. B. Bonn 1969, s. 1-6; 55-58; Welzel, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), S. , 514-530.

görüş, failin korunan bir hukuki yararı ihlal etmek suretiyle, bir suç tipinin tipikliğini gerçekleştirdiği idi. Buna karşılık *Welzel*, ancak fonksiyon gören hukuksal yararların bulunduğunu, yani etkili olan ve etki kabul eden yararların bulunduğunu; hukuksal yararlar için rizikolar oluşturulmasının günlük hayatın içinde olduğunu ve buna tipik örnek olarak trenin kullanılmasını aktarmakta ve hukukun amacının bütün saldırıları yasaklamak değil, hukuksal yararlar için sayısız ihlalden, ancak toplumsal yaşam bakımından “*dayanılamaz*” nitelikte olanları yasaklamak olması gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla, hareket kavramı sosyal yaşam alanı içindeki hareket olarak algılanmak gerekir. Dolayısıyla bir halkın toplumsal yaşamının tarihsel olarak oluşan düzeninin içindeki hareketler haksızlık kavramının dışında tutulmalıdır.⁶⁴ Buna *Welzel* “*toplumsal açıdan uygunluk*” demektedir. Toplumsal bakımdan uygun olan bir hareket, ihlali söz konusu olabilecek suç tipinin tipikliğini gerçekleştiremez. Sosyal bakımdan uygun hareket grubuna ilk örnek olarak izin verilen riziko gösterilebilir. Örneğin spor karşılaşmaları gibi. Bir davranışın ne zaman sosyal bakımdan uygun olduğu hususundaki kriter ise, o davranışın genel olarak alışılmış ve toplum tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Hafif suçlar suç olmaya devam ederler.

Görüldüğü üzere, bazı hareketler, tipik olmakla beraber, “*toplumsal yaşam içinde tamamıyla sorunsuz olan, zira sosyal hareket özgürlüğü kapsamında bulunan hareketler*” olabilirler.⁶⁵ Hareket belirli ve yararlı bir amaca hizmet ettiğinden, bir hareketin toplumun üyeleri tarafından genel olarak kabul edilmesi ve birlikte yaşamı bozan cezaya layık bir davranış olarak görülmemesi mümkündür. Birçok olayda kanun koyucu maddi davranış değerlendirmelerini ceza hükümleri haline getirmekte ve bu ceza hükümleri de şekli ceza hukuku uygulamasında esas alınmaktadır. Burada ortaya çıkan problem, suç tipinin davranışın haksızlık tipini içermesi ve fakat davranışın sosyal uygunluğunu kuran olguları kapsamaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu olguların ceza hukukunun uygulanması sürecinde göz önünde tutulmaması, sosyal uygun davranışın cezaya layık olarak değerlendirilmesini sonuçlamaktadır. Bu tür bir değerlendirme yanlış bir değerlendirme olurdu ve bu nedenledir ki, sosyal uygun davranışların cezaya layık olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁶

⁶⁴ Kavram ve fiilin toplumsal uygunluğu teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, 67 vd.

⁶⁵ BGH 23, 228.

⁶⁶ Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 34; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 7.B., Ankara 2005, 23, 24.

Toplumsal uygunluk kavramı ampirik değil, normatif bir kavramdır ve bu yönü itibarıyla örf ve adet hukuku ile paralellik söz konusudur. Böylece bu kavram sosyolojik değil, hukuksal bir kavramdır.⁶⁷

Burada diğer yazarların konuya ilişkin görüşlerine geçmeden önce Almanya'da verilen birkaç örneğe değinmekte yarar görüyorum:⁶⁸ A, bir resmi dairede, işlerini kısa sürede yapacağını söyleyen memur M'ye bir demet çiçek hediye eder ve M, bu çiçekleri kabul eder. Burada A'nın cezalandırılabilirliğini değerlendirecek olursak:

1. Toplumsal uygunluk kriteri yardımıyla çözüm.

Lâfzî olarak bakıldığında eylem Alman Ceza Kanunu 333. maddede düzenlenmiş bulunan menfaat sağlama suçunun unsurlarını oluşturmuştur. Ancak çok az değerdeki şeylerin hediye edilmesi genelde alışılmış olan ve nazikçe bir davranış olarak kabul edilen bir davranıştır. Çok az değerde bir hediye ile korunan hukuki yarar, yani halkın memurun satın alınamayacağına olan güveni, önemli ölçüde tehlikeye sokulmuş olmaz. Dolayısıyla A sosyal bakımdan uygun davranmıştır.

2. Neticenin önemsizliği esas alınarak çözüm.

Alternatif olarak probleme netice açısından bakılarak yaklaşılabilir. Bunu Roxin yapmaktadır. Buna göre değersiz bir hediye netice olarak memurun görevini ihlalini oluşturmaz ve kimse de buna inanmaz.

Bir başka örnek evlilik içi zorla cinsel ilişki bakımından verilebilir. Burada toplumsal uygunluk kıstası uygulanmak suretiyle, kocanın hareketinin sosyal açıdan uygun olduğu ve bu itibarla tipik olsa da cezalandırılmayacağı söylenebilir.⁶⁹ Keza, bizzat teorinin kurucusu Welzel tarafından verilen örneğe göre, akciğer hastası olan eşinin bir hamilelik durumunda öleceğini düşünen kocanın bu amaçla onunla cinsel ilişki kurması sosyal uygun bir harekettir.⁷⁰

Bir örnek daha vereyim: Hekimin tedavi hareketini Alman uygulaması hastanın rızası olmadığı takdirde yaralama olarak kabul etmekte-

⁶⁷ Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. B., Heidelberg 1992, §17 II, kn. 17.

⁶⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı örnek için Bkz., Ünver, İzin Verilen Risk, 79 vd.

⁶⁹ Ancak, tarafımdan düşünülen bu örnek ile ilgili olarak bu sonuca ulaşamayacağı kanaatindeyim. Bu tip olaylarda sosyal uygunluk kriteri uygulansa dahi, kocanın cezalandırılabilirliği neticesine varmak gerekir, zira sosyal açıdan uygun olan hareket evlilik içi rızaya dayalı cinsel ilişkidir, yoksa zorla olanı değil. Nitekim yeni ceza kanunumuz evlilik içi cinsel saldırıyı cezalandırmaktadır, m. 102/2.

⁷⁰ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 56.

dir. Buna karşılık öğretilerde hekimin hareketinin hiçbir zaman yaralama sayılamayacağı ileri sürülmekte ve burada da *Engisch* tarafından ileri sürülen sosyal anlam kriteri esas alınmaktadır. Buna göre hekimin tedavi hareketi saf objektif görünüşüne göre değil, sosyal anlamına göre değerlendirilmelidir. Burada esas olan bir hastanın tedavisidir. Dolayısıyla dış görünüş olarak yaralama değil, vücut yararının ihlali esas alınmalıdır.⁷¹ *Schmidt* de hekimin hareketinin yaralama olarak kabul edilmesinin, hekim hareketinin sosyal anlamının yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını açıklamaktadır.⁷²

Öğretilerde hareketin sosyal anlam ve önemi esas alınarak suçun tipikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediği, dolaylı aktif ötenazi adı verilen, hekimin hastanın acılarını dindirmek amacıyla yaptığı müdahalenin, aynı zamanda kaçınılmaz sonuç olarak hastanın yaşamının sona ermesini hızlandırması eyleminde tartışılmaktadır. *Wessels*,⁷³ bu tip bir hareketin yaşamın kısaltılması bakımından nedenselliği esas alınmak suretiyle karar verilmesinin yanlış olacağını, tipiklik bakımından hukuksal değerlendirme yaparken, göz önünde tutulması gerekenin olayın gelişiminin bir bütün olarak sosyal anlam ve önemi olduğunu savunmaktadır. Yazar bu suretle, böyle bir eylemin tipik bir insan öldürme suçu olarak kabul edilemeyeceğini, zira bu hareketin yaşama yönelik olmayıp, zaten ölmek üzere olan hastaya hizmet amacının esas olduğunu ve hekimin bu tip olaylarda hastanın ölüm sürecini dayandırarak kılmak için mevcut tek ve son imkânı kullandığını açıklamaktadır. Görüldüğü üzere burada da yine tipikliğin gerçekleştiğini reddetmek için hareketin sosyal anlam ve önemi kriteri kullanılmaktadır.

İlginç bir örnek olarak da şu olay verilebilir: Otobüsteki yolcuyu, inmek istediği duraktan bir durak sonra indiren belediye otobüsünün şoförü, hürriyeti tehdit suçunu işlemiş olmaz.⁷⁴ Diğer toplumsal uygunluk örnekleri: Dar aile çevresinde onura yönelik ifadelerle haka-

⁷¹ Engisch, Karl, "Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", ZStW 58 (1939), S.5.

⁷² Schmidt, Eberhard, "Der Arzt im Strafrecht", Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, Stuttgart 1957, S. 35.

⁷³ Wessels, Johannes, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 18. B., Heidelberg 1994, kn. 26; Ayrica Bkz., Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 27.B., Heidelberg 2003, kn. 32, 37; Wessels/Beulke, kn. 703; Aynı görüşte, LK-Jähnke, (11. B.), Berlin 2002, vor §211, kn. 16; Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. B., München 2003, vor §§211 bis 216, kn. 18; Krş. BGH, NJW 1997, 810.

⁷⁴ Ebert, Udo/Kühl, Kristian, "Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat", Jura 1981, 226.

ret; tehlikeli işletmeleri çalıştırma (taş ocağı, kimya fabrikaları gibi), boks gibi bazı spor türlerinde meydana gelen yaralamalar. Buna karşılık bazı yazarlar tarafından verilen postacıya yeni yıl hediyesi; küçük miktarda para ile oynanan şans oyunları veya karnavalda üniforma giymek (TCK 264; Alm. CK 132 1/4. bent) gibi eylemlerin, ilgili suç tipinin ihlalini gerçekleştirmediğinden, bahsedilen suç tiplerinin oluşmadığı⁷⁵ savunulmaktadır.

Bu çerçevede örf ve adet de önem kazanmaktadır: “Gelenek hukukunun bir normun uygulanmasına olan engelleyici etkisine daha başka açıdan yaklaşıldığı da görülmektedir. Denilmektedir ki, gelenek artık sosyal uygunluk halini almıştır; bu niteliği sebebiyle bir normun uygulanmamasına olan etkisi, fiili hukuka uygun hale getirmiş olmasında görülmelidir”.⁷⁶ Türk Hukuku’nda da zimmet suçunda zimmete geçirilen malın değerinin az olması durumunda örf ve adet gereği olarak hukuka aykırılığın ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.⁷⁷ Ancak örf ve âdetin hukuka aykırılığı ortadan kaldıramayacağı, zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda failin eyleminin hoş görülebileceği; ancak yine de haksız bir eylemin bulunduğu da ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yine de eylemin mazur addedilmesi mümkündür. Haksız bir eylem bulunmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir.⁷⁸

Önemsizlik yanında öğretide kullanılan bir başka terim “*minimum*” terimidir. Özellikle yaralamada, mala zarar vermede, zararın, etkinin minimum olması durumunda tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği bu çerçevede tartışılmaktadır. Bu noktada da, insanların belirli ölçüde eşya veya vücutları üzerindeki etkilere katlanmalarının alışılmış olduğu, zira bunların önemsiz veya günlük yaşamda olağan olduğu ve sosyal düzene aykırı olduğunun ciddi olarak düşünülmediği belirtilmektedir.⁷⁹ Bu nedenle, örneğin kalabalık içinde hafif dokunmalar, yaralama olarak cezalandırılmamaktadır.

Sonuç olarak, toplumsal uygunluk bir suç tipinin müstakil unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken yapılacak yorum faaliyetinde önemli bir yardımcı olarak fonksiyon görmektedir.⁸⁰ Top-

⁷⁵ LK-Jescheck, (11.B.) vor §13, kn. 49.

⁷⁶ Önder, C.1, 82.

⁷⁷ Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3.B., İstanbul 1991, 91.

⁷⁸ Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002, 141, 142.

⁷⁹ Haas, Robert, “Sachbeschädigung durch wildes Plakatieren?”, JuS 1978, 17, 18.

⁸⁰ Maurach/Zipf, §17 II, kn. 21.

lumsal uygunluk kriteri ratio legis çerçevesinde suç tipinin daraltıcı yorumunu sağlamaktadır.⁸¹

Toplumsal uygunluk teorisinin ceza hukukunun hareket dışındaki bazı konularıyla da yakından bağlantısı vardır. Nitekim “*yansız yardım*” (neutrale Beihilfe) olarak adlandırılan hareketlerin cezalandırılabilirliği sorununda sosyal uygunluk kriteri kullanılabilir. Buna göre, eşinin ekmeğine zehir koyarak onu öldürmek için fırından ekmek alan kimseye ekmek satan fırıncı kasten öldürme suçuna yardımdan dolayı sorumlu tutulmaz, zira eylemi sosyal bakımdan uygun bir eylemdir. Burada toplumsal uygunluk teorisi sosyal bakımdan alışılmış hareketlere ceza hukukunun müdahale etmemesi gerektiğini savunmaktadır.

Toplumsal uygunluk ölçütü eleştirilmiştir. Buna göre, teorinin, doğru hedefi takip etmekle beraber, tipikliği ortadan kaldıracı bir fonksiyon görmesi mümkün değildir ve yorum prensibi olarak da daha net kriterlerin ortaya konmuş bulunması dolayısıyla işe yaramamaktadır.⁸² Bu itibarla bu teorinin artık dogmatik bir önemi bulunmamaktadır. Sadece lafzi olarak çok geniş kapsamlı düzenlenmiş bulunan suç tiplerinin yorumlanması konusunda teori tatmin edici çözümler getirmektedir, ancak bu tip durumlarda da sorun bu teoriye başvurmadan çözülebilir, zira bu olaylarda sadece “*ratio legis*”e göre tipik yasağa uyan hareketlerin suç tipi kapsamında olduğunu kabul etmek yeterli olacaktır.⁸³ Öğretide ayrıca, önemsiz hareketlerin suç oluşturup oluşturmaması konusunda toplumsal uygunluk teorisine gitmeye gerek olmadığı, kanunun tipikliğine lâfzî olarak uyan, ancak kanun tarafından kapsanmış olabileceği düşünülemeyecek olan fiillerin, koruma amacını esas alan amaçsal sınırlayıcı genel yorum kuralları aracılığıyla aynı sonuca varılabileceği ifade edilmektedir.⁸⁴

Bazı yazarlar da toplumsal uygunluk teorisini amaçsal yorumun bir alt dalı olarak mütalaa etmektedirler.⁸⁵

Bir başka eleştiri ise, toplumsal uygunluk bakımından suç oluşturan bazı hareketlerin sıkça yapılmaya başlamasının, bunların artık

⁸¹ LK-Hirsch, vor §32, kn. 26.; Gropp, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.B., Berlin Heidelberg 2001, §6, kn. 228.

⁸² Roxin, §10, kn. 42.

⁸³ Hirsch, Hans Joachim, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, *ZStW* 74 (1962), S. 133.

⁸⁴ Schönke/Schröder-Lenckner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. B., München 2001, vor §13, kn. 70.

⁸⁵ Bkz., Ostendorf, 344.

toplumda alışkanlık yaratması ve dolayısıyla cezasız kalmalarından ziyade, bunların cezalandırılması seçeneği üzerinde daha ısrarlı bir biçimde durulmasını gerektiğini vurgulamaktadır.⁸⁶

Yukarıda karşılaştırmalı hukukta değindiğim Kore Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "*toplumsal gelenekler*" kavramının sosyal uygunluk teorisinden kaynaklandığını savunan yazarlar vardır.⁸⁷ Aynı şekilde Kore Yüksek Mahkemesi de 27.4.1976 tarih ve 75/115 sayılı kararında bu kavramı açıklarken "*sosyal uygunluğu*" ölçü olarak almıştır.⁸⁸ Gerçekten de, sosyal uygunluk teorisi ile "*toplumsal gelenekler*" esasları arasında benzerlikler olduğu görülmektedir. Nitekim her ikisinin de temel çıkış noktası olarak haksızlık içeriğinin bulunmadığı fiilleri ayırarak, bunları sosyal etik bakımından cezasız açıklama gayreti yatmaktadır. Ancak belirsizlikleri dolayısıyla her iki kavram da profilsiz kalmakta ve zaman zaman zaman tipikliği kaldıran bir sebep, zaman zaman da hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir.⁸⁹

Sosyal uygunluk teorisi ile Kore hukukundaki "*toplumsal gelenekler*" kavramları karşılaştırıldığında, toplumsal gelenekler kavramının belirsizliği ve soyutluğu dolayısıyla tipikliği ortadan kaldırma veya bir hukuka uygunluk sebebini kabul noktasında en fazla bir yorum aracı olarak kullanılabilmesi görülmektedir. Yoksa müstakil bir tipikliği kaldıran veya hukuka uygunluğu sağlayan bir sebep olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Böylece olaya uygulanabilecek bir hukuka uygunluk sebebini bulunmadığı hallerde ultima ratio olarak "*toplumsal gelenekler*" kavramının vazife görebileceği ifade edilmektedir.⁹⁰

Uygulama

1970 yılında verilen bir yüksek mahkeme kararında, toplumsal uygunluğun tanımı yapılmıştır: Alışılmış, genel tarafından onaylanan ve bu nedenle de ceza hukuku bakış açısında sosyal yaşamda hiçbir şekilde şüphe uyandırmayan, sosyal hareket özgürlüğü içinde bulunan hareketler, tipik veya en azından hukuka aykırı sayılamazlar. Mahkemeye göre bu genel prensip sadece ceza hukukuyla sınırlı olmayıp, bütün hukuk düzenini kapsamaktadır. Toplumsal uygunluğun belirlenmesi

⁸⁶ Haas, 18.

⁸⁷ Ryu, AT, 195, J. S. Lee, 185, Choi, 135, dn. 649'dan.

⁸⁸ Choi, 137.

⁸⁹ Choi, 164, 165.

⁹⁰ Choi, 170, 171.

ise, anayasal düzen ve bu düzen ile sınırları belirlenmiş hareket özgürlüğüne göre yapılacaktır.⁹¹

Yukarıda giriş kısmında vermiş olduğum kararda da, yüksek mahkemenin çok önemsiz, hafif derecedeki hukuksal yarar ihlallerinin şekli olarak suç tipi kapsamında olsa bile maddi olarak ceza normunun tipikliğini gerçekleştirmeyeceğine karar verdiğini aktarmıştım. Mahkemeye göre, önemsizlik prensibi, tipiklik değerlendirmesinde kullanılacak olan genel bir yorum prensibidir. Hemen belirtelim ki, mahkeme yukarıda açıklamış bulunduğum sosyal uygunluk kriterinin tipiklikteki düzeltmeleri ne ölçüde sağladığı hususuna özellikle girmediyini belirtmektedir. Ancak mahkeme, sosyal uygunluk kriterini kullanmasa bile, çok önemsiz hukuksal yarar ihlallerinin tipiklik kapsamında kabul edilmemesi esasının, anayasada düzenlenmiş bulunan orantılılık prensibinden de çıkarılabileceğini vurgulamaktadır. Devletin uyguladığı yaptırımın, eylemin yol açtığı hukuksal ihlal ile orantı içinde olması gerekir. Aksi takdirde devletin uyguladığı ceza, o eylemin yol açtığı ihlalden daha ağır bir ihlale yol açacaktır. Böylece, bu anayasal kriter içinde ve anayasaya uygun olarak yorumlandığında, örneğin haczedilmiş mal üzerindeki hâkimiyetin çok önemsiz derecede engellenmesi Alman CK 136. maddedeki suçun tipikliğini gerçekleştirmemektedir.⁹²

Bir başka yüksek mahkeme kararına konu olayda, bir polis memuru, sanık hakkında yapılan şikâyet üzerine, eylemin kendi düşüncesine göre sigorta dolandırıcılığı oluşturduğu kanısıyla soruşturma işlemlerine başlamış, yaptığı işlemler sonucunda dosyayı savcılığa aktarmıştır. Savcılığın sigorta dolandırıcılığından dolayı dava açmaya gerek görmemesi üzerine, sanık, polis memuru hakkında masum kimselerin kovuşturulması (Alman CK m. 344) ve iftira suçlarından dolayı suç duyurusunda bulunmuştur. Yüksek mahkeme, failin kastının bulunmaması dolayısıyla iftira suçunun gerçekleşmediğine karar verirken, masum kimselerin kovuşturulması suçunun, failin sosyal bakımdan uygun hareket etmesi durumunda gerçekleşmeyeceğini açıklamıştır. Mahkemeye göre, *lafzı itibarıyla çok geniş olarak düzenlenmiş bulunan suç tipleri toplumsal uygunluk teorisi gereğince sınırlandırılabilir*. Mahkeme, uygulamada, kanun hükmünü sınırlayıcı olarak yorumlayan ve sosyal uygun hareket esasına dayanan açık bir mahkeme kararının daha önce verilmemiş olmasına rağmen, kendisinin masum kimselerin ko-

⁹¹ BGH 23, 228.

⁹² OLG Hamm, NJW 1980, 2537.

vuşturulması suçu ile ilgili olarak sosyal uygunluk teorisini göz önünde bulundurduğunu ifadeyle, sanık polis memurunun beraatına karar vermiştir.⁹³

Uygulamanın da, sosyal uygunluk kriterini tipikliğin sınırlanmasında kullandığını gösteren kararlar bulunmaktadır: Eşini terk eden kocanın (eşin intihar etmesi durumunda), eşinin intihar tehlikesi içinde olduğunu bilmesine rağmen, sosyal uygunluk içinde hareket etmesi dolayısıyla sorumlu olmayacağına karar verilmiştir.⁹⁴ Keza meyhanecinin alkollü içki vermesi genel olarak sosyal bakımdan tanınmış bir davranıştır.⁹⁵ Bunun sonucu olarak toplumsal bakımdan uygun hareketlerde bulunan kişiler garantör sayılmayacak ve bu suretle ihmali davranışlarından ötürü de garantörsel ihmali suçlardan dolayı sorumlu tutulamayacaklardır (Bkz., TCK 83).⁹⁶

Sosyal Uygunluk Bir Hukuka Uygunluk Sebebi midir?

Tipikliğin hukuka aykırılığın bir karinesi olması, aslında günlük yaşamda yapılan ve açıkça hukuka uygun olan birçok hareketin tipik olması dolayısıyla cezalandırılma durumu ile karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır. Bu durum, bu tip hareketlerin özel bir takım hukuka uygunluk nedenleri ile hukuka uygun kılınmalarını zorunlu kılmaktadır.⁹⁷ Bu sebeple, sosyal uygunluk görüşüne müracaat edilmek suretiyle, bir hukuk düzeni tarafından tanınmış (örneğin, Karayolları Trafik Kanunu vasıtasıyla) veya toplum tarafından kabul gören (örneğin, spor faaliyetleri) ancak bir ceza kanununun da tipikliğini oluşturan eylemlerin cezadan kurtulmasını sağlamak da amaçlanmaktadır.⁹⁸ Esasen kanımca, bu suretle, eylemi toplumsal bakımdan uygun ve dolayısıyla hukuka uygun (rechtskonform) kabul etme sonucuna ulaşılmak suretiyle, toplumsal uygunluktan bir çıkarım yapılmakta ve fiilin artık hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁹

⁹³ OLG München, NStZ 1985, 549, 550. Kanımca olayda kast ve kanun hükmünü yerine getirme (mecburilik sistemi) esaslarına dayanılarak da, polis memurunun hareketinin söz konusu suç tiplerini oluşturmadığı sonucuna varılabildi.

⁹⁴ BGH 7, 271.

⁹⁵ BGH 19, 154.

⁹⁶ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, 138, 170.

⁹⁷ Maurach/Zipf, §24 I, kn. 6.

⁹⁸ Maurach/Zipf, §17 II, kn. 14 vd.

⁹⁹ Bkz., Zipf, Heinz, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", ZStW 82 (1970), 644 vd.

Her ne kadar, müstakil bir hukuka uygunluk sebebi olarak “toplumsal uygunluk” düşünülebilirse de, böyle bir hukuka uygunluk sebebini reddetmek gerekir.¹⁰⁰ Toplumsal uygunluğun fiilin hukuka aykırılığını kaldırıcı etki yapması kabul edilemez. Toplumsal uygunluk düşüncesi sadece suç tiplerinin yorumunda bir bakış açısı olabilir; hukuka uygunluk sebebi olamaz.¹⁰¹ Toplumsal uygunluk düşüncesinin, ancak müstakil suç unsurlarını sınırlayıcı, tipikliği daraltan şekilde kullanılması kabul edilebilir. Sonuç olarak kanun koyucu suç tiplerini daha belirgin şekilde düzenleyecek olursa, toplumsal uygunluk kriterine gerek kalmayacaktır. Bu nedenle genel nitelikli bir hukuka uygunluk nedeni olarak sosyal uygunluk esasının düzenlenmesi reddedilmelidir.¹⁰²

Sosyal uygunluk teorisinin mucidi *Welzel* dahi, genel hükümler kitabının çeşitli baskılarında görüşünü değiştirmiş, zaman zaman toplumsal uygunluğun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunurken, 9. baskıdan itibaren, tipikliği ortadan kaldırıcı bir unsur olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰³

Sosyal Mutabıklık Görüşü

Klug tarafından ileri sürülen sosyal mutabıklık görüşü de kaynağını toplumsal uygunluk kriterinden almakla beraber, yazar bazı nüanslar öngörmektedir. Ancak baştan ifade etmem gerekir ki, sonuçta yazar da sosyal mutabık davranışların cezalandırılmayacağını savunmaktadır.

Yazara göre, sosyal etik emirlerden sapma bazı davranışlarda o kadar hafif, önemsiz olabilir ki, neredeyse tespit etmek bile güç olur ve dolayısıyla da sosyal mutabık, yani suç tipini gerçekleştirmeyen bir hareket olarak görülebilir.¹⁰⁴

Bir suç tipinin şekli uygulama alanının sınırlanmasının tartışma konusu olduğu her yerde, sosyal mutabık bakış açısı göz önünde tutu-

¹⁰⁰ Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 35; Zipf, 645; Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch*, 24.B., München 2001, vor §32, kn. 29; Roxin, Claus, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, *Festschrift für Ulrich Klug*, C.II, Köln 1983, 304.

¹⁰¹ LK-Jescheck, (11.B.) vor §13, kn. 49.

¹⁰² Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 35.

¹⁰³ Peters; Karl, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, *FS Welzel*, Berlin New York 1974, 419.

¹⁰⁴ Klug, Ulrich, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Bonn 1969, S. 248-265, S. 261.

labilir. Her ne kadar suç tipleri esasen sosyal etik prensiplerin kanunlardaki bir yansıması ise de ve bu yönüyle bir hareket tipik olduğunda bu hareketle sosyal bakımdan mutabık olunmadığı karinesinden yola çıkılabilecek ise de, sosyal mutabıklık suretiyle tipikliğin gerçekleşmediğini söylemek de mümkündür.¹⁰⁵

Yazara göre sosyal mutabık hareketlerde, toplumsal uygun hareketlerden farklı olarak bu hareketlerin yapılması emredilmektedir. Toplumsal uygunluk aynı zamanda sosyal etik açıdan emredilen olmaksızın, sadece sosyal önemsizlik dolayısıyla sosyal etik açıdan müsaade edilen bir hareketi ifade etmektedir.¹⁰⁶ Yazarın sosyal mutabık davranışlara verdiği örnekler şunlardır: Çocukların pedagojik eğitimi amacıyla ebeveynler tarafından hürriyetlerinin kısıtlanması halinde sosyal mutabıklık dolayısıyla tipikliğin kalktığını kabul etmek gerekir.¹⁰⁷ Sosyal mutabıklık bakış açısında ayrıca hayvanlara zarar verme (TCK 151/2) suçunun sineklere karşı işlenmesi de tipik değildir. Hâlbuki sineklerin kimyasal veya mekanik yöntemlerle öldürülmesi çoğu kez tipe uymaktadır (Alman Hayvanları Koruma Kanunu; krş. 24.6.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu).¹⁰⁸ Son olarak postacıya yeni yıl hediyesi verilmesi, davranışın sosyal mutabık olması dolayısıyla tipik değildir.¹⁰⁹ Yazar buna karşılık, spor karşılaşmalarında, modern trafikte (izin verilen riziko) ve hakaret suçlarında toplumsal uygunluk dolayısıyla tipikliğin kalktığının değil, toplumsal uygunluk nedeniyle hukuka uygunluğun söz konusu olduğunu savunmaktadır. Bunun gerekçesi, buralarda kural olarak sosyal bakımdan önemsiz bir harekete müsaade edilmesinden söz edilebileceği, yoksa bunların emredilmesinin söz konusu olmamasıdır.¹¹⁰

Yazarın yaptığı diğer bir ayırım, sosyal önemsizlik bakış açısıyla hareketin sosyal bakımdan mutabık olmasıdır. Yazara göre, tipikliğin, ancak hareketin belirli bir önem derecesinde olması şartıyla kabul edildiği hallerde, tipikliğin sosyal mutabıklık suretiyle sınırlanması söz konusudur. Örneğin, basit hürriyeti tehdit suçları (TCK 109) ve şans oyunlarında bu geçerlidir. Çok önemsiz hürriyeti tehdit veya çok az miktarda para ile oynanan şans oyunları, sosyal zararsızlıkları dola-

¹⁰⁵ Klug, FS Schmidt, 261, 262.

¹⁰⁶ Klug, FS Schmidt, 262.

¹⁰⁷ Klug, FS Schmidt, 263.

¹⁰⁸ Klug, FS Schmidt, 263.

¹⁰⁹ Klug, FS Schmidt, 263.

¹¹⁰ Klug, FS Schmidt, 264.

yısıyla sosyal mutabıktırlar ve dolayısıyla da artık tipik olarak görülemezler.¹¹¹

Son olarak yazar, toplumsal uygunluğun bir hukuka uygunluk sebebi, sosyal mutabıklığın ise tipikliği kaldıran bir sebep olduğunu savunmaktadır.¹¹² Hukuka uygunluk sebebi olarak toplumsal uygunluk kriteri aşağıda ele alınacaktır.

Hukuksal Yararın İhlal Edilmemesi Kriteri

Roxin, toplumsal uygunluk kriterinin tipikliğin yorumunda kullanılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, suç tipleri o şekilde yorumlanmalıdır ki, ancak sosyal bakımdan uygun olmayan hareketlerin bu suç tiplerini gerçekleştirdiği kabul edilebilsin.¹¹³

Toplumsal açıdan uygun davranışa örnek olarak gösterilen davranışlar incelendiğinde, bunların iki büyük gruba ayrıldıkları görülmektedir. İlk grupta hukuken önemsiz olan hareketler veya izin verilen riziko göze çarpmaktadır¹¹⁴. Bu kapsamda, izin verilen riziko üzerin-

¹¹¹ Klug, FS Schmidt, 263.

¹¹² Klug, FS Schmidt, 262.

¹¹³ Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C. I, 3. B., München 1997, §10, kn. 37. Öğretide ayrıca, korunan hukuki yararı tehlikeye sokmayan ve bu nedenle tipikliğin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gereken hareketlerden bahseden yazarlar vardır, Sax, Walter, "Tatbestand und Rechtsgutsverletzung I", JZ 1976, 9; Ayrıca Bkz., Schönke/Schröder-Lenckner, vor §13, kn. 70a.

Türk Hukuku'nda bu yönde savunulan görüşler için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, 590 vd.; Ayrıca: "Çağdaş ve çağcıl ceza hukukunun üç temel ilkesi vardır: Bunlar, somutluk (maddilik), kusurluluk ve ihlal edicilik ilkeleridir. İhlal edicilik ilkesine göre, her suç bir varlığı, menfaati, değeri korumak içindir. Dışa yansıyan somut ve kusurlu eylem, korunan bu varlığı, değeri, menfaati ya tehlikeye düşürmeli ya da ona zarar vermeli; tek sözcükle onu ihlal etmelidir. Bu yüzden ceza hukukunun meşruluğu ve cezalandırmanın haklılığı, "ihlal yoksa suç yoktur (nullum crimen sine iniuria)" temeline dayanır. Bu nedenlerle, tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemin (biçimsel hukuka aykırı) suç olabilmesi için, o suçla korunan varlığın, menfaatin, değerinin ihlal edilmesi ve bu ihlalin nicelik açısından belli boyutlara ulaşması zorunludur. Maddi hukuka aykırılık da adı verilen bu boyut gerçekleşmemiş ise, suçun yapısına göre, fail ya cezalandırılmayacak ya da kalkışma aşamasında kalmış suçtan cezalandırılacaktır", Selçuk, Sami, *Karşı Oylarım*, Ankara 2001, 367. Hemen belirtmeliyim ki, bu çalışmada belirtilen prensipler çerçevesinde tipiklik oluşmasına rağmen fiilin cezalandırılmayacağı kabul edildiği veya eylemin hukuka uygun kabul edildiği durumlarda, teşebbüsten ötürü de cezalandırma söz konusu olamaz.

¹¹⁴ Jakobs bu kapsamda, izin verilen riziko, güven prensibi, garantörlükle ilgili işleme ve rücu yaşağın belirtmektedir, Abs. 7, kn. 4b.

de Türk öğretisinde ayrıntılı çalışmalar bulunduğu¹¹⁵, hukuken önemsiz hareketler kategorisi üzerinde durmak istiyorum. Buna verilen örnek, kendisine miras bırakacak olan amcasını yoğun yağmurda dışarıya göndererek, yıldırım düşmesi suretiyle ölmesini temin etmek isteyen yeğen örneğidir. Burada sorumluluğu kısıtlayıcı kural olarak, yeğenin davranışının sosyal açıdan uygun olup olmadığı esas alınmaktadır.¹¹⁶

İkinci grup olarak, önemsiz, sosyal bakımından genel olarak hoş görüyle karşılanan davranışlar grubu karşımıza çıkmaktadır. Bunun için verilen örnek ise postacıya verilen küçük bir yeni yıl hediyesi olayıdır. Burada kanunun sıkı lâfzî yorumundan farklı olarak, davranışın toplumsal bakımdan uygun olması dolayısıyla Alman CK 331. madde kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Yine az miktarda para ile oynanan şans oyunlarının da Alman CK 284. maddeyi ihlal etmeyeceği savunulmaktadır. Aynı şekilde aile içindeki alçaltıcı ifadeler de hakaret suçunu oluşturmamaktadır. *Roxin*, bu ve benzeri örneklerde ilgili suç tipinin gerçekleşmeyeceğine ilişkin sonucun onaylanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık, yazar, bu davranış şekillerinin sosyal bakımdan uygun olması dolayısıyla tipikliği gerçekleştirmediği şeklindeki görüşün çok genel olduğunu açıklamakta ve değişik normlar ile korunan hukuksal yararların verilen örneklerde ihlal edilmediğini ve bu nedenle (toplumsal bakımdan uygun olduklarından değil) eylemin normun içerdiği yasağı ihlal etmediğinin kabul edildiğini belirtmektedir.¹¹⁷ Buna göre postacıya verilen küçük hediye, kamunun memura olan güvenini sarsmamakta; küçük miktarlarla oynanan kumar 284. maddenin koruduğu hukuksal yarar olan halkın oyun oynama isteğini kullanma yönünde bir ihlale neden olmamakta; aile içindeki tahkir içeren ifadeler 185. maddenin koruduğu ilgilinin sosyal bakımından tahkirine neden olmamaktadır.¹¹⁸

Roxin'in bu görüşü değerlendirildiğinde, çıkış noktasının aynı olduğu, yalnız yazarın, toplumsal uygunluk değil "*hukuksal yararın ihlal edilmemesi*" prensibini ortaya attığını görmekteyiz. Bu suretle yazar

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998.

¹¹⁶ Roxin, §10, kn. 38. Bu örneğe benzer ilk örneği Welzel vermiştir. Örnek şöyledir: Amcasının ölmesini temin için bir ulaşım aracı kullanmasını isteyen yeğen, bu sırada kaza geçerek öleceğini düşünür, *Das deutsche Strafrecht*, 56; *ZStW* 58, 517.

¹¹⁷ Aynı görüşte, Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. B., Berlin 1996, §25 IV 2.

¹¹⁸ Roxin, §10, 40.

sonuçta tipikliğin gerçekleşmediğini kabul etmekte ve fakat gerekçe olarak hukuksal yararın ihlal edilmemiş olmasını ileri sürmektedir.

Roxin bu görüşün toplumsal uygunluk kriterine nazaran üstünlüğü olarak da, isabetli bir biçimde, bu görüşü esas almak suretiyle toplumsal uygunluk görüşünde söz konusu olabilecek duygulara göre hareket etme veya genel olarak yaygınlaşmış ihlallerin tipikliği oluşturmadığı şeklinde bir sonuca ulaşmanın engellenebileceğini açıklamaktadır. Yazar, Türk uygulamasından farklı olarak önemsiz değerdeki malın çalınmasının tipikliği gerçekleştireceğinde şüphe olmadığına, zira mülkiyet ve zilyetliğin değersiz şeylerin çalınmasıyla da ihlal edileceğini, buna karşılık başka hukuksal yararlar da belirli bir yoğunluğun arandığını ifade etmektedir.¹¹⁹

Bu kapsamda öğretilerde verilen bir diğer örnek, tiyatro gösterisi sırasında oyuncuların üniforma giymesi olayıdır (TCK 264). Burada cezaya layık bir hukuksal yarar ihlali söz konusu değildir, zira oyuncunun üniforma giymeye hakkı olduğu izlenimi uyandırılmamaktadır.¹²⁰

Roxin'in sosyal uygunluk kriterine yönelttiği “belirsizlik” eleştirisi haklı olmakla beraber, aynı eleştirinin kendisinin geliştirdiği “hukuksal yararın ihlal edilmemesi” kıstasına da yöneltilebileceği açıktır. Dolayısıyla burada da hukuksal yararın zarar görmediğinin neye dayanarak kabul edileceği sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Esasen hukukun birçok alanında ortaya konulan ölçütlerin belirsizliği genel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, başından beri ele aldığımız bütün çözüm önerileri açısından geçerli bu eleştiriyi çok ciddiye almak ve bu konuda uygulamaya bir kapı açmak ve hâkimlerin uygulamayı şekillendirmesine olanak tanınması gerektiği görüşündeyim.

Türk Öğretisi ve Uygulaması

Öğretilerde *İçel/Ünver*, “*tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk suçun niteliği sayılırsa, ‘özel ağırlıkta olmak’ suçun niceliğidir. Ancak niceleksiz nitelik olmaz. Yani suçun sözü geçen özellikleri aynı gerçeğin iki ayrı görünüşüdür. Bu iki cephe suçta yeterlilik sınırlarını ifade ederler. Başka bir deyişle, suçun oluşturulabilmesi için bu yeterlilik sınırına ulaşabilmesi gerekmektedir. Bu sınırın altında faile ceza verilmez*” demektedir.¹²¹

¹¹⁹ *Roxin*, §10, kn. 41.

¹²⁰ *Ebert/Kühl*, 227.

¹²¹ *İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, 4. B., İstanbul 2005, s. XVIII.

Konuyu ayrıntılı olarak ele alan Ünver ise, ceza hukukundaki önemsiz fiilleri fiilin toplumsal uygunluğu teorisine başvurarak açıklamaya gerek bulunmadığını, bu teori ile ulaşılabilecek sonuca “*amaca göre yapılan ve korunan hukuki yararı ön planda tutan bir yorumla*” da ulaşılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, çağa uygun yorum veya gelişimci yorum yöntemleriyle bu konuda bir çözüme ulaşılabılır. Doğru bir yorumla neyin suç tipinin kapsamında olduğunun belirlenmesi suretiyle önemsiz hareketlerin cezalandırılmasının önüne geçilebilir. Fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin yerine suç tipinin ratio legis’ine uygun bir yorum ile de aynı sonuca varmak olanaklıdır. Bu bakımdan dar yorum ilkesinden yararlanılmalıdır.¹²²

Uygulamamıza gelince, yukarıda aktardığım kararlar dışında Yargıtay, memurun, taşınmazın nakil işlemlerini tamamlayıp tapularını kendilerine verdikten sonra daireden çıkıp evine giderken iş sahibinin hediye olarak verdiği yüzüğü ve başka bir tarihte bir taşınmazın satış işlemini bitirip tapusunu verdikten sonra alıcı A’nın “*gönlümden koptu*” diyerek masanın üzerine bıraktığı 2000 lirayı almasının suç oluşturmadığına karar vermiştir. Yüksek mahkemeye göre, memurun, görevini kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslar dairesinde yapıp bitirdikten sonra iş sahiplerinin duydukları memnuniyetin ifadesi olarak verdikleri hediye ve parayı alması eylemi suç oluşturmayıp, ancak disiplin hükümlerinin ihlali niteliğindedir.¹²³ Burada eylem aslında 765s. TCK’da yer alan yapmak zorunda olduğu işi yapmak için rüşvet alma suçunun tipikliğine uymaktadır. Bununla beraber, gerek alınan menfaatin zamansal olarak işin bitirilmesinden sonra alınması (rüşvet anlaşmasının bulunmaması), gerek bunların hediye¹²⁴ olarak kabulü ve gerekse miktarın azlığı dolayısıyla eylem suç olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Yargıtay ayrıca, kumar suçunun bütün unsurları gerçekleşmiş olsa dahi, ortadaki paranın *önemsizliği* ve oyuna iştirak edenlerin bu oyunu eğlence amacı ile oynamaları halinde, fiilin suç oluşturmayacağına karar vermiştir.¹²⁵ Burada asıl olarak söz konusu olan, kumara konu paranın miktarının azlığından kaynaklanan önemsizliktir.

¹²² Ünver, İzin Verilen Risk, 122-125.

¹²³ 5.CD.30.4.1987, 4612/2622.

¹²⁴ 1840 Osmanlı Ceza Kanunnamesi’nin 5. faslının 6. maddesinde; 1851 Kanunnamesi’nin 3. faslının 9. maddesinde memurların mutat olarak aldıkları hediyelerin ancak padişahın iradesine uygun olması durumunda cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştı, Bkz., Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989.

¹²⁵ 2. CD. 30.12.1981, 8132/ 8403, Önder, C.1, 117.

Bir başka kararda ise malın ekonomik değeri esas alınmış ise de, sonuçta kastın yokluğuna dayanılarak beraat kararı verilmiştir: “Afşin Elbistan Linyitleri İşletme Müdürlüğü’nce yüzeyden alınıp işe yaramayan ve ekonomik değeri olmayan dış döküm sahasına bırakılan atık kömürlerden işe yarayanları toplayıp götürren sanığın...”¹²⁶

Öğretide de Yargıtay’ın “nicelik açısından suç boyutlarına ulaşmayan” eylemlerin cezalandırılmayacağına ilişkin kararları ile “tipik bir eylemin varlığının yeterli olmadığını ve hukuksal değerle ilişkilendirilmiş bir tipik eylemin varlığını aramak gerektiğine işaret ettiği” belirtilmektedir.¹²⁷

Ceza Yargılamasında “Önemsizlik”

Eski sosyalist bloğa dâhil ülkelerin ceza hukukunda kullanılan maddi suç kavramı ve bu kavramın bir sonucu olarak önemsiz hareketlerin suç teşkil etmeyeceği uygulamasına yöneltilen eleştirilerin başında, bu kavramı kullanmak yerine ceza yargılamasında “ceza kovuşturmasının takdiriliği” ilkesi benimsenmek suretiyle aynı sonuca ulaşılmasının mümkün olacağı eleştirisi gelmektedir. Ancak eski sosyalist blok ülkelerindeki düzenlemede, suçun takibi değil, bizzat cezalandırılabilirlik ortadan kalmakta ve bu husustaki yetki savcılığa değil, mahkemeye tanınmaktaydı.¹²⁸

Eski Doğu Alman, SSCB ve Küba kanunları dışında, ayrıca Bulgar Ceza Kanunu’nun 75 ve 76. maddelerinin¹²⁹ suçtan dolayı toplum için önemli tehlikeli sonuçların meydana gelmemesi ve failin toplum için büyük bir tehlike oluşturmaması durumunda şartlı olarak ceza sorumluluğundan kurtulmasına olanak tanıdığı ifade edilmektedir.¹³⁰

¹²⁶ 11.CD., 10.06.2002, 4993/5517, Meran, Necati, *Gereğçeli Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, 679.

¹²⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, 590.

¹²⁸ Grünwald, Gerald, “Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik”, *ZStW* 82 (1970), 266. 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmasına ilişkin olarak hazırlanan teklifin 171. maddedeye kamu davasının ertelenmesine ilişkin fıkralar eklenmesine yönelik olarak hazırlanan 28. maddesinin gerekçesinde, İsviçre kantonlarının sosyal yarar zorunlu kılmadıkça, soruşturma yapmanın mecburi olmadığını kabul etmekte oldukları belirtilmektedir. Bu teklifin diğer bir çok maddesi 5353 sayılı kanun ile yasalaştıysa da, bu hüküm yasalaşmamıştır. (03.05.3005 tarihli 5271 sayılı CMK değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi).

¹²⁹ Bulgar Ceza Kanunu’nun güncel haline ulaşamadığımdan, bu hükümlerin muhtemelen yürürlükten kalkmış olabileceği hususuna dikkat çekmek isterim.

¹³⁰ Zlataric, Bogdan, “Kriminalpolitische Tendenzen der neuen Strafgesetzbücher einiger sozialistischer Länder”, *ZStW* 82 (1970), 218.

Önemsizlik kriterinin esas alındığı bir başka alan ise yaptırım alanıdır. Basit suçlar ikiye ayrılabilir: İlkin, çok hafif nitelikte olanlar ki, bunlar hiçbir şekilde ceza hukuku yaptırımını gerektirmeyen eylemlerdir. Buna karşılık daha önemli eylemler bakımından hafif bir yaptırım düşünülebilir.¹³¹

Çok hafif derecedeki ihlallerde bir suçun oluştuğu, nitelik ve maddi açıdan reddedilmektedir. Bu tip durumlarda, fiilin şekli olarak tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olduğu hallerde bile hiçbir şekilde kusur tespiti ve ceza tayini yoluna gidilmeyeceği kabul edilmektedir. Bu hallerde kovuşturma takipsizlik kararı ile sona erdirilmelidir.¹³² Burada “*müstakil ihlalin o kadar minimum ölçüde olması söz konusudur ki, bir ihlal niteliğinden bahsetmek mümkün olmamaktadır*”, örneğin çok az değerdeki malvarlığına yönelik ihlallerde olduğu gibi... Bu tip hallerde ceza hukukuna ihtiyaç bulunmamakta, özel hukuk veya kabahatler hukukundan kaynaklanan yaptırımlar yeterli görülmektedir. Ancak buradaki ölçünün ne olacağı ve nasıl somutlaştırılacağı bir problem teşkil etmektedir.¹³³ Alman Hukuku’nda bu amaca yönelik olarak, ceza kovuşturmasının mecburiliği ilkesinin yumuşatılmasının da bir örneği olarak bu yöndeki kurumlara yer verilmiştir (Bkz., Alman CMUK 153 vd). Bunlardan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 153 açık bir şekilde “*önemsizlik dolayısıyla kovuşturmama kararı verilmesi*”ni düzenlemektedir.

Önemsiz Hareketler ve Yeni Ceza Kanunumuz

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda önemsiz hareketler kavramına yer verildiğini gösteren bazı hükümlere rastlamak mümkündür.¹³⁴ TCK

¹³¹ Köhler, Michael, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin,. Heidelberg, New York 1997, 609.

¹³² Bu konuda Bkz., Hakeri, Hakan, “Avusturya Ceza Hukuku’nun 25 Yılı”, *Gülören Tekinalp’e Armağan*, İstanbul 2003, S. 511 vd.

¹³³ Köhler, 611.

¹³⁴ Ayrıca Bkz., Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirilmesi (TCK 174):

(1) Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni almaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.

145'e göre, "hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir". Yapılan eyleme nazaran ceza vermenin büyük bir orantısızlık teşkil edeceği düşüncesiyle konulmuş olan bu hüküm ile hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Madde, kanunun "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" diyen 3. madde hükmünün de bir yansımasını oluşturmaktadır (ayrıca bkz., TCK 150/2). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hüküm sonuç itibarıyla bir cezasızlık veya cezada indirim öngörse de, maddede düzenlenen husus, sosyal uygunluk teorisi anlamında veya bir hukuksal yararın ihlal edilmemesi anlamında önemsiz hareket değildir. Özellikle dikkat çekmek gerekir ki, hâkimin faile bu maddeye dayanarak ceza vermemesi, eylemin her zaman sosyal bakımdan uygunluğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla bu maddenin kural olarak sosyal uygunluk teorisinin konusunu oluşturduğu söylenemez.

Bu vesileyle, kanunumuzun cezasızlık noktasında yeni olan bu hükmünü, biraz ayrıntılı ele almakta yarar görüyorum:

Öncelikle Alman hukukuna bakalım: Alman Ceza Kanunu'nun 248a maddesinde hırsızlık ve emniyeti suiistimal suçlarında suça konu malın çok az değerinde olması halinde suçun şikâyete tabi olacağı, ancak savcılığın özel bir kamusal yarar görmesi durumunda re'sen de kovuşturma yapabileceği hükmü sevk edilmiştir. Bu suretle kanunumuzdan farklı olarak Alman Kanunu malın değerinin azlığını kovuşturma bakımından göz önünde bulundurulacak bir husus olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Esasen Alman hukukunda önemsiz hareketlerin esas itibarıyla Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde değerlendirmeye tutulduğu görülmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153 ve 153a maddeleri de malvarlığı aleyhine işlenen suçlarda meydana gelen zararın azlığı, önemsizlik durumlarında savcının dava açma konusundaki takdir yetkisini genişletmektedir.

Malın değerinin azlığı suçun işlendiği tarihteki değere göre belirlenecek ve bu bakımdan suçtan zarar görenin konumu da göz önünde bulundurulacaktır. Mal, belli bir ticari değeri dolayısıyla değil de, örneğin delili yok etme gibi başka amaçlarla çalınmış olursa, malın de-

(2) Bu fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

ğeri, gördüğü fonksiyon göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Keza bir hırsızlık eylemi çerçevesinde birden fazla malın çalınması durumunda, malın değeri, çalınan bütün malların toplam değeri göz önünde bulundurularak değerlendirmeye alınmak gerekir.¹³⁵

Eylemin teşebbüs aşamasında kalması durumunda da madde uygulanabilir. Bu durumda failin fiilini gerçekleştirmeyi hedeflediği malın, yani suçun normalde gerçekleşecek olan konusunun değeri esas alınmalıdır.¹³⁶

Failin gerçekleştirdiği hırsızlık, nitelikli hırsızlık olduğu takdirde, yine de bu maddenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Alman Ceza Kanunu (m. 243/2) bu konuda açık bir hüküm sevk ederek, bu tip hallerde nitelikli halin uygulanmayacağını açıklamıştır. Bu konuda açık bir hüküm bulunmayan kanunumuz bakımından, maddenin düzenlendiği yeri de göz önünde bulundurarak (nitelikli hırsızlığa ilişkin 142 ve 143. maddeden ve daha az cezayı gerektiren hallerin düzenlendiği 144. maddeden sonra) bu hükmün hırsızlığın basit ve nitelikli bütün halleri için geçerli olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin özel bir beceriyle değersiz bir mendilin bir kimsenin cebinden çalınması durumunda 145. madde uygulanarak, 142. maddede öngörülmüş bulunan cezadan indirim yapılabileceği gibi, tamamen ceza verilmemesi de söz konusu olabilecektir. Burada şöyle bir husus da düşünülebilir: Nitelikli hırsızlık durumunda cezanın miktarı yüksek olduğundan, olsa olsa malın değersizliği dolayısıyla failin cezasında ancak indirim yapılabileceği, buna karşılık cezasızlığın düşünülemediği ileri sürülebilir. Kanımca bu sonuç mantıki gözükse de, bunu önceden kesin bir şekilde soyut olarak belirlemek yerine, somut olayda hâkimin takdirini kullanmasına imkân tanımak gerekir.

Failin bu konudaki yanılığını nasıl değerlendirmek gerekir? Burada ikili bir ayırım yaparak genel kurallardan bir nebze ayrılmayı öneriyorum. Buna göre, öncelikle malın değersizliği dolayısıyla failin cezasında indirim yapılacaksa, bu takdirde genel kurallar gereğince malın objektif değersizliği yeterli görülmeli ve fail malı değerli zannetmiş olsa da, bu indirimden yararlanmalıdır. Buna karşılık, maddenin ratio legis'ini göz önünde bulundurarak, faile ceza verilmemesi için mutlaka failin malın değersiz olduğunu bilmesi gerektiğini savunuyorum. Uygulamada karşılaştığımız örneğin bir elma çalma gibi olaylarda, fa-

¹³⁵ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 24. B., München 2001, §248a, kn. 3.

¹³⁶ Lackner/Kühl, §248a, kn. 5.

ilin cezasız kalabilmesi için malın değersiz olduğunu bilmesi gerekir. Buna karşılık çok değerli bir mal çaldığını düşünerek, aslında değersiz bir mal çalan kişinin maddenin öngördüğü cezasızlıktan yararlanması mümkün olmamak gerekir ve olay hâkimi de takdirini bu yönde kullanabilir. Yargıtay ise konuya ilişkin değişik bir kriter benimsemiş gözükmektedir: Yüksek mahkemeye göre, 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesindeki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesindeki "hafif" ve "pek hafif" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim sağlaması dışında benzerliği bulunmamakta olup; "değerin azlığı kavramı; daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinme kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunu ifade etmekte olup olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabilir".¹³⁷ Yukarıda belirttiğimiz görüşün bu içtihat karşısında uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Yargıtay kanunda yeri olmadığı halde, maddeyi sınırlama yoluna gitmiştir.

Hürriyeti tehdit suçunun düzenlendiği TCK 109/4'de "bu suçun mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur" denilmektedir. Bu hükümde ekonomik kaybın miktarı ayrıca belirtilmiştir. Basit bir ekonomik kayıp yeterli görülmeyecek, ekonomik kaybın önemli miktarda olması gerekecektir. Bu çalışmanın başından beri belirttiğim husus, kanun koyucunun bu belirlemeyi yapmadığı yerlerde olay hâkiminin bu belirlemeyi yaparak eylem tipik olsa da ilgili suç tipini uygulamayabileceğidir. Burada ise kanun açıkça bu belirlemeyi yapmış ve ekonomik kaybın önemsiz olması durumunda, nitelikli halin uygulanmayacağını bizzat kendisi belirlemiştir.

TCK 164'de "gerçeğe aykırı 'önemli' bilgiler" in verilmesi cezalandırılmaktadır. Keza TCK 238'de de "'önemli' ölçüde azalma" kavramına yer verilmiştir.

TCK 2003 Tasarısı'nın 32/2. maddesinde de şöyle bir hüküm sevk edilmişti: "Taksirli suçlarda failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler meydana getirdiği hallerde kovuşturma yapılamaz ve ceza verilmez". Ancak bu hüküm kanunumuza alınmamıştır. Bu hükmün alınmaması ve yeni kanunda kusura göre cezanın belirlenmesi söz konusu olduğundan, failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler getirdiği hallerde de faile ceza verilmesi söz konusu olacaktır. O nedenle uygulamada hakimlerin, failin kusu-

¹³⁷ 6. CD., 26.09.2005, 10859/8191.

runun çok az olduğu hallerde, kusurunun bulunmadığına karar verecekleri ve böylece az bir kusur dolayısıyla failin cezanın asgari hadi ile dahi olsa cezalandırılmasını engelleme yönünde bir uygulama geliştireceklerini tahmin ediyorum. Ancak şimdiye kadar yaptığım açıklamalar gereğince, yukarıda belirtilen prensipler çerçevesinde, kanunumuzda açık bir hüküm olmasa bile, bu tip hallerde failin hareketinin önemsizliği dolayısıyla ceza verilmeyebileceğini söylemek mümkündür.

Sonuç

Bu çalışmadaki fikirler kısaca özetlenerek, varılan sonuç aktarıl-mak gerekir:

Ceza hukukunda “önemsiz hareketler kategorisi” vardır. Ceza hukukunda, tipik, hukuka aykırı ve kusurlu her eylemin cezalandırılması, ceza hukukunun “ultima ratio” (son araç) özelliğine aykırıdır. Bu itibarla, önemsiz hareketlerde ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının yaptırımlarının uygulanmasını tercih etmek, bu ilkenin bir sonucudur.

O takdirde, ortaya çıkan soru, önemsiz hareketlerin ceza hukukundaki yerinin ne olacağıdır. Kanımca, önemsiz hareketlerin cezalandırılmayacağını kabul etmek gerekir. Bunun dayanağı, ceza hukukunun hukuksal yararların korunmasında ultima ratio olmasıdır. Bu nedenle önemsiz ihlaller, en ağır enstrümanı gerektirmezler, zira fail hukuk düzeni bakımından önemli şekilde sosyal tehlikeli olmamıştır. Önemsizlik prensibi, ayrıca orantılılık prensibinden de kaynaklanmaktadır ve bu prensibi sadece kanun koyucu değil, uygulama da göz önünde bulundurmak durumundadır.¹³⁸ Önemsizlik prensibi olarak adlandırılan bu kural, kanun koyucunun fonksiyonunu tamamlayan bir nitelik arz etmektedir.

Önemsiz hareketler kurumu ve önemsiz hareketlerin tespiti bir yorum faaliyetinden başka bir şey değildir. Gerçekten de, ceza kanunlarının yorumu söz konusu olduğunda öğretilerde birçok metodun geliştirildiği bilinmektedir. Bu metotlardan biri de önemsizlik prensibidir. Bu prensibe göre ‘korunan hukuki yarara yönelik tamamen önemsiz ihlaller’ “bir ceza normunun tipikliğini maddi olarak oluşturmazlar”.¹³⁹ Bazı ülke-

¹³⁸ Eser, Albin, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, Festschrift für Claus Roxin, Berlin, New York 2001, 202. Ostendorf, 341.

¹³⁹ OLG Hamm, NJW 1980, 2537; Jescheck/Weigend, 139.

lerde olduğu gibi, bu konuya ilişkin açık bir hüküm olsa bile, hâkimin somut olayda yorum yapması kaçınılmaz bir faaliyet olacaktır. Bu itibarla, önemsiz hareketler, ceza kanununun genel kısmına konulacak bir hükümle düzenlenebilir.¹⁴⁰ Ancak ben bu hükmün gereksiz olduğu ve hâkimin, somut olayın somut gelişimine göre, kanunu yorumlamak suretiyle önemsiz hareketleri ceza hukuku kapsamı dışında tutmasının daha uygun olacağını savunmaktayım. Böylece, çok kapsamlı bir genel hükmün ihdasının güçlüklerinin yanı sıra, somut olayın somut koşullarını göz önünde bulundurmaksızın kanun koyucunun genel bir değerlendirme yapmasının sakıncaları önlenmiş olacaktır.

Bu noktada önemli bir itiraz kanunilik ilkesi yönünde olabilir ki, kanımca burada kanunilik ilkesinden bir sapma söz konusu olmayıp, hâkimin her zaman yaptığı bir yorum faaliyeti söz konusudur. Esaslı bir itiraz hâkimin bu suretle kendini kanun koyucu yerine koyduğu yönünde olabilir ki,¹⁴¹ kanımca bu itiraz da geçerli değildir, zira hâkimin yaptığı bir yorumdan ibarettir ve yorum kanun koyucunun yaptığı bir faaliyet değildir. Kaldı ki, burada kanun koyucunun süzgecinden geçen, kanun koyucunun kazuistik düzenleme yapmaması/ yapamaması dolayısıyla ayrıntılı olarak düzenleyemediği, ultima ratio prensibi dolayısıyla, esasen kanun koyucunun da aynı sonucu istediği somut olaylarda, hâkimin yorum suretiyle, ceza hukukunun aşırı kullanımını önlemesi söz konusu olmaktadır.

Burada başka bir problemle daha karşılaşmaktayız. Ceza hukukundaki önemsiz hareketleri, basit, hafif suçlarla birbirinden nasıl ayırt edeceğiz? Gerçekten de, basit yaralama, hafif sonuçlu taksirli suçlar, çok az zarara yol açan mala karşı işlenen suçlar ile önemsiz suçlar neye göre ayırt edilecektir? Bu sorunun cevabı esasen “önemsizliğin kriterinin ne olduğu” sorusuna verilecek cevaptır. Başka ifadeyle, tahammül edilemeyecek, önemli, ağır gibi birer değer yargısı ifade eden hususları neye göre belirleyeceğiz, kıstasımız ne olacaktır? Gerçekten de, bu noktada belirleyici ve sınırlayıcı kriterlere ihtiyaç vardır ve “toplumsal açıdan uygun hareket” esası, kamu vicdanında kabul görmeyecek cezaları önlemek hususunda fonksiyon görmekte ve özellikle de bir suç tipinin yorumunu kolaylaştırmaktadır. Sosyal açıdan uygun davranış bir hukuksal yarar ihlali içerebilir, ancak bu hukuksal bakımdan önemsiz görülmektedir.

¹⁴⁰ Bu yönde, Hirsch, Hans Joachim, “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit”, ZStW 83 (1971), S. 146, 147.

¹⁴¹ Bkz., Ostendorf, 341.

Kanaatimce, her ne kadar eleştirilse de, belirsiz olduğu, duygusal değerlendirmelere dayandığı¹⁴² ileri sürülse de; önemsiz, değersiz olmakla beraber tipikliği gerçekleştiren ve fakat korunan hukuksal yararın ihlalinin önemsiz derecede olduğu hareketlerin ceza hukukunun müdahale sahasından çıkarılmasında bu kavramın, bu teorinin fonksiyon görmesi mümkündür. Nitekim Türk uygulama ve öğretisinde yukarıda da işaret ettiğim gibi, “değersiz, az miktarda veya geleneklere uygun, alışkanlık olduğu” gerekçeleriyle, tipik olmasına rağmen cezalandırılmayan hareketlerin bulunduğu savunulması, aslında sonuçta bu hareketlerin sosyal bakımdan uygun olmasından kaynaklanmaktadır. Yine günümüzde artık cezalandırılmayacağı kabul edilen izin verilen riziko çerçevesindeki hareketler de, esasen toplumsal uygunluk teorisinin kabul gördüğünü de göstermektedir.

Ancak ben burada ek olarak ikinci bir görüşün de yardımından faydalanmayı kaçınılmaz görmekteyim. Bu da “önemsiz hareketlerde hukuksal yarar ihlalinin söz konusu olmaması”dır.¹⁴³ Nitekim bir memurun bir adet ataşı özel/şahsi bir evrakı için kullanması durumunda hukuksal yarar ihlalinin bulunmadığı görüşünü esas almak gerekir. Aksi takdirde, bu tür hareketlerin sosyal alışkanlık olması dolayısıyla cezalandırılmaması, örneğin, rüşvet de gümrükte artık sosyal alışkanlık olmuştur, itirazlarına neden olabilir.

Türk öğretisinde konuyu ayrıntılı olarak ele alıp tartışan Ünver’in bu konudaki görüşleriyle sonuç bakımından mutabıkım. Nitekim yazar, her zaman siyasi amaçlara alet edilebilecek ve bireyin özgürlük ve güvenliğini tehlikeye düşürebilecek nitelikteki maddi hukuka aykırılık kavramı oluşturmak veya her somut olayda ve sürekli değişen bir hukuka uygunluk sebebi yaratarak kanun koyucunun iradesinin aşılmasına karşıdır.¹⁴⁴ Ancak savunduğum görüşe göre, önemsiz hareketler bakımından maddi hukuka aykırılık kavramı esas alınmadığı gibi, bir hukuka uygunluk sebebi de oluşturulmamaktadır.¹⁴⁵ Ben esasen çözüme başka bir yoldan gidilmesi gerektiğini savunuyorum. Nitekim yazar doğru bir yorumla neyin suç tipi kapsamında olduğunun be-

¹⁴² Nitekim toplumsal tehlikelilik ölçütünün kanunda açıkça yer aldığı Polonya’da da “fiilin toplumsal zararlılığının derecesinin belirlenme ölçütlerinin kanunda sayılmasına karşılık, değerlendirmenin sübjektif bir karakter taşıdığı” belirtilmektedir, Bkz., Ünver, KHUKA 2-3 (2000), 172.

¹⁴³ Hukuksal değerlerin yorum aracı olma fonksiyonu konusunda Bkz., Ünver, *Hukuksal Değer*, 846 vd.; 909-925.

¹⁴⁴ Ünver, *İzin Verilen Risk*, 122.

¹⁴⁵ Bkz., yuk. “Sosyal Uygunluk Bir Hukuka Uygunluk Sebebi midir?”.

lirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yönüyle yazarın görüşlerine tamamen katılıyorum. İşte tam da bu yorumun yapılabilmesi ve doğru bir sonuca ulaşılabilmesi bakımından da sosyal uygunluk teorisi ile hukuksal yararın ihlal edilmesi esaslarının temel alınabileceği kanaatindeyim.

Gerçekten de, yazarın verdiği gelin arabasının önünün kesilmesi veya Nevruz bayramında komşu evinin dinlenmesi örneklerinde faillerin eylemleri cezalandırılmamaktadır, zira hareketler sosyal bakımdan uygundur. Nitekim yazarın tespitine katılmamak elde değildir: *“Bu tür önemsiz fiiller, belirtilen suç tipleriyle yasaklanmak istenen fiiller değildirler”*,¹⁴⁶ zira kanun koyucunun amacına uygun düşmemekte ve hukuksal bir yararın ihlali de söz konusu olmamaktadır.

Önemsiz hareketin belirlenmesi noktasında fonksiyon görebilecek diğer düşünceler şunlar olabilir: Öncelikle önemsiz hareketlerin cezasızlığı meselesini fazla abartmamak ve ancak uç örneklerde bu prensibi kabul etmek gerekir.¹⁴⁷ Ayrıca, hareketin önemsizliğini sadece meydana getirdiği zararın hafifliğine göre belirlememek gerekir. Tümsel bir değerlendirme yapmak, eylemin tekrarlanması, suçun işlenmesinin yoğunluğu da göz önünde bulundurulmak gerekir.¹⁴⁸

Bu noktada, bir çözüm önerisi olarak, belirli suçlarla ilgili olarak kanun koyucunun açık bir miktar belirlemesi ve bu miktarın altındaki fiillerin önemsiz olduğunun açıklanması düşüncesi, kanunilik prensibi bakımından güvence sağlamakla beraber, somut olayda, kişilerin maddi durumlarının bu suretle göz önünde tutulması imkânı ortadan kalktığından¹⁴⁹ ve her suç için belirli bir miktarın belirlenmesi de olanaklı bulunmadığından, kanımca makul gözükmemektedir.

Keza, önemsiz hareketlere hukuksal sonuçlar tanınmasının, şekli ceza hukukunda atılacak adımlarla da mümkün olabileceği de düşünülebilirse de, mecburilik prensibinin yumuşatılması manasında ve bir ceza muhakemesi işlemi olarak önemsiz hareketlerde takipsizlik kararı verilmesine nazaran, önemsiz hareketlerde tipiklik yönünde yapılacak bir değerlendirme ile hâkim tarafından beraat kararı verilmesinde, somut olaydaki, somut koşullara göre hâkim denetiminden geçilerek karar verilmesi avantajı söz konusu olmaktadır.

¹⁴⁶ Ünver, İzin Verilen Risk, 123.

¹⁴⁷ Haas, 18.

¹⁴⁸ *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, 50.

¹⁴⁹ Eser, 202.

Son söz: Almanya'da Alman CMK'nın tipik hareketin önemsizliğine somut sonuçlar bağladığı hükümlerine rağmen, maddi ceza hukukunda da önemsizlik kriterine ihtiyaç olduğu savunulmaktadır.¹⁵⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda böyle bir hükmün bulunmadığı Türkiye için bu gereksinim daha şiddetli olsa gerektir.

¹⁵⁰ Ostendorf, 345.

POSTADA EL KOYMA VE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Handan Yokuş Sevik *

I. Genel Olarak

Haberleşme özgürlüğü, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, gerekse Anayasanın 22. maddesinde kişinin temel haklarından sayılarak güvence altına alınmıştır.¹ Anayasa haberleşme özgürlüğünü “*özel hayatın gizliliği ve korunması*” başlığı altında ele almıştır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturur. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşme hakkının hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir.

Haberleşme, geniş anlamıyla “*bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreçtir*”.² AİHS m. 8/1 anlamında “*haberleşme*” kavramına her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir. İletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı, devletin gözetim ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiği önem taşımaz.³

AİHS, gerek mektup gerekse diğer haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının kanunla korunması

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ AY m. 22/1'e göre; “Herkes, haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”.

² İçel Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2001, 4.

³ Tezcan, Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, 293.

gerektiği yönünde taraf devletlere yükümlülük getirmektedir. Gerek bu yükümlülük gereği gerekse Anayasal güvence altında bulunması haberleşme özgürlüğünün, kanunla korunmasını gerekli kılmış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haberleşme özgürlüğünün ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Ceza mevzuatı bakımından, haberleşme kavramına telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ile mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderiler gibi posta yoluyla yapılan her türlü gönderi girmektedir.

Haberleşme özgürlüğü mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlanabilir ki bu sınırlandırma kanunla olur. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkındaki Kanun'da ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda haberleşme özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

II. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Haberleşme özgürlüğü, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eder.⁴ Modern toplumlarda kişilerin serbestçe haberleşmesi, insan şahsiyetinin bir sonucu olarak görülmektedir.⁵ Bu bağlamda haberleşme özgürlüğüne müdahalenin hukuki çerçevesinin çizilmesi ve haberleşme hakkının kullanımının sağlanması ve gizliliğinin korunması ile insan hakları korunmaktadır.

Kişinin temel haklarından olan haberleşme özgürlüğüne müdahalenin, bir başka deyişle bu özgürlüğü sınırlama nedenlerinin açıkça düzenlenmesi gereklidir. Ancak bu halde keyfilik önlenbilir ve etkili bir korumadan söz edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkının korumaya alındığı belirtilmektedir. 2. fıkrasında ise bu değerlerin mutlak olmadığı, müdahalelere yani sınırlamalara tabi tutulabilecekleri, meşruluk koşulları belirtilmektedir. Bir başka deyişle, önce haberleşmeye saygı emredilmekte ve birey hak sahibi kılınmakta; bunlara resmi makamların -2. fıkra hükmü saklı kalmak

⁴ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2002, s. 297.

⁵ Özek, Çetin, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", *İÜHFİM*, CXXIX, s. 965.

koşuluyla- müdahalesi yasaklanmaktadır. 2. fıkrada da sayılan meşru müdahale nedenleri sarih ve sınırlı olarak sayılmaktadır.⁶

Haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, AİHS m. 8/2'de yer alan sınırlanma nedenlerinin varlığı halinde söz konusudur.⁷ Bu nedenler; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Anayasa, AİHS'de öngörülen sınırlama nedenlerine paralel bir düzenleme getirerek haberleşme özgürlüğünü güvence altına almaktadır. AY m. 22'ye göre; haberleşmenin sınırlanması, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi,⁸ genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle mümkündür. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

Haberleşme özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılacak müdahale, bir başka deyişle haberleşmenin denetimi, AİHS'de öngörülen ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ancak yasal

⁶ Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Ankara 2002, s. 330, 341, 374.

⁷ AİHS m. 8: "1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

⁸ 3.7.2005 tarih 5397 sayılı kanun ile iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na ek 7. maddesine fıkralar, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ek 5. madde eklenerek ve 2397 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmek ve fıkralar eklenmek suretiyle belirlenmiştir. Bu konuda Bkz., Yokuş Sevük, Handan, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 67, Kasım-Aralık 2006, s. 41-56.

dayanağı olduğu sürece söz konusu olabilir.⁹ Bunların varlığı da tek başına haberleşmeye müdahale için yeterli değildir. Ayrıca bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır. Müdahale ile elde edilecek amaç ile müdahale arasındaki orantılılığa da dikkat etmek gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin haberleşmeye saygı hakkının düzenlendiği 8. maddeye aykırılıkları incelerken, AİHS'de öngörülen haberleşme özgürlüğüne müdahalenin kanuna uygunluğunu, m. 8/2'de belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını ve bu müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığı hususlarını ele almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haberleşme girişimini engellemeyi haberleşme hakkı kapsamında değerlendirmektedir. AİHM İngiltere'ye karşı 1975 tarihli Golder kararında, her ne kadar olayda avukata yazılmış bir mektuba el koyma ya da sansür olmasa da, avukatına yazabilmek için izin isteyen başvurucuya izin verilmemesinde haberleşme hakkına bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin denetimi sözleşmenin 8/2 maddesinin kapsamına girerken, müdahalenin kendisinin bu kapsam dışında kalması düşünülemez diyerek, 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.¹⁰ AİHM, İsviçre'ye karşı Kopp kararında ise, iletişimin denetlenmesine izin veren kanunun "*hukuk devletinin ilkeleri ile uyumlu olmasını*" aradığını belirtmektedir. AİHM, resmi makamlar tarafından gizli gözleme veya iletişimin denetlenmesinde gözlem açık bir şekilde yapılmadığı için, milli hukukun, bu işlemin kötüye kullanılması tehlikesine karşı ve bireyin 8. maddeden kaynaklanan haklarının keyfi tedbirlere karşı korunmasını sağlamak zorunda olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca milli hukukun, resmi makamların bu tip gizli tedbirleri almak konusunda yetkili olduğu haller ve koşullar hususunda yeterli açıklıkta olmasının gerek-

⁹ AİHS m. 8/2'deki "kanuna uygunluk" ifadesi, kullanılan tedbirin hukukta bir temelini olmasını gerektirir. Bu ifade ayrıca ilgili kanunun niteliğini de ilgilendirmekte olup, bu kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir olmasını ve bu kimsenin kanunun sonuçlarını önceden öngörebilmesinin mümkün olmasını ve ayrıca kanunun hukuk devletinin temel unsurlarına uygun olmasını gerektirmektedir. AİHM İsviçre'ye karşı Kopp Kararı parç. 55 için Bkz., Kühne, Hans/Heiner, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi" (AİHM Kararı Değerlendirmesi)", Çev., Hakan Hakeri, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3*; Ankara 2004, s. 100.

¹⁰ Case of Golder v. The United Kingdom, 21.2.1975, Appl. No. 00004451/70, A 18, Parç. 43.

liliğini belirtmektedir.¹¹ Bu bağlamda haberleşme özgürlüğü, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle sınırlandırılırken haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirlere başvurmak için gerekli koşullar, kanun ile ayrıntılı olarak düzenlemeli ve kötüye kullanmalara karşı etkili tedbirler alınmalıdır.¹² Özetle, demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine olanak veren kanuni düzenleme bir zorunluluk olmakla birlikte, kötüye kullanılmasını önlemek için belirgin ve açık olmalıdır.

III. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlanabileceği Haller

Suçları ve faillerini meydana çıkarmak gibi önemli bir toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı gibi temel insan haklarına saygının çatıştığı açık olduğundan, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının kanunla sıkı şartlara bağlanması gerekir. Bu bağlamda 5271 sayılı CMK'da haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirler düzenlenmek suretiyle, Anayasa ve AİHS'de öngörüldüğü üzere haberleşmenin özgürlüğünün sınırlanabileceği haller kanunla tespit edilmiştir. Böylece haberleşmenin denetlenmesinin hukuki çerçevesi çizilmiştir.

Haberleşmenin denetlenmesi, bu işleme maruz kalan kişinin temel hak ve özgürlüğüne kısıtlamalar getirdiğinden, bunun hakim kararı ile olması haberleşme özgürlüğünün korunması bakımından bir güvence oluşturur.¹³ Hakim güvencesinin her aşamada açıkça öngörülmesi insan haklarına saygının ve hukuk devleti anlayışının bir gereksinimi, aynı zamanda yükümlülüğüdür.¹⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hem postada el koyma hem de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin usul ve esasları düzenlenerek haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırları bir başka deyişle haberleşmenin denetiminin usul ve esasları belirtilmiştir.

¹¹ Kopp kararı parg. 64 için Bkz., Kühne, s. 101-102.

¹² Sözüer, Adem, *Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi*, İHFM 1997, Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, s. 76.

¹³ Gökçen Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada El koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)*, Ankara 1994, s. 196.

¹⁴ Tezcan, Durmuş, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Muhakeme Hukuku Tedbirleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak, Ankara 2000, C. 2, s. 142.

1. Postada El koyma

Postada el koyma,¹⁵ haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla¹⁶ genel el koyma tedbirinden ayrı olarak CMK'nın 129. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.¹⁷ Postada el koyma, özel bir el koyma şeklidir.¹⁸ Postada el koymaya dair hükümler, haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliği esasına suçlulukla etkili bir şekilde mücadele edebilmek için sınırlamalar getirmiştir.¹⁹ Bir başka deyişle AY m. 22/2'de belirtilen kamu düzenini sağlamak için, bir suç dolayısıyla postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmekte, bu müdahalenin hukuki çerçevesi de CMK m. 129'da çizilmektedir.²⁰

1412 sayılı CMUK m. 91 ve m. 92'de "mektup, telgraf ve sair mersule"den²¹ söz edilirken CMK m. 129'da "gönderi"ler den söz etmektedir.²² Gönderiden anlaşılması gereken, posta hizmeti veren her

¹⁵ 5271 sayılı CMK'nın 129. maddesi 1412 sayılı CMUK'un 91, 92, 93. maddelerinin karşılığıdır. Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Külliyyatı*, Ankara 2005, s. 761.

¹⁶ Bkz., Tasarının 96. maddesinin gerekçesi için, Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 359.

¹⁷ CMK m. 129'a göre; " (1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile elkonulabilir. (2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet Savcısı'nın emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine el koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. El konulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl el koyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet Savcısına teslim edilir. (3) Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir. (4) Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur."

¹⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2006, s. 351; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2006, s. 568; Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2001, s. 231.

¹⁹ Gökçen, s. 171.

²⁰ Öğretide 1412 sayılı CMUK'daki postada el koymaya ilişkin düzenlemenin ihtiyaca cevap vermekten uzak olduğu belirtilmektedir. Öztürk/Erdem, s. 568.

²¹ Gökçen, "sair mersule" kavramına, değer konulmuş mektup ve kutular, koliler ve geniş yorumla telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşme, posta ve telgraf havaletleri, posta bonoları gibi PTT'nin sunduğu mali hizmetlerin gireceğini belirtmektedir. Gökçen, s. 179.

²² 2001 Tasarısının postada el koymaya ilişkin 96. maddesinde "postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge

türlü resmî veya özel kuruluş vasıtasıyla gönderilen mektup, telgraf gibi gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge, paket veya koli gibi diğer şeylerdir.²³ Posta hizmeti veren kuruluşun kamu veya özel sektör olmasının bir önemi olmadığı için, kargo hizmeti veren özel şirketlerdeki gönderilere de bu madde kapsamında elkonulabilecektir.²⁴ Ancak özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir.²⁵

Gönderilere el konulabilmesi için; bunların suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan şüphe edilmesi temel koşul olup, bunun yanında söz konusu gönderilerin gerçeğin ortaya çıkarılması için ayrıca adliyenin eli altında olması zorunlu olmalıdır. Postada el koyma koruma tedbirine başvurmak için gerekli olan şüphe, suçun delillerini oluşturduğuna yetecek kadar yeterli şüphe olmalıdır. Basit şüphe ile bu tedbire başvurulamaz.²⁶ Bu tedbire soruşturmada ve kovuşturamada başvurulabileceği için, şüpheli veya sanık veya üçüncü kişiler veya tüzel kişiler bu tedbire maruz kalabilir.²⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 129/1'e göre postada el koymaya kural olarak hâkim karar verir²⁸. Cumhuriyet Savcısı ise ancak gecikmesinde sakınca olan hâllerde el koyma kararını verebilir. Bu kararın hakim tarafından onaylanması mecburiyetine ilişkin kanunda bir düzenleme yoktur.²⁹ Ancak, CMK'nın el koyma kararını verme yetkisini düzenleyen 127. maddenin 3. fıkrasında ise, hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı, hakim ise el koymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir. Postada

veya diğer gönderilerden söz etmektedir. Ancak CMK m. 129'da sadece "gönderiler" düzenlediğinden, elektromanyetik araçlarla gönderilmiş yazı, belge ve diğer gönderiler iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine tabi olacaktır. Hakeri, Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBB Dergisi*, S. 60, Eylül/Ekim 2005, s. 99.

²³ Öztürk/Erdem, s. 568.

²⁴ Öztürk/Erdem, s. 568; Hakeri, otobüs firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere, postada el koyma hükümlerine göre el konulabileceğini belirtmektedir. Hakeri, s. 99.

²⁵ Hakeri, s. 99.

²⁶ Gökçen'e göre; delil elde edilmesi çok zor olan terör veya uyuşturucu madde suçlarında basit şüphe ile yetinilebilir. Gökçen, s. 177.

²⁷ 1412 sayılı CMUK m. 91'e göre postada el koymaya maruz kalan kişi sanık idi.

²⁸ Sıkıyönetim Kanunu'nda postada el koyma kararını sıkıyönetim komutanının vereceği (SYK m. 3/c) belirtilmiş, Olağanüstü Hal Kanunu'nda ise bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Öztürk/Erdem, s. 568.

²⁹ 1412 sayılı CMUK m. 92/4'te, Cumhuriyet Savcısı'nın el koyma işleminin üç gün içinde hakim tarafından onaylanması öngörülmüştür.

el koyma CMK'da özel olarak düzenlendiğine göre, hakim onayının aranacağı da 129. madde de açıkça düzenlenmeliydi. Kanımca, AY'nın m. 22/2'nin yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını öngören hükmü ve CMK m. 127/3 gereğince Cumhuriyet Savcısı'nın el koyma işleminde hakim onayı zorunludur.

Genel el koymadan farklı olarak, gecikmede tehlike gerekçesiyle kolluk amirlerine, postada el koyma emri verme yetkisi tanınmamıştır.³⁰ Kolluk memurları, sadece bu tedbiri yerine getirmekle yükümlüdür. El koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, sadece hâkim kararını veya Cumhuriyet Savcısı'nın emrini yerine getirirler; ancak zarf veya paketleri hiçbir suretle açamaz, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile bunları mühür altına alıp hemen, hâkime veya Cumhuriyet Savcısı'na teslim ederler (CMK m. 129/2).

Kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açamamak hususuna ve el konulan gönderinin ilgiliye iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından verilir (CMK m. 129/4).³¹ Bu husustaki karar, gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve bunları adliyenin eli altında tutmanın gerekip gerekmediği hususları değerlendirilerek verilecektir.

1412 sayılı CMUK m. 92/3 ve Hükümet tasarısının 96. maddesinde savcının el koyduğu gönderiyi açamayacağı ve hakime teslim edeceği öngörülmüştü.³² Böylece kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açamamak hususundaki kararın hâkim tarafından verilmesi söz konusuydu. Postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne bir müdahale söz konusu olduğundan, kanımca el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi bir güvence oluşturur. Kaldı ki postada el koyma yetkisi kural olarak hakim de, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı'ndadır. Gönderiye el koymadan sonra bu koruma tedbirinden beklenen yarar açısından gecikmede sakınca artık kalmamıştır. Bu durumda ise, el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi ve açılıp açılmamasına veya açıldıktan sonrada gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve adliyenin eli al-

³⁰ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 351.

³¹ Bkz., Centel/Zafer, 4. Bası, s. 351.

³² Sokullu/Akıncı, AY m. 22/2 ile haberleşmenin gizliliğine dokunulması yani kapsamının öğrenilmesi bakımından hakim kararı arandığını, CMUK 92/3'deki savcının açmadan hakime teslim etme zorunluluğu öngörüldüğüne göre, sadece savcının el koyma kararı ile bu gizliliğin ihlal edilmeyeceğini belirtmektedir. Bkz., Sokullu/Akıncı, Füsun, *Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990, s. 132.

tında bulunmasına gerek olup olmadığı hususlarına hakim tarafından karar verilmesi gerekir. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı'nın kendisine verilen gönderileri hakime vermesi ve incelemenin hakim tarafından yapılması şeklindeki düzenleme daha yerindedir.

Açılmamasına veya açıldıktan sonra adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığı anlaşılan gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/4).³³ Postada el koyma koruma tedbirinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhâl bildirilir (CMK m. 138/1).

Postada el koymanın, ilgiliye bildirilmesi, tedbirden beklenen yarara zarar vermemek koşuluyla söz konusudur ki, bu da soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığının bulunmadığı (CMK m. 129/3) hallerdir. Bu olasılık Cumhuriyet Savcısı veya hakim tarafından takdir edilecektir Ancak hukuka uygunluk denetimini sağlamak için soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı ve ilgiliye neden haber verilmediği gerekçelendirilmelidir. Kanımca postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne müdahale söz konusu olduğundan, tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde, ilgiliye bu durum bildirilmelidir.

Koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen gönderiler söz konusu olduğunda, kişinin tazminat hakkı doğar (CMK 141/1-j).

2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

a. Genel Olarak

Telekomünikasyon³⁴ yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta koymak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin

³³ Gökçen'e göre el konulan mektubun tahkikat için gizli tutulmasına ihtiyaç duyulmayan kısımları mektubun muhatabına gönderilmelidir., Gökçen, s. 187.

³⁴ Bkz., Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3-1'e göre; telekomünikasyon; her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder. Bu yönetmelik, 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanmıştır.

gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini içerir.³⁵ Telefon görüşmelerinin dinlenmesi AİHS m. 8/2 anlamında “*kamusal güç ile ihlal*” olup, kişiye m. 8/1 ile sağlanmış haberleşme hakkının da ihlalini oluşturur. Bu tür müdahale, kanuna uygun yapılmadığı, AİHS m. 8/2’de sayılan amaçlardan birini hedeflemediği ve ayrıca bu hedeflere ulaşılması “*demokratik bir toplumda*” gerekli olmadığı sürece Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlalini oluşturur.

Telefon konuşmalarının kaydedilmesi veya herhangi bir şekilde dinlenmesi özel yaşama ve iletişime yönelik ağır bir ihlaldir ve bu nedenle kanuni dayanağı olmalıdır.³⁶ Haberleşme özgürlüğünün Anayasanın 22/2. maddesinde belirtilen nedenler bulunmadıkça engellenemeyeceğine ve gizliliğine dokunulamayacağına ilişkin ve Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin “*ancak kanunla sınırlanabileceği*”ne ilişkin hükümleri karşısında, iletişimin denetlenmesinin usul ve esaslarının açıkça kanunla düzenlenmiş bulunması zorunludur. Bu kanunun da özellikle açık olması gerekmektedir. Özellikle kullanılan teknolojinin gittikçe ilerlediği düşünüldüğünde, bu alanda açık ve kapsamlı kuralların bulunması kaçınılmaz bir gerekliliktir.³⁷ AİHM, telefon dinlemeye ilişkin temel koşul olarak, konunun kanun ile düzenlenmesini aramakta, ayrıca ceza muhakemesinin bir parçası olarak telefon dinlenmesinde uyulması gereken kuralları belirlemektedir. Bu kurallar; ağır şüphe sebeplerinin varlığı, başka delil kaynaklarının bulunmaması gerektiğine, dinlenebilecek kişilerle ilgili sınırlamalara ve dinlemenin en fazla ne kadar süreyle yapılabileceğine ilişkindir.³⁸

Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetimi, mevzuatımızda sadece 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nda belirli örgütlü suçlar için düzen-

³⁵ Öztürk/Erdem, s. 590; Geniş bilgi için Bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001, s. 99 vd.

³⁶ Öğretide telefon dinlenmesinin kanuni dayanağı olması gerektiği, CMK’da bu konuda bir düzenleme yapılmadan önce ileri sürülmüştür. Bkz., Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bası, İstanbul 2000, no. 45.52 (396); Tosun Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I Genel Kısım, İstanbul 1984, s. 912; Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2003, s. 268, Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 5. bası, İstanbul 1994, s. 350; Sözüer, s. 76.; Gökçen, s. 172; Zafer, Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul 1999, s. 283.

³⁷ Kühne, s. 103.

³⁸ Kühne, s. 105.

lenmişti.³⁹ 1412 sayılı CMUK'da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, postada el koyma hükümleri uygulanmakta, her suç bakımından denetleme yapılabilmekte idi.⁴⁰ Postada el koymayı düzenleyen 1412 sayılı CMUK'un 92. maddesinde "sair mersule" kavramı genişletici yoruma tabi tutulmak suretiyle telefon, teleks, telefaks gibi vasıtalarla yapılan haberleşmenin, işlenen suçları ortaya çıkarmak amacıyla, kovuşturma makamları vasıtasıyla denetlenmesini kabul etmek bir zorunluluk halini almıştı. Uygulamada da telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşme, Telefon İşletmeleri Rehberi hükümleri (m. 4/4) ve CMUK m. 92'ye göre denetlenmiştir.⁴¹ 4422 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, öğretide iletişimin denetlenmesinin, kanuni dayanağa kavuşmuş olduğu, CMUK'daki hükümlerin artık uygulanma olanağı kalmadığı ve istisnai nitelikte bu özel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁴² 4422 sayılı kanunun özel bir kanun olması ve genel bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç karşısında,⁴³ AİHS'in taraf devletlere yüklediği yükümlülük de göz önüne alınarak 5271 sayılı CMK'da bu husus yeniden düzenlenmiştir.⁴⁴ 5271 sayılı CMK, telekomünikasyon yoluyla iletişimin hangi hallerde denetlenebileceğini; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınmasının ve sinyal bilgilerinin dinlenmesinin koşullarını; belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceğini ve kayda alamayacağını hüküm altına almıştır.

³⁹ 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 5320 sayılı kanunun m. 18/1-d ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. 4422 sayılı kanundan önceki değerlendirmeler bakımından ayrıntılı bilgi için Bkz., Ersoy, Yüksel, "Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 317-320.

⁴⁰ Gökçen, 191.

⁴¹ Gökçen, s. 176. Ayrıca, bir başka görüşe göre ise, postada el koyma hükümleri kıyasen uygulanabileceği ileri sürülürken, haberleşmenin denetlenmesi bakımından ne kıyas ne de genişletici yorumun mümkün olmadığı da ileri sürülmekte idi. Bu konuda Bkz., Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2001, s. 656-657.

⁴² Centel/Zafer, 1. Bası,, s. 269; Ersoy, s. 321.

⁴³ Öğretide Centel/Zafer, bu hususun genel yasada ayrıca yer alması gerektiğini belirtirken, Ersoy, tek bir kanunda düzenleme yapılması gerektiği görüşünde idiler. Bkz., Centel/Zafer, 1. Bası, s. 272; Ersoy, s. 320.

⁴⁴ Maddenin gerekçesinde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmakta olduğu belirtilmiştir. Bkz., Hükümet Tasarısı m. 107'nin gerekçesi, Yalvaç Gürsel, *Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK*, Ankara 2005, s. 830;

b. İletişimin Denetlenmesi Kararı

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135/1'e göre,⁴⁵ bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada⁴⁶ suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁴⁷ Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.⁴⁸

İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ile devletin aidiyetini gizlemek suretiyle muhatap kişiden bilgi edinilmesi söz konusudur.⁴⁹ Bu tedbir, delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun muhakemesiyle sınırlıdır.⁵⁰ Telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanığın evinde, işyerinde olması tedbirin uygulanması açısından önem taşımaz.⁵¹ Bu tedbire başvurabilmek için, bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı gereklidir.⁵²

Ancak sadece kuvvetli şüphenin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması da zorunludur. Bu nedenle öncelikle diğer koruma tedbirleriyle delil elde

⁴⁵ 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı kanununun 17. maddesi ile 135. maddede değişiklik yapılmıştır. Hükümet Tasarısı m. 107'de "beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümlerde" bu usulün uygulanacağı hükmüne bağlanmış idi. Bkz., bu tasarının gerekçesi için, Yalvaç, 830-832.

⁴⁶ 5353 sayılı kanununun 17. maddesi ile CMK m. 135/1 değiştirilmeden önce iletişimin denetlenmesi sadece soruşturmada söz konusuydu. Centel/Zafer, duruşmada kural olarak aleniyet geçerli olduğu ve kanunda bu tedbire mahkemenin vereceğine ilişkin bir açıklık olmadığı için bu tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceğini belirtmektedir. Centel/Zafer, 4. Bası, s. 363.

⁴⁷ Yönetmelik m. 3-d'de "Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hali" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁸ Yenisey, bunu "adli amaçlı dinleme", suç olayı gerçekleşmeden önceki telefon dinlemesini "önleme dinlemesi" şeklinde adlandırmaktadır. Yenisey, Feridun, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yönetmeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak, Ankara 2000, C. 2, s. 117-118.

⁴⁹ Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 49.

⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 592.

⁵¹ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 365.

⁵² Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması hakkında Bkz., Yarsuvat Duygun, "Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması"; Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s. 338; Öztürk/Erdem, s. 592; Özbek, Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)*, Ankara 2005, s. 567-568; Centel/Zafer, 4. Bası, s. 365.

edilmesi yoluna gidilecek, bundan sonuç alınmadığı takdirde bu tedbire başvurulacaktır.⁵³

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 135 ve devamındaki maddelerde öngörülen iletişimin denetlenmesi; iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklinde olur. İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir (Yönetmelik, m. 3-f).⁵⁴ Bir başka deyişle iletişimin tespiti, bir telekomünikasyon hizmeti yoluyla kurulan bağlantının kimler arasında olduğunun tespitidir. 5353 sayılı kanununun 17. maddesiyle değişik CMK'nın 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine*" ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörüldüğü için, iletişimin tespiti tüm suçlar için mümkündür. Nitekim Yargıtay'da bu yönde karar vermiştir.⁵⁵

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder (Yönetmelik m. 3-e). İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., Öztürk/Erdem, s. 592-593.

⁵⁴ Adalet Komisyonu raporunda; iletişimin tespiti ile kastedilenin, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespiti olduğu belirtilmiştir. Bkz., Şahin, 377.

⁵⁵ "5353 sayılı kanununun 17. maddesiyle değişik CMK'nın 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine*" ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" yukarıda belirtilen CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı'nın kararıyla mümkün olacaktır. Bu gerekçeler dikkate alındığında, yazılı emre dayanan bozma nedeni yerinde olup, Eyüp 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 8.6.2005 gün ve 2005/365 müteferrik sayılı kararının CMK'nın 309/4'a maddesi uyarınca (Bozulmasına), müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesi üzere dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığı'na (Tevdiine), 3.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y.5.CD, 2005/14669 E. 2005/20489 K. Bkz., <http://www.adalet.org/yenickarar> (1.6.2006).

üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından ve elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında uygulanabilir.⁵⁶ İletişime müdahale yollarından biri olan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü verinin (Yönetmelik m. 3-k) değerlendirilmesidir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, sadece CMK m. 136/6'da sayılan katalog suçlar için geçerlidir.⁵⁷ Bir başka deyişle, CMK m. 136/6'da sayılan suçlara ilişkin bir soruşturma ve kovuşturmada şartları oluştuğu takdirde, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür.⁵⁸

İletişimin denetlenmesinde kural olarak hakim kararı gereklidir. Soruşturma evresinde tedbire, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi zerine sulh ceza hakimi karar verir. Sulh ceza hakimi, zorunlu savcılık yaptığı hallerde (CMK 163), savcının talebi olmaksızın resen tedbire karar verebilir.⁵⁹ Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu tedbire Cumhuriyet

⁵⁶ Bkz., Adalet Komisyonu Raporu için, Şahin, s. 377-378.

⁵⁷ CMK m. 135/6; "Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 7. Parada sahtecilik (madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3), 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 11. Rüşvet (madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar."

⁵⁸ 29.6.2006 tarihli 5532 sayılı kanunla değişik Terörle Mücadele Kanunu m. 10/1-f'de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki istisnaların uygulanmayacağı belirtilmiştir. (5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 18 Temmuz 2006 tarih ve 26232 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştır.) "Bu hüküm, Kanunun 7. maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlanan silahlı örgüt suçuna yapılan yollama dolayısıyla terör örgütü üyesi ve bu örgütlere bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerle ilgili olarak da iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının uygulanabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.", Bkz., Özgenç İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, Ankara 2006, s. 76.

⁵⁹ Centel-Zafer, 4. Bası, 364.

Savcısı'nın kararı ile de başvurulabilir. Ancak Cumhuriyet Savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunmak zorundadır. Hakim ise kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılır (CMK m. 135/1).

Tedbire karar veya onay veren hakim, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların olup olmadığını yani tedbirin hukuka uygunluğunu ve ayrıca tedbire başvurabilmek için “*başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması*”nın aranması, tedbirin amaca uygunluğu yönünde bir değerlendirme yapılmasını gerekli kıldığından, tedbirin amaca uygunluğunu inceleyecektir.⁶⁰

Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Bu durumda azami tedbir süresi 6 ayı geçemez. Ancak tedbire konu olan suç, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç ise, gerekli görüldüğünde her seferinde bir ay olmak üzere bu süre birçok kez uzatılabilir (CMK m. 135/3) bir başka deyişle örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç söz konusu olduğunda bu tedbir, süresiz olarak uygulanabilir. Üç aylık sürenin başlangıcı, tedbiri uygulama durumunda olan kolluğun süreyi istediği zaman başlatabilmesine ve böylece uygulamada tedbirin kötüye kullanılmasını önlemek için, kararın verildiği andan itibaren başlamalıdır.⁶¹ Öğretide, bir suçun “*örgütün faaliyeti*” çerçevesinde işlenmiş sayılacağı konusunda belirgin bir ölçüt bulunmadığı için, haklı olarak böyle bir düzenlemenin keyfi uygulamalara yol açacağı belirtilmektedir.⁶² Tedbir süresini uzatma kararı, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı tekrar değerlendirilerek gerekçeli olarak verilmelidir. Kişi, hak arama hürriyeti (AY m. 36) ve temel hak ve hürriyetlerinin ihlali halinde yetkili makama geciktirilmeden başvurabilme hakkına sahip (AY m. 40) olduğu için, uzatma kararının gerekçeli olması zorunludur.

İletişimin denetlenmesine ilişkin verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir (CMK m. 135/3).

⁶⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.adalet.gov.tr (10.3.2005) s. 7; Öztürk/Erdem, s. 594.

⁶¹ Öztürk/Erdem, s. 597.

⁶² Öztürk/Erdem, s. 597.

c. Mobil Telefonun Yerini Tespit

Mobil telefonunun yerinin tespiti, haberleşme hakkına müdahale niteliğinde olduğu için, bu hususun da kanunda açıkça düzenlenmesinin zorunluluğu karşısında, CMK m. 135/4'de düzenlemeye gidilmiştir. Bu tedbire, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla başvurulur. Aslında mobil telefonun yerinin tespitinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasında olduğu gibi haberleşme özgürlüğüne bir müdahale söz konusudur. Ancak, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindeki müdahaleler, haberleşme özgürlüğünün gizliliğine yönelik iken, mobil telefonunun yerinin tespitinde haberleşme özgürlüğü kapsamında haberleşme hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu tedbire, sadece şüpheli veya sanığın yakalanması için başvurulması, m. 135/1'de iletişime yönelik müdahalelerin tek tek sayılması, tespit işleminin süresinin ve mobil telefonun yerini tespit kararını verecek yetkili kişilerin ayrıca tekrar m. 135/4'de belirtilmesi, mobil telefonunun yerinin tespitinin, m. 135/1'de belirtilen dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden ayrı, özel olarak düzenlendiğini göstermektedir. Gerek delil elde etme amacına yönelik CMK m. 135/1'de öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinden farklı olarak şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olması, gerekse kanunda düzenleniş şekline anlaşılabileceği üzere, "*mobil telefonun yerinin tespiti*" aslında ayrı bir koruma tedbiri olup ayrı bir maddede düzenlenmeliydi.⁶³

Mobil telefonunun yerinin tespiti, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararına istinaden, en çok üç ay için yapılabilir ve bir defa daha uzatılabilir (CMK m. 135/4). Bu durumda azami süre altı aydır. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Sadece şüpheli veya sanığın mobil telefonunun yeri değil bu kişilere ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti de mümkündür.⁶⁴ Bu tespit işlemi, CMK m. 135/6'da "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler*" denildiği için, sadece CMK m. 135/6'da belirtilen suçlar için değil, tüm suçlarda yapılabilir.⁶⁵

⁶³ Özbek de tedbirin, yöneldiği amaçtaki farklılık gerekçesiyle ayrı bir tedbir olduğunu ve ayrı maddelerde düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Özbek, s. 564.

⁶⁴ 25.5.2005 tarihli 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile değiştirilmeden önce, "kullanmakta olduğu" denildiği için, sadece şüpheli ve sanığın mobil telefonunun yerini tespit mümkündür. Değişikliğin yerinde oluşu hususunda Bkz., Ünver/Hakeri, 177 dn. 46.

⁶⁵ Şahin, s. 379; Ünver/Hakeri, 172; Aksi görüş Öztürk/Erdem, s. 597.

d. İletişimin Denetlenmesi Kararının Yerine Getirilmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 137/1'e göre; "135. maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak ister ve bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir."

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135 kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"⁶⁶ adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür (Yönetmelik m. 17). CMK m. 135'e göre verilecek kararlar, Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir (Yönetmelik m14).⁶⁷ İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

İletişimin denetlenmesi sırasında tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı'nca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek yazılı hale

⁶⁶ Yönetmelik m. 16'ya göre;"Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir. Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşur. Başkanlıkta, Başkanın görüşü doğrultusunda Kurum Başkanı tarafından Kurum içinden veya Kurum dışından yeterli kadar teknik, hukukçu ve idari personel görevlendirilir. Başkanlıkta, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler başkanlıktaki görevleri esnasında başkanın talimatlarına ve başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder."

⁶⁷ Yönetmeliğin Kararların yerine getirilmesini düzenleyen 14. maddesi ile kayıtların yok edilmesini düzenleyen 15. maddelerinin 23.1.2006 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştü. Ancak 24.2.2006 tarih 26090 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 1. maddesi ile eklenen Yönetmeliğin geçici 2. maddesinde, personel ve sistemler yönünden noksanlıklarının giderilerek başkanlığın faaliyete geçtiği ve bu durumun başkanlık tarafından ilgili kurumlara bildirildiği tarihe kadar, en son 23.7.2006 tarihine kadar uygulanmayacağı öngörülmüştür. 23.7.2006 tarihinden itibaren kararların yerine getirilmesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca yürütülmektedir.

getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçeye çevrilir (CMK m. 137/2).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, m. 135/6'da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhâl bildirilir (CMK m. 138/2).

Tedbir, öngörülen sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ve tedbirin hâkim tarafından onaylanmaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir (CMK m. 137/3).⁶⁸ Oysa tedbirin uygulanabilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı, örneğin, CMK m. 135/6'daki suçlardan biri olmadığına ilişkin anlaşılması veya suç işlediğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması veya başka suretle delil elde edilmesi imkanının varlığı hallerinde olduğu gibi, tedbir uygulanmaya başladıktan sonra anlaşılabilir. Bu durumda da tedbir sona erer.⁶⁹

Tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına bildirilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hakim tarafından onaylanarak Başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından derhal son verilir (Yönetmelik m. 15). Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla tespit edilir (CMK m. 137/3).⁷⁰ Burada kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi, kanımca Cumhuriyet Savcısı'nın kararına itiraz süresinin dolması veya itirazın sonuçlanmasının sonunda olması gereklidir.⁷¹ Hakim onayı alınmaması durumunda tedbirin der-

⁶⁸ Özbek, tedbirin sona ermesinin CMK'daki bu hallerle sınırlı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Özbek, s. 576.

⁶⁹ Öztürk/Erdem, "tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisinin ortadan kalkması"na bir sona erme nedeni olarak yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanısındadır. Öztürk/Erdem, s. 600.

⁷⁰ Öğretide Yarsuvat, 4422 sayılı kanuna ilişkin yaptığı değerlendirmede dinlenmeye gerek olmadığı kararı üzerine kayıtların on gün içinde değil, derhal yok edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yarsuvat, s. 339.

⁷¹ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 366; Öğretide kovuşturmaya yer olmadığı kararı her zaman için kaldırılabilir bir karar olduğundan burada verileri yok etme konusunda en azından savcıya bir takdir yetkisi tanınmasının yararlı olduğu ileri sürülmüştür.

hal sona ermesi öngörülmesine rağmen, hakim güvencesinden yoksun olarak iletişimi tespit edilmiş ve dinlenmiş bir kişinin özel hayatına ve haberleşme hakkına yönelik bir müdahale sonucu elde edilen kayıtların on gün gibi bir uzun süre elde tutulmasının izahı mümkün değildir. Kayıtların yok edilmesi de derhal olmalıdır. Haberleşme özgürlüğünü korumak bakımından, hakim onayı alınmaması durumunda kayıtların derhal yok edilmesi öngörülmelidir.

Şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesi veya hakim onayı alınmaması durumunda kayıtlar yok edilecektir. Ancak, CMK m. 138/2'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak m. 135/6'da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi halinde, bu delilin muhafaza altına alınması ve durumun Cumhuriyet Savcılığı'na derhâl bildirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, CMK m. 135/6'daki suçların işlendiği şüphesini uyandıran delil olarak kullanılacak kayıtlar CMK 138/2 çerçevesinde yok edilmeyecektir.⁷² Ancak, iletişimin denetlenmesi sırasında CMK m. 135/6'da belirtilen suçların dışında bir suça ilişkin edinilen bilgi delil olarak kullanılmayacağına göre, CMK'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu kayıtların yok edilmesi gerekir.⁷³

e. İletişimin Denetlenmesi Hususunda Bilgilendirme

İletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur (CMK m. 135/5).⁷⁴ Ancak tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir (CMK m. 137/4).⁷⁵

Ünver/Hakeri, s. 182-183.

⁷² Ünver/Hakeri, s. 181.

⁷³ Öztürk/Erdem, 602.

⁷⁴ Öztürk/Erdem, tedbire ilişkin kararın ifşa edilmesinin, ifşa eden kişi bakımından TCK m. 258 ve 285'in uygulanmasını gündeme getireceğini belirtmektedir. Öztürk/Erdem, s. 597.

⁷⁵ Öğretide 4422 sayılı ÇASÖMK'da, ilgiliye haber verilmesi olanağını sağlayacak bir düzenlemeye yer verilmesinin gerekliliği ileri sürülmüştü. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 294.

AIHM, İngiltere'ye karşı Malone, Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararında⁷⁶ ve Fransa'ya karşı Kruslin/Huvig kararında tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise, ilgiliye sonradan haber vermenin önemine işaret etmiştir.⁷⁷

Kanımca, ilgiliye bilgi verilmesinin, kayıtların yok edilmesi halinde ve soruşturma evresinin bitiminden sonra öngörülmesi yerinde değildir.⁷⁸ Doğal olarak diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak, tedbirden beklenen yararın sağlanabilmesi için iletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve yapılan işlemlerin gizli olması gerekir. Ancak maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla delil elde etmek için başvuru bu koruma tedbirine ilişkin karar ve işlemlerdeki gizlilik, madde metninde “*tedbir süresince*” denildiği de göz önüne alındığında, soruşturma ve kovuşturmada delil elde edildikten sonra ortadan kalkar. Aslında haberleşme özgürlüğü gibi kişinin temel hakkına müdahale niteliğinde olan bu tedbirden, ilgilinin tedbir sona erdikten sonra haberdar edilmesi gerekir.⁷⁹ AY m. 36'da öngörülen hukuksal korunma güvencesinin etkili olarak gerçekleşmesi için⁸⁰ ve AY m. 40 uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu için, haberleşme hak ve özgürlüğüne söz konusu tedbir ile yapılan müdahaleden ilgili kişinin haberdar olması gerekmektedir. Kanımca, kanunda tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde, ilgili kişinin bu tedbirden haberdar edileceği düzenlenmelidir.

Bu tedbirin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin bir hüküm olmadığı için, bildirim sonucunda kişilerin tedbirin denetlenmesini sağlama imkanı CMK'da yer almamaktadır. Bu durumda idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğuna⁸¹

⁷⁶ AIHM'in 1978 tarihli Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararı için Bkz., Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul 1997, s. 151-157.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 294, Erdem, *Gizli Soruşturma*, s. 154.

⁷⁸ Öztürk/Erdem'de, ilgiliye haber verme yükümlülüğünün, dokümanların yok edilmesi; dokümanların yok edilmesinin de tedbire son verilmesi koşuluna bağlı tutulmasını yerinde bulmamaktadır. Öztürk/Erdem, s. 601.

⁷⁹ Yarsuvat, s. 341; Özbek, her bireyin, Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde böyle bir tedbire maruz kalmış olup olmadığı yönünde bilgi verilmesini her zaman talep edebileceğini belirtmektedir. Özbek, s. 577.

⁸⁰ Öztürk/Erdem, s. 601.

⁸¹ Öğretide tazminat sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yarsuvat, s. 342; Ünver/Hakeri, idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğunun yanında tedbire karar verilmesi veya uygulanması ile ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçu bakımından ilgili kamu görevlilerinin bir sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir., Ünver/Hakeri, s184.

gidilebilir. Ancak bu hususun, CMK'nın 141. maddesinde öngörülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümleri içinde düzenlenmesi gerekirdi.⁸²

IV. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Özellik Arz Eden Haller

1. Avukatlara İlişkin Özel Düzenleme

a. Postada El koyma

Avukatın Ceza Muhakemesi Kanunu avukatlara ilişkin postada el koyma ile ilgili işlemleri ayrı ve genel hükümlerden farklı usul ve özel hükümlere bağlamıştır. Bunun temel nedeni, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içinde yürütülmesini sağlayarak, savunma hakkını sağlam tutmak,⁸³ avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlamaktır.⁸⁴ Avukatın bürosunda arama sonucunda⁸⁵ elkonulacak posta söz konusu olduğunda CMK'nın 130. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, elkonulacak şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu durumda elkonulacak şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim yirmi dört saat içinde karar verir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır.

⁸² Erdem, *İletişimin Denetlenmesi*, s. 12; Ünver/Hakeri, s. 198.

⁸³ CMK m. 154/1'de şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

⁸⁴ Bkz., Tasarının 101. maddesinin gerekçesi için, Şahin, 361; Öztürk/Erdem, bu konuda özel bir düzenleme yapılmasının önemli bir adım olduğu ancak, TCK m. 6'daki yargı görevi yapan deyiminden avukatların da anlaşılacağı belirtildiğine göre, savcı ve hakim bürosu nasıl aranıyor ve oralardaki gibi el koyma yapılıyorsa, avukatlar içinde öyle olması gerektiğini ve hatta savunma hakkının korunması isteniyorsa bunun yapılmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Öztürk/Erdem, s. 573.

⁸⁵ Avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koymayı düzenleyen CMK m. 130/1'e göre; "Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı'nın denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur."

b. Müdafinin Telekomünikasyon Yoluyla İletişiminin Denetlenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 136/1'e göre; şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz;⁸⁶ bir başka deyişle müdafii ve şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması suretiyle denetlenmesi müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefon, elektronik posta gibi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenemez. AİHM, avukatlık bürosu gibi işyerlerinden yürütülen telefon konuşmalarının 8/1 maddesi kapsamında özel yaşam ve iletişim kavramları bakımından değerlendirmektedir.⁸⁷

Öğretide, CMK m. 135/2'de tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtildiği için ve müdafii de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında olduğu gerekçesiyle CMK m. 136'daki düzenleme gereksiz bulunmaktadır.⁸⁸ Kanımca, bu eleştiriler yerinde değildir. CMK m. 135/2'de iletişimin denetlenmesi şekillerinden sadece "*kayda alınma*" dan söz edildiği için, tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olan avukat ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin tespiti ya da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün olabilecekti. Oysa CMK m. 136'da "*135. madde hükmü uygulanamaz*" denildiği için, m. 135/1'de öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerini tespit mümkün değildir. CMK m. 136'daki düzenleme, avukat-şüpheli veya sanık arasındaki meslekî ilişkinin ve savunma hakkının korunması bakımından daha kapsamlı ve açık bir düzenleme getirdiği için yerindedir. Avukatın meslekî sırrı koruma yükümü, avukatın sıfatı veya yüklendiği yargı görevi nedeniyle elde ettiği bütün sırları kapsamaktadır. Bu itibarla avukatın müvekkili ile bütün haberleşmesi de meslekî sır içindedir. AİHM de Kopp kararında, bir İsviçreli avukatın, şüpheli olmayan bir kişi olarak, bir ceza

⁸⁶ İsviçre'deki avukatların telefon dinlemesinden korunmasının esası tanıklıktan çekimne ayrıcalığına dayandırılırken, Almanya'da öğreti ve uygulama bu bağlantıyı ağırlıklı olarak reddetmektedir. Alman CMUK m. 148'e sadece müdafinin şüpheli ile konuşmaları bakımından bir değerlendirme yasağı çıkarılmakta genel olarak tüm avukatlar ve onların müvekkilleriyle olan konuşmaları bakımından bu yasağın geçerli olmadığı savunulmaktadır. Kühne, s. 107-108.

⁸⁷ İsviçre'ye karşı Kopp Kararı Bkz., Kühne, s. 99.

⁸⁸ Şahin, s. 382., Öztürk/Erdem, s. 598; "Bu iki hükümden birinin metinden çıkarılması önerisi, Barolar Birliği temsilcilerinin itirazı karşısında sonuçsuz kalmıştır.", Şahin, s. 382.

kovuşturmasıyla ilgili telefon dinlemesine konu edilip edilmeyeceğini incelerken, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkinin etkili bir şekilde korunabilmesi için avukat bürosundan yapılan tüm görüşmelerin mesleki nitelikte olduğunu kabul etmekte bunun sonucu olarak da 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.⁸⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu 136. madde metni, sadece müdafii bürosu, konutu ve işyerlerindeki telekomünikasyon araçlarından söz edildiği için, müdafii bakımından getirilen denetleme yasağının, sadece belirtilen yerlerdeki telekomünikasyon araçları hakkında geçerli olduğu gibi anlaşılmaktadır. Mobil telefonlara ilişkin düzenlemeye madde metninde yer verilmemiş olması eleştirilmiştir.⁹⁰ Kanımca, kanun hükmü avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkinin telefon görüşmelerinin güvenilirliği aracılığıyla korunmasını sağlarken aslında savunma hakkını korumaktadır. Maddenin düzenleniş amacı göz önüne alındığında, müdafii şüpheli veya sanıkla her türlü iletişiminin denetlenmesi yasağı söz konusudur. CMK m. 136'da sadece müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesinin yasaklanması değil, mobil telefonla iletişiminin de denetleme yasağının açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Ancak bu konudaki eksiklik, şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamayacağını öngören CMK m. 135/2'deki hüküm ile kısmen giderilmektedir Avukatlarında tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olduğu ve madde 135/2 müdafileri de kapsadığı için, müdafilerin mobil telefonla yaptığı görüşmeler kayda alınamaz.⁹¹

Müdafiiye ilişkin denetim yasağı, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla öngörüldüğü için, müdafii kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve CMK 135'deki şartlar söz konusu ise bu maddeye göre avukat için de iletişimin denetlenmesi söz konusu olacaktır.

Önleme amacıyla yapılacak iletişimin denetlenmesi söz konusu olduğunda, müdafii bu denetlemeye maruz kalıp kalmayacağı tartışmalıdır. Müdafiiye ilişkin denetim yasağı, sadece şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla yapıldığına göre, 5397 sayılı kanunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesindeki amaç CMK 136'da öngörülenden farklı olduğu için herkes gibi müdafii de iletişiminin denetlenebileceği söylenebilir.⁹² Ancak AİHM'in Kopp kararında vurguladığı gibi,

⁸⁹ Kühne, s. 106.

⁹⁰ Bkz., Ünver/Hakeri, s. 201.

⁹¹ Öztürk/Ertem, s. 598; Özbek, s. 573; Ünver/Hakeri, s. 201.

⁹² Özbek, s. 573.

uygulama mesleki ayrıcalığın sadece avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiyi kapsadığı ve bununda genelde kabul gördüğü bilinmekte ise de, avukatın nasıl, hangi hallerde, kim tarafından ve özel olarak avukatın mesleği ile bağlantılı olan ve bunun dışındaki işlerle ilgili olan faaliyetler arasında nasıl ayırım yapılacağına açıkça düzenlenmesi gerekir.⁹³

2. Şüpheli veya Sanık ile Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler Arasındaki Haberleşmeyi Sınırlandırma Yasağı

CMK m. 126'a göre; şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; çekinme hakkına sahip olanların nezdinde bulundukça elkonulamaz.⁹⁴ Nezdinde bulunmaktan maksat yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir.⁹⁵

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki haberleşme özgürlüğünün denetimini engelleyen bu hüküm, tanıklıktan çekinme olanağının korunmasını amacı ile öngörülmüştür.⁹⁶ Bu hüküm ile sanıkla sırrını açtığı kişiler arasındaki güven ilişkisi korunmaktadır.⁹⁷

Mektup ve belgeler, tanıklıktan çekinebilecek olanlarla, şüpheli veya sanık arasındaki haberleşme kapsamında ise ve çekinme hakkına sahip olanların nezdinde bulunuyorlarsa bunlara elkonulamaz. Ancak, tanıklıktan çekinebilecek olanların soruşturulan veya kovuşturulan suça iştirak veya yataklık etmiş olmaları şüphesi varsa, söz konusu mektup veya belgelere elkonulabilecektir.⁹⁸

Haberleşmeye müdahale anlamında CMK m. 135/2'ye göre; şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi de kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Kanun metninde kayda alınamamaktan söz etmektedir. Bu durumda şüpheli veya sanığın söz konusu kişilerle iletişimi tespit edilebilecek, dinlenebilecek

⁹³ Kopp kararı için Bkz., Kühne, s. 103.

⁹⁴ Bkz., 1412 sayılı CMUK m. 89.

⁹⁵ Tasarının 94. maddesinin gerekçesi için Bkz., Şahin, s. 350.

⁹⁶ Erem Faruk, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, s. 490.

⁹⁷ Gökçen, s. 103, 107.

⁹⁸ Tasarının 94. maddesi aynen kabul edilmiş olup, gerekçesi için Bkz., Şahin, s. 350

veya sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir.⁹⁹ Şüpheli veya sanığın iletişimin tespit edilmesi veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sırasında otomatik olarak bu kişilerle yapılacak iletişimde tespit edileceği için bu nedenle maddede sadece kayda alınamayacağına söylenmiş olması olasıdır.¹⁰⁰ Ancak şüpheli veya sanığın iletişimin tespiti veya dinlenmesi sırasında iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişiler olduğu anlaşıldığında, artık dinlenme yasağı söz konusu olmalıdır. Bunun içinde kanımca maddede açıkça dinlemenin de yasaklanması gerekir.

3. Tutuklunun Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Haberleşme hakkı, herkes için olduğu gibi tutuklu için de bir hak tır (CGİK m. 114). AY m. 22'ye göre; istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir. Bu kurumlardan biri de tutukevleridir.¹⁰¹ AİHM, cezaevi ve tutukevi hayatının bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, burada tutulanların haberleşme özgürlüğü ve hakkına- haberleşmenin gizliliği de dahil olmak üzere- müdahalesini tutuklu ve hükümlü kişinin özel durumu göz önünde tutularak, müdahalenin meşruluğunu İHAS m. 8/2 açısından ele almaktadır. AİHM birçok kararında kurumunun düzeninin sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu bağlamda tutukluların yazışmasının denetime tabi tutulabileceğini açıkça belirtmektedir.¹⁰²

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 154/1'de şüpheli ve sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı öngörüldüğünden, şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde de yazışmaları denetime tabi tutulamaz. CMK m. 154'de öngörülen denetim yasağını, sanığın İHAS m. 6/3 (c) de belirtilen savunma hakkının yanında, İHAS m. 6/3 (b) de belirtilen sanığın "*savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma*" hakkını göz önünde bulundurarak tutuklu ile müdafinin birbirlerine yazdıkları mektupların derhal yerine ulaştırılmasını

⁹⁹ Öztürk/Erdem, s. 595; Ünver/Hakeri s. 175.

¹⁰⁰ Özbek, s. 569; Ünver/Hakeri, Bakanlık komisyonunda iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle tespit edilemeyeceği gerekçesiyle sadece kayda alma hususunun hükmüne bağlandığını belirtmektedir. Ünver/Hakeri, s. 174.

¹⁰¹ Centel'e göre, AY m. 22/4'de kanunla belirtileceği öngörülen istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kavramına cezaevleri girerse de tutukevleri girmez. Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul 1992, s. 108.

¹⁰² Bu konuda AİHM kararları için Bkz., Yokuş Sevük, Handan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, Yıl. 2003, s. 344-356.

da kapsayacak şekilde anlamak gerekir.¹⁰³ Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı CGİK' da da öngörülmüştür (CGİK m. 114/5).¹⁰⁴ CGİK m. 114/3'e göre; tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama, ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir.¹⁰⁵

Tutuklunun, resmi makamlara veya savunması için avukatlara gönderilenler hariç, gönderdiği ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar denetimden geçer. (CGİK m. 116, m. 68).¹⁰⁶ Tutukluların, tutuldukları kurumlarda araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulundurmaları ve kullanmaları yasaktır. Ancak idarenin kontrolündeki ücretli telefonla görüşme yapmaları, zorunlu hallerde kuruma ait telefon ve faks cihazından yararlanmaları mümkündür. Telefon görüşmeleri idarece dinlenir ve kayda alınır (CGİK m. 116, m. 66).¹⁰⁷

SONUÇ

- Demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine olanak veren kanuni düzenleme bir zorunluluk olup, keyfi uygulamaların önüne geçebilmek için belirgin ve açık olmalıdır

- 5271 sayılı CMK'da haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirleri düzenlemek suretiyle, Anayasa ve AİHS'de öngörüldüğü üzere haberleşmenin özgürlüğünün sınırlanabileceği halleri kanunla tespit etmiş, haberleşmenin denetlenmesinin hukuki çerçevesini çizmiştir.

¹⁰³ Benzer düzenleme 1412 s. CMUK m. 144 de öngörülmüştür. Bu konuda Bkz., Yokuş Sevük, Avrupa, s. 370.

¹⁰⁴ CGİK m. 114/6'a göre, özel kanunda yer alan hükümler saklıdır.

¹⁰⁵ Centel/Zafer, 4. Bası, 324.

¹⁰⁶ CGİK yürürlüğe girmeden önce bu konuda yaptığı eleştirilerde Feyzioğlu, mevzuatta tutukevi düzenin bozulmasını ve tutuklama ile gözetilen amacın ihlal edilmesini önlemek amacıyla mektupların açılmasına sansüre tabi tutulmasına veya yok edilmesine ilişkin bir hükmün bulunmaması ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün sadece hükümlülerin mektuplarının kontrolünü düzenlediği bu nedenle tutukluların mektuplarının kontrolüne ilişkin yapılan faaliyetlerin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmekte idi. Feyzioğlu, Metin, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme, *Yeni Türkiye*, 1996/10, s. 704-705.

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., Centel/Zafer, 4. Bası, 324-327.

- Postada el koyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi haberleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerdir. Bu nedenle hakim kararı ve hakim onayı ile olması tedbirin kötüye kullanılmasını, keyfiliği engeller ve ilgili için güvence oluşturur.

- Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen postada el koyma kararının hakim tarafından onaylanması zorunluluğu yoktur. AY m. 22/2' de öngörülen yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını öngören hükmü karşısında, Cumhuriyet Savcısı kararını, yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunmak, hakim de kararını kırk sekiz saat içinde açıklamak zorundadır; aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

- Postada el koymanın, ilgiliye bildirilmesi tedbirden beklenen yarara zarar vermemek koşuluyla söz konusudur ki, bu da soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığının söz konusu olmadığı (CMK m. 129/3) hallerdir. Ancak hukuka uygunluk denetimini sağlamak için soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı, ilgiliye neden haber verilmediği gerekçelendirilmelidir. Ancak bu halde ilgili AY m. 36, m. 40, AİHS m. 6 ve 8'de öngörülen güvencelerden yararlanabilir.

- Postada el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi ve açılıp açılmamasına veya açıldıktan sonrada gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve adliyenin eli altında bulunmasına gerek olup olmadığı hususlarına hakim tarafından karar verilmesi ilgili açılarından güvence oluşturur. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı'nın kendisine verilen gönderileri hakime vermesini ve incelemenin hakim tarafından yapılmasını öngören CMUK m. 92/3 ve Hükümet Tasarısı'nın 96. maddesindeki düzenleme daha yerindedir.

- Haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gerek Anayasada kişinin temel haklarının ancak kanunla sınırlandırılabilmesinin öngörülmesi gerekse AİHS'ne taraf bir devlet olarak bu özgürlüğe müdahalenin kanunda açıkça düzenlenmesinin zorunluluğu karşısında CMK'da düzenlenmiştir. CMK m. 135'de öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklinde olur.

- İletişimin tespiti tüm suçlar için mümkün iken, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin CMK m. 136/6'da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

-Tedbir süresinin uzatılmasına ilişkin karar, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı tekrar değerlendirilerek gerekçeli olarak verilmelidir. Adil yargılanma bakımından (AY m. 36, AİHS m. 6) kişinin demokratik bir toplumda hukuk devleti olmanın kapsamında hukuki korumadan yararlanabilmesi için (AY m. 40) uzatma kararının gerekçeli olması zorunludur.

- İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindeki müdahaleler haberleşme özgürlüğünün gizliliğine yönelik iken, mobil telefonunun yerinin tespitinde haberleşme özgürlüğü kapsamında haberleşme hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu tedbir, bütün suçlar için söz konusu olabilir.

- Mobil telefonun yerinin tespiti, aslında ayrı bir koruma tedbiridir. Ancak kanımca haberleşme hakkına yönelik bir müdahale oluşturulan bu tedbirin, CMK'nın koruma tedbirleri kısmının beşinci bölümü olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kapsamında ele alınması yerinde olmakla beraber, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması madde başlıklı CMK m. 135/4'de düzenlenmesi yerine, ayrı bir maddede düzenlenmelidir. Mobil telefonun yerinin tespitine tüm suçlar için başvurulabilir.

- İletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında ilgiliye bilgi verilmesinin sadece 137/4'de söz konusu olan halle sınırlandırılması yerine, tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde ilgili kişinin tedbirden haberdar edileceği düzenlenmelidir. Ancak bu halde AY m. 36 ve AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı gerçekleşir ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasından (AY m. 40) yararlanır.

- Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135/2'de tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtildiği için ve müdafii de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında olduğu gerekçesiyle CMK m. 136'daki düzenlemenin gereksiz bulunmasına ilişkin eleştiriler yerinde değildir. CMK m. 135/2'de iletişimin denetlenmesi şekillerinden sadece "*kayda alınma*" dan söz edilmektedir. CMK m. 136'da "*135. madde hükmü uygulanamaz*" denildiği için, m. 135/1'de öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün değildir.

- Ceza Muhakemesi Kanunu m. 136'da avukatın mesleki sırrı ve savunma hakkı korunduğu için, şüpheli ve sanığa yüklenen suç dolaşısıyla müdafinin mobil telefonla iletişimi de denetlenemez.

AYNI OLAYA İLİŞKİN MECLİS ARAŞTIRMASI İLE ADLÎ SORUŞTURMANIN BAĞDAŞMAZLIĞI ÜZERİNE

Ozan Ergül *

1. Giriş

23 Kasım 2005 tarihinde “*Hakkâri Merkez, Yüksekova ve Şemdinli İlçelerinde Meydana Gelen Olayların Araştırılması*” amacıyla Meclis araştırması komisyonu kurulduğunda, herhalde hiç kimse Cumhuriyet tarihinin en derin siyasal ve yargısal krizlerinden birinin yaklaşmakta olduğunu tahmin etmemiştir. Ancak, anılan komisyonunun araştırma konularından birini oluşturan Şemdinli’deki bombalamaya ilişkin araştırma faaliyetleri ile, olayı adlî yönden soruşturan savcının bazı eylemlerinin karmaşık bir olaylar dizisi sonucunda üst üste gelmesi üzerine, ilgili savcı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından meslekten ihraç edilmiş; Meclis araştırma komisyonunun faaliyetleri yönünden de bir tartışma başlamıştır.

Bu makalede, TBMM’nin adlî soruşturmaya konu bir olay hakkında “*Meclis araştırması*” yürütüp yürütemeyeceğiyle ilgili tartışmaya katkıda bulunulmaya çalışılacaktır.

Bilindiği gibi, Hakkâri ve Yüksekova’daki bombalama eylemleri üzerinden çok vakit geçmeden, 9 Kasım 2005 tarihinde Şemdinli’de eski bir PKK üyesinin sahip olduğu kitapevi bombalanmış ve olayda bir kişi yaşamını yitirmiştir. Olayla ilgili olarak iki astsubay yakalanmış ve daha sonra tutuklanmışlardır. Bu bombalamaların ardından yaşanan geniş çaplı şokun da etkisiyle, TBMM’de olayları araştırmak üzere bir “*Meclis araştırma komisyonu*” kurulmuş ve bu Komisyon 7 Aralık 2005 tarihinde göreve başlamıştır. Ancak, Komisyon çalışmalarına devam ettiği sırada, olayı adlî yönden soruşturan Van Cumhuri-

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
e-mail: ergul@law.ankara.edu.tr.

yet Başsavcılığı'nın 3 Mart 2006 tarihli iddianamesinin basına sızması ile olay farklı bir boyut kazanmıştır. İddianamede olayla ilgisiz ya da gerekçelendirilmesinde yüzeysel kalınan bazı suçlamalara yer verilmesi ve bu suçlamaların dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı ile başka bazı üst rütbeli subaylara yönelik olması, kamuoyunun konuya olan ilgisini arttırmıştır. Bu yoğun ilgiyle birlikte, TBMM'nin aynı olaya ilişkin olarak yürüttüğü Meclis araştırması da eleştirilere konu olma-ya başlamıştır. Nitekim önce Adalet Bakanı Cemil Çiçek¹ ve Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin² ve daha sonra da eski Yargıtay Başsavcısı Sabih Kanadoğlu³ adlı soruşturmaya konu bir olaya ilişkin olarak "Meclis araştırma komisyonu" kurulmasının yanlış olduğunu vurgulayarak Komisyon'un faaliyetine son vermesi gerektiğini dile getirmişlerdir.

Meclis Araştırma Komisyonu Başkanının bazı ifade tutanaklarını adli soruşturmayı sürdüren savcıya göndermiş olduğunun ortaya çıkması⁴ ve ifadeleri subaylara yönelik soruşturmalara dayanak oluşturan bir kişinin hem araştırma komisyonuna, hem de savcıya ifade vermiş olduğunun öğrenilmesi, şüphesiz adli soruşturmaya konu bir olay hakkında Meclis araştırması yürütülmemesi gerektiğini savunanların kaygularını belli ölçüde haklı çıkarmıştır. Bu görüşte olanlar, hukuki dayanak olarak Anayasa'nın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" kenar başlığını taşıyan 138. maddesi üçüncü fıkrasına işaret etmektedirler. 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde yer alan düzenlemeye karşılık gelen söz konusu fıkra şöyledir: "Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde 'yargı yetkisinin kullanılması' ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz". Adli soruşturmaya konu bir olay hakkında Meclis araştırması açılıp açılmayacağına cevap ararken bu düzenlemenin yorumlanması gerekmektedir. Gerçekten de, yasama organının görev ve yetkileriyle ilgili olarak hukuk düzeni tarafından öngörülmüş sınırlamalar için kullanılan "yasama kısıtı" terimi çerçevesinde acaba bu Anayasa düzenlemesini nasıl anlamak gerekmektedir?

Bu noktada, adli soruşturmaya konu bir olay hakkında Meclis araştırması yürütülmemesi gerektiğini ifade edenlerin -en azından bir kısmının- bu yöndeki görüşlerini ifade ettikten sonra, 1970 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararından da haberdar olduklarını beyan etme

¹ Çiçek: Komisyon doğru değil, Milliyet Gazetesi, 8 Mart 2006.

² Şahin'den savcı ve komisyona uyarı, Milliyet Gazetesi, 11 Mart 2006.

³ Yargının işlevine saldırı var, Milliyet Gazetesi, 26 Mart 2006.

⁴ Tutanak Skandalı, Milliyet Gazetesi, 9 Mart 2006.

ihtiyacı duydukları görülmüştür. Konuyu merak edenlerin başvurduğu akademik çalışmalarda da, dava konusu bir olay hakkında pekâlâ Meclis araştırması yürütülebileceği belirtildikten sonra, eski bir Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapıldığı görülecektir. Söz konusu karar, 18 Haziran 1970 tarih ve E. 1970/25 ve 26, K. 1970/32 sayılı karardır. Bu karar, sorunun çözüme kavuşturulması için yoruma ihtiyaç gösteren ikinci hukuki dayanağı oluşturmaktadır.

2. Doktrinin Konuya Yaklaşımı

Soruna ilişkin konuları ele alırken, zaten sınırlı sayıda olan önceki çalışmalardan örnekler vermek yerinde olacaktır. 1977 tarihli “*Meclis Araştırması*” isimli çalışmasında Erdal Onar, 1961 Anayasası’nın, 1982 Anayasası’nın 138. maddesine karşılık gelen 132. maddesi çerçevesinde konuyu şöyle ele almaktadır: “(...) Anayasa’nın 132. maddesinin, yargı organına intikal eden bir konuda Meclis araştırması yapılmasına engel olmaması gerekir. Çünkü Meclis araştırması ile olayın sadece siyasal yönü ele alınmakta, **kesinlikle suçlu tespitine gidilmemektedir**. Bu nedenle, yasama organınca yapılacak Meclis araştırması ile mahkemelerin bağımsızlığının zedelenmesi, yargı organınca verilecek kararın etkilenmesi söz konusu olamaz. Esasen, Anayasa’nın görülmekte olan bir dava hakkında yasama Meclislerine yasakladığı husus, **sadece yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili** soru sorulması, görüşme yapılması ve beyanda bulunulmasıdır(...) **Yargı organına intikal etmiş bulunan bir konu ile ilgili Meclis araştırmasının görülmesinde, yargı yetkisinin kullanılmasına değinilmeyeceğine göre;** böyle bir konudaki meclis araştırması isteminin, 132. maddeye aykırılığı söz konusu olamaz.

Anayasa Mahkemesi’nin görüşü de bu yöndedir. Yüksek Mahkeme, aynı konu yargı organına intikal etmiş bulunduğu için, Başbakan hakkında yürütülmekte olan Meclis soruşturmasının, dava bitimine kadar ertelenmesine ilişkin TBMM Birleşik toplantısı kararını Anayasa’ya aykırı bulduğundan, 18.6.1970 tarihinde iptal etmiştir.”⁵

Yargıya intikal etmiş bir olay hakkında Meclis araştırması açılabilceğini savunan görüşte dikkat edilmesi gereken husus, Meclis araştırmasının mahiyeti itibarıyla yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili olmadığının vurgulanmış olmasıdır. Onar’ın alıntı yapılan eserinden sonra kaleme alınan çalışmalarda da yargıya intikal etmiş konuların Meclis

⁵ Erdal Onar, Meclis Araştırması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 100-101. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

araştırmasına konu olabileceği görüşü benimsenmiştir. Örneğin, Şeref İba, “*Parlamentar Denetim*” isimli eserinde, Meclis araştırmasının sınırı olarak 138. maddenin ilgili düzenlemesini aynı Anayasa Mahkemesi kararından alıntı yaparak ele almış ve “*Anayasa Mahkemesi’nin konuya ışık tutan kararında da belirtildiği gibi sınırlama, salt yargı yetkisinin kullanılmasyla ilgili olduğundan bu konuyu abartmamak gerekir*” saptamasında bulunmuştur.⁶ Aynı yazar, yakın tarihli bir çalışmasında bu konuyu yine ele almış ve benzer şekilde Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararına değindikten sonra, “(...) Demek ki, yargıya müdahale imkânını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir anayasa hükmününün, yine anayasanın başka maddelerinde düzenlenmiş bulunan parlamentar denetim yollarının işlerliğini aksatması ya da önlenmesi düşünülemez. Aynı konu, hem parlamentonun önünde hem de yargının önünde olabilir. Anayasal kısıtlamanın anlamı, parlamentonun önündeki konunun yargı yetkisinin kullanılması (duruşma, hakim, tamk, bilirkişi v.b.) ile doğrudan doğruya ilgili olmamasıdır. O halde, yasama organı için getirilen sınırlamanın sınırı ‘yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin alan’ olarak netleşmektedir.”⁷

Şemdinli olayından sonra Habip Kocaman tarafından kaleme alınan bir makalede de aynı yaklaşım sürdürülmüştür. Bu çalışmada, 138. maddede yer alan kuralın sadece “yargı yetkisinin kullanımına ilişkin” yasaklamaları kapsadığı ilgili kurala ilişkin Temsilciler Meclisi görüşmelerinden alıntılar yapılarak vurgulandıktan sonra, Anayasa Mahkemesi kararının bu görüşü destekler nitelikte olduğuna işaret edilmiştir. Yazara göre, “Yüksek Mahkemenin yıllar önce verdiği bu aydınlatıcı karara rağmen, yargıya intikal eden bir konuda Meclisin anayasal yetkilerini kullanıp kullanamayacağı, mesela araştırma yapıp yapamayacağı tartışılmaktadır.”⁸ Yazar burada, konunun hala tartışılmakta olmasına anlam veremediğini ima etmektedir.

Yazarlardan yapılan alıntıların da gösterdiği gibi, yargıya intikal etmiş bir konuda Meclis araştırması da yapılabileceğini, hem de bu ikisinin aynı anda olabileceğini kabul edenlerin iki temel dayanak noktası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Anayasa’nın 138. maddesinin üçüncü fıkrasında, yasama faaliyetlerinin sınırını belirleyen düzenlemede yer alan “yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili” ibaresi, ikincisi

⁶ Şeref İba, *Parlamentar Denetim*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997, s. 84. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

⁷ Şeref İBA, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 104. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

⁸ Habip Kocaman, “Yargıya İntikal Eden Olaylarda Yasama Kısıtı”, *Yasama Dergisi*, Sayı 1, 2006, s. 16. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

ise Anayasa Mahkemesi'nin 1970'te vermiş olduğu karardır. Şimdi bu iki dayanağın geçerliliğini irdelemeye geçebiliriz. Bunun için öncelikle Anayasa Mahkemesi kararını ele alacağız.

3. Anayasa Mahkemesi'nin 18.6.1970 tarih ve E. 1970/25 ve 26, K. 1970/32 Sayılı Kararı

Dönemin Başbakanı ve Isparta Milletvekili Süleyman Demirel hakkında 1961 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca Meclis soruşturması açılması istemiyle iki milletvekili tarafından önerge verilmesiyle birlikte ilgili Anayasa Mahkemesi kararına giden yol açılmıştır. Başbakanı isnat edilen suç vazifeyi suistimal (görevi kötüye kullanmak) suçudur. Verilen önergenin TBMM birleşik toplantısında (1961 Anayasası döneminde Senato ve Millet Meclisi'nin ortak toplantısına verilen isim) okunmasından sonra o günkü TBMM İçtüzüğü'nün 14. maddesi uyarınca Soruşturma Hazırlık Komisyonu seçilmiştir. Ancak, önerge üzerine kurulan Soruşturma Hazırlık Komisyonunun üç üyesi, "bir gazete hakkında **Başbakanın şikâyeti üzerine açılmış bir dava bulunduğunu**, Soruşturma Hazırlık Komisyonu'nun incelediği konu ile mahkemede açılan dava konusunun bir olduğunu, Hazırlık Komisyonunun düzenleyeceği rapor üzerinde görüşme açılmasının Anayasa'nın 132. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bir durum oluşturacağını" ileri sürmüşler, bu nedenle Meclis Soruşturması Hazırlık Komisyonu çalışmalarının mahkeme kararının kesinleşmesini de içine alacak bir süreye kadar durdurulması istemli bir önerge vermişlerdir. Söz konusu önerge 29 Nisan 1970 günlü 10. Birleşimde kabul edilmiştir.⁹ Meclis'in almış olduğu bu kararın İçtüzük düzenlemesi niteliğinde olduğunu düşünen ve içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia eden dönemin muhalefet partilerinden Cumhuriyet Halk Partisi ve Güven Partisi iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Buraya kadar yaptığımız özetten de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'nin K. 1970/32 sayılı kararının konusu "Meclis soruşturması"dır. Nitekim davayı açmış bulunan CHP ve Güven Partisi de dava konusu İçtüzük değişikliğinin neden Anayasa'ya aykırı olduğunu gerekçelendirirken ağırlıklı olarak "Meclis soruşturması" üzerinde durmuşlardır. Örneğin, CHP'nin doğrudan dava konusu karar ile ilgili Anayasa'ya aykırılık iddialarında şu ifadelerle yer verilmiştir: "(...) bakanlar hakkındaki soruşturmanın da özellikleri vardır. Anayasa'nın 90 ve 147. maddelerine göre Başbakan ve Bakanları, görevleriyle ilgili suç-

⁹ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 340-41.

lardan dolayı yargılama görevi, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Yüce Divana sevk yetkisi ise TBMM'nindir. TBMM'nin bu konuda yapacağı soruşturma adli ve yarı kazaî bir nitelik taşımaktadır. Bundan ötürü Anayasa, bu konularda grupları karar almaktan yasaklamıştır. Şu duruma göre Parlamentonun ve binnetice Yüce Divanın yapmakla görevli olduğu ceza kovuşturmasının herhangi bir mahkemede açılmış herhangi bir dava nedeniyle tatil edilmesi, Anayasa'nın pozitif hükümlerine ve ceza usulünün temel ilkelerine tüm aykırı düşer.

Görevli adli mercilerin soruşturma işlemlerini ve görevli mahkemenin davaya bakmasını olaya dolaylı olarak el koymuş başka bir anlaşmazlığı çözecek mahkemenin kararına değin durdurması tüm usul kurallarını tersine çevirmektir. Böyle bir davranış bakanları Yüce Divan önünde değil, öteki, mahkemelerde sorumlu tutmaya dönüşür ve Anayasa'nın 32. maddesine aykırı olur.¹⁰

(...) Esasen Anayasa, Yüce Divana sevk yetkisini ve bu konuda görüşme yapılmasını TBMM'ye vermekle Yüce Divanın ve binnetice öteki mahkemelerin etkilenmeyeceğini önceden kabul etmiştir. **Görülüyor ki, 132. madde, ne anlamda alınıralsa alınsın, Meclis Soruşturması ile ilgili işlemlerde uygulanma yeri olmayan bir hükmüdür.**¹¹

Benzer biçimde, Güven Partisi de Anayasa'ya aykırılık iddialarında "Meclis soruşturması"nın niteliği ve alınan kararın "Meclis soruşturması"nın hukuki yapısına aykırı düşen yönlerine işaret etmiştir. Buna göre, Güven Partisi'nin alınan Meclis kararının Anayasa'ya aykırılığına yönelik olarak ileri sürdüğü en güçlü iddia dava dilekçesinde şöyle yer almıştır: " (...) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir bakan veya başbakan hakkında soruşturma yapma yetkisi, **ilgili bakan veya başbakan tarafından şu veya bu kişi aleyhine bir dava açılması dolayısıyla davalı şahsa veya sanığa yahut davacıya veya tarafların vekillerine yahut hâkime devredilemez.**"¹²

¹⁰ 1961 Anayasası'nın 32. maddesinin düzenlemesi şöyleydi:

"Hiç kimse, tabii hakimden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi tabii hakimden hakimden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Bu düzenleme 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değiştirilerek "tabii hakim" ibaresi yerine "Kanunen tabî olunan mahkeme" ibaresi getirilmiştir.

¹¹ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 343-344. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

¹² Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı. 8, s. 345. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

Yukarıda aktarılan gerekçeler doğrudan Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu olan Meclis kararıyla ilgili olmaları yanında, 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde yer alan düzenlemenin "Meclis soruşturması" yönünden nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin olmaları yönünden de önemlidir.

Bununla birlikte, bu iki davacı parti hayatın olağan akışı çerçevesinde karakteristik bir davacı tutumu olarak değerlendirilebilecek bir yaklaşımı sergilemiş ve konuyla ilgisi olmayan TBMM'nin diğer anayasal denetim ve bilgi edinme yolları ve hatta bunlar dışında kalan diğer tüm faaliyetleri için de 132. maddenin benzer bir yaklaşımla ele alınması gerekliliğine işaret eden iddialarda bulunmuşlardır. Bu iddialardan bazılarının, Anayasa Mahkemesi kararında da gerekçelendirilerek üzerinde durulmuş olmaları nedeniyle, şüphesiz, pratik hukuki bir değere sahip oldukları kabul edilebilir. Ancak, konumuz açısından önem taşıması nedeniyle, bu davacı iddialarının hepsi için aynı yargıya varmanın olanaksızlığı üzerinde aşağıda duracağız. Bir kısmı sadece "değinme" olarak nitelenebilecek bu iddialar her iki partinin anayasaya aykırılık gerekçelerinde şöyle yer almıştır. Önce CHP'nin aykırılık gerekçelerine bakmak gerekirse: "*Dava konusu kararda, 132. madde karşısında soruşturma komisyonlarının çalışmalarını durdurması ilkesi kabul edilmekte ise de, görülmekte olan bir davanın söz konusu olduğu hallerde meclislerde görüşme yapılamayacağı iddiasıyla geldiği için karar, 132. madde karşısında Meclislerin görüşme ve karar alma yetkilerinin tümünü kapsamaktadır.*"¹³

Aynı partinin iddialarında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin olarak 132. maddenin nasıl yorumlanması gerektiği de yer bulmuştur. Buna göre, "*Sorunun bir de Anayasa'nın kazaî kararlar alınmasında Meclislere verdiği yetkiler bakımından ele alınması gereklidir. Söz gelimi Yasama Meclisleri üyeleri hakkında ceza kovuşturması yapılması, Anayasa'ya göre, Meclis'in kararına bağlıdır. Bir milletvekilinin bu sıfatı taşımayanlarla iştirak halinde bir suça katılması halinde suç ortakları hakkında savcılık kamu davasını açacaktır. Bu durumda sanık milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile ilgili görüşme yapılamayacağını ve komisyonların çalışmalarını tatil etmesi gerektiğini söylemek Meclisi yapmakla görevli olduğu bir işlemden alıkoymak, milletvekilini de kovuşturmadan ve cezadan kurtarmak olur.*"¹⁴

¹³ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 342. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 343.

Güven Partisi de Anayasa'ya aykırılık iddialarını gerekçelendirirken doğrudan konuyla ilgili olmayan diğer denetim ve bilgi edinme faaliyetlerini davaya şöyle dahil etmeye çalışmıştır: *"Bu fıkraya (132. madde 3. fıkraya kastediliyor) verilmek istenen anlama göre Yazılan (sehven Yazılan denilmiş olsa gerek, yalnız olması gerekir) Meclis soruşturması değil, soru ve gensoru gibi öteki denetim yolları da ilgili bakanın veya başbakanın açtığı ve açacağı davalar nedeniyle kullanılamaz ve işletilmez olacaktır."*¹⁵ Yine Güven Partisi aykırılık gerekçesinin sonunda talebini ortaya koyarken Anayasa'da düzenlenmiş tüm denetim ve bilgi yollarına ilişkin maddelere (Anayasa 5, 8, 88, 89 ve 90. maddeler) aykırılık bulunduğunu öne sürmüştür.¹⁶

Yukarıda özetlenmeye çalışılan Anayasaya aykırılık gerekçelerinde de görüleceği gibi, davanın ana konusu *"Meclis soruşturması"* olmasına rağmen, Meclis soruşturmasının bir denetim aracı olmasından yola çıkan davacılar, bazıları için herhangi bir ek gerekçe göstermeden 1961 Anayasası'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen *"yasama kısıtının"*, Meclis'in sahip olduğu diğer tüm denetim ve bilgi edinme yolları ve hatta Meclis'in diğer tüm faaliyetleri yönünden dar yorumlanmasını sağlayacak bir emsal karar arayışı içine girmişlerdir. Bu bağlamda, örneğin, 132. maddenin kısıtlayıcı bir biçimde uygulanmasının yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Meclis yetkisinin ve *"soru"* ile *"gensoru"* kurumlarının mahiyetine vereceği zararlar örneklendirilmiş, ancak, her nedense *"Meclis araştırması"* na ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve gerekçesi incelendiğinde, yine *"Meclis araştırması"* yönünden 132. maddenin 3. fıkrasının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin en ufak bir gerekçe bulmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, dava konusu Meclis kararı esas olarak *"Meclis soruşturması"* na ilişkin olduğundan, 132. maddenin 3. fıkrasının geniş yorumlanması halinde *"Meclis soruşturması"* kurumuna ilişkin ne tür anayasal aykırılıkların ortaya çıkacağını ortaya koymuş ve örneklendirmiştir. Mahkemeye göre: *"Mahkemelerin bağımsızlığını korumak üzere konmuş bir hükmün TBMM'nin bir anayasal denetim yetkisini ve adlî görevini engelleyebileceği hukukça savunulabilir bir görüş değildir. Mahkemenin bakmakta olduğu davanın konusu ile Meclis soruşturmasının konusu olan iddia arasında bir ilişki bulunabilir. Ancak, mahkemenin o davada kullandığı yargı yetkisi ile TBMM'nin Meclis soruşturma-*

¹⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 347.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 348.

sı yetkisini kullanması arasında usul, erek, sonuç ve nitelik bakımından açık ve kesin ayrımlar vardır. Bu iki alan arasında bir tedahül, bir sınır karışması söz konusu olamaz. Onun içindir ki böyle bir durumda mahkemenin bakmakta olduğu davada kullandığı yargı yetkisiyle ilgili soru sorulmasına, görüşme yapılmasına, beyanda bulunulmasına yer vermeden Meclis Soruşturması konusunun görüşülmesi mümkün olduğu gibi, mücerret Meclis soruşturması konusu ile dava konusu arasında herhangi bir ilişki bulunması, Meclis soruşturması üzerindeki gelişmelere mahkemenin bakmakta olduğu davada kullandığı yargı yetkisiyle ilgili soru, görüşme ve beyan niteliği kazandırmaz.¹⁷

Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle ve genellikle dava dilekçelerinde değinilen hususlara da doyurucu bir biçimde değinerek, bir olayın yargıya intikal etmiş olması halinde de “Meclis soruşturması” yürütülebileceğini belirtmiştir. Hatta aksi bir anlayışın “Meclis soruşturması” nı anlamsız hale getireceğini ve suçun soruşturulmasını engelleyeceğini dahi bu gerekçelerde bulmak mümkündür. Ancak, Anayasa Mahkemesi de davacıların dilekçesindeki hususlardan etkilmiş olsa gerek, isabetsiz bir biçimde, dava konusu olmayan Meclis’in diğer denetim ve bilgilenme araçlarına yönelik bir tespitte hüküm fıkrasından hemen önce yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararının, “Meclis araştırması” ile adli soruşturmanın bağdaşabilirliğine dayanak olarak gösterilen bölümü şöyledir: “Dava konusu kararda benimsenen görüş, Anayasa’nın 132. maddesinin üçüncü fıkrasına, yalnız olayda olduğu gibi Anayasa’nın 90. maddesinin değil, 89. maddesinin gensoru, 88. maddesinin soru, genel görüşme, **Meclis araştırması** gibi denetim yollarının tümünün, 79. maddesindeki yasama dokunulmazlığının kaldırılması işlemlerinin, hatta TBMM’nin kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisinin işlemlerini aksatmaya kadar varabilecek bir ters anlam vermektedir. Metni açık ve konuluş ereği belli bir hükmün bütün bir anayasa düzenini olumsuz bir biçimde böylesine etkileyebileceği düşüncesini hukuk mantığına sığdırmanın olanağı yoktur.”¹⁸

Kararın başka hiçbir yerinde Anayasa’nın 132. maddesinde düzenlenen yasama kısıtının “Meclis araştırması” yönünden nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama ya da gerekçe yoktur. Dolayısıyla, bu kararın “Meclis araştırması” yönünden “aydınlatıcı” olduğunu iddia etmek ve “Meclis araştırması” ile adli soruşturmanın bağdaşabilirliğine gerekçe olarak kabul etmek isabetli görünmemektedir.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 361.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 362. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararını “aydınlatıcı” bulanlar, gerçekte zımnen bu kararın emsal niteliği taşıdığını iddia etmektedirler. Bu konudaki değerlendirmemize geçmeden önce hukukta emsal kararın önemini yadsımadığımızı belirtmeliyiz. Emsal kararın önemi, her şeyden önce, yargılama sürecinde her konuyu ayrıca ve yeni baştan tartışma gereğini ortadan kaldırmasında yatmaktadır. Ancak daha da önemlisi, emsal karar benzer davaların benzer biçimde sonuçlanacağına ilişkin bir öngörüye olanak sağlamaktadır.¹⁹ Burada amaç kesinlik ölçüsünde bir belirlilik sağlamak değilse de, insan davranışındaki çeşitliliğin elverdiği oranda belli kuralların belli şekilde uygulanmasına yönelik makul bir öngörüye zemin hazırlamaktır.²⁰ Fakat emsal alınacak karara konu hukuki sorunun, emsal kararın uygulanacağı olaydaki hukuki sorunla benzerlik taşıması, ister ‘ortak hukuk’ (common law) geleneğine sahip olsun isterse kıta Avrupası hukuk ailesine dahil olsun tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen bir zorunluluktur.

Şimdi bu kararın neden “Meclis araştırması” yönünden aydınlatıcı olmadığına, diğer bir deyişle emsal teşkil edemeyeceğine (ya da kıyasen uygulanabilir nitelikte olmadığına) kısaca ve maddeler halinde değinebiliriz.

i. Burada ilk olarak değinilmesi gereken husus, “Meclis araştırması”nın dava konusu olmamasıdır. Karar bir “Meclis soruşturması hazırlık komisyonu” faaliyetinin Anayasa’nın 132. maddesi 3. fıkrası gerekçe gösterilerek durdurulmasına yönelik bir Meclis kararının iptaline ilişkindir ve incelenen fiilî içtüzük değişikliği, soyut bir karar olmaktan çok belli (somut) bir olaya ilişkindir. Mahkeme’nin önündeki olay açıklamaya gerek bırakmayacak kadar hukuk ve mantık dışı bir sonuca neden olmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, “Meclis soruşturması”nın Anayasa’da düzenleniş biçimini göz önünde tutarak doğru bir biçimde bu hukuk ve mantık dışı sonuca engel olmuştur.

ii. Anayasa Mahkemesi, dava konusu olay “Meclis soruşturması”na ilişkin olduğundan gerekli ve yeterli gerekçeler ileri sürerek karara varmıştır. Bu bağlamda, Mahkeme “Meclis soruşturması”nın hukuki niteliğini Meclis’in “adli bir görevi” olarak tespit etmiştir. Bunun yanında Mahkeme, 132. maddenin “Meclis soruşturması”nı yargıya intikal eden olaylar yönünden olanaksız hale getirecek bir anlayışın Anayasa ile

¹⁹ Alec Stone Sweet, *Governing With Judges - Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, s. 17

²⁰ Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason - The Use of Analogy In Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, s. 161.

belirlenen bu özel soruşturma yöntemini tamamen anlamsız kılacağını da belirlemiştir.

Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi'nin "Meclis soruşturması"nın hukukî niteliğine yönelik bu tespitine katılmamak mümkün değildir. Nitekim doktrinde de "Meclis soruşturması"nın bir adlî faaliyet olduğu ve bu yönüyle Meclis'in sahip olduğu diğer siyasal denetim araçlarından ayrıldığı tespit edilmiştir.²¹

Bu bağlamda, "Meclis soruşturması"nın en ayırıcı özelliği siyasal değil bir "adlî denetim aracı" olmasıdır. Diğer bir deyişle, "siyasal denetim araçları"nın konusu hükümetin veya bakanlardan birinin herhangi bir kamu hizmetinin yürütülmesindeki tutumları hakkında bilgi edinmek iken; "Meclis soruşturması"nın konusu, Başbakan veya Bakanlardan birisinin görevleriyle ilgili işlerden veya hükümetin genel politikasından dolayı cezaî sorumluluklarının bulunup bulunmadığının saptanmasıdır.²² "Meclis soruşturması"nın bu hukuki niteliği göz önüne alındığında, bir konunun şu veya bu biçimde yargıya intikal etmiş olmasının, Meclis'in bu adli faaliyetine ve Anayasa ile belirlenmiş özel soruşturma yöntemine engel oluşturduğunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir yaklaşım kötüye kullanıma da açık olacaktır. Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda olduğu gibi, hakkında "Meclis soruşturması" açılacağını anlayan herhangi bir bakan

²¹ Metin Feyzioğlu, Meclis Soruşturması, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 6. Feyzioğlu, eserinde "meclis soruşturması"nın hukuki niteliğini şöyle ortaya koymaktadır: "Meclis Soruşturmasının sonunda, TBMM Genel Kurulu, ilgili bakan veya başbakanın yargılanmak üzere Yüce Divan'a sevk edilip edilmeyeceğine karar vermektedir. Öyleyse meclis soruşturması, ceza muhakemesinin, kamu davasının açılmasıyla başlayan kovuşturma (CMK md. 2/1-f ve md. 175/1) önce gelen bir aşamasıdır. Bu aşamanın soruşturma evresi (CMK md. 2/1-e) içerisinde değerlendirilmesi gereklidir.

Meclis soruşturması her ne kadar Anayasa'nın 'Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bilgi edinme ve Denetim Yolları' başlıklı altbölümünde düzenlenmiş olsa da, soru, genel görüşme, meclis araştırması ve gensorunun aksine bir siyasi denetim aracı değil, adlî denetim aracıdır. Çünkü meclis soruşturması açılmasıyla birlikte ceza muhakemesinin soruşturma evresine başlanmış olunmaktadır.

Şu halde, meclis soruşturması, Meclis'in bir yasama faaliyeti değil, Anayasa md. 100'ün verdiği yetkiye dayanarak yürüttüğü adlî bir faaliyettir."

²² Onar, a. g. e., s. 81. Meclis Soruşturmasının konusunu belirleyen TBMM İçtüzüğü'nün 107. maddesinden çıkan bu sonuca Feyzioğlu haklı olarak eleştiri yöneltmektedir. Yazara göre, " 'Bakanlar Kurulunun genel siyasetinden' ibaresi, meclis soruşturması hakkında yanlış yorumlara neden olabilecek bir ifadedir. Çünkü ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri, fiilsiz suç olmaz ilkesidir. Öyleyse, Bakanlar Kurulu tarafından ortaya konulup takip edilen bir 'genel siyaset', ceza kanunu tarafından yasaklandığı ileri sürülebilecek somut bir file vücut vermediği sürece, cezai sorumluluğun, dolayısıyla bir ceza soruşturmasının konusunu teşkil edemez." Bkz., Feyzioğlu, a. g. e., s. 29-30.

bunu önlemek için olayı haber yapan gazete ve gazeteciler hakkında adli makamlara şikâyetle bulunabilir. Böyle bir durumda, yine aynen Mahkeme'ye yansıyan olayda olduğu gibi, 138. madde gerekçe gösterilerek "Meclis soruşturması" yürütülemeyeceğini kabul etmek, Anayasa tarafından öngörülmüş bu özel soruşturma yöntemini ve dolayısıyla Meclis'in bu adli yetkisini etkisiz hale getirecektir.

Diğer taraftan, adli nitelikteki meclis soruşturmasının konusu belli iken, (Başbakan ya da Bakanların görevleri nedeniyle işledikleri suçların soruşturulması) herhangi bir konuda bilgi edinmek için yürütülen "meclis araştırmasının" ise belli bir konusu yoktur.

iii. Anayasa Mahkemesi, dava konusu olmadığı için doğal olarak yargıya intikal etmiş bir olayda "Meclis araştırması" açılmasının somut sakıncalarına değinmemiştir. Bunun yerine, 132. maddenin üçüncü fıkrasını yorumlamaya çalışmış, ama bunu yaparken, bu düzenleme çerçevesinde tüm Meclis faaliyetleri için geçerli bir "yasama kısıtı" anlayışına dayanak olabilecek bir gerekçe ortaya koymamıştır. Örneğin, yargıya intikal eden bir konuda 132. maddenin katı yorumlanması halinde Meclis'te yasama dokunulmazlığının kaldırılması konusunu görüşmenin imkânsız hale geleceğini haklı olarak belirtmesine benzer bir gerekçelendirmeyi, "Meclis araştırması" yönünden yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin önemi tartışılmaz olmakla birlikte, kararda 132. maddeye ilişkin olarak ortaya konan görüşün "Meclis araştırması"na da uygulanabileceğini gösteren bir dayanak bulunmamaktadır.

iv. Anayasa Mahkemesi'nin yeterli gerekçelendirme yapmadan Meclis'in sahip olduğu tüm bilgi edinme ve denetim yolları için 132. maddeyi yorumlama çabasının şu sakıncalara neden olduğu ileri sürülebilir. Bir kere, Mahkeme'nin bu kararını "Meclis araştırması" ile "adli soruşturmanın" bağdaştırılabilirliğine dayanak olarak kabul edenler²³ zımnen şöyle bir kıyas yapmaktadırlar:

1. 132. madde 3. fıkrayı (1982 Anayasası 138/3) Meclisin sahip olduğu tüm bilgi edinme ve denetim araçları için dar yorumlamak gerekir (Büyük Önerme).

2. Meclis araştırması bir denetim aracıdır (Küçük Önerme).

3. Öyleyse, 132. madde 3. fıkrayı Meclis araştırması için de dar yorumlamak gerekir (Yargı).

²³ Bkz., Yukarıda "Doktrinin Konuya Yaklaşımı" başlıklı 2. Bölüm.

Ancak, bu kıyaslamada başvurulanan "büyük önerme" (132. madde 3. fıkrayı Meclis'in sahip olduğu tüm bilgi edinme ve denetim araçları için dar yorumlamak gerekir) yanlıştır. Yaşar Karayalçın'ın da belirttiği gibi, "biçimsel mantığın gayesi çıkarsamanın doğru olmasını sağlamaktır; öncüller (yani birinci ve/veya ikinci önerme) yanlıştır ise sonuç biçimsel mantık açısından doğru olsa bile konu bakımından yanlıştır olacaktır."²⁴ Gerçekten de biçimsel mantık yönünden doğru görünen bu kıyaslama, büyük önerme yanlıştır olduğu için konu yönünden (Meclis araştırması) yanlıştır sonuç vermektedir. Büyük önerme yanlıştır, çünkü hukuki mahiyetleri birbirinden çok farklı Meclis faaliyetlerini sanki bunlar arasında bir fark yokmuş gibi değerlendirmektedir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, "Meclis soruşturması" adli nitelikte bir Meclis faaliyetidir ve Bakanlar ve Başbakan yönünden bir özel ceza soruşturması yöntemi olarak düzenlenmiştir. "Meclis araştırması"nın böyle bir niteliği yoktur. "Meclis araştırması" yasama yetkisini daha etkin kullanma ya da hükümeti denetleme saikleri ile kullanılabilir bir bilgi edinme yoludur. Yargıya intikal etmiş bir olayla ilgili olarak "Meclis soruşturması" yürütülemediğinin kabul edilmesi halinde ortaya çıkabilecek sakıncaların hiç birinin "Meclis araştırması" yönünden gerçekleşme ihtimali yoktur. Tam aksine, Şemdinli soruşturmasının da gösterdiği gibi, yargıya intikal etmiş bir konuda "Meclis araştırması" yürütülmesi, 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde teminat altına alınan yargı bağımsızlığı açısından tehlike yaratmaktadır. "Meclis soruşturması" ile ilgili bir yaklaşımın kıyasen "Meclis araştırması"na da uygulanabilmesi için bu iki Meclis faaliyeti arasında bir benzerlik olup olmadığının dikkate alınması "büyük önerme"nin doğruluğunu sağlama açısından zorunlu görünmektedir.

v. Bu bölümde son olarak üzerinde durmak istediğimiz soru şudur: Anayasa Mahkemesi kararını ve 132. maddenin yorumuna ilişkin olarak bu kararda ileri sürülenleri, diğer Meclis faaliyetlerine ve bu arada Meclis araştırmasına da uyarlamak mümkün müdür? Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda aktarılan tespiti acaba Meclis soruşturması bağlamında 132. maddeye verdiği anlamı bir emsal karar niteliğine kavuşturmakta mıdır? Anayasa Mahkemesi kararının ilgili bölümü şöyledir: "Anayasa uyumlu bir bütündür. Bir bölüm hükümlerinin öteki hükümleri işlemez hale getirmesi veya işlemelerini aksatması düşünülemez. Mahkemelerin bağımsızlığını korumak üzere konulmuş bir hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir anayasal denetim ve adli görevini engelleyebileceği hukukça savunulabilir bir görüş değildir."²⁵

²⁴ Yaşar Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986, s. 71.

²⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 361.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ilk bakışta tüm anayasal normlar arası çatışmalara uygulanabilecek bir tespitmiş izlenimi veren bu yorumunu yaparken Meclis'in "*bir anayasal denetim ve adli görevi*"nden bahsetmek suretiyle önündeki olaya özel bir tespit yaptığı anlaşılmaktadır. Çünkü Meclis'in başka bir adli görevi bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle olmasa bile Anayasa'da yer alan düzenlemelere konu değerler arasında çatışma pekala mümkün olabilir ve bunlar duruma göre ilgili anayasal kurumların ve menfaatlerin değerlendirilmesi sonucunda çözümlenebilecek sorunlardır. Aksi bir anlayış, anayasal değerler arasında hiç çatışma olmadığı gibi gerçeğe aykırı bir sonuca varmamıza neden olur. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bu tespitini sadece 138. maddede düzenlenen hükümlerle "*Meclis soruşturması*" arasında ortaya çıkan çatışmaya uygulama olanağı vardır. Meclis soruşturmasından mahiyeti itibariyle çok farklı olan bir Meclis araştırması nedeniyle böyle bir çatışma meydana geldiği takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin aynı biçimde karar vereceğini iddia etme olanağı yoktur. Dahası, Şemdinli olayı gibi bir örneğin Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi halinde, Mahkeme'nin önceki kararının tam aksi yönde karar verebileceğini ve 138. madde hükmüne ve onunla korunmak istenen "*yargı bağımsızlığına*" üstünlük tanıyacağını iddia etmek de pekâlâ mümkündür.

4. "*Yargı Yetkisinin Kullanılması ile İlgili*" İbaresinin Anlamı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 138. madde de yer alan düzenlemenin dar yorumlanmasını savunanlar bu düzenlemede yer alan "*yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili*" ibaresine dayanmaktadırlar. Bu görüşe göre, 1961 Anayasa'nın hazırlanışı sırasında Milli Birlik Komitesi tarafından maddeye bu ibare eklenmek suretiyle Meclis faaliyetleri açısından yasağın (yasama kısıtı) kapsamı daraltılmıştır. Böylece, genel olarak görülmekte olan bir dava konusunda soru sormak, beyanda bulunmak ya da karar almak değil, böyle bir davada "*yargı yetkisinin kullanılmasına*" ilişkin bu eylemlerde bulunmak yasaklanmıştır. ONAR'a göre, "*yargı organına intikal etmiş bulunan bir konu ile ilgili Meclis araştırmasının görüşülmesinde, yargı yetkisinin kullanılmasına değinilemeyeceğine göre; böyle bir konudaki Meclis araştırması isteminin, 132. maddeye aykırılığı söz konusu olamaz.*"²⁶ Ancak, daha çok olması gerekene ilişkin bu normatif tespitin uygulamada sakıncaları önlemeye yetmediğini aşağıda vurgulamaya çalışacağız. Şimdi, bu ibareye yüklenen

²⁶ Onar, a. g. e., s. 101.

anlamın “Meclis araştırması” yönünden geçerliliği sorununu Şemdinli örneğini de dikkate alarak irdeleyelim.

Bu noktada ilk olarak, belirli bir eylem ya da olayın araştırılmasını, özel veya kamu hukuku alanına giren genel konuların araştırılmasından ayırmak gerektiğini vurgulamalıyız. Örneğin, özel hukuk alanına giren konularla ilgili olarak “Meclis araştırması” yürütmenin yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir. Ancak, bu gibi konularla ilgilenirken bile belirli özel olayların ve bunlara ilişkin yargı kararlarının kapsam dışı kaldığını kabul etmek gerekir. Onar’ın da yukarıda aktarılan ifadesinde belirtilmek istenen bu olsa gerektir. Örneğin, Meclis toplumda boşanma oranının yükselme nedenlerini bulmaya yönelik bir “Meclis araştırması” yürütebilir. Böyle bir araştırma sonucunda örneğin, Medeni Kanun’un boşanmaya ilişkin hükümlerinin değiştirilmesi gereğini de tespit edebilir. Bununla birlikte, A ile B’nin niye boşandıklarını ya da mahkemenin bunları niye ve nasıl boşadığını araştıramaz. Kamu hukuku alanına giren konular da, şüphesiz, “Meclis araştırması” konusu olabilir. Örneğin, TBMM’nin Namus Cinayetlerine ilişkin yürüttüğü araştırma buna örnek gösterilebilir. Böyle bir araştırma sonucunda TBMM Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerini değiştirme ihtiyacı olduğunu tespit edebilir.

Bununla birlikte, adli soruşturmaya konu olmuş bir eylem ya da olayın “Meclis araştırması” konusu yapılması halinde “yargı yetkisine müdahale” ister istemez gerçekleşmiş olacaktır. İlk olarak, şunu belirtmeliyiz ki, pek çok eylem veya olay hakkında “Meclis araştırması” açılmazken belirli bir olay ya da eylem hakkında “Meclis araştırması” açılması dahi tek başına yargı yetkisine müdahale anlamına gelebilir. Bir suç işlenip işlenmediğini araştıran ve bu yönde adli yetkiler kullanan savcı ile yargılamayı yapan mahkeme üyeleri ister istemez incelemekte oldukları eylemle ilgili bir “Meclis araştırması” yürütülüyor olduğunu hatırlarında tutacak ve bu durum onların baskı altında kalmalarına neden olabilecektir. Bunun dışında “yargı yetkisi” ceza muhakemesi hukukunda geniş bir anlama sahip olduğundan “Meclis araştırması”na konu olayla ilgili sürdürülen araştırmanın adli soruşturma ile çakışma noktaları olması kaçınılmazdır. Nitekim Şeref İBA da yakın tarihli çalışmasında nelerin “yargı yetkisi” olduğuna ilişkin olarak örneklandırma yoluna gitmiştir. İBA’ya göre, “Anayasal kısıtlamanın anlamı, parlamentonun önündeki konunun yargı yetkisinin kullanılması (**duruşma, hakim, tanık, bilirkişi vb.**) ile doğrudan doğruya ilgili olmamasıdır.”²⁷

²⁷ Şeref İba, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 104. Vurgulamalar tarafımdan yapılmıştır. İBA tarafından yargı yetkisinin

Yazarın bu ifadesinde kullandığı “doğrudan doğruya ilgili olmama” ibaresinin sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü bu görüş kabul edildiği takdirde, 138. madde kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilebilecek durumlar ancak, Meclis çalışmaları sırasında “Mahkeme niye bu tanığı dinlemiş?” veya “Tanığa niye bu soru sorulmamış?”, ya da “Tanığa bu soru sorulmamalıydı” gibi doğrudan müdahale anlamına gelebilecek ifadelerin sarf edilmesi halleri olacaktır. Oysa 138. maddenin korumaya çalıştığı yargı bağımsızlığı sadece bu nitelikteki doğrudan müdahalelerle değil, dolaylı sayılabilecek başka eylemlerle de tehlikeye sokulabilir. Bu bağlamda, Meclis çalışmalarında sadece “bu tanık niye dinlenmiş?” ya da “dinlenmemiş?” diye sormak değil, tek başına adli süreçte tanıklığına başvurulmuş ya da başvurulma ihtimali bulunan bir kişinin dinlenmek üzere Meclis araştırma komisyonuna davet edilmesi dahi yargı bağımsızlığına müdahale anlamına gelebilir. Adli süreçte tanık olan bir kişi Meclis’te kendisine yöneltilen sorularla baskı altına alınabileceği gibi, pekâlâ yönlendirilebilir de. Bunun yanında, örneğin Meclis araştırması kapsamında “Mahkeme niye bu kişiyi bilirkişi atamış?” diye sormak şüphesiz yargı yetkisinin kullanımına müdahale olarak değerlendirilebilir. Ancak, Mahkeme’nin ya da savcının bilirkişi atadığı bir kişiyi Meclis’e davet edip ona sorular sormak da dolaylı da olsa yargı sürecine müdahaledir. Bu nedenle, “yargı yetkisi ile ilgili” ibaresini İba gibi dar yorumlamamak gerektiğini düşünüyoruz.

Diğer taraftan, pek çok ülkede olduğu gibi, Türk Ceza Muhakemesi hukuku yönünden de kamu davası açma tekelini elinde tutan savcılık makamının yürütmekte olduğu bir adli soruşturmaya müdahale anlamına gelebilecek her türlü eylemin, savcının hazırladığı iddianame çerçevesinde kovuşturmayı yürütmekle görevli yargı makamlarının yetkilerine de müdahale anlamına gelebileceği açıktır. Ülkemizdeki konuları tartışmalı olmakla birlikte, karşılaştırmalı olarak bakıldığında savcılık kurumunun genellikle yürütme organının bir parçası olarak düzenlendiği görülmektedir.²⁸ Ancak, “yargı organının

kullanımına örnek olarak sunulanlardan “tanık ve bilirkişi” aynı zamanda savcı tarafından yürütülen soruşturma evresi işlemlerindedir. “Keşif”i de bunlara eklemek mümkündür. Bkz., Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 200-240.

²⁸ ‘Savcılık’ kurumu üzerine yeni bir kaynak için Bkz., Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006. Anılan eserde özellikle Prof. Dr. Nur Centel’in tebliği (s. 186-218) ve oturum başkanı olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok’un bu tebliğde savcılık kurumunun yapısına ilişkin tespitlere getirdiği yorumları (s. 218) ülkemizde savcılık kurumu üzerine süren tartışmayı özetler niteliktedir.

bekçisi” olarak nitelendirilen savcılarının kurumsal statüleri yargılamayı etkilemeyecek biçimde düzenlenmelidir.²⁹ Bu nedenle, savcılığın yaptığı soruşturmayı etkilemeye ve yönlendirmeye yönelik bir müdahale dolaylı da olsa, yargı yetkisine müdahale anlamına gelebilecektir. Sonuç olarak savcının yürüttüğü adli soruşturma aşamasında, aynı konu ile ilgili “*Meclis araştırması*” açılabilceğini, “*görülmekte olan bir dava*” olmadığını öne sürerek iddia etmek, yargı bağımsızlığı kurumunun düzenleniş amacına aykırı düşecektir.

Ceza soruşturması aşamasında savcılık makamı tarafından kullanılan adli yetkiler ile mahkemeler tarafından kullanılan yargısal yetkiler yukarıda sayılanlarla da bitmemektedir. “*Meclis araştırma komisyonları*”nın yargıya intikal etmiş bir konu ile ilgili araştırma yaparken, yetkilerle ilgili düzenlemelerin muğlaklığı nedeniyle hiçbir sınır tanımamaları, ister istemez yargı yetkisine giren konulara araştırma faaliyeti kapsamında müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun en açık ispatı Şemdinli olayında yaşanmıştır. Örnek olarak şunlar ileri sürülebilir:

i. Meclis Araştırma Komisyonu araştırma konusu ile ilgili olduğu iddia edilen bir kişiyi dinlemiş ve daha sonra aynı kişi olayı adli yönden soruşturan savcıya da tanık sıfatıyla ifade vermiştir. Görüldüğü gibi “*tanık*” yönünden yargı yetkisine müdahale olmuştur. Burada özellikle, tanığın Komisyon tarafından dinlendiği için mi daha sonra savcı tarafından dinlendiği, yoksa savcı dinleyeceği için mi önce Komisyon tarafından dinlendiğini bilmemizin mümkün olmadığını vurgulamak isteriz.

ii. Meclis Araştırma Komisyonu üyeleri olayın sanıkları ile görüşme yapmışlardır. Burada da “*sanık*” yönünden yargı yetkisine müdahale vardır. Ancak, şüphesiz bu kişiler Meclis araştırması nedeniyle değil, “*adli soruşturma*” nedeniyle “*sanık*” sıfatı kazanmışlardır. Burada önemli olan, adli süreç kapsamında sanık sayılan bir kişinin Meclis araştırma komisyonu tarafından da dinlenmesi ve ifadesine başvurulmasıdır. Bu örnek dahi tek başına “*Meclis araştırmasının amacı suçlu tespit etmek değildir*” saptamasını bize göre çürütmektedir.

iii. Meclis Araştırma Komisyonu üyeleri bombalama olayının meydana geldiği yere gitmişler ve yetkililerin bilgisine başvurmuşlardır. Yargının “*keşif*” yetkisine müdahale vardır.

²⁹ Anne Van Aaken – Eli Salzberger/Stefan Voigt, “The Prosecution of Public Figures and the Separation of Powers. Confusion within the Executive Branch – A Conceptual Framework”, Constitutional Political Economy, Vol. 15, 2004, s. 262.

Şüphesiz bu örnekler araştırma komisyonu tutanaklarının incelenmesi halinde çoğaltılabilir. Biz burada sadece basına yansıyan konulardan bazılarını örneklendirebiliyoruz. Dahası, bu eylemler araştırma Komisyonu tarafından gerçekleştirilirken tanık ve sanıklara, olay yeri gezilirken yetkililere soru sorulduğu da göz önünde tutulmalıdır. Sorular ve alınan cevaplar bağlamında yargı yetkisinin kullanılmasına müdahale gerçekleşme ihtimali çok yüksektir ve bu iki başlılık sonucunda yargı yetkisinin sulandırılması sonucu ortaya çıkabilir. Örneğin, tanığın araştırma komisyonuna farklı, adli makamlara farklı ifadeler vermesi halinde yargı yetkisine müdahale bulunmadığını iddia etmek mümkün olmayacaktır. Böyle bir olay gerçekleştiğinde, duruma göre mahkûmiyet ya da beraat kararı veren yargı organının zor duruma düşeceği ve böyle bir sonucun da yargı yetkisinde aşınmaya neden olacağı açıktır. Kaldı ki, araştırma komisyonuna ifade veren bir kişi araştırma komisyonunda kendisine sorulan sorular aracılığıyla yönlendirilebilir ve baskı altına alınabilir. Hayatın doğal akışına uygun bu ihtimalin yargının yönlendirilmesi ve dolayısıyla bağımsızlığının tehlikeye düşürülmesi sonucunu yaratacağı inkâr edilmesi güç bir gerçektir.

Yukarıda sayılanlar yanında Meclis araştırma komisyonlarının çalışmalarına ilişkin yönetsel bazı sorunlar bulunduğu da göz ardı edilemez. Bunlardan en dikkat çeken, Komisyon Başkanı'nun Araştırma Komisyonu'nun önceden dinlediği bir tanığın ifade tutanaklarını, Komisyon üyeleri ve Meclis Başkanı'nun bilgisi dışında olayı soruşturan savcıya göndermiş olmasıdır. Komisyon Başkanı tarafından önce inkâr edilen bu olayın sonradan gerçek olduğu anlaşılmış, Meclis Başkanı Bülent Arınç ise Komisyon Başkanı'nun bu eylemini herhangi bir Anayasa ve İçtüzük hükmüne aykırılık taşımadığı gerekçesiyle savunmuştur. Gerçekten de, TCK 279. maddede düzenlenen "*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" suçu tüm Komisyon üyelerine işlenmiş olduğunu öğrendikleri bir suçu yetkili makamlara bildirme görevi yüklemektedir.³⁰ Meclis araştırma komisyonlarının faaliyetleri sonucunda bir suçla ilgili olarak elde edilen delillerin adli makamlara nasıl iletileceğine ilişkin bir İçtüzük düzenlemesi yapılması isabetli olacaktır.³¹

³⁰ TCK madde 279/1 düzenlemesi şöyledir: "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar cezalandırılır."

³¹ İtalya'da da Meclis araştırma komisyonlarının aynı olayı soruşturan adli makamlara elde ettikleri delilleri vermek zorunda olup olmadıkları tartışma yaratmış, bunun üzerine İtalyan Anayasa Mahkemesi Meclis araştırma komisyonlarının elde etmiş

5. Çeşitli Olasılıklar Işığında Meclis Araştırması ile Adli Soruşturmanın Bağdaşmazlığı Sorunu

Yukarıdaki görüşlerimiz sonucunda adli soruşturmaya konu bir olay için *eş zamanlı* olarak Meclis araştırması açılmasının Anayasa ve ilgili kurumsal düzenlemeler ışığında isabetli olmadığını iddia etmek mümkündür. Bu anlayışa karşılık, “adli soruşturmaya konu bir olayla ilgili olarak meclis araştırması yürütülmesi hiç mi mümkün olmamalıdır?” diye haklı bir soru akla gelebilir. Bu soruya haklılık kazandıran, aslında bir olayın pek çok hukuki yönünün olması gerçeğidir. Tarafsız ve bağımsız yargı organları özellikle maddi hakikatin arandığı ceza kovuşturması sonucunda bir olayın aydınlatılmasını sağlayabilirlerse de, siyasi sorumluluğun kime ait olduğu ve özellikle de bir bakanının istifa etmesine gerek olup olmadığını saptamak siyasi bir karardır.³² Bu durum, aynı olaya ilişkin Meclis araştırması ve adli soruşturmanın bağdaşabilirliğine ilişkin soruya karmaşık bir boyut kazandırmaktadır. Bu karmaşık sorunun bir tarafında, yargısal yetkilerin tarafsız bir biçimde ve etkiye açık olmadan kullanılması gereği, diğer tarafta ise temsili demokrasi için önemi yadsınamayacak olan siyasi sorumluluk kurumu bulunmaktadır. Bu soruna sağlıklı bir cevap verebilmek için analitik bir yaklaşım sergileyerek çeşitli olasılıkları göz önünde tutmak gerektiğini düşünüyoruz. Bu olasılıkları şöyle sıralayabiliriz:

i. Birinci olasılık Meclis araştırmasının konusu ile adli soruşturmanın konusunun aynı olmasıdır. Diğer bir deyişle, Meclis araştırması ile adli soruşturmanın konusu özdeştir. Böyle bir duruma örnek olarak geçmişte tartışma da yaratmış olan Gazeteci Metin Göktepe'nin öldürülmesinin³³ ya da Şemdinli'de meydana gelen patlamanın araştırılması örnek gösterilebilir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, adli soruşturmaya konu olayları araştırmak dolaylı da olsa yargı yetkisine müdahale doğuracağından, bu türden meclis araştırmalarının açılması

oldukları delilleri adli makamlara vermek zorunda olduklarına hükmetmiştir (İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 231/1975 sayılı kararı). Ancak, İtalya'da Meclis araştırma Komisyonlarının araştırma faaliyetlerini yerine getirirken yargısal yetkiler kullanabildiklerini, hatta bazı durumlarda yargısal yetkilerden ötede soruşturma yetkilerine sahip olduklarını göz önünde tutmak gerekir. Bkz., Italy: Parliament: Its Activities, Antonio D'ANDREA, Constitutional Law - International Encyclopedia of Laws, Prof. Dr. A. ALEN (ed.) içinde, Kluwer, 2005, Volume 4, s. 143.

³² Robert P. Kaye, “ ‘OfGov’: A Commissioner for Government Conduct?”, Parliamentary Affairs, Vol. 58, No. 1, 2005, s. 172.

³³ TBMM'nin “Gazeteci Metin Göktepe Cinayetinin Açıklığa Kavuşturulması Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına İlişkin Karar”ı için Bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 20, 1996, C. 1, B.14, s. 317 vd.

kabul edilemez.³⁴ Diğer taraftan, meclis araştırması sonunda ulaşılabilecek sonucun, yargının ulaştığı sonuca zorunlu olarak tabi olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu tabiiyet nedeniyle yargının ulaştığı sonuca göre Meclis araştırma komisyonu ya isabetli bir sonuca ulaşmış olacak, ya da komisyonun ulaştığı sonucun yanlış olduğu yargı kararıyla tespit edilmiş olacaktır. Bir örnek üzerinden bu saptamayı açmak gerekirse, Meclis araştırması ile adli soruşturma arasındaki ilişkinin şu ihtimallerle göre gelişeceği ileri sürülebilir:

Örnek Olay: Bir gazetecinin gözaltındayken öldürülmesi.

a. Birinci Alt Olasılık: Meclis araştırması sonucunda, araştırma komisyonunun emniyet görevlilerinin adam öldürme suçu işlediğine kanaat getirerek ve bu kanaate dayanarak olayda emniyet görevlilerinin, amirlerinin ve hatta İçişleri Bakanının yeterli eğitim ve denetim mekanizmaları oluşturmamak nedeniyle sorumlu oldukları sonucuna vardıklarını düşünelim. Ancak, daha uzun sürmesi kaçınılmaz olan adli soruşturma sonucunda sanık polis memurlarının beraat ettiklerini farz edelim. Bu durumda, meclis araştırması sonucunda emniyet görevlilerinin ve İçişleri Bakanlığının kusuru olarak ileri sürülebilecek hususların önemi kalmayacaktır. Ceza muhakemesi maddi hakikati araştırdığına göre durumun gerçeğe uygun olduğunu kabul etmek gerektiğinden, Meclis araştırması sonucunda yanlış kanaate ulaşıldığı ve kusur izafe edilirken bu yanlış kanaate dayanıldığı ortaya çıkacaktır. “Şüpheli sanık lehine yorumlanır” ilkesi gereği sanıkların beraat etmiş olmaları durumu değiştirir mi? Bize göre bu sorunun cevabı olumsuzdur.³⁵ Çünkü siyasi denetimin amacı siyasi sorumluluk olup

³⁴ Ancak burada verdiğimiz örnekler için tam aksi bir uygulama geçerli olmuştur. 20. Dönemde, gazeteci Metin Göktepe cinayetini araştırmak amacıyla kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, 16.5.1996 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderdiği yazıda, olayın yargıda olduğunu öne sürerek Anayasa'nın 138. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak Komisyon çalışmalarına son verilmesinin kararlaştırılmış olduğunu bildirmiştir. TBMM Başkanlığı Komisyona verdiği cevapta Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen kararına atıfta bulunarak, Komisyonun TBMM'ce verilen bir görevden kaçınmayacağını ve görevin sonuçlandırılması gerektiğini bildirmiştir. Kocaman, a. g. e., s. 20' den naklen.

³⁵ Kaldı ki, Centel ve Zafer'in de eserlerinde belirttiği gibi, “beraat kararının gerekçesinde delil yetersizliğinden beraat kararı verildiğinin gösterilmesi yanlıştır. Çünkü böyle bir gerekçe, aslında sanığın fiili işlediğini, ancak mahkemenin yeterince delile ulaşamadığı için beraat kararı vermek zorunda kaldığını ifade etmektedir. Bu fiili sanığın işlediği ispatlanamadığına göre, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, sanık o fiili işlememiş sayılır. Bu durumda, artık sanığın fiili işlemediği belirlendiğinden, beraatına karar verilmelidir. Aksini kabul etme, suçsuzluk karinesiyle de bağdaşmayacaktır.” Bkz., Centel/Zafer, a. g. e., s. 564.

olmadığını araştırmaktır ve siyasi denetim doğrudan bir olayla (bir gazetecinin gözaltında ölmesi) ilgili olarak -böyle olmaması gerekirken- sürdürülmektedir. Siyasi denetim kapsamında araştırılan olayda siyasi sorumluluk doğurabilecek türden bir ihmal bulunmamaktaysa, diğer bir deyişle maddi hakikati arayan mahkeme “*bu cinayeti bu kişilerin işlediğine ilişkin yeterli delil yoktur*” diyorsa, bu takdirde siyasi denetimin sağlıklı bir zeminde sürdürüldüğünü iddia etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, Meclis araştırması ile adli soruşturmanın aynı konuda olmasından doğan bu sonucun kapsamını, “*şüpheli sanık lehine yorumlanır ilkesinden siyasî sorumluluğu olanlar da yararlanabilir*” diyerek genişletmemek gerekir. Nitekim benzer birkaç olayın daha meydana gelmesinden sonra ve diyelim ki bunların tümü emniyet görevlilerinin beraatıyla sonuçlansa bile, Meclis “*güvenlik görevlilerinin eğitim durumları ve insan hakları konusunda yeterli bilgiye sahip olup olmadıklarını araştırmak üzere bir araştırma*” yapabilir. Böyle bir araştırma sonucunda, pekâlâ İçişleri Bakanlığı’nın emniyet görevlilerinin eğitimlerinde ihmali olduğu sonucu ortaya çıkabilir ve bu tespit siyasi sorumluluk için gerekçe gösterilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken böyle bir araştırmanın konusunun belli bir somut olayla (gazetecinin gözaltında ölmesi) özdeşlik göstermemesidir.

b. İkinci Alt Olasılık: Meclis araştırması sonucunda ölümün adam öldürme suçu sonucunda meydana gelmediği ve ne emniyet görevlilerinin ne de İçişleri Bakanlığının bir kusuru bulunduğu sonucuna varıldığını kabul edelim. Buna karşılık, adli soruşturma sonucunda emniyet görevlilerinin ölümünden sorumlu tutulduklarını ve mahkûm edildiklerini farz edelim. Bu durumda, meclis araştırması sonucunda ulaşılan kanaatin doğru olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak, burada sadece Meclis’in yanlış bir sonuca varması söz konusu olmayacak, fakat aynı zamanda bu yanlış sonuç Meclis’in itibarını zedeleyecektir. Sınırlı olanaklara ve araştırma yetkisine sahip olmak özü dahi (“*bilgisine başvurmak üzere davet ettiğimiz kişiler davete uymadığından yeterli derinlikte bir araştırma yapamadık*” gibi), kamuoyu nezdinde Meclis’in itibar erozyonuna uğramasını engelleyemeyecektir. Kaldı ki, böyle bir sonucun yukarıda belirttiğimiz gibi yargı organına duyulan güveni sarsması da muhtemeldir.

Şimdi ikinci olasılık üzerinde durabiliriz.

ii. İkinci olasılıkta Meclis araştırması adli soruşturmaya konu olayı da kapsayan daha geniş bir konuya ilişkindir. Böyle bir duruma örnek olarak, tam uymamakla birlikte, Kemal Horzum’un Emlak

Bankasından usulsüz kredi kullanımıyla ilgili olay örnek gösterilebilir.³⁶ Zaten, bu türden Meclis araştırmalarının açılması daha çok somut bir olayın patlak vermesi ile gündeme gelecektir. Ancak, burada Meclis sadece adli soruşturmaya konu olaya değinmeden, somut örnek olay nedeniyle bilgilendirme ihtiyacı duyduğu asıl ilgi konusunu araştırmalıdır. Diğer bir deyişle, Meclis araştırması adli soruşturmaya konu olaya girmeden ve adli yetkilerin kullanımına müdahale etmeden asıl araştırma konusunu ele almaya özen göstermelidir. TBMM, Emlak Bankası'nda usulsüz kredi kullanımı olayı ile ilgili örnekten hareket ederek, *"kamu bankalarının ne miktarda ticari kredi tahsis ettiği"*, *"bunların tahsil oranının ne olduğu"*, *"ticari kredi tahsislerinde uygulanan prosedürün özel bankalarinkiyle aynı olup olmadığı"* ve *"bunlar arasında farklar bulunuyorsa nedenleri"* gibi hususları *"ticari sır"* kapsamına girmedikleri ölçüde araştırabilir.³⁷

Böyle geniş konulara ilişkin araştırma yapılması halinde, suç niteliğinde bazı eylemler ve bunlara ilişkin deliller tespit edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda ilgili bilgi ve belgelerin adli makamlara iletilmesi de söz konusu olabilir.³⁸

iii. Üçüncü olasılık, adli soruşturmaya konu bir olay olmadan herhangi bir konunun araştırılmasıdır. Böyle durumlarda Meclis adli soruşturma başlamadan hareket ettiğinden asıl sorun Meclis'in araştırdığı bir konu ya da olayla ilgili olarak daha sonradan adli soruşturma

³⁶ TBMM'nin "Horzum olayı ve Türkiye Emlak Bankası eski Genel Müdürü ile ilgili iddiaların gerçeklik derecesini tespit etmek amacıyla Meclis araştırması açılması" kararı için bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, 1990, C. 34, B. 36, s. 76 vd. Siyasi tarihimize "Horzum olayı" olarak giren bu olayda TBMM hem Horzum'un yargılandığı olayları hem de Emlak Bankası'ndaki bazı uygulamaları araştırma konusu yapmıştır. Araştırma önergesinin görüşülmesi sırasında Devlet Bakanı Güneş Taner kürsüden yaptığı konuşmada, "Sayın Başkan, sayın milletvekilleri; Kemal Horzum ve Emlak Bankasını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Kemal Horzum halihazırda tutuklu olarak yargılanmaktadır" diyerek Yargıya intikal etmiş bir olayla ilgili olarak Meclis araştırması açılmaması gerektiğini, kendisine iletilmesini ifade ettiği Adalet Bakanlığı notuna da değinerek ileri sürmüştür. Fakat önerge sahibi İçel Milletvekili Durmuş Fikri Sağlar söz sırası kendisine geldiğinde yukarıda incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararına değinerek böyle bir önergenin Anayasa'ya aykırı olmadığını savunmuş, neticede önerge kabul edilmiştir. bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, 1990, C. 34, B. 36, s. 90-91. İlginçtir, Meclis Araştırma Komisyonu Kemal Horzum'u dinlemek üzere davet etmiş, ancak kendisi bu davete uymamıştır.

³⁷ TBMM İctüzüğü'nün "Meclis araştırma komisyonu ve yetkileri" kenar başlığını taşıyan 105. maddesinin beşinci fıkrasında "Devlet sırları ile ticari sırlar, Meclis araştırması kapsamının dışında kalır" hükmü yer almaktadır.

³⁸ Bu konuyla ilgili TCK düzenlemesi için Bkz., 30 nolu dipnot.

açılması halidir. Bu nedenle bu ihtimali de iki alt olası duruma göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

a. Birinci Alt Olasılık: Bu durumda Meclis araştırması devam ederken, araştırmanın konusu ya da olayla ilgili herhangi bir adli soruşturma açılmaz ve bu nedenle Meclis araştırması devam ettirilir ve sonuçlandırılır. Meclis araştırmasının yürütülmesi sırasında, suç niteliğinde bazı eylemler ve bunlara ilişkin deliller tespit edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda ilgili bilgi ve belgelerin adli makamlara iletilmesi de söz konusu olabilir.

b. İkinci Alt Olasılık: Meclis araştırması devam ederken, araştırmaya konu bir olayla ilgili adli soruşturma başlarsa Meclis araştırma komisyonu faaliyetine son vermelidir. Ancak Meclis, araştırma sonucunda adli soruşturmaya konu olayla bağlantılı ama ondan daha geniş bir konuda yasama faaliyeti ve denetimi yönünden faydalı ve anlamlı sonuçlar ortaya çıkacağını umuyorsa, araştırmaya devam edebilmelidir. Fakat bunu yaparken adli soruşturma konusu haline gelmiş olayı ve dolayısıyla o olayda kullanılacak adli yetkilere müdahale etmeye özen göstermelidir.

iv. Dördüncü olasılık, belli bir olaya ilişkin adli soruşturma ve kovuşturma neticelendikten sonra aynı olayın Meclis araştırmasına konu olmasıdır. Bu olasılık altında en az iki alt olasılık olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi Ceza Muhakemesi Hukukumuzda eskiden '*takipsizlik*' kararı olarak bilinen, yeni CMK'da ise 'kovuşturmaya yer olmadığı kararı' olarak düzenlenen savcılık kararıdır. İkincisi ise adli kovuşturma sonucunda bir '*kesin hüküm*' bulunması halidir.

a. Birinci Alt Olasılık: "Adli Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilmesi" hali. "*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*" kenar başlığını taşıyan CMK'nın 172. madde 1. fıkrası şu düzenlemeye yer vermektedir: "*Cumhuriyet Savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.*" CMK 172/2'ye göre, bu karardan sonra savcının aynı fiilden dolayı kamu davası açması ancak '*yeni delilin*' meydana çıkması halinde söz konusu olabilir. Bu durumda savcının kovuşturmaya yer olmadığını karar vermekle adeta işten el çektiğini söylemek mümkündür. Buna göre, ancak yeni bir delil ortaya çıktığı takdirde soruşturmaya devam edilebilecek ve bir kamu davası açabilecektir. Böyle durumlarda, Meclis araştırması açılabilmesi mümkün olabilmelidir.

Zira savcının hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verdiği fiil ile ilgili dava açması, yeni bir delilin ortaya çıkması şartına bağlıdır. Bu nedenle böyle olaylara ilişkin Meclis araştırması yürütülürken artık adli yetkilere müdahale gerçekleştiğini iddia etmek güç görünmektedir.³⁹ Tam aksine Meclis araştırması kapsamında yeni bir delil elde edilmesi halinde, TCK 279'a göre bu delil savcılık makamına derhal iletilmek zorunda olacağından kamu davası açılması için bir fırsat elde edilmiş olacaktır. Ancak, ister Meclis araştırma komisyonu faaliyeti sonucunda, isterse başka kanallardan elde edilmiş olsun savcının kamu davası açabilmesini sağlayacak yeni bir delile ulaşması halinde, Meclis araştırma komisyonu faaliyetine son vermelidir. Adli soruşturma yeni delil nedeniyle canlanacağı için aynı fiili araştıran bir Meclis araştırması komisyonu faaliyeti adli yetkilerin kullanılmasına müdahale anlamına gelecektir.

Buna karşılık, muhakeme şartlarının yerine gelmemesi nedeniyle savcılık tarafından soruşturmaya ilişkin bir durma kararı verilmiş olması halinde Meclis araştırması açılmayacağını kabul etmek isabetli olacaktır. Çünkü bu durumda savcılık işten el çekmemiş, sadece muhakeme şartının yerine gelmesini beklemek üzere durma kararı vermiştir.

b. İkinci Alt Olasılık: “Kesin Hüküm Bulunması” hali. Bu olasılık savcı tarafından kamu davasının açılması ve bu dava sonucunda verilen hükmün (beraat ya da mahkumiyet) kanun yollarının tüketilmesiyle birlikte ‘kesin hüküm’ niteliği kazanması halinde söz konusu olabilir. Ceza Muhakemesi hukukunda kesin hüküm biri olumlu diğeri ise olumsuz iki etki doğurmaktadır. Kesin hükmün olumlu etkisi, ‘bağlayıcılık’ ya da ‘tespit edicilik’ olarak da bilinen etkidir. Kesin hükmün doğurduğu olumsuz etki ise, kesin hükmün konusunu oluşturan eylemden dolayı aynı kişinin yeniden kovuşturulamamasıdır *ne bis in idem*.⁴⁰ Böyle durumlarda, Meclis araştırması aynı fiilden dolayı ikinci bir kovuşturma anlamına gelmemektedir de ceza muhakemesi sonucunda ulaşılmış bulunan kesin hükme zarar verme olasılığı bulunmaktadır. Bu durum hem her bir somut olayda yargı kararına zarar verebilir, hem de genel olarak ‘kesin hüküm’ den beklenen hukuki

³⁹ ‘Milletvekili Lojmanlarında Mustafa Güngör’ün Öldürülmesinin Aydınlatılması ve Sorumluların Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu (22. Dönem, 3. Yasama Yılı’nda başlatılan Meclis Araştırması) böyle bir duruma örnek gösterilebilir. 837 sayılı Meclis Kararı için Bkz., 15.2.2005 tarih ve 25728 sayılı *Resmî Gazete*.

⁴⁰ Erdener, Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Alfa Yayınları, 1994, s. 500.

yararlarda erozyona neden olabilir. Bu durum ise hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkeleri ile çelişecektir. Bu nedenle, belli bir fiille ilişkili olarak yargının kesin hükmü bulunduğu durumlarda da Meclis araştırması yapılmaması isabetli olacaktır.

SONUÇ

Yukarıda saydığımız olasılıklar ışığında değerlendirmelerimizi toparlamak adına şu tespitlerde bulunabiliriz. Öncelikle, “*Birinci olasılıkta*” Meclis araştırması açılması kabul edilmemelidir. “*İkinci olasılıkta*” ise, Meclis araştırması adli soruşturmaya konu olaya girmemek şartıyla kabul edilebilir. “*Üçüncü olasılıkta*”, sonradan adli soruşturma konusu yapılan olaylar Meclis araştırmasının kapsamı dışında tutulmalıdır. “*Dördüncü olasılıkta*” da ‘kovuşturmaya yer olmadığı kararı’ verildiği hallerde Meclis araştırması açılabileceği kabul edilebilirse de, ‘kesin hüküm’ bulunan hallerde Meclis araştırması açılması yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

Yukarıda analitik bir biçimde ve olasılıklara göre Meclis araştırması ile adli soruşturmanın hangi koşullarda bağdaşabileceğine ilişkin bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda önerdiğimiz çerçevenin adli soruşturmaya konu olaylarda Meclis araştırması yürütülmesini önemli ölçüde sınırlayan bir yaklaşım olduğu açıktır. Diğer taraftan, Meclis araştırmasının hangi durumlarda adli soruşturma ile bağdaşmayacağı da analitik bir biçimde ortaya konmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada her zaman bu çerçeveye uygun olayların gerçekleşme ihtimali zayıftır. Bu nedenle, adli soruşturmaya konu olaylarla bir biçimde ilgili olduğu düşünülebilecek olayların hemen hepsinde bir yetki çatışması görünümü arz edecek tartışmaların yaşanması da kuvvetle muhtemel olacaktır.

Meclis’in sahip olduğu bir bilgi edinme ve denetim yolu olarak Meclis araştırması ile adli yetkilerin kullanımının bağdaşmasının güçlüğü karşısında tercih edilebilecek bir diğer yol, TBMM İçtüzüğü’nde ve mümkün olursa Anayasa’da yargıya intikal etmiş eylem ve olaylara ilişkin “*Meclis araştırması açılmayacağı*” açıkça düzenlenmesidir. Bunu yaparken Fransız Ulusal Meclisi İçtüzüğü’nden esinlenilebilir. Fransa’da Meclis araştırması bir kamu hizmetinin ya da bir kamu teşebbüsünün yönetimine ilişkin olarak bilgi edinme amacıyla kullanılmaktadır. Fransa’da bir yargısal soruşturma sürerken ne yeni bir araştırma komisyonu kurulması, ne de mevcut bir komisyonun faaliyetine devam etmesi mümkündür. Meclis araştırması ile adli soruşturmanın

bağdaşmazlığına ilişkin bu koşullar uygulamada oldukça esnek yorumlanmasına rağmen,⁴¹ Fransız Ulusal Meclisi İçtüzüğü'nde yer alan düzenlemeler açıktır. Buna göre, ilk olarak araştırma önergelerinin Adalet Bakanı'na bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Adalet Bakanı, araştırma önergesi konusunun yargıya intikal etmiş olduğunu tespit ederse, durum derhal Meclis Başkanına bildirilmekte ve söz konusu önerge işleme konmamaktadır. Dahası, yürütülmekte olan bir "Meclis araştırmasına" konu olayın yargıya intikal etmiş olduğu Adalet Bakanı tarafından saptanıp Meclis Başkanı'na bildirildiğinde, bu kez "Meclis araştırma komisyonu" faaliyetine derhal son vermektedir.⁴² Fransız düzenlemesinin kabul edilmesi halinde Şemdinli olayının "Meclis araştırması"na konu yapılması nedeniyle yaşadığımız türden krizlerin bir daha yaşanmayacağı söylenebilir. Türk modeli Meclis araştırmasında araştırma komisyonlarına yargısal yetkiler tanınmamıştır ve örneğin komisyonlar bilgilerine başvurmak üzere davet ettiği kişiler üzerinde dahi zorlama gücüne sahip değildir. Yukarıda belirtilenler yanında Meclis araştırmasının bu özelliği nedeniyle ABD veya İtalya'daki meclis araştırmalarından ayrıldığı açıktır. Bu nedenle, aynı olayla ilgili bir adli soruşturma sürerken bir Meclis araştırmasının eşzamanlı olarak sürdürülebileceğini söylemek isabetli görünmemektedir.

⁴¹ France:Parliament, Olivier Jouanjan, Constitutional Law-International Encyclopedia of Laws, Prof. Dr. A. Alen (ed) içinde, Kluwer, 1999, Volume 3, s. 147. Bu bilgiyi Fransa'da Meclis araştırmasının konu olarak son derece sınırlı olması ile birlikte değerlendirmek gerekir.

⁴² Fransız Ulusal Meclis İçtüzüğü'nün konuya ilişkin 145-2, 145-3 ve 145-4. maddelerinin İngilizce ve Fransızca metinlerine <http://www.assemblee-nationale.fr/index.asp> web adresinden ulaşılabilir.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINA GÖRE HAKSIZ REKABET

Mustafa Can *

Giriş

Günümüzde rekabet hemen hemen sosyal hayatın tüm kesimlerinde yaşanmaktadır. En güzeli, en verimliyi ve en kaliteliyi elde etme, rekabetin belli şartlar altında yapılması ile mümkündür. Rekabet etme hakkı tüm hukuk sistemlerinde tanınmış ve düzenlenmiş bir müessesedir. Ancak her hak gibi rekabet hakkı da, sahibine bir takım ödev ve sorumluluklar yüklemektedir.

Günümüz dünyasında rekabet, gelişmiş ülkelerde kendisini daha etkin hissettirmektedir. Özellikle uluslar arası ticari ilişkilerde Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avrupa Birliği (AB) ve Japonya arasında yaşanan rekabete bakıldığında, rekabetin sadece ülkeler arasında değil, aynı zamanda ülkelerin kendi içinde de çok çetin geçtiğini görmekteyiz. Örneğin AB dünya ticaret hacmi içerisinde önemli bir paya sahipken, başta ABD ve Japonya gibi önemli ülkelerle rekabet halinde iken, diğer taraftan da kendi içinde topluluk ülkeleri arasında rekabet içerisindedir. Benzer hadise ABD’de yaşanmaktadır. ABD’de rekabet sadece ticari alanda değil, hukuki alanda da yaşanmaktadır.¹ Eyaletler yabancı sermayeyi kendi sınırları içerisine çekmek için, yatırımcıları cezbedecek hukuki düzenlemeler yapmaktadırlar. On binlerce halka açık anonim şirketin kuruluş yeri olarak Delaware eyaletini, kapalı tip anonim şirketlerin ise Nevada eyaletini tercih etmeleri, hep bu rekabetin bir sonucudur.

* Dr., Türkiye Adalet Akademisi.

¹ Can, M., *ABD’de Anonim Şirketlerle İlgili Son Gelişmeler, Vergi Dünyası*, Nisan 2002, s. 104 vd.

Avrupa Toplulukları mahkemesinin 1979 tarihli Casis-de Dijon kararından beri, yerleşik görüşü, rekabetin dürüstlük ilkesi bağlamında düzenlemesi yetkisinin üye devletlere ait olduğudur. Daha bu sonra yetkiye, yanıltıcı veya gerçeğe uymayan reklamlar hakkındaki haksız rekabet kurallarının konulabilmesi imkanı da eklenmiştir.

Ayrıca tüketici de haksız rekabete karşı korumanın kapsamına alınmıştır.² AET, üye devletlerin yanıltıcı reklamlara ilişkin ulusal hükümlerini uyumlaştırmak ve bu bağlamda konuyu düzenlemek amacıyla 84/450 sayılı tebliği yayınlamıştır. Devamında AT'nin karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 97/55 sayılı yönergesiyle tamamlanmıştır. En son olarak da Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından kararlaştırılmış AT/2005/29 sayılı ve 11.5.2005 tarihli Haksız İş Uygulamalarına İlişkin Yönerge yayınlanmıştır. Diğer taraftan, AT'nin 2002/59 sayılı ve 12.7.2002 tarihli, kişiye özgü verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin yönergesi de haksız rekabetle yakından ilgilidir.³

İsviçre Kanunu'nun (Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun) amacı rakiplerin, tüketicilerin ve diğer piyasalarda ilgililerin haksız rekabetten korunmasıdır.⁴ Anılan Kanunun 1. maddesi kanunun amacının, bütün katılanların menfaatine, hukuka uygun ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğunu belirtmiştir. Bu anlayışın diğer Avrupa ülkelerinde de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.⁵

Avrupa ülkelerinde, bir sözleşmenin taraflarını sözleşmenin ihlali ve feshedilmesine yöneltmek veya teşvik etmek; başkasının yaptığı işten faydalanmak, üretim ve ticaret sınırlarını alıp kullanmak, haksız rekabetin en çok rastlanan şekilleri arasında yer almıştır. Diğer taraftan, bu sayılanlar da dahil olmak üzere hukuka aykırı işletme uygulamaları ve yöntemleri AB'nin gündeminindedir. Bu konuda hazırlanmış bulunan 8.7.2003 tarihli Tüketicinin Korunmasında İşbirliği Tüzüğü önerisi tartışmaya sunulmuştur.

² Poroy, R., *Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda Rekabet Hukuku*, "Avrupa Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Yayın No. 9, İstanbul Hukuk Fakültesi, 1973, s. 59.; Teoman, Ö., Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, İHFM. C. XLII, S. 1-4, s. 641 vd.; Can, M., Yeni Tüketici Kanunu ve ABD Hukukunda Tüketici Koruma Düzenlemeleri, *Mevzuat Dergisi*, Kasım 2003, Y. 6, S. 71, s. 3 vd.;

³ Tekinalp/Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997, s. 327 vd.

⁴ Öztekin, S., Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 417 vd.

⁵ Arslan, Y., *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara 1992, s. 48 vd.; Öztekin, 417 vd.

Emek ilkesinin güçlenmesi ve etki alanını genişletmesi de, haksız rekabet hukukuna kazandırılan yeni bir içeriktir. Son olarak haksız rekabete ilişkin kuraların Avrupa'da kamu sektörünü de kapsamayı ve kamu kuruluşlarının aynı hükümlere tabi kılınması yaklaşımı da üzerinde durulmaya değer bir gelişmedir.

6762 sayılı kanunun haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin yetersizliğini gidermek, haksız satış yöntemleri, yanıltıcı fiyat açıklamaları, sözleşmeleri ihlal yönlendirmeleri, başkasının emeğinin sömürülmesi, iş şartlarına uyulmaması, dürüst olmayan genel işlem şartlarının haksız rekabet cephesinin düzenlemesi amacıyla, Tasarıya yeni hükümler konulmuştur.

Ayrıca Tasarı ile Türk haksız rekabet hukukunun yeniden düzenlenerek, Rekabetin Korunması Kanunu,⁶ Tüketicinin Korunması Kanunu, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu⁷ ile uyum sağlanması amaçlanmıştır.

⁶ 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG'de yayınlanmıştır. 4054 sayılı kanunun 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer". Bu amaçla Rekabet Kurulu oluşturulmuştur. Kanunun 27. maddesine göre, "Kurulun haksız rekabeti tespit etmek ve menfi tespit belgesi vermek, ihlale son vermek, geçici tedbirler almak, hakim durum oluşturmak ve hakim durumu güçlendirmek amacı ile yapılan birleşme ve devralmalara izin vermek, para cezaları vermek gibi önemli yetkileri vardır". Ayrıntılı bilgi için bkz., Çeker, M., *Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni*, Batider, C. XVIII (Haziran 1996), S. 3, s. 87 vd.

⁷ AB ile yapılan Gümrük Birliği Anlaşması ve GATT çerçevesinde "İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun" 1.7.1989 tarihli ve 3577 sayı ile *Resmî Gazete'* de yayınlanmıştır. Söz konusu düzenleme "Anti Damping" ve "Anti Sübvansiyon" hukukunu düzenlemektedir. Kanunun 2. maddesine göre, "Damping, bir ülkeden Türkiye'ye ihraç edilen bir malın aynı veya benzeri bir malın normal değerinin altında bir ihraç fiyatı ile Türkiye'ye sokulması; Sübvansiyon ise, menşe ve ihracatçı bir ülke tarafından firmalara; Türkiye'ye ihraç edilen bir malın malinde, üretiminde, ihracatında ve taşınmasında, dolaylı ve dolaysız bir faydalanın sağlanmasıdır". Dampingin gerçekleşmesi için söz konusu malın normal değerinin altında fiyatla Türkiye'ye ihracı gerekir. Sübvansiyonda denge, telafi edici vergi ile sağlanabilir. Telafi edici verginin tutarı sübvansiyon miktarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Tekinalp, Ü., *Anti-Damping ve Anti-Sübvansiyon Hukukunun Ana İlkeleri*, İstanbul 1995, s. 214 vd.; Can, M., ABD Hukukunda Uluslar Arası Ticarete İlişkin Düzenlemeler, *Mevzuat Dergisi*, Aralık 2003, s. 3 vd.

I. Genel Olarak

A. Amaç ve İlke

Tasarı m. 54 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 56. maddesini tamamıyla değişik ilkeler üzerine yapılandırmıştır. 6762 sayılı kanunun 56. maddesi haksız rekabet kavramını “suistimal” olarak nitelendirmiştir.⁸ 6762 sayılı kanunun 57. maddesinde sayılan “hususiyetle” “hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler” arasında bulunmayan “iktisadi rekabetin suistimal edildiği” herhangi bir haksız rekabet eylemi, genel hüküm, yani tanım hükmü niteliğinde olan 56. madde ile belirlenmektedir.⁹ Tasarıya göre, dürüst davranma kuralı artık haksız rekabetin tanınmasında (teşhisinde) belirleyici rol oynar.¹⁰ Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine inanır. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı hareket edenler bu güvene aykırı hareket etmiş olurlar. Bu durum haksız rekabet¹¹ teşkil eder. Modern düzenlemelerde yer alan haksız rekabet hükümleri, sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil rekabete dayalı ekonomik düzenin korunması amacına yönelik olduğundan, haksız rekabetten söz edilebilmesi için fail ile mağdur arasında rekabet ilişkisinin bulunmasına da gerek yoktur.¹²

Tasarı m. 54/I düzenlemesine göre, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.¹³ Tasarı “dürüst ve bozulmamış rekabetin” tanı-

⁸ Madde haksız rekabeti, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle rekabetin her türlü suistimali olarak tanımlamıştır; “Türkiye Futbol Federasyonunca, davacı televizyon şirketi ile futbol kulüpleri arasında yapılan sözleşmelerinin onaylandığı anlaşılmasına göre, davalı TRT’nin bu karara karşı çıkarak yayın hakkını tanımaması, davacı yönünden haksız eylem oluşturur” (4. HD 2.3.1999, E. 9995 K. 1747) (Eriş, G., *Ticari İşletme ve Şirketler*, Ankara 2004, s. 1041).

⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara Kasım 2005, s. 414 (Gerekçe 414).

¹⁰ “Doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun olan ve serbest ticaret hakkına aykırı bulunmayan eylemler, haksız rekabet sayılmaz. Kötü niyet iddiasını ispat için tanık dinlenebilir” (TD 25.9.1970 E. 1285 K. 3364) (Eriş, 1018).

¹¹ 6762 sayılı kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin (56-65) kaynağı, İsviçre’nin 30 Eylül 1943 tarihli “Haksız Rekabete Dair Federal Kanun” dur. İsviçre’de bu kanunun yerini 19 Aralık 1986 tarihli “Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun” almıştır. İsviçre’de 1 Mart 1988 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli tarihlere değişik-tilenen bu yeni düzenleme, tasarının haksız rekabet hakkındaki hükümlerin gözden geçirilmeleri sırasında dikkate alınmıştır (Gerekçe 414).

¹² Arkan, S., *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2005, s. 298; Göle, C., *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara 1983, s. 167 vd.

¹³ “Likit sözcüğü sıvı ve akıcı anlamında genel bir ifade niteliğindedir. Likitgaz sözcüğü ticaret unvanına alınmış ve ayrıca, marka olarak tescil edilmiştir. Markanın terkinin yapılmadıkça, bu marka haksız rekabete karşı korunur” (HGK 20.4.1994 E. 11-965)

mını yapmamıştır. Gerekçede, Almanca metinde “saf, karışık ve katışık olmayan” anlamına gelen “lauter” sözcüğü için, dürüst kavramının tercih edildiği ancak, hükmü yorumlarken, saf, karışık ve katışık olmayan anlamının da dikkate alınması dolayısıyla, dürüst kelimesinin sadece doğru ve kanunlara uygun şekilde anlaşılması gerektiği hususu ifade olunmuştur.¹⁴ Burada ifade edilmek istenen geniş anlamda, kurallara uygun dürüst rekabettir.¹⁵ Yani piyasa ortamında dürüstlük kurallarına, centilmenlik anlayışına yakışır bir rekabet ortamıdır. Bozulmamış rekabet ise, güven duyulan bir anlamda hilesiz rekabettir.¹⁶ İşte tasarıda düzenlenen rekabet hükümleri, hukuka uygun, saf (dürüst) ve bozulmamış (hilesiz) rekabeti tüm katılımcıların menfaatine sunmayı amaçlar.¹⁷ Burada “katılımcılar” kavramı ile, ekonomi, tüketici ve kamu kastedilmektedir.¹⁸ Tasarı katılanlar kavramını kullanmak suretiyle, rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere hasredilmesinin yolunu kapatmıştır.¹⁹

Tasarı m. 54/II düzenlemesine göre, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.²⁰ Bu fıkra, haksız rekabete ilişkin

K. 252) (Eriş, 1016).

¹⁴ Gerekçe 415.

¹⁵ “Devleti temsil eden davacı kuruluşca yayınlanan *Resmî Gazete* içeriğini, fotokopi, tarayıcı, optik okuyucu gibi kolaylık sağlayan araçlardan veya aynı vasıttan değil de emek, para ve zaman harcayarak, bilgisayar klavyesi ile yeniden yazmak suretiyle çoğaltılması ve internet ortamına aktarılıp yayınlanması haksız rekabet değildir” (11. HD 2.6.2000 E. 2638 K. 5836) (Eriş, 1044).

¹⁶ Gerekçe 415.

¹⁷ “Kollektif ortaklıktaki ortağın eşi, ortaklığı kötülemiş olsa bile, bu eylem ortak için haksız eylem sayılmaz” (11. HD 17.5.1982 E. 2474 K. 2328) (Eriş, 1020); “Ticaret unvanı ile markanın izinsiz kullanılması, haksız rekabeti oluşturur. Ticaret unvanı ile markanın kullanılması hakkında bir sözleşme ile izin verilebilir” (11. HD 18.6.2002 E. 2119 K. 6308) (Eriş, 1067); “Aynı ticaret unvanının kullanılması haksız rekabet oluşturur. Ticaret unvanını önceden kullananın öncelik hakkı vardır.” (11. HD 25.6.2002 E. 3880 K. 6573) (Eriş, 1067).

¹⁸ Gerekçe 415.

¹⁹ “Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de, bu maddeyle TTK 56. madde ile birlikte mütalaa etmek gerekir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzeninde korunmasını amaçlar” (11. HD 26.2.1999, E. 1155, K. 1574), yasa HD 99/10, s. 1278 (Poroy, R./Yasaman, H., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 274, dip not 2’den alıntı).

²⁰ “Televizyonda, UEFA ve TFF’nin düzenlemelerine ve ayrıca 3984 sayılı Yasanın 4/k maddesi anlamında, özel amaç ve çıkarlara yönelik haksız rekabete yol açıcı yayın yapmak, haksız rekabet olup, tespit ve menî gerekmektedir. Mahkemece, haksız rekabet belirlendiğine ve davacı maddi zararını belirleyeceği delilleri ibraz

olarak, dürüstlük kuralı ilkesini ortaya koymaktadır. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık ya davranışlarla²¹ ya da ticari uygulamalarla olur. Bu da, iş ahlakına, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı, ters, aldattıcı, yanıltıcı²² gibi konulara ilişkin olabilir. Burada söz konusu olan dürüstlük kuralı MK. m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından farklıdır. Zira MK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı, temelde sözleşme ya da önsözleşmenin söz konusu olduğu hallerde taraflar arasında var olan güvenle ilgilidir.²³ Rekabet ilişkisinde, bu anlamda bir hukuksal

edemese bile, BK m. 42 ve 43 uyarınca, davacı yararına makul, ılımlı ve uygun bir miktar maddi tazminata karar verilmesi gerekir” (11. HD 12.12.2000 E. 8054 K. 9969) (Eriş, 1050); “Tek satıcılık yetkisi bulunduğu iddiasında, diğer tarafın normal yollarla yurt dışından mal ithalinde, haksız rekabet iddiası dinlenemez” (11. HD 8.5.2003 E. 11969 K. 4650) (Eriş, 1072); “Açık ve kapalı mektuplarla, üzerinde haberleşme amaçlı bulunan kartların kabul, taşıma ve dağıtım ile fatura, rapor, dergi, broşür ve davetiyeler taşıma ve dağıtım, 5584 sayılı yasa uyarınca PTT’ye aittir. Bu yasaya aykırı davranış, haksız rekabet oluşturur” (11. HD 13.10.2003 E. 2820 K. 9157) (Eriş, 1072).

²¹ “Davacının gaz tüplerini, bir başka firma adı altında sattığı veya haksız rekabet oluşturan bir biçimde davranışta bulunduğu sabit olmadıkça, haksız rekabet iddiasının kabulü olanaksızdır” (11. HD 11.6.1990 E. 4699 K. 4644) (Eriş, 1030); “Ticaret unvanı, aynı zamanda marka olarak da tescil edilebilir. Davalının markası tescilsiz ve davacının markası tescilli ise davacı haksız rekabet davası açabilir” (11. HD 18.4.2002 E. 996 K. 3647) (Eriş, 1061).

²² “Gazetede yanlış ve yanıltıcı yayın, haksız rekabettir” (TD 11.5.1973 E. 1554 K. 2307) (Eriş, 1018); “Bilirkişiler iltibası varlığını kabul etmişlerdir. Buna karşın, olayda haksız rekabetin var sayılamayacağına ilişkin görüş mahkemenin yetkisine giren bir yetki olup, iltibası varlığına dair görüşe de aykırı düşer” (11. HD 29.1.1976 E. 310 K. 465) (Eriş, 1020); “Bakanlığın kararlaştırmış olduğu taşıma ücretinden daha az bir ücretle taşıma işini yapmak, serbest ticarete girmekle, ... öngörülen haksız rekabetle ilgisi yoktur” (11. HD 1.7.1981 E. 3341 K. 3381) (Eriş, 1020).

²³ “Tarafların markaları tescillidir. Davalı tescilli “Damalı” markasını kullanırken davacının “Domino” markası yönünden kendisine özgü kullanma biçimini, aynen benimseyerek iltibasa neden olması, hem haksız rekabeti oluşturur ve hem de MK. 2. maddesinde öngörülen iyi niyet kurallarına aykırı düşer” (11. HD 30.9.1983 E. 3755 K. 4773) (Eriş, 1022); “Her ne kadar iltibasa yol açan durum devam ettikçe, haksız rekabet davası zamanaşımına uğramazsa da süregelen bu duruma yıllarca seyirci kalan ve böylece davalının mevcut unvanı altında faaliyetini sürdürmesine zımnen muvafakat eden davacının sonradan bu iltibastan söz ederek haksız rekabet davası açması MK. 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olup, yasa himaye etmez” (11. HD 23.2.1988 E. 6105 K. 1044) (Eriş, 1027); “Tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabete BK m. 48 uygulanır” (11. HD 15.5.1989 E. 2889 K. 2929) (Eriş, 1029); “Davacının, ticaret unvanında yer alan ve aynı zamanda markası bulunan Telsim sözcüğünün, diğer bir ortak tarafından uzun süre kullanılmasına sessiz kalması, zımnen icazet anlamındadır. Uzun bir süre sonra dava açılması hakkın kötüye kullanılması sayıldığından, haksız rekabet söz konusu olmaz” (11. HD 30.6.2000 E. 5841 K. 6238) (Eriş, 1044); “Üretilerek piyasaya sunulan oto yedek parçalarındaki sadece şekil ve renk benzerliği, iltibas sonucunu oluşturmaz” (11. HD 11.9.2000 E.

durum söz konusu olmayabilir. Hatta çoğu kez haksız fiil ilişkisi söz konusu olabilir.²⁴

B. Dürüstlük Kurallarına Aykırı Davranışlar, Ticarî Uygulamalar

Tasarı m. 55 düzenlemesi, 6762 sayılı kanununun 57. maddesine karşılık gelmekte olup, sadece özel haksız rekabet halleri bakımından değil, bu haller arasına katılan yeni konular ve korunan kişi ve menfaatler yönünden de genişlemiştir. Düzenleme ile korunanlar, rakiplerin yanı sıra, işletmeler ve soyut anlamda haklı dürüst, hukuka uygun rekabet, alıcılar ve tüketicilerdir. Tasarı da yer alan bu hususlar, numerus clausus değildir. Bu haller dışında olup da Tasarı m. 54/II düzenlemesine giren hususlar da haksız rekabeti oluşturur. Dürüstlük kurallarına aykırı davranış ve ticari uygulamalar, aşağıdaki şekillerde tezahür edebilir;

a. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklam ve Satış Yöntemleriyle Diğer Hukuka Aykırı Davranışlar

Tasarı m. 55/1-a bendine göre, dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, haksız rekabet olarak kabul edilir. Bu hüküm, 6762 sayılı kanununun 57/I. maddesinin bir değişiklikle tekrarıdır.²⁵ Bu fıkraya “fiyatlarını” ibaresi eklenmiştir. Buna göre, başkalarını²⁶ veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı²⁷ veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötüleme, haksız fiil teşkil eder.²⁸ Ancak burada

5921 K. 6238) (Eriş, 1044).

²⁴ “Haksız rekabet... temelinde bir haksız fiildir. HUMK. 21 uyarınca haksız fiilin işlendiği yer tekilidir” (11. HD 23.9.1982 E. 3371 K. 3609) (Eriş, 1020).

²⁵ “Başkalarını veya onların mal ve tüm çalışmalarını kötülemek ve başkasının ahlakı ve parasal durumu hakkında gerçeğe aykırı bilgi vermek, haksız rekabeti oluşturur. Bu hususların tespitinin istenmesi ve mahkemece de incelenmesi gerekir” (11. HD 2.12.2002 E. 6271 K. 11101) (Eriş, 1098).

²⁶ Başkaları kavramı ile, gerçek, tüzel kişiler ya da kişiliği olmayan topluluklar kast-dilmektedir.

²⁷ Yanıltıcı kavramı, iş ürününe, faaliyete, mallara veya fiyata ilişkin açıklamanın veya nitelendirmenin, takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle, bunların açıklama konusunu olduğundan değişik ve olumsuz algılanmasıdır. Yanıltıcı ibaresi hedef kitle veya farklı bir deyişle muhatapla birlikte değerlendirilmelidir (Gerekçe 416).

²⁸ Gerekçe 416.

unutulmaması gereken husus, kötüleme olarak ifade edilen yanlış veya gereksiz yere incitici açıklamaların,²⁹ gerçek olmamasıdır.³⁰ Yani kötülemede kullanılan ifadeler, gerçekse bu halde haksız rekabetten söz edilemez. Kötüleme sebebiyle hükmün uygulanabilmesi için, kusurun varlığı şart değildir. Bu anlamda bir kişinin rakibinin ticari itibarını bozmak ve onun müşterileri üzerinde olumsuz etkide bulunmak amacıyla sözde suçlamalarda bulunarak dava açması haksız rekabettir.³¹

Tasarı m. 55/I-a-2 düzenlemesine göre, kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek halleri, dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Burada, kendini veya üçüncü kişiyi³² rekabette avantajlı duruma getirme söz konusudur. Bir başka deyişle, gerçek dışı veya yanıltıcı beyanlarla kendisini veya üçüncü kişiyi rekabette avantajlı duruma getirme söz konusudur. Gerçek dışı³³ veya yanıltıcı beyanlar; beyanı yapan kişinin kendi firması, işletmeyi tanıtıcı işaretleri, iş ürünleri, çalışmaları, fiyatları vs. ilişkin olabilir. Gerçek dışı veya yanıltıcı olgular, somut olayda ele alınırken, hedef kitlenin ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bentte satış kampanyalarına³⁴ da yer verilerek, hükme yeni bir boyut kazandırılmıştır.

Tasarı m. 55/I-a-3 düzenlemesine göre, paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder. Burada, hakkı olmayan unvanları, meslek, derece ve sembolleri kullanma halleri düzenlemiştir. Bu düzenleme 6762 sayılı kanunun 57. maddesinin 4. bendinin tekra-

²⁹ Gereksiz yere incitici beyanlar, amacını aşan değer yargılarıdır; amacın aşılmasıyla yargılar (eleştiriler), gerçek dışı veya gerçeğe uymayan, gerçekle bağdaşmayan veya gerçeğe ters hale gelmiştir. Ölçsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyuşmuyorsa, eleştiri (beyan) inciticidir. Ölçsüzlük hatta gerçeğe uygunluk sınırını zorluyorsa, gene gereksiz yere inciticilikten söz edilir (Gerekçe 416).

³⁰ Gerekçe 416.

³¹ TD 12.3.1971, E. 4488, K. 1896 (Doğanay, İ., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, İstanbul 1988, s. 321).

³² Üçüncü kişiye avantaj sağlanması basın aracılığıyla yapılabilir. Yanlış bir test ya da anket sonucunun yayınlanarak, bir başka ürüne üstünlük tanınması gibi.

³³ Gerçek dışı; yalan, doğru olmayan, gerçeği saptıran anlamındadır (Gerekçe 416).

³⁴ Satış kampanyaları sadece mevsim sonu satışları değil, her türlü kampanyayı ve promosyonu ve bunlara ilişkin programları kapsar (Gerekçe 417).

rından ibarettir. Bu anlamda yüksek mühendis olmayan bir kişinin bu unvanı kullanması haksız rekabettir.³⁵

Tasarı m.55/I-a-4 düzenlemesine göre, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler alınması, dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet hali teşkil eder.³⁶ Bu düzenlemeye karşılık gelen 6762 sayılı kanunun 57. maddesinin 5. bendi ile özdeş olmasına karşılık, lafız olarak farklıdır.³⁷ İltibas kavramı yerine

³⁵ Arkan, 302.

³⁶ "Ayakkabıya ait bir markanın tescil belgesinde, taban şekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla, bu şekil ve desen de hukuken korunmaya değer bir marka işareti kazandığı gözetilerek, bu markaya tecavüz TTK m. 57/5 anlamında bir haksız rekabettir" (11. HD 27.6.2000 E. 4387 K. 6071) (Eriş, 1090); "Davacı taraf, haksız rekabetin tespit, men ve neticelerine dair işbu davada, sadece markaya tecavüz edildiği iddiasını ileri sürmemiş, bunun yanında; distribütörlük sözleşmesi uyarınca, Honda markalı otomobiller bakımından, servis hizmeti vermeye kendisi veya kendisi ile sözleşmesi bulunan kişi ve kuruluşların yetkili olduğunu, davalı tarafın kendisi ile böyle bir sözleşmesi bulunmadığı halde, gerek işyeri ve işyeri evraklarının düzenleniş şekline ve gerekse iş yerinde çalışan kişilerin kıyafetlerinde yer alan işaret ve yazılarla, kendisini yetkili servis gibi göstermek suretiyle, haksız rekabette bulunduğunu ileri sürmüş olmasına göre, bu eylemler, TK. 56 ve 57/5 maddesi uyarınca, haksız rekabeti oluşturur" (11. HD 1.2.2002 E. 553 K. 753) (Eriş, 1096); "Ticaret ortaklıklarının merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulunsa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, TK. 43, 47, 54 ve 57/5. maddeleri uyarınca, haksız rekabetin meni davası açabilir" (11. HD 8.4.2002 E. 10860 K. 3275) (Eriş, 1097).

³⁷ 6762 sayılı kanun hükmü, başkasının "ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları" cümle parçasına yer vermiştir. Oysa anılan ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde kararnamelerinde, yani MarkKHK, EndTasKHK, CoğışKHK'da ve unvanla ilgili olarak TK'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada tekrar edilmeleri hem gereksizdir hem de yorum güçlüklerine sebep olmaktadır. Anılan cümle parçalarının burada yer almaları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülmez (Gerekçe 418); "Alameti Farika Tüzüğü'nün uygulandığı bir davada TTK 57 ve 58. maddeleri hükümlerinin uygulanması istenemez" (HGK 22.11.1965 E. 152 K. 318) (Eriş, 1075); "Davacı sözcüğü marka olarak tescil ettirmiş olduğundan, bu marka terkin ve iptal ettirilmedikçe, Markalar Kanunu'nun Koruması altındadır" (HGK 20.4.1994 E. 11-965, K. 252) (Eriş, 1077).

karıştırılma³⁸ ibaresi kullanılmıştır.³⁹ İltibas, haksız rekabetin önemli kurumlarından birisidir. İş mahsulleri ve diğer adlar bakımından da haksız kullanımı engeller.⁴⁰ İltibasın mevcut olup olmadığı kural olarak, kullanılan tanıtma vasıtaları arasında gerek şekil gerek söyleyiş bakımından normal ve orta düzeyde bir alıcının aldanmasına yol açacak bir benzerliğin bulunup bulunmadığına göre saptanır.⁴¹ “Karıştırılma”, yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar.⁴² Hüküm, karıştırılmayı dış görünüş ve duyuruş bağlamında düzenler.⁴³ Bir başka deyişle, iç benzerlikten doğan karıştırılma, örneğin, elektrik devrenin benzerliği hükmün kapsamı dışındadır.⁴⁴

Tasarı m. 55/I-a-5 düzenlemesine göre, kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet halidir. Bu bentte karşılaştırmalı reklama yer verilmiştir.⁴⁵ Karşılaştırmalı reklamda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırır.⁴⁶ Kar-

³⁸ Karıştırılma ifadesi yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar. Hüküm, karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında ele alır. İç benzerlikten doğan karıştırılma (mesela elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) hükmün kapsamı dışındadır. İç benzerlik karıştırılma kavramı ile tanımlanamaz. Dış görünüm koruması, takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasıdır. Karıştırılma nesnel değerlendirmeyi gerektirir (Gerekçe 418); “Her iki unvanda bulunan Koç sözcüğü vurgu sözcüğü ve iltibas oluşturacak nitelikte olup, bu yönün mahkemece değerlendirilmesi gerekir” (HGK 27.5.1985 E. 11-307 K. 130) (Eriş, 1075); “Başkasına ait ad, unvan, marka ve işaret vasıtalarını kullanmak veya iltibasa meydan veren malları durumu bilerek veya bilmeyerek sayıya arz etmek de, haksız rekabettir” (11. HD 21.10.1986 E. 4853 K. 5465) (Eriş, 1081); “Her iki tarafın kullandığı tescilli markalarını taşıyan ürünlerin ambalajları renk, desen ve kompozisyon olarak vasat bir insanı yanıltacak biçimde ise, bu durum iltibas oluşturur ve haksız rekabete neden olur” (11. HD 22.6.1989 E. 2714 K. 2397) (Eriş, 1082); “Hasır sözcüğü ile Hasırlı Restaurant veya Hasırlı Bahçe sözcüklerinde iltibas söz konusu olur” (11. HD 15.4.1999 E. 517 K. 2878) (Eriş, 1089); “İltibas, orta düzeydeki alıcılara göre değerlendirilmelidir” (11. HD 16.1.2001 E. 8727 K. 154) (Eriş, 1093).

³⁹ Aynı kavram MarkKHK’de kullanılmıştır.

⁴⁰ Dönmez, İ., *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, s. 137 vd.

⁴¹ Arkan, 303.

⁴² Gerekçe 417.

⁴³ Gerekçe 417.

⁴⁴ Gerekçe 418.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi bkz., Göle, 167 vd.

⁴⁶ Gerekçe 419.

şılaştırmalı reklam kuralı olarak hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olan, nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı reklamdır. Karşılaştırma konuları, kişiler, mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatlardır. Dürüstlük kuralına aykırı olan karşılaştırmada beyanların, açıklamaların, ele alınan karşılaştırma unsurlarının doğru olmaması, yani yanlış⁴⁷ veya yanıltıcı olması ya da rakibin ününü veya ürünlerinin sömürmesi, yanlış takdim edilmesi, tanıtılması, üstün yanlarının saklanmasıdır. Abartılı reklamın yanlış sayılıp sayılmayacağını mahkeme somut olayın niteliklerine göre belirleyecektir. Karşılaştırmalı reklamlarda görüş açıklamaları da, somut olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

Reklamın yanıltıcı olup olmadığını tespit için ölçü olarak, ortalama tüketicinin kanaati esas alınacaktır. Reklam sebebiyle, ortalama tüketicide ürün veya mal veyahut faaliyet yanlış anlamalar, zanlar ya da algılamalar sözkonusu ise, bu tür reklamlar yanıltıcıdır.⁴⁸ Reklamlarda rakibin kendisinde, mallarına, iş ürünlerine, faaliyetlerine, tanınmışlığına gereksiz yere vererek yararlanmak, bunları karşılaştırmalı reklamlar da gereksiz kullanmak, dürüstlük ilkesine aykırıdır.⁴⁹ Karşılaştırmalı reklamlar tüketicileri, tüketim malları ve hizmetleri ile aydınlatarak onları bilinçli bir seçim yapabilmelerine hizmet eder.⁵⁰ Fiyatlar da karşılaştırmalı reklamın konusunu oluşturabilir.⁵¹

Tasarı m. 55/I-a-6 düzenlemesine göre, seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak; şu kadar ki satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur. Burada kastedilen, bazı malların seçilmesi,

⁴⁷ Yanlış karşılaştırmalı reklam, dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konulduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan reklam demektir (Gerekçe 418).

⁴⁸ Gerekçe 419.

⁴⁹ Gerekçe 419

⁵⁰ Göle, 85 vd.; Benzer görüş sahibi, Moroğlu'ya göre, "karşılaştırmalı reklam tüketicileri bilgilendirip, tercihlerini doğru kullanmalarını sağlar" (Moroğlu, E., Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XI, s. 12.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Arkan, S., Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Batider, 2001, C. XXI, S. 1, s. 21 vd.

onların fiyatının tedarik fiyatının altında göstermelik (mostra) olarak satışa sunulması, böylece tüketicinin aldatılmasıdır.⁵² Burada dürüstlüğe aykırı olan husus, sunulan malın “mostra” rolü oynaması, yani kalitesi ve tedarik fiyatı ile seçilmiş mallara hatta miktara özgülenmiş bulunmasıdır.⁵³ Gerçekte sunanın malı, mostranın kalitesi düzeyinde değildir veya mostrayı gösterenin elinde mostranın kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı varsa daha yüksek fiyatla satmakta veya satmayı amaçlamaktadır.⁵⁴ Tasarı burada, yanılmanın hangi hallerde varlığının karine olarak kabul edileceğini de göstermiştir. Bunun için reklamı yapılan fiyatın aynı çeşit malların (iş ürünlerinin veya faaliyetinin) benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının (malın satıcıya mal olma fiyatı) altında olması gerekir.⁵⁵ Reklam bazı hallerde alıcıları, rakiplerin yeteneği hakkında yanıtlanabilir. Bir başka deyişle, reklam, rakiplerin kapasitesine ilişkin olarak alıcılarda hatalı algılamaya sebebiyet verebilir. Tüm bu hususlar yanıltıcı olarak mütalaa edilecektir.

Tasarı m. 55/I-a-7 düzenlemesine göre, müşteriye ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet hali teşkil eder. Bir başka deyişle, satıcını, müşteriye bir takım hediyeler, primler gibi avantajlar taahhüt ederek ya da vererek veyahut tanıyarak onları malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürmeden, yöneltmesidir.⁵⁶

Tasarı m. 55/I-a-8 düzenlemesine göre, müşterinin karar verme özgürlüğünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlanması, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet hali teşkil eder. Bu düzenlemeye göre, saldırgan satış yöntemleri, şayet müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırıyor, haksız rekabet durumu söz konusu olur. Dolayısıyla buraya saldırgan reklamlar ve müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlamayan saldırgan satış yöntemleri girmeyecektir.⁵⁷

Tasarı m. 55/I-a-9 düzenlemesine göre, malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yarar-

⁵² Gerekeç 419.

⁵³ Gerekeç 419.

⁵⁴ Gerekeç 419.

⁵⁵ Gerekeç 419.

⁵⁶ Bu bent dürüstlüğe aykırı iki eylem içermektedir:

1. Müşterinin karar verme özgürlüğü yanılma ile etkilenmektedir.

2. Malın değeri armağanlar, bedelsiz verilen mallarla saklanmakta, müşteri düşünmekten saptırılmaktadır (Gerekeç 420).

⁵⁷ Saldırgan reklamlar genel hükümlerin kapsamı içerisindedir. Saldırgan satış yönteminde önemli olan muhabatın köşeye sıkışmasıdır (Gerekeç 420).

larını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye yanıltmak dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet teşkil eder. Burada, malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizleyerek müşterinin yanlış tercih yapması sağlanmaktadır.

Tasarı m. 55/I-a-10 düzenlemesine göre, taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet hali olarak kabul edilmiştir. 11. bentte göre ise, tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak halleri, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabettir. 12. bentte göre, işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet teşkil eder. Bu üç bent ile, tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form örneklerinde, ilan ve reklamlarda kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadeler, lafızlarla tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

b. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelmek

Tasarı m. 55/I-b düzenlemesine göre, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek hali olarak kabul edilen dört hal, haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Bu düzenleme ile, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin dışından gelen eylemlerle sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltilmesi, haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. 6762 sayılı kanunda bu tür bir düzenleme bulunmamaktadır. Tasarı m. 55/I-b-1 düzenlemesine göre, *“onlarla kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranışa yönlendirmek”* haksız rekabettir. Buna göre, sözleşme yönünden üçüncü kişinin, sözleşmenin tarafını, yani müşteriye kendisiyle sözleşme yapsın diye sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmesi haksız rekabet olarak kabul edilir. Bu eylem zaten BK m. 41/II kapsamında haksız

fiildir.⁵⁸ Tasarı m. 55/I-b-2 düzenlemesine göre, üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak, haksız rekabettir. Bu bent, birinci bentte yer alan düzenlemeyle, aynı düşünceye dayanmakta ve onun işçiler, vekiller, yardımcı kişilerle gerçekleştirilmesi halini haksız rekabet olarak kabul etmektedir. Tasarı m. 55/I-b-3 düzenlemesine göre, işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmekte haksız rekabettir. Bu düzenleme 6762 sayılı kanununun 57. maddesinin 7 nolu bendinin aynısıdır. Tasarı m. 55/I-b-4 düzenlemesine göre, onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek, haksız rekabettir.

c. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Faydalanma

Tasarı m. 55/I-c düzenlemesine göre, başkasının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma haline örnek olarak gösterilen üç hal, haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir.⁵⁹ Bu düzenleme hukuk sistemimize yeni girmiş olup, fikri ve sınai hakları korumak için öngörülmemiştir.⁶⁰ Bu düzenleme daha ziyade, hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz faydalanmayı içerir.⁶¹ Bir başka deyişle, bu düzenleme başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimlerinden haksız faydalanmayı önlemeyi amaçlar. Bu bentte bu tür uygulamalara örnek olarak üç durum ortaya konulmuştur. Tasarı m. 55/I-c-1 düzenlemesine göre, kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz olarak yararlanma, Tasarı m. 55/I-c-2 düzenlemesine göre, üçüncü

⁵⁸ Bu düzenlemeye karşılık olarak Tasarı BK m. 49/II gelmekte olup, düzenlemeye göre, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

⁵⁹ "Davacının bilgisayarlarına kodlamış olduğu anlaşılabilir renk kotlarının, bir başkası tarafından kullanılması haksız rekabet oluşturur" (11. HD 25.6.2002 E. 3880 K. 6573) (Eriş, 1097).

⁶⁰ Gerekeç 422.

⁶¹ "Davacının imal ettiği çadırların reklamına ilişkin resimleri, davalı kamping sahibi iş yeriyle ilgili broşürlere aynen alırsa, bu eylem haksız rekabeti oluşturur" (11. HD 26.4.1983 E. 2205 K. 2172) (Eriş, 1079).

kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak, Tasarı m. 55/I-c-2 düzenlemesine göre, kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan faydalanma, halleri başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz faydalanma olarak kabul edilerek,⁶² dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet olduğu ifade olunmuştur.

d. Üretim ve İş Sırlarını İfşa Etmek

Tasarı m. 55/I-d düzenlemesine göre, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.⁶³ Burada hukuka aykırı bir şekilde elde edilen üretim ve iş sırlarını değerlendirilmesi veya başkalarına ifşa edilmesi haksız rekabet hali olarak kabul edilmiştir.⁶⁴ Dolayısıyla, görevi gereği bir işletmeye ait sırları öğrenen kişinin sonradan yüksek transfer ücreti alarak rakip bir firmaya geçmesi ve bu sırları orada kullanması da haksız rekabet oluşturur.⁶⁵

e. İş Şartlarına Uymamak

Tasarı m. 55/I-e düzenlemesine göre, iş şartlarına uymamak,⁶⁶ özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar⁶⁷

⁶² “Herhangi bir kitabın izinsiz çoğaltılarak satılması haksız rekabeti oluşturur. Eğer bu çoğaltma eylemi sabit değilse, haksız rekabetin varlığı iddiası ile açılan davanın reddi gerekir” (11. HD 29.4.1991 E. 957 K. 2654) (Eriş, 1086).

⁶³ “Kötü niyetle elde edilen bilgilerden haksız yere yararlanma haksız rekabettir” (11. HD 6.11.1981 E. 3868 K. 4664) (Eriş, 1078).

⁶⁴ SPK m. 47/A 1. maddesinde, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitsizliğini bozacak şekilde maddi çıkar sağlamak veya bir zararı önlemek şeklinde tarif edilen içerden öğrenenlerin ticareti (insider training) de haksız rekabet teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz., Turanboy, A., Insider Muameleleri, Ankara 1990, s. 213 vd.

⁶⁵ İmregün, O., Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s. 117.

⁶⁶ “Yetkili merciden izin almak zorunluluğu mevcut iken, bu kurala uymadan iş yeri açmak haksız rekabete neden olur” (11. HD 25.6.1990 E. 4644 K. 5063) (Eriş, 1082).

⁶⁷ “İl Trafik Komisyonu tarafından, davacının taşıma yapacağı belirlenen güzergahta, davalının yolcu indirip bindirme hakkı olmamasına rağmen, yolcu alması hali, TK. 57 vd. maddelerine göre haksız rekabettir” (11. HD 10.3.2003 E. 9860 K. 2067) (Eriş,

dürüstlüğe aykırı davranmış olur. Bu düzenleme 6762 sayılı kanunun 57. maddesinin 10. bendi ile paraleldir.

f. Dürüstlük Kurallarına Aykırı İşlem Şartları Kullanmak

Tasarı m. 55/I-f düzenlemesine göre, dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yolu ile uygulanacak yasal düzenlemeden önemli derecede ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olurlar, dolayısıyla yapmış oldukları bu tür eylemler haksız rekabet olarak kabul edilir. Bu düzenleme ile genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme hukuk sistemimize ilk olarak girmiştir.

II. Hukuki Sorumluluk

A. Açılabilir Davalar ve Davanın Tarafları

Tasarı m. 56 düzenlemesi, haksız rekabetten dolayı zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimsenin başvurabileceği hukuki yolları açıklamaktadır. Bir başka deyişle, haksız rekabet, hukuki ve cezai müeyyidelerle önlenmek istenmiştir. Tasarı düzenlemesine karşılık gelen, 6762 sayılı kanunun 58. maddesi bazı değişikliklerle aynen korunmuştur. 6762 sayılı kanunda yer alan, bir anlamı ve anılmaya değer yararı olmayan, *“kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açma hakkını haiz oldukları takdirde”* cümlesi tasarıya alınmamış, buna karşılık, tüketicilerin iktisadi menfaatlerini koruyan örgütlere dava açma hakkı tanınmıştır.⁶⁸

1. Çeşitli Davalar

Hukuki müeyyidelerden; eylemin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men’i davası, haksız rekabetin sonucu doğan maddi durumun ortadan kaldırılması⁶⁹ ve haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı

1100).

⁶⁸ Gerekçe 422.

⁶⁹ “Maddi durumun ortadan kaldırılması, tüpler üzerindeki tanıtma işaretlerinin silinmesidir. Davalıdaki gaz tüplerinin rayiç bedel karşılığında iadeleri gerekir” (11. HD 22.4.1991 E. 1127 K. 2386) (Eriş, 1110); “Haksız rekabete konu olan malzemenin imhasına karar verilmiş ise, bu kararı timsah resimli etiketin imhası olarak yorumla-

beyanlarla yapılmışsa, bu beyanların düzeltilmesi davası, kusur söz konusu ise,⁷⁰ zarar ve ziyanın tazmini davası, BKm.49'da gösterilen koşullar⁷¹ varsa manevi tazminat davası olarak sayılabilir.⁷²

Zarar ve ziyanın tazmini davasında,⁷³ istem halinde davacı yara-

mak gerekir" (11. HD 14.5.1991 E. 6285 K. 2991) (Eriş, 1110); "Davacıya ait gaz tüpleri davalı iş yerinde bulunursa, bu eylem haksız rekabettir" (11. HD 23.9.1991 E. 3027 K. 4718) (Eriş, 1111).

⁷⁰ "Kusur saptanmadan, sadece haksız rekabetin varlığından söz edilerek tazminata karar verilemez" (11. HD 3.11.1988 E. 7315 K. 6357) (Eriş, 1108).

⁷¹ Tasarı Borçlar Kanunu m. 72, bu düzenlemeye karşılık gelmekte olup, kanun kenar başlığında kullanılan ifade, Tasarı da, "Manevi Tazminat/1. Kişilik hakkının zedelenmesi halinde" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla eklenen ikinci fıkrası gereksiz görülerek, Tasarının 72. maddesine alınmamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43. ve Tasarının 67. maddeleri uyarınca, hakim tazminat miktarını belirlerken, "hal ve mevkiin icabını/durumun gereğini" yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevi kişilik değerlerinde neden olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, Tasarının 72. maddesinde, hakim manevi tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.

⁷² "Taklit malı bilerek sattığı anlaşılmayan satıcıdan, manevi tazminat istenemez" (11. HD 8.12.1986 E. 5905 K. 6610) (Eriş, 1103); "Bir kimse kullandığı ilan ve reklamlarda, müşterilerin göz, kulak ve zihinlerde oluşturduğu etki bakımından kolaylıkla başkalarıyla bağ kurulmasına yol açabilecek nitelikte olması ve ticari teamülün kabul ettiği toleransın aşılması halinde haksız rekabet olur ve manevi tazminatı gerektirir" (11. HD 21.9.2000 E. 5974 K. 6915) (Eriş, 1114).

⁷³ "Davacı, davalının haksız rekabeti nedeniyle tazminat istemiştir. Somut olay bakımından, davalının imalatı olmasa idi, davacının ne kadar çiklet satabileceğinin ve davalının imal ettiği süre de göz önüne alınarak saptanması ve fiilen sattığı tutar arasındaki farkın davacı zararı olarak kabulü gerekir" (11. HD 27.10.1988 E. 3149 K. 6162) (Eriş, 1107); "Haksız rekabet tespit edilmiş ise, maddi zararın hesabında, davalının haksız rekabet sonucu da elde ettiği veya elde etmesi mümkün görülen gelirlerin karşılığı da göz önüne alınmalıdır. Haksız rekabetin belirlenmesi sonucunda manevi tazminat istenebilir. Davalı tacirin basiretli davranmasının doğal sonucu, davacı ticari zarara uğraması veya bu tehlikenin varlığı ve hukuka aykırılık nedeniyle, manevi tazminata da karar vermek gerekir" (11. HD 19.3.2001 E. 44 K. 2072) (Eriş, 1117); "Haksız rekabette, zararın davacı tarafça kanıtlanması gerekir. Bu zararın kanıtlanmasının güçlüğü karşısında, davalının haksız rekabet sonucu elde etmesi mümkün bulunan menfaatin karşılığı da göz önüne alınabilir. Davacı genel bir istem de bulunarak zararın tazminini istemiş ise, davacı tarafa, zararın ne şekilde doğduğu ve bunun delilleri istenmeli ve gerektiğinde davacı defterleri zararın kanıtlanmasına yeterli görülmezse, bilirkişi veya bilirkişilerden rapor alınması gerekir. Davalı defterlerine dayanılmışsa, bu defterler istenerek incelenmeli ve defter ibrazından kaçınılır veya defterler ile tespit edilmezse, yemin ile uyuşmazlığın çözümlenmesi

rına, haksız rekabet sonucunda davalının elde etme imkanı bulunan menfaatin karşılığı dahi karara bağlanabilir.⁷⁴

2. Davacılar

Haksız rekabet⁷⁵ davalarının tamamını, zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler açabilirler.⁷⁶ Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin iktisadi menfaatlerini koruyan örgütler ise, yalnızca tespit, men ve düzeltme davalarını açabilirler.

Haksız rekabet sonucunda mahkemece verilen karar taraflar yönünden kesin hüküm teşkil eder. Haksız rekabet yönünden verilen karar, haksız rekabete konu olan malları, doğrudan veya dolaylı olarak ondan

gerekir" (11. HD 26.9.2002 E. 4946 K. 8176) (Eriş, 1119).

⁷⁴ "Davacının zararı tam olarak saptanamazsa, haksız rekabet sonucunda elde edilmesi olanaklı görülen yarar karşılığına karar verilebilir" (11. HD 6.3.1987 E. 1095 K. 1277) (Eriş, 1103); "Davacı zararını ispat edemezse, davalının elde ettiği veya etmesi olanaklı bulunan gelire de karar verilebilir" (11. HD 23.3.1987 E. 8014 K. 1663) (Eriş, 1103); "Haksız rekabet davası, davalının bulunduğu yer mahkemesinde açılacağı gibi, haksız fiilin yapıldığı yerde de açılabilir. Eğer, haksız fiil henüz gerçekleşmemişse, dava sadece davalının bulunduğu yerde açılır" (11. HD 28.4.1987 E. 394 K. 2569) (Eriş, 1103); "Haksız rekabette, davacının maddi tazminat istemi sebebiyle uğradığı zarar, davalının elde ettiği kar miktarı olmayıp, davalının haksız rekabeti nedeniyle, davacının elde etmekten mahrum kaldığı kar miktarıdır. Davacı zararı buna rağmen belirlenemez ise, istek halinde davalının elde etmesi mümkün bulunan menfaatin karşılığına karar vermek gerekir" (11. HD 12.3.2001 E. 10825 K. 1872) (Eriş, 1116).

⁷⁵ "Haksız rekabete ilişkin tazminat davasında, taraf defterlerinden yardımcı defterler de dahil tüm defterler incelenerek bir karar verilmelidir. Haksız rekabetten kaynaklanan tazminat davaları bir yıllık zamanaşımına tabidir" (11. HD 16.9.1988 E. 5219 K. 5008) (Eriş, 1106); "Haksız rekabete ilişkin eylemler TK. m. 64'de öngörüldüğü üzere suç ise, bu eylemler sonucu zarar görenlerin açacağı tazminat davalarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu süre için oluşan zararın tamamı tazminat olarak istenebilir" (11. HD 19.10.2000 E. 8070 K. 7972) (Eriş, 1115); "Haksız rekabet sabit ise, davalı da bulunan süt şişeleri ile plastik kapların dava tarihindeki piyasa değeri karşılığında, davacıya iadesine karar vermek gerekir" (11. HD 27.6.1989 E. 6404 K. 3960) (Eriş, 1108); "Haksız rekabete ilişkin kararın infazı, yani yerine getirilebilmesi için hangi model ve oyuncakların men edildiğinin, bunlara numara verilme suretiyle açık ve kesin olarak kararda gösterilmesi gerekir. Oyuncakların imalinde kullanılan kalıpların da men ve toplatılması istendiğine göre, bunlar hakkında da gerekli kararın verilmemesi usule aykırıdır" (11. HD 16.10.1990 E. 3183 K. 6596) (Eriş, 1109); "Haksız rekabet davası kabul edildiğine göre, davalının imal ettiği ve elinde kalan mallardaki markaların silinmesine de karar vermek gerekir" (11. HD 26.11.1990 E. 7324 K. 7360) (Eriş, 1109).

⁷⁶ Ayhan, R. , *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1992, s. 199 vd.

ticari amaçla elde etmiş olan üçüncü kişiler hakkında da uygulanır. Bir başka deyişle, bu malları kendi kişisel gereksinimleri için elinde bulunduranlara bu kural uygulanmayacaktır.⁷⁷

3. Davalılar

Tasarı m. 57 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 58. maddesine karşılık gelmekte olup, herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Buna göre, haksız rekabet fiili, hizmet veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa; eylemin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin menı ve haksız rekabetin sonucu doğan maddi durumun ortadan kaldırılması ve haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi davaları, istihdam edenlere karşı da açılabilir. Bir başka deyişle burada haksız rekabette istihdam edenin sorumluluğu kabul edilmiştir. İstihdam eden açılan bu davalarda, BK m. 55'deki⁷⁸ kurtuluş beyyinesinden faydalanamaz.⁷⁹ Zira çalışanlar ve işçiler aleyhine açılan bu davalarda, adı geçenlerin kusurlu olmalarına gerek yoktur.⁸⁰ Haksız rekabetin kusura dayanmadığı hallerde, failin malvarlığında meydana gelen artışın iadesi için Ticaret Kanunu 58/I'e dayanılamaz.⁸¹

Maddi ve manevi tazminat davalarında ise, istihdam eden Borçlar Kanununa göre sorumlu olur. Bu nedenle istihdam eden, BK m. 55'de öngörülen kurtuluş beyyinesini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁸²

⁷⁷ "Durumu bilmeyerek elinde bulundurana karşı dava açılabilmesi, haksız rekabetin iyi niyete dayanan bir düzenlemeye tabi olması genel kuralına aykırılık teşkil etmektedir (Karayalçın, Y., *Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari İşletme*, Ankara 1968, s. 460 vd).

⁷⁸ Tasarı Borçlar Kanunu m. 61 düzenlemesi, BK m. 55 düzenlemesine karşılık gelmekte olup, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre; "adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir" (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s. 242).

⁷⁹ Karayalçın, 479.

⁸⁰ Karayalçın, 474.

⁸¹ Ayhan, R., *Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi*, Konya 1990, s. 44 vd.

⁸² Karayalçın, 474.

Tasarı m. 58 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 60. maddesinin değiştirilmiş şekliyle ibarettir. Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ilerde gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmesi halinde, tespit, men ve haksız rekabet sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına ve düzeltilmesine ilişkin davalar, ancak basında yayınlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülünenin; ses olarak yayınlanın veya herhangi bir şekilde iletenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir. Ancak, yazı veya ilân, yazı sahibinin yahut ilân verenin haberi olmaksızın ya da rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa; yazı sahibi veya ilân verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılrsa; başka sebepler yüzünden yazı sahibi veya ilân verenin meydana çıkarılması veya aleyhlerine bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa; bu davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servis şefi, bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir. Maddi ve manevi tazminat davalarına ilişkin hususlarda, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

B. Kararın İlânı

Tasarı m. 59, 6762 sayılı kanunun 61. maddesinin tekrarından ibarettir. Buna göre, davayı kazanan taraf isterse, mahkeme tüm giderleri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilir.⁸³ Bu ilanun biçim ve kapsamı mahkeme kararında ayrıntılı olarak gösterilmelidir.⁸⁴ Uygulamada bazen

⁸³ "TTK'nın 58. maddesinde öngörülen tüm davalarda ilana yer verilir" (TD 26.10.1970 E. 4723 K. 3947) (Eriş, 1124); "İlan gideri, davada haksız çıkana yüklenir" (11. HD 29.3.1979 E. 911 K. 1649) (Eriş, 1124); "Haksız rekabete ilişkin kararın kesinleşmesinden sonraki gazete ilanı birden çok olabilir" (11. HD 17.9.1990 E. 5239 K. 5523) (Eriş, 1126); "Haksız rekabet davasına neden olan taklit markalı tişörtler üzerlerindeki markalar sökülürse, bu tişörtler bu biçimde satışına izin verilebilir. Eğer markalar sökülmezse, tişörtlerin imhasına karar verilmelidir" (11. HD 4.3.1991 E. 141 K. 1477) (Eriş, 1126); "İlan için giderlerin kim tarafından karşılanacağı ve tutarı da gösterilerek karara bağlanmalıdır. Eğer ilan giderleri gösterilmezse, bu eksiklik bozma nedeni olmaz" (11. HD 1.4.1991 E. 924 K. 2341) (Eriş, 1126); "İstem varsa, maddi durumun ortadan kaldırılmasına karar verilir. Karar özeti, giderleri davalıdan alınarak ilanı yapar" (11. HD 23.5.1991 E. 1579 K. 3414) (Eriş, 1126).

⁸⁴ "Gazete ile ilanun biçim ve kapsamını hakim tayin eder" (11. HD 11.6.1991 E. 8954 K. 3909) (Eriş, 1126); "Haksız rekabet davasını kazanan davacının istemi olmadan, ilan yapılmasına karar verilemez" (11. HD 18.2.1992 E. 4377 K. 1874) (Eriş, 1127).

mahkeme kararının tamamının ilanına karar verilmektedir. Böyle bir ilan amacı aşmaktadır. Mahkeme kararının tümü değil, amaca uygun biçimde yapılacak özetinin ilanı gerekir.⁸⁵

C. Zamanaşımı

Tasarı m. 60 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 56. maddesinin tekrarından ibaret olup, tek değişiklik Türk Ceza Kanunu'ndaki zama-
naşımının dava zamaşımı olduğunun belirtilmesidir. Bu düzenleme
ile uygulamadaki bir tereddüt giderilmiştir.⁸⁶

Haksız rekabette dava açmaya hakkı olan kimseler, dava hakkının
doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde bunların do-
ğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamaşımına uğrar. Haksız rekabet
devam ettiği takdirde, haksız rekabette zamaşımı cereyan etmez.⁸⁷
Çünkü, haksız rekabet eylemi devam etmekte ve her gün için yeniden
dava hakkı doğmaktadır. Bu nedenle, haksız rekabette zamaşımı, hak-
sız rekabetin başladığı tarih değil, sona ermişse, bu sona erme tarihinden
itibaren zamaşımı başlar ve zamaşımı süresinin tayini de buna
göre yapılmak gerekir. Haksız rekabet devam ettiği sürece zamaşımı
süreleri işlemez. Zira haksız rekabet eylemi devam etmekte ve her gün
için yeniden dava hakkı doğmaktadır.⁸⁸ Haksız rekabet davasının çok
uzun zaman sonra açılması hakkın kötüye kullanılmasıdır.⁸⁹

Haksız rekabet haksız bir eylem olup, suç unsuru ihtiva edebilir.
Böyle bir durumda, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
gereğince daha uzun bir zamaşımı süresine tabi olan ve cezayı ge-
rektiren bir haksız rekabet fiili söz konusu ise, bu süre hukuk davaları
için de geçerli olur.⁹⁰

⁸⁵ Eriş, 1124.

⁸⁶ Gerekçe 422.

⁸⁷ "Haksız rekabet devam etmekte iken, bunun önlenmesini hedef tutan davada za-
manaşımının işlemesi söz konusu olmaz" (TD 28.5.1964 E. 5640 K. 1938) (Eriş, 1127);
"Temadi eden haksız rekabetlerde bu zamaşımı her gün yeniden işlemeye başlar"
(11. HD 6.4.1987 E. 193 K. 1967) (Eriş, 1127).

⁸⁸ Poroy/Yasaman 293.

⁸⁹ Sungurbey, İ., Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi
Davaları, *Yasa Hukuk Dergisi*, C. IV, S. 4, s. 472.; HGK, 1966 T., E. 485, K. 130 (Batider,
C. V, 1970, s. 603).

⁹⁰ "Ceza yasalarına göre, daha uzun bir zamaşımı süresine tabi olan cezayı müstelzim
bir fiilin işlenmesi halinde, bu süre hukuk davaları hakkında da geçerli olur" (11.
HD 17.2.1984 E. 594 K. 825) (Eriş, 1127).

D. İhtiyatî Tedbirler

Tasarı m. 61, 6762 sayılı kanunun 63 maddesinden aynen alınmıştır. Buna göre, haksız rekabette dava açma hakkına sahip olan kimse, mahkemeden mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, Tasarının 56. maddesinin birinci fıkrasının b ve c bentlerinde yazılı olduğu şekilde, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin menine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine, gümrüklerde el koyma ve gerekli diğer önlemlerin alınmasına, ihtiyati tedbir olarak karar verilmesini isteyebilir.⁹¹

İhtiyati tedbir kararı⁹² aldıktan sonra on gün içinde asıl davanın açılması gerekir. Aksi halde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkmış sayılır (HUMK m. 9). İhtiyati tedbir kararı alınarak görülen haksız rekabete ilişkin davada davanın reddi halinde, ihtiyati tedbir kararının da kaldırılması gerekir. Davanın kabulü halinde, hükmün yerine getirilmesinin sağlanması bakımından, ihtiyati tedbirin devamına, hükmün kesinleşmesine veya ondan da ileri bir tarihe kadar ihtiyati tedbirin devanına karar verir.

III. Cezai Sorumluluk

A. Cezayı Gerektiren Fiiller

Tasarı m. 62 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 64. maddesine karşılık gelmekte olup, yeni Türk Ceza Kanunu'nun cezalar sistemine uydurulmuştur.

Tasarı m. 66/I fıkrasının a bendine göre, 55. maddede yazılı haksız rekabet fiillerini kasten işleyenler için ceza hükmü öngörülmüştür.⁹³

⁹¹ "Mahkemece, haksız rekabete ilişkin olarak, toplatılmaya karar verildiği anlaşılmasına göre, bu karar ihtiyati tedbir olmayıp, bir ilamdır. Borçluya, yani davalıya icra emri gönderilmeksizin, bu kararın infazı mümkün değildir" (12. HD 18.3.1992 E. 4857 K. 2921) (Eriş, 1129); "Haksız rekabette, haksız rekabete konu olan ve el konulan malların bedeli karşılığında, davacıya verilmesine karar verilir" (11. HD 6.10.2003 E. 2585 K. 8782) (Eriş, 1130).

⁹² İhtiyati tedbir kararı en çabuk ve en az giderle ve en az emekle nerede yapılabilirse, o mahkemeden istenebilir. İhtiyati tedbir kararları nihai karar olmadığı için temyiz yoluna başvurulamaz. Fakat tedbir kararları esas hükümlerle birlikte temyiz edilebilir. Haksız alındığı anlaşılan ihtiyati tedbir kararı sonucunda, diğer tarafın tazminat istemek hakkı vardır. Burada kusursuz sorumluluk vardır.

⁹³ "Bayii olduğu dolmuş tesislerinde, başka markalı tüpleri doldurtup satışa arz etmek TTK m. 64/I-5'e giren bir suçtur" (7. CD. 7.3.1991 E. 10957 K. 2534) (Eriş, 1131); "Müdahil firmanın bayii olmadığı halde, ona ait markayı taşıyan gaz tüplerine LPG gazı doldurarak veya başkalarınınca doldurulmuş bu tür tüpleri satışa arz etmek eylemi

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca, sadece 55. maddede yer alan bentlerde “*özellikle*” ibaresinden sonra sayılan fiillerin işlenmesi halinde ceza söz konusu olabilecek, maddede doğrudan sayılmayan ancak haksız fiil oluşturulabilecek diğer hallerde ise, ceza verilmeyecektir.

Tasarı m. 62/I fıkrasının b bendine göre, kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticarî faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler; c bendine göre, müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar; d bendine göre, istihdam edenler veya müvekkillerden, işçilerinin veya müstahdemlerinin ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler; 56. madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin⁹⁴ şikayeti üzerine ceza mahkemesince adli para cezasıyla veya bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla yahut her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar. Haksız rekabetin işlendiği yer asliye ceza mahkemesine haksız rekabeti yapan kişi, yani fail hakkında bir şikayet dilekçesi vererek, kişisel dava açılabilir.

Haksız rekabetin men’i hakkındaki kesinleşmiş karara rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya önemsiz değişikliklerle devam eden kimse, altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu halde şikayet şartı aranmaz. Haksız rekabet fiilini aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimseyi her nasılsa öğrenen yerel Cumhuriyet Başsavcısı re’sen yani şikayet dilekçesi olmadan fail hakkında iddianame ile fiilin işlendiği asliye ceza mahkemesinde kamu davası açar.

TTK m. 64/I-5 öngörülen cezayı gerektiren bir suçtur” (7. CD. 10.7.2000 E. 8399 K. 2738) (Eriş, 1132); “Saniğin eylemi, bayii olmadığı firmalara ait boş gaz tüplerine, kendi firmasının dolum tesisinde, LPG gazı doldurmaktan ibarettir. Bu eylem, TTK m. 57/5’de belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu aynı Yasanın 64/1-5 maddesine uyan bir suçtur” (7. CD. 10.7.2000 E. 9507 K. 10382) (Eriş, 1132).

⁹⁴ Tasarı m. 56/I düzenlemesine göre, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler bu madde kapsamındaki tüm davaları; ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkrada belirtilen tespit, men ve düzeltme davaları açabilirler.

B. Tüzel Kişilerin Cezaî Sorumluluğu

Tasarı m. 63 düzenlemesi, 6762 sayılı kanunun 65. maddesinden alınmıştır. Buna göre, haksız rekabet eylemi aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, tüzel kişi adına hareket eden kişi veya kişiler suç işlemiş olurlar. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, kişi ortaklıklarından kolektif şirketlerde sözleşmede aksi düzenlenmemişse ortakların tümü, şirketi temsil ederler. Bu kurul ve kişiler de haksız rekabette bulunarak bir suç işlemiş olabilirler.⁹⁵ Dolayısıyla, bunlar hakkında da tasarı hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç

Haksız rekabet hallerine Türk hukukunda ikili bir düzenlemenin uygulanması ve mahkeme kararlarında ticari nitelik arz etmeyen davalara Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması, sorunların çözümünü zorlaştırmaktadır. Bu sebeple yeni bir düzenleme olarak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın hazırlanması ve Avrupa Birliği düzenlemelerine yer vermesi önemli bir gelişmedir.

Tasarının haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinde, Avrupa Birliği direktiflerine yer verilmesi, ilerde çıkması muhtemel birçok sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde, tüketicilere ve aldatici reklamlara yer verilmesi, önemli bir gelişmedir. Reklamlara ilişkin genel kabul gören ilkelere, reklamların doğru olması, yanıltıcı olmaması gibi ilkelere uyulmaması halinde, haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Haksız rekabet ile ilgili diğer önemli husus, rekabetin sınırlandırılmasıdır.⁹⁶ Bu sınırlandırmanın temel nedeni, ekonomik gücün merkezileşmesidir.⁹⁷ Ekonomik gücün merkezileşmesi süreci, büyük işletme ve teşebbüslerin sayılarının hızla arttığı, küçük işletme ve teşebbüslerin ya ortadan kalktığı ya da büyük teşebbüslere bağlı hale geldiği bir süreçtir. Bu süreç içinde, büyük işletme ve teşebbüslerin pazar payı, küçük ve orta işletmelerin zararına olarak giderek artmaktadır. Sonuç olarak, merkezi ekonomik güç giderek büyümekte ve dolayısıyla da serbest rekabet düzeni ile bağdaşmayan rekabet sınırlamalarının doğmasına sebebiyet vermektedir.⁹⁸

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Yarsuvat, D., *Tüzel Kişilerin Cezaî Sorumluluğu*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1992, s. 889 vd.

⁹⁶ Karahan, S., *Ticari İşletme Hukuku*, B. 6, Konya 1997, s. 179.

⁹⁷ Özsunay, E., *Kartel Hukuku*, İstanbul 1985, s. 4.

⁹⁸ Özsunay, 5.

Rekabetin korunması için bütün ülkelerde ilave önlemler alınmaktadır. Örneğin bu durum ABD’de anti-tröst düzenlemeleri ile sağlanırken AB’de mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve monopol düzenlemeleri ile sağlanmıştır. Rekabet olgusu, bir yandan rekabetin yapılması yönünde kanuni düzenlemeler ile diğer taraftan rekabetin kötüye kullanılmaması için yapılan düzenlemelerle korunmaktadır. TBMM’ye sevk edilen Tasarı Ticaret Kanunu ile haksız rekabete ilişkin olarak yapılmak istenen değişiklikler bu kapsamda değerlendirilebilir.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1088

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-1088

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

İFTİRA SUÇU

Akif Yıldırım *

Giriş

Günlük yaşamda, “adını lekeleme, çamur atma, atıp tutma” anlamlarına gelen iftira ceza hukuku bakımından ise; bir kişinin işlemediğini bildiği halde bir kimse hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla hukuka aykırı bir fiil isnat etmesidir.¹

İftira suçu; 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 285. maddesinde düzenlenmişti. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu bu suça 267. maddesinde yer vermiştir. Eski kanun döneminde “adliye aleyhine cürümler” başlıklı dördüncü babın üçüncü faslında yer verilen bu suç, yeni yasada ikinci kitabın, dördüncü kısmın, ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Yeni kanun cürüm- kabahat ayrımını kaldırdığı için bu bölümün başlığı “adliyeye karşı suçlar”dır. İşlediği bir suç nedeniyle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimlik bilgilerini kullanan kimse iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılacağını düzenleyen hüküm (5237 SK m. 268) çalışmamızın konusunu oluşturmamaktadır. Yeni kanunda iftira suçu ile ilgili genel olarak iki madde bulunmaktadır İlki iftirayı düzenleyen 267. madde, ikincisi ise iftira suçuna ilişkin etkin pişmanlığı düzenleyen 269. maddedir.

Biz bu çalışmamızda ilk olarak bu suç tipinin özelliklerini, benzer suçlardan farkını ve tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verdikten sonra suçu sistematik bir şekilde unsurlarına ayırarak inceleyeceğiz. 765 sayılı kanun dönemindeki bilimsel ve mesleki kaynaklar yeni kanunun yorum-

* Av., İstanbul Barosu.

¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku özel Hükümler*, Ankara, 2005, s. 719

lanmasında ve uygulanmasında çok önemli bir yere sahip olduğundan, bu kaynaklardan çalışmamız boyunca yararlandık. Eski düzenlemeye faydalı olacağına inandığımız yönleriyle değineceğiz.

I. Ön Açıklamalar

a. Suç Tipinin Özellikleri ve Benzer Suçlardan Farkı

İftira suçunun basit hali, 5237 sayılı kanununun 267. maddesinin ilk fıkrasında; *yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*, şeklinde düzenlenmiştir. Cezayı etkileyen hallerini ilgili kısımda inceleyeceğimiz için burada iftira suçunun birtakım özelliklerini belirteceğiz. Görüldüğü üzere madde metninde iftira tanımlanmıştır. 765 sayılı kanundan farklı olarak, iftira suçunun basın ve yayın yoluyla da işlenebilmesi; sadece “suç” değil, “idari bir yaptırım gerektiren hukuka aykırı bir fiil” isnadı halinde de bu suçun işlenebilmesi; ayrıca suçun işlenmesi için “özel kast”ın gerekmesi bu suçun yeni kanunla getirilen özellikleridir.

765 sayılı kanun döneminde iftira suçu incelenirken maddi- şekli iftira ayrımı yapılmaktaydı. Şekli iftirada müfteri masum kişiye bir suçu ihbar ya da şikâyet yoluyla isnat etmekteydi. Maddi iftirada ise isnat edilen suçun delil ve emareleri uydurulmaktaydı. Eski kanun döneminde maddi iftira seçimlik bir hareketti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu maddi iftira olarak nitelendirilen bu hali, nitelikli bir hal olarak 267. maddenin ikinci fıkrasında düzenlemiştir.

İftira suçunun benzer suçlardan farkına gelince,² ilk olarak bu suç “suç üstlenme suçu”ndan farklılık gösterir. Suç üstlenme suçunda fail, gerçeğe aykırı olarak, kendisinin bir suç işlediğini veya bir suça katıldığını bildirmektedir. 5237 sayılı kanununun 270. maddesinde düzenlenen “suç üstlenme suçu” kendi kendine iftiradan başka bir şey değildir.³ Ancak bu suç, iftira suçundan farklılık gösterir, şöyle ki:

1. İftirada suç isnat eden kişi ile kendisine suç isnat edilen kişi fark-

² Benzer suçlardan farkı için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 720; Dündar, Hamit, *İftira Suçu ile Benzeri Suçlar üzerine Bir İnceleme*, AD., Y. 75, S. 2, Ankara 1984, s. 309 vd.

³ Yiğitbaş, M. Oktay, *İftira Cürmü Üzerine Bir Deneme*, AD., Y. 58, S. 11, Ankara 1967, s. 836; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 720; Dündar, *İftira*, s. 310.

lılık gösterir. İftirada kendisine suç isnat edilen kişi iftira edenden başka bir kişidir. Suç üstlenmede ise kişi kendisini işlemediği bir suçun faili ya da iştirak edeni olarak göstermektedir.

2. Suç üstlenme suçunda, adından da anlaşıldığı üzere bir “suç” üstlenilirken; iftira suçunda isnat edilen fiil “suç” dışında idari yaptırımı gerektiren “hukuka aykırı bir fiil” de olabilir.⁴

İftira suçu “suç uydurma suçu”ndan (5237 S. K. m. 271) da farklılık gösterir. Suç uydurma suçunda fail, işlenmediğini bildiği bir suçu işlenmiş gibi yetkili makamlara ihbar etmekte ya da işlenmeyen bir suçun delil ve emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak şekilde uydurmaktadır. İftira suçundan farkı ise;

1. Suç uydurma suçunda failin yetkili makamlara bildirdiği ya da soruşturma yapılmasını sağlayacak şekilde delil ve emarelerini uydurduğu fiil teknik anlamda *suçtur*. Ancak iftira suçunda yetkili makamlara bildirilen fiil “suç” olabileceği gibi idari bir yaptırım gerektiren başka hukuka aykırı bir eylem de olabilir.

2. Suç uydurma suçunu iftiradan ayıran diğer bir özellik ise, iftira suçunda hukuka aykırı fiil iftira edenden başka kimseye isnat edilmelidir. Suç uydurma suçunda ise ihbar edilen ya da delil ve emareleri uydurulan suç, başka bir kimseye isnat edilmemelidir.

3. İftira suçunda masum kişiye isnat edilen hukuka aykırı fiilin gerçekte işlenmiş olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan, o fiilin, isnat edilen kişi tarafından işlenmemesidir. Suç uydurma suçunda, delilleri uydurulan ya da yetkili makamlara ihbarda bulunulan suç, işlenmemiş olmalıdır.⁵

b. İftira Suçunun Tarihsel Gelişimi

Hukuk tarihi incelendiğinde iftiranın çok eski dönemlerden beri cezalandırılan bir fiil olduğu görülür. Eski Yunanda iftira cezalandırılan bir fiil olarak kabul edilmekte, isnadını delillerle ispatlayamayan kişinin fiili olarak anlamlandırılmaktaydı.⁶ Roma hukukunda iftira suçu, gerçeğe uygun olmayan ihbarlar dolayısıyla oluşan suçlardan sayılıyordu.⁷ MÖ yaklaşık 100 yıllarında “suç” niteliğini alan iftiranın

⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 720; Dündar, *İftira*, s. 310.

⁵ Dündar, *İftira*, s. 309.

⁶ Bayraktar, Köksal, *İftira*, İÜHF, C. XL, S. 1-4, s. 181.

⁷ Bayraktar, *İftira*, s. 181, Roma Hukukundaki tarihsel gelişimin ayrıntıları için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 721.

yaptırımını ilk başlarda sanığın alınının damgalanmasıydı. Somut cezaya bu suçu işleyenleri çarptırmalar MS 100 yıllarına rastlar ve yaptırım kısas kurallarına göre belirlenirdi.⁸

Ortaçağda gerçek olmadığı anlaşılan ihbar, iftira kabul edilmekteydi ve gerçek dışılığı anlaşılan ihbar derhal kısas kuralları uygulanarak cezalandırılıyordu.⁹ İhbarın mahkeme önünde gerçekleşmesi başta aranmazken ortaçağın son dönemlerinde bazı hukuk rejimlerinde iftiranın gerçekleşmesi için açılan davada ithamın aksinin gerçekleşmesi gerekiyordu.¹⁰

İslam hukukunda iftira, bir suçu ya da sıfatı isnat edip de iddiasını ispatlamayan kişinin eylemidir.¹¹ Osmanlı hukukunda, İslam ceza hukunun dışında padişah kanunnameleri ile bir takım eylemler yaptırıma bağlanmaktaydı. Tanzimat'tan önceki kanunnamelere bakıldığında Kanuni döneminde düzenlenen Ceza Kanunnamesinde iftira suç olarak belirtilmiştir.¹² Tanzimat'tan sonraki Kanunname ve Kanunname-i Hümayunlarda iftira suçu yer almıştır.

II. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusundan maksat, suçun ihlal ettiği hukuki varlık ya da menfaattir.¹³ İftira suçunun ihlal ettiği hukuki varlık ya da menfaatlerin tespiti bu suç açısından birçok sorunun çözümü için gerekli olduğundan ayrıca önem taşımaktadır. Örneğin ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaatin sahibi suçun mağduru (pasif süjesi) olacaktır; suçun mağduru ise suç sayısının tespitinde önem taşır. Ayrıca mağdurun rızası, şikâyeti ve ayrıca bu suçun kanundaki yerinin irdelenmesi konuları bakımından da hukuki konunun hukuki önemi vardır.¹⁴ Bu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, bazı eylemlerin bu suça vücut verip vermediğinin değerlendirilmesi bakımından da önemlidir.

İftira suçunun hukuki konusunu belirlemeye yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Suçta korunan hukuki menfaatin tespitine ilişkin bu

⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 722-723.

⁹ Bayraktar, *İftira*, s. 182.

¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 725.

¹¹ İslam hukukunda bu suçla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 727.

¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 728.

¹³ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. 65.

¹⁴ Toroslu, Nevzat, *İftira Cürümünün Hukuki Konusu*, AÜHFHD, C. XXXVII, Ankara 1982, s. 108.

görüş farklılıklarının temel nedeni iftira teşkil eden eylemin üç grup varlık veya menfaat ile çatışma halinde olmasıdır.¹⁵ Nitekim iftirada, gerçekte bağdaşmayan bir isnat olduğundan gerçeğe ilişkin bir varlık ya da menfaat, kendisine isnat edilen suç işlemediğinden bireye ait bir varlık veya menfaat ve başlatılmaması gereken soruşturma veya kovuşturma başlayacağından adliyenin idaresine ait bir varlık veya menfaat ihlal edilmektedir.¹⁶ Hukuki konuya ilişkin bu görüşlerin yeni yasa döneminde geçerliliklerini yitirdikleri elbette ki iddia edilemez. Yeni yasa, hukuki konu bakımından aşağıda da anlatılacağı üzere bazı görüşlere daha isabetli olduğu izlenimini yaratacak düzenlemeler yapmıştır; ama tartışmalara son vermemiştir. Bunun için bu görüşlerin neler olduğunun bilinmesi hususu önemini hala korumaktadır.

a. İftira Suçunun Hukuki Konusunun “Tek” Olmadığını Savunan Görüşler

Doktrinde çoğunluk, iftira suçunun hukuki konusunun birden fazla olduğunu savunmaktadır. Bu görüşte olanlar iftira suçunun adliyenin idaresine ait bir menfaatten başka, zorunlu olarak iftira edilene ait bir menfaati yani iftiraya uğrayan bireyin şerefini veya muhtemelen hürriyetini de ihlal ettiğini savunmaktadır.¹⁷ İftiranın suç haline getirilme sebebinin adliyeye ait menfaatle, bireye ait menfaatin zarara uğratılmasını önlemek olduğunu düşünmektedirler. Bu düşünceler doktrindeki bazı yazarları, bu suçun iki pasif süjesinin olduğuna kadar götürmüştür.¹⁸

Bu suçun hukuki konusunun birden çok olduğunu savunan yazarların anlaşamadıkları noktalar, ihlale uğrayan menfaatlerin ne (ler) olduğu ile hangisinin üstün ya da aynı derecede korunmaya değer olduğu konularıdır. Örneğin, bazıları bireyin menfaatini, şerefini korunmasıyla sınırlı tutarken diğerleri buna bireyin; hürriyetinin, malvarlığına ilişkin değerlerinin, vücut bütünlüğünün zarar görmemesindeki veya bu değerlerin zarar görme tehlikesiyle karşılaşmamasındaki menfaatlerini de

¹⁵ Toroslu, İftira, s. 107.

¹⁶ Toroslu, İftira, s. 107.

¹⁷ Carrara, Programma del corso di dirittocriminale, Vol. V, Firenze 1911, s 211, dip not 3; Gullo, Il delitto di calunia, Milano 1946, s. 8; Magglore, Diritto penale, par. spec., Vol. II, Vologna 1960, s. 261; Boscarella, Il delitto di calunnia verbale, Milano 1961, s. 41 (zikreden: Toroslu, İftira, s. 108) ; Soyaslan, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2005, s. 543.

¹⁸ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 311; Antolisei, Manuale di diritto penale, par. spec., Vol. II, Milano 1960, s. 729; Gullo, Il delitto, s. 8 (zikreden: Toroslu, İftira, s. 109).

eklemektedirler.¹⁹ Yargıtay da bir kararında bu suçun hukuki konusunun tek olmadığını savunmuştur.²⁰

Her suç, özel varlıkları veya menfaatleri ihlal ederken aynı zamanda dolaylı şekilde bu menfaat veya varlıkların sentezi olan genel menfaati de ihlal eder.²¹ Bu nedenle genel menfaatin sahibi olan devletin, suçun devamlı pasif süjesi olduğu söylenebilir.²² Çünkü devletin kendisinin ve toplumun emniyetini sağlama bakımından bütün suç tiplerinde görülecek bir menfaati vardır.²³

Bir suçun ihlal ettiği varlık ya da menfaatlerin sayısının çokluğu bizi o suçun ihlal ettiği varlık ya da menfaatlerin sahibi kadar (devlet dışında) pasif süje olduğu sonucuna götürmemelidir. Bir suç birden fazla hukuki varlık ya da menfaati ihlal etse bile ceza normunun hukuki korumasından bu menfaat ya da varlık sahiplerinden sadece biri yararlanabilir.²⁴ Burada teklifinden ya da çokluğundan bahsettiğimiz, özel hukuki varlık ya da menfaat sahipleridir. Devlet, bütün suçlarda genel menfaat sahibi olduğundan devamlı pasif süjedir. Suç, devlet dışında özel pasif süjeye de sahiptir.

Suçun değil, fiilin birden fazla pasif süjesi olabilir. Fiilin pasif süjesi olan kişiler ceza hukuku yönünden suçun maddi konusu olarak, ceza muhakemesi hukuku yönünden de "suçtan zarar gören" olarak belirebilirler.²⁵ Bunların davaya katılma; katılma istekleri karar bağlanmamış, reddedilmiş olsa bile kanun yollarına başvurma hakları vardır (CMK m. 237 ve 259). Bazı hallerde iftira suçunda olduğu gibi suçtan zarar görenle maddi konu birleşebilir ya da suçun maddi konusunun bir

¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 732 (Yazarlar bütün bu menfaatleri, "masum bireyin ceza kovuşturmasına uğramamak konusundaki menfaatlerinin tümü" şeklinde ifade etmektedirler. Yazarlar ayrıca yasanın, korunan bu menfaatlardan bireye ait olanını ön planda tuttuğunu da savunmaktadırlar).

²⁰ 4. CD, 3.9.1990, 3734/4792: "... Bu durum karşısında iftiranın hem adliye (yargıya) ve hem de kişilere karşı bir cürüm olduğu, dolayısıyla çok (iki) konulu bir suç bulunduğu, Türk Ceza Yasası sistematığında toplumsal bir değer olan yargıya karşı işlenen suç niteliğine ve hukuki konusuna, kişilere karşı suç niteliğine oranla daha çok ağırlık verildiği gözetilerek ve fakat kişilere karşı suç olma niteliği de savsaklanmayarak ... tartışılmak gerekir." (YKD. C. XVI, S. 12, Aralık 1990, s. 1835).

²¹ Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 178.

²² Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 166.

²³ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 179.

²⁴ Toroslu, *İftira*, s. 109 (Yazar bu sonucun aksine; rıza, şikâyetle bulunma hakkı, suçların teklifi çokluğu, suçların tasnifi gibi kavramlardan hareket edilerek ulaşılmayacağını uzun uzadıya anlatmaktadır).

²⁵ Toroslu, *İftira*, s. 109.

durumu ağırlaştırıcı sebep olabilir. Bu noktalardan hareketle bu suçun pasif süjesinin birden fazla olduğu sonucu çıkmaz.²⁶

İleride de anlatacağımız üzere iftiraya uğrayan kişinin hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmesi ya da kendisine koruma tedbirlerinin uygulanması suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri olarak düzenlenmiştir.

Suçun biri genel diğeri özel iki hukuki konusu vardır. Genel hukuki konusu devletin bu suç tipindeki genel menfaattir. Özel hukuki konu ise toplumun ya da bireyin ihlal edilen varlık ya da menfaatleridir.²⁷ Burada önemli olan husus suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği (genel menfaati dolaylı şekilde ihlal eder) özel varlık veya menfaatlerin nasıl tespit edileceği ile birden fazla hukuki konunun olup olmayacağı konularıdır. Bütün bunların tespitinden sonra ancak bu görüşlerin isabet derecesi tartışılabilir.

Hukuki konu kavramı normatif bir yapıya sahip olduğundan onu tespit etmek için yürürlükteki mevzuattan hareket edilmelidir.²⁸ Bunun tespitinin çok kolay olmadığı açıktır. Bu durumun tespiti için ceza kanununun bir eylemi suç haline getirirken ulaşmak istediği amaca bakılmalıdır. Bir eylemi yasakoyucu suç haline getirmekle cezaen himaye etmek istediği varlık ya da menfaatin tespiti için yine ceza kanunundan hareket edilmelidir.²⁹ Suçları hukuki konularına göre tasnif eden bir kanunda suçun kanundaki yeri bu tespitinde belirleyici olacaktır.³⁰

Elbette ki, bir suç birden fazla hukuki varlık ya da menfaate zarar verir veya onları tehlikeye sokabilir. Yasa koyucu bunlardan hangisini himaye etmek isterse ona üstünlük tanıyarak düzenleme yapar.³¹ Ceza hukukçusuna düşen görev yasakoyucunun bu düzenlemesinden hareket ederek yorum yapmaktır. Bu suç da “adliyyeye karşı suçlar” bölümünde düzenlendiğine göre burada yasakoyucu tarafından üstün tutulan hukuki menfaat adliye veya yeni düzenlemeyle artık idarenin de düzgün işlemesindeki menfaattir .

²⁶ Suçun maddi konusuyla pasif süjesi arasındaki ilişkiler için bkz., Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 188.

²⁷ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 221.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 290.

²⁹ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 227.

³⁰ Toroslu, *İftira*, s. 128.

³¹ Tolomei, *Diritto e procedura penale, terza edizione*, Vol. I, Padova 1874 (zikreden: Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 288).

B. İftira Suçunun Hukuki Konusunun “Tek” Olduğunu Savunan Görüşler

Bu görüşler şu şekilde özetlenebilir: İftira suçu; bireyin menfaat (ler)ini, kamunun güvenini, adliye ve idarenin düzenini ihlal etmektedir.

1. Bireysel Menfaat

İftira suçunun bireye ait varlık ve menfaati ihlal ettiğini düşünen yazarlar, bireyin bu menfaatinin de mesnetsiz bir ithamla soruşturma ve kovuşturmayaya uğrayan “şeref ve haysiyeti” olduğunda fikir birliğindedir.³² Bu suçun hukuki konusunun bireysel menfaat olduğunun en kuvvetli savunucularından Pagliario; bu sonuca mağdurun rızası, şikâyeti ve suç sayısının tespitine yönelik açıklamalardan hareket ederek ulaşmıştır.³³

Bu düşünce de olan yazarları bir sınıflandırmaya tabi tutmak gerekir. Bazıları, bu menfaatin “şeref ve haysiyetten” ibaret olduğunu düşünürken, diğerleri bireyin bu menfaatinden başka menfaatlerinin de ihlal edildiğini düşünmektedirler.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir suç birden fazla hukuki varlık ya da menfaati ihlal edebilir. Ancak kanun bunlardan sadece bir tanesini hukuki korumaya alır. Bundan diğerlerinin hiçbir zaman kanun tarafından göz önüne alınmayacağı sonucu da çıkarılmamalıdır. Bu kişiler muhakeme hukuku yönünden suçtan zarar gören, müşteki, katılan sıfatlarıyla birtakım haklara sahip olabilirler. Bu durumdan, suçun koruduğu menfaat ya da varlık sahiplerinin bunlar olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.³⁴ Bu kişiler suçtan zarar görenlerdir, pasif süje değil. Suçun hukuki korumasından faydalanamayan bu varlık ya da menfaatler, başka suç bakımından göz önünde tutuluyor olabilirler.³⁵ İftira suçunun kapsamında değerlendirilmeyen bazı durumlar hakaret suçuna vücut verebilir. Ayrıca özel hukuk yönünden bu kişiler tazminat alacaklısı konumuna da gelebilirler.

³² Pagliario, *Il delitto*, s. 114 vd. (zikreden Toroslu, agm., s. 110); Şahbaz, İbrahim, *İftira Suçu*, YD., C. II, S. 4, Ankara 1985, s. 508; Bayraktar, *İftira*, s. 184-185 (Yazar, bu görüşünü iftira suçu ile “suç uydurma” suçu arasındaki farklı cezalandırma ile iftira suçunun ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerinde “suçsuz olan şahsın uğradığı hal”in dikkate alındığı gerekçe göstererek savunmaktadır).

³³ Pagliario, *Il delitto*, s. 110-111 (zikreden Toroslu, *İftira*, s. 110-117. Yazar, Pagliario’nun düşüncelerini gerek Fransız gerek Türk hukuku açısından irdelemektedir).

³⁴ Bu konu ilgili ve “şeref varlığının” normun korumak istediği menfaat olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz., Toroslu, *İftira*, s. 118 ve 125.

³⁵ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 289.

2. Kamunun Güveni

Bu gün için benimsemeyen bu anlayışa göre iftira suçu kamunun güvenini ihlal etmektedir. Bu görüş savunucularından Pessina kamu güvenine karşı suçlardan sahtekârlık suçları arasında değerlendirir. Bu grup sahtekârlık suçlarına da “*adli sahtekârlık*” adını vermektedir.³⁶ Bu suça yalancı tanıklık, yalan yere yemin suçlarıyla aynı tasnifte yer veren yazar sahtekârlığın konusunun da muhakeme hukukunda kanıt işlevi gören “*insan sözleri*” olduğunu belirtmektedir.³⁷ Bu görüşü 1853 tarihli Toskana Ceza Kanunu ve 1859 tarihli Sardinya Ceza Kanunu benimsemiştir.

Bu görüş hukuki ve ekonomik hayatı etkileyen bütün suçları (dolandırıcılık, hileli iflas... vs) içine alacak şekilde geniş yorumlanmasına yol açacağı endişesi ve bu kategoride yer alan suçların özelliklerini iftira suçunun taşımaması nedeniyle eleştirilmiştir. Örneğin TCK'nın 211. maddesine göre: “*Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir.*” Oysa iftira suçunda müfteri, bir kişinin gerçek suçluluğunu ortaya çıkarmak için maddi eser ve delil uydurup sonra da ihbar ederse yine de iftira suçu gerçekleşmeyecektir. Çünkü burada kendisine fiil isnat edilenin suçsuz olması koşulu gerçekleşmemiştir.³⁸

3. Adliye ve İdarenin Düzeni

Çokça taraftar bulan bir anlayışa göre iftira suçuyla adliyenin idaresiyle ilintili ve devlete ait bir menfaat korunmaktadır.³⁹ Bu suçla korunan hukuki menfaatin, adliyenin düzenli işleyişindeki devletin menfaati olduğunu savunan yazarlar; ceza soruşturmasına başlama tehlikesinin bu suç bakımından yeterli olmasına dayandırmaktadırlar. Bireyin menfaati üstün tutulsaydı ceza soruşturmasının gerçekten başlaması

³⁶ Pessina, *Elementi di diritto penale*, Vol. III, Napoli 1885, s. 229, 249, 250 Yazar 1889 tarihli ceza kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu suçu “adliyenin idaresine karşı suçlar” bölümünde incelemektedir. (Zikreden: Toroslu, *İftira*, s. 119 ve dipnot 32).

³⁷ Pessina, *Elementi di diritto penale*, Vol. III, Napoli 1885, s. 229 (zikreden: Toroslu, *İftira*, s. 119 ve dipnot 32).

³⁸ Bu konuda bkz., Toroslu, *İftira*, s. 119,120.

³⁹ Bu konuda bkz., Toroslu, *İftira*, s. 120; Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara 1993, s. 1517, 1527 (Suçun mahiyeti ilgili açıklamalarından ve iftira suçunda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını tartışırken yazarın bu görüşü savunduğunu dolaylı bir şekilde anlamaktayız).

şartı aranması gerekirdi. Ayrıca kanunun, kendi kendine iftirayı da suç olarak, iftiraya uğrayanın zararlarını cezayı ağırlaştırıcı neden olarak (çünkü bu zararlar neticenin dışındaki zararlardır) düzenlemesine ve sistematüğinde bu suçu “adliyenin idaresine karşı suçlar” bölümünde yer vermesine bağlamaktadırlar.⁴⁰

Bu görüşteki yazarlar arasında da uyuşmazlık noktaları yok değildir. Bazıları bu suçun yalnızca adliyenin idaresini korumayı amaçladüğünü belirtirken diğerleri, bu suçla bireyin menfaatinin de dolaylı olarak korunduğunu belirtirler. Ancak her iki görüş yanlıları da adliyenin idaresine ilişkin devletin menfaatinin ne olduğunu konusunda fikir birliğinde değildirler.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile birlikte bu konudaki tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır. Yeni yasa, idare hukuku anlamındaki hukuka aykırı eylemleri de iftira kapsamına aldığından bu suçun kanundaki yerinin doğru olmadığı yönünde eleştiriler yapılmaktadır.⁴¹ Daha evvel de söylendiği üzere ceza hukukçusuna düşen görev yasakoyucunun belirlediği sistematüğe uygun yorum yapmaktır. Yasa koyucunun bu belirlemesi bilimsel bir temele dayanmasa bile ceza hukuku biliminsanları ve uygulamacıları kanunu bilimsel bir temelle böyle yorumlamalıdır.

Bütün modern yasamalar iftira suçunu “adliyenin idaresine karşı suçlar” bölümünde yer vererek devletin adliyenin düzenli işleyişine ait menfaate üstünlük tanımışlardır.⁴² Yasamız bakımından getirilebilecek bir eleştiri şu olabilir: Disiplin cezası gerektiren fiillerin isnadında idarenin düzenli işleyişi etkilenmektedir. Tıpkı adliye gibi idare de bir kimseye yapılan isnatlarla boşuna uğraşmakta zaman ve emek kaybına uğramaktadır. Kimi zaman davalı konumuna gelmekte hatta tazminat vermeye mahkûm edilmektedir. Burada suçun düzenleme alanıyla başlığın uyumsuzluğundan söz edilebilir.

765 sayılı kanun döneminde disiplin cezası gerektiren fiillerin kanunumuzda yer almasının gerekliliğinden bahseden doktrinde yazarlar vardı.⁴³ Yeni kanun doktrinin bu isteği doğrultusunda bir düzenleme

⁴⁰ Bu konuda bkz., Toroslu, *İftira*, s. 120,121.

⁴¹ Keskin, Serap, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Birinci Kitap, *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını 2004, s. 224; Adalet Bakanlığı, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayını 2005, s. 937 (Adalet Komisyonu'nun 07.07.2004 tarihli görüşmesinde bu eleştirilere verilen cevaplar için Adem Sözüer ve Keskin Kaylan'ın konuşmalarına bkz., aynı eser, s. 938- 940).

⁴² Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 289

⁴³ Erem, ÖH, II, s. 1519-1520.

getirdi. İftira suçunun kapsamına idare hukuku anlamında hukuka aykırı eylemleri de aldı. Artık iftiranın sadece adliyeyi yanlış yola sevk ettiği için cezalandırıldığı söylenmez. Burada adliye karşı bir suç değil adliye veya idarenin düzenine karşı bir suç vardır.⁴⁴ Başlığın “*adalet karşı suçlar*” olması yönündeki görüşe, bu suçta doğrudan ihlal edilen menfaat, adalet değil adliye veya idarenin düzenli işleyişi olduğundan, katılmıyoruz.

II. Suçun Faili

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun iftira suçunu düzenleyen 267. maddesinde “...kimse” den bahsedildiğine göre bu suçun faili herkes olabilir.⁴⁵ Bazı kişilere kanunlarda getirilen ihbar mükellefiyeti (örneğin 3628 sayılı kanun m. 18) bu kimseler bakımından iftirayı suç olmaktan çıkaramaz. Kamu görevlileri⁴⁶ görevi gereği elinde bulundurduğu bir araç ve gereçle bu suçu işlerse verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu suçun faili tüzel kişi olamaz (5237 sayılı TCK m. 20/2).

Suçun failinin çocuk olması halinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’ndaki özel muhakeme kurallarına uyulmalıdır.

III. Suçun Mağduru ve Maddi Konusu

Suçun ihlal ettiği hukuki varlık ya da menfaat suçun hukuki konusudur. Suçun mağduru da bu varlık ya da menfaatin sahibidir. Bu yüzden suçun mağdurunu belirlemeye yönelik açıklamalar suçun hukuki konusuna verilen yanıtla doğrudan ilintilidir. Suçun hukuki konusunun bireysel menfaat olduğunu düşünen yazarlar bu suçun mağdurunun da “*suçsuz kimse*” olduğunu düşünmektedirler.⁴⁷ Suçun hukuki konusunun adliyenin idaresi olduğunu söyleyen yazarlar da bu suçun mağdurunun adliye olduğunu belirtmektedirler.⁴⁸ Bu suçun hukuki konusunun adliye veya idarenin düzenli işleyişindeki devlet menfaati olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bize göre bu suçun mağduru da yapılan isnadın niteliğine bağlı olarak adliye veya idaredir. Suçsuz kimse (iftiraya uğrayan), bu suçun maddi konusudur.⁴⁹

⁴⁴ Erem, ÖH, II, s. 1519.

⁴⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 732-733; Erem, Faruk, *Adliye Aleyhine Cürümler*, Ankara 1955, s. 16; Dündar, *İftira*, s. 293; Bayraktar, *İftira*, s. 190.

⁴⁶ Kamu görevlisinin tanımı için bkz., 5237 sayılı TCK m. 6/ 1-c

⁴⁷ Bayraktar, *İftira*, s. 190.

⁴⁸ Erem, ÖH, II, s. 1520.

⁴⁹ Bu konuda bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 733 (Yazarlar iftiraya

Yasa “...bir kimse” den bahsettiğine göre bu suçun maddi konusu tüzel kişi olamaz.⁵⁰ Kanun eğer tüzel kişileri de kapsama almak isteydi “kişi” terimini kullanırdı. Kanunun bu suçun hukuki konusunu, adliyenin düzenli işleyişindeki menfaat olarak belirledikten sonra, tüzel kişileri suçun maddi konusu olarak belirlememesi bir çelişkidir. Bu kişilere yapılacak isnatlar da adliyenin veya idarenin düzenli işleyişini etkiler.

Kendisine hukuka aykırı eylem isnat edilen kimsenin yaşayan birisi olması gerekir (TCK m. 64).⁵¹ Ölülere yapılan isnatlar da maddi konuyu yokluğundan “işlenemez bir suç” oluşur. Bu durumda diğer şartlar da mevcutsa TCK m. 130’da düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret suçu” oluşabilir.⁵²

İftiraya uğrayan kimsenin *belirli* olması gerekir. Bu özellik iftirayı “suç uydurma” (TCK m. 271) suçundan da ayırır. Burada önemli husus failin hukuka aykırı eylemi isnat ettiği şahsı belirlenebilir biçimde ifade etmesidir. Başka bir deyişle failin iftira attığı şahsın kimliğini açıkça belirtmesine gerek yoktur, yetkili makamların failin beyanları sonucunda iftiraya uğrayanı tespit edebilmesidir.⁵³ Belli kimselerden oluşan bir topluluğa yöneltilen hukuka aykırı eylem isnatları (örneğin ceza infaz kurumu disiplin kurulu üyelerinin bazılarının hükümlülerden rüşvet aldığına dair bir şikâyet dilekçesi infaz savcılığına verilirse), eğer bu topluluktaki belirli kimselerin kastedildiği anlaşılıyorsa iftira suçu oluşmaz.⁵⁴ Çünkü burada kendisine hukuka aykırı eylem isnat edilen *belirli* bir kimse yoktur.

Kendi kendine iftira mümkün değildir.⁵⁵ TCK m. 267’ nin ifadesinden de bu husus açıkça görülmektedir. Kanun maddesi “...kimseye hukuka

uğrayanı suçun geniş anlamda mağduru dar anlamda konusu kabul etmektedirler.)

⁵⁰ Aksi görüş için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 734; Bayraktar, *İftira*, s. 190

⁵¹ Erem, ÖH, II, s. 1520-1521; Toroslu aynı sonuca eski kanun metninde yer alan “suçsuz olduğunu bildiği” (yeni kanunda “işlemediğini bildiği ...”) ifadesinden hareket ederek de ulaşmaktadır (Toroslu, *İftira*, s. 124)

⁵² Erem, ÖH, II, s. 1521; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 735; Bayraktar, *İftira*, s. 191

⁵³ Dündar, *İftira*, s. 298; Erem, ÖH, II, s. 1520; Erem, *Adliye*, s. 19; Bayraktar, *İftira*, s. 191; Yiğitbaş, *İftira*, s. 828; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 734; Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Adliye’ye Karşı Suçlar*, AD., Y. 60, S. 8, Ankara 1969, s. 487.

⁵⁴ Erem, *Adliye*, s. 19; Yiğitbaş, *İftira*, s. 828.

⁵⁵ Bayraktar, *İftira*, s. 191; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 735; Dündar, *iftira*, s. 298.

aykırı bir fiil isnat eden..." derken iftira edenin kendisinden başkasını kastettiğini anlamaktayız. Bu durumda koşulları varsa "*suç üstlenme*" suçu gerçekleşmiş olur.

Kendisine hukuka aykırı fiil isnat edilen kimsenin cezai ehliyete sahip olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Hâkim olan fikre göre kendisine hukuka aykırı eylem isnat edilen şahsın fiil faili olarak takip edilmesi gerekir.⁵⁶ Yaşı küçük olan ya da akıl hastası olan failer bu ehliyete sahip olmadığından bu kimselere yapılan isnatlar bakımından iftira suçu gerçekleşmez. Ancak koşulları mevcutsa hakaret suçu (TCK m. 125) gerçekleşebilir.⁵⁷

Suçun konusu (iftiraya uğrayan kimse) birden fazla olabilir. Burada bu kişi sayısının suç olduğu sonucuna varılmamalıdır. Bazı durumlar da suçun konusu kadar suç olabilir ama burada suçun birden çok olmasının nedeni adliyenin veya idarenin düzeninin birden fazla ihlal edilmesidir.⁵⁸

II. Suçun Maddi Unsuru

a. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nın 285. maddesinde seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenen iftiranın maddi unsuru failin, "*adliyeye veya keyfiyeti adliyeye tevdi mecbur olan bir makama veya kanuni takip yapacak veya yaptırabilecek bir mercie ihbar veya şikâyetle bulunarak suçsuz olduğunu bildiği bir kimseye bir suç isnat*" etmesi ya da "*...o kimse aleyhine aleyhinde böyle bir suçun maddi eser ve delillerini uydurması...*" şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK döneminde, iftira suçuna vücut veren hareketlerin niteliğine göre doktrinde, maddi iftira ve şekli iftira şeklinde tasnif yapılmaktaydı. Masum bir kimseye yetkili mercilere ihbar veya şikâyetle bulunarak suç isnadında bulunmaya "*şekli iftira*", bu kimse hakkında suçun maddi eser ve delillerinin uydurulması şeklinde isnatta bulunmaya da "*maddi iftira*" deniliyordu.⁵⁹ Maddi iftira oluşturan hareketlerle

⁵⁶ Erem, *Adliye*, s. 19; Aksi görüş için bkz., Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 543-544.

⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 736.

⁵⁸ Toroslu, *İftira*, s. 118; Suçun hukuki konusunun "bireysel menfaat" olduğunu savunan yazarların dayanak noktalarından birisi de tek davranışla birden çok kişiye yöneltilen hukuka aykırı eylem isnatlarında birden çok suçun oluşmasıdır. Bu konu ile ilgili tartışma için bkz, aynı makale, s. 118.

⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 736; Erem, *Adliye*, s. 16; Gözübüyük, *Adliye*, s. 486; Bu kavramlara denk gelmek üzere "bayağı iftira-düzmeli iftira" diyen yazarlar da vardır (Yiğitbaş, *İftira*, s. 826; Dündar, *İftira*, s. 294).

şekli iftirayı oluşturan hareketler seçimlik olarak düzenlenmişti. Başka bir deyişle iftira seçimlik hareketli bir suçtu. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu şekli iftiranın kapsamını genişletti, maddi iftirayı da bu suçun ağırlaştırılmış şekli olarak düzenledi. Şekli iftira yeni kanunla ihbar veya şikâyetle bulunmanın dışında basın ve yayın yoluyla da işlenebilir hale getirilmiştir. Ayrıca şekli iftira da bir suçun isnat edilmesinin dışında idare hukuku bağlamında hukuka aykırı eylem isnat etmekte de iftira suçu oluşacaktır.

b. İftiranın Gerçekleştirilme Şekilleri

Yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla masum bir kimseyi ceza soruşturması veya kovuşturmasına uğratmak ya da bu kimse hakkında idari yaptırım uygulanmasını sağlamak için hukuka aykırı bir fiil isnadı iftira suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır (TCK m. 267/1).⁶⁰ Buna göre iftira suçu üç şekilde gerçekleştirilebilir: “ihbar” veya “şikâyet” etmek suretiyle ya da “basın yayın” yoluyla. Bu üç durum dışında bir kişiye hukuka aykırı eylem isnadı şartları varsa hakaret suçuna (TCK m. 125) vücut verebilir.⁶¹ Başka bir kimseye söylenen masum kimseye hukuka aykırı eylem isnatları iftira suçunu oluşturmaz. 5237 sayılı TCK, doktrinde maddi iftira olarak tanımlanan, isnat ettiği fiilin maddi eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunmayı nitelikli bir hal olarak 267. maddenin ikinci fıkrasında düzenlemiştir.

1. İhbar

Ceza muhakemesi terimi olan ihbar, şikâyete bağlı olmayan suçlarda suçtan haberdar olan kimsenin bunu yetkili makamlara bildirmesidir. Anayasadaki dilekçe hakkının (Any. m. 74) bir uzantısı olarak düzenlenmiştir. İhbarda bulunma kural olarak bir yükümlülük değildir. Kanunlarımızda bunun istisnaları da mevcuttur (TCK m. 278, 279; CMK 161/2). Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yükümlülük iftirada bulunma hakkı vermez. Şikâyete bağlı olan suçlarda, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimselerin şüpheli (ler)in cezalandırılması için yaptığı bildirimler ise “şikâyet olarak” adlandırılır.⁶² İftira suçunda ihbar, müfterinin masum bir kimsenin hukuka aykırı bir eylem işlediğini yetkili

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 737.

⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 737.

⁶² Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi*, s. 81.

makamlara bildirmesidir. İftira suçunun gerçekleştirilme biçimlerinden “ihbarı” artık ceza muhakemesi terimi olarak algılamamız gerekir. Çünkü idare hukuku anlamında hukuka aykırı eylemler de suç kapsamına alındığından idari makamlara yapılan bildirimler de bu suç bakımından “ihbar” niteliğindedir. Başka bir deyişle buradaki “ihbar” terimini kanun, idareye bir hukuka aykırı eylemin işlendiğine dair yapılan bildirimleri de içerek şekilde düzenlemiştir.

5271 sayılı CMK’ya göre ihbar yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Sözlü yapılan ihbarlar tutanağa geçirilir (CMK m. 158/5). İhbarlar telefonla, telgrafla, imzasız bir mektupla da yapılabilir.⁶³

İhbar imzalı, imzasız; ad belirtilmiş veya adsız olabilir.⁶⁴ Kanunkoyucu bazen yapılacak ihbarların imzalı olmasıyla ad, soyad içermesi şartını da getirebilir. Örneğin, 4483 sayılı kanunun dördüncü maddesinin değişik üçüncü fıkrası şöyledir: “ *Bu kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur*”.

5237 sayılı TCK, bu hakkı, hukuki bir neden olmaksızın engellemeyi suç olarak düzenlenmiştir (m. 121).

2. Şikâyet

Takibi şikâyete bağlı olan suçlarda suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsenin bu suç failinin cezalandırılması istemiyle yetkili makamlara başvurusudur. Suçtan doğrudan doğruya zara görenin dava açılmasını, yargılama yapılması istemini belirten ifadeler⁶⁵ şikâyet anlamına gelir; hatta ihbar etmek dahi şikâyet etmek anlamına gelir.⁶⁶ Hem bir muhakeme şartı (TCK m. 73/1) hem de suçun öğrenilme şekli (CMK m. 158) olan “şikâyet” te müfteri kendisine karşı bir suç işlendiğini söyleyerek, hukuki bir deyişle kendisini mağdur konumuna sokarak yetkili makamlara ihbar da bulunmaktadır.

⁶³ Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi*, s. 81.

⁶⁴ Gözübüyük, *Adliye*, s. 487; Bayraktar, *İftira*, s. 192-193; Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2003, s. 238.

⁶⁵ Bu ifadeler için bkz., Toroslu, *Ceza Muhakemesi*, s. 47.

⁶⁶ Toroslu, *Ceza Muhakemesi*, s. 47; Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi*, s. 82.

Şikâyet yazılı veya sözlü olabilir. Sözlü yapılan şikâyetler tutanağa geçirilmelidir (CMK m. 158/5). Şikâyet dilekçesinde imzanın gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.⁶⁷ Yargıtay da bir kararında, dilekçede imzanın bulunmamasını eksiklik olarak değerlendirmemiştir.⁶⁸

Bütün bu açıklamalar isnat edilen hukuka aykırı eylemin “suç” olması halinde yapılacak şikâyetler için geçerlidir. Ancak kanun idare hukuku anlamında hukuka aykırı eylemleri ihbar veya şikâyet etmeden de söz etmektedir. İdari makamlara yapılan ihbar veya şikâyetler bakımından duruma bakıldığında kanun “ihbar veya şikâyet eden bir kimseden” bahsettiğine ve ihbar veya şikâyetin yazılı ya da sözlü olmasıyla ilgili bir açıklamada bulunmadığına göre bu hususun bu manada önemi yoktur.

İhbar ya da şikâyet, bazen Anayasada düzenlenen “dilekçe” hakkının bir uzantısı şeklinde bir hak olarak bazen de bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz ki, kişinin hakkını kullandığı veya görevini yerine getirdiği durumlarda fiil, hukuka uygun olacak, iftira suçu oluşmayacaktır (5237 SK m. 26). Belli kimselere hukuka aykırı bir fiil yüklenmeden ihbar ya da şikâyet de bulunulamaz. Suçlu olduğuna inandığı bir kimse hakkında yetkili makamlara bildirimde bulunan kişinin fiili suç oluşturmayacaktır.⁶⁹ Ancak bir kimse bu hakkını kullanırken suçsuz olduğunu bildiği bir kimse hakkında hukuka aykırı bir fiil isnat ederse artık bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmeyecek eylem iftira suçunu oluşturacaktır.⁷⁰ Burada önemli olan nokta, failin ihbar ya da şikâyetin asızsızlığını bilip bilmediğidir. Fail eğer hukuka aykırı eylem isnat ettiği şahsın o fiili işlemediğini biliyorsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır. Yargıtay bu hususu suçun “hukuka aykırılık ögesi” kapsamında değerlendirerek bir çok kararı ile vurgulamıştır.⁷¹

3. Basın ve Yayın Yoluyla Fiilin İşlenmesi

Eski TCK döneminde doktrinde iftira suçunun “şekli- maddi” diye ayırım yapılarak incelendiğini yukarıda belirtmiştik. Bu kanun, şekli

⁶⁷ Bu tartışmalar için bkz Bayraktar, *İftira*, s. 192-193.

⁶⁸ YCGK'nın 16.02.1942 tarih ve 48/36 sayılı kararı.

⁶⁹ Bayraktar, *İftira*, s. 187.

⁷⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 754; Bayraktar, *İftira*, s. 187-188.

⁷¹ 4. CD., 04.06.1999, 831/3403 ve 4. CD., 29.03. 1994, 10402/2488 (Her iki karar ve konuyla ilgili diğer kararlar için bkz., Erol, Haydar, *Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2003, 717-722); YCGK, 12.05. 1998, 4-108/178; 4. CD., 23.12.2002, 16813/1904; 4. CD., 7.10.2002, 11353/14251; 4. CD., 22.03.2004, 2003/ 5363 E., 2004/6310 K. (Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s. 1214-1220).

iftiranın gerçekleşme biçimini ihbar veya şikâyet etmeyle sınırlamıştı.⁷² Bunun için basın yayın organlarında yapılan isnatlardan dolayı savcılık bunları ihbar kabul edip harekete geçse dahi yetkili makamlara yapılmış bir ihbar olmadığından iftira suçu oluşmamaktaydı.

Basın ve yayın yolu deyiminden ne anlaşılması gerektiğini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemiştir. Buna göre; basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır (TCK m. 6/1-g). Radyo, televizyon, gazete, internet gibi işitsel, görsel, yazılı, elektronik kitle iletişim araçlarıyla bu suç işlenebilecektir.⁷³

4. İhbar veya Şikâyetin Yetkili Makamlara Yapılması Şartı

Kanun, ihbar veya şikâyet yoluyla yapılan asılsız isnatların yetkili makamlara yapılması koşulu ile bu suçu oluşturabileceğini kabul etmiştir. 765 sayılı TCK döneminde ise bu koşul; *....adliyyeye veya keyfiyeti adliyyeye tevdi mecbur olan bir makama veya kanuni takib yapacak veya yaptırabilecek bir mercie ihbar veya şikayette bulunarak, şeklinde düzenlenmişti. Basın yayın yoluyla yapılan isnatlar bakımından doğal olarak bu koşul aranmamıştır. Yetkili makamlar bu işleme biçiminde iftirayı dolaylı olarak öğrenmektedirler*

5237 sayılı TCK, *“yetkili makamlar”* ibaresini kullanmıştır. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmemesi *“kanunilik ilkesi”* gereğince sakıncalı bir durum yaratmaktadır. Doktrinde bu konu bazı kişi ya da makamların *“yetkili makam”* sayılıp sayılıp sayılmayacağı bakımından tartışma vardır. Hemen belirtelim ki yetkili makamlara yapılan ihbarın doğrudan yapılması gerekir. Bu makamların dolaylı şekilde hukuka aykırı eylemi öğrenmeleri halinde bu suç oluşmaz.⁷⁴ Hukuka aykırı eylem isnadının basın yayın yolu gibi *dolaylı* yapılması halinde de zaten bu koşul aranmaz.

765 sayılı TCK döneminde yetkili makamlardan kastedilenin, 1412 sayılı CMUK'un 151. maddesinde gösterilen makamlar olduğundan

⁷² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 738.

⁷³ Kanuna iftira suçunun işleme şekilleri arasında “basın ve yayın yolu” nun eklenmesi, basın özgürlüğünü kısıtlayacağı bir çok gazetecinin “iftiracı” olarak yargılabileceğine yol açacağından eleştirilmiştir (İlkiz, Fikret, Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Basın Yayın Filleriyle ilgili Düzenlemeler, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, yıl 2, S. 5, Nisan 2005, s. 334).

⁷⁴ Bayraktar, *İftira*, s. 196.

şüphe yoktu.⁷⁵ Ancak iftira suçunu düzenleyen TCK'nın 285. maddesinin ilk biçimi "her kim adliyeye veya keyfiyeti adliyeye tevdi mecbur olan bir memura" iken bu ibare, 2275 sayılı kanunla değiştirilerek "her kim adliyeye veya kanuni takip yapacak veya yaptırabilecek mercie" şeklini, daha sonra da 3038 sayılı kanunla son şeklini aldı. Kimi yazarlar 2275 sayılı yasa değişikliğinden sonra eklenen bu ibareden CMUK'ta sayılan makamların tahdidini olmadığını sonucuna varmaktaydılar.⁷⁶ Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 158. maddesinde ihbar ve şikâyetleri kabule yetkili makamları belirtmiştir. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir (CMK m. 158/1, 2, 3, 4).

5237 sayılı TCK'nın 267. maddesinde kastedilen "yetkili makamların" bu maddede sayılanlardan ibaret olup olmadığı konusu ise dikkate değerdir. Doktrinde bu konuyla ilgili olarak önemli olan hususun, makamın kendisine ulaşan ihbar veya şikâyeti soruşturma ya da kovuşturma makamlarına iletmekle yükümlü olup olmadığının belirlenmesi olduğu belirtilmektedir.⁷⁷ Göreviyle bağlantılı olarak, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini öğrenen kamu görevlisi bu durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür (TCK m. 259). Bundan dolayı görevleriyle bağlantılı olarak kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçlarda tüm kamu görevlileri yetkili makamdır.⁷⁸ Doktrinde, kanunun "makam" tabirini kullanmasından ötürü kişilerin yaptırabilecekleri soruşturma ya da kovuşturmalarda

⁷⁵ CMUK m. 151: Suçlara dair ihbarlar, şifahi veya yazılı olarak Cumhuriyet Müdde-i umumiliğine, zabta makam ve memurlarına ve sulh hâkimlerine yapılabilir.

Bu ihbarlar kanuni mercilere tevdi edilmek üzere vali, kaymakam ve nahiye müdürlerine de yapılabilir.

⁷⁶ Bayraktar, *İftira*, s. 194; Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler*, İstanbul 1953, s. 99; Erem, *Adliye*, s. 20; Aksi görüş için bkz., Gözübüyük, *Adliye*, s. 487.

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 742; Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 547.

⁷⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 742.

suçun oluşmayacağı düşüncesi de vardır.⁷⁹ Bu görüşün kabulü kanunun hükmünün dolanılması sonucu doğuracağından mümkün değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yetkili makamların belirlenmesinde başvurulacak en sağlam ölçüt, kendisine ihbarda bulunulananın bunu o hukuka aykırı eylemi soruşturmak ya da kovuşturmakla görevli makama iletmekle yükümlü olup olmadığı ölçütüdür. Adliyeye ya da idari makama, yapılan ihbar ya da şikâyeti iletmekle yükümlü olmayan makamlara yapılan ihbar ya da şikâyetler de bu suç oluşmaz.⁸⁰

İdari yaptırım gerektiren eylemlerin isnadında yetkili makamların hangiler olduğu meselesine gelince, yapılan bildirim idari yaptırımı uygulayacak ya da uygulayacak makamı harekete geçirmeye olanaklı bir makama yöneltilmiş olması gerekir. Bundan dolayı, bu tür isnatlar bakımından yetkili makam somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir.⁸¹

c. Hukuka Aykırı Bir Fiil Isnat Edilmelidir

765 sayılı TCK döneminde iftira suçunun oluşması için isnat edilen fiilin “suç” olması koşulu vardı.⁸² 5237 sayılı kanunla idari yaptırım

⁷⁹ Yiğitbaş, *İftira*, s. 832 (Yazara göre herkesin suç ihbarına imkânı vardır, kişi merci sayılmayacağından iftira suçu doğmamış sayılacaktır).

⁸⁰ 4. CD., 2002/1700 E., 2002/5361 K.: “...sanıkların ihalede yolsuzluk yapıldığı iddiasıyla *defterdarlık makamına* verdikleri dilekçelerin şikâyet hakkının kullanılması...gözetilmeden mahkumiyet hükümleri kurulması” (<http://uyg4.adalet.gov.tr:9081/VeriBankasi/DokumanGoster?dokumanId=93%203%20...> erişim tarihi : 20.10.2005).

4. CD., 23.12.2002, 16813/19104: “...Sanığın mağdurların terör örgütüne yardım ve yataklık ettikleri ilişkin şüphelenmesini gerektiren haklı bir nedeni bulunmadığı halde İçişleri Bakanlığının ihbar mektubu yazmaktan ibaret eyleminde iftira suçunun oluştuğu gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” (Meran, *Ceza Kanunu*, s. 1216).

⁸¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 742.

⁸² 4. CD., 1.6.1999, 4835/ 5816: “... İftira suçuna konu oluşturan iddianın, cezaevi infaz koruma görevlisi olan yakınanın cezaevi yönetiminin bilgisi dışında bir koğuştan öbür koğuşa pusula götürmesinden ibaret olduğu ve yakına yüklenen bu eylemin “suç” olmayıp yalnız disiplin cezasını gerektirdiği gözetilmeden, sanığın beraati yerine beraati yerine TC yasasının 285. maddesiyle hüküm kurulması... (Erol, Haydar: En Son Değişiklikleri ile Madde Açıklamalı En Yeni İçtihatlı, Türk Ceza Kanunu, s. 719).

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda (m. 76) hâkimler ve savcılar hakkında *disiplin cezasını gerektirecek mahiyette* olan ihbar ve şikâyetin kötü niyetle yapıldığı veya delillerin uydurulduğu anlaşılan hallerde ihbar ya da şikâyetinde bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 285. maddesinin birinci fıkrasında yazılı ceza hükmolünacağına dair bir düzenleme bulunmaktadır.

gerektiren hukuka aykırı eylemlerin isnadını da iftira suçunun kapsamına almıştır. Doktrinde, disiplin cezası gerektiren eylemlerinde cezalandırılmasına imkân sağlayacak bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı yönünde düşünce vardı.⁸³

İdare üstlendiği görevleri yerine getirebilmek için bir takım yaptırımları uygulama yetkisi ile donatılmıştır. Bu yaptırımlar, disiplin cezaları ile öteki idari cezalardır. Bir ruhsatın iptali, kademe ilerlemesinin durdurulması, idari para cezaları gibi.⁸⁴ 5237 sayılı TCK “*idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etme*” düzenlemesine yer verdiği için ve dolayısıyla idari yaptırımın türü hakkında bir ayırım öngörmediğinden kişilere uygulanan herhangi bir idari yaptırımı öngören fiil isnadı iftira suçunu oluşturacaktır.⁸⁵ Bu bağlamda belirtelim ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’ndaki eylemler de idari yaptırımı gerektiren eylemler olduğun bir kabahat isnadı da bu bağlamda iftira suçunu oluşturacaktır.⁸⁶ İdari yaptırım gerektirmeyen hukuka aykırı fiillerin isnadı bu suç oluşturmaz.⁸⁷

İftira suçunu oluşturan bir hal olarak da soruşturma ve kovuşturma sağlamaya yönelik “*suç*” isnatları düzenlenmiştir. TCK’nın 267. maddesinde bu durum “*hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etme*” şeklinde düzenlenmiştir. Soruşturma ve kovuşturma kavramları *suçların* kanuni takibi ile ilgili kavramlardır bunun için burada bahsedilen “*hukuka aykırı fiil*” den kasıt “*suç*” oluşturan fiillerdir. İftira da suç olduğundan, masum kimsenin iftira ettiğini söylemek de diğer koşullar varsa iftira suçunu oluşturur.

İsnat edilen hukuka aykırı fiilin gerçek ve maddi âlemde gerçekleşmiş olup olmamasının önemi yoktur. Üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin masum kimseye isnadı veya masum kimseyi üçüncü kişilerce gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin ortağı olarak göstermek ya da hiç gerçekleşmemiş hukuka aykırı bir fiilin masum kimse tarafından gerçekleştirildiği şeklindeki isnat iftira suçunu oluşturabilir.⁸⁸ Ayrıca isnat edilen hukuka aykırı fiilin belirli olması gerekir. Bir kimseye, belirsiz ve sınırı çizilemeyen fiillerin isnadı iftira suçunu oluşturmaz.

⁸³ Erem, *Adliye*, s. 20; Erem, *ÖH*, II, s. 1519.

⁸⁴ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 202 vd.

⁸⁵ İdari yaptırımlara verilen örnekler için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 743-744

⁸⁶ 5326 sayılı kanun m. 2. (1) Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında *idari yaptırım* uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.

⁸⁷ Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 546.

⁸⁸ Erem, *ÖH*, II, s. 1518.

Elbette ki belirsiz fiiller içinde bir veya birkaç fiil belirgin halde ise bu durumda bu suç oluşur.⁸⁹ Ayrıca bildirimde bulunan hukuka aykırı fiillerin yetkili makamları harekete geçirecek ciddilikte olmalıdır, gerçekte uyuşmadığı çok açık şekilde belli olan fiillerin isnadında iftira suçu oluşmaz. Yeri gelmişken belirtelim ki, yetkili makamlara bildirimde bulunulan hukuka aykırı eylem için somut olarak harekete geçmesi gerekmez, fiilin onları harekete geçirmeye elverişli olması bu suçun oluşumu için yeterlidir.⁹⁰

İsnat edilen fiil suç ise, bu suçun icrai ya da ihmali hareketle işlenmesi arasında fark olmadığı gibi taksirle işlenmiş olmasının da önemi yoktur.⁹¹ Ayrıca bu suçun TCK dışında, ceza içeren özel ceza kanunlarında ya da ceza içeren diğer kanunlarda yer almasının da önemi yoktur.

Hakkında idari bir yaptırım uygulanması ya da soruşturma ve kovuşturma başlatılması mümkün olmayan hukuka aykırı fiillerin isnadı iftira suçunu oluşturmazlar.⁹² İsnat yeteneği olmayan kişilere karşı bir suç isnat edildiği zaman iftira suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim düşünce suç oluşturmayaacağı yönündedir.⁹³ Bunun gibi kanuni takip imkânı olmayan hallerde de iftira suçu oluşmaz. Bir milletvekilinin yasama sorumsuzluğu kapsamında bir suç işlediği, hukuken kapanmış bir olayın isnadı hallerinde olduğu gibi.⁹⁴ Şikâyete tabi suçlarda da suçtan doğrudan zarar gören dışındaki kişilerce yapılan şikâyetler de soruşturma ya da kovuşturma yapılamayacağından iftira suçu oluşmaz.⁹⁵

⁸⁹ Dönmezer, *Şahıslar*, s. 97; Bayraktar, *İftira*, s. 197

⁹⁰ Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 314; 4. CD. 18.06.2001, 6816/7771: " TCY'nin 456/4. maddesinde öngörülen yaralama suçunun mağduru tarafından ancak yakınılmada bulunulması ya da kişisel dava açılması yoluyla izlenmesinin olanaklı karşısında, sanığın eşinin dövüldüğüne ilişkin yüklemesinin kovuşturma yapılmasına meydan verecek nitelikte olmadığı ve bu nedenle iftira suçunun öğelerinin oluşmadığı.... (Meran, *Ceza Kanunu*, s. 1218).

⁹¹ Dönmezer, *Şahıslar*, s. 97; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 744.

⁹² Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 311; 4. CD., 2001/6816 E., 2001/7771 K.: " Ancak; TCK'nın 456/4. maddesinde öngörülen yaralama suçunun mağduru tarafından ancak yöntemine uygun yakınılmada bulunulması ya da kişisel dava açılması yoluyla izlenmesinin olanaklı olması karşısında, sanığın eşinin dövüldüğüne ilişkin yüklemesinin kovuşturma yapılmasına meydan verecek nitelikte olmadığı ve bu nedenle iftira suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine, hükümlülüğüne karar verilmesi..." (<http://uyg4.adalet.gov.tr:9081/VeriBankasi/DokumanGoster?dokuManId=93%203%20...> erişim tarihi : 24.10.2005).

⁹³ Aksi görüş için bkz., Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 544.

⁹⁴ Erem, ÖH, II, s. 1521; Bayraktar, *İftira*, s. 198; aksi görüş için bkz., Şahbaz, *İftira*, s. 493.

⁹⁵ Erem, ÖH, II, s. 1521; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 746; Bayraktar,

İhbar ya da şikâyet ceza soruşturması ve kovuşturması yapamaya elverişli olması gerekeceğinden zamanaşımına⁹⁶ ya da affa uğramış fiillerin isnadın da iftira suçu oluşmaz.⁹⁷ Acaba hukuka uygunluk sebepleri varsa ve isnatta bulunan da bunları bilmesine rağmen ihbarın da ya da şikâyet dilekçesinde bunları gizlemişse iftira suçu gerçekleşecek midir? Doktrinde bu soruya “*evet*” cevabı verilmektedir.⁹⁸ Diğer durumda kişinin hukuka aykırı fiili işlediğini zannetmiş olmasına rağmen bir hukuka uygunluk sebebi varsa isnatta bulunanın bu hatası kastı kaldıracağından iftira suçu oluşmaz.⁹⁹

Belirtelim ki, bir cezasızlık nedeninin bulunduğu hallerde de bu tür suçlar bakımından da takibat yapılamayacağından iftira suçu oluşmaz.¹⁰⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesine göre, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı kamu davasını açmayabilir. Her ne kadar burada dava açıp açmama bakımından ihtiyari yetkiyi çağrıştıran ifadeler kullanılmışsa da şahsi cezasızlık sebeplerini düzenleyen hükümlerle şahsi bir sebep olarak düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümleri incelendiğinde kanunun mahkemeye hiç ceza vermemek veya indirimli de olsa ceza verme konusunda takdir yetkisi verdiği haller dışında bağlı yetkinin var olduğu görülecektir.¹⁰¹ Bu hallerde Cumhuriyet Savcısı “*kovuşturmaya yer olmadığına*” kararı

İftira, s. 198.

⁹⁶ 4. CD., 25.3.2002, 2432/4518 : “...Sanığın 3.11.1999 havale tarihli dilekçesiyle katılan avukatın, asliye hukuk mahkemesinin 92/51 esas sayılı dosyasında, avukatlık görevini kötüye kullandığını ileri sürmüş olması ve bu davanın da 25.6.1993 tarihinde karara çıktığının anlaşılması karşısında, yakınma tarihinde yükletilen suça ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu, kovuşturma yapılmasının olanaklı bulunmadığı gözetilmeden, yasal öğeleri bulunmayan suçtan hükümlülük kararı verilmesi...” (Meran, *Türk Ceza Kanunu*, s. 1218); 4. CD., 1.6.2000, 4640/4616 : “...Sanığın gerçekte işlenmediğini bilmesine karşın katılanın otuz beş yıl önce eşini kasten öldürdüğüne ilişkin ihbarda bulunmaktan ibaret olan eyleminin, adam öldürme suçunun dava zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle yapılan şikâyetin kovuşturma olanağı veremeyeceği gözetilmeden, beraat hükmü yerine, hükümlülüğüne karar verilmesi...” (Meran, *Türk Ceza Kanunu*, s. 1219).

⁹⁷ Gözübüyük, *Adliye*, s. 488; Bayraktar, *İftira*, s. 198; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 312; Soyaslan, bu konu da bir ayırım yapmakta resmi makama bildirmeden önce suç düşmüşse (zamanaşımı ya da affa uğramışsa) suçun yokluğunu, bildirimden sonra düşmüşse varlığını kabul etmektedir (Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 544).

⁹⁸ Bayraktar, *İftira*, s. 198; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 746.

⁹⁹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 315.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 745.

¹⁰¹ Feyzioğlu, Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, yıl 2006, S. 62, s. 41-43.

vermek zorunda olacağından böyle bir hukuki duruma haiz olan suçların isnadında da iftira suçu oluşmaz.

Son olarak şeref ve haysiyet ihlal eden fiiller, suç niteliğinde değil-seler ya da idari bir yaptırım gerektirmiyorlarsa bunların isnadı iftira suçunu değil hakaret suçunu meydana getirir.¹⁰²

d. İsnat Objektif Olarak Gerçek Dışı Olmalıdır

Hukuka aykırı fiilin gerçekte işlenmiş olup olmamasının önemi yoktur, önemli olan isnat edilen kişi tarafından işlenmemiş olmasıdır.¹⁰³ 5237 sayılı TCK bu durumu, “ işlemediğini bildiği halde... hukuka aykırı bir fiil isnat eden...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum doktrinde, “isnadın objektif olarak gerçek dışı” olması şeklinde ifade edilmektedir. Yani isnadın içeriğiyle “gerçek” uyuşmamalıdır.¹⁰⁴ Ortada bir gerçek var ve fakat ona bazı hususlar eklenmişse iki olasılık karşımıza çıkmaktadır. Eğer eklenen hususlar hafifletici neden ise yapılan isnat iftira niteliğinde değildir;¹⁰⁵ eklenen hususlar ağırlaştırıcı sebepler ise bu durumda iftira suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre iftira kastı varsa kişi cezalandırılmalıdır.¹⁰⁶ Diğer bir görüşe göre ise eklenen neden suçun niteliğini değil niceliğini değiştiriyorsa iftira suçu oluşmaz.¹⁰⁷

Bazı durumlarda ise gerçeklikle isnat arasında uyuşma vardır ve fakat isnat da bulunan bu durumu bilmemekte durum soruşturmadan sonra ortaya çıkmaktadır. Bu durumda iftira suçunun oluşup oluşmayacağı meselesi, iftira suçunun hukuki konusunun ne olduğuna bağlı olarak değişecektir. İftira suçunun hukuki konusunun kişinin şeref ve haysiyeti olduğunu kabul edenlere göre suç oluşacak; hukuki konuyu, adliyenin düzenli işleyişi olduğunu kabul edenlere göre ise adliye boş yere uğraştırılmadığından suç oluşmayacaktır.¹⁰⁸

Kişinin işlediği fiil daha ağır bir suç olmasına rağmen bildirimde bulunan bunu daha hafif bir suç şeklinde düşünerek bildirimde bulunursa durum ne olacaktır? Bu durumda faili iftira suçundan sorumlu tutamayız çünkü kendisine suç isnat edilen kişi gerçekte bir suç işlemiştir

¹⁰² Erem, ÖH, II, s. 1520; Gözübüyük, *Adliye*, s. 486.

¹⁰³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 311.

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 747.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 747.

¹⁰⁶ Erem, ÖH, II, s. 1519; Gözübüyük, *Adliye*, s. 486.

¹⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 747; Bayraktar, *İftira*, s. 197-198.

¹⁰⁸ Bayraktar, *İftira*, s. 198, dipnot 84.

fakat bildirimde bulunan bunu yanlış vasıflandırmıştır.¹⁰⁹ Ancak kendisine suç isnat edilen kişi bir suç işlemesine rağmen bildirimde bulunan fiili işleyenin daha ağır şekilde cezalandırılması için, bu suçun vasıf ve mahiyetini kendisinin eklediği birtakım unsurlarla değiştirip (hırsızlığı yağma şeklinde gösterirse) bildirimde bulunması halinde iftira suçu oluşacaktır. Çünkü kendisine suç isnat edilen kişi, bildirimde bulunulan suç bakımından masumdur.¹¹⁰

VI. Manevi Unsuru

İftira kasten işlenebilen bir suçtur.¹¹¹ 765 sayılı kanun bu konu ile ilgili olarak failin “suçsuz olduğunu bildiği” kimseye suç isnat etmesini şart koşmuştur. 5237 sayılı kanun, “işlemediğini bildiği halde... hukuka aykırı bir fiil isnat eden...” ibaresini kullanarak bu suçun manevi unsuruna işaret etmiştir. 5237 sayılı kanun genel kastın ötesinde hukuka aykırı fiili isnat edende masum kişi hakkında idari bir yaptırım uygulanmasını ya da soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını sağlama *amacı da* olmalıdır.¹¹² Böylelikle 5237 sayılı kanun 765 sayılı kanundan farklı olarak iftira suçu bakımından özel kastı da aramaktadır.

Kasten işlenebilen suçlar hem doğrudan hem olası kastla işlenebilirken kanun metninde “bilerek” , “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” ifadelerine yer veren suçlar olası katsala işlenemezler.¹¹³ İftira da bu tür suçlardandır. Çünkü olası kastın teorik temelinde *bilme* değil *öngörme* vardır. Masum olduğunu *bildiği* kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etme, suçun unsuru kabul edildiğinden iftira olası kastla işlenemez. Kanun, masum olduğunu bildiği kimseye bir isnatta bulunmayı gerekli gördüğüne göre gerçekte o eylemi işlendiğini düşünülerek yapılan bildirimlerde iftira suçu oluşmaz.¹¹⁴ Bunun için tahmin üzerine yapılan

¹⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 747; Bayraktar, *İftira*, s. 198.

¹¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 748.

¹¹¹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 314; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 759; Erem, ÖH, II, s. 1524; Dönmezer, *Şahıslar*, s. 99; Yiğitbaş, *İftira*, s. 833; Bayraktar, *İftira*, s. 200.

¹¹² Amaç, saik, maksat gibi kavramlarla ilgili olarak yapılan tartışmalar için bkz., Dülger, Murat Volkan, 5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, yıl 2, S. 5, Nisan 2005, s. 81 vd.

¹¹³ Özgenç, *İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 305-306.

¹¹⁴ Bayraktar, *İftira*, s. 201; Dönmezer, *Şahıslar*, s. 99-100;

4. CD., 22/01/1985, 8571E. /120 K.: “Oluşa ve dosya içeriğine göre, geceleyin evinden bazı eşyalarının alınmış olduğunu ve o gün devamlı olarak kendisini ve evini sorduğu için alacaklısı Mehmet’den *şüphelendiğini* bildiren sanığın, bu savunmasının aksini kanıtlayan kesin ve inandırıcı hiçbir delil elde edilmediği anlaşıldığından; yasal

bildirimler şikâyet hakkı, suçlarda kanunilik ilkesi göz önüne alındığında iftira suçunu oluşturmazlar.¹¹⁵ Fail masum kişiyi suçlu zannetmesine rağmen suçsuz olduğu anlaşılacak olursa, failin bu hatası kastı kaldıracığından iftira suçu oluşmaz.¹¹⁶ Bu suçun manevi unsurunun ön şartı, failin fiil isnat ettiği kişinin “*masum olduğunu bilmesi*” dir.¹¹⁷

Burada tartışılması gereken başka bir husus da şüpheli ya da sanık konumundaki bir kişi savunma yaparken masum kişilere hukuka aykırı bir fiil isnat ederse bu suçun oluşup oluşmayacağıdır. Suçun oluşmama-yağı yönünde ileri sürülen bir fikre göre; burada isnatta bulunan kimse kendi üzerindeki şüpheleri kaldırmak için başkasını fiili işleyen olarak gösterdiğinden iftira kastından değil kendini koruma söz edilebilir. Başka bir fikre göre ise burada kişinin saikine bakılamayacağı ancak kanunda ihbar ya da şikâyetten bahsettiğine göre kişi de ihbar ve şikâyet kastı olmak koşulu ile bu suçun oluşabileceğidir.¹¹⁸ Yargıtay “*mahkemede müdafaaaten yapılan suç isnatları ihbar ve şikâyet teşkil etmez*”, diyerek konuyu manevi unsura değinmeden maddi unsurla çözmüştür.

Bu suçun oluşumu için fiili isnat edende masum kişi hakkında idari bir yaptırım uygulanmasını ya da soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını sağlama *amacının* dışında, saikin önemi yoktur. Failde bulunan; zarar verme düşüncesinin, iyiniyet ya da kötünüyettin, koruma içgüdüsünün manevi unsur bakımından önemi yoktur.¹¹⁹ Taksirli iftira mümkün olmadığından kendisine iftira edilen kişi, bu durumlarda hukuk mahkemelerinde tazminat davası açabilir.

şikâyet hakkını kullanmış sayılacağı, bu nedenle müsnet suçun unsurlarının teşekkül etmediği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi, ... bozmayı gerektirmiştir (YKD, Nisan 1985, s. 587 vd.).

4. CD., 2002/29383 E., 2003/12095 K.: “...suçun hukuka aykırılık ögesinin ne suretle oluştuğu, sanığın yakınların *suçsuz olduğunu bilerek* doğrudan bu kasıtlı suç yüklediği açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi ...bozulmasına (<http://uyg4.adalet.gov.tr:9081/VeriBankasi/DokumanGoster?dokumanId=93%203%20...> Erişim tarihi : 24.10.2005).

YCGK 12.05.1998, 4-108/178: “Yakınma hakkının kullanılmasındaki ölçü, fail tarafından, ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan eylemin, mağdur tarafından işlenmediğini bilip bilmemesidir. Fail, işlendiğini ileri sürdüğü eylemin mağdur tarafından işlenmediğini kesin olarak bildiği halde, suç işlediğinden bahisle yetkili mercie ihbar veya şikâyette bulunmuşsa, iftira suçu oluşacaktır (Meran, *Türk Ceza Kanunu*, s. 1215).

¹¹⁵ Bayraktar, *İftira*, s. 201; Erem, bütün ihbar ve şikâyetlerin kesin hükme kadar bir tahminden ibaret olduğunu belirterek iftira suçunun bu durumda oluşabileceğini savunmaktadır (Erem, *ÖH*, II, s. 1525).

¹¹⁶ Erem, *Adliye*, s. 23.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 760.

¹¹⁸ Erem, *Adliye*, s. 20.

¹¹⁹ Bayraktar, *İftira*, s. 200.

Son olarak failde iftira kastının olup olmadığını hâkim; failin kültür seviyesine, akli ve iktisadi durumuna, yaşantısına bakarak değerlendirecektir.¹²⁰

VII. Suçun Tamamlanması

İftira suçu; isnat edilen hukuka aykırı fiil, idari yaptırımı gerektiren bir fiil ise bunun yaptırımı uygulayacak makamın; suç ise ihbar veya şikâyetle ya da basın ve yayından yetkili makamların haberdar olduğu anda tamamlanır.¹²¹ İftira suçu masum kişi hakkında maddi eser ve delil uydurma şeklinde işlenmesi halinde, suçun tamamlanma anı, yetkili makamların uydurulan delil ve emarelerden haberdar olduğu andır.¹²² İftira suçu ani ve şekli suçlardan olduğundan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır ayrıca iftira tehlike suçu olduğundan bir zararın ortaya çıkmasına da gerek yoktur.¹²³ 765 sayılı kanun döneminde bu suçu müte-madi suç sayan yazarlar da vardı. İftiraya uğrayan kişi hapiste olmasına rağmen fail lehine zamanaşımının işlemesi sakıncasını bertaraf için savunulan bu düşünce, doktrinde eleştirilmiş ve kanuna bu meselenin çözümü için bir hüküm eklenmesinin doğru olacağı belirtilmiştir.¹²⁴

Yetkili makamların kendilerin ulaşan bildirimlerle ilgili olarak bir işlem tesis etmemeleri kendi sorumlulukları ile ilgili bir meseledir.¹²⁵ Yukarıda da belirttiğimiz gibi yetkili makamları harekete geçirmeye yönelik olmayan belirsiz fiillerin isnadı hallerinde yetkili makamlar, içeriği bu şekildeki bildirimlerden, haberdar olsalar dahi iftira suçu oluşmaz.

VIII. Cezayı Etkileyen Nedenler

a. Ağırlaştırıcı Nedenler

5237 sayılı kanun 267 maddesinin 2–7. fıkralarında bu suçun ağırlaştırıcı nedenlerini düzenlemiştir. Doktrinde bazı yazarlar 267. maddenin ikinci fıkrasını “*maddi iftira*” olarak nitelemekte ayrı bir başlık altında

¹²⁰ Bayraktar, *İftira*, s. 200–201; Dönmezer, *Şahıslar*, s. 99–100.

¹²¹ Toroslul, *Ceza Hukuku*, s. 314; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 752.

¹²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 753.

¹²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 752.

¹²⁴ Erem, ÖH, II, s. 1523; Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar (5237 SK md 66/6).

¹²⁵ Şahbaz, *İftira*, s. 501.

incelemektedirler.¹²⁶ Biz bir ağırlaştırıcı nedenler bölümünde incelemeyi faydalı buluyoruz.

1. Fiilin Maddi Eser ve Delillerini Uydurarak İftirada Bulunulması

Doktrinde bu durum öteden beri “*maddi iftira*” olarak nitelenmekte ve ayrı bir başlık altında incelenmektedir. 765 sayılı TCK döneminde bu işleniş şekli diğer işleniş şekliyle aynı fıkırada düzenlendiğinden eleştirilmişti. 5237 sayılı kanun isabetli olarak bu işleniş şeklini daha aldatici ve inandırıcı bulduğu için ayrı bir fıkrada ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. Fail bu durumda isnat ettiği hukuka aykırı fiilin maddi eser ve delillerini de uydurmaktadır. 5237 sayılı kanun bu hali, “*isnadın maddi eser ve delillerini uydurarak işlenmesi*” şeklinde ifade etmiştir. Kişi burada iftira suçunun basit halinde olduğu gibi soyut olarak bir isnatta bulunmamakta, maddi eser ve delil uydurarak isnadını somutlaştırmaktadır.¹²⁷ Ancak bu somutlaştırmanın iftira suçunu oluşturabilmesi için belirli veya belirlenebilir bir kimseye yönelmiş olmalıdır. Ayrıca burada da amaç; masum kişi hakkında idari bir yaptırım uygulanmasını ya da soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını sağlama olmalıdır.

Maddi nitelikte olan, hukuka aykırı fiilin masum kişi tarafından işlendiği kanaatini uyandıran her şey “*maddi eser ve delil*” dir.¹²⁸ Örneğin bir kimsenin başkasının cebine gizlice uyuşturucu koyarak onu ihbar etmesi, kendi kendini yaraladıktan sonra yetkili makamlara masum kişi tarafından yaralandığını ihbar etmesi gibi.¹²⁹

İşlenen bir suçun delillerini uydurup daha sonrada kişi ihbar edilirse acaba iftira suçu gerçekleşecek midir? Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Toplumun huzuru için adli gerçeğin adli yola bulunulması gerekeceğini, hakkında delil uydurulan kişi suçlu da olsa iftira suçunun oluşacağını düşünen yazarlar¹³⁰ olduğu gibi; burada “*masum kişinin*” olmadığı, ka-

¹²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 748 vd.

¹²⁷ 8. CD., 9.12.1983, 2500/ 2803 : “...Sanığın açık ikrarından da anlaşıldığı gibi Türkiye’ye hareket eden eşinin yeniden Almanya’ya dönüşünü engellemek için haberi olmadan valizine yerleştirdiği tabanca ve mermilerin varlığını Almanya’dan telefonla Türk makamlarına ihbar ettiği de kabul edilmiş olduğu halde sanığın kasit ve amacının ülkeye ateşli silah sokmak değil, ancak ayrı bir takibat konusu olabilecek suç tasnii veya iftira hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekirken... (Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunununun Yorumu*, Ankara 1995, C. II, s. 2985).

¹²⁸ Erem, *Adliye*, s. 22; Erem, *ÖH*, II, s. 1524.

¹²⁹ Örnekler için bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 749.

¹³⁰ Bayraktar, *İftira*, s. 199.

nunda ise masum kişiden bahsedildiği, bundan dolayı iftira suçunun unsurlarının oluşmadığını düşünen yazarlar da vardır.¹³¹

Maddi eser ve delilleri uydurulan suçun ayrıca ihbar edilmesine gerek yoktur.¹³² İftira suçunun bu nitelikli halinin oluşumu için, soruşturma makamlarını harekete geçirebilecek nitelikteki delil ve emarelerin yetkili makamların bilgisine ulaşmış olmasıdır.

2. Masum Kişi Hakkında Tutuklama ve Gözaltı Dışında Başka Bir Koruma Tedbirine Başvurulması

5237 sayılı TCK'nın 267. maddesinin üçüncü fıkrasında bu neden şu şekilde ifade edilmiştir: *Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

Bu ve bundan sonraki ağırlaştırıcı nedenler aslında suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleridir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar doktrininde bir tasnife tabi tutulmakta ilk grupta yer alan bu tür suçlarda fail gerçekleşen ikinci sonuç bakımından kasıtlı olmaması gerekir çünkü bu halde kasıt suç vasfını değiştirir, bu bakımdan neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri değil başka suç hükümleri uygulanır. İkinci grupta yer alan suçlar bakımından ise ikinci sonuç bakımından fail en az taksir derecesinde kusurlu olmalıdır (5237 SK m. 23), kasıt olsun veya olmasın ceza artırılabilecektir. İftirada bu tür suçlardandır. Gerçekleşen ikinci sonuç bakımından en az taksir derecesinde kusur gerekli ve yeterlidir, kasıt olsun veya olmasın ikinci sonuç gerçekleşirse ceza artırılabilecektir.

Koruma tedbirlerinden ne anlaşılması gerektiği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 ila 140. maddeleri arasında düzenlemiştir. Kanunun bu hükümleri incelendiğinde tutuklama ve gözaltına alma dışındaki koruma tedbirlerini; yakalama, adli kontrol, arama ve elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme, teknik araçlarla izleme şeklinde belirtebiliriz. Bu koruma tedbirlerinden birisi isnat edilen fiil nedeniyle uygulanmış ve isnat edilen fiil işlenmediğinden dolayı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilmişse ceza yarı oranında artırılabilecektir.

¹³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 749.

¹³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 750.

3. Masum Kişinin Tutuklanması veya Gözaltına Alınması

Yasakoyucu diğer koruma tedbirlerinden ayrı olarak tutuklama ve gözaltına alma koruma tedbirine hükmedilmesi halini ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. Masum kişi isnat edilen suç nedeniyle tutuklanır veya gözaltın alınırsa iftira eden ayrıca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı faili olarak sorumlu tutulacaktır.

Doktrinde bu ağırlaştırıcı neden bir fiile iki ayrı ceza verildiği ve dolaylı fail kavramının isabetli kullanılmadığı nedeniyle eleştiriye uğramıştır.¹³³ Gerçektende dolayısıyla faillik akıl hastasını veya bir küçüğü suçta bir araç gibi kullanılması hallerinde söz konusu olabilir. Burada ise böyle bir durum söz konusu değildir.

4. İftiraya Uğrayan Hakkında Hürriyeti Bağlayıcı Cezaya Hükmedilmiş Olması

5237 sayılı TCK'nın 267. maddesinin beşinci fıkrası, masum kişi hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde cezanın artırılacağını düzenlemiştir. Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur (TCK m. 267/5). Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır (TCK m. 267/6).

Doktrinde 267. maddenin 5. fıkrası suçun basit şekli için öngörülen cezayla bağlantı kurulmadan düzenlediği için eleştirilmiştir. İftiraya uğrayan üç yıl hapse mahkûm edilmişse, beşinci fıkraya göre verilecek ceza iki yıl olacağından bu düzenleme yasa yapım tekniğine uygun değildir.¹³⁴

5. İftiraya Uğrayan Hakkında Hapis Cezası Dışında Adli veya İdari Yaptırım Uygulanması

5237 sayılı kanununun 267. maddesinin 7. fıkrasına göre, iftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹³³ Soyaslan, *Ceza Hukuku*, s. 552.

¹³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 766.

5237 sayılı kanununun 45. maddesine göre suç karşılığı olarak uygulanacak yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. Bu maddeye göre hapis cezası dışında uygulanabilecek bir yaptırım “adli para cezası”dır. İdari yaptırıma örnek olarak da bir memura kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi, verilebilir.

Hâkim ağırlaştırıcı nedenlerin varlığı halinde vereceği cezayı takdir ederken, yaptırımın türünü, uygulanan zaman süresini dikkate almaktadır. Çünkü hakkında uyarı cezası verilen bir kişi ile meslekten ihraç kararı verilen bir kişinin iftiracıları aynı cezaya mahkûm olurlar ki bu da ceza adaletine uygun bir durum değildir.

IX. Etkin Pişmanlık

5237 sayılı TCK sisteminde suç tamamlandıktan sonra cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak kabul edilen “etkin pişmanlık” hükümleri, özel hükümlerde ve belli suç tipleri için düzenlenmiştir. İftira da bu suçlardan biridir. İftira suçunun tamamlanmasından itibaren isnat edilen suç nedeniyle verilen hükmün infazına başlanması halinde kadar geçen evrenin çeşitli aşamalarında failin, iftirasından dönmesi halinde verilecek ceza indirilecektir. Fail idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı bir fiil isnat ettiği durumda da belli koşulların varlığı halinde iftirasından dönerse etkin pişmanlık hükmünden faydalanacaktır.

5237 sayılı TCK'nın konu ile ilgili hükmü 269. maddedir. Bu hükme göre isnat edilen hukuka aykırı eylem “suç” ise fail; adli soruşturma başlamadan evvel iftirasından dönerse verilecek cezanın beşte dördü, kovuşturma başlamadan önce iftirasından dönerse verilecek cezanın dörtte üçü indirilir (m. 269/1, 2). Kovuşturma aşamasında ise fail; mağdur hakkında hüküm verilmeden önce iftirasından dönerse verilecek cezanın üçte ikisi; mağdurun mahkumiyetinden sonra hükmün kesinleşmesinden evvel iftirasından dönerse, verilecek cezanın yarısı indirilebilir (m. 269/3-a, b). Cezanın infazına başlanması halinde failin iftirasından dönmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilebilir (m. 269/3-c). Görüldüğü üzere kovuşturma başladıktan sonra hüküm verilmeden evvelki dönemde, hüküm verildikten sonra fakat kesinleşmeden evvelki dönemde ve hükmün kesinleşip infazına başlanılmasından sonraki dönemde fail, iftirasından dönerse hakim taktirine bağlı olarak ceza indirilecektir.

Soruşturma ve kovuşturma kavramlarını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu tanımlamıştır. Buna göre soruşturma; kanuna göre

yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder (5271 SK m. 2/1-e). Kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (5271 SK m. 2/1-f). Failin, adli soruşturma başlamadan evvel iftirasından dönmesi durumu 5271 sayılı kanun ve 5237 sayılı TCK nazara alındığında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Failin yetkili makamlara başvurması ile suç tamamlanacağından, soruşturma evresi de suç şüphesiyle başlayacağından fail hiçbir vakit bu hükümden yararlanamayacaktır. Ancak TCK'da kastedilenin bu olmadığı açıktır. Burada, suçun tamamlanmasından savcılığın suçla ilgili olarak *doğrudan doğruya* (tanık dinlemek, ifade almak bilirkişi tayin etmek...vs.) işlem yapmasına kadarki evre kastedilmiştir.¹³⁵

İsnat edilen fiil idari yaptırım gerektiren bir fiil ise, idari soruşturma başlanmadan evvel iftiradan dönülürse fail hakkında hükmedilecek cezanın beşte dördü indirilecektir (m. 269/1). İftiranın konusunu oluşturan münhasıran idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiil ise; fail, idari yaptırıma karar verilmeden önce etkin pişmanlıkta bulunursa verilecek cezanın yarısı, idari yaptırım uygulandıktan sonra etkin pişmanlıkta bulunursa verilecek cezanın üçte biri indirilebilecektir. Her iki durumda da cezanın indirilmesi konusunda hakime taktir yetkisi verilmiştir.

İftira basın yayın ve yayın yolu ile işlenmişse, iftira edenin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için bunun aynı yöntemle yayınlaması gerekir (m. 269/son).

İftiradan dönme başka bir deyişle gerçeğin belirtilmesi, tereddütlerden uzak bir şekilde, muğlak ifadeler içermeyecek türden açık bir şekilde ortaya konmalıdır.¹³⁶ Ancak sanıktan "*iftira etmiştim*" şeklindeki açıklıkta bir anlatımı da beklemek hükmün konuluş amacına ters dü-

¹³⁵ Yiğitbaş, *İftira*, s. 838; 4. CD., 24.05.1985, 4742/4980 : "...sanık müşteki olarak C. Savcılığı'nca alınan ifadesinde "...ben bir cahillik yaptım, sağın-solun sözüne inanarak aslı olmadığı halde Belediye Başkanını şikayet ettim..." diyerek müşteki hakkında takibata başlanılmadan önce isnadından rücu ettiği gözetilerek TCK'nin 285/son uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir" (Savaş/Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu*, s. 2985).

¹³⁶ Bayraktar, *İftira*, s. 203; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 770; Şahbaz, *İftira*, s. 505; Y. İBK., 21.01.1959, 12/3: "...iftira suçundan rücu, hakikate dönmek, mağdur hakkındaki ihbarın varit olmadığını açıklamak ve binnetice suçu kabul etmektir. Kanunun rücu dolayısıyla cezadan indirmeyi gerektirdiği bir halden, inkarla ahlaki redetine (kötülük) ısrar eden münkiri faydalandırmanın düşünülmeyeceği derkar (açık) dır...iftira suçunda inkarın rücu inkarın rücu kabul edilmeyeceğine karar verilmiştir (Meran, *Türk Ceza Kanunu*, s. 1214).

şer.¹³⁷ Yalnızca şikayetten vazgeçme veya iftira ettiği fiili sonradan inkar etme, bu anlamda iftiradan dönme sayılmaz.¹³⁸

“İftiradan dönmeden” dönülüp dönülmeyeceği konusuna gelince doktrinde bunun mümkün olduğu savunulmaktadır. Ancak bunun da tıpkı iftiradan dönme gibi açık olması gerekir.¹³⁹ Rucuunu geri alan, başka bir deyişle iftiradan dönmeden dönen kişi, hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

X. Sonuç

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile ceza hukuku alanında karmaşanın yaşandığı geçiş sürecindeyiz. Bu kanun “iftira” suçu ile ilgili yeni bir takım düzenlemeler yapmıştır. Doktrinin öteden beri savunduğu fikirler kanuna kısmen de olsa yansıtılmıştır. Basın ve yayın yolu ile yapılan isnatların suçun kapsamına alınması, maddi iftiranın suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi, zamanaşımı ile ilgili olarak maddeye bir fıkra eklenmesi, bu suçla ilgili olarak getirilmiş olumlu düzenlemelerdir. İdari yaptırımı gerektiren fiillerle “suç” isnatlarının aynı fıkroda düzenlenmesi, 267. maddenin son fıkrasında “hükümün ilanı” ile ilgili olarak genel hükümlerle uyuşmayan bir düzenlemeye yer verilmesi, ceza hukukunun yerleşmiş kavramlarından “dolayısıyla faillik” kavra-

¹³⁷ YCGK, 25.10.1982: “ Sanık kendisine ait aracı müştekiye satarak teslim ettiğini duruşmada kabul ve ifade ettiğine göre; bu husus ilk isnadından rücu ettiğini açıkça gösterir niteliktedir. Sanıktan ayrıca “iftira etmişim tarzında bir söz kullanmasını beklemek yasaya uygun bir yorum sayılmaz...” (Savaş/Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu*, s. 2982).

4. CD., 2002/23026 E., 2003/7806 K.: “ ...sanığın duruşmadaki “senedi babam Ramazan Eke ile ben imzaladım kimin kefil olduğumu bilmiyorum; senet üzerinde iki imza vardı fakat müştekinin elindeki senette tek imza vardı ve bu imzada bana aittir” şeklindeki açıklamasının gerçeğe dönme niteliğinde olup olmadığınıntartışılmaması...” (http://uyg4.adalet.gov.tr: 9081/VeriBankasi/DokumanGoster... erişim tarihi: 24.10.2005).

4. CD., 2002/23806 E., 2003/8205 K.: “ ...talimatla alınan” senet üzerinde tahrifat yapılmamıştır, sanıktan şikayetçi değilim” biçiminde anlatımın...rücu niteliğinde olduğunun gözetilmemesi...” (http://uyg4.adalet.gov.tr: 9081/VeriBankasi/DokumanGoster...erişim tarihi: 20.10.2005).

4. CD., 08.02.2000 58/743 : “....Sanık talimatla alınan savunmasındaki “dava konusu imzanın mağdurlar tarafından atıldığını iddia etmedim” biçimindeki sözlerinin gerçeğe dönme niteliğinde olup olmadığının tartışılması ... (Meran, *Ceza Kanunu*, s. 1219).

¹³⁸ Yiğitbaş, *İftira*, s. 838.

¹³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku*, s. 770.

mının yanlış kullanılması, bu kanunun iftiraya ilişkin hükümlerinin eleştirilecek yanlarıdır.

Türk bilim insanlarının ve uygulayıcılarının bu kanunu bilimsel bir temelle yorumlamaları halinde eleştiriler kısmen de olsa karşılanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı, Türk Ceza Kanunu, *Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayını* 2005.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005.

Bayraktar, Köksal, İftira, *İÜHFİM*, C. XL, S. 1-4.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005.

Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler*, İstanbul 1953.

Dülger, Murat Volkan, 5237 Sayılı YTCK' da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, yıl 2, S. 5, Nisan 2005.

Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara 1993.

Erem, Faruk, *Adliye Aleyhine Cürümler*, Ankara 1955.

Erol, Haydar, *En Son Değişiklikleri ile Madde Açıklamalı En Yeni İçtihatlı, Türk Ceza Kanunu*, 2003.

Feyzioğlu, Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, yıl 2006, S. 62.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Adliye'ye Karşı Suçlar*, AD., Y. 60, S. 8, Ankara 1969.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. III, *Kazancı Hukuk Yayınları* No: 64.

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2002.

- Hamit, Dünder, İftira Suçu İle Benzer Suçlar Üzerine Bir İnceleme, *AD*, Y. 75, S. 2, Ankara 1984.
- İlkiz, Fikret, Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Filleriyle İlgili Düzenlemeler, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, yıl 2, S. 5, Nisan 2005.
- Keskin, Serap, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, *Türkiye Barolar Birliği Yayını* 2004.
- Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.
- Özen, Muharrem, Yeni Türk Ceza Kanunu Hakkında Görüşler (panel), <http://www.law.ankara.edu.tr>, erişim tarihi: 20.04.2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Ankara 1995, C. II.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2005.
- Şahbaz, İbrahim, İftira Suçu, *YD*, C. II, S. 4, Ankara 1985.
- Toroslu, Nevzat, İftira Cürümünün Hukuki Konusu, *AÜHFD*, C. XXX-VII, Ankara 1982.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2003.
- Yaçın Sancar, Türkan, Mütessesil Suç, Ankara 1995.
- Yiğitbaş, M. Oktay, İftira Cürmü Üzerine Bir Deneme, *AD*, Y. 58, S. 11 Ankara 1967

MÜDAFİNİN ve VEKİLİN HUKUKİ YARDIMI, SINIRLARI ile UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLARIN AİHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Ş. Cankat Taşkın *

Müdafî ve vekil yetkileri ile katılan, şüpheli ve sanık hakları birbirinden ayrılamayan, birbirinin bütünleyici parçası olan kavramlardır. Müdafî olmazsa sanık hakkı; vekil olmazsa katılan hakkı olmaz.

Bu derece iç içe geçmiş olan ceza yargılaması kişilerinden müdafînin ve vekilin yetkileri ile bu yetkilerin iç hukukumuzdaki sınırının ne olduğunun incelenmesi adil yargılanma ilkesinin ülkemiz hukukunda daha etkin uygulanması ve gerek müdafînin gerekse vekilin yargılamaya daha etkin katılmasını sağlamak bakımından önem taşımaktadır.

1. Medeni Yargılama Bakımından

Vekilin medeni yargılamadan kaynaklanan hukuki yardımında kural müvekkilin talimatıyla bağlı olmaktır. Talimata aykırı davranışından ötürü müvekkilin zararı doğarsa; vekil bunu gidermekle yükümlüdür. (BK 388, 389, 390, 321)

Bireyin Medeni Yargılama bakımından da avukat yardımından yararlanması temel insan haklarından olan savunma hakkının gereklerindedir ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. (AİHS m. 6)

Bunun iç hukuktaki yansıması Anayasa m. 36'dır. Anayasa m. 36, AİHS m. 6 kadar geniş yazılmamıştır. Ancak AİHS m. 6 ile birlikte yorumlanmalıdır. Zira bu yaklaşım aynı zamanda AY 90/son gereğidir.

AİHM'in Artico-İtalya Kararı ile Airey-İrlanda Kararları Medeni Yargılamada da avukat yardımından yararlanmanın temel bir insan

* Av. Bursa Barosu.

hakkı olduğu ve bu kurala uyulmamasının sözleşmenin 6. maddesinin ihlali anlamına geleceğini göstermesi bakımından önemlidir. Kararlarda ayrıca, avukat yardımıyla “etkin” olarak yararlanmanın öneminden bahsedilmektedir. Eş deyişle, avukatın yargılamada bulunması yetmez; avukat aynı zamanda etkin bir hukuki yardım sunmuş olmalıdır.¹

2. Ceza Yargılaması Bakımından

A. Temel Kural: Savunmada Sınırsızlık ve Serbestlik

I. Müdafî ve Vekilin Ceza Yargılamasındaki Yetkileri

Ceza Yargılamasında kural hukuki yardımın “sınırsız” olmasıdır. (CMK 149). Bu konudaki temel kuralları AİHS 6/3. c; İHEB 11; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/1; Anayasa m. 36; ile CMK 149-156, 197 ve 234-239 (mağdur bakımından) arasındaki hükümler belirlemektedir.

Özellikle CMK 149/1 gereğince şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın *her aşamasında* müdafî yardımından yararlanma hakkına sahiptir.

a. Müdafinin ve Vekilin Soruşturma Aşamasındaki Yetkileri

Müdafî, soruşturmanın her aşamasında şüpheliye hukuki yardımda bulunabilir (CMK 149/1). Hatta birden çok müdafî de şüpheliye hukuki yardım sunabilir. Soruşturma aşamasının her basamağında müdafinin şüpheliyle görüşme; ifade alma veya sorgu sırasında onun yanında bulunma hakkı engellenemez; kısıtlanamaz (CMK 149/3).

Müdafî, soruşturma aşamasında dosya içeriğini inceleyebilir ve dosyadan istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak temin edebilir (CMK 153/1). Bu maddedeki haklardan suçtan zarar görenin vekili de aynen yararlanabileceğine göre, onun da soruşturma aşamasında dosyadan örnek alması harca tabi olmaksızın ve vekaletname aranmaksızın mümkün olmalıdır (CMK 153/5).

Müdafî soruşturma aşamasında şüpheliyle her zaman ve vekaletname aranmaksızın; konuşulanların duyulamayacağı bir ortamda gö-

¹ Konuyla ilgili AİHM Kararları Prof. Dr. Bahri Öztürk-Doç. Dr. M. Ruhan Erdem’in *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, adlı kitabından alınmıştır. (9. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 167)

rüşme hakkına sahiptir. Müdafii ile şüphelinin yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMK 154). Bu hakkın katılan-vekil ilişkisi bakımından da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yani CMK 154 hükmü, mağdur ile şikayetçi ve katılanın hakları bakımından da (CMK 234/1. a-3; CMK 239) kıyasen uygulanmalıdır.

Müdafinin sorguda bulunma ve sorgu sırasında da şüpheliye hukuki yardım sunma hakkı vardır (CMK 147/1. c; 91/6).

Aynı yöndeki düzenlemeler Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasada da belirtilmektedir (CGTİHK m. 42/4; 43/3; 44/5; 68/4; 86/8. c. son; 114/5). Burada özellikle m. 44/5 çok dikkat çekicidir. Zira tutuklunun "hücrede dahi" avukatıyla görüşme hakkı engellenmemektedir. Ayrıca yasanın 114/4-5 hükmü de tutuklunun tutukluvinde müdafii ile görüşmesini ve haberleşmesini güvencelemektedir.

Yönetmeliklerde de tam serbestlik kuralı korunmaktadır. (Yakalama Yön. 20/3; 21/1. Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yön. m. 19).

b. Müdafinin ve Vekilin Kovuşturma Aşamasındaki Yetkileri:

Müdafii ve vekil bakımından tam serbestlik kuralı CMK 153/4² ile karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, müdafii ve vekil iddianamenin yargıevi (mahkeme) tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecektir. Bu konuda CMK 153/2' deki gizlilik kararı kovuşturma aşaması bakımından geçerli olamayacaktır ki kovuşturma aşaması kural olarak açıktır.

Düzenleme yanlış yorumlara yol açabilir. Zira yasanın lafzi yorumuna göre sanki yalnızca muhafaza altına alınmış olan delillerin incelenebileceği anlaşılmaktadır. Oysa yasa amacına göre yorumlandığında, inceleme yetkisinin kovuşturma aşamasının aleniliği de dikkate

² CMK 153 hükmü şöyledir: "Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi: (1) Müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafinin dosyayı incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) Müdafii, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. (5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

alındığında; yalnızca muhafaza altındaki delillerle sınırlı olmaması gerektiği görüşündeyiz. Aksi halde, düzenleme ile istenilen amaca ulaşamamış ve savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.

Müdafii ve vekilin acaba otopside, yer göstermede, aramada, keşifte bulunma hakkı var mıdır?

CMK 74/2 gereğince gözlem altına alınan şüpheliye veya sanığa hakimnin veya yargıevinin istemi üzerine baro tarafından müdafii atanır. Buradaki müdafinin de CMK 149 vd. hükümlerinde belirtilen yetkilerle haklara sahip olması gerektiği görüşündeyiz.

Acaba CMK 75'te düzenlenen şüpheli ve sanığın beden muayenesi işlemi sırasında şüphelinin veya sanığın müdafii işlemde hazır bulunma hakkına sahip midir? Yasa hükmünde açıkça belirtilmediğine göre müdafinin bu işlem sırasında hazır bulunma hakkı olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, bu işlem, 75/3 gereğince ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu bir görevli tarafından yapılabileceğine göre; bu işlem sırasında şüpheli veya sanıkla bu görevlinin bire bir durumda bulunması gerekmektedir. Şu halde, müdafii bu işlemde fiilen bulunamamalıdır.

Fakat acaba şüphelinin, sanığın ya da müdafinin belirlediği bir sağlık görevlisi (hekim) bu işlem sırasında hazır bulunabilecek midir? Bizce bu konuda otopsi (CMK 87) hükmü kıyasen uygulanmalı ve şüpheli, sanık ya da bunların müdafii tarafından atanan hekim beden muayenesi sırasında hazır bulunabilmelidir. Aynı gerekçelerle, CMK 76'da düzenlenen diğer kişilerin beden muayenesi işleminde, mağdur vekilinin veya mağdurun belirleyeceği bir hekimin de muayene sırasında hazır bulunma hakkının engellenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

CMK 81'de düzenlenen "Fizik Kimliğin Tespiti" tedbirinde de şüphelinin veya sanığın müdafii ile -olayın özelliği gerektiriyorsa- suçtan zarar görenin vekilinin de hazır bulunmasının engellenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira şüphelinin veya sanığın fizik kimliğinin tespiti şüpheli ya da sanık aleyhinde sonuçlar doğurabilecek bir işlemdir. Çünkü bu işlemler sırasında kolluk görevlileri şüpheliden fotoğraf, beden ölçüsü, parmak ve avuç içi izi; bedensel özellikleri ve ses kaydı alabilmektedirler. Bu nedenle bu işlemi uygulayacak olan kolluk görevlilerinin hak ihlallerine yol açabileceği düşünülerek, şüpheli veya sanığın müdafininin bu işlem sırasında hazır bulunarak hukuki yardım sağlaması ile AY 38/5'teki "hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen

yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." Hükmü ve CMK 149'da düzenlenen şüphelinin veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafî yardımından yararlanma hakkının engellenememesi ve kısıtlanamaması hükmü de işlevsel kılınmış olacaktır.

Bu tedbirin uygulanmasında şüpheli veya sanık bakımından CMK 149/2 ile getirilen 3 avukat sınırı uygulanamaz. Çünkü yasa metnine göre, 3 avukat sınırı ancak soruşturma evresinin "*ifade alma*" başlığı ile sınırlı olan bir sınırlamadır. Şu halde, bu tedbir bakımından görüşümüze göre, şüpheli veya sanık için müdafî sayısı bakımından herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Ancak fizik kimliğin tespiti işlemi kovuşturma aşamasında da yapılabileceğinden, kovuşturma aşaması bakımından zaten avukat sayısında bir sınırlama söz konusu değildir. Bu, diğer işlemler bakımından da geçerli olan temel kuraldır.

CMK 83'te düzenlenen keşif sırasında da şüpheli veya sanığın müdafî ile suçtan zarar görenin ya da katılanın vekili hazır bulunabilirler ve kendilerine yasa ile tanınmış olan tüm yetkileri (CMK 201'deki doğrudan soru sorma hakkı; 177-178'deki doğrudan delil getirme hakkı dahil) kullanabilirler.

CMK 85'te düzenlenen "*yer gösterme*" işlemi ile CMK 52/2'de gösterilen "*yüzleştirme*" işlemlerinde de müdafî ile (yasada açıkça belirtmemesine rağmen) vekilin de bulunması ve haklarını kullanması engellenememelidir.

CMK 86 ve 87'de düzenlenen *ölünün kimliğinin tespiti* bakımından görüşümüze göre, müdafinin veya vekilin atayacağı hekimin bu işlemler sırasında hazır bulunması engellenememelidir.

CMK 120/3 hükmü gereğince kişinin avukatının arama sırasında hazır bulunması engellenemez. Fakat avukata aramadan önce haber verilmez. Başka bir deyişle, aramanın özelliği "*önceden haber verilmeksizin*" yapılması olduğundan avukata önceden haber verilmemesi doğrudur. Fakat bizce, eğer kişinin evine gidilmişse ve arama işlemine başlanacağı kişiye söylenmişse, kişinin avukat istemesi veya avukatını seçmesi durumunda da aramaya başlamadan önce avukatın beklenmesi doğru olacaktır. Kolluk, avukat beklenirken delillerin kaybolmaması için gereken önlemleri almalı; ancak avukat geldikten sonra aramaya başlamalıdır. Aksi halde, CMK 120/3 hükmü "*uygulanamaz*" hale gelecektir. Ya da ancak kişinin avukatı arama sırasında "*tesadüfen*" aranılacak yerde bulunuyorsa bu hüküm uygulanabilecektir.

Aramada ve yukarıda incelediğimiz diğer koruma tedbirlerinde avukatın hazır bulunması hukuka aykırılıkları önleyecek; hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmamasını sağlayacak ve AY 36 ile AİHS 6'da düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın işlevsel kılınmasının önünü açacaktır.

Özellikle aramada CMK 138 ile düzenlenen "tesadüfen elde edilen deliller" konusu önem taşıdığından, kolluğun aramadaki sınırı ve amacı aşırıp aşmadığı ancak aramada avukatın hazır bulunmasının mutlaka sağlanması ile denetlenebilecektir. Yine CMK 141/1. i hükmüne göre, hakkındaki aramanın ölçüsüz olarak gerçekleştirildiği iddiası ile şüphelinin veya sanığın açacağı tazminat davaları da böylece azaltılmış olacaktır.

II. Konuyla İlgili AİHM İçtihatları

AİHM, *Öcalan-Türkiye kararı*nda savunma hakkının daha yakalama ile başlayacağını dile getirerek, Öcalan ile müdafisinin 7 gün boyunca görüştürülmemesini Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali, olarak yorumlamış ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. (*Aynı yönde bkz. , John Murray-Birleşik Krallık Kararı*)

Ücretsiz müdafilik de AİHM Kararları ile önerilmektedir.³ AİHM; *Tuan Tran Pham Hoang-Fransa Kararı'nda* (aynı yönde bkz., *Quaranta-İsviçre Kararı*) ücretsiz müdafiden yararlanmanın adil yargılanma hakkının temel kurallarından olduğuna; ancak bu haktan yararlanabilmek içinse öncelikle şüphelinin müdafi ücretini karşılayamayacak durumda olması ve adaletin sağlıklı işlemesi bakımından müdafi atanmasının gerekmesi koşullarının varlığına işaret etmektedir.

İkinci koşul için yargıevi olayın karmaşıklığını, suçun ve cezanın ağırlığını, başvuruçunun tutumunu dikkate alır; değerlendirmeyi buna göre yapar. Ücretsiz avukat yardımından yararlanmak medeni yargılama bakımından da bir haktır. (*Airey-İrlanda Kararı*)

AİHM,⁴ *Golder-İngiltere Kararı'nda* (21.02.1975) hükümlü ve tutukluların yazışmalarına ya da avukatlarıyla görüşmelerine sınırlandırma getirilmesini AİHS m. 8 hükmünün ihlali olarak yorumlamıştır. Yargıevine göre, bu tür sınırlandırmalar ancak AİHS 8/2'de belirtilen koşulların varlığı durumunda (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ül-

³ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 167 vd.

⁴ Karar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

kenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla) uygulanabilir.

Golder Kararı'ndaki gibi kendisine hakaret ettiği gerekçesiyle bir gardiyan hakkında dava açmak için avukatıyla görüşmek istemesinin önlenmesi m. 8/2'deki kısıtlama koşullarından sayılmayacak ve bu ihlali gerçekleştiren hükümet m. 8/2'den tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir.

AİHM'in benzer nitelikteki kararları *Boyle&Rice-İngiltere* (27.4.1988) ve *McCallum-İngiltere* (30.08.1990) *Silver vd&İngiltere* (25.03.2983) kararlarıdır.⁵ Yargıevi bu kararlarda infaz kurumlarında belirli bir düzenin sağlanması bakımından hükümlülerin yazışmaları dahil bazı kısıtlamalara gidilebileceğine değinmekle birlikte, hükümlülerin mektuplarının bazılarının yerlerine gönderilmemesi nedeniyle İngiltere'yi mahkum etmiştir.

AİHM'in hükümlü-avukat haberleşmesi bakımından *Campbell&İngiltere* (25.03.1992) ve *Schönenberder/Durmaz&Almanya* (1988) kararları önemlidir.⁶ Buna göre hükümlünün yazışmalarına belli sınırlar konabilir; fakat hükümlü/sanık ile avukatı arasında yapılan yazışmaların hiçbir şekilde denetime tabi tutulamaması gerekir. Çünkü avukat ile sanık arasındaki haberleşmenin gizli olması kuraldır.

Ayrıca *Schönenberger/Durmaz&Almanya* Kararında avukatının sanığın beyanda bulunmama hakkı olduğu, söyleyeceği her şeyin yargılamanın ilerleyen aşamalarında aleyhinde delil olarak kullanılabileceği ve ifade vermemesinin kendi yararına olacağını belirten tutuklu sanığa gönderilen mektubun savcı tarafından tutukluya ulaştırılmadan 4 gün sonra avukata geri gönderilmesinin sözleşmenin 8. maddesi ile güvenceleşen haberleşmeye saygı hakkının ihlali olduğuna hükmederek Almanya Hükümeti'ni tazminata mahkum etmiştir.

Yargıtay da yerleşik içtihat halini almış kararlarında, müdafî yardımından yararlanmanın önlenmesini savunma hakkının ihlali olarak görmekte ve şöyle demektedir: "Savunma hakkı hiçbir gerekçe ile kısıtlanamaz" Ayrıca savunma hakkının kısıtlanması CMK 289/1. h hükmü gereğince mutlak bozma nedenidir.

⁵ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

⁶ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

III. Müdafinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlarla İlgili Çözüm Önerilerimiz

Öğretide müdafinin sanığın yardımcısı mı yoksa temsilcisi mi olduğu konusu tartışmalıdır. CMK'nın gerekçesine göre, müdafii sanığın yardımcısıdır ve müdafii aynı zamanda adalete de yardım etmelidir. Avukatlık Yasası m. 1, avukatlığın hukuki sorunların çözülmesinde yardımcı, bağımsız, serbest bir kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, öğretide çoğunluk müdafinin sanığın yardımcısı olduğunu savunmaktadır ki biz de bu görüşün CMK'nın mantığıyla daha iyi bağdaştığını düşünmekteyiz.

Sanıkla müdafii arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olamayacağı açıktır. Çünkü temsil eden, temsil olunanın talimatları ile bağlı olup; bu talimatların dışında hareket etmesi söz konusu olamaz. Oysaki Ceza Yargılaması bakımından müdafinin yetkilerinin hukuk yargılamasının tersine kural olarak "sınırsız" olduğundan müdafinin sanığın talimatlarıyla bağlı olmaması ve maddi gerçeğin ortaya çıkması için sanık talimat vermemiş olsa dahi sanığın lehine isteklerde bulunarak sanığa ve adalete yardımcı olması gerekir.

Ceza Genel Kurulu 1974 yılında verdiği bir kararında şunu belirtmiştir: "Müdafii, temsil yetkisini haiz olan vekilden ayrı bir statüye tabidir ve hukuktaki vekiller kadar geniş ve mutlak bir temsil hakkını haiz değildir."

Savunma dokunulmazlığı da müdafinin hukuki yardımda bulunurken baskı altında kalmamasını sağlamak bakımından önemli bir düzenlemedir (TCK 128). Buna göre avukat, savunma dilekçesinde kullandığı ifadeler ve savunma yöntemi nedeniyle kural olarak suçlanamaz ve hakkında soruşturma açılmaz.

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği *Avukatlık Meslek Kuralları'nın* 21. maddesi avukatın kişisel ya da mesleki onurunun zorunlu kıldığı halde duruşmayı terk edebileceğini ve bu durumda avukatın derhal baroyu bilgilendireceğini düzenlemektedir.

Meslek Kuralları'nın 21. maddesi özellikle kovuşturma aşamasında yargıevi tarafından avukatın savunma hakkı ağır bir şekilde ihlal edilmişse ve avukat da gereken tüm müdahalelerde bulunmasına rağmen bu ihlali sonuçlandıramamışsa kullanılabilir. Fakat bu durumda sanığın haklarının zedelenmemesine avukat azami özeni göstermelidir. Önceliğin sanığın hakkına mı yoksa mesleğin veya avukatın onu-

runa mı verilmesi gerektiğini avukat somut olaya göre çok iyi tahlil etmeli ve duruşmayı terk etme hakkını bundan sonra kullanmalıdır.

5271 sayılı CMK'nın sisteminde zorunlu müdafilik kural; müdafisiz yargılama ayrıksıdır. Buna göre isteyen her şüpheliye yakalama anından itibaren müdafii atanması gerekmektedir (AİHS m. 6/3. b, c; CMK 150). İsteği halinde mağdura da vekil atanır. (CMK 234-239) Şüpheli 18 yaşından küçükse; sağır ya da dilsizse yahut kendini idare edemeyecek derecede malulse isteği aranmaksızın şüpheliye müdafii atanır. Üst sınırı 5 yıl veya üzerinde olan suçlar bakımından da şüpheliye müdafii atanması zorunludur. Şüpheli bu müdafilere ücret ödemez ancak Türkiye Barolar Birliği'nin rücu hakkı saklıdır. Ancak burada yakın gelecekte karşılaşılabilecek sorunlardan biri de hem zorunlu müdafiliğin gerektiği hallerde kişinin müdafii olmadan yargılamaya devam edilmeyip kişiye müdafii atanması (kişiye tercih olanağı verilmemesi) hem de dönüp kişiden atanan bu müdafinin/vekilin ücretinin rücu edilecek olmasıdır. Görüşümüze göre bu düzenleme doğru değildir. Çünkü kişiye hem istemediği halde (zorunlu olarak) müdafii/vekil atanmakta hem de istemediği halde atanan bu vekilin/müdafiiye ödenen ücret Barolar Birliği tarafından rücu edilmektedir. Bunun yerine, aşağıda önerdiğimiz çözüm uygulanmalıdır.

Adil yargılanma hakkı bakımından düşünüldüğünde çok çağdaş, ilerici ve AİHM içtihatlarıyla AİHS m. 3/c ve d hükümleriyle koşturulan bir düzenleme olan CMK 150 hükmü ne yazık ki uygulamada birtakım sorunlara yol açmaktadır.

Görüşümüze göre, soruşturma işlemleri bakımından (yakalama anından sorgu aşamasının sonuna dek) isteyen her şüpheliye avukat atanması uygundur ve doğrudur ancak kovuşturma aşamasında isteyen herkese ya da CMK 150/3 hükmü gereğince üst sınırı 5 yıl ve üstü ceza gerektiren her suç için müdafii atanması hükmü değiştirilmelidir. Zira hüküm şimdiki durumuyla uygulanmaya çalışıldığında, uygulamada ciddi sıkıntılarla karşılaşmakta; gelir durumuna ve ödeme gücüne bakılmaksızın herkese avukat atanması hem devletin bunun maliyetini karşılaması bakımından birtakım güçlükler yaratmakta; hem de kovuşturma aşamasında belli bir noktaya gelindikten sonra o dosya için görevlendirilen müdafii meslektaşlarımız dosyanın içeriğinden habersiz olduğundan etkili ve doğru bir savunma yapamamaktadırlar.

Ayrıca CMK 151/2 gereğince yeni atanan müdafii savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını beyan ettiğinde yasanın bu yurucu düzenlemesi gereği, müdafiiye yeterli sürenin verilmek duru-

munda oluşu da kovuşturma aşamasındaki yargılamanın uzamasına yol açabilmektedir. Adil yargılanma açısından 151/2 doğru bir hükmüdür fakat yasanın 150/1 ve 3 hükmü ile birlikte yorumlandığında yargılamanın uzaması gibi olumsuz bir sonuca da yol açabilmesi bakımından AİHS 6/1 hükmünün makul sürede yargılanma bakımından ihlali sonucunu doğurabilecektir. Özellikle de bazı ceza *yargievilerinde* 9 ay 10 ay süre sonraya duruşma günü verildiği düşünüldüğünde-ki bu durum CMK 190'a açıkça aykırıdır- yargılamanın uzaması kaçınılmaz olarak gündeme gelebilecektir.

Bu sakıncanın önlenmesi bakımından soruşturma aşamasında görev verilen müdafilere aynı dosyanın kovuşturma aşamasında da görev verileceği CMK 156'ya eklenecek bir fıkra ile yasa hükmü haline getirilmeli; ancak CMK 156/3 hükmü aynen korunmalıdır. Bu düzenleme müdafinin ya da vekilin işi en başından beri izliyor olması nedeniyle hem duruşmanın gereksiz yere uzamasını önleyecek hem de bazı hak yitimleri gerek sanık gerekse katılan bakımından engellenebilecektir.

Örneğin uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, yeni atanan bir müdafinin huzurdayken ve dosya hakkında bilgi sahibi değilken yargievinin sanığı ya da tanığı sorgulaması sıkça görülmektedir. Böyle bir durumda müdafiden doğru ve etkin bir savunma yapması beklenmemelidir. Zira müdafinin dosya hakkında bilgi sahibi olmadığından CMK 201'den kaynaklanan soru sorma hakkını kullanamayacağı gibi; CMK 217/1 gereğince sanık, tanık, mağdur (katılan) ya da bilirkişi beyanı duruşmaya getirilip tartışıldığından yargievi bu beyanlara göre karar verebilecektir. Bu halde de doğru ve etkin yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 başta olmak üzere İHEB 10, AY 36/1 açıkça ihlal edilmiş olacak ve müdafinin "noter gibi" çalışmak durumunda kalacağından TCK m. 6/1. d ile avukata verilen "yargının kurucu unsuru" ifadesi Ceza Yargılaması bakımından işlevsiz kılınmış olacaktır.

Böyle bir durumda müdafinin CMK 151/2 hükmünü gerekçe göstererek sorgunun ertelenmesini istemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir istemde bulunulduğunda yargievleri uygulamada çoğu kez bu haklı isteği sanığın ve tanıkların yeniden çağrılmalarındaki güçlüğü gerekçe göstererek reddetmektedirler. Dolayısıyla, CMK 156 hükmü yukarıdaki önerimiz doğrultusunda düzenlenmedikçe uygulamada avukatlardan etkili ve doğru bir savunmada bulunmaları beklenmemelidir. Zira CMK şüphelinin veya sanığın olabildiğince iyi savunulmasını öngörmekteyken, uygulama dayanağını yasadan aldığı için

yanlış sonuçlar doğurmakta ve böylece hem savunma hakkı kısıtlanmakta hem de müdafî yetkileri fiilen daralmış olmaktadır.

Ayrıca yine CMK 150 hükmü kovuşturma aşaması bakımından düzenlenmeli ve 1. fıkraya “*istemi halinde sanığın mali durumu araştırılır ve bundan sonra uygun görülürse sanığa müdafî atanır*” şeklinde değiştirilmelidir. Bu araştırmayı yargıevleri Cumhuriyet Savcılıkları aracılığıyla yaptırabilecekleri gibi, baroların CMK uygulama merkezleri de adli yardım bürolarının uyguladığı ölçütleri kullanarak bu araştırmayı yapabilirler. Araştırma yöntemi bir yönetmelikle düzenlenebilir. Bu konuda Avukatlık Yasası’nın 178/1. maddesi yol göstericidir.

Kovuşturma aşaması bakımından müdafî yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hukuk yargılamasındaki “*Adli Yardım*” kurumu ile koşut hale getirilmelidir. Bu sağlandığında, gerçekten mali durumu iyi olan ancak ücretsiz müdafî yardımından yararlanan kişiler kendi müdafîlerini seçme yoluna gideceğinden hem uygulamada avukatlar bunun yararını görecekler hem de müdafîler önlerindeki CMK dosya yükü azalacağı için yeterli ve etkili savunma yapmaktan uzak ve noter görevi görme durumundan kurtulmuş olacaklardır. Böylece AİHS 6/1’de ve AY 36/1’de güvencelenen “*adil yargılanma*” hakkı da korunmuş ve sağlanmış olacaktır.

CMK 150/2 aynen korunmalı fakat CMK 150/3’teki “*üst sınırı 5 yıl*” ifadesi “*alt sınırı 5 yıl*” olarak yeniden düzenlenmelidir.

Benzeri bir düzenleme CMK 234/b 5 ve 239/1 hükümleri bakımından da yapılmalı ve madde hükümleri “*istemi halinde mağdurun veya suçtan zarar görenin mali durumu araştırılır ve bundan sonra uygun görülürse baro tarafından avukat atanır*” şeklinde yeniden düzenlenmelidir. CMK 239/2 hükmü ise aynen korunmalıdır. Bu konuda da Avukatlık Kanunu’nun 178/1 maddesi yol gösterici olarak düşünülebilir.

Ancak burada önemle vurgulanması ve unutulmaması gereken bir nokta da Avukatlık Yasası’nın 37. maddesi gereğince avukatın hiçbir gerekçe göstermeden iş reddetme hakkının bulunması hükmü ile CMK 150 hükmünün çatışıp çatışmadığıdır. Eş deyişle, avukat acaba kendisine baro tarafından gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında verilen bir işi reddedebilecek midir?

Avukatlık Yasası CMK’ya göre özel yasadır; şu halde öncelikle uygulanmalıdır ve bu nedenle avukat baro tarafından gönderilmiş bir işi de kişisel ilkeleri ile bağdaşmadığı vb gerekçelerle ya da herhangi bir gerekçe göstermeden reddedilir denildiği takdirde aynı yasanın 1.

maddesi ile avukata yüklenen “*kamu görevi görme*” sıfatı gözden kaçırılmış olacak ve şüpheli, mağdur ya da sanık bakımından önemli hak yitimleri söz konusu olabilecektir. Kaldı ki bizce CMK’nın müdafî ve vekil yetkilerine ilişkin düzenlemeleri Avukatlık Yasası’na göre öncelikle uygulanmalıdır. Her ne kadar Avukatlık Yasası CMK’ya göre özel bir yasa olsa da müdafî/vekil yetkileri ve şüpheli/suçtan zarar gören/sanık hakları gözetildiğinde CMK hükümlerinin daha özel olduğu ve Avukatlık Yasası hükümlerine göre öncelikle uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Şu halde CMK uygulaması bakımından avukata işi reddetme hakkının verilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, uygulamada CMK’da görev yapan avukatlar bu görevi yapmak için baroya başvurmakta (gönüllülük esası) ve bu başvuru sonucunda CMK’da görevlendirilmektedirler. Şu halde, hem CMK’da çalışmaya gönüllü olup hem de CMK’dan gelecek görevi-geçerli bir mazereti olmaksızın- reddetmek görüşümüze göre CMK mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Bu konuda Avukatlık Yasası’nın Adli Müzaheretî düzenleyen 179/1 hükmü gözetilmeli ve kural olarak avukatın kendisine baro tarafından görev yazısı verildiğinde bu görevi üstlenmek zorunda olduğu kabul edilmelidir.

B. Ceza Yargılamasında Müdafî Yetkisindeki Kısıtlamalar

CMK ve diğer mevzuat, müdafîye bir yandan önemli yetkiler verirken; bu yetkileri bir yandan da önemli ölçüde sınırlamaktadır. Sınırlamalar şöyledir:

1. CMK ile Getirilen Sınırlandırmalar
2. CGTİHK ile Getirilen Sınırlandırmalar
3. Yönetmeliklerle Getirilen Sınırlandırmalar
4. Terörle Mücadele Yasası İle Getirilen Sınırlandırmalar

1. Sınırlandırmalara İlişkin Değerlendirme

CMK 149 ile şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanabilme koşulları belirlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında en az 1 müdafînin hukuki yardımından yararlanabilir. Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma ve sorgu süre-

since yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı kısıtlanamaz, engellenemez. Ancak belirtilen bu geniş yetki ve haklara rağmen, CMK 149/2 önemli bir kısıtlama getirmiştir. Bu kısıtlama şöyledir:

a. CMK 149/2 ile soruşturma evresindeki ifade almada en çok 3 avukatın yardımından yararlanılabileceği belirtilmektedir. *Prof. Bahri ÖZTÜRK'e göre 3 avukatın yardımından yararlanmak şüpheli bakımından bir teminattır. Zira kolluktaki bir hukuka aykırılık 3 avukat varsa belgelendirilebilecektir.*⁷

Kovuşturma evresinde ise avukat sınırlaması getirilmemiştir. *Görüşümüze göre, kovuşturma evresinde sanığa sınırsız avukatın yardımından yararlanma olanağı tanınırken soruşturma aşamasında bu sayının 3 le sınırlandırılması sanığın savunma hakkını kısıtlamak demektir.*

Aynı yöndeki kısıtlama *Yakalama Yön m. 20'de* de vardır. Ancak, müdafinin ifade alma sırasında şüphelinin yanında bulunması ve ona hukuki yardım sunması engellenememektedir. Fakat Yönetmeliğin 23/d maddesi ile 20. maddesi karşılaştırıldığında; 23/d ile müdafiyeye önemli bir kısıtlama getirildiği görülmektedir.

Buna göre, *“müdafî ancak hukuki yardımda bulunabilecek; şüpheliye sorulan sorulara doğrudan yanıt veremeyecek; onun yerini aldığı izlenimi doğuran herhangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Ayrıca, müdafinin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.”*

Özellikle müdafinin her türlü müdahalesinin tutanağa geçirilmesi; müdafinin savunma hakkını kullanırken duraksama içerisinde kalmasına ve hakkında soruşturma açılabilmesi tehlikesi ile görevini gerektiği gibi yapamamasına yol açması bakımından sakıncalıdır. *“Müdafî noter değildir! Müdafî, yapılan işlemin şeklen hukuka uygun olduğunun tanımı olmasının yanı sıra; şüphelinin hakkının ihlal edilmemesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamakta da görevlidir!”*

Neyin müdahale olacağına kim karar verecektir? Ayrıca, onun yerini aldığı *İzlenimi Veren* ifadesi ile ne kastedilmektedir? Bu izlenimin oluştuğuna kim, neye göre karar verecektir? Savunma hakkını kullanarak görevini yapmaya çalışan müdafinin hukuk bilgisi ile kolluktaki polis memurunun ya da jandarmadaki askerin hukuk bilgisi eş düzeyde olabilir mi? *Düzenleme AY 36/1, AİHS 6/3, İHEB 11 ve AİHM içtihadlarına aykırıdır!*

⁷ Bkz., dn. 1-a. g. e., s. 313.

b. CMK 151/3, 4 ve 6'nın Değerlendirilmesi

151/3 ile TCK 220 ve 314'teki suçlardan tutuklu veya hükümlü olanların müdafileri hakkında kovuşturma açılırsa bu avukatın, o hükümlü veya tutuklunun müdafilik görevinden yasaklanması düzenlenmektedir. Yasaklamayı savcı talep eder ve kovuşturmanın yapıldığı yargıevi derhal karara bağlar. Karar en çok 1 yıl için verilir ve 2 kez 6'şar aylık sürelerle sınırlı olarak uzatılabilir.

Görüşümüze göre yasa hükmü yerindedir. Silahlı örgüt kurmak suçundan tutuklu olan ya da hüküm giyen biriyle aynı örgütle çalışmaktan ya da bu örgüte yardım etmekten ötürü müdafî hakkında kovuşturma başlatılması durumunda; bu müdafî hem mesleki bağımsızlığını koruyamayacak hem de bu suça karışmış olmaktan ötürü hakkındaki ciddi bir isnadı bertaraf etmesi gerekecektir. Kural, avukatlık mesleğinin saygınlığını da korumaktadır. Bu tür eyleme karışması nedeniyle hakkında kovuşturma başlatılan bir avukatın mesleğin saygınlığı bakımından da-hüküm giymesi halinde-mesleğe devam edememesi (tedbiren açığa alınması) gerekmektedir.

151/6 da yerinde bir kısıtlamadır. Çünkü hakkında aynı örgüte üye olmak bakımından kovuşturma açılan avukat; önceki suç ortağının başka işleriyle dahi olsa, önceki suç ortağıyla bağlantı kurmamalıdır.

c. CMK 153/2'nin Değerlendirilmesi

Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden bir örnek alması soruşturmanın amacı bakımından tehlike oluşturacaksa, savcının istemi ve sulh yargıcının kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilir.

Müdafî ancak iddianame yargıevi tarafından "kabul edildikten sonra" dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir.

Madde aslında müdafîye görünüşte hak vermektedir. Ancak, müdafîyi önemli iki noktada köşeye sıkıştırmaktadır. Birincisi, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi söz konusu olabilecekse savcı istemi ve yargıç kararıyla müdafinin dosyayı "incelemesi veya belgelerden örnek alması" kısıtlanabilecektir. (Bu kararı yargıcın re'sen verememesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira yasada savcının talebi bir koşul olarak öngörülmektedir. Başka bir deyişle, Cumhuriyet savcısının istemi olmadan yargıcın kısıtlamaya karar verememesi gerekir). Bu düzenleme savunma hakkının ihlalidir! AİHS m. 6'ya ve AY 36'ya aykırıdır! Ayrıca, düzenleme "silahların eşitliği" ilkesine de aykırıdır. Aynı soruşturmada, iddia makamı tüm dosya içeriğini inceleyip belgelerden

istediği gibi örnek alabilirken; savunma makamının bu yetkileri sınırlandırılabilir. Bunu da Cumhuriyet Savcısı keyfi bir taleple yargıca iletebilecektir. Zira soruşturma amacının tehlikeye düşürülüp düşürülmediğinin ilk takdirini savcı yapacak ve tehlikeye düşürüldüğü kanaatine vararak yetki sınırlandırılmasını yargıçtan isteyecektir. Kararı yargıcın verecek olması düzenleme bakımından yalnızca “görünüşte teminattır!”. Savunma makamının savunma hakkı hiçbir gerekçeyle kısıtlanamamalıdır.

Kısıtlama kararına karşı itiraz olanağının öngörülmemiş olması da çok önemli bir eksiklikler ve AİHS 6 ve 13 ile AY 36/1 hükümlerine aykırıdır.

Düzenlemedeki ikinci sakınca ise; düzenlemenin 4. fıkrasındadır. Buna göre müdafii ancak “kovuşturma aşamasından itibaren” dosyayı ve muhafaza altına alınmış olan delilleri inceleyebilecektir. Müdafiiye kovuşturma aşamasından itibaren verilen bu yetkinin soruşturma aşamasında verilmemiş olması düşündürücüdür ve bunu yasa koyucu bizce bilerek bu şekilde düzenlemiştir. “Amaç savunmayı zayıflatmaktır.” Fıkra hükmünün son cümlesinde belge örneklerini harçsız olarak alabilmesi yerindedir fakat bu kadar kısıtlamadan sonra bu kadar cırcık bir yetki yalnızca göstermelidir.

Aynı yöndeki düzenlemeyi Yakalama Yönetmeliği'nin 22. maddesinde de görmekteyiz. Fakat burada m. 22/1. c. son dikkat çekicidir. Buna göre, kolluktaki soruşturma dosyasını müdafinin inceleyebilmesi için savcının yazılı emri gerekir. “Bu sınırlama dayanak hüküm olan CMK 153'e aykırıdır. Yasa ile getirilmeyen bir sınırlandırıcı hüküm yönetmelikle getirilmiştir! Bu nedenle yönetmeliğin bu cümlesinin iptali için idari yargıya gitmek gerekmektedir.” Ayrıca, bu sınırlandırma savunma hakkının ciddi olarak kısıtlanması anlamına gelecek ve hatta kolluk bu yetkisini kötüye kullanabilecektir.

Madde 22/4'e göre ise; müdafinin sınırsız yetkisi ancak iddianame-nin yargıevine verilmesiyle başlar. Bize göre, yönetmelik burada yasaya göre (CMK 153/4) daha özgürlükçü yorumlanarak iddianamenin kabulünü beklemeden müdafinin bu haktan yararlanabilmesi sağlanmalıdır. Çünkü hü-kümde “verildiği an” denmektedir.

Avukatlık Yasası m. 2/son CMK 153 ve 154 ile kıyaslandığında acaba müdafii ve vekil yetkileri bakımından müdafinin veya vekilin belgelerden örnek alması için vekaletname sunması gerekecek midir? Bu bir kısıtlama olarak yorumlanabilir mi?⁸

⁸ Avukatlık Yasası'nın 2/son maddesine göre, yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadırlar. Kanunlarındaki özel hükümler saklı

Diyelim ki soruşturma aşamasında, örneğin sorguda şüpheli müdafii, dosyadaki adli tıp raporunu almak ve sorguda sanığı savunurken bu belgeye dayanmak istiyor olsun. Dosyada CMK 153/2 anlamında sulh ceza yargıcının gizlilik kararının da bulunmadığını düşünelim. Şüpheli müdafinin dosyadaki birtakım belgelerin fotokopisini alma istemi, kolluk tarafından AY md/2 son hükmündeki “vekaletname ibraz edemediği” gerekçesi ile reddedilebilecek midir?

AY m. 2/ son hükmü gereğince kolluğun müdafiyeye yönelik bu engellemesi hukukidir. Fakat bu durumda şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmayacak mıdır? Ayrıca, AY m. 2/son hükmü mü yoksa CMK 149/1-3; 153/1; 154 hükümleri mi müdafii bakımından öncelikle uygulanacaktır?

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, CMK hükümlerinin hem şüpheli lehine olması hem de savunma hakkını düzenliyor olması bakımından AY m. 2/son hükmüne göre öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ayrıca soruşturma aşamasındaki işlemler bakımından şüpheliden vekaletname ibraz etmesini istemek çoğu kez hak yitimlerine ve savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasının engellenmesine yol açacaktır. Böyle bir istem, aynı zamanda CMK 154 ve 153/1 hükümleri gözetildiğinde yasanın mantığı ile de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, CMK 153/1 ile şüpheli müdafii; 153/4 hükmü ile sanık müdafii ve 153/5 hükmü ile de suçtan zarar görenin vekiline verilen, istediği belgenin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı; bu hakkın kullanılmasının vekaletname ibraz edilmesi koşuluna bağlanamayacağı hükmünün CMK’ya (özellikle 154. maddeye bir ek fıkra konmak suretiyle) konmamış olması; AY m. 2/son hükmü karşısında, ceza yargılamasında görev alan müdafileri ve vekilleri açıkça güç durumda bırakacaktır.

Oysaki CMK 149/3; 153 ve 154 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde müdafii veya vekil bakımından dosyadaki belgelerin örneğini almanın vekaletname ibrazı koşuluna bağlanamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ne var ki CMK’da müdafinin veya vekilin bu yetkisini kullanması için vekaletname ibrazına gerek olmadığı açıkça düzenlenmediğinden; soruşturma makamları AY m. 2/son hükmünü gerekçe göstererek savunma hakkını kısıtlayabileceklerdir. Bu konudaki duraksamaları ve hak yitimlerini engellemek için konunun CMK’da açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bildi ve belgeleri *incelemesine sunmakla yükümlüdür*. Bu belgelerden örnek alınması *vekaletname ibrazına bağlıdır*.

Müdafî yetkilerinin kısıtlanması bakımından “Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik” (Kısaca “Yönetmelik” olarak adlandıracağız) 45. maddesini de incelemek gerekmektedir.⁹

Yönetmeliğin 45. maddesi yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz AY m. 2/ son; CMK 149/3, 153 ve 154 hükümlerine açıkça aykırıdır. Zira gerek AY m. 2/ son hükmü gerekse CMK’nın 153. maddesi müdafinin/ vekilin dosyayı “incelemesini” vekaletname ibraz etme koşuluna bağlamamıştır. Hatta bizce CMK Avukatlık Yasası’ndan daha da ileri giderek müdafîye/ vekile “belge örneği almak için dahi” vekaletname ibraz etmesi koşulunu aramamıştır. Kaldı ki soruşturma aşamasının mantığı da işlemlerin çabuk görülmesini gerektirdiğinden hak yitimlerinin yaşanmaması bakımından bu yaklaşım yerindedir.

Fakat ne yazık ki yönetmelik hükmüne göre, soruşturma aşamasında bırakın dosyadan örnek almayı; müdafinin/ vekilin “dosyayı incelemesi dahi vekaletname veya yetki belgesi yahut görevlendirme belgesi ibraz etmek” koşuluna bağlanmıştır. Bu da yetmemiş ve dosyanın incelenmesi ancak Cumhuriyet Savcısı huzurunda olma koşuluna bağlanmıştır. Bu düzenleme savunma hakkını kısıtladığı için hem CMK 149, 153 ve 154. maddesi hükümlerine; hem AY m. 2/son hükmüne hem AY 19, 36/1; 90/son ile 124. maddesi hükümlerine ve İHEB 10; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14 ile AİHS 5/3-4 ile 13. maddesine açıkça aykırıdır ve iptali için idari yargıya başvurulmalıdır.

Ne var ki yönetmelik hükmü yasa hükümlerinin üzerine çıkmış ve yasa ile getirilmeyen kısıtlamalar yönetmelikle getirilmiştir. Bir hukuk devletinde yönetmeliklerle, yasaların getirdiği özgürlükler kısıtlanamaz. Kısıtlanırsa, o devlet hukuk devleti olamaz.

⁹ Soruşturma evrakının incelenmesi

Madde 45 - 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek şartıyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

Müdafî soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakı içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikâyetçinin vekili soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriği ile el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı hâlinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikâyetçi soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla vekili olmadan da Cumhuriyet savcısından dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir.

Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla “Cumhuriyet Savcısı huzurunda” incelenir.

Ayrıca TCK'ya yasa hükümlerinin uygulanmaması suçu ihdas edilmelidir. Zira yönetmeliklerle yasa hükümlerini değiştirmek Türkiye'nin ciddi bir hukuk sorunudur. Pek çok alanda karşımıza çıkmaktadır. Yönetmelikler ancak yasaların nasıl uygulanacağını gösterir ve yasadaki belirsiz noktaları giderici açıklamalar getirebilir. Yoksa yönetmeliklerle özgürlükler kısıtlanamayacağı gibi; yasaların hükümleri de değiştirilemez. Oysa ki 45. madde ile yasalarla şüpheliye ve müdafii (ya da suçtan zarar görene ve vekiline) verilen tüm haklar tamamen kısıtlanmaktadır.

Yönetmeliğin 45. maddesinin uygulanması sonucunda şüphelinin bundan bir zarar görmesi (örneğin müdafii soruşturma evrakını inceleyemediği için haksız olarak tutuklanması) durumunda şüphelinin CMK 141 vd. hükümlerine göre açacağı tazminat davası nedeniyle idarenin şüpheliye ödeyeceği tazminatın yönetmeliğin 45. maddesine göre savunma hakkını kısıtlayarak özgürlük kısıtlamasına yol açan kamu görevlisine AY 129/5 hükmüne göre rücu etmelidir. Burada AY 137'de ve TCK 24'te düzenlenen "kanunsuz emir" hükmü de yönetmeliğin 45. maddesini uygulayan görevlinin sıfatı gözetilerek gerekirse o kamu görevlisi hakkında uygulanmalıdır ve bu durumda da kamu görevlisinin amiri sorumlu tutulmalıdır.

d. CGTİHK 59/1 ve 4'ün Değerlendirilmesi

59/1 gereği, bir hükümlünün avukatıyla vekaletname olmadan *en çok üç kez görüşebilmesi mümkündür. Bu konuda kısıtlamaya gidilmesinin AİHS m. 6'yı ihlal ettiği görüşünderiz. Avukatla görüşmeye sayı sınırı konmaması gerekir.*

59/4 ise CMK 151/3 ve 4 ile getirilen sınırlamaya benzemektedir. Ancak buradaki birinci fark görüşme kısıtlamasınının TCK 302-314 arasındaki suçlarla sınırlandırılmış olmasıdır. *Görüşümüze göre, uygulama yerindedir. Zira terör ve silahlı örgüt suçlarında terör örgütü liderinin avukatları aracılığı ile örgütü yönetmeye devam ettiği bilindik bir gerçektir.*

e. CGTİHK 59/5'in Değerlendirilmesi

Bu hükümle amaçlanan devletin yargı bağımsızlığını korumaktır. Buna göre; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla; yabancı ülkelerde haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan, yabancı ülkede veya

uluslararası yargı mercilerinde dava açmak isteyen, lehinde veya aleyhinde dava açılmış olan Türk vatandaşı hükümlüler veya yabancı uyruklu hükümlülerle bunların yabancı uyruklu avukatları, bu soruşturma ve kovuşturma, açılacak ya da açılmış davalarla sınırlı olmak üzere ve vekaletname de ibraz etmek kaydıyla görüşebilirler. Vekaletname sunamayan yabancı uyruklu avukatların hükümlüyle görüşebilmesi için yanlarında Türkiye Baroları'na kayıtlı bir avukatın hazır bulunması gerekmektedir.

Bu hüküm kötü yazılmıştır. Anlaması oldukça güçtür. *Burada anlatılmak istenen bizce şudur:*

"Haklarında yabancı bir ülkede soruşturma veya kovuşturma başlatılan veya yabancı bir ülkede davacı ya da davalı olmak isteyen TC vatandaşı ya da yabancı uyruklu hükümlülerin kendi avukatlarıyla görüşebilmeleri için; avukatın uyuşundaki devletle Türkiye arasında bu konuda bir karşılıklı anlaşması bulunması; ayrıca avukatın vekaletname sunması ve görüşmenin yalnızca o eylemle sınırlı olması koşulları birlikte gerçekleşmelidir. Avukatın vekaletname ibraz edememesi durumunda, görüşme sırasında yanında Türkiye Baroları'ndan birine kayıtlı olan bir avukat hazır bulunacaktır."

Hükümün daha net açıklamasını *Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'te* görmekteyiz. (25. madde). Buna göre, yabancı uyruklu bir avukatın Türk vatandaşı ya da yabancı uyruklu hükümlü ile görüşebilmesi için avukatın tabiiyetindeki devletle Türkiye arasında bu konuda bir anlaşma bulunması ve yabancı uyruklu avukatın vekaletname ibraz etmesi ya da vekaletnamesi yoksa bir Türk avukatla birlikte hükümlüyü ziyaret etmesi gerekmektedir. AİHM'e başvuru bakımından ise hükümlüler bakımından ilgili belgelerin terçümesinin kurumun en üst amirine *ibrazı* gerekmektedir. *Burada amirinin bilgilendirilmesi yeterlidir. İbrazdan bu anlaşılmak gerekir. Amirden izin almak söz konusu değildir. Aksi halde AY 36 ve AİHS m. 6 ile güvenceleşen "hak arama hürriyeti" kısıtlanmış olacaktır.*

f. Terörle Mücadele Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa'da (29. 06. 2006 tarih ve 5532 sayılı yasa) Müdafî Yetkilerine Getirilen Kısıtlamalar

Değişiklik Yasası'nın 9. maddesiyle Yasa'nın 10. maddesinde yapılan değişiklikle müdafî yetkileri ve sanık hakları yeniden düzenlenmiştir.¹⁰

¹⁰ MADDE 9- 3713 sayılı kanunun 10. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde

Buna göre kural olarak bu yasanın kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddeleri uygulanır. Bu maddelerde hüküm bulunmayan hususlarda CMK'nın diğer hükümleri uygulanır.

Yasa m. 10/b'ye göre, şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

24 saat sonunda şüpheliyle görüşen müdafii, şüpheliye karşı zor kullanılıp kullanılmadığını denetlemeli ve bu konuda şüpheliden -bi-rebir görüşmede- bilgi almalıdır. Ne var ki burada da şöyle bir ciddi

değiştirilmiştir.

“Soruşturma ve kovuşturma usulü

MADDE 10- Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak;

a. Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

b. Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

c. Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafii hazır bulunabilir.

ç. Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır.

d. Müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

e. Bu Kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafii savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiği ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafiiye verdiği veya müdafiiince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.

f. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

g. 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrası hükmü bu Kanun kapsamında yer alan suçlar bakımından da uygulanır. ”

sıkıntı doğabilecektir. Yasanın 10/e bendine göre, şüpheliyle müdafinin bire bir görüşmeleri müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve hâkim kararıyla, kısıtlanabilecek hatta görüşmede bir görevli hazır edilebilecektir. Müdafinin şüpheliyle görüşmesi bu gerekçeyle kısıtlandığında müdafinin şüpheliye ilk 24 s içerisinde kötü muamelede bulunduğu nasıl öğrenebilecektir? Bunun müdafinin işini güçleştireceği tartışmasıdır.

Yasanın bu hükmü CMK 149/2 ve YİGY 20/2 ile karşılaştırıldığında önemli bir kısıtlama içermektedir. Zira sözü geçen maddelere göre, şüpheli CMK kapsamındaki bir suçtan ötürü yakalanmışsa ya da gözaltındaysa 3 müdafinin yardımından yararlanabilecektir. Bu da şüpheli adına bir teminattır. Bu şekilde kolluktaki bir hukuka aykırılık belgelendirilebilecektir.

Öte yandan, 10/e bendine göre, müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı *“haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin “Bulgu veya Belge” elde edilmesi halinde*” şüpheliyle olan yazışmalarının hakim kararıyla incelenmesi ve hatta görüşme sırasında bir görevlinin hazır bulunması da doğru bir uygulamadır.

Bir şüphelinin, avukatı aracılığıyla örgüte sözlü ya da yazılı talimat vermesi her koşulda engellenmelidir. Zira burada, şüpheli hakkında önce kamu yararı ve kamu barışı gözetilmelidir. Örneğin şüphelinin terör örgütüne müdafisi aracılığıyla haber gönderip bir yerlerde canlı bomba patlatılmasını istemesi başka bir yöntemle engellenemez. Kaldı ki burada tüm müdafiler için bir kısıtlama getirilmemektedir. Bu yetkinin kısıtlanabilmesi için şüphelinin müdafisi aracılığıyla örgüte haber gönderdiği yönünde bulgu ya da belge elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu da yetmemekte ve o belgenin (bulgunun) gerçekten terör örgütüne yardım ve haber taşıma amaçlı olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. Bu kararı da yargıç verecektir.

Düzenleme CMK 151/3-4-5-6; CGTİK 59/4 ve Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret

Edilmeleri Hakkındaki Yönetmeliğin 20/2 maddeleriyle AİHM içtihatlarına da uygundur. Bu kararlardan bazıları şunlardır.¹¹

“Almanya’da, avukatların suça karışmış olması, yargının işlemlerini engellemesi, sanıkları suç işlemeye teşvik ederek tutuklu buldukları yerlerin

¹¹ (Vural Savaş'ın Fazilet Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne verdiği 7.5.1999 tarihli iddianameden alınmış bölümlerdir)

güvenliklerinin bozulmasına neden olması ve nihayet siyasi suçlarda devlet güvenliğinin tehlikeye atılması gibi hallerde, mahkemeye, avukatı duruşmadan çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Alman CMUK'un söz konusu hükümleri çerçevesinde yapılan uygulamalar bir çok davaya konu olmuştur. "Örneğin, cezaevindeki müvekkiliyle görüşmek isteyen bir avukata üzerini aratmadığı için giriş izni verilmemesi" üzerine yapılan şikayeti inceleyen, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 24. maddesinin, cezaevi yönetimine ziyaretçilerin üst baş arama yetkisi tanıdığına işaretlerle, avukatların bu konuda bir ayrıcalığa sahip olmadığına karar vermiştir.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Alman suç örgütü "Baeder-Meinhof (Kızıl Ordu Cephesi) çetesi mensuplarının" bu konudaki tüm başvurularını geri çevirmiştir. "Şikayetler genelde," cezaevi şartlarının kötülüğü, "diğer hükümlü ve tutuklulardan tecrit edilerek hücreye konulma," işkence ve insanlık dışı muameleye maruz kalma ve yazışma ve haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması ve "avukatlarla görüşmelerinin engellenmesi konuları üzerine yoğunlaşmıştır."

Örgüt mensuplarının Berlin'li Avukat Machler'in şikayetini inceleyen Komisyon, Sözleşmeye herhangi bir aykırılık tesbit etmemiştir. "Komisyonun değerlendirmesine göre," özellikle tutuklunun uzun süre hücrede tecrit edilerek diğer hükümlü ve tutuklularla temastan men edilmesi arzu edilen bir durum olmamakla beraber, bu tür bir önlem kendisinin kaçmasını önlemek ve cezaevinin düzenini sağlamak açısından zorunlu olabilir. Kaldı ki, şikayetçinin ziyaretçileri engellenmemiş ve hücrelerinde okuma malzemesi ve radyo bulundurmasına da izin verilmiştir. Ayrıca, bizzat kendisinin, "Kızıl Ordu grubunun, bu olay dolayısıyla mücadeleye devam edeceğini açıklaması ve diğer mahkumlara kaçmasına yardım için çağrıda bulunması, tecrit edilerek hücreye konulması için makul ve haklı gerekçelerdir."

Keza aynı örgütün üyesi olmakla suçlanan bayan avukat Berberich, Ekim 1970'de tutuklanmış ve Haziran 1974'de 12 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Adı geçenin aynı gerekçelerle ve özellikle tutukluluk süresinin uzunluğu dolayısıyla Komisyona yaptığı şikayet reddedilmiştir. Aynı şekilde, anılan "örgüt mensuplarından Baeder, Matnz, Meinhof ve Grundman'ın, kendilerinin hücreye konulmak suretiyle diğerlerinden tecrit edilmeleri, ziyaretçilerinin kısıtlanması, yazışmalarının ve gazete okumalarının engellenmesi dolayısıyla komisyona yaptıkları başvurular da kabul edilmemiştir." Örgüt üyelerinden G. Ensslin, A. Baeder ve J. Raspe'nin 30 Ağustos 1977 Münip Stammheim Cezaevinde esrarengiz bir şekilde iltihar etmeleri üzerine komisyon üyeleri cezaevini ziyaret ederek cezaevi koşullarını yerinde incelemiş ve adı geçenlere

işkence veya aşağılayıcı muamele yapılmadığı ve ölümlerinde de bir gayri tabiiyet bulunmadığı sonucuna varmıştır -Doç. Dr. Şeref Ünal, Milletlerarası Hukuk Açısından Güneydoğu Sorunu ve Terörle Mücadele, 1997, S. 64 ve devamı-.

f. Almanya'da 1976 yılında "terör suçu" yaratan Ceza Kanunu'nun 129/a maddesi kabul edilmiş, usul kanununda değişiklik yapılarak, bu madde ile, sınırlı sayıdaki belli suçlarda tükümlama yetkisi genişletilmiştir. "1977 yılında Schleyer'in kaçırılmasından sonra, terör sanığı ile avukatının temasları, eylem devam ettiği sürece tamamen yasaklanmıştır." 1978 yılında yapılan bir başka değişiklikle, terör suçu kuşkusu mevcut bulunan durumlarda "evde arama yapmak yetkisi" genişletilmiş, terör sanığı ile avukatının görüşmesi sırasında araya "ayırıcı bir cam" konulması uygulaması getirilmiştir (m. 148/2). 1986 yılında terör suçunun cezası ağırlaştırılmış, terör suçuna tahrik suçu yaratılmıştır -Prof. Dr. Feridun Yenisey, 13. 05. 1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi-.

g. Yunanistan'da Terörle Mücadele Kanunu basına aşırı kısıtlamalar getirmiştir.

h. Alman CMUK'un 1975 değişikliği ile, soruşturmanın hiçbir aşamasında, sanık tarafından seçilen avukat sayısının üçü geçmeyeceği kuralı konulmuştur.

i. Fransa'da, 1970 den beri, CMUK'un 110. maddesinde olduğu gibi tutuklamada üst sınır yoktur. (Yeni CMK yasamızda 102. madde ile tutuklama süresi sınırlandırılmıştır)

j. "Tüm demokratik ülkelerde, polise verilen yetkiler genişletilmiş; Telefon dinleme, bilgisayarın suç araştırmasında kullanılması, adam izleme, gizli ajan kullanılması, peşine polis takma, belirli durumlarda uzaktan teknik aletlerle konutların içininin dinlenilmesi yasalaştırılmıştır."

İstanbul Barosunca düzenlenen ve 3-24 Şubat 1995 tarihleri arasında yapılan "Hukuka Aykırı Deliller sempozyumu"nda konuşan "Prof. Dr. Feridun Yenisey," bu konuda şu bilgileri veriyor:

(Devlet güvenliğini ilgilendiren veyahut da örgütlü suç dediğimiz suçlarda, genel ceza muhakemesinden farklı bir hüküm gurubu var mı? Evet, var. "Dünyanın her ülkesinde, örgütlü suçluluk nedeniyle, toplumda yaşayan fertlerin hakları ve özgürlükleri daha çok kısıtlanıyor. Terör için içine girince daha sıkı bir kısıtlama olduğunu görüyoruz." Şimdi burada birkaç örnek verelim, Batı kanunlarında yeni uygulanmaya başlayan, Bunlardan birincisi, Trol-a metodu dediğimiz metot. Bilgisayar kullanılıyor sanık yakalamak için. Bilgisayar nasıl kullanılıyor? Belli krimojen özellikler tespit ediliyor ve bu

belli kriminojen özellikleri taşıyan kişilerin bilgisayardan taraması yapılıyor. İki milyonluk bir şehirden özellikleri ortaya koyarak yüz bine indiriyorsunuz, tekrar tarama yapıp elli bine, yirmi bine, on bine, beş yüz, altı yüze iniyor ve o beş yüz, altı yüz kişinin hayatı izlenmeye başlıyor. Bunlar potansiyel terör eylemcisi yahut potansiyel örgütlü suçluluk elemanı olarak kabul edilebiliyor. Tabii kriminojen özellik gösteren davranış taşıyorlarsa. Ve böylece gerçekten birçok suç ortaya çıkartılmış. Özellikle de mali suçlarda, ekonomik suçlarda bu yapılıyor. Bütün banka trend aksiyonları bilgisayar vasıtasıyla taranmaya başlıyor, en çok hareket hangi hesapta var? İsimler birleştiriliyor, birçok formüller filan var. Onlara göre adamı gözaltına alıyorlar, Fakat bu yakalayarak değil, hareketleri takip ediliyor, telefonu dinleniyor kapısının önüne sabit bir video kamerası konuyor ve evinin önü 24 saat kameraya alınıyor, otomobili-ne bir biker konuluyor. Nereye giderse adam izleniyor ve daha sonra da eğer bu kişi gerçekten bir şüphe sebebi bulunarak gözaltına alınırsa, yakalanırsa onunla temas eden herkes de şüpheli durumuna giriyor. "İşte Di Pietro'nun çalışma sistemi bu: Temiz eller operasyonu bu yöntemlerle yapılıyor)." -

Yine Prof. Dr. Feridun Yenisey, 7.2.1995 tarihli Yeniüzyıl Gazetesi'ne yazdığı "Mafyayı Önleme Yasasının Önemi" başlıklı makalesinde, konunun bir başka yönüne ışık tutuyor:

(İtalya'da yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu hazırlandı. Bu kanun, halen Amerika'da uygulanmakta olan taraf muhakemesi sistemini Avrupa'ya taşıdı.

Ancak yapılan bu değişiklik, bütün iyi niyetlere rağmen başarı sağlamadı. Özellikle örgütlü suçluluk alanında büyük oranda artış oldu. "Bunun üzerine 1991 yılında çıkarılan bir dizi yasa ile savcı ve polislin yetkileri genişletildi. Yeni bilimsel metotların, suç izi araştırılmasında uygulanması kabul edildi." Bilgisayarın suç izi bulunmasında kullanılması büyük başarı sağladı. Meselâ vergi kayıtları veya kişisel bilgiler içeren veriler sorgulanarak şüphelilere ulaşmak mümkün oldu. Gizli ajan kullanılması, telefonların yanı sıra evde yapılan konuşmaların uzaktan teknik aletlerle dinlenmesi yasallaşınca, örgütler ardı ardına su yüzüne çıkarıldı.

Temiz eller operasyonunun bir tek kişinin başarısı değil. Sistemde yapılan değişikliğin bir sonucu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır)

Konuyla ilgili diğer AİHM Kararları da şunlardır:

(Selahattin Erdem-Almanya Kararı)

Selahattin Erdem, PKK terör örgütünün Almanya Bölgesi 2. sorumlusudur. Cezaevindeyken avukatı aracılığı ile terör örgütüne bilgi

aktarmaya devam etmektedir. Alman Hükümeti, kendi iç mevzuatını ihlal etmek pahasında da olsa Selahattin Erdem'in avukatıyla olan görüşmesi sırasında bir baskın düzenler ve Selahattin Erdem'in avukatının üzerinde terör örgütüne iletilmek üzere düzenlenmiş olan talimatlar bulur.

Erdem'in avukatı hakkında hem baro disiplin soruşturması açar hem de cezai soruşturma başlatılır. Avukat meslekten ihraç edilir; temyiz başvurusu ise yargı tarafından reddolunur. Aynı zamanda avukat, hakkındaki ceza kovuşturmasından da hüküm giyer.

Bunun üzerine Erdem'in avukatı AİHM'e başvurarak AİHS 6. maddesinin ihlal edildiğini; kendisinin aranması ile iç hukuk kurallarının çiğnendiğini ve bu nedenle de Almanya Hükümeti'nin tazminata mahkum edilmesi gerektiğini savunur. AİHM "*Alman Hükümeti'ni haklı bularak Erdem'in avukatının talebini reddeder. Terör suçlarında müdafî yetkilerinin sınırlandırılabilceğine karar verir.*"

Benzeri bir yaklaşımı AİHM *Lawless-İrlanda ve İrlanda Birleşik Krallık Kararları'nda* da göstermiş ve terörle mücadele sırasında şüpheli ve sanık hakları bakımından birtakım olağanüstü kısıtlamalara gidilmesinin sözleşmeyi ihlal etmeyebileceğine önemle değinmiştir.

Yasa hükmündeki belki de tek eleştirilecek nokta, görüşmede bulunacak olan görevlinin kim olacağıdır. Bunu yargıç takdir edecektir. Fakat yargıç, bu görevlinin kolluk görevlisi olmamasına dikkat etmelidir. Bu görevli, olaydan tamamen bağımsız olan ve hukuk eğitimi almış olan biri olabilir fakat kesinlikle kolluk olmamalıdır. Yasa hükmünde değişikliğe gidilmeli ve yasaya bu görevlinin nitelikleri açıkça yazılmalıdır ya da bu husus ilgili yönetmeliklerde, kafalarda kuşku kalmayacak şekilde netleştirilmelidir.

CMK 151/5 ile bağlantı sağlamak bakımından, durumun ilgili baroya bildirilmesi üzerine baro disiplin kurulunun resen harekete geçmesini sağlamak için Avukatlık Yasası'nda da değişiklik yapılmalıdır. Böyle bir fiilin duyumunu alan baronun resen disiplin soruşturmasına başlaması uygun olacaktır.

Ancak terör suçları bakımından müdafî ve sanık (şüpheli) haklarında birtakım kısıtlamalara gidilmesi gereklidir. Karşılaştırmalı hukukta da bu yönde pek çok kısıtlamaya gidildiği görülmektedir. Bunlardan bazıları şöyledir:¹²

¹² (Vural Savaş'ın Fazilet Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne verdiği 7.5.1999 tarihli iddianameden alınmış bölümlerdir):

a. Almanya'da terörizmin artması ve bu suçların sanıkları ile müdafileri arasındaki temasların sorunlar yaratması üzerine, müdafinin ve dolayısıyla sanığın haklarına kısıntılar getirilmiştir. Mesela hakimın okunmasına müsaade etmediği yazılar kabul edilmemekte, görüşmenin gizlice bir şey verilmesini önleyecek biçimde yapılması sağlanmakta, hatta bazı hallerde müdafinin müdafilik görevi yapması yasaklanmaktadır. Bütün bu kısıntıların demokratik Devletin teröristlere karşı korunması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin bütün muhakeme sisteminde uygulanabilmesi için yapıldığı belirtilmektedir- Otto Tripfiterer, *The Criminal Justice System Of The Federal Republic of Germany*; Prof. Dr. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, s. 475-.

b. Yine Almanya'da, Alman CMUK'un 148. maddesine 1976'da yeni bir fıkra eklenerek, soruşturmanın konusu terörist eylemler için örgüt kurma olduğunda, tutuklu sanığa gönderilen veya birlikte getirilen yazılı belge veya diğer eşyanın hâkime gösterilmeden sanığa iletilmesine izin verilmeyeceği kuralı getirilmiştir-Nur Başar Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, 1984, S. 147-.

c. İngiltere'de "Police and Criminal Evidence Act" 1989 yılında değiştirilmiş ve yakalanan terör suçu sanıklarının polis tarafından yedi güne kadar gözaltında tutulması kabul edilmiş, poliste alman ifade sırasında avukat bulundurma hakkı gibi haklardan terör suçu sanıklarının yararlandırılması yolu kapatılmıştır- R. Morgan, 1992, "Pre - Trial Detention in England and Wales" in Dünkel F. and Vegg eds-.

d. Alman CMUK'un 112/11. maddesine göre, bazı ağır suçlarda, teknik anlamda tutuklama nedeni bulunmaksızın tutuklamaya başvurulabileceği öngörülmektedir. Bu maddeye göre, mevsuf ve basit adam adam öldürme, soykırım, terör örgütü kurma, yaptığı eylemle başkasının yaşamı ya da vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürme, patlayıcı madde kullanma suçlarından birini işlemiş olma kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delillere karartma şüphesi mevcut olmasa da, tutuklanabilir.

"1965'de yürürlüğe giren değişiklik yasası ile Almanya'da "tekrarlama tehlikesi" tutuklama nedenleri arasına alınmıştır." Alman hukukunda, bu tutuklama nedeninin muhakemeyi güvenceleme aracı değil, toplumu, sanığın başkaca önemli suçlarından korumak için önleyici tedbir olduğu belirtilmektedir.

Alman CMUK'un 148/11. maddesi ile de, terör örgütü kurmakla suçlanan tutuklu sanıkla müdafinin yazışmalarının, önce hâkim tarafından kontrolüne olanak verilmiştir. - Nur Centel, *Ceza Muhakemesinin Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, 1992, s. 47, 51, 64, 65, 119-.

e. "Belçika'da bu tür tehlikeli hükümler, tek kişilik hücrelerde yatırılırlar." Bütün eşyaları her gün hücrelerinden dışarıya alınır ve tekrar yerleştirilir, hücre gece aydınlatılır, hükümlüler gündüz hücrelerinden dışarıya çıkarılırlar. Avluya çıktıklarında da her gün hücrelerinde arama yapılır.

Bu hükümlülerin ilk sekiz günlerinde 15 dakika da bir hücreleri gözlenir. Bu kategoriye giren suçluların çalıştırılmaları kabul edilmiş, ziyaretçileri ile görüşmeleri ve mektuplaşmaları engellenmiştir. İngiltere'de bu gruba giren tutuklu ve hükümlüler bir infaz kurumunda on beş günden fazla bırakılmamaktadır.

Şüphelinin müdafisiyle görüşmediği dönemde ifadesinin alınamayacak olması da yasanın getirdiği önemli bir teminatdır. Bu süre içerisinde soruşturma makamları gerekli incelemeleri rahatça yapabilecektir. Fakat bu düzenlemenin önemli bir sakıncası şüpheliye üzü (işkence) yapılarak şüpheliden ifade alınmasının olanaklı oluşudur. Her ne kadar yasada şüphelinin ifadesinin alınamayacağından bahsediliyor olsa da ilk 24 saat içerisinde kolluk görevlileri pekala şüpheliye yasak ifade yöntemleri uygulayarak şüpheliden birtakım bilgileri alabileceklerdir. Bu sakınca, mevcut yasal düzenlemelere göre engellenmelidir.

g. CMK 252/1. f Hükümünün İncelenmesi

Birden ili kapsayan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (eski DGM'ler) yetkisine giren bir yargılama sırasında, yargievi başkanı gerek sanık gerekse müdafii hakkında olağanüstü önlemler alabilmektedir.¹³

¹³ CMK 252/1. f: "Mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere duruşma salonundan çıkartır. Bu kişilerin sonra gelen oturumlarda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları da gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkarılan sanık veya müdafinin bundan sonraki oturumlarda da duruşma düzenini bozmakta ısrar etmeleri halinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafii hakkında uygulandığı takdirde durum ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Oturumların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafii Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrası gereğince tayin edilmiş ise durum kendini tayin eden merciye de bildirilir. Duruşma salonundan çıkarılan sanık veya müdafii tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin *esashi noktaları* kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan

Buna göre, başkan sanığı ve müdafii tüm oturumlara katılmaktan men edebilir. Oysaki CMK 203 vd hükümlerine bakıldığında, yargıvi başkanının yetkisinin bu kadar geniş olmadığı rahatlıkla görülecektir. Ayrıca, 203. madde hükmü gereğince salondan çıkarılan kişi daha sonraki oturumlarda bulunma ya da kendisini müdafii aracılığı ile temsil ettirme hakkına sahiptir. Yokluğunda duruşma yapılan sanığa, o yokken yapılan işlemler açıklanır.

252/1. f hükmü gereğince salondan çıkarılan sanığa veya müdafii istemesi durumunda yokluklarında yapılan işlemlerle ilgili belgelerin birer örneği verilecektir. Bu, savunma hakkının kullanılması bakımından çok önemli bir teminattır. Bu teminat CMK 204 hükmünde belirtilmemiştir. Dolayısıyla, olağan bir yargılamada yalnızca yoklukta yapılan işlemler “*bildirilecek*” ancak 250. maddenin uygulandığı yargılamalar bakımından ise, yoklukta yapılan işlemlere ilişkin belgeler sanığa ve müdafiiine derhal verilecektir.

252 ile getirilen diğer bir kısıtlama ise, sanığa ve müdafiiine yokluklarında yapılan işlemlerin ancak “*esaslı noktalarının*” bildirilecek olmasıdır. Oysa CMK 204’ün uygulandığı yargılamalarda, sanığa yokluğunda yapılan tüm işlemler açıklanacaktır.

252. madde ile getirilen diğer önemli bir kısıtlama ise, sanığın ya da müdafiiinin sonraki oturumlarda da düzeni bozacaklarının anlaşılması durumunda, sonraki oturumlara katılmalarının yasaklanabilecek olmasıdır ki bizce bu hüküm yargıvi başkan tarafından iyi değerlendirilmediği takdirde ciddi savunma ihlallerine ve hak kayıplarına yol açabilecek bir hükümdür. Çünkü bu halde CMK 203’teki gibi yalnızca bir oturuma değil, tüm oturumlara katılmak yasaklanmaktadır.

Öte yandan, 252. madde, CMK 250/1’de sayılan ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uygulanacak bir önlem olduğundan; sınırlı sayıdaki suçlar için uygulanacaktır.

Ayrıca, bu tip sert önlemlerin alınmaması durumunda, duruşma sırasında dahi bazı sanıkların ya da müdafilerinin örgütün propagandasını yapabilecekleri (hatta DGM’ler döneminde yaptıkları) unutulmamalıdır. Bu da yargıevinin çalışmasını zorlaştıracak; belki de olanaksızlaştıracaktır.

Her durumda sanığa kendisini avukatla temsil ettirebilmesi için hak tanınmış olması da CMK 252/1. f ile getirilen önemli bir teminattır.

veya oturumlara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.

2. Kanun yolu Aşamasındaki Yetkiler (CMK 261)

Avukatın yetkisi CMK 261 ile kısıtlanmaktadır. Avukat, ancak müdafiliğini vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusunun aykırı değilse kanun yollarına başvurabilir. Şu halde, hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç şudur: “Müdafiyeye açıkça “Kanun yoluna Başvurmayacaksınız!” denilmediği sürece; müdafii kanun yoluna başvurmak zorundadır.” Açık arzusunun yazılı olarak verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Hüküm sanık/şüpheli/mağdur bakımından sakıncalıdır. Bizce bazı hallerde (özellikle bazı ağır suçlarda) sanık istemese hatta buna ilişkin yazılı beyan verse bile müdafinin kanun yoluna başvurması gerekmektedir. Zira sanık genellikle hukuk eğitimi almamış olan biridir. Dolayısıyla kanun yoluna başvurulmasının lehine sonuçlar doğurabileceği konusunda yeterli donanımına sahip olmayabilir. Bu durumda kanun yoluna gidilmediğinde hüküm kesinleşeceğinden; sanığın aleyhine bir durum ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, müdafii yalnızca sanığı aydınlatmakla kalmamalı; sanığın yararına olacağına inanıyorsa hükmü “sanık istemese dahi” kanun yolu yargılamasına taşınmalıdır. Sanık, bir anki sinirle ya da ümitsizlikle hükmün temyiz edilmemesi gerektiğini düşünmüş olabilir. Oysa belki de o tip olaylarda Yargıtay sanık lehine olabilecek kararlar verebilmektedir.

3. Müdafii Yetkileri ve Hukuka Aykırı Deliller Kuramı

Müdafinin yetkisini etkili biçimde kullanması hukuka aykırı delil elde edilmesinin ve bu delile dayanılarak hüküm kurulmasının önünde önemli bir engel olacaktır.

Özellikle ifade alanında CMK 148/4 hükmü müdafilerin sorumluluğunun aslında ne kadar da önemli olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁴Buna göre, kolluk huzurundaki ifade alma sırasında şüphelinin müdafii hazır ve ifade tutanağını imzalamışsa şüpheli bu tutanak ile bile mahkum edilebilecektir. Şu halde müdafinin görevi ve işinin önemi bu hükümde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Demek ki müdafii, savunmasını aldığı şüphelinin kendi imzasını içeren ifade tutanağı ile mahkum edilebileceği gerçeğini asla aklından çıkarmayacak ve şüpheliye hukuki yardımda bulunurken çok dikkatli olacaktır.

¹⁴ CMK 148/4 hükmü şöyledir: “(4) Müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz.”

CMK 148/4 hükmü; CMK 213 ile birlikte yorumlandığında daha da önem kazanmaktadır. Buna göre, CMK 213 gereğince müdafî huzurunda kollukta verilen ifade ile kovuşturma aşamasındaki ifade arasında çelişki görüldüğünde bu ifade duruşmada okunabilecektir. Bu da müdafinin imzasını içeren ifade tutanağının aslında kovuşturma makamları bakımından çok önemli olduğunu göstermesi yönüyle dikkate şayandır.

Yine CMK 217 hükmüne göre, kolluktaki ifade ile kovuşturma aşamasında verilen ifade arasında çelişki varsa bu çelişkiyi gidermek amacıyla yapılacak okuma ile ya da çelişki olmasa dahi (örneğin sorguda ve kovuşturma aşamasında sanık susma hakkını kullanmış olsun) müdafinin imzasını içeren ifade tutanağı delil değeri kazanacak ve *"hukuka uygun"* kabul edilerek hükme esas alınabilecektir. (CMK 217/2; 148/3). Ancak müdafî huzurunda alınmayan kolluk ifadesinin CMK 206/2 a gereğince yargıevi tarafından kendiliğinden hukuka aykırı kabul edilmesi ve bu hukuka aykırılığın CMK 230/1 b hükmü gereğince karar gerekçesinde belirtilmesi; yine CMK 217 gereğince hükme esas alınmaması; tüm bunlara rağmen hükme esas alınmışsa CMK 289/1 i hükmü gereğince *"bozulması"* gerekeceği tartışmadan uzaktır.

Aramada avukatın bulunması durumunda da görüşümüze göre, avukatın da imzasını içeren arama tutanağı karine olarak CMK 148/4 hükmü gibi değerlendirilip 148/3 ve 206/2 a'ya göre hukuka uygun kabul edilerek reddolunmayacak ve 217 gereğince hükme esas alınabilecektir.

Ayrıca, AY 38/6 hükmü de her koşulda dikkate alınmalı ve müdafinin/vekilin katılımının şart olduğu hallerde müdafî/vekil bulunmaksızın yapılan tüm işlemler veya elde edilen tüm bulgular hukuka aykırı sayılmalı; bunlara dayanılarak hüküm kurulamamalıdır.

Müdafinin yetkilerine getirilen bazı kısıtlamalar, görüldüğü gibi, hukuk devleti ilkesine ve silahların eşitliğine aykırılıklar taşımaktadır. Bu nedenle bu aykırılıkların giderilerek yasa mantığının çağımız gereklerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir. *"İyi savunma için iyi yasa gerekir!"*

BİR YAPTIRIM TÜRÜ OLARAK PARA CEZALARININ TEORİ VE UYGULAMADAKİ ANALİZİ

Halûk Çolak *
Uğurtan Altun **

I. Adli Para Cezası

A. Genel Olarak

Suç karşılığı olarak hükümlüden bir paranın alınmasını ve kanunun gösterdiği yere tevdi edilmesini, ödenmemesi hâlinde kanunun gösterdiği yaptırımlara çevrilmesini belirleyen cezaya, para cezası denilir.¹

Günümüzün modern devletleri, suç oluşturan eylemler karşısında suçlunun iki tür hak ve yararına yönelik olarak esas yaptırımlar sistemlerini düzenlemektedir. Bunlardan birisi kişi hürriyeti, diğeri ise malvarlığıdır. Kişinin malvarlığına yönelik bir yaptırım türü olan para cezaları başlangıçta kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalı taraflarını gidermek amacıyla uygulandığı hâlde, zaman içinde diğer cezaların aksine uygulama alanı genişlemekte olan bir ceza türü olarak görünüm almıştır. Öyle ki, para cezalarının geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinden itibaren, hapis cezalarının uygulanmasını sınırlayan bir etki göstermek suretiyle, cezalar sisteminde oldukça önem kazanan bir ceza türü olduğunu söylemekte yanlış olmayacaktır.² Para cezası, eski dönemlerde adam öldürme gibi en ağır suçlar karşılığında da uygulanmış ve kefaret anlayışının egemen olduğu yıllarda bu cezanın etki alanı daralarak yerini bedenî cezalara bırakmıştır. Fakat özellikle XX. yüzyılda para cezalarının çok önemli yer tuttuğu ve hatta hürri-

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Md. Yrd.

** Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Md. Hâkimi.

¹ Çolak Halûk, Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 138.

² Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992, s. 557.

yeti bağlayıcı cezaların yerini almak yönünde geliştiği görülmektedir. XX. Yüzyıldan itibaren para cezalarının önemi çok artmış ve kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını gidermek bakımından bu cezaya olan ihtiyaç, özellikle belirmiştir.³

Öğretide farklı şekillerde de olsa her yazarın bir para cezası tarifi verdiği görülmüştür.

Önder'e göre, para cezası, suç teşkil eden bir fiil nedeniyle, faile karşı toplumun kınama duygusunu belirten, onu maddî yararlarından yoksun bırakmayı amaçlayan, yargı organınca hüküm altına alınan ve kusur ile orantılı olmakla beraber suçlunun ekonomik durumunu da göz önünde tutarak cezada bulunan amaçları gerçekleştirmek için Devlet hazinesine bir miktar paranın ödenmesidir.⁴

Dönmezer-Erman'a göre, para cezası, kanunun suç olarak gösterdiği bir fiili işleyen kişiye uygulanan ve kanunda yazılı sınırlar arasında tayin olunacak ve mahkûm tarafından ödenmemesi hâlinde kanunun gösterdiği diğer müeyyidelere çevrilebilen ve kamu gücüne bir para miktarının ödenmesini emreden bir müeyyidedir.⁵

Erem'e göre, para cezası, kanunda yazılı hadler arasında tayin olunacak bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir.⁶

Donay'a göre, ise para cezası, suç teşkil etsin ya da etmesin bir hukuk normunu ihlâl eden kişinin devlete veya kanunda belirtilen başka bir yere, bir zararın tazmini amacını taşımaksızın ödemek zorunda olduğu belirli bir miktar paradır. Bu şekilde verilen tanım, hem kamu para cezalarını, hem de kamusal nitelikte olmayan para cezalarını kapsamaktadır.⁷

³ Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, İstanbul 1997, s. 674.

⁴ Önder, s. 558. Adı geçen yazar, 647 sayılı Mülga CİK'nın 5. maddesindeki "Para cezası kanunda yazılı hadler arasında tayin olunacak bir miktar paranın Devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir" şeklindeki tanımın, para cezasının gerçek bir ceza olarak kabul edilmesi sebebiyle bu tanımın eksik olduğu, ceza hukukunun gerçek para cezası ile diğer para cezaları arasındaki farkı belirtmediğini ileri sürmektedir. Bkz., Önder, s. 558.

⁵ Dönmezer/Erman, s. 680.

⁶ Erem Faruk, *Ceza Hukuku*, C. II, 12. Baskı, Ankara 1985, s. 221.

⁷ Donay Süheyl, *Para Cezaları (Para Cezaları)*, İstanbul 1972, s. 15; Aynı şekilde bkz., Donay Süheyl, "Genel Olarak Para Cezası (Toplum ve Ceza)", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 269.

Centel/Zafer/Çakmut'a göre, para cezası, suç karşılığında yasada yazılı sınırlar arasında belirlenecek bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir.⁸

Özbek'e göre, para cezası, suçlunun mal varlığına yönelik bir yaptırım olup, işlenen suçun karşılığı olarak yasada öngörülen sınırlar arasında belirlenerek, hükümlüden alınan bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesidir.⁹

Demirbaş, işlenen suç karşılığı olarak, yargısal bir kararla failin kusuru ve ekonomik durumu ile orantılı olarak hükmedilen paranın devlete ödenmesini, kamu para cezası olarak tanımlamaktadır.¹⁰

Soyaslan'a göre, hükümlünün devlete para ödemeye mecbur edilmesidir.¹¹

Çınar'a göre, para cezası, suç karşılığı olarak, yasada öngörülen sınırlar arasında belirlenerek, hükümlüden alınan bir miktar paranın yasanın belirlediği yere (devlet hazinesine) ödenmesidir.¹²

Bütün tanımlarda para cezalarının ortak niteliği olarak, belli miktarda bir paranın devlete ödenmesi hususu karşımıza çıkmaktadır.

B. Mukayeseli Hukuk

Mukayeseli hukukta, ceza kanunlarında para cezasına yer verilmektedir. Para cezası da bu kanunlarda ya tek başına, ya da hürriyeti bağlayıcı cezanın yanında ek ceza olarak yer almaktadır.¹³

Mukayeseli hukukta para cezaları aslî ve tek olarak genellikle kabahatler ve vahim nitelikte sayılmayan suçlar için öngörülmektedir. Bununla beraber taksirli suçlarda da para cezasının tek ceza olarak düzenlendiği hükümler mevcuttur. Örneğin, İsviçre, İtalya, Avusturya, Almanya, Yunanistan ve İspanya ceza kanunlarında, bazı kabahat

⁸ Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 574.

⁹ Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler*, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 526.

¹⁰ Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi, Ankara 2003, s. 77.

¹¹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 564.

¹² Çınar, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Ankara 2005, s. 74.

¹³ Donay, *(Para Cezaları)*, s. 53; Donay (Toplum ve Ceza), s. 269.

eylemlerinde para cezasının tek ceza olarak hükme bağlandığı görülmektedir. Yine, taksirli suçlarda para cezasının tek başına uygulandığı sisteme İsviçre’de rastlanmaktadır. Ayrıca, bazı cürüm ve cünhalarda para cezasının tek başına bulunduğu hükümler vahim sayılmayan nitelikteki ihlaller için söz konusu olmaktadır.¹⁴

Para cezasının aslî ve tek ceza olarak yer aldığı hükümlerde, bu cezanın tek başına hükmedilmesi dışında, hapis veya para cezasının seçiminin hâkime bırakılması hâlinde, yani seçimlik olarak da ortaya çıkmaktadır. Mukayeseli hukukta para cezasının hürriyeti bağlayıcı ceza ile seçimlik olarak en sık rastlanan şekli taksirli suçlarda ve kaba-hatlerde söz konusu olmaktadır. Örneğin, İsviçre, İtalya, Yunanistan, Avusturya ve Almanya ceza kanunlarında bazı para cezaları bu şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca, İsviçre, İtalya, Avusturya ve Almanya’da bazı cürüm ve cünhalarda para cezasının aslî ve fakat seçimlik ceza olarak bulunması, vahim sayılmayan nitelikteki ihlallerde söz konusu olmaktadır.¹⁵

Mukayeseli hukukta para cezaları, genel olarak hapis cezası ile birlikte bulunmaktadır ve hem hapis, hem de para cezasına birlikte hükmedilmektedir. Ancak bu durumda da para cezası aslî ceza olarak kalmaktadır. Hapis cezasını daha etkili kılmak için kanunlarda bu şekilde düzenlendiği ileri sürülen para cezaları genel olarak cürüm ve cünhalarda uygulama kabiliyeti bulmaktadır. Özellikle, cünhalarda Fransız Ceza Kanunu’nda ve cürümlerde Alman, İtalyan, Yunan kanunları gibi, Kara Avrupa’sı ceza kanunlarında para cezaları bu şekilde düzenlenmiştir.¹⁶

Bazı kanunlarda, belirli şartların bulunması halinde suçun karşılığı olarak para cezası öngörülmüş olsa dahi, aslî cezanın yanında para cezasının hâkim tarafından eklenebileceği öngörülmektedir. Para cezasının bu şekilde ek ceza olarak gözükmemesi, özellikle kazanç hırsı ile işlenen suçların düzenlendiği, İsviçre, Almanya, İtalya ve Yunan kanunlarında ki bazı maddelerde göze çarpmaktadır. Bunun dışında, Almanya, İsviçre gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında, suçun aslî yaptırımını para cezası olmakla beraber, bu cezanın para cezasına çevrilebileceği öngörülmüştür.¹⁷

¹⁴ Donay, (*Toplum ve Ceza*), s. 270; Donay (*Para Cezaları*), s. 53-54.

¹⁵ Donay, (*Toplum ve Ceza*), s. 271; Donay, (*Para Cezaları*), s. 54-55.

¹⁶ Donay, (*Toplum ve Ceza*), s. 271; Donay, (*Para Cezaları*), s. 55-56.

¹⁷ Donay, (*Toplum ve Ceza*), s. 271-272; Donay, (*Para Cezaları*), s. 56.

C. Hukukî Niteliği

Para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezaların yanında nitelik bakımından bazı farklar gösterdiği bir gerçektir. Bu ceza, hürriyeti bağlayıcı cezalarda olduğu gibi, kişiye sıkı bağlı olan ve hak ve yararlarına yönelik bir ceza türü değildir. Para cezası kişinin daima yerine koyması mümkün hak ve yararlarına, yani malına yönelik olarak uygulanan bir yaptırım türüdür. Bu özelliği nedeniyle de, para cezasının hukukî niteliği hakkında değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Gerçekten, ölüm cezası veya hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlu dışındaki bir başka kişi hakkında uygulanamaz. Buna karşın, para cezasının üçüncü bir şahıs tarafından ödenmesi mümkündür. Bazı yazarlar para cezasının bu özelliği nedeniyle, suçluya bağlı kişisel bir ceza olmadığı fikrini ileri sürmüşler ve suçluya değil mala karşı uygulanan bir ceza olduğunu açıklamışlardır.¹⁸ Bu kapsamda, para cezalarının “borç teorisi” görüşü ile açıklanmasına gayret gösterildiği görülmüştür. Sorunu borç teorisi ile çözmek isteyenler iki kısma ayrılmıştır. Birinci grup yazarlar, para cezasını, Devletin suçludan özel hukuk ilişkisi içinde beliren bir talep hakkı olarak görürler. Diğer bir grup ise, bu ilişkinin bir kamu ilişkisi olduğunu ve talep hakkının bu ilişkiden doğduğunu savunurlar. Bu görüşler kabul görmemiştir.

Doktrinde baskın görüş olan “ceza teorisi”ne göre, para cezası tam anlamıyla bir devlet yaptırımıdır ve hâkim tarafından tayin edilen bir miktar paranın borçlunun mal varlığından alınmasını gerektirir.¹⁹ Bu teori gereğince, para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin mümkün olması ve sanığın ölümü hâlinde terekeden tahsil edilmesinin mümkün bulunmaması sebebiyle, para cezası gerçek anlamda bir ceza hukuku yaptırımıdır. Malî bir zararı olmasa bile, devlet suçtan zarar gören olarak para cezası verebilmekte ve bunun tahsili yoluna gidebilmektedir. Devlet açısından önemli olan, verilen para cezası ile suçlunun malvarlığında bir azalmanın gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Para cezasının tahsili Devlet için bir kazancın doğması sonucunu doğursa bile, bu netice bir araç değildir. Sanığın herhangi bir sebeple devletten alacağı bulunması hâlinde, para cezası ile takas edilmesi söz konusu olamaz. Öte yandan, zamanaşımı açısından da para cezaları ceza hukukunda hükme bağlanan zamanaşımı kurallarına bağlı olup, me-

¹⁸ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Yaptırım Hukuku*, Ankara 2003, s. 117; Donay, *(Para Cezaları)*, s. 69; Önder, s. 558.

¹⁹ Donay *(Para Cezaları)*, s. 70; Artuk /Gökçen/Yenidünya, s. 118.

denî hukuk kurallarına tâbi değildir. Bu nedenlerle, para cezası gerçek anlamda bir cezadır.²⁰

Para cezasının devlet ile hükümlü arasında karşılıklı yükümlülükler oluşturan teknik anlamda bir ceza olduğu öğretide çoğunluk tarafından kabul edilmiştir. Bu nedenle, tüm cezalar için değişmeyen özellikler, para cezaları için de geçerli olacaktır. Örneğin, cezanın kanuniliği, cezanın kişiselliği ve cezanın eşitliği gibi genel ceza ilkeleri para cezaları hakkında da uygulanır.²¹

Para cezaları şahsîlik kuralı gereğince, mahkûmun ölümü hâlinde, mirasçılardan istenemez (TCK m. 64/2, Mülga TCK m. 96).

D. Para Cezalarının Lehinde ve Aleyhinde Görüşler

1. Lehinde görüşler

Cezanın hedeflediği amaçları, para cezalarının uygun bir biçimde karşıladığı ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, cezalarda bulunması gereken nitelikler bakımından para cezalarının genellikle üstün imkânlar gösterdiğini söylemek gerekir.

Para cezalarının lehinde görüş bildiren yazarlara göre:²²

a. Para cezaları ahlâkîdir. XX. yüzyılın başlarında kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından özel bir fonksiyonu gerçekleştirme düşünülen para cezaları, suç politikası çerçevesini aşarak, kanun koyucuların vazgeçemeyecekleri bir ceza türü olmuş, orta ağırlıktaki suçlar için de tek başına hükmedilebilen ceza niteliğini kazanmıştır.

b. Para cezalarının derecelendirilme, bölünebilme ve geri alınabilme kabiliyeti vardır. Bölünebilir olmaları nedeniyle de, fiilin ağırlığına ve failin sorumluluk derecesine ve ekonomik durumuna göre suçluya uyma olanağına sahiptir.

c. Sonuçları itibariyle tamir edilebilirler, yani adlî hata hâlinde gerçekleşmiş bulunan kötü sonuçların yok edilmesi kolaylıkla mümkün olur.

²⁰ Donay, (*Para Cezaları*), s. 69-70; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 118; Önder, s. 559.

²¹ Denizhan, Hüseyin, *Adli Para Cezaları*, AD. Yıl: 97, Mayıs 2006, S. 25, s. 90.

²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 121 vd; Donay, (*Para Cezaları*), s. 39 vd; Dönmezer/Erman, C. II, s. 675; Erem, s. 216; Önder, s. 559-560; Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Soyaslan, s. 565; Özbek, s. 526; Demirbaş, s. 78; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhani, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 294; Karagülmez, Ali, *Gün Para Cezası Sistemi (Gün Para)*, Ankara 2005, s. 24-25; Yılmaz, Zekeriya, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Ankara 2005, s. 38.

d. Etkilidirler ve suçun tekerrürü dolayısıyla tekrar hükmedilmesi hâlinde, hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından olduğu gibi suçlunun cezaya alışması ve böylece cezanın korkutucu değerini kaybetmesi sonucunu doğurmazlar. Bu nedenle, hapis cezalarının itiyat hâlini alması mümkünken, para cezalarında bu noktaya rastlanmaz. Ayrıca, hırs ve tamah sonucu işlenen vergi kaçakçılığı gibi suçlarda, yakalandığı takdirde hükmedilecek para cezasının, elde edilmesi düşünülen çıkardan çok fazla malî bir zararı doğuracağı korkusu, suç işlemek isteğinde bulunanları ihtiyatlı davranmaya iten kuvvetli bir psikolojik etki oluşturabilir. Para cezasını ödeme zorunluluğu, suçluyu daha çok çalışmaya ve daha tutumlu davranmaya sevk eder.

e. Para cezaları devlete gelir temin ettiği hâlde, diğer cezaların infazı masraf doğurur. Bu nedenle, para cezasının infazı hürriyeti bağlayıcı cezalarda olduğu gibi, vergi yükümlülerine ekonomik bir külfet yüklediği gibi, aksine yükünü azaltır.

f. Bölünebilir olması ve hâkime geniş bir takdir yetkisi vermesi nedeniyle para cezaları, cezaların bireyselleştirilmesi yönünden, en geniş olanak sağlayan yaptırımlardır. Bu kapsamda, hükümlüyü işinden, aile çevresinden ve toplumdan uzaklaştırmayan bir ceza türü olduğundan toplumsal bir yıkımda meydana getirmez. Yani sanığın sosyal durumu ile ekonomik faaliyetleri bozulmamış olur.

g. Para cezaları “müşterek hapis” gibi kargaşalık çıkmasına elverişli, “hücre hapsi” gibi tahrip edici nitelikte değildir.

h. Para cezaları kazanç gayesiyle işlenen suçlarda, hapis cezalarına oranla daha uygun bir cezadır. Bu gaye ile işlenen suçlarda, cezanın miktarının tespiti mümkündür.

ı. Para cezası yerine, hapis cezasının sadece suçluya zarar verdiği düşünülemez. Devlet bu suretle kişinin emeğinden, dolayısıyla gelirinden yoksun kalmış olmaktadır.

j. Ceza infaz kurumlarından kaynaklanan olumsuz etkileri önleyebilme niteliğine sahiptir. Bu durum özellikle kısa süreli hapis cezaları açısından söz konusudur. Gerçekten de, kısa süreli hapis cezalarına mahkûm olmuş bir kişiyi cezaevine göndermenin sakıncalarının başında, hükümlünün cezaevinin olumsuz koşullarından etkilenmesi gelmektedir. İşte para cezası, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını yok etme bakımından uygun bir müeyyide türüdür.

k. Toplumdaki ekonomik gelişme, paranın yaşamdaki önemi, para cezalarının etkili olması sonucunu doğurmuştur.

2. Aleyhinde görüşler

Para cezalarının aleyhinde görüş bildiren yazarlara göre:²³

a. Para cezası tek başına verildiği takdirde, toplumda suçlunun onurunu kıran ve cezada bulunması gerekli ahlâkî niteliklerden yoksun bir ceza türü olarak kabul edilir.

b. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda mevcut bulunan, cezanın genel önleme etkisi para cezalarında bulunmaz.

c. Cezaların kanunîliği ilkesi gereğince, kanunlarda belirli suçlar karşılığında eşit miktarda hükmedilen para cezalarının, zengin ve fakir suçlu üzerinde yarattığı etki farklıdır. Çünkü, mahrumiyetin doğuracağı bu azap suçluların servetine göre değişir. Bu ceza, fakir suçluyu etkilemesine rağmen, zengin suçlunun para cezasını ödemek suretiyle cezayı her zaman bertaraf etme olanağı vardır. Hatta kimi zaman ödeme yeteneği olmayan, basit nitelikteki suçların faillerini bile caydırıcı özelliği bulunmamaktadır. Bu durum, cezanın suçlulara aynı etkiyi göstermesi ilkesine ters düşmektedir.

d. Para cezası, cezaların içinde en az şahsî olanıdır. Bilindiği gibi, iyi bir cezanın önemli ve başta gelen niteliği, suçla ilgisi olmayan kişiler üzerinde bir etki yapmamasıdır. Oysa para cezasının ödenmesi nedeniyle aile mal varlığında bir eksilme olacağından, bu durum sadece hükümlü üzerinde değil, onun ailesi ve özellikle çocukları üzerinde de etki yaratacaktır. Bu sebeple, para cezasının kişisellik özelliğinden söz edilebilmesi mümkün değildir. Para cezasının bu geniş etkisi, hapis cezasından da fazladır.

e. Bu ceza tespit edilirken suçlunun ekonomik durumu ne kadar dikkate alınıralsa alınsın, tam anlamda bir denge kurulamaz. Ayrıca, para cezasının taksitide bağlanmış olması hâlinde, taksit süresi içinde suçlunun ekonomik durumu bozulmuş ve cezayı ödeyemeyecek bir duruma düşmüş olabilir.

f. Diğer cezaların infazı, devletin iradesine bağlıdır ve devlet bu cezaları infaz edip etmemekte tek söz sahibidir. Oysa para cezalarının infazı daha çok suçlunun iradesine ve ekonomik durumuna bağlıdır.

g. Para cezası ödenmezse, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmektedir. Bu özellik ise, para cezalarının aleyhinde ileri sürülen bir sebep

²³ Donay, (*Para Cezaları*), s. 46 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, s. 675-676; Erem, s. 216-217; Önder, s. 560-561; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 123 vd; Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Soyaslan, s. 566; Özbek, s. 526; Demirbaş, s. 78-79; Karagülmez, (*Gün Para*), s. 24-25.

oluşturur. Gerçekten de, cezayı ödemeyen fakir bir kişi hakkında, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesini kabul eden sistemlerde, kişilerin ekonomik durumlarındaki farklılık nedeniyle aynı suçtan dolayı farklı cezalara çarptırılmaları gibi bir sonuç doğurur. Bu durum ise, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bunun önüne geçilmesi için, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmeden hükümlünün çalıştırılması yoluna gidilerek tahsil edilebileceği ileri sürülmüşse de, bu yolun başarılı olduğu ileri sürülemez.

h. Para cezasının üçüncü bir kişi tarafından da ödenebilmesinin mümkün olması, cezanın etkisini azaltır. Bilindiği gibi, cezanın amaçlarından birisi de suçluya, toplum kurallarına aykırı hareket etmenin onun için bir yaptırımını gerektirdiğinin gösterilmesidir. İşte para cezasının fail dışında, bir üçüncü kişi tarafından da ödenebilmesi nedeniyle, onun bu etkiden kurtulması sonucunu doğurur. Bu durum, enflasyon nedeniyle para cezalarının yetersiz kalması durumunda da kendisini gösterir.

1. Para değerindeki düşüşler bu cezaların etkinliğini azaltır.

j. Devlet tarafından para cezaları konulurken, bundan elde edilecek gelir beklentisinin etkisine ve böylece suçlulardan, gelir sağlamak gibi uygunsuz bir durum içine düşülmesi mümkündür.

k. Para cezalarında kesinlik yoktur. Hâkim, para cezasına mahkûm ettiği kişiden bunun tahsil edilebileceği konusunda her zaman emin değildir.

1. Para cezalarına hüküm giyenlerin çoğunun bu cezayı ödemedikleri ve bu nedenle infazının da güç olduğu bilinmektedir.

3. Görüşlerin değerlendirilmesi

Para cezalarının mahiyeti ile ilgili olarak öğretilerdeki görüşler, bu cezanın sakıncalarını giderici hükümlerin yeni kanunlara eklenmesi ile olumlu sahaya intikal etmiştir. Bu hükümler arasında şunlara rastlanmaktadır:²⁴

a. Cezanın alt ve üst sınırları arasında büyük bir açıklık bırakmak suretiyle hâkime takdir hakkı tanımak.

b. Kazanç hırsı ile işlenen suçlarda para cezalarına had tanımamak veya çok yüksek had tanımak.

²⁴ Erem, s. 217.

c. Bu cezaya hükmederken hâkimin, suçlunun ekonomik durumunu dikkate almasını zorunlu tutmak.

d. Sanığa para cezasını ödemedi, taksitle ödeme veya belli bir süre sonunda ödeme şeklinde, kolaylıklar sağlamak.

II. Para Cezasına İlişkin Sistemler

Para cezaları sisteminde ilk sorun, bu cezanın miktar itibarıyla suçlunun durumuna uydurulmasıdır. Bu konuda çağdaş hukuk sistemlerinde iki ana eğilim görülmektedir:²⁵

- Hâkimin para cezasının takdiri hususundaki yetkisini genişleten hükümler koymak.

- Para cezasının, suçlunun ekonomik durumu ile orantılı olarak tespitini mümkün kılacak oranları tespit etmek, yahut gün para cezaları sistemini kabul etmek.

Günümüzde para cezalarının *belirlenmesinde "klasik sistem" ve "gün para cezası sistemi"* bulunmaktadır.

A. Klasik Para Cezası Sistemi

Mülga 765 sayılı TCK'da kabul edilen *klasik sistem* değişik şekillerde uygulanmıştır. Bu sistemde hâkim, kanun tarafından belirlenen sınırlar içerisinde belirli bir miktarı "*para cezası*" olarak saptayabilir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın sisteminde, suçların "*cürüm*" ve "*kabahat*" olarak ayırma tâbi tutulmasına paralel olarak, para cezalarında da "*ağır para cezası*" ve "*hafif para cezası*" şeklinde ikili ayırma gidilmekteydi. Cürümler için "*ağır para cezası*", kabahatler için ise "*hafif para cezası*" öngörülmüştü (Mülga 765 sayılı TCK, m. 11). Eski sistemde, kanunda belirlenmiş olan ceza miktarları dikkate alınmadığı gibi, bu miktarlarda gerçekleştirilen değişiklikler de kabahat cinsinden bir suç cürüm veya cürüm cinsinden bir suç kabahat olarak tanımlamaya imkân tanımamaktaydı.

Her ne kadar 765 sayılı kanunda ağır veya hafif para cezalarının genel olarak alt ve üst sınırları belirlenmiş ise de, (ağır para cezası için m. 19, hafif para cezası için m. 24); kabahat türünden bir suç için öngörülmüş olan "*hafif para cezası*"nın miktarı, cürüm için öngörülmüş olan "*ağır para cezası*"na göre daha fazla olabilmekteydi.²⁶

²⁵ Dönmezer/Erman, C. II, s. 677.

²⁶ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2006, s.

Klâsik sistemin üç değişik uygulama biçimi bulunmaktadır:²⁷

Maktu para cezası: Bu yöntemde para cezası, kanun koyucu tarafından, sabit bir miktar olarak belirlenir. Hâkimin; fail, işlenen suç, failin suç işleme kastı ve ekonomik durumunu dikkate alması mümkün değildir. XVIII. yüzyıldan itibaren görülen sabit para cezası yöntemi, bugün nadiren uygulanmaktadır.²⁸

Alt ve üst sınırları belirlenmiş para cezası: Bu sistemde kanun koyucu tarafından para cezasının alt ve üst sınırları belirlenmiş olup, hâkime bu sınırlar arasında bir miktarın para cezası olarak tespit edilmesi yetkisi tanınmıştır. Burada hâkim, suçun ve suçlunun durumuna göre, takdir hakkını kullanarak cezanın alt ve üst sınırları arasında bir miktarı tayin etmekte, hatta yapılan indirimler sonucunda, alt sınırdan da az bir miktarı tespit edebilmektedir. Ayrıca, bu sistemde hâkimin para cezasının üst sınırından daha da yukarı para cezasına hükmetmesi kabul edilmektedir (Örneğin 1930 İtalyan CK m. 24/3; İsviçre CK m. 48).²⁹

Nispî para cezası: Kanun bazı hâllerde, suç nedeniyle verilen zararlar veya failin suçtan elde ettiği kazançla orantılı olarak para cezasının miktarını tespit etmiştir.³⁰ Nispî para cezaları, gerçekte kamu para cezalarındandır. Bu sistemde ne üst sınır ne de hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.³¹ Burada, para cezasının miktarı kanun tarafından

663; Öztürk/Erdem, s. 293.

²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 125; Önder, s. 561-562; Centel/Zafer/Çakmut, s. 575; Özbek, s. 526-527; Çınar, s. 75-76; Denizhan, s. 94 -95; Yılmaz, s. 40.

Özgenç bu ayırımı dörde ayırmıştır. Bunlar;

a. Suçun kanunî tanımında maktu bir miktar paranın para cezası olarak belirlenmesi,

b. Para cezasının ilgili suç tanımında alt ve üst sınırlarının gösterilmesi,

c. Para cezasının ilgili suç tanımında sadece üst sınırının gösterilmesi,

d. Para cezasının ilgili suç tanımında sadece alt sınırının gösterilmesi.

Ayrıca nispi (veya misli) para cezasını da bu sistem içinde değerlendirmektedir. Aslında bu ayırım, temelde diğer sınıflandırmaların daha genişletilmiş hâlini ifade etmektedir. Bkz., Özgenç, s. 663.

²⁸ Donay, (Para Cezaları), s. 78; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 125; Çınar, s. 76; Önder, s. 562; Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Özbek, s. 526; Denizhan, s. 95; Karagülme, (Gün Para), s. 26 vd; Yılmaz, s. 40.

²⁹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 677; Centel/Zafer/Çakmut, s. 575; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 125; Çınar, s. 76; Özbek, s. 527; Denizhan, s. 95; Karagülmez, (Gün Para), s. 29; Yılmaz, s. 40.

³⁰ Donay, (Para Cezaları), s. 79; Centel/Zafer/Çakmut, s. 575; Öztürk/Erdem, s. 294; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 125; Özbek, s. 527; Yılmaz, s. 40.

³¹ .13.11.2005 tarihli ve 25642 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hak-

belirtilmemiş olup, suçtan doğan zarar veya failin elde ettiği ya da elde etmeyi umduğu yarar veya katları para cezasının tespitinde esas alınır. Bu nedenle bu para cezasına nispi para cezası denilir (Mülga TCK m. 19'da nitelikleri düzenlenen bu cezaya, aynı Kanununun 129, 202, 203, 206, 207, 222, 225, 248, 320, 354 ve 403. maddelerindeki para cezaları örnek verilebilir).³² 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 91. maddesindeki

kında Kanun'un 12. maddesi ile, 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan 26.04.1926 tarihli ve 825 sayılı "Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun'un 20. maddesinde, "Miktarı muayyen bir nispet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette bulunan cezaiy nakdeleri müstelzim fiiller cürüm addolunur" denilmek suretiyle bu tür para cezası kabul edilmişti.

³² "Para cezaları, yasalar ile uygulama ve öğretilde kamu para cezaları, tazminat kabildinden para cezanın, medeni para cezanın, disiplin para cezanın, idarî para cezaları, nispi para cezaları, ağır ve hafif para cezanın biçiminde ayrımlara tabi tutulmuştur. Türk Ceza Yasası'nda ise, ağır ve hafif para cezaları şeklinde nitelendirilmiştir. Para cezasının miktarı yasa da belirtilmiş ise maktu olup alt ve üst sınırları, ağır para cezalarında TCY'nin 19. ve hafif para cezalarında ise 24. maddesine göre belirlenecektir. Para cezasının miktarı belirli bir oran dahilinde, olaya bağlı olarak azalabilir veya çoğalabilir nitelikte ise, nispidir. TCY'nin 19. maddesi gereğince nispi para cezalarının üst sınırı bulunmayıp, alt sınır ise bu maddeye göre belirlenecektir.

Bu ölçütler nazara alınarak TCY'nin 202. maddesinde öngörülen ağır para cezasının niteliği incelendiğinde;

Anılan maddede, "Görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren memura altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen cürüm, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmiş ise faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç misli kadar ağır para cezası verilir.

Zararın, kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte biri indirilir.

Meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece ödettirilmesine re'sen hükümlenir.

Bu fiiller kamu bankaları aleyhine işlenmiş ise faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılır" hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi maddede, özgürlüğü bağlayıcı ceza ile birlikte ağır para cezasına da hükümlenacağı belirtilmiş, ancak para cezasının miktarı maktu biçimde gösterilmeyip meydana gelen zarara bağlı olarak tayin esası kabul edilmiştir. Ancak, para cezasının miktarının belirlenmesi bakımından meydana gelen zarar ölçütü olarak alınırken, bunun yanında meydana gelen zararın ödettirilmesi hususu da maddede ayrıca düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan ölçütler gözetildiğinde, maddede öngörülen para cezasının nispi nitelikte olduğu açıktır. Anılan para cezasının infazı için herhangi bir ayrık düzenleme getirilmemesi, meydana gelen zararın ödettirilmesi hususunun maddede ayrıca düzenlenmiş olması nazara alındığında artık buradaki para cezasının tazmini para cezası olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 15.12.1998 gün ve 311-386 sayılı kararında da TCY'nin 202. maddesinde öngörülen ağır para cezası-

para cezası, nispi nitelikteki para cezalarındandır.

Kanun koyucunun, bu tür para cezasını düzenlerken, sadece alt ve üst sınırların tespiti halinde, para cezasının yeterince yüksek olmaması ve paranın değerini kaybetmesi hâlinde etkili bir yaptırım olmayacağı hususlarını göz önünde tuttuğu ileri sürülmüştür. Kanun maddesinde alt ve üst sınırları gösterilen cezalar için uygulanabilen kişiselleştirme kuralı, nispi para cezası için uygulanamaz.³³

Nispi para cezası, cezanın miktarını bir takım somut gerçeklere bağlamakta ve suçun ekonomik boyutu dikkate alınmaktadır. Bu tip cezalar genellikle ekonomik suçlar karşılığı olarak kullanılmaktadır.³⁴

Sayı olarak fazla olmasa bile, yabancı ülkelerde de uygulanmakta olan bir sistemdir. Özellikle ceza hükmü taşıyan özel kanunlarda uygulanan bir sistemdir. (Örneğin, İsviçre, Fransa, İtalya, ABD ve İsveç gibi).³⁵

Nispi para cezaları, “*tazminat türünden olan para cezaları*” ile karıştırılmamalıdır. Kamu para cezalarından bir kısmına “*nispi para cezası*” denmesine sebep, bu cezalarda ceza miktarının kanunun gösterdiği bir ölçüye nispetle belirlenmiş olmasıdır. Genellikle kamu para cezaları biri alt, diğeri üst olmak üzere iki had arasında kanunda gösterilmiş olmalarına karşılık, nispi para cezalarının birçoğu sabit cezadır ve hâkim bunlar hakkında genel takdir hakkını kullanamaz.³⁶

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun mülga TCK’nın 278. maddesindeki nispi nitelikteki para cezasının misli artırıma tâbi olduğuna ilişkin, 1984 tarihli bir kararında, genel olarak diğer para cezaları ile bağlantısı da açıklanmak suretiyle nispi para cezalarına ilişkin aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir:

nın, nispi nitelikte ve kamu para cezası olduğu kabul edilmiştir.

Öğretide de Erman/Özek, zimmet suçlarındaki yaptırımın niteliğini, “3679 sayılı kanunla getirilen ağır para cezası “nispi” olduğundan zararın miktarına bağlı bulunmaktadırlar... Kanun, ağır hapis ve para cezalarından başka, medeni bir müeyyide niteliğinde olan “meydana gelen zararın” faile ödettilmesini de kabul etmiştir” şeklinde açıklamışlardır (Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 44-45). Doç. Dr. İzzet Özgenç de zimmet suçlarında yaptırımın niteliğini açıklarken, ağır para cezasının nispi nitelikte olduğunu belirtmiştir (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 159): YCGK T: 22.06.2004, E: 2004/5-119, K: 2004/142, Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (Eylül 2001-Temmuz 2004), (2001-2004), Ankara 2004, s. 237-239.

³³ Erem, s. 220; Dönmezer/Erman, C. II, s. 682; Önder, s. 564; Çınar, s. 76; Soyaslan, s. 564; Denizhan, s. 95.

³⁴ Dönmezer/Erman, C. II, s. 682; Donay, (*Para Cezaları*), s. 79.

³⁵ Önder, s. 565.

³⁶ Erem, s. 220.

“...Para cezaları; ağır ve hafif ayrımı dışında, konularına göre: kamu, tazminat, idarî, disiplin... para cezaları şeklinde çeşitlendirilebildiği gibi; miktarının tayini (tespiti) yönünden de: Kanun tarafından veya hâkim tarafından tespit edilen para cezaları olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bu son ayrımında, birinci sistemde, para cezasını Kanun tayin etmekte ve hâkim Kanununun belirlediği cezayı sadece uygulamaktadır. Burada, hâkimin, cezanın miktarını takdir, diğer bir deyişle, cezayı ferdileştirme yetkisi yoktur. İkinci sistemde ise: Ceza, Kanun’un öngördüğü sınırlar (hadler) içinde ve fakat hâkimin takdirine göre tayin edilmekte, yani ceza, hâkim tarafından ferdileştirilmektedir” ... Konumuz, kamu para cezaları ilgilendirmektedir. Bu tür para cezaları, her bakımdan cezalar hakkında kural ve esaslara tabi olan para cezalarıdır. Doktrinde de benimsendiği gibi, bu tür cezalar “maktu” ya da “nispî” olmak üzere ikiye ayrılmak suretiyle incelenebilir.

Ferit Devellioğlu’nun *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügati*’ne göre, “maktu” kelimesi; kat olunmuş, kesilmiş, diğeri, pahası biçilmiş anlamındadır. Maktu para cezaları da kendi içinde ikiye ayrılır: Kanun, bu tür cezaları, bazen “sabit” olarak; çok defa da bir aşağı ve bir yukarı haddi (sınırı) havi olarak ya da doktrinde isimlendirildiği gibi “mütefavit” olarak tayin eder. Sabit para cezası, aşağı ve yukarı had olmaksızın para cezasının miktarının, Kanun tarafından, tek bir ceza olarak değişmez bir biçimde belirtilmesidir. Mütefavit para cezası ise, 647 sayılı kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasında açıklandığı gibi, kanunda yazılı hadler arasında hâkim tarafından tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesi’ne ödenmesinden ibarettir.

Anılan maddenin 2. fıkrası ile “asgarî ve azamî hadleri gösterilen para cezalarının miktarı, suçlunun iktisadi durumu, aile sorumluluğu, meşgale ve mesleki, yaş ve sağlık durumu, cezanın sosyal etkisi ve uyarma amacı gibi hususlar göz önünde tutularak tespit edilir” hükmü getirilmiştir. Bilindiği üzere; mütefavit para cezalarının aşağı ve yukarı hadleri ya TCK’nın 19 ve 24. maddelerinde olduğu gibi, genel sınırlar olarak gösterilmektedir; ya da suçun ağırlığı ve sair nedenler gözetilerek, bu genel sınırlar içinde özel aşağı ve özel yukarı sınırlar tayin edilmektedir. Kanun, bazen de, sadece özel aşağı, sınır yahut da sadece özel yukarı sınır göstermekle yetinmektedir. Bu son halde, özel aşağı sınır gösterilmemişse, yukarı sınır 19 ve 24. maddelerinde genel yukarı sınırdır; özel yukarı sınır gösterilmişse, aşağı sınır da yine aynı maddelerdeki genel aşağı sınırdır. İşte bu sınırlar arasında cezanın miktarını, yani temel cezayı tayin, başka bir deyişle, cezayı ferdileştirme yetkisi hâkime aittir. Hâkim temel ceza miktarını, kanunda gösterilen asgarî had’den veya yukarı had’den tayin edebileceği gibi, iki had arasında bir miktar ola-

rak da tayin edebilir. Bu sadece mütafavit para cezalarına has bir özelliktir.

Nispî para cezaları ise, Meriyet Kanunu'nun 20. maddesinde tarif edildiği gibi miktarı muayyen bir nispet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyete bulunan para cezalarıdır. Kanun, bazı hallerde, para cezasının miktarının önceden maktu bir biçimde tayini yoluna gitmemekte; bu miktarı, ya suç nedeniyle verilen zararlar veya failin suçtan elde ettiği kazançla orantılı olarak tespit etmektedir. Kanun koyucu, bu tür para cezasını düzenlerken, bazı amaçları göz önünde tutmaktadır. Birincisi TCK'nın 278. madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, sadece asgarî ve azamî hadlerin tespiti halinde para cezasının yeterli şekilde yüksek olmama eksikliğini göstermesidir. İkincisi ise, paranın değerini kaybetmesi halinde etkili bir müeyyide olamamasıdır (Dr. Süheyl Donay, -para cezaları-Doktora Tezi, İstanbul 1972 s. 79). Nispî para cezaları konusunda belirtilmelidir ki, asgarî ve azamî hadleri kanunda gösterilen cezalar için uygulanabilecek olan ferdileştirme kuralı, yani temel cezanın tayini, nispî para cezaları için uygulanamaz. Keza, müteselsil suçlarda, bu tür para cezalarının ayrıca TCK'nın 80. maddesi ile arttırılması da mümkün değildir ve yine 2370 sayılı kanun ile değişik TCK'nın 119. maddesi hükmüne göre, nispî para cezasını gerektiren suçlar hakkında "önödeme" de mümkün değildir.

Bilindiği üzere; amaç ve ilkeler aynı olmakla beraber, para cezaları ikinci defa 1979 yılında 2248 sayılı kanunla ve üçüncü defa da 1983 yılında 2790 sayılı kanunla tekrar arttırılmıştır. Örneğin: 2248 sayılı kanunun 5435 sayılı kanunun 2. maddesini değiştiren 23. madde gerekçesi de aynen şöyledir: (...Paranın bugünkü satın alma gücü nazarı itibara alınarak, gerek Ceza Kanununda, gerek hususî kanunlarda mevcut para cezalarının aşağı ve yukarı haddinin muayyen nispet dahilinde arttırılması düşünülmüş ve bu sebeple 5435 sayılı kanunun 2. maddesinin değiştirilmesi uygun görülmüştür...) (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 1979 S. Sayısı: 114).

Görülüyor ki, Kanun koyucunun 5435 sayılı kanun ile miktarının muayyen bir nispet dahilinde arttırdığı para cezaları, "maktu" yani "sabit" ya da kanunlarda aşağı ve yukarı hadleri belirlenmiş ve hâkime bu iki had arasında ceza miktarını tayini yetkisi verilmiş "mütafavit" para cezalarıdır. Gerçekten; para değerinin düşmesinden, yani enflasyondan etkilenecek olan para cezaları, nispî para cezaları değil maktu para cezalarıdır. Nispî para cezaları, maktu cezalarda olduğu gibi, miktarları önceden kanunda belirlenmeyip, zarar veya istifadeye göre tayin

edildiğinden kanun koyucu, bunların miktarının artırılmasına gerek duymamıştır. Zira bu tür para cezaları mahiyetleri gereği ekonomik hayatla, para değeri ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Bu ilişki nedeniyle hiçbir suretle müessiriyetini kaybetmezler. Para değeri düştükçe, zarar veya istifade miktarı da bu düşme ile ters orantılı olarak artacağından, bu cezalar, hiçbir müdahale veya düzenlemeye gerek kalmadan, miktar olarak kendiliğinden artmak suretiyle müessiriyetini muhafaza ederler. Yargıtay'ın hâkim görüşü de bu doğrultudadır. Nispî para cezası gerektiren suçların büyükçe bir bölümüne bakmakla görevli Beşinci Ceza Dairesi ilâmlarında bu görüş egemen olduğu gibi müzakereler sırasında düşüncesini açıklayan Yedinci Ceza Dairesi sözcüsü de dairelerinin aynı görüşü paylaştıklarını belirtmiştir.

Doktrinde de aynı görüş hâkimdir. Yukarıda sözü edilen “*Para Cezaları*” isimli kitabın Yazarı Donay, (a.g.e., 89) (Mukayeseli Hukukta, nispî nitelikteki para cezalarının bu artırmadan hariç tutulduklarını...) belirtmekle kaynak olarak İtalyan, Fransız ve Belçika Hukuku’nu göstermekte ve ayrıca (...Bütün para cezaları bu kanun ile artırılmamaktadır. Kanunun 2. maddesinde ve gerekçesinde de belirtildiği üzere, vergi resim ve cezaları, tazminat kabilinden para cezaları ve nispî para cezaları bu kanuna göre artırılmazlar...) demektedir (a. g. e., □91) S. Dönmezer ve S. Erman ise (*Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 2. cilt, 778. s.) (... 5435 sayılı kanun prensip itibariyle bütün kanunlarda yazılı her türlü para cezaları hakkında uygulanabilir... Ancak, nispî para cezaları bu kuraldan ayırık tutulmuştur. Ayrıca Yargıtay bu istisnalara içtihadı olarak bir dördüncüsünü daha eklemiştir. Kanunun bir maddesinde yazılı para cezasının aşağı ve yukarı sınırları gösterilmiş değilse, bu konuda hâkime genel aşağı ve yukarı sınırlar arasında cezayı saptama yetkisi verilmiş bulunacağından, ayrıca misil artırmasını uygulamaya gerek yoktur...) düşüncesini ileri sürmektedirler.

Fransız doktrininde (Donnedieu de Vabres - “*traite elementaire de droit criminel et de legislation penale Comparele*” - 1943-664. paragraf) (...Yasakoyucu para değerinin düşmesinden etkilenen tüm cezaları 26.7.1941’de bir yasa ile 12 katına çıkardı. Bu yasa 4 maddeliktir. Tazmini para cezaları ya da yasal metinde özel rejime tabi kılınan cezaları hariç tutarak tüm cezaları artırdı. Ancak bu reform: tazmini cezalar malî cezalar ve nispî cezalar hakkında uygulanmaz...) Belçika Doktrininde de (Goedseels - *Commentaire du code penal Belge* - 257. paragraf) (...24.7.1921, 2.1.1926, 8.6.1926 tarihli Yasalar, para cezalarını ondalık nispetlerle arttırdılar. Bu paranın reel değeri için, para cezası

oranını arttıran bir tahsil şeklidir. Ondalıklarla arttırmadır. 10.4.1933 tarihli Yasa'nın 33/2. maddesine göre, nispî para cezalarına bu uygulanmamaktadır...) denilmektedir. Gerçekten; 5435 sayılı kanun 1949 yılında yürürlüğe girdikten sonra uygulamada tereddütler hasıl olmuştur. Özellikle hukuk ve ceza usulü kanunlarındaki inzibatî nitelikteki para cezalarının da bu kanunla misil arttırmasına tabi olup olmadığı konusunda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile 4. Ceza Dairesi içtihatları arasında çıkan uyuşmazlık, 4.3.1953 tarih ve 6/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüme kavuşturulmuş ve (...Malî ve iktisadi sebeplerle para kıymetinin düşmesinden müteessir olan, inzibati mahiyette dahi olsa, bütün kanun ve nizamlarda mevcut ve her nev'inden para cezalarının misil arttırmasına tabi olduğu...) vurgulanmıştır. Ancak bu karardan sonra (Kanunda alt sınırı gösterilmeyen para cezalarının 5435 sayılı kanunun 2. maddesi gereğince misil arttırmasına tabi olup olmadığı) konusunda Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi ile Üçüncü Ceza Dairesi içtihatları arasında doğan uyuşmazlık 20.5.1957 tarih ve 1/12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüme kavuşturulmuştur. Yukarıda sözü edilen maktu-mütefavit para cezalarından özel asgarî had'di gösterilmeyen para cezaları ile ilgili olan bu karara göre (...5435 sayılı kanun, asgarî hadleri kanununda gösterilmiş para cezalarını misil arttırmasına tabi tutmuştur. Para cezalarının mebde ve müntehaları TCK'nın 19 ve 24. maddeleriyle tayin kılınmıştır. 1949 tarihli 5435 sayılı kanunun 1. maddesi ile TCK'nın 19 ve 24. maddelerinde yazılı ağır ve hafif para cezalarının asgarî ve azamî hadleri arttırılmıştır. O halde, "mebdei kanununda gösterilmeyen hafif veya ağır para cezalarının takdiri teşdit sebebi ile asgarî hadden fazla tayini halinde misil arttırmasına tabi değildir" ...).

TCK'nın 278. maddesindeki "1.000 lira kaydı"nın hukukî niteliğine gelince: Bu kaydın, maddedeki para cezasının asgarî haddi olduğu, para cezasının asgarî haddi belirlenmiş olmasına göre misil arttırmasına tabi tutulması gerektiği ileri sürülmüşse de çoğunluk bu görüşe iştirak etmemiş, maddedeki bu kaydın "maktu-mütefavit" cezalarda olduğu gibi asgarî had olmadığı görüşünü benimsemiştir.

Kanunlarımızda nispî para cezaları çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Mesela; ya rüşvet-zimmet suçlarındaki gibi tek başınadır. Bir başka sistemle birleşmemiştir; ya da bazı hallerde, inceleme konusu olan TCK'nın 278. maddesinde olduğu gibi, karma bir sistem kabul edilmiştir. Bu karma sistemde, nispî para cezası sistemi ile sabit para cezası sistemi birleştirilmiştir. Zira her iki tür ceza, alt üst sınır ihtiva

etmedikleri miktar yönünden müdahale edilmeyecek biçimde, kanun tarafından belirlendikleri için aralarındaki bu müşterek zemin sebebiyle biri oranda biri araya gelebilirler, birleşebilirler.

Bu karma sistemde, asıl olan, nispi para cezası sistemidir. Asıl ceza da, bu sisteme göre tayin olunan cezadır. Bunun yanında şarta bağlı bir ceza da vardır. O şart gerçekleşmemişse, nispi para cezası değil, o ceza verilecektir. Bu şart şudur: Şayet nispi, sisteme göre, yani yarara veya zarara göre hesaplanan ceza, kanunun altı, üstü olmayan, değişmez bir biçimde sabit olarak belirlediği tek bir miktardan aşağı düşmüşse o takdirde belirlenen bu tek ve sabit cezaya hükmedilecektir. Şarta bağlı tutulan bu ceza, yukarıda açıklanan maktu para cezalarından olan "sabit" para cezasıdır. Mütefavit ceza ile hiç ilgisi yoktur. Bunun içindir ki bunu, mütefavit cezalara has olana asgari had olarak kabul etmek mümkün değildir. Keza, bu ceza, TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrasında olduğu üzere alternatif bir sistem olmadığı gibi; diğer birçok maddelerde olduğu üzere birlikte hükmedilen sistem de değildir. Mukayeseli Hukuk yönünden İtalyan Ceza Kanunu'nun 250, 251 ve 252. maddeleri ile Fransız Ceza Kanunu'nun 135 ve 177. maddeleri tıpkı, bizim 278. madde gibi para cezasında karma sistem ihtiva eden hükümlerdir. Mesela; Fransız Ceza Kanunu'nun rüşvetle ilgili 177. maddesi (...1500 Frank'tan az olmamak üzere, sağlanan ya da vaad olunan menfaatin iki misli para cezası...) hükmünü getirmiştir. Görüldüğü gibi, bu maddeler yapıları itibariyle bizim 278. madde ile aynı niteliktedir. Bu nitelikleri itibariyle, bu maddelerdeki para cezaları enfasyondan etkilenmedikleri için o ülkelerde misil artırma kanunları bu maddelere uygulanmamaktadır.

Gereğesinde de açıkça belirtildiği üzere, TCK'nın 278. maddesinde, asıl olan nispi para cezasıdır. Bu ceza, miktar yönünden önceden maktuan belirlenmemiş bir şeye nispetle, bir şeye göre ceza tayin olunmuştur. Nispet edilen bu şeyin adı (elde edilen menfaat)tir. Her olayda elde edilen menfaatin miktarı ne ise onun üç misli para cezası tayin edilecektir. Görüldüğü gibi, burada ceza miktarının tayin yönünden hâkimin hiçbir takdir yetkisi yoktur. İşte, maddedeki asıl ceza budur.

Maddede şarta bağlı, bir ceza daha vardır: Kanun, (şayet elde edilen menfaatin üç misli 1000 liradan aşağı düşmüşse, o takdirde, belirlenen bu bir tek ceza verilecektir) hükmünü getirmektedir. Kanun tarafından, aşağı ve yukarı haddi olmaksızın miktarı tek biri ceza olarak değişmez bir biçimde belirtilen bu "1.000 lira kaydı" sabit cezadır. Açıklandığı gibi, bu ceza, kanununun öngördüğü şart gerçekleşirse

uygulanır; şart gerçekleşmezse uygulanmaz. Burada da, ceza miktarının tayini bakımından, hâkimin takdir hakkı yoktur. TCK'nın 278. maddesindeki 1.000 lira kaydının, mütefavit para cezalarına has olan klasik asgarî had olup olmadığı konusuna ışık tutacak önemli bir belge de TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nun şu bölümüdür:

"(...Para cezalarının tespiti hakkında sistemler gerek nazari, gerekse mevzuat bakımından çok farklı olmakla beraber cezaların kanunîliği prensibi bakımından aynı esasa dayanırlar. Şurası muhakkaktır ki, para cezalarının miktarını tespit hususunda yargıcı mutlak surette bırakan sistem "Kanunsuz Ceza olmaz" prensibi karşısında terk edilmiştir.

Bugün umumî olarak kabul edilen sistem şöyle ifade edilebilir. "Para cezalarının haddini kanun, miktarını yargıç tayin eder". Bu itibarla ağır para cezasına bir azamî had konulması gereklidir. Fakat kanunlarımızda azamî haddi açık bırakılarak "500 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası" şeklinde konulmuş cezalar vardır. İşte bu maddede ağır para cezalarına konulan umumi had bu gibi hallerde cezaların kanunîliği prensibini temine yarar. Yargıcın ceza miktarını takdir yetkisini, ceza hadlerinin kanunla tespiti esası ile tahdit için konulmuştur.

Bu tarif maddesinde, ağır para cezasının azamî haddinin tespit edilmiş olması; kanunlarda daha yüksek bir ağır para cezası haddi tayin edilmemiş olan hallerde, ağır para cezasından yargıcın ceza miktarını takdir yetkisini sınırlayan bir azamî had manasını ifade eder.

Bundan başka nispî para cezalarının bu esasa istisna teşkil ettiğine dair maddede mevcut olan hüküm aynen maddeye alınmıştır... (TBMM Tutanak Dergisi, 1949, S. Sayısı-257, s. 13).

Komisyonun raporu incelendiğinde şu ilkeler tespit edilmektedir:

1. Cezaların kanunîliği prensibi gereği, para cezalarında, muhakkak bir asgarî ve bir de azamî had bulunması ve bunun kanunda gösterilmesi zorunludur. Hâkim, bu iki had arasında ceza miktarını tayin edecektir.

2. Kanunlarımızda, azamî haddi açık bırakılmış mesela (500 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası) şeklinde konulmuş cezalar vardır. Bu hallerde, 500 lira asgarî had'dir. Azamî had ise, 19. madde-deki genel azamî had'dir.

3. Nispî para cezaları bu esasa istisna teşkil eder. Başka bir deyişle, nispî para cezaları hakkında bu kural bu esas uygulanmaz. Bu şu demektir. Kanun koyucu, nispî para cezalarına had (sınır) koymamış, bu cezaları alt -üst sınır ihtiva eden mütefavit cezalarla bir tutmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar kül halinde ele alınıp değerlendirildiğinde şu sonuca varılmaktadır.

“TCK’nın 278. maddesindeki asıl para cezası, sağlanan menfaate göre tayin edilecek nispi para cezasıdır. Niteliği gereği bu ceza, para değerinin düşmesinden müteessir olmadığı için, misil arttırmasına tabi değildir. Maddedeki 1.000 lira kaydı sabit para cezasıdır. Para cezası yönünden kanun bu maddede karma bir sistem kabul etmiş, nispi para cezası sistemi ile sabit para cezası sistemini birleştirmiştir. Sağlanan menfaate göre hesaplanan para cezası 1.000 liradan (ki şimdi 2248 ve 2790 sayılı kanunlarla değişik 5435 sayılı kanunun 2. maddesi gereğince 15 katı olan 15.000 liradan) aşağı düştüğü takdirde nispi para cezasına değil bu miktara hükmedilecektir. Gerçekten değişik 5435 sayılı kanun ile misil arttırmasına tabi tutulacak olan ceza sadece bu sabit cezadır. Sabit para cezası olan bu “1.000 lira” kaydını, asıl para cezası olan nispi para cezasının asgarî haddi kabul etmek mümkün değildir. Aksi halde, cezalarının kanunîliği ilkesi gereği, buna bir de azamî had (ki bugün 300.000 liradır) kabul edilmiş ve böylece nispi para cezası maktu para cezası haline dönüşürülmüş olunur. Halbuki kanun nispi para cezalarına sınır tanımamıştır. Öte yandan; zimmet, rüşvet suçlarında olduğu gibi nispi para cezalarının bir bölümü misli arttırmasına tabi tutulmaz iken bir bölümünde misil arttırmasını uygulamak adalet, hakkaniyet ve kanunlar önünde eşitlik ilkeleriyle bağdaştırılmaz.

Bu nedenlerle; Türk Ceza Kanunu’nun 278. maddesinde yazılı nispi nitelikteki ağır para cezasının 2248 ve 2790 sayılı kanunlarla değişik 5435 sayılı kanun gereğince misil arttırmasına tabi olmadığına karar verilmelidir”³⁷.

TCK Hükümet Tasarısı’nın 70. maddesinin birinci fıkrasında, *“Nispi para cezası, miktarı belirli bir orana veya olaya göre azalıp çoğalabilir nitelikte bir paranın Devlet Hazinesine ödenmesidir. Bu para cezasının yukarı sınırı yoktur”* hükmüne yer verilmiştir.³⁸

Nispi para cezası, ceza kanunlarında müsaderenin yaptırım teorisindeki düşüncelere paralel olarak ve ihtiyaca cevap verebilecek şekilde düzenlenmemiş ve özellikle kazanç müsaderesine yer verilmiş olmasının ortaya çıkardığı eksikliği gidermek amacıyla kabul edilmiştir. YTC’da özellikle kazanç müsaderesi ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğine göre, çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca nispi para cezası öngörülmemiştir.³⁹ Ancak, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun

³⁷ YİBK T: 25.06.1984, E: 1984/1, K: 1984/5.

³⁸ Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 272.

³⁹ Özgenç, s. 664, 668; Karagülmez, (Gün Para), s. 29.

Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4 ve 5. maddelerinde nispi para cezaları ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

B. Gün Para Cezası Sistemi

a. Kavram

Para cezalarının belirlenmesinde uygulanan diğer bir sistem ise, "gün para cezası sistemi" dir. Gün para cezası sisteminin esası, hükmedilecek para cezasını suçlunun ödeme yeteneğine göre tayin etmek suretiyle zengin ve fakir arasında cezada kanunilik prensibinin katı olarak uygulanmasının sebebiyet verdiği eşitsizliği yok etmektir.⁴⁰ Şu hâlde, gün para cezası, para cezasının uygulanmasında karşılaşılabilecek adaletsizlikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, iki noktada kendisini göstermektedir. Birincisi, para cezalarının verilmesinde adaletin sağlanması, ikincisi ise, ödenmeyen para cezalarının hapis cezasına dönüştürülerek tahsilinin sağlanmasında adaletin gerçekleştirilmesidir.⁴¹

Gün para cezası ile nispi para cezası arasındaki temel fark; gün para cezası hükümlünün gelirini dikkate aldığı hâlde, nispi para cezası suçun verdiği zararı veya failin elde ettiği yararı esas almaktadır. Gün para sisteminde saik göz önüne alınmamakta, aksine failin sadece ekonomik durumu dikkate alınmak suretiyle, hâkime daha dar takdir yetkisi verilmektedir.⁴²

Sistem şöylece uygulanır: Suçlunun durumu hesaba katılmak suretiyle gündelik kazancı belirlenir ve bu kazancın bir kısmı para cezası payı olarak ayrılır. Yani, ilk olarak suçlunun kusuru ve cezanın amaçları gözetilmek suretiyle, bir günlük ortalama gelirinden onu yoksulluğa düşürmeyecek seviyede bir miktarı "günlük" olarak belirlenir. Günlüğün tespitinden sonra, bu miktar hâkim tarafından tespit edilecek birim sayısı (katsayı) ile çarpılmak suretiyle ödenecek para cezasının miktarı belirlenir. Söz konusu katsayıların üst miktarları kanun tarafından gösterilmiştir.⁴³

⁴⁰ Dönmezer/Erman, C. II, s. 678; Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 126; Karagülmez, (Gün Para), s. 52.

⁴¹ Karagülmez, (Gün Para), s. 53.

⁴² Dönmezer/Erman, C. II, s. 678-679; Avcı, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarımları*, özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi, Türk Ceza Kanunu Reformu TBB, İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 225.

⁴³ Erem, s. 219; Dönmezer/Erman, C. II, s. 679; Çınar, s. 77.

b. Mukayeseli hukuk

Adli para cezasının kaynağı, bir kısım Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan gün para cezası (day-fine)'dir. İlk izlerine 1881 Portekiz Ceza Kanunu'nda rastlanan gün para cezası, 1921'de Finlandiya'da, 1931'de İsveç'te, 1939'da Danimarka'da uygulanmış, Almanya ve Avusturya'da (1975), Fransa (1983 ve 1992), Küba ve Brezilya'da bu sistem benimsenmiştir.⁴⁴ Modern kanunların eğilimi gün para cezasını benimseme yönünde olmasına rağmen her ülkede farklı uygulama olması nedeniyle, tek bir sistemden bahsetmek de mümkün olamamaktadır. Küba Ceza Kanunu'nda klasik ve gün para cezası sistemi birlikte uygulanmaktadır (Ceza belirli bir miktardan az ise klasik, fazla ise gün para cezası).⁴⁵

Finlandiya Kanunu'na göre, hâkim suçlunun kazancını (çalışmasını, servetini, ailesine karşı yükümlülüklerini ve sair hususları) dikkate alarak eylemin işlendiği zamanı esas tutmak suretiyle serbestçe tayin eder.⁴⁶ Bu Ülkede kusur ve suçun ağırlığına oranla tespit edilen birim ve suçlunun günlük kazancını belirten gün para cezası tutarının çarpımıyla para cezasının miktarı elde edilmektedir İsveç'ten farklı olarak, bu sistem tüm para cezaları için söz konusu olmaktadır.⁴⁷ Finlandiya Ceza Kanunu'nun (4a) maddesinde gün para cezasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Buna göre, hüküm verildiği tarihte, hakkında para cezasına hükmedilecek olan kişinin borç ödeme gücüne uygun biçimde belirlenecektir. Burada, ceza verilen kişinin günlük brüt gelirinin üçte biri, makul bir gün para cezasının belirlenmesinde esas alınmaktadır. Bu Ülkede, 1999 yılında yapılan küçük çaplı bir değişiklikle, bazı trafik suçlarında gün para cezası yerine, "fining system" adında yeni bir para cezası uygulamaya konulmuştur. Bu sistemde gün para cezasından farklı olarak suçlunun brüt gelirine değil, net gelirine dayanılmaktadır.⁴⁸

Danimarka Ceza Kanunu, gün para cezası tayin edilirken suçun mahiyetinin de dikkate alınmasının gerektiğini bildirmektedir.⁴⁹ Bu sistem sadece ceza kanunundaki suçlar bakımından öngörülerek, uy-

⁴⁴ Donay, (Para Cezaları), s. 110; Önder, s. 562; Dönmez/Erman, C. II, s. 678; Erem, s. 219; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 126; Çınar, s. 77; Avcı, s. 225; Karagülmez, (Gün Para), s. 43.

⁴⁵ Önder, s. 562; Avcı, s. 225.

⁴⁶ Erem, s. 219.

⁴⁷ Donay, (Para Cezaları), s. 114.

⁴⁸ Karagülmez, (Gün Para), s. 57-58.

⁴⁹ Erem, s. 219.

gulama alanı dar tutulmuştur. Gün para birimi, 1-60 arasındadır ve günlük miktarın tespitinde de azamî bir sınır yoktur. Günlük miktar suçlunun tüm günlük kazancını kapsayabilmektedir.⁵⁰

Almanya Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde gün para cezası sistemi düzenlenmiştir. Burada gün para cezasının uygulanması üç aşamada olmaktadır. Birinci aşamada, Alman Ceza Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasına göre, diğer cezaların belirlenmesinde uygulanan genel kurallara göre gün para cezasının günlük birim sayısı belirlenir. Bu aşamada failin kusuru, hukuka aykırılık yoğunluğu, cezanın genel ve özel önleme fonksiyonları göz önüne alınarak para cezasının gün sayısı 5'ten az 360'dan, içtima hâlinde 720'den fazla olamaz. İkinci aşamada ise, gün para cezasının bir biriminin miktarı saptanır. Alman Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında bir günlük birim para cezası da en az bir, en fazla beş bin Euro olarak belirtilmiştir. Bu aşamada hâkim suçlunun gelirini, ekonomik yükümlülüklerini göz önünde tutarak günlük kazançtan ne kadarının cezaya ayrılacağını kanunî sınırlar içinde tespit eder. Bu belirleme yapılırken, kural olarak suçlunun kazandığı veya kazanması gereken bir günlük ortalama net geliri ölçü olarak alınır. Belli bir zaman diliminde kazanılan gelirin toplamı, iş günleri dışındaki günlerde dahil olmak üzere gelirin kazanıldığı zaman dilimi içindeki tüm günlerin toplamına bölünerek, suçlunun gelirinin bir günlük ortalaması bulunur. Uygulamada mahkemeler genelde suçlunun verdiği bilgilere göre gün para cezasının bir biriminin miktarını belirlemektedirler. Almanya'daki uygulamaya göre, mahkemenin kararında, gün birim sayısı ile gün para cezasının bir biriminin miktarının belirtilmesi zorunludur. Gün ile para çarpılarak toplam para cezası miktarı bulunur. Mahkûm hemen ödeme imkânına sahip değilse üçüncü aşamada taksitle ödeme şartları düzenlenecektir.⁵¹ Bu hükümlerde de görüldüğü üzere, aşağıdaki bölümlerde incelenecek olan 5237 sayılı YTCK'nın 52. maddesindeki düzenlemenin, Alman Ceza Kanunu'yla benzerlik taşıdığı görülmektedir.

İsveç'te bu sistem 1931 yılında kabul edilmiştir. Gün para cezası daha önceden belirlenmiş olan suç türleri için öngörülmüştür. İsveç'te, gün para cezasına göre, hükmedilecek para cezasının miktarının tespiti için iki safha vardır: Birincisi failin kusurluluk derecesini belirli sayıdaki bir para cezası birimine dönüştürmek, ikincisi ise gün para cezasının günlük miktarını, para cezasını ödemeye mahkûm olanın

⁵⁰ Donay, *(Para Cezaları)*, s. 114.

⁵¹ Önder, s. 562-563; Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Çınar, s. 78 vd; Avcı, s. 225-226; Karagülmez, *(Gün Para)*, s. 60.

ödeme yeteneğine göre tespit etmektir.⁵² Gün para cezasının öngörüldüğü suçlarda, suçun niteliğine göre, 1 ilâ 120 gün olarak gün sayısı belirlenir. Bir gün için para tutarı ise, 1 ilâ 300 kron'dur.⁵³ Bu Ülkede gün para cezası (day-fine) iyi işlemiş, suçluların % 90'dan fazlası gönüllü veya devlet baskısıyla hükmedilen para cezasını ödemişler, ödeyemeyen %10'luk bölümün yasal mazereti mevcuttur. Ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi, mazeretsiz ödememe olup da, ödememekte ısrar edenler içindir. Sistemin başarısını gösteren rakamlar şunlardır: 1981 yılında elli kişinin ödemediği para cezası hapse çevrilmiş, bu rakam 1982'de 37'ye, 1983'te dokuza düşmüş, 1984-1987 yıllarında ise hiç olmamıştır.⁵⁴

Fransa'da gün para cezası, 1983 yılında Fransız Ceza Kanunu'nun 43/8 maddesine geçmişti. Fransa'da gün para cezası küçükler hakkında uygulanmaz; bu tarzda para cezaları yanında klasik para cezaları da varlığını sürdürdüğü için, hâkim geleneksel para cezasına hükmetmek yetkisine sahiptir. Oysa Almanya'da hâkim sadece gün para cezasına hükmedebilir. Fransa'da gün para cezasının hükmedilebilmesi için diğer bir şart da suçun hapis cezası ile karşılanabilmesidir; bu şart gün para cezasını hapis cezasına bir seçenek hâline getirmektedir. Böylece on yıl hapis cezasını gerektiren bir suç karşılığı gün para cezası verilebilir. Hâkim bu suretle para cezalarının yukarı sınırlarını aşabilir.⁵⁵

Yeni Fransız Ceza Kanunu 131-5. maddesinde gün-para cezasını, aynı şekilde, muhafaza etmiştir; ceza günü 360'ı geçemez; miktarı suçlunun gelir ve mükellefiyetleri nazara alınarak tayin edilir ve 2000 frankı aşamaz.⁵⁶ Fransa'da 1983 tarihli yasaya göre hapis cezası gerektiren suçlarda mahkeme 360 gün paraya kadar hükmedebilir. Bununla birlikte para cezasının hapis cezası yerine ikamesi önemli bir yekun tutmamıştır. 1985 yılında sadece 2.300 olayda uygulanmıştır. Aynı yıl özel vecibeler yükleyerek hükmün ertelenmesi şeklindeki 20.000 olayla karşılaştırılırsa bu gerçek görülür.⁵⁷

Suçlunun malî durumuna göre günlük para cezası Avrupa çıkışı gözükmekte ise de, mülga Türk Ceza uygulamasına hiçte yabancı değildir. Osmanlı Kanunnamelerinde, para cezalarının suçlunun malî

⁵² Donay, *(Para Cezaları)*, s. 111.

⁵³ Karagülmez, *(Gün Para)*, s. 59.

⁵⁴ Avcı, s. 226.

⁵⁵ Dönmezer/Erman, C. II, s. 678-679.

⁵⁶ Dönmezer/Erman, C. II, s. 679.

⁵⁷ Avcı, s. 226. Fransa'daki uygulamalar konusunda daha geniş bilgiler için bkz., Karagülmez, *(Gün Para)*, s. 61.

durumuna göre ayarlanması sistemi görülmüştür. Osmanlı'da gani, orta hâlli, fakir ve çok fakir diye yapılan sınıflandırmaya göre para cezası için çeşitli oranların belirlendiği bilinmektedir.⁵⁸

Osmanlı Devleti'nde, yayımlanan Fatih Kanunnamelerinde para cezalarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu kanunnamelerde mevcut olan özelliklerden birisi de, cezaların miktarının tespitinde, suçluların, malî durumlarına göre sınıflara ayrılmış olmalarıdır. Malî durumu daha yeterli olan kimse daha ağır cezaya maruz kalmaktadır. Bu şekilde suçlunun ekonomik durumu göz önüne alınarak, para cezasının ferdileştirilmesi olanağı sağlanmış olunuyordu. Daha sonra, Kanunî Sultan Süleyman Kanunnamesinde de para cezaları yönünden, Fatih Kanunnamelerine benzer hükümler mevcuttu. Burada da para cezaları suçlunun malî durumuna orantılı olarak tespit edilmişti. Aynı şekilde, Sultan IV. Mehmet kanununda da para cezaları suçlunun malî durumuna orantılı olarak düzenlenmiştir.⁵⁹

1856 İslahat Fermanı'na dayanılarak çıkarılmış olan 1274 tarihli kanunun 37. maddesinde para cezaları düzenlenmiştir. Buna göre, para cezası kanunun öngördüğü hâllerde ve tayin ettiği miktarda belirli bir paranın alınmasıdır. Para cezası devlet hazinesine ödenmek üzere tahsil edilmektedir. Kanunun gerek ilk şeklinde, gerek 1327 tarihli değişiklikten sonra, para cezasının ödenmemesi hâlinde hapse dönüşeceğinden bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi, Türk hukukunda modern anlamda para cezası ilk olarak 1274 tarihli kanun ile ortaya çıkmaktadır.⁶⁰

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde para cezası sistemi, cezadan beklenen amaçları gerçekleştirmekten uzak kaldığı gibi, özellikle enflasyon nedeniyle Türk parasının değerinin düşmesi karşısında, para cezalarını arttırmak için sık yapılan kanun değişikliklerinin de uygulamada çeşitli sorunlara yol açtığı görülmüştür. Bu sorunların giderilmesi için, para cezasının miktarının belirlenmesinde zaman içinde "memur maaş katsayısı" veya "yeni den değerleme oranı" gibi ölçütlerin dikkate alınması gibi yöntemler kullanılmıştır. Ancak, suç işleyen kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan hükmedilen para cezasının, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurduğu anlaşılmıştır. 5237 sayılı TCK ile ödeme gücü olan kişi

⁵⁸ Para cezası için belirlenen oranlar; 4: 3: 2 veya 8: 4: 2: 1 veya 10: 5: 3 ve benzeri şekillerde uygulanıyordu. Bu konuda bkz., Yücel Mustafa Tören, *TCK Tasarısı Hakkında Notlar, Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB, İkinci Kitap, 1. Baskı, 2004, s. 120.

⁵⁹ Donay, *(Para Cezaları)*, s. 33-34.

⁶⁰ Donay, *(Para Cezaları)*, s. 35.

üzerinde etkisi olmayan, ödeme gücü olmayanın ise sonuçta infaz kurumuna gönderilmesini sonuçlayan bu sistemden vazgeçilerek, gün para cezası olarak adlandırılan ve günümüzde Almanya, Avusturya, Polonya, İsveç, Finlandiya, Danimarka ve Fransa gibi birçok ülkede uygulanan sisteme geçilmiştir. Maddenin gerekçesinde de açıklandığı üzere gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkin, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliktedir.⁶¹

III. Para Cezalarının Türleri

Para cezaları hukukî bakımdan yapılan bir ayrıma göre, dört grupta incelenmektedir⁶². Bunlar, “*kamu para cezaları*”, “*tazminat türünden para cezaları*”, “*idarî para cezaları*” ve “*medenî para cezaları*”dır.⁶³

A. Kamu Para Cezaları

Kanunlarda öngörülerek topluma belirli ölçüde zarar veren eylemler karşılığı olarak, suçluyu belirli bir miktar parayı kanunun gösterdiği yere ödemeye zorlayan, ıstırap verici, yargısal bir kararla, failin kusurluluğuna ve ekonomik durumuna orantılı olarak hükmedilen yaptırım, kamu para cezasıdır.⁶⁴

Kamu para cezaları, her yönden cezalar hakkında kural ve esaslara tâbidir. Bu nedenle, kamu para cezaları gerçek bir ceza olup, bunlar hakkında cezalara ilişkin tüm ilkeler uygulandığı gibi, cezanın tüm özellikleri bulunmaktadır. Yani, cezalar için geçerli olan tüm kural ve esaslar, kamu para cezaları hakkında da istisnasız olarak uygulanır.⁶⁵ Kamu para cezaları, kanunun açıkça gösterdiği durumlarda fail tarafından işlediği suçun karşılığı olarak devlet hazinesine ödenmesi

⁶¹ Madde gerekçesi için bkz., TBMM Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 458 vd.

⁶² Para cezasının türleri hakkında daha geniş bilgi için bkz., yukarıda söz konusu edilen; YİBGK'nın 25.06.1984 tarihli ve E: 1984/1, K: 1984/5 sayılı kararı.

⁶³ ETCK döneminde suçun ağırlığına göre para cezaları, ağır para cezası ve hafif para cezası şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Bu konuya, para cezalarının hukuk sistemimizdeki düzenlenişine ilişkin açıklamalarda ayrıca yer verilecektir.

⁶⁴ Donay, (*Para Cezaları*), s. 68.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, C. II, s. 680; Donay, (*Para Cezaları*), s. 68; Çınar, s. 80; Denizhan, s. 91.

gereken bir paradır. Bu ceza, yapılan yargılama sonucunda kanunda belirlenen sınırlar içinde hâkim tarafından failin kusuru ve ekonomik durumuyla orantılı olarak belirlenir. Kamu para cezaları, sadece ceza niteliğinde bulunduğundan, tazmin amacını taşımazlar. Cezalara tesir eden bütün sebepler bu cezalar bakımından da uygulandığından, kesinleşen kamu para cezaları, İnfaz Kanunu hükümlerine göre yerine getirilir ve adli sicil kaydına işlenir, ayrıca, ertelenebilmesi ve tekerrüre esas teşkil etmesi mümkündür. Ayrıca, genel ve özel affa tâbi oldukları gibi, haklarında zamanaşımının uygulanması da söz konusudur.⁶⁶

Kamu para cezaları karşılaştırmalı hukukta da diğer cezalardan ayrılmamıştır (Alman CK m. 27, İtalyan CK m. 17).⁶⁷

Kamu para cezaları, YTCK ve ceza hükmü taşıyan özel yasalarda uygulama alanı en geniş para cezasıdır. YTCK ile kabul edilen “*adli para cezası*”, Türk ceza hukuku sisteminde “*kamu para cezası*”na karşılık gelmektedir.⁶⁸

B. Tazminat Türünden Para Cezaları

Hukuk sistemimizde tazminat türünden para cezalarının tanımına yer verilmemiştir.⁶⁹ Tazminat türünden para cezaları, Türk ve Fransız hukukuna özgü bir para cezası olup, Fransız hukukunda mahkeme içtihatları ile kamu para cezasından farklı özelliklere sahip kılınmıştır.⁷⁰ Tazminat türünden para cezalarının hem ceza, hem de tazminat niteliği taşıyan karma nitelikli para cezaları olduğu, öğretide kabul edilmektedir.⁷¹ Genellikle malî suçlar karşılığı olarak konulmuş para cezaları olup, bu cezalarla hazineye verilen zararları önleme amacı güdüldüğünden, karşılık olarak verilen cezaların da karma nitelikli

⁶⁶ Dönmezer/Erman, C. II, s. 680; Centel/Zafer/Çakmut, s. 577; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 127; Çınar, s. 81; Denizhan, s. 91.

⁶⁷ Çınar, s. 80.

⁶⁸ Denizhan, s. 91.

⁶⁹ Ancak, 13.2.1935 gün ve 75/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; “tazminat kabilinden para cezaları, umumî ceza prensip ve temellerine dayanmaktan ziyade, devlet hazinesinin uğrayacağı zararları ödetmek ve malî menfaatleri korumak amacını öngören ve özel kanunlarla tespit olunmuş bulunan mütezyait nispete tâbi para cezalarıdır” ifadesi yer almıştır.

⁷⁰ Bu kapsamda, bu tür para cezalarının gerek özellikleri ve gerek sonuçları itibarıyla Fransız ve Türk hukuklarından başka mevzuatta mevcut olmadığı konusundaki açıklamalar için bkz., Donay, (*Para Cezaları*), s. 121; Donay, (*Toplum ve Ceza*), s. 268.

⁷¹ Donay, (*Para Cezaları*), s. 123; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 127; Erem, s. 220; Önder, s. 566.

oldukları ileri sürülmüştür. Bu tür para cezaları, özellikle devlet hazinesinin suç dolayısıyla uğradığı zararları gidermek ve malî çıkarları korumak amacını taşıyan para cezalarıdır.⁷²

Buna karşın, tazminat türünden para cezalarının ceza niteliği de söz konusudur. Tazminat türünden para cezaları hakkında, kamu para cezalarının geçerli olduğu zamanaşımı süreleri uygulanır ve yine kamu para cezalarında olduğu gibi bunlara da hâkim tarafından hükmedilir. Bu tür para cezaları, Cumhuriyet Savcıları tarafından temyiz edilemez. Ayrıca, bu cezalarda yaş küçüklüğü sebebiyle indirim yapılamaz, taksitlendirilemez, takdiren indirim yapılamaz ve tutuklu kalınan süre mahsup edilemez.⁷³ Bu cezalar hakkında da genel af geçerlidir.⁷⁴ Paranın ödenmemesi hâlinde ceza hapse çevrilir, ancak bu

⁷² Dönmezer/Erman, C. II, s. 680-681; Donay, (*Para Cezaları*), s. 123; Erem, s. 220; Önder, s. 566; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 127; Centel/Zafer/Çakmut, s. 577; Çınar, s. 81; Soyaslan, s. 564; Denizhan, s. 92. Bu konuda, YCGK T: 22.06.2004, E: 2004/5-119, K: 2004/142 sayılı kararında:

“Tazminat niteliğindeki para cezaları, ceza yasalarında tanımlanmamış, bu cezaları diğer para cezalarından ayıran ölçütlere yer verilmemiş, yalnızca TCY’nin 92. maddesinde tazmini niteliğindeki para cezalarının ertelenemeyeceği kuralının getirilmesiyle yetinilmiştir. Öğretide, bu yaptırımlar Devletin ekonomik ve malî zararını karşılayan ve bunun yanında suç işleyeni de cezalandırmak amacını güden para cezaları olarak tanımlanmaktadır.

Dönmezer/Erman; tazminat kabilinden para cezalarının hem ceza, hem de tazminat niteliğini taşıyan para cezaları olduğunu, genellikle “malî suçlar” karşılığı konulduğunu, bu cezalarla Hazine’ye verilen zararları önlemek amacının güdüldüğünü belirttikten sonra “kanun koyucunun sözü geçen amacı hedef tutup tutmadığı ise, bu nevi para cezalarını benimseyen kanunlarda yer alan cezanın infazı biçimine ilişkin hükümlerden anlaşılır” şeklinde, ayırmadaki kriterin infaz rejimi olduğunu belirtmişler (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, S. 694, 418, 419); S. Donay, A. Önder, F. Erem, A. Danışman, M. Emin Artuk ve T. T. Yüce de eserlerinde aynı görüşlere yer vermişlerdir.

13/02/1935 gün ve 75-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ise, bu konudaki ölçüt, “Hususi kanunlarda yazılı para cezalarının nev’ini tayinde kanun koyucunun bu cezaları koymaktaki gayesi esastır. Hazine’nin bu yüzden uğrayacağı zararları ödetmek ve malî menfaati korumak amacına dayanmak suretiyle konmuş cezalar tazminat kabilindedir” şeklinde belirtilmiştir.

Öte yandan, 19.06.1929 gün ve 25-14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, tazminat niteliğinde olan para cezalarının, özel yasalarında açık hüküm olmadığı takdirde, infazlarında kişisel hak kuralları yürüyeceğinden özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilmelerine karar verilemeyeceği esas kabul edilmiştir” hükmüne yer verilmiştir. Bkz., Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç (2001-2004), s. 237-239.

⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 577; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 127; Donay, (*Para Cezaları*), s. 139,143; Önder, s. 566-567; Dönmezer/Erman, C. II, s. 693; Çınar, s. 82; Karagülmez, (*Gün Para*), s. 32.

⁷⁴ Dönmezer/Erman, C. II, s. 682; Donay, (*Para Cezaları*), s. 140; Önder, (*Ceza*), s. 566.

cezalar mirasçılardan talep edilemez.⁷⁵ TCK m. 51 gereğince adli para cezalarının ertelenmesi yolu kapatıldığından ve sadece hapis cezaları ertelenebileceğinden, bu tür para cezalarının da ertelenmesi mümkün değildir.⁷⁶ Tazminat türünden para cezaları, hangi idare lehine hükmolunmuş ise onun adına gelir kaydedilir; bu tür para cezaları hazineye aktarılamaz.⁷⁷ Tahsil usullerindeki farklılıktan dolayı da tazmini para cezaları, maktu para cezaları ile birleştirilemez ve infazları ayrı ayrı yapılır. YTCK'nın "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi karşısında, her suçtan hükmolunan adli para cezası bağımsızlığını koruyacağından ve hepsinin ayrı ayrı infaz edilmesi gerektiğinden zaten para cezalarının toplanması mümkün değildir.⁷⁸

Tazminat türünden para cezaları, kamu para cezalarından şu farklarla ayrılırlar:⁷⁹

1. Tazminat türünden para cezalarının tahsil şekli özel hükümlere tâbidir. Kamu para cezalarının tahsili genel hükümlere tâbidir.

2. Tazminat türünden para cezalarının bazılarında idarenin vazgeçme yetkisi varken, kamu para cezalarında bu şekilde bir yetki yoktur.

3. Tazminat türünden para cezalarının tayin edilmesinde, hâkim genel takdir hakkını kullanamayacağı gibi, cezayı azaltıcı sebeplerden (yaş küçüklüğü gibi) dolayı da cezanın indirilmesi söz konusu olamaz. Ayrıca bazı af kanunlarında, tazminat türünden para cezalarının af kapsamı dışında tutulduğu belirtilmektedir.⁸⁰

⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 574; Donay, (Para Cezaları), s. 140; Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s. 126; Dönmezer/Erman, C. II, s. 682. "Tazminat türünden para cezalarının ödenmemesi durumunda çevrilecek hapis cezası süresi üç yılı geçemez": Y. 7. CD. T: 10/03/1993, E: 1115, K: 1269 (YKD Ağustos 1993, S. 8, s. 1260-1261).

⁷⁶ ETCK döneminde de, Mülga 765 sayılı kanununun 92. maddesindeki açık hüküm nedeniyle tazminat türü para cezalarının ertelenmesi mümkün değildi. Bunun nedeni, bu cezalarda devletin bir alacağının söz konusu olmasıdır. Bkz., Donay (Para Cezaları), s. 140.

"Sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte tazmini nitelikteki ağır para cezası da tayin edildiğine göre, TCK'nın 92. maddesinin tazminat kabilinden para cezaları tecil olunamayacağı hükmüne aykırı olarak, tazmini para cezasını da kapsar mahiyette cezanın ertelenmesine, şeklinde hüküm kurulması, bozmayı gerektirir": Y. 7. CD, T: 30.01.1980, E: 1980/235, K: 1980/300.

⁷⁷ Dönmezer/Erman, C. II, s. 694; Centel/Zafer/Çakmut, s. 578; Denizhan, s. 92; Karagülmez, (Gün Para), s. 33.

⁷⁸ Özgenç, s. 671; Denizhan, s. 93.

⁷⁹ Erem, s. 221.

⁸⁰ "Sanık şirketin ihracat bedelini yurda getirmemesi nedeniyle 1567 sayılı yasanın 3/b maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilen olayda Özel Daire ile Ye-

rel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 4. bendi uyarınca davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine yasal olanak bulunup bulunmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. ...Her ne kadar ceza yasalarında tazminat niteliğindeki para cezaları tanımlanmamış, bu cezalar diğer para cezalarından ayıran kriterlere yer verilmeyip, yalnızca TCY'nin 92. maddesinde tazminat niteliğindeki para cezasının ertelenemeyeceği kuralının getirilmesiyle yetinilmiş ise de bu yaptırımlar öğretide, Devletin ekonomik ve mali zararını karşılayan ve bunun yanında suç işleyeni de cezalandırmak amacını güden para cezaları olarak tanımlanmaktadır. 13.2.1935 gün ve 75/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında ise, bu kriter, "Hususi kanunlarda yazılı para cezalarının nev'ini tayinde kanun koyucunun bu cezaları koymaktaki gayesi esastır. Hazinesinin bu yüzden uğrayacağı zararları ödetmek ve malî menfaati korumak amacına dayanmak suretiyle konmuş cezalar tazminat kabilindedir." şeklinde belirtilmiştir. Kaldı ki bu karara konu olan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Yasa'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında, incelemeye konu 1567 sayılı yasanın 3/b maddesindeki benzer bir yaptırım söz konusu olmakla birlikte, faiz de öngörülmemektedir.

Öğretide Dönmezer/Erman; Tazminat kabilinden para cezalarının hem ceza hem de tazminat niteliğini taşıyan para cezaları olduğunu, genellikle "malî suçlar" karşılığı konulduğunu, bu cezalarla hazineye verilen zararları önlemek amacı güdüldüğünü belirttikten sonra "kanun koyucunun sözü geçen amacı hedef tutup tutmadığı ise, bu nevi para cezalarını benimseyen kanunlarda yer alan cezanın infazı biçimine ilişkin hükümlerden anlaşılır." şeklinde, ayrımdaki kriterin infaz rejimi olduğunu, 1567 sayılı yasanın 3/b maddesinde öngörülen cezanın tahsilinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında yasa hükümlerine tâbi olması yolundaki hüküm, tazminat kabilinden bir para cezasının söz konusu olduğunu gösterdiğini" belirtmişler; S. Donay, A.Önder, F. Erem, A. Danışman, M. Emin Artuk ve T.T.Yüce'de eserlerinde aynı görüşlere yer vermişlerdir.

Öte yandan, 19.6.1929 gün ve 25-14 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında, tazminat niteliğinde olan para cezalarının, özel yasalarında açık hüküm olmadığı takdirde, infazlarında kişisel hak kuralları yürüyeceğinden özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilmelerine karar verilemeyeceği esas kabul edilmiştir. 1567 sayılı yasadaki öngörülen suçların faillerinin büyük bir çoğunluğu tüzel kişiler olup, daha önce yalnızca bunlar hakkındaki cezaların 6183 sayılı yasa uyarınca tahsil edileceğine ilişkin hüküm, 3521 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra Ek 4. madde ile gerçek kişi olan sanıklar hakkında da uygulanacak şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 1567 sayılı yasadaki para cezaları hakkında 647 sayılı yasanın 5. maddesinde öngörülen infaz rejimi uygulanamayacak, yani bu para cezaları ödenmedikleri takdirde özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilemeyecek, yalnızca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Yasa uyarınca ve bu yasadaki öngörülen gecikme zammı oranında belirlenen gecikme faizi ile birlikte hükmolunan para cezasının tahsili için hükümlünün mallarına başvurulacaktır. Bu da anılan içtihadı Birleştirme Kararı ile belirlenen esasa uygun bir uygulamadır.

Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararları ile öğretilen kabul edilen kriterler ve yarıda açıklanan yasal düzenlemeler bir arada ele alınıp değerlendirildiğinde, 1567 sayılı yasanın 3/b maddesinde öngörülen nispi ağır para cezasının gerek bu cezaya gecikme faizi uygulanabilmesi gerekse, infaz edilme yöntemi itibarıyla kamu para cezası olmayıp, tazminat niteliğinde para cezası olduğu açıktır.

1567 sayılı yasanın 3/b maddesindeki yaptırımın hukukî niteliğinin, tazminat kabilinden bir para cezası olduğuna ilişkin bu saptama karşısında, bu kabil para

TCK Hükümet Tasarısının 70. maddesinin ikinci fıkrasında, “*tazmin niteliğinde para cezası*”, suç karşılığı kamu para cezasının ve Devletin uğradığı zararları tazmin ettirme amaçlarına aynı zamanda ulaşılmasını sağlayan karma nitelikte para cezası olarak tanımlanmış ve bu para cezasının yukarı sınırının olmadığı hükme bağlanmıştır.⁸¹

C. İdarî Para Cezaları

İdarî para cezaları, belirli kurallara aykırılık nedeniyle, doğrudan doğruya idarî merciler tarafından verilen para cezalarıdır.⁸² Genel olarak idarî para cezaları idare tarafından ve adli bir organın aracılığı olmadan verilen para cezası olarak tanımlanır. Bu anlamda, kanunda açıkça öngörülen ihlaller hakkında, para cezası yaptırımını uygulama yetkisinin kanun tarafından idareye tanındığı cezalar idarî niteliktedir. Bu tanıma göre, idarî para cezasının hem kanunda belirtilmesi, hem de bunu vermek yetkisinin açıkça idareye verilmesinin kanunlarda öngö-

cezası öngörülen suçlarda 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 4758 sayılı yasa ile değişik 4. bendi uyarınca davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilip verilemeyeceği sorununa gelince;

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Özel Dairelerin yerleşmiş uygulamalarında, kamu para cezası öngörülen suçlara ilişkin davaların, 4616 sayılı yasanın anılan hükmü gereğince kesin hükme bağlanacağı esas kabul edilmiştir. Ancak, yasa koyucu tarafından 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 5. bendinde ayrı tutulan suçlar sayılırken (j) alt bendinde, “Vergi, resim ve harçlara ilişkin kanunlarda” yer alan suçları işleyenler hakkında 4616 sayılı yasa hükümlerinin uygulanamayacağı şeklinde genel bir ifadeye yer verilmesi, “malî suçların” yasa kapsamı dışında tutulmasının amaçlandığını göstermektedir.

1567 sayılı yasanın 3/b maddesinde öngörülen suçun yaptırımının, Devletin malî çıkarlarını korumaya ve uğranılan zararları gidermeye yönelik tazmini nitelikte para cezası olduğu hususunda kuşku bulunmadığı nazara alındığında, artık yasa koyucunun yukarıda açıklanan amacına aykırı olarak 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 4. bendi uyarınca bu suçlara ilişkin davaların kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilebileceğinden söz etmek de olanaksızdır. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 10.4.2001 gün ve 54-58, 55-59, 53-60 ve 57-61 sayılı kararlarında da aynı husus vurgulanarak 1567 sayılı yasanın 3/b maddesinde öngörülen yaptırımın tazmini nitelikte para cezası olduğu ve bu suça ilişkin davaların 4616 sayılı yasa uyarınca kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. O halde, yerel mahkemenin direnmesi yerinde olup, esasının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir”: YCGK. T: 5/11/2002, E: 2002/7-228, K: 2002/371.

⁸¹ Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 272.

⁸² Dönmezer/Erman, C. II, s. 682; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 128; Donay, (Toplum ve Ceza), s. 269; Karagülmez, Ali, *Suç Olmaktan Çıkarma, İdarî Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu (İdarî Para)*, Ankara 2005, s. 37 vd.

rülmesi gereklidir.⁸³ Ayrıca, idarî para cezalarında tekerrür ve erteleme hükümleri uygulanmadığı gibi, adli sicile de kaydedilemez.⁸⁴

YTCK'nın Adalet Komisyonu Raporu'nda; "Suçlar arasındaki "cürüm" ve "kabahat" ayırımının kaldırılması, para cezası bakımından da "ağır para cezası" ve "hafif para cezası" ayırımının terk edilmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak, bunun sebebiyet verebileceği, bir suç karşılığında öngörülen ve mahkeme tarafından hükmedilen para cezası ile idarî yaptırım olarak uygulanan para cezası arasındaki kavram karışıklığını önlemek için, ceza hukuku yaptırımı niteliğindeki para cezasının adı, adli para cezası olarak belirlenmiştir" ifadesiyle adli ve idarî para cezası ayırımı vurgulanmıştır.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi de bir kararında idarî para cezaları ile ilgili olarak, "İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal seroetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir" hükümlerine yer vermiştir.⁸⁶

Yüksek Mahkeme'nin 1996 tarihli bir başka kararında ise, "Öğretide de kabul edildiği gibi idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara "idarî yaptırım" denilmektedir. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin sekizinci fıkrasında, "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz" denilerek idarenin yaptırım uygulayabileceği ancak bunun kişi özgürlüklerini kısıtlayıcı nitelikte olamayacağı vurgulanmıştır. Dava konusu yaptırım da idarenin yetki alanı içindeki yaptırımlardan biridir. Ceza yaptırımları gibi idarî yaptırımlar da kuşkusuz, kişi hak ve özgürlükleriyle yakından ilgilidir. Yasa ile ya da onun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idarenin uyguladığı yaptırımların bir tür ceza olması ve bu amaçla uygulanması ve Mahkeme'nin suça değil, cezaya ilişkin kurala itiraz etmesi nedeniyle konunun Anayasa'nın temel hak ve öz-

⁸³ Donay, (Para Cezaları), s. 157. Karagülmez, (İdarî Para), s. 38.

⁸⁴ Karagülmez, (İdarî Para), s. 39 vd.

⁸⁵ Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 230-231.

⁸⁶ AYMK, T: 08.10.2002, E: 2001/225, K: 2002/88 (26.02.2003 tarihli ve 25032 sayılı RG).

gürlüklere ilişkin 13, 22, 26, 28 ve 29. maddeleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır” hükmüne varmıştır.⁸⁷

İdarî para cezaları, temelde kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi amacını sağlamaya yönelik yaptırımlardır. Kanunda açıkça öngörülen ihlaller hakkında idare tarafından uygulanan para cezalarıdır. İdarî organlarca verilen bu çeşit para cezalarına itiraz, adli makamlara yapılmaktadır.⁸⁸ Bu konuda, 13.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği ifade edilmiştir.

Ancak, gerek Anayasa Mahkemesi’nin⁸⁹ gerek Uyuşmazlık

⁸⁷ AYMK. T: 23.10.1996, E: 1996/48, K: 1996/41 (18.09.1997 tarihli ve 23114 sayılı RG).

⁸⁸ Çınar, s. 83.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda söz konusu edilen 08.10.2002 tarihli ve E: 2001/225, K: 2002/88 sayılı kararında: “Anayasa’nın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idarî yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa’nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda da yer alan idarî yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa’nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adli yargı ayrımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve yasada belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının yetkili kılınması gerekir. Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2, 125 ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir” hükmüne varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin 15.05.1997 tarihli ve E: 1996/72, K: 1997/51 sayılı kararında ise, “Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunma-

Mahkemesi'nin⁹⁰ yakın tarihlerde verdiği kararlara göre; idarî para cezalarının denetimi, yani itiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası kararlarını inceleme görevi idarî yargı organlarına aittir. Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarından sonra, bu kararları dayanak gösteren Yargıtay da aynı doğrultuda karar vermiştir.⁹¹ Bu konuda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca verilen kararda, "Yasa yararına bozma müessesesi yalnızca adli suçlara ilişkin inceleme olanağı veren bir yasa yoludur. Adli yargı düzeni içerisinde gerçekleşen yasaya aykırılık hallerinin giderilmesi için olağanüstü bir yasa yolu olarak öngörülmüştür. Halbuki idarî para cezalarına yönelik itirazların Sulh Hâkimince incelenmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 125. maddesi bağlamında, idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukukuna ilişkin bir işleminin sınırlı biçimde denetlenmesinden ibarettir. İdarî işlemin denetimi niteliğinde olan idarî para cezasına itirazın sulh ceza hâkimince ince-

sı halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Ancak, itiraz konusu kuralda olduğu gibi bir idarî işlemin bir bölümünün idarî yargının, diğer bir bölümün ise adli yargının denetimine bırakılmasında, kamu yararı bulunmamaktadır. Zira bu işlemler, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili bir idarî işlemin devamı ve idarî bir yasağa aykırı davranan kişiye idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olup, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının yetkili olacağı kuşkusuzdur.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'de bakılmakta olan dava, verilen para cezasının kaldırılmasına ilişkindir. 3194 sayılı yasadaki düzenlenen biçimiyle yıkım kararına karşı idarî yargıya başvurulacak ancak, 42. maddenin beşinci fıkrasının birinci tümcesi kuralı uyarınca para cezasına karşı, cezanın tebliğinden başlayarak yedi gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi'ne itiraz edilebilecektir. Oysa yıkım kararının da, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargı-lamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idarî işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idarî bir işlemin bölünerek bir bölümünün idarî yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur. Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 125. maddesine aykırıdır. İptali gerekir" hükmüne yer verilmiştir. Bkz., 01.02.2001 tarihli ve 24305 sayılı RG.

⁹⁰ "3257 sayılı yasanın 12. maddesi değiştirilerek 5846 sayılı yasanın değişik 81. maddesinde düzenlenen adli ceza uygulamasına geçildiğine göre, madde değiştirilmeden önce verilen idarî para cezasının idare hukukunun bir müeyyidesi olması nedeniyle bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, 5101 sayılı yasanın 8. maddesinin yürürlüğe girdiği 12.3.2004 tarihinden itibaren sulh ceza mahkemelerinin görevinin sona erdiğinin ve genel hükümler uyarınca idarî yargı yerlerinin görevli olacağı kabulü gerekir": Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü) T: 1.7.2004, E: 2004/12, K: 2004/33 (29.11.2004 tarihli ve 25655 sayılı RG). Benzer yönde bkz., Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), T: 06.12.2004, E: 2004/94, K: 2004/89 (28.02.2005 tarihli ve 25741 sayılı RG).

⁹¹ Çınar, s. 83.

lenmesinde, adlî yargı mercilerinin yasayla görevlendirilmesi, yapılan işleme adlî bir işlem niteliği vermemektedir. İdarî para cezalarının denetlenmesinde sulh hâkiminin denetimi yalnızca idarî işlemin yasaya uygun yapılıp yapılmadığı ile sınırlı olup, yasaya aykırılığın saptanması halinde idarî merciin yerine geçerek, idarî para cezasını belirleme yetkisinin bulunmadığının kabul edilmesinde zorunluluk vardır. Hâl böyle olunca, idarî bir işlemin denetlenmesinin de idarî nitelikte olması karşısında, bu tür bir işlemin adlî yargıya ilişkin gerek olağan gerekse olağanüstü yasa yolu denetimine tâbi tutulması da yasal olarak olanaksızdır” sonucuna varılmıştır.⁹²

Genel olarak idarî para cezaları idare tarafından ve adlî bir organın aracılığı olmadan verilen para cezası olarak tanımlandığı için, idarî para cezasını diğer para cezalarından ayıracak temel kriter, organik kriterdir. Eğer bir para cezasına, idare tarafından karar verilmişse, o ceza ilke olarak idarîdir. Bununla beraber bu tanım idarî para cezasını, disiplin para cezasından ayırmak bakımından yeterli değildir. Esasen, disiplin para cezaları da idare tarafından verilmekle birlikte, bunlar belirli bir toplulukta bulunan veya bir kuruluşa bağlı olan kimseler hakkında uygulanabilmektedir. Buna karşılık, idarî para cezalarının ülkede yaşayan tüm fertlere karşı verilebilmesi olanağı nedeniyle, daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle idarî para cezaları, idarî faaliyetlerin yerine getirilmesini sağlamak amacını taşıyan yaptırımlardır.⁹³

İdarî para cezalarını kamu para cezalarından ayıran temel ölçüt, bunların bir adlî makam veya mercii tarafından ve ceza yargılaması kurallarına göre hükmedilmemeleridir. Bu cezaların ayırıcı özelliği, idare organları tarafından verilmeleridir. Her ne kadar çoğunlukla bu cezaların itiraz hâlinde adlî organlar tarafından incelenerek kaldırılması olanağı varsa da, başlangıçta idare tarafından verilmesi ve itiraz edilmeme hâlinde infaz edilir hâle gelmesi, onun idarî vasfını ortaya koyar. Ancak, itiraz hâlinde hâkimin verdiği karar da cezaî nitelikte olmayıp, idarî işlemin iptali veya onayı doğrultusundadır. Ayrıca, idarî para cezası kural olarak önleyici nitelikte olmasına rağmen, kamu para cezaları suç oluşturan eylemin bir yaptırımını oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, vahamet taşımayan haksızlık oluşturan davranışlar, öncelikle idare tarafından cezalandırılarak daha ağır ihlâllerin önüne geçilmiş olur. Bu nedenle idarî para cezalarını bir zabıta yaptırımı olarak nitelendirmek mümkündür. İdarî para cezalarını, gerçek bir ceza ola-

⁹² YCGK, T: 21.12.2004, E: 2004/7-189, K: 2004/225 (YKD, C. 31, Nisan 2005, S. 4, s. 588 vd).

⁹³ Donay, (Para Cezaları), s. 157.

rak kabul etmeyince, cezalara özgü kurumların bunların hakkında uygulanmaması doğaldır.⁹⁴ Bu bağlamda, idarî para cezalarında, kamu para cezalarında olduğu gibi takdiri indirim, tahrik, yaş küçüklüğü ve benzeri indirim nedenleri uygulanamaz. Ancak, idarî para cezası ile ilgili özel kanununda açıkça tanımlanan indirim nedenleri bulunuyorsa, bunun uygulanması mümkündür.⁹⁵

İdarî para cezasını gerektiren fiiller, 13.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesine göre kabahat sayılacağından, yine aynı kanunun 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunla değişik 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, Kabahatler Kanunu'nun idarî yaptırımlar bakımından "genel kanun" olma özelliği dikkate alındığında,

a. İdarî para cezalarında, soruşturma ve yerine getirme zamanasını bakımından Kabahatler Kanunu'nun 20 ve 21. maddeleri uygulanacaktır.

b. Bir eylemin, hem idarî para cezasını gerektirmesi hem de suç teşkil etmesi hâlinde, sadece suç karşılığı yaptırım uygulanacaktır (KK m. 15/3).

c. İdarî para cezalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında, kasıt veya taksir, sorumluluk, hata, teşebbüs veya iştirak bakımından Kabahatler Kanunu'nun 9 ilâ 14. maddeleri uygulanacaktır.⁹⁶

⁹⁴ Donay, (Para Cezaları), s. 159-160; Çınar, s. 84.

⁹⁵ Karagülmez, (İdarî Para), s. 50.

⁹⁶ Kabahatler Kanunu'nun genel kanun olma niteliğini vurgulayan 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 tarihli ve 2005/108 E, 2006/35 K. sayılı kararıyla iptal edilmiş ve iptal hükmünün, kararın *Resmî Gazete'* de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal kararı sonucunda doğacak hukukî boşluğu doldurmak amacıyla hazırlanan "Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin; Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi"nin 27. maddesinde, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi yeniden düzenlenmiş ve 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun çerçeve 31. maddesi ile kanun teklifindeki hüküm aynen kanunlaşmıştır: Bu hükme göre:

"MADDE 31- 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 3- (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır".

Maddeyle, 5326 sayılı kanunun 3. maddesi değiştirilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin yürürlükte olan metnine göre, bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak

Ayrıca, kamu para cezaları önleme, kefarete ve cezayı çektirme gibi amaçlar taşırken, idarî para cezaları, ilgili kişiye yerine getirmediği görev ve yükümlülükleri hatırlatmayı, misillemeyi ve düzeni bozucu davranışları önlemeyi amaçlar.⁹⁷

Öte yandan, 13.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımların, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibaret olduğu belirtilmiştir. Aynı kanunun 17. maddesinde idarî para cezalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu maddede aşağıdaki hükümler yer almıştır:

1. İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

2. İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

3. 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1.6.2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet Başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde

Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda yer alan idarî para cezasını gerektiren bütün fiiller açısından da uygulanabilecektir. Ancak, bu uygulama, üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin olarak yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olmuştur. Üst kurullar tarafından belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında yüksek meblağlarda idarî para cezaları verilebilmektedir. Bu itibarla, madde metninde, özellikle üst kurullara ilişkin kanunlarda bu kurulların vereceği idarî para cezalarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmıştır. Madde gerekçesindeki bu yöndeki açıklamalar için bkz., Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin; Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/870), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, s. 28.

⁹⁷ Denizhan, s. 94.

ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.⁹⁸

4. Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığı'na belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.⁹⁹

5. İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

6. Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmada önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

7. İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirası'nın küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.

⁹⁸ Söz konusu fıkrada, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun çerçeve 32. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Fıkranın değişiklikten önceki hâli: " İdarî para cezası, Devlet Hazinesine ödenir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idarî para cezasının, ilk taksidinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir" şeklindeydi.

⁹⁹ Söz konusu fıkrada, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun çerçeve 32. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Fıkranın değişiklikten önceki hâli: "Kesinleşen karar, derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verilir. İdarî para cezası, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Tahsil edilen idarî para cezasının kanunla belirlenen bir oranı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır" şeklinde bir düzenleme bulunuyordu.

İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir (KK m. 27). Ancak, kanun yolu prosedürü bakımından, idarî yaptırımı öngören kanunda, Kabahatler Kanunundan ayrı bir usul öngörülmüşse kendi kanununda yer alan kanun yolu prosedürü uygulanacaktır (KK 3/1-a).

06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı *Resmî Gazete'de* yayımlanarak yürürlüğe giren “*Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük*”ün “*İdarî para cezasının tahsili*” kenar başlıklı 194. maddesinde söz konusu cezaların tahsiline ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre;

“(1) *İdarî para cezası; kanunda alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlenebilen veya maktu ya da nispi olabilen bir kabahat karşılığı uygulanan yaptırımdır.*

(2) *İdarî para cezasını içeren Cumhuriyet başsavcılığı kararı veya mahkeme hükmü, tahsili için doğrudan 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre mahallin en büyük mal memuruna gönderilir”.*

Bu bölümde son olarak, hukuk sistemimizdeki çeşitli kanunlarla yapılan, “*bazı adlî suçların, idarî suça dönüştürülmesine ilişkin düzenlemelere*” değinmekte fayda görüyoruz. Bu kapsamda, 03.11.1988 tarihli ve 3493 sayılı 6831 sayılı Orman Kanunu'nda, 1475 sayılı İş Kanunu'nda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanunlardaki Bazı Cezaların İdarî Cezaya Dönüştürülmesine Dair Kanun'la, suç olmaktan çıkarma işlemi yapılarak bazı eylemler için idarî para cezasına dönüştürülmüştür.¹⁰⁰

Yine, 24.04.2003 tarihli ve 4854 sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdarî Para Cezasına Dönüştürülmesine Dair Kanun'la, Devlet hizmetlerinin ve adaletin hızlandırılmasını, süratli, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve görevlilerin zaman ve emek kaybını önlemek amacıyla özel kanunlardaki kamusal para cezaları ile para cezasına çevrilebilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, idarî para cezasına dönüştürülmüştür.¹⁰¹

¹⁰⁰ 11.11.1988 tarihli ve 19986 sayılı *Resmî Gazete*.

¹⁰¹ 26.05.2003 tarihli ve 25100 sayılı *Resmî Gazete*.

04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, kanunlarda, "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idarî para cezasına dönüştürülmüştür.¹⁰²

D. Medenî (Disiplin) Para Cezaları

Medenî para cezası Fransız ve Türk hukuklarında, kanunlarda yer alan ve uygulama alanı içtihatlarla genişletilmiş olan bir yaptırımdır.¹⁰³ Medenî para cezası, gerek özel hukuka ilişkin kanunlarda gerek diğer kanunlarda yer alan usule ilişkin hükümlerin ihlâli hâlinde ve bu ihlâlleri gerçekleştirenler hakkında kamu para cezasından farklı olarak, ceza yargılamasındaki kurallara tâbi olmadan bazen mahkemeler ve bazen de idarî makamlar tarafından uygulanan para cezasıdır.¹⁰⁴

Medenî para cezasının gerçek bir ceza niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu yaptırım ne amaç ne de usul bakımından, cezanın taşıdığı özelliklere sahip olmadığından, gerçek bir ceza niteliği taşımamaktadır. Ayrıca, bu yaptırımlar tazminata benzetilemez. Çünkü devlete verilen bir zarar yoktur. Her ne kadar, özellikle usul kanunlarında yer alan para cezalarının, yargılamanın uzamasını engelleyerek kısa zamanda bitirilmesini sağlamak ve bu şekilde devletin davanın uzayarak uğrayabileceği muhtemel zararları önlemek amacını taşıdığı ileri sürülebilirse de, bu durumda verilen para cezasının duruşmanın devamını sağlaması yanında, esas amacı duruşma düzenini ve güvenliğini sağlamaktır. Zaman kazanmak gayesiyle haksız olarak hâkimi reddetmek, bir yerde yargılamanın çalışma düzenini bozmaktır. Bu nedenle, burada verilen bir zararın tazmininden ziyade, duruşma düzenini bozucu fiillerde bulunan kimse cezalandırılmış olmaktadır.¹⁰⁵ Medenî para cezaları, yargılama aşama-

¹⁰² 18.05.2005 tarihli ve 25819 sayılı *Resmî Gazete*.

¹⁰³ Donay, (*Para Cezaları*), s. 173; Karagülmez, (*Gün Para*), s. 41.

¹⁰⁴ Donay, (*Para Cezaları*), s. 173; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 129; Çınar, s. 84. Dönmezer/Erman, medenî para cezalarına hukuk ve ticaret mahkemelerince hükmedileceği ve bu cezaların bir nevi kusuru karşılamakla beraber, aslında hukukî nitelikte olduğu; bir meslek veya hizmetin yapılmasındaki kusur dolayısıyla konulmuş disiplin cezası niteliğindeki para cezalarının ise ayrı bir kategori oluşturduğu ve bu para cezalarının belirli meslekleri icra edenlerin haiz oldukları zabıta yetkisi gereği kabul edildiği görüşündedir. Bkz., Dönmezer/Erman, C. II, s. 682.

¹⁰⁵ Donay, (*Para Cezaları*), s. 185; Çınar, s. 85. HUMK'un 36. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen para cezası bu niteliktedir. Hâkimin reddi talebinin yetkili merci tarafından usul ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, bu talepte bulunanlar

sında ortaya çıkan nedenlerden dolayı mahkemece uygulandığından, Cumhuriyet Savcısı tarafından uygulanması mümkün değildir.¹⁰⁶

Bu nitelikteki para cezalarının suç teşkil etmeyen ihlallerin yaptırımını oluşturduğu sonucuna varmak mümkündür. Bu nedenle, bu cezaları gerek usulü ihlallerin yaptırımını oluşturması, gerek kişilerin yapmakla zorunlu oldukları görevlerini yerine getirmemeleri nedeniyle uygulanan bir yaptırım olarak kabul etmek zorunludur.¹⁰⁷

hakkında uygulanacak para cezası medenî para cezasıdır.

¹⁰⁶ Denizhan, s. 93.

¹⁰⁷ Donay, (Para Cezaları), s. 186.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1983 tarihli bir kararın da:

"HUMK'un 150. maddesi, yargılama sırasındaki uygunsuz davranışları yaptırım altına almış ve bir kimsenin mahkeme huzurunda münasip olmayan kavil veya fiilde bulunması halinde bir haftaya kadar "hafif hapis" ya da hafif para cezası ile cezalandırılması esasını getirmiştir.

Sözü edilen maddeye paralel bir hüküm de CMUK'un 379. maddesinde yer almıştır. Öte yandan bu maddeye göre verilen kararların kesin olduğu da açıklıkla belirtilmiştir.

Her ne kadar, HUMK'un 150. maddesinde, bu maddeye göre verilen kararların kesin olduğu yolunda kayıt mevcut değil ise de, yargılama hukukunu ilgilendiren bu tür kararların temyizi kabul olmadığı gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilmiş bulunmaktadır.

Her iki yasada öngörülen eylemin ceza miktar ve türleri aynı olup, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun anılan maddesinin başlığında, verilen cezanın inzibati ceza olduğu da ifade olunmuştur.

Yasa sistematigi içinde sözü edilen maddeler; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda "muhakeme celseleri" Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda ise "duruşma celselerinin aleniyeti ve inzibati" başlığını taşıyan bölümlerinde yer almışlardır. Maddelerin yasa içindeki yerleri ve açıklanan durum karşısında maddelerin kabulündeki amacın, duruşmanın disiplinli, sağlıklı bir biçimde yürütülmesine ve muhakemelere karşı duyulması gereken saygıyı temine yönelik olduğu, cezaların bu amacı sağlamak için yaptırım olarak öngörüldükleri anlaşılmaktadır.

Bu açıdan değerlendirilince, öngörülen cezalar adları ve nitelikleri ne olursa olsun, zabıta hukukunu ilgilendirmekte, zabıta yaptırımları niteliğini taşımaktadırlar. Bu tür cezalar yalnız düzeni tehlikeye düşüren davranışları önlemek için kabul edilen "önleyici nitelikte" ki yaptırımlar olup, ceza yasalarında yer alan genel ve kamu niteliğindeki cezalardan farklıdırlar. O nedenle ki, zabıta hukuku cezaları diğer bir deyimle disiplin cezaları temyiz edilemezler, kesindirler. Yine bu nedendir ki, disiplin cezası ile cezalandırılan kişiler için sanık veya hükümlü sözcüğü kullanılamaz. Anılan maddelerin yaptırım altına aldığı eylemler suç aşamasına varmayan davranışlar niteliğindedir. Bu eylemlerin suç aşamasına varması halinde ise ceza hukukundaki genel prensibe bir istisna olarak, bu cezanın uygulanması olanağı da vardır. Eylemin aynı zamanda suç aşamasına varması, suç unsurlarının oluşması halinde ilgili hakkında genel hükümlere göre kovuşturma yapılacağına her iki maddede de yer verilmiştir. Başka bir anlatımla, fail hakkında hem disiplin cezası ve hem de genel kamu cezası verilmesi olanağı vardır.

Konuya Usul Hukuku açısından eğilen bilim adamları da açıkça, duruşmanın

IV. Türk Ceza Hukukunda Para Cezalarının Gelişimi

A. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Mülga 647 Sayılı Ceza İnfaz Kanunu Dönemindeki Düzenlemeler

Klasik para cezası sistemine göre, hâkimin kanunda belirlenen sınırlar içinde belli bir miktarı para cezası olarak belirleyebilmesi mümkündür. Bir kanunun klâsik sistemi benimseyip, para cezasının alt ve üst sınırlarını belirleyip, suç tiplerinde verilebilecek para cezasının alt ve üst sınırını göstermesi hâlinde, bazı sakıncaların ortaya çıkması da doğaldır. Bu sakıncalar, para değerinin düşmesi ve ülkedeki enflasyon sebebiyle kanunda belirtilmiş olan cezanın, cezada bulunan korkutucu olma ve özel önleme fonksiyonunu yerine getirememesinde kendisini gösterir.¹⁰⁸

Klasik sistemin benimsendiği mülga TCK ve özel ceza kanunları ile ceza hükmü içeren kanunlarda öngörülen para cezaları, yürürlük tarihlerinde miktar itibarıyla suç işlenmesini önlemeye, caydırıcı olmaya yeterli iken, zaman geçtikçe ekonomik koşulların ağırlığı ve paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma sonucunda, cezalarda bulunması zorunlu olan etkinlik ve caydırıcılık özelliklerini yitirmişlerdir. Böyle bir durumda ise, suç ve ceza arasında bulunması gereken hassas dengenin, suç ve suçlu lehine bozulmasının doğal sonucu ise, toplumdaki suç işleme oranının artması şeklinde kendisini gös-

düzenli yürütülmesini sağlamak için öngörülen cezaların, temyiz edilemeyeceğini, kesin olduklarını, tekrüre esas olamayacaklarını, kamu cezası niteliğinde bulunmadıklarını, başka bir cezaya dönüştürülemeyeceğini, ceza yasalarındaki rejimin bu cezalarda uygulanamayacağını, iş bu cezayı önlemlerin duruşmayı yönetmek için kabul edilmiş tedbirlerden ibaret bulduklarını vurgulamışlardır (Örneğin Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi 1939*, 2. Tabi. C. 1, s. 363, 364, 365; Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 1979, s. 126, 127). Usul hukukuna ilişkin diğer birçok eserlerde aynı düşünce yer almakta, CMUK'un 379. maddesinin başlığı ve 380. maddenin içeriği de bu görüşü doğrulamaktadır.

Bu durum karşısında, HUMK'un 150. maddesine dayanılarak verilen hafif hapis cezasının inzibati ceza olduğu, infaz yönünden TCK'nın 11 ve 647 sayılı "Cezaların İnfazı Hakkındaki Yasa"nın 1. maddesinde belirtilen "kısa süreli" hürriyeti bağlayıcı cezalardan ayrı özellikleri bulunduğu kuşkusuzdur. Hal böyle olunca; sözü edilen cezanın "Cezaların İnfazına" ilişkin 647 sayılı yasanın değişik 4/2. maddesi gereğince hafif para cezasına çevrilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Aksine bir görüşün kabulü halinde, maddedeki hafif hapis cezasının yukarı sınırı itibarıyla, daima verilen ceza hafif para cezasına çevrilecek, böylece maddenin kabulü ile güdülen amacın dışına çıkılacak ve maddedeki tevkif zorunluluğu da fiilen ortadan kaldırılmış olacaktır": YHGK, T: 02.11.1983, E: 1983/6, K: 1983/4 (YKD Şubat 1984, S.2, Sayfa: 167).

¹⁰⁸ Önder, s. 563.

termiştir. Para cezalarındaki hızlı değer kaybının, suçlular üzerindeki etkinlik ve caydırıcılığın kaybolması sonucunu yaratması karşısında kanun koyucu da, para cezalarını artırmak suretiyle kamu düzenini sağlamaya çalışmıştır.¹⁰⁹

Mülga TCK' da ki para cezası sisteminin tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi bakımından, para cezalarının belirlenmesi, hesaplanması, alt ve üst hadleri ve uygulanması ile ilgili mülga TCK'nun kimi hükümlerinin 4421 sayılı kanun ile getirilen sisteminde göz önüne alınarak incelenmesi ve söz konusu kanunun 30. maddesinde yapılan değişikliğin, kanunlardaki para cezalarını ne şekilde etkilediği yönünde uygulama sınırlarının ortaya konulması gereklidir.¹¹⁰

1 Mart 1926 tarihinde kabul edilerek 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ve özel kanunlardaki para cezalarında 10.06.1949 tarihine kadar herhangi bir artırım yapılmamış, ancak para cezalarının günün ekonomik koşullarına göre yetersiz hâle gelmesi nedeniyle ilk değişiklik 5435 sayılı kanun ile yapılmış,¹¹¹ bu yasadaki miktarlar da 2248 ve 2790 sayılı kanunlarla artırılmış, 3506 sayılı kanun ile 5435 sayılı kanunun para cezalarının artıran 2. maddesi yürürlükten kaldırılarak, mülga TCK'ya Ek 5. madde eklenmiş, bu maddelerde ise 4421 sayılı kanun ile değişiklik yapılarak kanuna Ek 6. madde eklenmiştir.

10.06.1949 tarihinde kabul edilerek 16.06.1949 tarihli *Resmî Gazete'de* yayımlanıp aynı gün yürürlüğe giren 5435 sayılı kanunun 2. maddesi ile "*Misil Artırma Sistemi*" düzenlenmiş ve bu kapsamda; TBMM'nin kuruluşundan önce ve TBMM'ce kabul olunup 31.12.1939 tarihine kadar yürürlüğe giren yasalardaki para cezaları 3 ilâ 5 misli, bu kanunun 2. maddesinde 12.06.1979 tarihinde kabul edilerek 22.06.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2248 sayılı kanunun 23. maddesi ile yapılan değişiklik ile de 31.12.1977 tarihine kadar yürürlüğe giren kanunlardaki para cezaları 3 ilâ 30 misli, 21.01.1983 tarihinde kabul edilerek 22.01.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2790 sayılı kanunun 1. maddesi ile yeniden düzenlenen 2. maddesi ile 31.12.1980 tarihine kadar yürürlüğe giren

¹⁰⁹ Denizhan, s. 95.

¹¹⁰ YCGK'nın T: 15.04.2003, E: 2003/9-96, K: 2003/104 sayılı kararında, mülga TCK sisteminde yer alan para cezalarının kronolojik olarak gelişimi, belirlenmesi ve hesaplanması konularında ayrıntılı hükümler yer almıştır. Bu bölümdeki açıklamalarda söz konusu Genel Kurul kararından yararlanılmıştır.

¹¹¹ Resmî Gazete'nin 16.06.1949 tarih ve 7234 sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 5435 sayılı kanunla, ceza hükmü taşıyan bütün kanunlarda yazılı para cezaları hakkında, yürürlük tarihlerine göre farklı misil artırımı öngörülmüştür...

yasalardaki para cezaları 150 ilâ 3 misli arttırılmış, yine aynı şekilde temel para cezalarının alt ve üst sınırlarını gösteren 19 ve 24. maddelerdeki miktarlar da 5435, 2248 ve 2787 sayılı kanun değişiklikleriyle yeniden düzenlenmiştir.

14.12.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3506 sayılı kanun ile 5435 sayılı kanunun para cezalarına ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldırılmış, mülga TCK'ya Ek 5. madde eklenerek, para cezalarının arttırılması "*Katsayı Sistemine*" bağlanmış, yasalardaki para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaların paraya çevrilme ve mahsup miktarları yeniden belirlenmiştir. 3506 sayılı kanun ile mülga TCK'ya eklenen Ek 1. maddeye göre; nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden olup mütegayit nispete tâbi bulunan para cezaları hariç olmak üzere TBMM'nin kuruluşundan önce yürürlüğe giren yasa ve tüzüklerdeki para cezaları ile TBMM'nin kuruluşundan 31.12.1987 tarihine kadar kabul edilen yasalardaki para cezaları (idarî ve disiplin cezaları dahil) 300 ilâ 3 misli arttırılmıştır.

3506 sayılı kanun ile mülga TCK'ya eklenen Ek 2. maddede ise, Ek 1. madde kapsamına giren cezaların ve bu madde yürürlüğe girdiği tarihten sonra kabul edilecek kanunlardaki para cezalarının nasıl hesaplanacağı hükme bağlanmıştır; buna göre 1988 yılı bütçesi ile belirlenen 84 memur maaş katsayısı sabit kabul edilerek, müteakip yıllarda Bütçe Kanunu'ndaki her 75 puanlık artış¹¹² bir birim kabul edilmek suretiyle bulunacak miktarın Ek 1. maddeye göre tespit edilen ceza miktarı ile çarpılması sonucu yeni cezanın belirleneceği, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kabul edilen kanunlardaki para cezalarının ise kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki bütçe kanunundaki devlet memurları aylıkları katsayısının başlangıç alınmak suretiyle saptanacağı hükme bağlanmıştır. 28.07.1999 tarihinde kabul edilerek 1 Ağustos 1999 tarihli *Resmî Gazete'de* yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4421 sayılı kanun ile mülga TCK'nın 19 ve 24. maddeleri, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4 ve 5. maddeleri değiştirilmiş, mülga TCK'na 3506 sayılı kanun ile eklenen Ek 1, 2, 4 ve Ek 5. maddelerinde değişiklik yapılarak, kanuna Ek 6. madde eklenmiş, para cezalarının belirlenmesinde uygulanan katsayı sisteminden vazgeçilerek "*Yeniden Değerleme Oranı*" kabul edilmiştir

¹¹² Maddenin ilk hâlinde bu oran "30" olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, 06.12.1989 tarihli ve 3591 sayılı kanunla yapılan değişiklikte "75" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, 06.06.1991 tarihli ve 3756 sayılı kanunla, trafik para cezalarında birinci fıkraya göre hesap edilerek bulunacak olan birim katsayısının yarısı ile çarpılmak suretiyle para cezalarının belirleneceği öngörülmüştür.

Kanunun 1. maddesi ile mülga TCK'nın 19. maddesindeki ağır para cezasının alt sınırı "*altmış milyon, üst sınırı on beş milyar liraya*", 2. maddesi ile de mülga TCK'nın 24. maddesinde belirtilen hafif para cezasının alt sınırı "*on beş milyon, üst sınırı bir milyar beş yüz milyon liraya*" yükseltilmiş, 4. madde ile mülga TCK'nın Ek 1. maddesinin (a) ve (b) fıkraları değiştirilerek TBMM'nin kuruluşundan önce yürürlüğe giren ve daha sonra değiştirilmeyen kanun ve tüzüklerdeki para cezaları ile 31.12.1998 tarihine kadar yürürlüğe giren kanunlardaki para cezaları 39.300 ila 8 misli artırılmış, 5. maddesinde ise; 01.08.1999 tarihine kadar yürürlüğe giren ve bu tarihten sonra kabul edilen kanunlardaki para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere 213 sayılı kanunun Mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanacağı belirtilmiş, 6. madde ile Ek 4 ve Ek 5. maddelerde yer alan "*Ek 2. maddeye göre bulunacak birim sayısı*"la" ibaresi "*Ek 2. maddeye göre uygulanan yeniden değerlendirme oranıyla*" şeklinde değiştirilmiştir.¹¹³

Kanuna göre, 31.12.1999 tarihine kadar yürürlüğe giren kanun ve tüzüklerdeki para cezaları önce Ek 1. madde gereğince misil arttırmasına tâbi tutulacak, saptanan bu miktar ETCK'nın 19 ve 24. maddelerinde belirtilen asgarî sınırın altında kalırsa, Ek 4. madde uyarınca maddelerde belirtilen alt sınıra yükseltilecektir. 01.01.1999 ilâ 01.08.1999 tarihleri arasında yürürlüğe giren ve 01.08.1999 tarihinden sonra kabul edilen kanunlardaki para cezaları Ek 1. maddedeki misil arttırmasına tâbi olmayıp, 2000 yılından itibaren her yıl yeniden değerlendirme oranında artış yapılması öngörülmüştür. Kanunun yürürlüğe girdiği tarih ve 1999 yılının yeniden değerlendirme oranının kanunun yürürlüğe girdiği 01.08.1999 tarihinden önce 1998 yılı Aralık ayında saptandığı nazara alınarak 1999 yılında cezalarda yeniden değerlendirme oranına göre ayrıca bir artış yapılmamıştır.¹¹⁴

¹¹³ 4421 sayılı kanunla değişik ETCK'nın Ek 2. maddesi hükmü ile kabul edilen "*yeni değerlendirme oranı sistemi*" hakkında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesinde, "*Yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında Ekim ayı dâhil bir önceki yılın aynı dönemine göre Devlet İstatistik Enstitüsü'nün Toptan Eşya Fiyatları Genel İndeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır*" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Yine aynı maddede, söz konusu bu oranın Maliye Bakanlığı'nca *Resmî Gazete* ile ilan edileceği hükmüne bağlanmıştır..

¹¹⁴ 2918 sayılı Trafik Kanunu'na 21.05.1997 tarih ve 4262 sayılı kanunun 5. maddesi ile eklenen Ek 3. madde ile "*2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki fiiller için, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan mutlak ceza tutarları, o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilân olunan yeniden değerlendirme oranında arttırılacağı ve bu suretle hesaplanacak ceza tutarlarında 100.000 liraya kadar olan kesirlerin dikkate alınmayacağı*" hükmü yer aldığından,

Bu hükümler uyarınca, müteakip yıllarda ETCK'nın 19. maddesinde düzenlenen ağır, 24. maddesinde belirtilen hafif, 647 sayılı kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasındaki özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilme ve aynı kanunun 5. maddesindeki mahsup miktarları yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın, her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmak suretiyle belirlenmiştir.

ETCK'nın 29. maddesinde; kanunun belirli bir oranda cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği hallerde, mevcut olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenler nazara alınmaksızın, o fiil için ne ceza tayin edilecekse artırma ve indirme keyfiyetinin o ceza üzerinden uygulanacağı birçok nedenin birleşmesi halinde arttırma ve eksiltme hususunun "*ondan evvelki artırma ve eksilme neticesi olan ceza miktarı*" üzerinden yapılacağı öngörülmüş, 30. maddesinin 05.02.2003 tarihli ve 4806 sayılı kanun ile değişik 2. fıkrasında ise; "*Muvakkat cezalar için bir günün ve para cezalarında bin liranın küsuru hesaba katılmaz*" hükümlerine yer verilmiştir. ETCK'nın 30. maddesinin ikinci fıkrası, Muvakkat cezalarda bir günün ve para cezalarında bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağını söylemekle, bu kesirlere hiçbir suretle hükmedilemeyeceğini belirtmek istemiştir. Bu ilke nispi para cezaları hakkında da uygulanır. Bu ölçütler aksine bir hüküm ihtiva etmeyen özel ceza kanunları için de geçerlidir. Anılan fıkra, günün kesiri ile bin liranın kesiri aynı hükme tabi kılınmıştır. Fıkra, geçen "*hesaba katılmaz*" ibaresi, bir hesaba başvurulması zorunlu her aşamayı başka bir deyişle yasa koyucu tarafından 30. maddeye istisna oluşturması gayesiyle doğrudan doğruya belirlenmiş olmayan gerek hesaplama sonucu bulunan gerekse üzerinden hesaplama yapılacak olan her miktar ve süreyi kapsamına almaktadır.

Mülga TCK'nın 30/2.maddesinde düzenlenen, Muvakkat cezalarda bir günün, para cezalarında ise bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağı yolundaki kuralın, gerek temel cezanın belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse mülga 647 sayılı kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur. Bu zorunluluk Yargıtay kararlarına da yansımıştır.¹¹⁵

bu hüküm uyarınca Trafik Kanunu'ndaki para cezaları 1998 yılında %80.4, 1999 yılında ise 77.8 olarak belirlenmiş olan yeniden değerlendirilme oranında arttırılacak, ETCK Ek 1. madde uyarınca misil arttırılması yapılmayacaktır.

¹¹⁵ Nitekim, bu konuda yukarıda söz konusu edilen YCGK'nın T: 15.04.2003, E: 2003/9-96, K: 2003/104 sayılı kararında aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

“4421 sayılı kanun ile para cezalarının her takvim yılı için yeniden değerlendirilmesinde artırılması uygulaması başladıktan sonra, bazı yıllar için öngörülen yeniden değerlendirilme oranlarının ondalık kesirler taşıması nedeniyle, temel para cezaları ile hafif ve ağır para cezalarının aşağı ve yukarı hadleri belirlenirken ortaya çıkan küsurlu miktarlar, yapılan hesaplama sonucu bulunmuşlardır. Yasa koyucu tarafından doğrudan doğruya belirlenmediklerinden, yasa koyucunun, bu miktarların TCY'nin 30/2. maddesindeki kuralın istisnasını oluşturmasını amaçladığından da söz edilemez. Dolayısıyla, temel hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilirken günün kesiri sayılacak bir zaman birimine hükmedilemeyeceği gibi, muvakkat cezalarla aynı hükme tabi kılınmış olan temel para cezası küsuruna da hükmedilemez. Nitekim “bir lira küsurunun hesaba katılmayacağı hükmünün yürürlükte olduğu dönemde; temel ağır para cezasının alt sınırı 2002 yılında 218.104.099,28 lira, 2003 yılında 346.785.517,41 lira olduğu halde, ağır para cezasının alt sınırı bir liranın küsuru dikkate alınmaksızın 2002 yılında 218.104.099 lira, 2003 yılında ise 346.785.517 lira olarak uygulanmıştır. Bu nedenle 2001 yılı için % (56), 2002 yılı için % (53,2), 2003 yılı için ise % (59) olarak belirlenen yeniden değerlendirilme oranının uygulanması sonucu belirlenen temel para cezalarının alt ve üst sınırlarının da “bin lira kesirinin” atılması suretiyle, TCY'nin 19. maddesindeki ağır para cezasının alt ve üst sınırlarının 2001 yılı için 142.365.000-35.591.400.000 lira, 2002 yılı için 218.103.000-54.526.024.000 lira ve 2003 yılı için ise 346.783.000-86.696.378.000 lira olarak belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bir başka örnek vermek gerekirse; 2002 yılında taksirle yangına neden olmak suçundan TCY'nin 383 maddesi uyarınca temel cezası 7 gün hapis ve 218.104.099 lira ağır para cezası olarak belirlenen kişinin cezasından TCY'nin 413. maddesi gereğince 1/2 oranında indirim yapıldığında, günün arttığı olan 12 saatlik süre ve 50 kurus hesaba katılmaksızın cezası 3 gün hapis ve 109.052.049 liraya indirilecek, ardından TCY'nin 59. maddesi uyarınca cezasından 1/6 oranında indirim yapıldığında yine günün arttığı olan 12 saatlik süre ve liranın arttığı olan 50 kurus hesaba katılmayarak cezası 2 gün hapis ve 90.876.707 lira olarak belirlenip, takiben bu cezanın para cezasına dönüştürme işlemi gerçekleştirilecektir. Görüleceği üzere, cezalarda hesaba katılmayacak süre ve miktarları gösteren TCY'nin 30/2. maddesi, muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezalarının artırılması ve eksiltilmesi sırasında göz önünde tutulmaktadır. O halde bu kural ara işlemlerde de uygulanmalıdır.

Öte yandan, 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendindeki para cezası miktarları, cezanın kişiselleştirilebilmesi bakımından hürriyeti bağlayıcı cezanın kamu para cezasına çevrilmesi işlemi sırasında zorunlu olarak başvurulması gereken bir temel para cezası ölçüsü olup, suç ile ceza arasında bir denge bulunması gerektiği ilkesine ve cezası dönüştürülecek suçun cürüm veya kabahat nev'inden olmasına göre ayrı ayrı değerlerde belirlenmiş, bir gün hürriyeti bağlayıcı cezaya karşılık tutulan para cezası niteliğindedir. 4421 sayılı yasa ile çeşitli yasalardaki para cezalarının yanında, 647 sayılı yasanın 4. maddesi ile beher gün hürriyeti bağlayıcı cezaya karşılık tutulan para cezası miktarlarının da her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılması kabul edilmiş, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, cürümlerde beher gün karşılığı 2.000.000 ila 3.000.000 lira hesabıyla hafif para cezasına çevrilebileceği öngörülmüş, Yasanın yürürlüğünü takip eden yıllar bakımından ise ilan edilen yeniden değerlendirilme oranlarında artırılacağı belirtilmiş, 2000 yılı için % (52,1), 2001 yılı için % (56) ve 2002 yılı için % (53,2) 2003 yılı için ise % (59) olarak belirlenen bu oranlar üzerinden cürümlere ilişkin kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına dönüştürülmesinde, beher gün karşılığı 2000 yılı

Yukarıda belirtilen kanunlarla getirilen para cezası sistemlerinin, ilk yürürlüğe giriş tarihlerinde suç işlenmesini önlemeye ve caydırıcı olmaya yeterli oldukları görülmekle birlikte, enflasyon sebebiyle ekonomik koşulların bozulması ve paranın değerinde meydana gelen azalma sonucunda, para cezalarının etkinlik ve caydırıcılık özelliklerini kaybettikleri görülmüştür. Bu sistemlerde temel alınan “*memur maaş katsayısı*” ve “*yeniden değerlendirme oranı*” sistemleri ceza hukukunun genel ve evrensel ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi, kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan yapılan uygulamalar sonucunda hükmolunan para cezaları, gelir durumu farklı suçlular üzerinde aynı etkiyi göstermediğinden eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturduğu belirlenmiştir. Nitekim bu şekilde hükmolunan para cezaları, ödeme gücüne sahip olan suçlu

için 3.042.000 ila 4.563.000 lira, 2001 yılı için 4.745.520 ila 7.118.280 lira, 2002 yılı için 7.270.136.64 ilâ 10.905.204.96 lira ve 2003 yılı için ise 11.559.516,24 ila 17.339.274,36 lira ağır para cezası olarak bulunmaktadır.

Görülebileceği üzere, 647 sayılı yasanın 4. maddesindeki miktar belirlenirken liranın küsuru ilk kez 2002 yılında ortaya çıkmış ve Ceza Genel Kurulu ile Özel Daireler, TCY'nin 30. maddesinin 4806 sayılı kanun ile değişiklik yapılmasından önceki biçiminde yer alan, “para cezalarında bir liranın küsuru hesaba katılmaz” kuralından hareketle, 2002 yılı için dönüştürmelerin lira kesirlerinin atılması suretiyle bir gün karşılığı 7.270.136 ila 10.905.204 lira hesabıyla yapılmasını isabetli bulmuşlar ve bu uygulamayı 4806 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine değin istikrarlı biçimde sürdürmüşlerdir.

Ancak, 4806 sayılı kanun ile TCK'nın 30/2. maddesinde değişiklik yapılarak para cezalarında hesaba katılmayacak kısmın lira küsurundan bin lira küsuruna yükseltilmesi ve TCK'nın 212. maddesi hükmü karşısında, mevcut yasa değişikliğinin fail lehine olması nedeniyle, 647 sayılı yasanın 4. maddesindeki miktarların 2000 yılından itibaren bu kez bin lira küsurlarının atılması suretiyle yeniden hesaplanıp belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu yeni ilke doğrultusunda yapılan hesaplama sonucu, cürümlere ilişkin hürriyeti bağlayıcı cezaların, beher günü 2000 yılı için 3.042.000 ila 4.563.000 lira, 2001 yılı için 4.745.000 ila 7.118.000 lira, 2002 yılı için 7.269.000 ila 10.904.000 lira ve 2003 yılı için de 11.557.000 ila 17.337.000 lira hesabıyla ağır para cezasına dönüştürülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; TCK'nın 30/2.maddesi düzenlenen, muvakkat cezalarda bir günün, para cezalarında ise bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağı yolundaki kuralın, gerek temel cezanın belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse 647 sayılı kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur”.

“TCY'nin 30/2. maddesine göre para cezalarında bir liranın küsuru hesaba katılmaz”: YCGK, E: 4/368, K: 29, Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (Eylül 1996-Temmuz 2001), (1996-2001), Ankara 2001, s. 42.

üzerinde yeterli oranda etki yapmazken, ödeme gücü olmayan suçlunun cezaevine girmesi gibi kaçınılmaz bir sonuç doğurabilmektedir.

Bu gerekçelerle, 5237 sayılı YTCK ile Mülga 765 sayılı TCK ile getirilen “Yeniden Değerleme Oranı Sistemi” kaldırılarak, “Gün Para Cezası Sistemi”ne geçilmek suretiyle, yukarıda sözü edilen olumsuz sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır.¹¹⁶

Mülga 647 sayılı CİK'nun 5. maddesinde para cezalarının tanımı, tespiti ve yerine getirilmesine ilişkin aşağıdaki hükümler bulunuyordu:

- Maddenin ilk fıkrasına göre para cezası, “*kanunda yazılı hadler arasında tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir*” şeklinde bir tanıma yer verilmişti. Asgarî ve azamî hadleri gösterilen para cezalarının miktarı, suçlunun iktisadî durumu, aile sorumluluğu, meşgale ve meslekî, yaş ve sağlık durumu, cezanın sosyal etkisi ve uyarma amacı gibi hususlar göz önünde tutularak tespit edilir.

- Maddenin üçüncü fıkrasına göre, mahkeme gerekli gördüğü takdirde, hükmedeceği para cezasının tayin edeceği sürelerde ve belirli taksitlerle ödenmesine de karar verebilir. Ancak taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde geri kalan miktarın tamamının tahsili gerektiğini de kararda gösterir. Taksit süresi ise, iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten eksik olamaz.

- Mahkeme, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir aylık sürenin sona erdiği veya taksitde bağlanıp da taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarının tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51. maddesinde belir-

¹¹⁶ Para cezalarının yıllara göre artırılması usulüne Hükümet Tasarısı'nın 500. maddesinde de yer verilmişse de, Tasarının Adalet Komisyonundaki görüşmelerinde bu sistemden vazgeçilmiştir. Hükümet Tasarısı'nın söz konusu maddesinde aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir:

“MADDE 500 - Nispi para cezaları ve tazminat kabilinden değişen orana bağlı bulunan para cezaları hariç olmak üzere, bu kanundaki para cezaları, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan ceza tutarının, o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır.

64. maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi ile 71. maddenin beşinci fıkrasındaki miktarlar için de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”. Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 370.

lenen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına da karar verir.

- Para cezası hükmünü bildiren ilâm kesinleşince Cumhuriyet Savcılığı'na verilir. Cumhuriyet Savcısı bir ay içinde para cezasını ödemesi için hükümlüye usulü dairesinde bir ödeme emri tebliğ eder.

- Mahkemece para cezasının tahsilinde taksit öngörülmemiş ise bir aylık süre içerisinde para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan para cezasının birer aylık iki taksitte ödenmesine müsaade olunur. İkinci taksit vaktinde ödenmezse üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır.

- Para cezası yerine çektirilen hapis cezası üç yılı geçemez.

- Kendi isteği üzerine hükümlü, para cezasından çevrilen hapis yerine Devlet mahalli idare, kamu iktisadi teşebbüsü ve sair kamu kurumlarının hizmetlerinde çalıştırılabilir. Rayice göre emsallerine ödenen ücret tutarından hükümlünün işesi için lüzumlu miktar ayrıldıktan sonra bakiyesi hükmolunan cezadan mahsup edilir.

- Çektirilen hapis süresi para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa geri kalan paranın tahsili için ilâm Cumhuriyet Savcılığı'nca mahalhin en büyük mal memurluğuna verilir ve mal memurluğunca Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre infaz edilir.

B. 5237 Sayılı YTCK'na Göre Adli Para Cezası

1. Genel olarak

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde para cezası sistemi, cezadan beklenen amaçları gerçekleştirmekten uzak kalmıştı. Özellikle, enflasyon nedeniyle Türk parasının değerinin düşmesi karşısında, para cezalarını arttırmak için sık sık yapılan kanun değişiklikleri de uygulamada çeşitli sorunlara yol açmıştır. Bu sorunların giderilmesi için, para cezasının miktarının belirlenmesinde "memur maaş katsayısı" veya "yeniden değerlendirme oranı" gibi ölçütlerin dikkate alınması ise, ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Diğer yandan, suç işleyen kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan hükmedilen para cezası, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmuştur. Ödeme gücü olan kişi üzerinde etkisi olmayan, ödeme gücü olmayanın ise sonuçta infaz kurumuna gönderilmesi sonucunu doğuran bu sistemden vazgeçilerek, gün para cezası olarak adlandırılan ve günümüzde Almanya, Avusturya, Polonya, İsveç, Finlandiya, Danimarka

ve hatta Fransa gibi birçok ülkede uygulanan sisteme geçilmiştir. Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkin, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliktedir.¹¹⁷

YTCK'nın 52/1. maddesinde adli para cezası; beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesidir, şeklinde tanımlanmıştır. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. Şu hâlde, YTCK'da adli para cezasının tespitinde "*gün para cezası sistemi*" kabul edilmiştir.

Gün para cezası, YTCK'da Alman Ceza Kanunu'nun 40. maddesindeki hükme paralel olarak düzenlenmiştir. Bu Kanundaki düzenleme yapılırken, tam gün sayısının alt sınırı olan *beş* gün aynen benimsenmesine karşın, üst sınır 360 gün yerine 730 gün olarak belirlenmek suretiyle artırılmıştır. Ayrıca Alman Kanunu'nda, bir gün karşılığı birim para cezası miktarları "*en az bir, en çok beş bin Euro*" öngörülmüştür (Alman CK m. 40/2).¹¹⁸

¹¹⁷ Madde gerekçesinden. Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 458 vd.

¹¹⁸ Çınar, s. 88-89. Aynı yazara göre; "Gün para cezası sisteminin benimsenmesi yerindedir. Gerekçede, bu sistemin benimsenmesi ile zengin ile yoksul olanlara para cezasının eşit etki göstereceği, "bir günün parasal miktarının" belirlenmesinde yargıcın, kişinin bir günde kazandığı ya da kazanması gereken geliri gözeteceği belirtilmiştir. Yasada "bir günün parasal miktarı" için öngörülen alt ve üst sınırlara göre, gerekçede açıklananların gerçekleştirilme olanağı bulunmamaktadır. Gerekçede açıklananların gerçekleşebilmesi için "bir günün parasal miktarının" yasadaki alt sınırı mümkün olduğunca az, üst sınırı ise fazla öngörülmelidir. Alt ve üst sınırlar arasında oran (makas) arttıkça, para cezasının bireyselleştirilmesi, bölünebilmesi daha olanaklı duruma gelecektir. Çünkü toplumda kişilerin net kazançları birbirleriyle karşılaştırıldığında aralarındaki oran çok büyüktür. Yasamızda ise, birim para cezasının üst sınırının parasal miktarının alt sınırın beş katı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Alman Ceza Yasası'nda, alt sınır bir Euro, üst sınır beş bin Euro olarak düzenlenmiştir (m. 40/2). Yasamızda ise, "bir gün karşılığı adli para cezası miktarı" en az yirmi, en çok yüz Yeni Türk Lirası'dır (YTCK m. 52/2). TCK'nda "gün para cezası sisteminin" benimsendiği, Alman Ceza Yasası'ndaki "birim para cezasının miktarlarına" uygun bir düzenleme yapılmasının yerinde olacaktır". Bu

Adli para cezası ilke olarak hapis cezası ile birlikte değil bu cezaya alternatif olarak uygulanacaktır. Adli para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Örneğin yüz gün birimi gibi. İkinci aşamada ise kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak bir gün biriminin parasal miktarı tayin edilecektir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Örneğin elli Türk Lirası gibi. Daha sonra toplam gün birimi sayısı ile bir gün biriminin parasal miktarı çarpılarak, adli para cezasının miktarı tespit edilecektir. Örnekte yüz (gün) ile elli (Türk Lirası) çarpıldığında adli para cezasının miktarı beş bin Türk Lirası olarak bulunmaktadır. Hâkim gerektiğinde bu miktarın taksitle ödenmesine karar verebilecek ve bunu taksit sayısı ile birlikte kararında ifade edecektir. Taksitle ödemeye hükmedilmesi hâlinde, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği kararda ayrıca belirtilecektir.¹¹⁹

2. Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre uygulama esasları

TCK, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalardan diğerini oluşturan para cezası yaptırımını, “adli para cezası” olarak kabul etmiştir.¹²⁰ Söz konusu yaptırım, maddenin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, “adli para cezası” olarak ifade edilmek suretiyle, bu yaptırımın “idarî nitelikteki para cezası”ndan farklılığına işaret edilmek

konuda bkz., Çınar, s. 90-91.

¹¹⁹ Madde gerekçesinden. Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 458 vd.

¹²⁰ “5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 5/1 ve 5349 sayılı kanun ile değişik 6/1. maddeleri uyarınca, sanık hakkında verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın “ağır hapis” yerine “hapis” ve para cezasının da, “ağır” yerine “adli para cezası” olarak hükme bağlanması gerektiğinin gözetilmemesi, Yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün CMUK’un 321. maddesi gereğince (Bozulmasına), ancak, bu aykırılığın yeniden duruşma yapılmaksızın aynı kanunun 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğu; “Ağır hapis cezası” ibarelerinin, “hapis cezası” ve “ağır para cezası” ibarelerinin de “adli para cezası” olarak değiştirilmesi, suretiyle hükmün tebliğnamedeki düşünceye uygun olarak (Düzeltilerek Onanmasına)”: Y. 10. C. D., T: 15/06/2006, E: 2006/645, K: 2006/8116 (YKD C. 32, Eylül 2006, S.9, s. 1540 vd).

istenmiştir. TCK'nun 52. maddesinde tanımlanan adli para cezasının saptanmasında ise, klâsik sistemi benimseyen mülga TCK'dan farklı olarak “gün para cezası sistemi” benimsenmiştir.¹²¹ TCK'nun 52. maddesinin gerekçesinde de, “gün para cezası sistemi”ne geçildiğinin, çeşitli cümlelerde açıkça ifade edildiği görülmektedir.

Yine, TCK ile suçlar “cürüm” ve “kabahat” olarak bir ayrıma tâbi tutulmadığından, bu anlayışa paralel olarak, TCK'nun 52. maddesinde

¹²¹ Bu sistemle ilgili bazı tereddütler dile getirilmiştir. Buna göre, “gün para cezası sisteminin, klâsik para cezası sistemine göre önemli avantajlarının bulunduğu göz ardı edilemez ise de; bu sistemin Türkiye koşullarında uygulanabilirliği kuşkuludur. Gerçekten nüfusun büyük çoğunluğunun sabit bir gelirinin bulunmadığı, yıllık gelir beyanında bulunma zorunluluğunun olmadığı Türkiye’de bu sistem, bordro üzerinden gelir elde edenlerin daha fazla oranda cezalandırılmasına yol açacağı için, adil olmayan bir durum yaratacağı gibi, gelir durumunun belirlenmesi için bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmasını gerektireceği için de yargı organlarının yükünün artmasına ve sonuç olarak da davaların uzamasına yol açacaktır”: Bkz., Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 348.

Diğer bir görüşe göre, “para cezalarının, çeşitli derecelere bağlı olması sistemi terk edilmekte, bunun yerine adli para cezası denilen ve ilke olarak hapis cezası süresine koşut biçimde öngörölmüş gün para cezası sistemi getirilmektedir. Bu sistemin uygulanması Türkiye’de son derece önemli sorunlar yaratabilecektir”: TCK Tasarısı Hakkında Galatasaray Hukuk Fakültesi’nin Raporu için bkz., *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 286.

Başka bir görüşe göre, “Sistemin amacı, para cezasına mahkûm edilen kişinin ödeme yeteneğini saptayarak, zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Ancak failin ekonomik durumunun esas alınması ülkemizde zorluk yaratabilir, eşitlik ilkesini ihlâl edebilir. Kayıt dışı gelir elde edilmesi önlenemediği, nüfusun büyük çoğunluğunun düzenli geliri bulunmadığı ve herkes gelir vergisi mükellefi olmadığı için, uygulamada gelirin nasıl tespit edileceği sorunu karşımıza çıkacaktır. Bundan bordrolu çalışan failler mağdur olacaktır”: Centel/Zafer/Çakmut, s. 576.

Bu görüşlerin aksine, düzenlemenin yanında olan bir görüşe göre, “Para cezaları-na ilişkin mevcut karmaşık sisteme son vermesi, ekonomik durumu dikkate alması açısından son derece olumlu bir düzenleme olduğu görüşündeyiz. Bu düzenlemeyle cezayı uygulayacak hâkim açısından da önemli bir kolaylık sağlanmış olacaktır. Bilindiği gibi, mevcut sistemde para cezalarının hesaplanması ayrı bir teknik bilgi ve çabayı gerektirmekte, uygulayıcılar için önemli bir külfet oluşturmaktadır. Ayrıca enflasyonist ekonomik yapı nedeniyle para cezalarında sürekli artışa gidilmesi gerekmektedir, bu düzenlemelerin yapılamaması durumunda ise komik para cezaları ortaya çıkabilmektedir. Yeni düzenleme ile gerek artırma zorunluluğu, gerekse uygulayıcı bakımından kolaylık sağlar niteliktedir. Yeni sistemin kişinin ekonomik durumu ile orantılı bir ceza sistemi getirmesi, eleştirilere uğrasa bile, kanımızca cezanın bireyselleştirilmesi bakımından son derece yerindedir”: Bkz., Mahmutoğlu Fatih Selami, TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 368-369.

de, ağır-hafif para cezası ayrımı terk edilerek adli para cezası tek para cezası olarak kabul edilmiştir.¹²²

Bu sistemde, adli para cezasının “gün unsuru” ve “bir gün karşılığı ödenmesi gereken para unsuru” olmak üzere, iki unsuru bulunmaktadır. Kanunda adli para cezasının gün unsuru açısından alt ve üst sınırları belirlenmiştir. Buna göre, adli para cezasının gün unsuru “beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde 730 günden fazla” olmaz.¹²³

¹²² Hükümet tasarısının 68 ve 69. maddelerinde, 765 sayılı TCK'daki sisteme paralel olarak para cezalarında, ağır ve hafif para cezası ayrımı korunuyordu. Tasarının “Ağır para cezası” kenar başlıklı 68. maddesinde; “Ağır para cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde üç yüz elli milyon liradan doksan milyar liraya kadar belirlenecek bir paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. Para cezası, 79. madde hükmü saklı kalmak üzere suçlunun ekonomik durumu, aile yükümlülükleri, mesleği, suçtan elde ettiği yarar, sağlık durumu, cezanın sosyal etkisi, uyurma amacı göz önünde tutularak belirlenir” hükmüne yer verilmiştir.

Tasarının “Hafif para cezası” kenar başlıklı 69. maddesinde ise; “Hafif para cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde yüz milyon liradan on milyar liraya kadar belirlenecek bir paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. Bu para cezası 68. maddenin ikinci fıkrasındaki esaslar göz önünde tutulmak suretiyle belirlenir” hükmü yer almıştır. Ancak, TBMM Adalet Komisyonu'nda tasarının görüşülmeleri sırasında bu sistemden vazgeçilmiştir. Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593), TBMM Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 272.

¹²³ Bu konudaki bir görüşe göre; “Birim gün sayısının 5-730 gün arasında belirlenmiş olması ve bazı suçlarda on bin güne kadar, örneğin, göçmen kaçakçılığında (m. 79), insan ticareti suçunda (m. 80), organ ve doku ticareti (m. 91), gibi bazı suçlarda beş bin güne kadar örneğin şantaj (m. 107), bazı suçlarda da bin güne kadar, örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109), belirlenebiliyor olması, para cezasının olağanüstü miktarlarda belirlenmesine yol açabilecektir. Bu şekilde para cezası miktarının ödenebilir olmaktan çıkması adaletsiz sonuçlara yol açabilir.” Bkz., Özbeke, s. 529.

Diğer bir görüşe göre; “5-730 gün aralığı çok fazladır. Gün sayısı 1-120 olabilir; yalnız sanık birden çok suçtan yargılandığında yukarı sınır 180 güne çıkartılabilir. Ne var ki, özel hükümler kapsamında suçlara özgü yaptırımlarda “Bin gün, bin beş yüz gün, iki bin gün, üç bin gün, beş bin gün, on bin gün, yirmi bin gün ile on bin güne kadar...” ölçüler öngörülmüştür. Soru bu saptamaların mantığı var mıdır? Günlük miktar neye göre saptanacaktır? Bu saptamada yer alacak ekonomik ve şahsî parametreler nelerdir? ... Mali durum (net geliri) bakımından kişinin beyanına itibar edilecekse, Finlandiya Ceza Kanunu'nda olduğu gibi yanlış bir beyana özgü “özel bir suç” oluşturmaya gerek yok mu? En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir (StGB'de 2 DM-10.000DM). Yasa'da bu miktarın enflasyona göre artışı için bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Tasarı'daki günlük para cezalarının dağılım ve aralığı ise şöyledir: 1.000 gün - 2.000, 3.000 gün - 5.000 gün, 10.000 gün - 15.000, 20.000 gün-, 328. madde de ise minimum yer verilmeyip, 10.000 güne kadar olacağı hükme bağlanmıştır. Bu sayısal görünümeler oldukça abartılı olup; makul bir hâdde çekilmesi gerek-

Bazı suçlara ilişkin kanunî tanımda adli para cezasının üst sınırı ayrıca belirlenmektedir. Bu sistemde, ancak ekonomik çıkar sağlamak amacına yönelik olarak işlenen bazı suçlarda hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmektedir. Yani ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen bazı suçlara ilişkin kanunî tanımlarda, adli para cezasının gün unsurunun sadece üst sınırı ayrıca belirlenebilmektedir. Ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen bazı suçlarda, suçun işlenmesi suretiyle bir menfaatin elde edildiği kesinlikle görülmekle birlikte, ne miktarda gelir elde edildiği bazı durumlarda belirlenmemektedir. Elde edilen gelirin miktarının belli olması hâlinde, YTCK'nın kazanç müsadereesine ilişkin 55. maddesi hükümleri gereğince bu gelirin müsadereesi yoluna gidilecektir. Ancak, elde edilen gelirin miktarının tespit edilememesi durumunda, müsadere kararı vermek mümkün olamayacaktır. Bu durum dikkate alınarak, ilgili suç tanımlarında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmüş ve adli para cezasının üst sınırı ayrıca belirlenmiştir.¹²⁴

TCK m. 52'ye göre adli para cezası, "5 günden az ve kanunda aksi-ne hüküm bulunmayan hâllerde 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

5275 sayılı CGTİHK'nin 106/1 maddesinde "Adli para cezası, Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir" şeklinde bir tanım yer almıştır.

Bu tanımlardan yola çıkılarak adli para cezası, YTCK ile ceza hükmü taşıyan kanunlarda düzenlenen, suç karşılığı olarak mahkemece hükmolunan ve idarî para cezası dışında kalan bütün para cezaları olarak tanımlanabilir.¹²⁵

mektedir. Öte yandan (suçlunun malî durumuna göre) günlük para cezası Avrupa orijinli gözükmekte ise de, eski Türk ceza uygulamasına hiçte yabancı değildir. Hâkim para cezasına hükmederken üç evreli bir takdir kullanacaktır. Ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilmişse de, yöntemine işaret edilmemiştir. Bu konuda Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı kanunun 5. madde hükmü ile 40 yıllık uygulamasına ilişkin kırk yıllık içtihat birikimi ile Tasarı'nın referans kaynaklarından StGB Section 43'deki "...Bir günlük birim para cezasına, bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza tekabül eder." hükmü göz ardı edilmiş bulunmaktadır." Bkz., Yücel, s. 119-120.

¹²⁴ Özgenç, s. 666-667.

¹²⁵ Denizhan, s. 100.

Adlî para cezası, Türk Ceza Hukuku sisteminde “*kamu para cezası*”na karşılık gelmektedir. Ancak, YTCK sisteminde “*gün para cezası*” kabul edildiği için, “*nispî para cezası*”na yer verilmemiştir.¹²⁶ Nitekim nispî para cezası, ceza kanunlarında müsadereyi yaptırım teorisindeki düşüncelere paralel olarak ve ihtiyaca cevap verebilecek şekilde düzenlenmemiş ve özellikle kazanç müsadereğine yer verilmemiş olmasının ortaya çıkardığı eksikliği gidermek amacıyla kabul edilmiştir. YTCK’da özellikle kazanç müsadereği ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğine göre, çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca nispî para cezası öngörülmemiştir.¹²⁷

Ancak, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun, “*Zimmet*” kenar başlıklı 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçunu işleyen failler hakkında, hapis cezası ile birlikte nispî nitelikte adlî para cezası da öngörülmüştür.¹²⁸ Böylece, YTCK sisteminde yer almayan

¹²⁶ Özgenç, s. 668.

¹²⁷ Özgenç, s. 664, 668; Denizhan, s. 100.

Ayrıca, YTCK’nın kazanç müsadereğini düzenleyen 55. maddesinin gerekçesinde de bu husus aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

“Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereği kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsadereği olanaklı hâle getirilmiştir. Böylece, kazanç müsadereği, “*kara para aklama*”, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddî değerler kazanç müsadereğine tabi tutulmayacaktır. Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer mütadereğidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değer harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsadereğinin imkânsız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsadereğine karar verilecektir”: Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 464.

¹²⁸ Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında “Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezası verilir; ancak, adlî para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re’sen ödettilmesine hükümlenir”, üçüncü fıkrasında ise, “Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işle-

nispî para cezası, bazı özel kanunlarda, ilgili kanunda korunan hukukî yararın niteliğine göre, suçla oluşan zararın giderilebilmesi amacıyla yer alabilecektir.¹²⁹

Maddede ayrıca, bir gün karşılığı ödenmesi gereken para miktarının alt ve üst sınırı da Kanunda hükme bağlanmıştır. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen, gün para cezasının tayin, tespit ve uygulaması ile ilgili olarak uygulama ve öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki;

- TCK'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesi ile adlî para cezasının miktarının ekonomik durum ile bağlantılı olarak tayin edilmesi yönündeki düzenlemenin tutarsızlığı ve yanlışlığı çok açıktır. Böylece aynı suçu işleyen kişiler iktisadî durumlarına göre farklı para cezaları ile karşılaşabileceklerdir ki, bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir.¹³⁰

- TCK'da, Ülkemizdeki kişi başına düşen gelir ve ekonomik koşullar, işsizlik, gelir dağılımındaki orantısızlık gözetilmeden, birim para cezasının alt sınırı fazla, üst sınırın miktarı ise Almanya'dan az olarak belirlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda üst sınır beş bin Euro olarak belirlenmiştir. Bizde ise, üst sınır yüz TL olarak belirlenmiştir. Bir günün parasal miktarını, yargıç bu üst sınırın üstünde belirleyemez. Bundan dolayı, malvarlıkları ve bir günde kazandıkları parasal miktarın çok üzerinde olup, suç işleyen kişiler üzerinde adlî para cezasının etkili olamayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, suç işleyen kişinin ekonomik durumu gözetilerek, ödeme gücü olan kişi üzerinde adlî para cezasının etkili olabilmesi için, kanunda öngörülen "*bir günün parasal miktarının*" üst sınırının artırılması gerekmektedir. Öte yandan, bu sistemde aynı suçu iki kişinin işlemesi durumunda, önce suç karşılığı olarak "*gün birim*" sayısı her iki suçlu için aynı olacaktır. Çünkü yargıç, kusur durumunu, su-

yenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur; ancak, adlî para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir" hükümleri yer almıştır.

¹²⁹ Denizhan, s. 100.

¹³⁰ Bayraktar, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 35. Aynı yönde görüş için bkz., Özbek, s. 528.

çun ağırlığı gibi suçla ilgili durumları gözeterek “gün birim” sayısını saptamaktadır. Gözetilen durumlar ise aynı suçu işlediklerinden iki suçlu için de aynıdır. Bundan dolayı, her iki suçlu da aynı sayıda gün birim sayısına mahkûm edilir. Ancak bu kişilerin ödeme yeteneklerinin farklı olması durumunda, “bir günün parasal miktarı” aynı olamaz. Çünkü yargıç, suçlunun ekonomik durumunu gözeterek, “bir günün parasal miktarını” yasadaki gösterilen sınırlar arasında belirlemektedir. Bu biçimde, suçla ilgili kusur durumu aynı olan iki kişiden, ekonomik durumu daha iyi olan için, bireyselleştirmeyi sağlayan “bir günün parasal miktarı” yasadaki alt ve üst sınırlar arasında uygun bir miktarın belirlenmesiyle, fazla para cezası ödemesi sağlanmaktadır.¹³¹

- Alt ve üst sınır arasındaki makasın genişliğinin, toplumu oluşturan bireyler arasındaki gelir dağılımı göz önünde bulundurularak belirlenmesinin gerektiği muhakkak olmakla beraber, bir sistem değişikliğinin söz konusu olduğu bu düzenlemelerde, özellikle eşitlik ilkesi bağlamında maruz kalınabilecek eleştiriler dikkate alınarak bu makasın başta dar tutulduğu, sistemin hukuk çevrelerimizde benimsenmesi durumunda, yapılacak bir kanunî düzenlemeyle, bir gün karşılığı ödenmesi gereken para miktarının alt ve üst sınırları yeniden belirlenebilir.¹³²

- TCK'nın 52. maddesinin gerekçesinde, “ödeme gücü olan kişi üzerinde etkisi olmayan, ödeme gücü olmayanın ise sonuçta yine infaz kurumuna gönderilmesini sonuçlayan bu sistemden vazgeçildiğinin” belirtilmiş olmasına rağmen, alt ve üst sınırdaki miktarların birbirine yakınlığı nedeniyle bunun sağlanmasının güç olacağını ileri sürmektedir.¹³³

Kanımızca da, bir gün karşılığı ödenmesi gereken para miktarının alt ve üst sınırlarının, Kanunun uygulama sonuçları alındıktan sonra yeniden belirlenmesi uygun olacaktır.

Bir gün karşılığı ödenmesi gereken para miktarının belirlenmesi işlemi, cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanıdır. Bu nedenle, kişinin ekonomik durumu ile bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinin sayısı ve bunların kendisine yüklediği malî külfet gibi şahsî hâlleri dikkate alınarak, bir gün karşılığında ödeyebileceği para miktarı, bu alt ve üst sınır arasında takdir edilir.¹³⁴

Öte yandan, hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme

¹³¹ Bu konuda bkz., Çınar, s. 88-89,92,93.

¹³² Özgenç, s. 667-668.

¹³³ Denizhan, s. 107.

¹³⁴ Özgenç, s. 667.

tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

3. Adli para cezasının özellikleri

TCK m. 45. hükmü gereğince, adli para cezaları, teknik anlamda suç karşılığı uygulanan yaptırım türü olarak, ceza şeklinde kabul edildiğinden, cezalara uygulanan tüm özellikler bu cezalar yönünden de söz konusu olmaktadır. Örneğin, cezaların kanuniliği, şahsiliği ve eşitliği gibi genel ceza ilkeleri para cezaları için de geçerli olacaktır.¹³⁵

Adli para cezalarının özellikleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir:¹³⁶

a. Adli para cezası kural olarak hapis cezası ile birlikte değil, bu cezaya alternatif olarak uygulanacaktır. İlgili kanun maddesinde,¹³⁷ hem adli para cezası ve hem de hapis cezasının seçenek olarak öngörülmüş olması hâlinde, hâkim hapis cezasına hükmetmişse, bu ceza TCK m. 50/2'e göre adli para cezasına çevrilmeyecektir. Ancak, TCK m. 50'de belirtilen diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilme mümkündür.

b. Ekonomik kazanç elde etmenin amaç edinildiği bazı suçlarda hapis ve adli para cezası birlikte hükmolunacaktır:¹³⁸

c. Adli para cezasının alt ve üst sınırlarının tespit edilmemiş olması hâlinde, adli para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır.¹³⁹

¹³⁵ Denizhan, s. 101.

¹³⁶ Çolak, s. 141-142; Denizhan, s. 101-103; Yılmaz, s. 43-44.

¹³⁷ Bu konudaki TCK hükümleri şunlardır: 89/1, 98/1, 99/2, 100/1, 105/1, 106/1, 116/3, 117/1, 122/1-c, 124/1, 125/1, 130/1, 132/1, 133/2, 134/1, 148/1, 151/1, 153/2, 159/1, 160/1, 163/1, 163/2, 166/1, 170/2, 175/1, 176/1, 177/1, 178/1, 183/1, 203/1, 206/1, 217/1, 243/1, 259/1.

¹³⁸ İlgili TCK maddeleri: 79/1, 80/1, 91/4, 107/1, 109/4, 117/2, 133/3, 142/3, 154/1, 157/1, 158/1, 164/1, 165/1, 174/1, 181/4, 186/1, 188/1, 188/3, 188/7, 198/1, 198/2, 199/1, 199/2, 200/1, 219/1, 219/2, 226/1, 226/2, 226/3, 226/4, 226/5, 227/1, 227/2, 228/1, 237/2, 238/1, 239/1, 241/1, 244/1, 255/1, 282/2, 289/1, 289/3, 292/5, 305/1, 308/3, 322/1, 322/4, 333/3.

¹³⁹ TCK maddeleri: 88/1, 89/1, 99/2, 100/1, 105/1, 106/1, 116/3, 117/1, 122/1-c, 124/1, 125/1, 130/1, 132/1, 132/3, 133/2, 134/1, 148/1, 151/1, 153/2, 155/1, 155/2, 156/1, 159/1, 160/1, 163/1, 163/2, 166/1, 170/2, 175/1, 176/1, 177/1, 183/1, 187/1, 206/1, 217/1, 243/1, 259/1.

Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Yani, adli para cezası hesaplanırken, TCK'nın 61. maddesi hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, belirlenen gün birimi sayısı üzerinden yapılır. Örneğin yüz gün birimi gibi. İkinci aşamada ise kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak bir gün biriminin parasal miktarı tayin edilecektir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Örneğin elli Türk Lirası gibi. Daha sonra toplam gün birimi sayısı ile bir gün biriminin parasal miktarı çarpılarak, adli para cezasının miktarı tespit edilecektir. Örnekte yüz (gün) ile elli (Türk Lirası) çarpıldığında adli para cezasının miktarı beş bin Türk Lirası olarak olacaktır. Sadece üst sınırın gösterildiği hâllerde ise, beş günden az olmamak üzere üst sınıra kadar belirlenen gün sayısının, en az yirmi ve en çok yüz Türk Lirası arasında takdir edilecek miktarın çarpılması suretiyle hesaplama yapılır.

d. Birden fazla suç dolayısıyla, birden fazla adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, her bir suçtan dolayı mahkûm olunan adli para cezası bağımsızlığını koruyacaktır. Bu cezaların hepsinin ayrı ayrı infaz edilmesi gerekir. Dolayısıyla, "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" kuralı burada da geçerlidir.¹⁴⁰

e. Adli para cezalarının şahsîlik özelliği vardır. Adli para cezasının bütün sonuçları fail için geçerli olup, üçüncü kişiler bunlardan etkilenmez. Sanığın ölümü halinde TCK'nın 64/1. maddesi hükmü gereğince kamu davasının düşürülmesine karar verilirken, hükümlünün ölümü TCK'nın 64/2. maddesi gereğince henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Bu durumda, adli para cezaları mirasçılardan talep ve tahsil edilemez.

f. Adli para cezalarında kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu cezalar yapılan bir yargılama sonunda hâkim tarafından belirlenir.

g. Adli para cezaları, cezaî nitelikte yaptırımlardır. Bu nedenle, TCK'daki ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran nedenler ile kast, taksir, teşebbüs ve suça iştirak gibi genel hükümler adli para cezaları hakkında da uygulanır.

h. Adli para cezalarının uygulanmasında, gün para cezası sistemi uygulanır.

¹⁴⁰ Özgenç, s. 671.

1. Adli para cezaları 5275 sayılı CGTİHK'nın 106. maddesi (Ayrıca İnfaz Tüzüğü'nün 56. maddesi) hükümlerine göre infaz edilir.

j. Adli para cezaları adli sicile geçirilir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca adli para cezalarına mahkûmiyetler adli sicile geçirilir. Söz konusu maddeye göre;

Adli para cezası ile ilgili olarak;

- Adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmü,

- Adli para cezasının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,

- Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu,

- Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırıma mahkûmiyet halinde ise;

- Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak, adli para cezasına mahkûmiyet hükmü,

- Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezasının gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar,

Adli sicile kaydedilecektir (Adli Sicil Kanunu m. 4/c-d).

k. Adli para cezasının süresinde ödenmemesi hâlinde gecikme zammı uygulanacağına dair hüküm, Mülga 647 sayılı CİK'den farklı olarak, TCK'nın 52 ve CGTİHK'nın 106. madde metinlerinde yer almamıştır.¹⁴¹

¹⁴¹ Mülga 647 sayılı CİK'nın 5. maddesine, 08.01.2003 tarihli ve 4786 sayılı kanunun 1. maddesi ile eklenen beşinci fıkrada; "Mahkeme, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir aylık sürenin sona erdiği veya taksitli bağlanıp da taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarının tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51. maddesinde belirlenen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına da karar verir" hükmü yer almıştı. Mülga 647 sayılı kanun döneminde verilen bazı kararlarda aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

"Para cezalarının süresinde ödenmemesi durumunda 647 sayılı yasanın 5/5 maddesindeki gecikme zammına hükmolunmaması": Y. 3. CD. T: 18.04.2005, E: 2004/13248, K: 2004/3017.

"4786 sayılı yasayla değişik 647 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca, hükmolunan para cezasına ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir aylık sürenin sona erdiği

1. Adli para cezaları tekerrüre esas teşkil edebilir. Ancak, TCK'nın sisteminde tekerrür hâlinde tayin olunan cezanın artırımına ilişkin sistemden vazgeçildiğinden, TCK'nın 58/6. maddesi gereğince tekerrür hâlinde sanık hakkında hükmolunacak ceza, mükerrerlere özgü infaz rejimine göre çektirilecek ve mükerrer hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Mükerrerlere özgü infaz rejimi ve bunlara ilişkin denetimli serbestlik tedbiri, 5275 sayılı CGTİHK'nun 108. maddesinde düzenlenmiştir. Yine, tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde hapis cezası yanında seçimlik olarak adli para cezası da öngörülmüşse, TCK'nın 58/3. maddesine göre artık adli para cezası değil, hapis cezası tercih edilecektir.

m. Adli para cezaları ertelenemez. TCK'nın 51. maddesi, sadece hapis cezalarının ertelenmesini hükme bağladığından, adli para cezalarının ertelenmesi mümkün değildir.¹⁴²

n. Kısa süreli hapis cezasına (bir yıl ve daha az) hükmedilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, bu cezanın TCK'nın 50. maddesinde

veya taksitde bağlanıp da taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarının tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51. maddesinde belirlenen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi": Y.7.CD. T: 01.07.2004, E: 2004/1338, K: 2004/9042.

"Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 4786 sayılı kanun ile değişik 647 sayılı yasanın 5/5. madde ve fıkrası uyarınca gecikme zammı uygulaması yapılmayacağına gözetilmemesi": Y.8.CD. T: 09.02.2004, E: 2003/12504, K: 2004/693.

5275 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra çıkan bazı Yargıtay kararlarında aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

"29.12.2004 tarihli *Resmî Gazete'* de yayınlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 122. maddesi ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un yürürlükten kaldırıldığı gözetilmeden sanık hakkında tayin olunan para cezasına, gecikme zammı uygulanmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır" : Y. 10. C. D. T: 01.03.2006, E: 2005/9895, K: 2006/3137.

"01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 122. maddesi ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un yürürlükten kaldırılmış olması ve aynı kanunun "Adli Para Cezalarının İnfazı" başlıklı 106. maddesinde, süresinde ödenmeyen para cezalarına ilişkin herhangi bir gecikme zammının öngörülmemesi karşısında; "Kanunusuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca, süresinde ödenmeyen para cezalarına gecikme zammı uygulanması olanağı bulunmadığının nazara alınmaması": Y. 10. C. D. T: 15.06.2006, E: 2006/645, K: 2006/8116 (YKD C. 32, Eylül 2006, S. 9, s. 1540 vd).

¹⁴² "5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinin hürriyeti bağlayıcı ceza ile ilgili olduğu, sanığın para cezasına ilişkin tecilli mahkûmiyetinin aynen infazına karar verilemeyeceği gözetilmeden hüküm kurulması, kanuna aykırı olup...": Y. 1. C. D. T: 18.07.2006, E: 2006/1255, K: 2006/3332 (YKD C. 32, Kasım 2006, S. 11, s. 1839).

düzenlenen seçenek yaptırımlardan birisi olan adli para cezasına çevrilebilmesi mümkündür.

o. Sınırlı bazı adli para cezası içeren suçlarda ön ödeme hükümleri uygulanır. Ancak ön ödeme kurumu, TCK'nın 75. maddesi gereğince uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç, yalnız para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili hakkında uygulanabileceğinden ve TCK açısından ön ödeme kurumunun uygulama alanı oldukça daraltıldığından, TCK'nın bu kapsama giren, 182/1,c.1 ve 289/3 maddeleri hakkında ön ödeme hükümleri uygulanabilecektir.¹⁴³

p. Adli para cezaları hakkında, uzlaşma kapsamında olmaları kaydıyla, uzlaşma hükümleri uygulanır.

r. Adli para cezaları hakkında zamanaşımı hükümleri uygulanır. Genel olarak adli para cezasını gerektiren suçlarda *dava zamanaşımı* süresi TCK'nın 66/1-e maddesine göre sekiz yıl, *ceza zamanaşımı* süresi ise, TCK'nın 68/1-e maddesine göre on yıldır. TCK'nın 66/2 ve 68/2'nci maddelerine göre dava ve ceza zamanaşımı, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

s. Adli para cezası, suç tarihi itibarıyla tespit edilir.¹⁴⁴ Bu kapsamda, adli para cezasının tespitinde, sanığın suç tarihindeki ekonomik ve diğer şahsi halleri esas alınacaktır.

4. Adli para cezasının belirlenmesi

Adli para cezasının belirlenmesi konusu, TCK'nın 52. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanır. Buna

¹⁴³ YTC'nın 292/6 maddesindeki düzenlemede ön ödeme kapsamında bulunmaktaysa da, söz konusu fıkra, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 110. maddesinin altıncı fıkrasında aynı konuda hüküm bulunması nedeniyle, 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı kanunun 33. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga altıncı fıkra, "Kısa süreli hapis cezasının özel infaz şekillerinin gereklerine uymayan hükümlü hakkında bir aydan iki aya kadar hapis cezasına hükmolunur; geriye kalan ceza da ayrıca çektirilir" şeklindedir.

¹⁴⁴ Y. 7. C. D: T: 06.02.1996, E: 746, K: 652 (YKD C. 22), Ağustos 1996, S. 8, s. 1328.

göre, *ilk aşamada* beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde 730 günden fazla olmamak üzere *tam gün sayısı* (*birim gün sayısı*) belirlenir. *İkinci aşamada* kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak *bir gün karşılığı* olarak *takdir edilen miktar* belirlenir. Bu miktar en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirasıdır. *Üçüncü aşamada*, tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar (bir gün biriminin parasal miktarı) *çarpılır*.

Kararda, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

Bu noktada, tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın hangi esaslara göre belirleneceği konusu gündeme gelmektedir. Bu hususları para cezasının belirlenmesi konusu ile birlikte incelemekte fayda görüyoruz.

a. Tam gün sayısının belirlenmesi (Gün unsuru)

Adlî para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. YTCK sisteminde, adlî para cezasının “*gün unsuru*” ve “*bir gün karşılığı ödenmesi gereken para unsuru*” olmak üzere, iki unsurunun bulunduğunu yukarı da belirtmiştik. Kanunda adlî para cezasının *gün unsuru* açısından alt ve üst sınırları belirlenmiştir.

Buna göre, adlî para cezasının tam gün sayısı¹⁴⁵ (*gün unsuru*), “*beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde 730 günden fazla*” olamaz (TCK m. 52/1).¹⁴⁶

TCK'nın 52. maddesine göre, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde, suçun düzenlendiği maddede, adlî para cezasına esas tam gün sayısı gösterilmeyip de, sadece “*adlî para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenleme yapılan hallerde, beş günden az ve 730 günden fazla olma-

¹⁴⁵ Karagülmez, 5237 sayılı kanununun 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, bir günün 24 saat olduğunun açıklanmış olması karşısında, 52. maddede “tam gün” denilmesinin kanun yapım tekniği açısından yerinde olmadığı sadece “gün” denilmesinin yeterli olduğunu ifade etmiştir. Bu açıklamalar için bkz., Karagülmez, (*Gün Para*), s. 79.

¹⁴⁶ Karşılaştırmalı hukukta gün sayısı, Polonya’da 10-360, Danimarka’da 1-60, Finlandiya ve İsveç’te 1 ilâ 120 gün, Almanya’da 5 ilâ 360 gün, Fransa’da 360 gündür. Bu konudaki açıklamalar için bkz., Centel/Zafer/Çakmut, s. 580; Karagülmez, (*Gün Para*), s. 76 vd.

mak üzere tam gün sayısı belirlenecektir.¹⁴⁷ Kanun maddesinde adli para cezasının sadece üst sınırının gösterildiği hâllerde ise, beş günden az olmamak üzere uygulama maddesinde gösterilen üst sınıra kadar olan tam gün sayısı belirlenecektir. Adli para cezasının alt sınırının, TCK m. 52/1’de istisnası olmadığı için alt sınır her zaman beş tam gün olarak değerlendirilir. Ancak, adli para cezasının üst sınırı kural olarak 730 tam gündür, ancak, 52. maddenin birinci fıkrasında geçen “*kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde*” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, kanunla azamî gün sayısının aşılması her zaman mümkündür. Burada söz konusu edilen beş ve 730 tam gün, suç kabul edilen ve adli para cezası yaptırımına bağlanan eylem için başlangıçta tespit edilecek para cezası için önem taşımaktadır.¹⁴⁸

Maddenin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, tam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim, TCK m. 61’de hükme bağlanan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesindeki kıstasları esas alarak bir sonuca varacaktır. Buna göre, hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında *temel cezayı* belirler.

Bilindiği gibi, mülga TCK’nın 29. maddesinde takdir hakkı kullanılırken göz önünde bulundurulacak hususlar maddede sayıldıktan sonra “*gibi*” edatı kullanılarak, hâkimin maddede sayılanlara benzeyen ve takdirini etkileyen nesnel ve öznel diğer hususları da kullanabilmesine olanak tanınmıştır.¹⁴⁹ Ancak, TCK’nın 61. maddesinde takdir hakkı kullanılırken dikkate alınacak hususlar, sınırlı olarak maddede tek tek sayılmıştır. Hâkim, temel cezanın tayini sırasında 61. maddede sınırlı olarak sayılan hususların varlığını araştıracaktır. Temel ceza tayini sırasında, söz konusu maddede sayılanlar dışındaki hususların hükme esas alınabilmesine imkân bulunmamaktadır.¹⁵⁰

Burada özellikle üzerinde durulması gereken konu, tam gün sayısının belirlenmesi aşamasında failin “*ekonomik durumu*” göz önüne

¹⁴⁷ Denizhan, s. 104; Karagülmez, (*Gün Para*), s. 78.

¹⁴⁸ Karagülmez, (*Gün Para*), s. 79.

¹⁴⁹ YCGK, T: 13/05/2003, E: 2003/2-129, K: 2003/154 sayılı kararda bu husus vurgulanmıştır.

¹⁵⁰ Denizhan, s. 106.

alınmayacaktır.¹⁵¹ Bilindiği gibi, “failin ekonomik durumu”, TCK’nın 61. maddesinde sınırlı olarak sayılan “temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacak hususlar” arasında sayılmamıştır. Failin ekonomik durumu bir gün karşılığı takdir edilen miktarın belirlenmesinde, başka bir ifadeyle, bir gün karşılığı ödenmesi gereken para miktarının belirleneceği ikinci aşamada değerlendirmeye esas alınacaktır.

TCK’nın ilk yürürlüğe girdiği dönemde, sanık hakkında hükmedilen para cezası ile ilgili yapılacak artırım ve indirimlerin, tam gün sayısı üzerinden mi, yoksa bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar üzerinden mi yapılacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.¹⁵² 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesiyle, TCK’nın 61. maddesine eklenen sekizinci fıkra hükmü ile bu konudaki tereddütler giderilmiştir. Söz konusu fıkra gereğince, adli para cezası hesaplanırken, TCK’nın 61. maddesi hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.¹⁵³ Böylece, tam gün sayısı üzerinden

¹⁵¹ Karagülmez, (Gün Para), s. 81.

¹⁵² 5237 sayılı TCK’ya ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda bu konuda şu açıklamalara yer verilmiştir: “Hükümet Tasarısında bir suça ilişkin cezanın belirlenmesinde aynı neden birkaç defa dikkate alınabilecek şekilde düzenleme yapılmıştır. Örneğin temel cezanın belirlenmesinde, başka nedenlerin yanı sıra, “failin geçmişi, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri, kişisel ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları gibi hususlar” da dikkate alınacaktır (madde 79). Ancak, aynı nedenlerin, “Takdire bağlı hafifletici nedenler” başlıklı 33. madde hükmü çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında da dikkate alınması gerekmektedir. Hâlbuki kişi hakkında işlediği suç nedeniyle ceza belirlenirken bir neden ancak bir defa dikkate alınabilir.

Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda, cezanın belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine ilişkin hükümler, bu düşünceler çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede cezanın belirlenmesinde izlenmesi gereken yöntem, açık ve denetim imkân tanıyacak bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu düzenlemeye göre, somut olayda ilgili suç tanımında belirlenen cezanın alt ve üst sınırı arasında ceza tayin edilirken, cezanın belirlenmesine ilişkin madde hükmünde gösterilen ölçütler dikkate alınacaktır. Cezanın belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine ilişkin hükümlerle, soyut gerekçeler göstererek cezanın alt veya üst sınırdan belirlenmesi şeklindeki yanlış uygulamanın önüne geçilmek amaçlanmıştır”.

¹⁵³ Söz konusu kanun, 08.07.2005 tarihli ve 25869 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Maddenin gerekçesinde, adli para cezasının hesaplanmasında başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda oluşan tereddütün giderilmesi amacıyla, söz konusu maddeye yeni bir fıkra eklendiği belirtilmiştir. Bkz., Kilis Milletvekili Hasan Kara ile 2 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/452), TBMM. Dönem:

artırım ve indirim yapılması, birinci aşama kapsamında yapılacak bir işlemdir. Ani, bu aşamada, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, tam gün sayısı üzerinden yapılır.¹⁵⁴

TCK'nın 61. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılacaktır. Maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.

Daha sonra, 61. maddenin dördüncü fıkrasına göre, bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma, sonra indirme yapılacaktır.

Bunların sonrasında, kanunî ve takdiri artırım ve indirim nedenleri uygulanacaktır. Kanun koyucu, artırım ve indirim nedenlerinin uygulanma sırasını, TCK'nın 61/5. maddesinde öngörmüştür. Buna göre, belirlenen temel gün cezası üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak,

22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 2.

¹⁵⁴ "Sahte kredi kartının kötüye kullanılması suçundan aynı yasanın 52/2 maddesi uyarınca yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden bir tam gün karşılığı tayin olunan cezanın asgari haddten tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma ve kovuşturma neticelerine uygun şekilde oluşan inanç ve taktirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafinin yerinde görülme-yen sair temyiz itirazlarının reddine; ancak, 5237 sayılı TCK'nın 245/3. maddesi gereğince hükmolunan hapis cezası yanında aynı yasanın 61/8. maddesi uyarınca adli para cezası hesaplanırken belirlenen tam gün sayısı üzerinden bireyselleştirmeye yönelik artırım ve indirimler yapıldıktan sonra sonuç gün sayısı ile bir gün karşılığı ödenecek miktarın çarpılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde tayin olunan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı takdir edilen miktarın çarpılarak bulunan miktar üzerinden aynı yasanın 43 ve 62. maddelerinin uygulanması suretiyle sanığa fazla ceza tayini, yasaya aykırı ise de, yeniden duruşma yapılmasını gerektirmeyen bu hususun 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, sanığa 5237 sayılı TCK'nın 245/3. maddesi gereğince hükmolunan hapis cezası yanında aynı yasanın 61. maddesi uyarınca tayin olunan 100 tam günün aynı yasanın 43. maddesi gereğince 1/4 ü artırılıp, daha sonra yine aynı yasanın 62. maddesi gereğince 1/6 sı indirilerek bulunan 104 tam günün, bir gün karşılığı tayin olunan 20 Yeni Türk Lirası ile çarpılarak sonuç adli para cezasının 2080 Yeni Türk Lirası'na indirilmesi suretiyle eleştiri dışında sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan sahte kredi kartının kötüye kullanılması suçundan kurulan hükmün düzeltilerek onanmasına": Y. 11. C. D. T: 25.09.2006, E: 2006/5514, K: 2006/7524.

zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

06/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”la TCK’nın 61. maddesine eklenen dokuzuncu fıkra ile “Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz” hükmü getirilmiştir.¹⁵⁵

Kanun koyucu, artırım ve indirim nedenlerini tek tek belirlediğinden, kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların artırılıp, eksiltilebilmesi mümkün değildir. Bu konuda TCK’nın 61/10. maddesinde “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere fıkra eklenmiştir. Adli para cezasının hapis cezasına seçimlik yaptırım olarak kabul edildiği hallerde, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bağlamında mahkeme, önce kişi hakkında hapis cezasına mı yoksa adli para cezasına mı hükmedeceğini karara bağlar. Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlemede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra, ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.

Bu tercih sonucunda mahkemenin kişi hakkında adli para cezasına hükmetmeyi kararlaştırması halinde, adli para cezasının hesaplanmasında esas alacağı gün sayısını, hapis cezasının belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ilgili olarak 61. maddede öngörülen usul ve sırayı izleyerek belirleyecektir. Bu hesaplamada temel gün belirlenirken, beş gün ile 730 gün arasında bir gün mü, yoksa ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırının mı esas alınacağı konusunda, uygulamada bir tereddüt oluşmuştur. Bu tereddüdün giderilmesi için, bu fıkra hükmü madde metnine eklenmiştir. Bu hükme göre, adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin temel gün belirlenirken, ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırının göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, adli para cezasının ödenmemesi halinde uygulanacak hapis süresi bakımından dengesiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu suretle belirlenen temel gün üzerinden 61. maddedeki usul ve sıraya göre artırma veya indirim yapmak suretiyle sonuç gün sayısı belirlenir. Bu konuda bkz., Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin; Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/870), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255.

¹⁵⁶ Denizhan, s. 107.

b. Bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın belirlenmesi (Bir gün karşılığı ödenmesi gereken para unsuru)

Tam gün sayısının, artırım ve indirimler yapılarak tespitinden sonraki ikinci aşamada, bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı belirlenir. TCK'nın 52/2. maddesi gereğince hâkim, bir gün karşılığı adli para cezasının miktarını, kişinin *ekonomik ve diğer şahsî hâllerini* göz önünde tutarak, *en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası* olarak takdir edecektir. Bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olarak takdir edilmesine ilişkin 52. maddenin ikinci fıkrasındaki bu hüküm (tam gün sayısının üst sınırının tespitine ilişkin 52. maddenin birinci fıkrasındaki "*kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde*" hükmünün aksine) emredici niteliktedir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir.

Bu sistemde, bir gün karşılığı olarak belirlenen para cezasının üzerinden artırım veya indirim yapılmamaktadır. Bütün artırım ve indirimler, adli para cezası miktarının saptanmasında esas alınan tam gün sayısının belirlenme sürecinde temel ceza üzerinden yapılmaktadır.¹⁵⁷

YTCK'nın 52. maddesinin gerekçesinde, "*Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliكتedir.*" Gereğçede ifade edilen bu sistemin benimsenmesi ile zengin ile fakir olanlara para cezasının eşit etki göstereceği, "*bir gün karşılığı ödenmesi gereken parasal miktarın*" belirlenmesinde yargıcın, kişinin bir günde kazandığı ya da kazanması gereken geliri gözeticeği belirtilmiştir. Yasada "*bir gün karşılığı ödenmesi gereken parasal miktar*" için öngörülen alt ve üst sınırlara göre, gerekçede açıklananların gerçekleştirilme olanağı bulunmamaktadır. Gereğçede açıklananların gerçekleşebilmesi için "*bir günün parasal miktarının*" yasadaki alt sınırı mümkün olduğunca az, üst sınırı ise fazla öngörölmelidir. Alt ve üst sınırlar arasında oran (makas) arttıkça, para cezasının bireyselleştirilmesi, bölünebilmesi daha olanaklı duruma gelecektir.¹⁵⁸

Nitekim bu miktar, 1962 tarihli İsveç Ceza Kanunu'nda otuz ilâ bin kron arasındadır. İspanyol Ceza Kanunu'nda bir gün karşılığı para miktarı, en az iki yüz, en çok elli bin Peseten'dir. Polonya Ceza

¹⁵⁷ Özgenç, s. 720.

¹⁵⁸ Çınar, s. 90.

Kanunu'nda bir gün karşılığı para miktarı ise, en az on, en fazla iki bin Zloti öngörülmektedir.¹⁵⁹

Kanunumuzda ise, birim para cezasının üst sınırının parasal miktarının alt sınırın beş katı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Alman Ceza Yasası'nda, alt sınır bir Euro, üst sınır beş bin Euro olarak düzenlenmiştir (m. 40/2). Yasamızda ise, "bir gün karşılığı adli para cezası miktarı" en az yirmi, en çok yüz Yeni Türk Lirası'dır (TCK m. 52/2). TCK'da "gün para cezası sisteminin" benimsendiği, Alman Ceza Kanunu'ndaki "birim para cezasının miktarlarına" uygun bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Bir gün karşılığı takdir edilen adli para cezası miktarının belirlenmesi sırasında, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurulur. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Bu değerlendirmede esas alınacak hâller, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri ile sınırlandırılmış olduğundan, burada sanığı suç işlemeye yönelten sebep ve saikler, kast ve taksirdeki yoğunluk ve suçun işlenmesi sonrasında yaptığı davranışlar gibi suçun işlenmesine ilişkin özellikler dikkate alınmayacaktır.¹⁶⁰

Gün para cezasının tespitinde malvarlığının neyi ifade ettiğinin ve kapsamına nelerin girdiğinin tespiti çok önemlidir. Bu kapsamda, bazı Kanun hükümleri incelendiğinde malvarlığı kavramının mahiyeti daha iyi anlaşılacaktır.¹⁶¹

Bu konuyla ilgili olarak, TCK'nın İkinci Kitap, İkinci Kısım, Onuncu Bölüm başlığı "Malvarlığına karşı suçlar" şeklindedir. Söz konusu bölüm içinde yer alan "Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi" kenar başlıklı 165. maddenin gerekçesinde "Bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen her türlü ekonomik değer, yani malvarlığı değerleri, bu suçun konusunu oluşturabilir" ifadesi yer almaktadır.¹⁶² Şu hâlde, maddenin gerekçesindeki açıklamaya göre, malvarlığı her türlü ekonomik değeri ifade etmektedir.

¹⁵⁹ Çınar, s. 91-92.

¹⁶⁰ YCGK'nın 24/12/1996 tarihli ve E: 2-288, K: 298 sayılı kararında "Suçun işlenmesindeki özellikler; sanığı suç işlemeye iten sebep ve saikler, kast ve taksirdeki yoğunluk, suçun işlenmesinden sonraki davranışlarının gözetilmesidir": Söz konusu karar için bkz., Denizhan, s. 109.

¹⁶¹ Karagülmez, (Gün Para), s. 88.

¹⁶² Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 572.

Öte yandan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Edinilmiş mallar" kenar başlıklı 219. maddesinde, edinilmiş malların, karşılığı verilecek elde edilen malvarlığı değerleri olduğu vurgulanmıştır. Bu mallar aşağıdaki şekilde sıralanmıştır;

- Çalışmasının karşılığı olan edimimler,
- Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
- Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
- Kişisel mallarının gelirleri,
- Edinilmiş malların yerine geçen değerler.

Yukarıda sayılan bu değerlerin, gün para cezasında ekonomik durum araştırması yapılırken, yararlanılabilecek nitelikte oldukları değerlendirilmektedir.¹⁶³ Kişinin ekonomik durumunun değerlendirilmesinde, failin yaptığı iş, aylık gelir durumu, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarından veya benzeri yerlerden yapılan ödemeler, aldığı tazminatlar, kişisel gelir kaynakları gibi bir takım göstergelere ulaşılarak, bir gün karşılığı verilecek adli para cezası miktarı takdir edilecektir.¹⁶⁴

Yine bu değerlendirmede, failin ekonomik durumuna ilişkin kendisi ve tanıklara ait beyanlar ile gerekli görülmesi hâlinde yaptırılacak zabıta araştırması ve resmî daire kayıtları (tapu kayıtları, maaş bordrosu, gelir vergisi beyannameleri vb.) esas alınacaktır. Bu ve buna benzer bilgiler hâkimin takdirinin oluşumunda faydalı olacaktır. Ancak, bunlar araştırılırken tespiti yönelik somut rakamlar oluşturmak için araştırmalar yapılması, bilirkişi raporu alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁶⁵

Kişinin "bir günde kazandığı veya kazanması gereken geliri"nin tespiti için öncelikle sanığın resmî bir işte çalışıp çalışmadığının veya emeklilik maaşı alıp almadığının ortaya konulmasını gerektirir. Sanığın resmî bir işte çalışıyor veya emeklilik maaşı alıyorsa ve bunların dışında da başka gelirleri varsa, hepsinin mutlaka tespitinin yapılıp, bir günlük toplam kazancının miktarının belirlenmesi gerekir. Buradaki gelirlerin

¹⁶³ Karagülmez, (Gün Para), s. 89.

¹⁶⁴ Denizhan, s. 109; Karagülmez, (Gün Para), s. 89.

¹⁶⁵ Denizhan, s. 109. Öztürk/Erdem ise, kişinin ekonomik ve sosyal durumu açısından gerektiğinde bilirkişiye de başvurmak suretiyle bir araştırma yapmak zorundadır. Bkz., Öztürk/Erdem, s. 295.

içine, kira ve ürün gelirleri ile diğer faaliyet gelirleri gibi kazançlar da girmektedir. Kazanması gereken gelir kavramının ise tespiti zordur. Bu kavramı, bir günlük kazancın net olarak tespit edilemediği durumlarda, hâkimin konuyu eldeki bulgulara ve hakkaniyete göre tespit etmesi gereken hâller olarak anlamak mümkündür.¹⁶⁶

Kişinin diğer şahsî hâllerinden maksat; bir YCGK kararında da vurgulandığı üzere, adlî sicil kaydının bulunup bulunmadığı, medenî hali, çocuk sahibi olup olmadığı, ne işle uğraştığı, toplumdaki sosyal durumu, duruşmadaki tutum ve davranışları ile mahkemeye karşı gösterdiği tavır gibi hâllerdir. Bu sayılan hâller örneksene yoluyla genişletilebilir. Çünkü kanun koyucu "...ve diğer şahsî hâlleri" ifadesi ile bu kapsama girebilecek ve takdiri etkileyebilecek olan nesnel ve öznel diğer hususların da dikkate alınabilmesine olanak sağlamıştır.¹⁶⁷

Adlî para cezasının tespitinde, sanığın suç tarihindeki ekonomik ve diğer şahsî hâlleri esas alınacaktır.

Öte yandan, 5271 sayılı CMK'da, bir gün karşılığı takdir edilecek adlî para cezası miktarının belirlenmesi aşamasında, failin ekonomik durumunun takdir edilmesinde değerlendirme yapılmasının sağlanması amacıyla, şüpheli veya sanığın hazırlık soruşturması ifadesinde veya mahkemece yapılan sorgusu sırasında, ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin tutanağa geçirilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Bununla ilgili olarak, CMK'nın "*İfade ve sorgunun tarzı*" kenar başlıklı 147. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde "*İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır*" ifadesi yer almıştır. Ayrıca, "*Duruşmanın başlaması*" kenar başlıklı 191. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendindeki "*Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümler ile kişinin ekonomik durumu hakkında hâkimin takdirinin oluşumuna katkı sağlanmak istenmiştir. Bununla ilgili olarak, ne CMK hükümet tasarısında, ne de 5271 sayılı CMK'nın 147/1-g ve 191/3-a maddelerinin karşılığını oluşturan, mülga 1412 sayılı CMUK'un 135/6 ve 236/2. maddelerinde kişilerin

¹⁶⁶ Karagülmez, (*Gün Para*), s. 89.

¹⁶⁷ YCGK'nın 24.12.1996 tarihli ve E: 2-288, K: 298 sayılı kararında "...Sanığın kişiliği sair hâllerinden maksat; sabıkasının bulunup bulunmadığı, medenî hâli, işi, muhittindeki durumu, duruşmadaki tutum ve davranışları, mahkemeye karşı tavrıdır. Bunların olumlu olup olmadıkları mahkemece belirlenerek sanığın kişiliği ve sair hâlleri hakkında bir yargıya varılmalıdır..." ifadesi yer almıştır. Söz konusu karar ve ilgili açıklamalar için bkz., Denizhan, s. 110.

ekonomik durumu hakkında bilgi alınmasına yönelik bir hükmün bulunmaması, kanun koyucunun bu konuda bilinçli bir seçim yaptığını göstermektedir.¹⁶⁸

c. Tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar (bir gün biriminin parasal miktarı) çarpılması

Üçüncü aşamada, hâkim TCK'nın 52/1. maddesinde belirtilen sınırlar arasında belirlediği ve artırım ve indirim nedenlerini uyguladıktan sonra bulunan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı çarpmak suretiyle, hükümlü hakkında hükmedilecek temel adli para cezasını saptayacaktır. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre, kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

Yine, bu konuda, TCK'nın 61/8. maddesinde "*Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur*" hükmüne yer verilmiştir.¹⁶⁹

TCK'nın 61. maddesinin altıncı fıkrasına göre, adli para cezasının hesaplanması sırasında artırım ve indirimler yapılırken bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. Bu düzenleme ile mülga TCK'nın 30/2. maddesindeki "...para cezalarında

¹⁶⁸ Denizhan, s. 110; Karagülmez, (Gün Para), s. 90 vd.

¹⁶⁹ "5237 sayılı yasanın 52/2. maddesi uyarınca yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden bir tam gün karşılığı tayin olunan cezanın asgari hadden tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma neticelerine uygun şekilde inanç ve takdirin, incelenen dosya içeriğine göre sanığın bir sebebe dayanmayan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine; Ancak: 5237 sayılı yasanın 61/8. maddesi uyarınca, adli para cezasının hesaplanması sırasında artırma ve indirimlerin belirlenen tam gün sayısı üzerinden yapıp, sonuç gün ile bir gün karşılığı tayin olunan miktarın çarpımı ile sonuç adli para cezasının bulunması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılarak sanığa fazla ceza tayini, yasaya aykırı ise de, yeniden duruşma yapılmasını gerektirmeyen bu hususun CMUK'un 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, sanığa hükmolunan hapis cezası yanında TCK'nın 61. maddesi uyarınca tayin olunan 50 tam günün TCK'nın 62. maddesi gereğince 1/6 sı indirilerek bulunan 41 tam günün bir gün karşılığı tayin olunan 20 lira ile çarpılarak sonucu adli para cezasının 820 liraya indirilmesi suretiyle eleştiri dışında sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün Düzeltilecek Onanmasına": Y. 11. CD. T: 10.04.2006, E: 2006/1228, K: 2006/2868.

bin liranın küsuru hesaba katılmaz” hükmüne paralel bir hüküm getirilmiştir.¹⁷⁰

¹⁷⁰ YCGK ve bazı özel dairelerin, ETCK’nın 30/2. maddesindeki, para cezalarında bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağına ilişkin olarak bazı kararlara örnek vermek gerekirse:

“TCY’nin 30. maddesinin ikinci fıkrası, muvakkat cezalarda bir günün ve para cezalarında bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağını söylemekle, bu kesirlerle hiçbir suretle hükmedilemeyeceğini belirtmek istemiştir. (Anılan fıkroda, günün kesiri ile bin liranın kesiri aynı hükme tabi kılınmıştır. Fıkroda geçen “hesaba katılmaz” ibaresi, bir hesaba başvurulması zorunlu her aşamayı, başka bir deyişle yasa koyucu tarafından 30. maddeye istisna oluşturması gayesiyle doğrudan doğruya belirlenmiş olmayan, gerek hesaplama sonucu bulunan gerekse üzerinden hesaplama yapılacak olan her miktar ve süreyi kapsamına almaktadır. 4421 sayılı yasa ile para cezalarının her takvim yılı için artırılması uygulaması başladıktan sonra, bazı yıllar için öngörülen yeniden değerlendirme oranlarının ondalık kesirler taşıması nedeniyle, temel para cezaları ile hafif ve ağır para cezalarının aşağı ve yukarı hadleri belirlenirken ortaya çıkan kusurlu miktarlar, yapılan hesaplama sonucu bulunmuşlardır. Yasa koyucu tarafından doğrudan doğruya belirlenmediklerinden, yasa koyucunun, bu miktarların TCY’nin 30/2. maddesindeki kuralın istisnasını oluşturmasını amaçladığından da söz edilemez. Dolayısıyla, temel hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilirken günün kesiri sayılacak bir zaman birimi ile örneğin; 7 gün 12 saat gibi bir süreyle hapis cezasına hükmedilemeyeceği gibi, kesirlerin hesaba katılmaması yönünden muvakkat cezalarla aynı hükme tabi kılınmış olan temel para cezası belirlenirken de “bin lira kesirinin” atılması zorunludur. TCY’nin 30/2. maddesinde düzenlenen, muvakkat cezalarda bir günün, para cezalarında ise bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağı yolundaki kuralın, (2918 sayılı yasadaki temel para cezası istisna olmak üzere) gerek temel cezanın belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur”: YCGK T: 04.03.2003, E: 2003/7-1,K: 2003/17.

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 4.3.2003 gün ve 1-17 sayılı ve 15.4.2003 gün ve 96-104 sayılı kararlarında açıklandığı üzere, TCY’nin 30/2. maddesinde düzenlenen, muvakkat cezalarda bir günün, para cezalarında ise bin liranın küsurunun hesaba katılmayacağı yolundaki kuralın, gerek temel cezanın belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur”: YCGK T: 23.09.2003, E: 2003/3-216,K: 2003/224.

“4806 sayılı yasanın 1. maddesi ile TCK’nın 30. maddesinin 2. fıkrasındaki “bir” sözcüğünün “bin” olarak değiştirilmiş bulunması karşısında, sanığa para cezası tayin edilirken her aşamada “bin” lira küsurunun atılması zorunluluğu”: Y. 8. CD T: 03.03.2004, E: 2003/1705,K: 2004/1693.

“Saldırgan sarhoşluk suçu yönünden, hükümden sonra yürürlüğe giren 4806 sayılı yasanın 1.maddesi ile değişik TCK’nın 30.maddesine göre bin liranın artığının hesapta nazara alınmaması lüzumu bozmayı gerektirir”: Y. 1. C. D. T: 01.07.2003, E: 2003/1532, K: 2003/1652.

Ayrıca, 28.01.2004 tarihli ve 5083 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun”un 2. maddesine, 21.04.2005 tarihli ve 5335 sayılı kanunun 22. maddesi ile eklenen son fıkrasında “İlgili kanunları gereğince uygulanacak adlî ve idarî para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde, bir Yeni Türk Lirası’nın (1 YTL) altında kalan tutarlar dikkate alınmaz” hükmüne yer verilmiştir.¹⁷¹

5. Hâkim tarafından adlî para cezasının ödenmesi için süre verilmesi veya takside bağlanması

TCK m. 52/4’e göre, “Hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adlî para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği belirtilir”.¹⁷²

¹⁷¹ “5083 sayılı yasaya 5335 sayılı yasa ile eklenen 2/3.maddesi uyarınca, para cezalarında bir Yeni Türk Lirası artıklarının hesaba katılmayacağına gözetilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirir”: Y. 6. C. D. T: 03.07.2006, E: 2004/9628, K: 2006/7108.

“01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5335 sayılı kanunun 22. maddesi ile 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Para Birimi Hakkında Kanun’un 2. maddesine eklenen (İlgili kanunları gereğince uygulanacak adlî ve idarî para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde, bir Yeni Türk Lirası’nın (1 YTL) altında kalan tutarlar dikkate alınmaz) fıkrasının sanık lehine hüküm doğurması nedeni ile sanık hakkında hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde uygulanan bir gün hapis cezası karşılığı para cezasındaki 1 YTL’nin küsurunun atılması lüzumu”: Y.3. C. D. T: 26.05.2005, E: 2004/9616, K: 2005/4758.

“6136 sayılı kanuna muhalefet suçundan mahkûmiyet hükmü kurulurken 5335 sayılı kanunun 22. maddesi uyarınca para cezasının tayininde 1 YTL’nin altında kalan tutarların dikkate alınmayacağı gözetilmeden fazla ceza tayini yasaya aykırıdır”: Y.1.CD. T: 15.11.2006, E: 2006/2398, K: 2006/4942.

¹⁷² Maddenin gerekçesinde de bu konuda, “Hâkim gerektiğinde bu miktarın taksitle ödenmesine karar verebilecek ve bunu taksit sayısı ile birlikte kararında ifade edecektir. Taksitle ödemeye hükmedildiğinde, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği kararda ayrıca belirtilecektir” hükmü yer almaktadır. Bkz., Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 460.

“Hükmettiği para cezalarının 647 sayılı yasanın 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca belirli taksitlerle ödenmesini kararlaştıran mahkeme, taksit aralıklarını hükmünde açıkça göstermelidir. Taksitlendirme asıl hükme dahil olması gereken hususlardan olduğundan, bu eksikliğin infaz aşamasında mahkemeden alınacak bir kararla giderilmesi de mümkün değildir”: YCGK, T: 09.12.2003, E: 8-258, K: 281,

Hâkim, hükmün kesinleşmesinden belli bir süre sonra ödemenin yapılmasına karar verebilecektir. Ancak, ödemenin en fazla kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl sonraya kadar ertelenebilmesi mümkündür.

Yine hâkim, adlî para cezasının belirli taksitlerle ödenmesine de karar verebilir¹⁷³. Adlî para cezasının taksitle ödenmesine ilişkin kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan

Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç (2001-2004), s. 900-901.

“647 sayılı kanununun 5. maddesi uyarınca taksitlerden birinin ödenmemesi halinde, kalan miktarın tahsilinin gerekeceği hususunun belirtilmemesi bozmayı gerektirir”: Y.7.C. D.T: 31.12.2002,E: 2002/15814, K: 2002/20094.

“Ancak, ağır para cezasının taksitlendirilmesinde, taksit aralıklarına ilişkin süre ve yine taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde geri kalan miktarın tamamının alınacağı hususunda kararda gösterilmeyerek 647 sayılı yasanın 5/3.maddesine aykırılık oluşturulması”: Y.3. C. D. T: 05.03.2002, E: 2002/1257, K: 2002/2010.

¹⁷³ 3.6.1997 gün ve 9/119-136 tarihli Ceza Genel Kurulu kararında, para cezası taksitlendirilmiş ancak taksit süreleri gösterilmemişse, taksitlerin birer ay ara ile olduğunun kabulü gerekeğinden taksit aralıklarının belirtilmemesi, bozma nedeni yapılmamışsa da, aşağıda belirtilen yeni tarihli Yargıtay kararlarında taksit aralıklarının belirtilmemesi bozma nedeni yapılmıştır.

“Hükümde, para cezasının taksitle ödenmesine karar verildiği halde taksit süresi ve sayısının gösterilmemesi”: Y. 9. C. D. T: 18.10.2004, E: 2004/6257, K: 2004/5515.

“Mahkemece taksit aralıklarının kararda açıkça gösterilmesi gerekmekte olup, gösterilmemesi yasaya aykırılık oluşturmaktadır”: YCGK, T: 09.12.2003, E: 2003/8-258, K: 2003/281.

“Sanığa verilen ağır para cezasının 647 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca taksit bağlanması sırasında taksit aralıklarının belirtilmemesi suretiyle hükmün infazında duraksamaya neden olunması”: Y.8. C. D. T: 30.01.2002, E: 2001/8973, K: 2002/858.

“Tayin olunan ağır para cezasının taksitlendirilmesine karar verildiği halde karar yerinde taksit sürelerinin gösterilmemesi”: Y. 9. C. D. T: 14.09.2004, E: 2004/4705, K: 2004/4087.

“Tayin olunan para cezasının 647 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine karar verilirken on eşit taksitle tahsiline karar verilmiş ise de, taksit aralıkları ve süresinin gösterilmemesi”: Y. 7. C. D. T: 18.03.2004, E: 2003/2121, K: 2004/3846.

“Para cezasının taksitlendirme aralıklarının ve taksit miktarlarının açık olarak belirlenmeyerek, infazda tereddüt ve karışıklık yaratacak şekilde “10 ayda ve 10 taksitle tahsiline” karar verilmesi”: Y. 1. C. D. T: 02.03.2004, E: 2003/2444, K: 2004/582.

“Ayrıntıları Ceza Genel Kurulu’nun 31.3.1975 gün ve 456/53, 24.11.1975 gün ve 284/293 sayılı kararlarında da açıklandığı üzere, 647 sayılı yasanın 5. maddesinin 3. fıkrası, taksit süreleri kararda belirtilmemişse, bunun aydan aya olacağı kabulü icap edeceği yolunda bir yoruma elverişli değildir. Sanığa verilen ağır para cezasının dört eşit taksitte alınmasını karara bağlayan Yerel Mahkemenin, taksit sürelerini kararında belirtmemesi”: YCGK. T: 21.09.1987, E: 1987/20, K: 1987/359.

kısımın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği uyarısı bulunmalıdır.¹⁷⁴ Adli para cezasının taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz.¹⁷⁵ Öte yandan, hâkimin süre verilmesi veya taksitle ilgili olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verirken, failin ekonomik ve şahsî hâllerini dikkate alması gerekmektedir.

Sanık veya müdafisinin, yargılama sırasında para cezasının ödenmesinin taksitle bağlanması yolunda mahkemeden talepte bulunmaları hâlinde, mahkemenin olumlu veya olumsuz bir karar vermesi gerekir. Aynı şekilde, sanık veya müdafisinin lehe olan kanun hükümlerinden

¹⁷⁴ “647 sayılı kanunun 5. maddesine aykırı olarak taksit sürelerinin gösterilmemesi ve taksitlerden birinin ödenmemesi halinde diğerlerinin muacceliyet kastedeceğine karar verilmemesi”: Y. 8.C. D. T: 16.10.1986, E: 1986/4292, K: 1986/4915.

“647 sayılı kanunun 5. maddesi uyarınca taksitlerden birinin ödenmemesi halinde kalan miktarın tahsilinin gerekeceği hususunun belirtilmemesi”: Y. 7. C. D. T: 31.12.2002, E: 2002/15814, K: 2002/20094.

“Ancak, ağır para cezasının taksitlendirilmesinde, taksit aralıklarına ilişkin süre ve yine taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde geri kalan miktarın tamamının alınacağı hususunda kararda gösterilmeyerek 647 sayılı yasanın 5/3.maddesine aykırılık oluşturulması”: Y. 3. C. D. T: 05.03.2002, E: 2002/1257, K: 2002/2010.

“647 s. K 5/5 maddesi uyarınca ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 aylık sürenin sona erdiği veya taksitle bağlanıp ta taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarın tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına 6183 sayılı yasanın 51. maddesinde belirtilen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına” Y. 3. C. D. T: 13.07.2005, E: 2004/13619, K: 2005/10044.

¹⁷⁵ Benzer bir düzenleme Mülga 647 sayılı kanunun 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Mahkeme gerekli gördüğü takdirde, hükmedeceği para cezasının tayin edeceği sürelerde ve belirli taksitlerle ödenmesine de karar verebilir. Ancak taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde geri kalan miktarın tamamının tahsili gerektiğini de kararda gösterir” dördüncü fıkrasında ise, “Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten eksik olamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

“647 sayılı kanunun değişik 5/4. maddesine aykırı olarak taksit miktarının dörtten eksik olarak belirlenmesi”: Y. 5. C. D. T: 04.10.2004, E: 2003/4306, K: 2004/6285.

“647 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca taksit süresinin 2 yılı aşmayıp dörtten eksik olamayacağı gözetilmeyerek para cezasının sanıktan 2 eşit taksitle tahsiline karar verilmesi”: Y. 9. C. D. T: 23.06.2004, E: 2004/1589, K: 2004/3336.

“Sanıklara hükmolunan sonuç ağır para cezası taksitle bağlanırken, taksit sayısının dörtten aşağı olamayacağı gözetilmeden C. Savcısı'nın yetkisini kısıtlar şekilde “iki eşit taksitle tahsiline” denilmek suretiyle 647 sayılı kanunun 5. maddesine aykırı davranılması”: Y. 11.C. D. T: 15.04.2004, E: 2003/474, K: 2004/3280.

“647 sayılı yasanın 5. maddesindeki taksit miktarı dörtten az olamayacağı gözetilmeden, ağır para cezasının üç taksitle alınmasına karar verilmesi”: Y. 4. C. D. T: 14.03.1985, E: 1985/1638, K: 1985/1877.

yararlanma yönündeki talepleri, taksitle ödemeye ilişkin m. 52/4'de yer alan hükümleri de kapsar ve bu durumda yine mahkemenin olumlu veya olumsuz bir karar vermesi gerekir. Ancak, herhangi bir talep olmadan da mahkemenin re'sen bir karar vermesi mümkündür.¹⁷⁶

Taksitle ödenmesine karar verilen adli para cezasına ilişkin mahkeme kararında, *"taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmının tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği"* uyarısının yazılı olmaması hâlinde, sanığın taksitleri süresinde ödememesi hâlinde, geri kalan kısmın tamamının tahsil edilip edilmeyeceği veya ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilemeyeceği konusunda TCK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, YCGK'nın Mülga 647 sayılı CİK'nın taksitlendirmeye ilişkin 5. maddesiyle ilgili olarak verdiği bir kararı örnek göstererek, bu uyarıların hükümde bulunmasının kanunun amir hükmü olup, olumsuz davranışı hâlinde kanun hükmü ile bir kısım hukukî sonuçlara muhatap olacak ve kararda yer almayan yaptırımlarla karşılaşacak olan sanığın önceden bu hususlardan haberdar edilmesinin, *"suç ve cezada kanunilik ilkesi"* nin doğal bir sonucudur.¹⁷⁷

Kanaatimizce, TCK m. 52/4-c. 3 gereğince, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamen tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğinin kararda belirtileceği öngörülmekte ise de, söz konusu YCGK kararından sonra yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİHK'nın 106. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödememezse, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir"*, beşinci fıkrasında ise, *"Adli para*

¹⁷⁶ Karagülmez, s. 165.

¹⁷⁷ Denizhan, s. 112. Adı geçen yazarın YCGK'nın, Mülga 647 sayılı CİK'nın taksitlendirmeye ilişkin 5. maddesiyle ilgili olarak örnek olarak verdiği kararda bu husus aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

"Mahkemece hükmolunan para cezasının taksitle ödenmesine karar verildiği takdirde, tayin edilen süre (taksit süresi), taksit miktarı ve taksitlerden birinin süresinde ödenmemesinin yaptırımı gösterilmiştir. Sanığın kendisine yükletilen yükümlülükler ve sonuçlarından sorumlu tutulabilmesi için hükümde bu hususların açıkça belirtilmesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin zorunlu sonucudur. Bu zorunluluk 4786 sayılı yasanın 1. maddesi ile maddeye 5. fıkraya olarak eklenen para cezasına faiz yürütülmesi hükmü nedeniyle fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen suçlar bakımından daha da önemli hâle gelmiştir": YCGK'nın, 09.12.2003 tarihli ve E: 8-258, K: 281, sayılı bu kararı için bkz., Kaban/Aşaner/Güven-Yalvaç, (2001-2004), s. 900-901.

cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile üçüncü fıkra hükmü Cumhuriyet Başsavcılığı'nca uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Şu hâlde, CGTİHK'nın 106/5 hükmü gereğince adli para cezasının hapse çevrileceği kararda yazılı olmasa bile, bu hükmün Cumhuriyet Başsavcılığı'nca uygulanacağı öngörülmüş bulunduğundan, bunun kararda gösterilmemesi, hükümlü lehine kazanılmış hak doğurmaya-caktır. Zira hükümde gösterilmemiş olsa bile, para cezasının ödenmesi hâlinde tatbik olunacak prosedürün, infaz hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerekir (CGTİHK m.5, 106/3).¹⁷⁸

Hâkim tarafından, adli para cezasının ödenmesi için süre verilmesi veya taksite bağlanması ilgili olarak karar verilirken, adli para cezasının miktarının, bu miktar paranın gerçek satın alma gücü ile adli para cezasının bir defada ödenmesi ya da ödeme için süre verilmemesi hâlinde sanığın ekonomik ve şahsî durumunun olumsuz etkilenip etkilenmediğinin, dikkate alınması gerekir. Adli para cezasının ödenmesinin ertelenmemesi ya da bir defada ödenmesinin, sanığın ekonomik ve sosyal yaşamını olumsuz etkilememesi sonucu doğuyorsa, adli para cezasının ödenmesi için süre verilmesi ve taksite bağlanmasına gerek bulunmamaktadır.¹⁷⁹

Hâkimin, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verirken, aynı kararda, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda, TCK'da açık bir hüküm

¹⁷⁸ Aynı yöndeki görüş için bkz., Öztürk/Erdem, s. 296.

¹⁷⁹ Denizhan, s. 112.

Bu konudaki bir YCGK kararında: "Mahkemece, para cezasının miktarı, bu miktarın paranın gerçek alış gücü ve ekonomik koşullar çerçevesinde bir defada ödenmesinin, sanığın ekonomik ve sosyal yaşamı üzerinde olumsuz etki doğurup doğurmayacağı nazara alınmalıdır. Hükmolunan para cezasının taksite bağlanmaması halinde, sanık bu cezayı ödemekte acz haline düşecekse, ceza; 647 sayılı yasanın 5. maddesi gereğince dörtten az olmamak ve iki yılı geçmemek üzere taksitlendirilmelidir. Tayin olunan para cezasını bir defada ödemesi ekonomik ve sosyal durumu paranın alış gücü itibarıyla sanığın yaşamı üzerinde olumsuz bir etkisi olmayacaksa cezanın taksite bağlanmasına gerek bulunmamaktadır. İncelenen olayda, sanığın hükmolunan para cezasının mahkemece taksite bağlanmaması ve cezanın bir defada ödenmesi, para cezasının miktarı, ekonomik koşullar, paranın satın alma gücü, suçun mahiyeti nazara alındığında, sanığın ekonomik ve sosyal yaşamı üzerinde herhangi bir olumsuzluk doğurmayacağı gibi, 647 sayılı yasanın 5/8. maddesinde yazılı olduğu üzere üç taksite bağlanma olanağı da bulunduğu mahkemenin bu husustaki fiili takdirinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır": hükmü yer almıştır. YCGK'nın 17.12.1996 tarihli ve E: 10-274, K: 283 sayılı kararı için bkz., Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, (1996-2001), s. 1035-1036.

bulunmamakla beraber, TCK'nun 52. maddesinin dördüncü fıkrasının düzenleniş biçiminden, hâkimin, adli para cezasının tamamının ödenmesi için mehil verme veya taksitler halinde ödenmesi seçeneklerinden sadece birine hükmetmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

6. Adli para cezasının infazı

a. Adli para cezasına ilişkin ilâmın infaza verilmesi

CGTİHK'nın 4. maddesi gereğince, mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz. Bu nedenle, hapis cezalarında olduğu gibi, adli para cezalarına ilişkin hükümlerinde, yerine getirilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Öte yandan, aynı kanunun 5. maddesine göre, mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Bu hükme göre cezanın infazı Cumhuriyet Savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün "İnfaz işlemlerinin takibi ve yerine getirilmesinde diKK at edilecek hususlar" konulu 01.01.2006 tarihli ve (9) numaralı genelgesinde;

"...Hâkim veya mahkemelerden verilip kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşen ilâmların en çok bir hafta içinde ve Yargıtay tarafından onanmak suretiyle kesinleşen ilâmların da, dosyanın Yargıtay'dan iadesinden itibaren yine en çok bir hafta içinde infaz edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilmesi ve bu konuda herhangi bir gecikmeye yer verilmemek üzere de hüküm dosyasının Yargıtay'dan geliş ve mahkemeye verilme tarihlerinin kaydedilmesi ile birlikte Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilen ilâm ve infaz evrakına da bu tarihlerin yazılması,"

"Hükümlüleri başka yerde bulunanlara ait ceza ilâmları, infaz için hükümlülerin buldukları yer Cumhuriyet Başsavcılıkları'na gönderildikten sonra, ilâmların geliş kaydının evrak üzerine işaretlenmesi ve gereğinin süratle yerine getirilmesinin sağlanması yanında, infaz edilmek üzere gönderilen ilâmı alan Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, infaz evrakının alındığının, infaza başlanıldığının, kaydedildiği sıra numarası ile birlikte ilâmat evrakını gönderen Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesinin, ilâmı gönderen Cumhuriyet Başsavcılığı'nca da ilâmat evrakının gönderilmesinden üç ay geçmiş olmasına rağmen gönderilen evrakın alındığının, infaza başlanıldığının ve ilâmat sıra numarasının bildirilmediğinin anlaşılması durumunda, ilâmın infaz edilmek üzere gönderildiği Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan sorulması,"

"İlâmların takipsiz ve özellikle kayıt dışı bırakılmamasının sağlanması bakımından, mahkemelerce, Cumhuriyet Başsavcılıkları'na teslim edilen

ilâmların bu mahkemelerce üçer aylık dönemlerde listelerin yapılarak, Cumhuriyet Başsavcılıkları'na verilmesi ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nca da infaz, denetimli serbestlik genel defteri ve esas defteri kayıtlarının bu listelerle karşılaştırılarak ve ayrıca talimat yoluyla gelen ilâmların da infaz defterine kaydının yapılıp yapılmadığının sık sık kontrol edilerek, kayıt dışı kalmış olan evrakın bulunup bulunmadığının araştırılması,"

Para cezalarına ait ilâmlarda, hükümlülük konusu paranın gerçekten yatırılıp yatırılmadığının kontrolü bakımından; paranın Maliye'ye ödenmesinden sonra alınan "Maliye Vezne Makbuzu" ile ayrıca "Tahsil Fişinin" birlikte ilâmat evrakına eklenmesi hususlarına yer verilmiştir.

Adlî para cezasının infaz şekli, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı CGTİK'nın 106. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Maddenin birinci fık-

¹⁸⁰ CGTİK'nın 106. maddesinin gerekçesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Maddeyle, mevzuatımızda para cezalarının infazında uygulanmakta bulunan hükümler yönünden önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "adli para cezası" ibaresi kabul edilmiştir. Bilindiği gibi para cezaları bakımından en önemli husus bu cezaların fiilen yüksek bir oranda infaz edilmesinin sağlanmasıdır. Kanun koyucu, bir kısım yabancı mevzuatın da kabul ettiği üzere para cezalarının taksitle ödenmesi sistemini benimsemiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar meblağın Devlet hazinesine ödenmesi suretiyle adli para cezasına hükmedilecektir. Maddeyle getirilen hükümler gereğince, adli para cezasının hükmünü içeren ilâm kesinleştiğinde Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilecek ve Cumhuriyet Savcısı tarafından hükümlüye bir ay içerisinde adli para cezasının ödenmesi için ödeme emri tebliğ edilecek ve tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezası hükümlü tarafından ödenmezse Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilecektir. Mahkeme ilâmında hapse çevrilmeye ilişkin bir açıklama bulunmasa dahi bu hüküm Cumhuriyet Başsavcılığı'nca uygulanacaktır. Çocuklar hakkında verilen adli para cezaları ödenmemesi hâlinde bu cezalar hapse çevrilemeyecektir. Adli para cezası hükümlü birlikte taksite bağlanmamış ise, yukarıda belirtilen bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. Ancak, ilk taksit süresinde ödenmezse verilen bu izin geçersiz olacaktır. Adli para cezası yerine çevrilen hapsin süresi hiçbir hâlde üç yılı geçmeyeceği gibi birden fazla hükümlü adli para cezalarına mahkûmiyet durumunda da bu süre beş yılı geçmeyecektir. Bunun dışında hükümlünün hapis yatığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı ödemesi durumunda cezaevinden çıkartılacaktır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü saklı kalmak kaydıyla, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemeyecek ve bunun infazında şartla salıverilmeden yararlanılmayacaktır. Getirilen bir başka hüküm ise hapse çevrilmiş olsa dahi, hak yoksunlukları açısından esas alınacak olan adli para cezasıdır. Maddeyle getirilen bir başka yeni hüküm ise, infaz edilen hapis cezasının süresi adli para cezasının tamamıyla karşılanmamış olursa geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm Cumhuriyet Başsavcılığı'nca

rasına göre; “Adli para cezası, Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir”.

Suç karşılığında hükmedilen adli para cezaları ile kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarını içeren ilâm, hangi hükümlü ve hangi cezanın infazına ilişkin olduğu açıkça belirtilmek suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığı’na verilir. Cumhuriyet Savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye CGTİHK’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder (CGTİHK m.106/2). Cumhuriyet Savcısı, ödeme emrini hükümde gösterilen adrese tebliğ eder. Hükümlü, adres değişikliklerini mahkemeye veya Cumhuriyet Başsavcılığı’na bildirmekle yükümlüdür. Aksi hâlde hükümde gösterilen adreste yapılan tebligat geçerlidir (CGTİHK m.20/3).¹⁸¹

mahallin en büyük mal memuruna verilir” Bkz., *Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/933) TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 710, s. 21.

¹⁸¹ Adli para cezasının infazı konusu, Hükümet Tasarısı’nın 71. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme, nispi veya tazmin niteliğinde olanları da kapsamak üzere hükmedeceği para cezasının, belirleyeceği sürelerde taksitle ödenmesine karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Hükümlünün istemi üzerine hâkim, taksit sürelerinde değişiklik yapabilir. Taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen para cezasının bir gün kırk milyon lira sayılmak suretiyle hapse çevrileceği kararda gösterilir. Para cezası, 68. maddenin alt sınırında gösterilen miktarın, 500. maddeye göre uygulanan yeniden değerlendirme oranı ile çarpılması sonucu elde edilen miktarı geçmediği takdirde bu cezanın taksitle ödenmesine hükmedilemez. Ancak, hükümlünün isteği üzerine para cezasının taksitle ödenmesine ilişkin dördüncü fıkraya hükmü saklıdır.

Mahkeme, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir aylık sürenin sona erdiği veya taksitle bağlanıp da taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarın tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 51. maddesinde belirlenen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına da karar verir.

İlâm kesinleşince, Cumhuriyet Savcılığı’na verilir. Cumhuriyet Savcısı bir ay içinde para cezasını ödemesi için hükümlüye usulü dairesinde bir ödeme emri tebliğ eder.

Mahkemece para cezasının tahsilinde taksit öngörülmemiş ise, bir aylık süre içinde para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan para cezasının birer aylık iki taksitte ödenmesine müsaade olunur. İkinci taksit süresinde ödenmezse üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır.

Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine süresi içinde para cezasını ödemezse, Cumhuriyet Savcısı’nın kararıyla bir gün kırk milyon lira sayılmak üzere hapse çevrilir. Para cezası yerine çektirilen hapis cezası iki yılı geçemez. Kırk milyon lira hesabı ile bir gün hapse çevrilen para cezalarından arta kalan kısım nazara alınmaz.

b. Adli para cezasının savcılık tarafından taksite bağlanması

Hükümde, adli para cezası takside bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. Bir aylık süre, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren başlar. İlk taksitin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci takside ilişkin izin hükümsüz kalır (CGTİHK m. 106/6). Söz konusu hükme göre, Cumhuriyet Savcılığı'nın, adli para cezasını taksite bağlaması, mahkeme tarafından hükümde taksit öngörülmemesi durumunda gerçekleştirilebilmektedir. Mahkemenin para cezasının ödenmesini takside bağlamamış olması durumunda, hükümlünün isteği üzerine, Cumhuriyet Savcılığı'nın ödemeyi taksite bağlama yetkisi vardır. Hükümlünün bu konuda bir talebi yoksa Cumhuriyet Savcılığı'nın bu konuda re'sen taksite bağlama yetkisi yoktur.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Cumhuriyet Savcılığı'nın adli para cezasını taksite bağlaması için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:¹⁸²

1. Hükümde, mahkeme tarafından adli para cezasının ödenmesinde mehil veya taksit öngörülmemesi,
2. Hükümlünün infaz makamı olan Cumhuriyet Savcılığı'ndan talepte bulunması,
3. Hükümlüye Cumhuriyet Savcılığı'nca yapılan tebliğ üzerine, bir aylık süre içinde, adli para cezasının üçte birinin ödenmesi,

Kırk milyon liradan aşağı hükmedilmiş para cezaları bir gün hapse çevrilir.

Hükümlü, cezaevinde geçirdiği her gün için beşinci fıkra uyarınca kırk milyon lira indirildikten sonra kalan parayı öderse hapisten çıkarılır.

Hapse çevrilen para cezalarının infazı, hükümlünün istemi üzerine hükmü veren mahkemece iki yıla kadar ertelenebilir. Bu husustaki karar duruşma yapılmaksızın verilir.

İsteği üzerine hükümlü, para cezasından çevrilen hapis yerine Devlet, mahallî idare, iktisadî Devlet teşekkülleri ve kamu iktisadî kuruluşları ve diğer kamu kurumlarının hizmetlerinde çalıştırılabilir. Rayice göre benzerlerine ödenen ücret tutarından hükümlünün işesi için gerekli kısım ayrıldıktan sonra geri kalan miktar hükümlüye mahsup edilir.

Çektirilen hapis süresi para cezasını tamamıyla karşılayamazsa geri kalan paranın tahsili için ilâm, Cumhuriyet savcılığınca mahallin en büyük mal müdürlüğüne verilir ve Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre infaz edilir.

Tazmin niteliğindeki para cezaları hakkında beşinci fıkra hükmü uygulanmaz ve Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır". Bkz., *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593) TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 272.

¹⁸² Centel/Zafer/Çakmut, 727-728; Çınar, s. 95.

4. Taksit sayısının toplam iki olması,
5. Taksitler arasında birer ay süre olması,
6. Taksitlerin iki eşit taksitte olması.

Bu koşulların varlığını Cumhuriyet Savcılığı'nın inceleme görevi vardır. Koşulların gerçekleşmesi hâlinde, Cumhuriyet Savcılığı'nın hükümlünün talebini geri çevirme yetkisi bulunmamaktadır.

c. Adli para cezasının ödenmemesi

Hükümlü, Kanunda öngörülen şekilde tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir. Bu hapis cezası tazyik hapsi niteliğindedir. Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle tazyik hapsine karar verilen hâllerde, adli para cezası hapse çevrilmiş olmasına rağmen, hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan ceza adli para cezasıdır (CGTİHK m.106/9).¹⁸³

Hükümlünün adli para cezasının bir kısmını ödemesi durumunda ceza infaz kurumundan dışarı çıkarılmayacak ve ödenmeyen kısım için hapse dönüştürme suretiyle infaza devam edilecektir. Kalan kısmın ödenmesi hâlinde hükümlü infaz kurumundan salıverilecektir.¹⁸⁴

Adli para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca adli para cezasının ödenmeyen bölümüne karşılık gelen gün miktarı hapse çevrilir (CGTİHK m.106/5).¹⁸⁵ Burada belirtmek gerekirse, doğrudan hükmedilen ve

¹⁸³ Özgenç, s. 670; Centel/Zafer/Çakmut, 728; Denizhan, s. 115.

¹⁸⁴ Karagülmez, (Gün Para), s. 175.

¹⁸⁵ "Etkili eylem suçundan sanık H. Y.'nin 5237 sayılı TCK'nın 86/2-3a, 52/2 maddeleri gereğince 300 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına dair Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 15.09.2005 tarihli ve 2004/864 esas, 2005/1342 karar sayılı kararının kesinleşmesini müteakip ödenmemesi sebebiyle bir gün karşılığı 20 YTL'den hesaplanarak hükümlünün cezasının C. Başsavcılığı'nca 15 gün hapis cezasına çevrilmesini müteakip, 12.12.2005 tarihinden itibaren şartla salıverilmesi talebi üzerine 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 3. ek fıkrası ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesi hükümleri gereğince adli para cezasının 100 YTL bir gün olmak üzere 3 gün hapis cezasına çevrilmesi gerektiğinden bahisle, 05.12.2005 tarihinde cezaevine alınan hükümlünün tahliyesine ilişkin aynı mahkemenin 09.12.2005 tarihli ve 2005/1135 müteferrik sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair Ankara 28. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 09.12.2005 tarihli 2005/7 değişik iş sayılı karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı'nca verilen 26.01.2006 gün ve 2073 sayılı yazılı emre

müsteniden dava dosyası C. Başsavcılığı'nın 13.03.2006 gün ve 2006/18770 sayılı ihbarnamesiyle daireye gönderilmekle okundu; Mezkür İhbarnamede; Dosya kapsamına göre, 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin, 5349 sayılı kanunla eklenen 3. fıkrasında, ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi halinde, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirasının esas alınacağı belirtilmiştir, yine 5275 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde "26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK dışındaki diğer kanunlarda yer alan adli para cezasının ödenmemesi halinde, hükümlüler bir gün yüz Türk Lirası hesabı ile hapsedilirler" hükmünün yer aldığı, sanık hakkındaki cezanın ise 5237 sayılı kanunun 52/2 maddesi uyarınca 1 gün karşılığı 20 YTL'si olarak kabulü ile 15 gün karşılığı olarak doğrudan verilen adli para cezası olduğu, bu sebeple anılan maddelerde belirtilen hükümlerin sanık hakkında uygulanamayacağı, cezanın infazının 5275 sayılı kanunun 106. maddesi gereğince yapılması gerektiği ve söz konusu maddenin 2. fıkrasındaki "Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, C. Savcısı'nın kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir" hükmü uyarınca, 300 YTL adli para cezasının ödenmemesi sebebiyle günlüğü 20 Yeni Türk Lirasından hapse çevrilmek suretiyle infazı gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde verilen karara yönelik itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu yazılı emre atfen ihbar olunmuştur. *Gereği Düşünüldü*: Sanığa atılı suçun işlendiği tarihin 09.06.2004 olması ve infaz işlemlerinin, suç tarihinde yürürlükte olan veya daha sonra yürürlüğe giren infaz kanunlarından sanık lehine olana göre yapılmasının gerekmesi nazara alındığında Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 09.12.2005 gün ve 2005/1135 müt. ve Ankara 28. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 09.12.2005 gün ve 2005/7 D. İş kararda bir isabetsizlik görülmediğinden yerinden bulunmayan kanun yararına bozma isteminin reddine 06.06.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi": Y. 2. C. D. T: 06.06.2006, E: 2006/2735, K: 2006/11448.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi yukarıdaki karardan farklı bir karar vermiştir. Söz konusu karara göre;

"Memura Yalan Beyanda Bulunmak Suçundan sanık...765 sayılı TCK'nın 343/1, 81/1-3 maddeleri gereğince 3 ay 1 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararın infazında 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni TCK'nın uygulanması talebi üzerine 5237 sayılı TCK'nın 206. maddesi uyarınca 30 gün karşılığı günlüğü 20 YTL'den hesaplanarak 600 YTL. adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin aynı Mahkemenin ek kararının kesinleşmesini müteakip Ankara C. Başsavcılığı'nın talebi üzerine ödenmeyen 600 YTL. adli para cezasının 1 gün karşılığı 30 gün hapis cezasına çevrilmesine dair Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararına yapılan itirazın reddine ilişkin Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/03/2006 tarihli 2005/37 sayılı müteferrik kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 02.06.2006 gün ve 23534 sayılı yazılı emirlerine atfen Yargıtay C. Başsavcılığı'nın 19.06.2006 gün ve YE. 2006130633 sayılı ihbarnamesiyle daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla incelenip gereği düşünüldü: Hükümlü hakkında 765 sayılı TCK'nın 343/1,81/1 maddeleri gereğince verilip kesinleşen 3 ay 1 gün hapis cezasının sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın uygulanması talebi üzerine lehe hüküm içeren aynı kanunun 206. madde-

ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesi durumunda asıl mahkûmiyet adli para cezası olmaya devam eder. Ancak, kısa süreli hapis cezasından çevrilen ve asıl mahkûmiyet sayılan adli para cezasının (TCK m. 50/5) ödenmemesi sebebiyle hapis cezasına dönülmesi hâlinde bu kural geçerli değildir. Kısa süreli hapis cezası, asıl mahkûmiyet kabul edilir (CGTİHK m. 106/10).¹⁸⁶

Ancak, çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu cezalar hapse çevrilemez. Bu takdirde 106. maddenin on birinci fıkrası hükmü uygulanır. Söz konusu hüküm gereğince, çocuklar hakkında adli para cezasının tahsili amacıyla ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığı'na mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre kalan adli para cezası tahsil edilir (CGTİHK m. 106/4, 11). Burada hükümlünün suç tarihindeki yaşı göz önünde bulundurulmalıdır.

Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümlü adli para cezalarına mahkûmiyet durumunda ise, bu süre beş yılı geçemez. Hükümlü, ceza infaz kurumunda geçirdiği (hapis yattığı) günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse haptisten çikartılır (CGTİHK m. 106/7-8).

İnfaz edilen hapsin süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığı'na mahallin en büyük mal memuruna verilir. Kalan adli para cezası, bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının

si uyarınca ve 52. madde gözetilerek adli para cezasının tayin edilmesi karşısında 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkındaki Kanun'un uygulanma koşullarının gerçekleşmediği, adli para cezasının süresi içinde ödenmemesi nedeniyle infazın 5275 sayılı yasanın 106 maddesi gereğince yapılması gerektiği cihetle yerel mahkeme kararında bir isabetsizlik görülmediğinden kanun yararına bozma isteminin reddine, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığı'na iadesine, 18.07.2006 gününde oybirliği ile karar verildi": Y. 11. C. D. T: 18/07/2006, E: 2006/4493, K: 2006/6682.

5237 sayılı TCK'nın 7/3 maddesi gereğince "hapis cezasının ertelenmesi, tekkerrür ve koşullu salıverilmeye ilişkin olanlar hariç olmak üzere infaza ilişkin hükümler derhal uygulanacağından, ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi de bir koşullu salıverilme müessesesi olmadığından, suç tarihi eskide olsa 5237 sayılı TCK gereğince gün karşılığı verilen bir para cezasının 106/3 maddesine göre hapse çevrilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuda ve ilgili içtihatlar için bkz., <http://www.adalet.org/cbekran.php.id=4415>.

¹⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 728.

Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilecektir (CGTİHK m. 106/11).

Şu hâlde, kanun koyucu ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesine ilişkin düzenlemesinde faile ve cezaya ilişkin olmak üzere iki istisna kabul etmiştir. Buna göre, çocuklar hakkında doğrudan hükmolunan adli para cezası ile kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemeyecektir.¹⁸⁷

TCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve açıklanan biçimdeki adli para cezasından çevrilen hapis cezasının infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz. Ancak, hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır (CGTİHK m. 106/9).

YTCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri saklıdır (CGTİHK m.106/10).

06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün, 56. maddesinde de, adli para cezasının infazına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Madde ki düzenlemeye göre;

- Adli para cezası, beş günden az ve kanunlarda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesi'ne ödenmesinden ibarettir.

- Adli para cezasını içeren ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Cumhuriyet Savcısı, ilâmda belirtilen ödeme şekline göre, adli para cezasının otuz gün içinde ödenmesi için hükümlüye 5275 sayılı kanunun 20. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder. Ancak, kurumda bulunan ve kanun hükümlerine göre vasi atanması zorunlu olan hükümlülere yapılacak tebligat, vasilerine yapılır.

- Çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu cezalar

¹⁸⁷ Denizhan, s. 115.

hapse çevrilemez. Bu takdirde CGTİHK'nın 56. maddesinin onuncu fıkrası hükmü uygulanır.

- Hükümde, adlî para cezası takside bağlanmış ise, kararda belirtilen süreye göre infaz edilir. Otuz gün içinde ilk taksidin ödenmemiş olması hâlinde veya taksitlerden birisinin hükümde gösterilen süre içerisinde ödenmemesi hâlinde, adlî para cezası, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile gösterilen gün karşılığı miktar esas alınarak hapse çevrilir.

- Hükümde, adlî para cezası takside bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adlî para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. İlk taksitin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci taksite ilişkin izin hükümsüz kalır. Ödenmeyen adlî para cezası, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile gösterilen gün karşılığı miktar esas alınarak hapse çevrilir.

- Adlî para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile 56. maddenin dört ve beşinci fıkra hükümleri Cumhuriyet Başsavcılığı'nca uygulanır.

- Adlî para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adlî para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez.

- Hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır.

- 5237 sayılı kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere, adlî para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adlî para cezasıdır.

- İnfaz edilen hapsin süresi, adlî para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adlî para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca mahallin en büyük mal memuruna gönderilir. Bu makamlarca, 6183 sayılı kanun'a göre, kalan adlî para cezası tahsil edilir. Mahallin en büyük mal memuruna gönderme tarihi esas alınarak Cumhuriyet Başsavcılığı'nca infaz defterindeki kaydı kapatılır ve mahkemesine bildirilir.

- 5237 sayılı kanun dışındaki diğer kanunlara göre; gün karşılığı olarak miktarı belirtilmeyen ilâmlardaki adlî para cezalarının ödenmemesi hâlinde, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bir gün karşılığı yüz Türk Lirası hesabı ile hapse çevrilir.

V. Diğer Kanunlardaki Para Cezalarının Belirlenmesi

A. Diğer Kanunlardaki Para Cezalarının Artırılması ve Usulü

04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, "Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü" kenar başlıklı 4. maddesinde, diğer kanunlarda öngörülen para cezalarının TCK'nın yürürlüğe girişinden sonra nasıl belirleneceği ayrıntılı olarak belirlemiştir.

Maddeye göre;

"(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dışındaki kanunlarda yer alan para cezalarından nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden değişen orana bağlı bulunan para cezaları hariç olmak üzere, kanun ve tüzüklerde gösterilmiş bulunan para cezalarından (idarî ve disiplin para cezaları dahil);¹⁸⁸

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilk kurulduğu tarihten önce yürürlüğe girmiş bulunan bütün kanun ve tüzüklerde yazılı olup da, daha sonraki tarihlerde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce miktarına dokunulmamış para cezaları yüz kırk iki bin sekiz yüz altmış katına,

b) Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul olunup da;

1. 31.12.1939 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları seksen beş bin yedi yüz on beş katına,

2. 1.1.1940 tarihinden 31.12.1945 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları elli yedi bin yüz kırk beş katına,

¹⁸⁸ Madde metninde yer alan "alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak" ibaresi, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun 12. maddesi ile madde metninden çıkarılmış olup, değişiklik gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

"Maddeyle, 5252 sayılı kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük ve uygulama şekline ilişkin 5252 sayılı kanunun 4. maddesinin birinci fıkrası metninde "alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak gösterilmiş bulunan para cezaları" ibaresine; buna karşılık 5. maddenin ikinci fıkrasında ise, "alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte," ibaresine yer verilmiş olması, para cezasının alt ve üst sınırlarının her ikisinin de gösterildiği suç tanımılarında özellikle 5. maddenin ikinci fıkrası bağlamında uygulamada bir tereddüde neden olmuştur. Bu tereddüdün giderilebilmesi amacıyla, Yürürlük Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak" ibaresi metninden çıkarılmıştır". Bkz., Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin; Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/870), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255.

3. 1.1.1946 tarihinden 31.12.1959 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları yirmi sekiz bin beş yüz yetmiş katına,

4. 1.1.1960 tarihinden 31.12.1970 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları on dört bin iki yüz seksen beş katına,

5. 1.1.1971 tarihinden 31.12.1977 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları sekiz bin beş yüz yetmiş katına,

6. 1.1.1978 tarihinden 31.12.1980 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları iki bin sekiz yüz altmış katına,

7. 1.1.1981 tarihinden 31.12.1987 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları bin dört yüz otuz katına,

8. 1.1.1988 tarihinden 31.12.1993 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları kırk dört katına,

9. 17.10.1996 tarihli ve 4199 sayılı, 21.5.1997 tarihli ve 4262 sayılı kanunlarla değişik 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu istisna olmak üzere, 1.1.1994 tarihinden 31.12.1998 tarihine kadar yürürlüğe girmiş kanunlardaki para cezaları yirmi dokuz katına,

10. 1.1.1999 tarihinden 31.12.1999 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları beş katına,

11. 1.1.2000 tarihinden 31.12.2000 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları dört katına,

12. 1.1.2001 tarihinden 31.12.2001 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları üç katına,

13. 1.1.2002 tarihinden 31.12.2002 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları iki katına,

Çıkarılmıştır”.

Maddeyle, Türk Ceza Kanunu'nun dışındaki kanunlarda yer alan para cezaları, etkinliklerini yitirmemeleri için 14.12.1998 tarihli ve 3506 sayılı, 1.8.1999 tarihli ve 4421 sayılı kanunlarla, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen ek 1, ek 2, ek 4, ek 5 ve ek 6. maddeler gözetilmek ve bu maddelerle belirlenen tarih bölümleri ve oranlar esas alınmak suretiyle günün koşullarına uygun duruma getirilmiştir.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Madde gerekçesinden. Bkz., *Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/592), TBMM. Dönem: 22, Yasa Yılı: 3 Sıra Sayısı: 675, s. 2.

B. Ağır Para Cezasının Dönüştürülmesi

04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, "Ağır para cezasının dönüştürülmesi" kenar başlıklı 5. maddesinde;

" (1) ... kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür.

(2) Bu kanunlarda Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar,¹⁹⁰ alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dört yüz elli milyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz.

(3) Ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi halinde, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirası esas alınır" hükmü yer almıştır.

Bu düzenleme gereğince, maddenin ilk fıkrasına göre, kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür.¹⁹¹ Maddenin birinci fıkrasında yer alan, "Özel ceza kanunları ile ceza

¹⁹⁰ Madde metninde yer alan "birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte," ibaresi, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun 13. maddesi ile madde metninden çıkarılmış olup, değişiklik gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir.

"Maddeyle, Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük ve uygulama şekline ilişkin 5252 sayılı kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişikliğe paralel olarak ve aynı gerekçelerle, Yürürlük Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte", ibaresi metninden çıkarılmıştır." Bkz., Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin; Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/870), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255.

¹⁹¹ "5252 sayılı yasanın 5/1. madde ve fıkrası uyarınca hükmolunan ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürülmesi ve 27.04.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanarak 01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5335 sayılı yasanın 22. maddesi ile 5083 sayılı yasanın 2. maddesine eklenen fıkra hükmü karşısında, sanığa para cezası tayin edilirken her aşamada "bir" Yeni Türk Lirası küsurunun atılması ve hükümden sonra 29.12.2004 günlü *Resmî Gazete*'de yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 122. maddesiyle 647 sayılı yasanın yürürlükten kaldırılması karşısında; kaldırılan bu yasanın 4786 sayılı yasa ile değişik 5/5. madde ve fıkrası uyarınca ödenmeyen para cezasına gecikme zammının uygulanamayacağını gözetilmesi zorunluluğu, Bozmayı gerektirdiğinden hükmün CMUK'un 321. maddesi gereğince

ıçeren" ibaresi, 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunun 1. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır.¹⁹²

5349 sayılı kanuna ilişkin Adalet Komisyonu Raporu'nda bu değişikliğin gerekçesi olarak; "Komisyonumuzca; 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenip kesin hükme bağlanmış veya henüz kesinleşmemiş olan suçlarla ilgili olarak yasal boşluk doğmaması ve madde hükmünün 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kapsamındaki suçları içerebilmesi amacıyla, kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasında geçen "özel ceza kanunları ile ceza içeren" ibaresinin madde metninden çıkarılması uygun görülmüş ve 1. madde bu yönde değişiklik yapılarak kabul edilmiştir"¹⁹³ açıklamalarına yer verilmiştir.

5252 sayılı kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında, özel ceza kanunları ile ceza hükmü içeren kanunlarda, Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar, bu kanunlarda öngörülen para cezalarından alt ve üst sınırlardan birisi veya bunlardan her ikisinin gösterilmediği durumlarda uygulamanın nasıl gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında, cezanın alt sınırı dört yüz elli milyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanır.

5252 sayılı kanunun 5. maddesine, 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunun 1. maddesi ile eklenen üçüncü fıkra gereğince, ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi halinde, 5275 sayılı kanunun 106. maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirası esas alınır hükmü yer almıştır.¹⁹⁴ Maddeye ilişkin gerekçede şu hususlar vurgulanmıştır:

ce bozulmasına, ancak bu aykırılığın CMUK'un 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, sanık hakkında 6136 sayılı yasanın 13/1. ve 765 sayılı TCK'nın 59, 647 sayılı yasanın 4. ve TCK'nın 72. madde ve fıkraları uyarınca tayin edilen sonuç ağır para cezasının 3666 Yeni Türk Lira adli para cezası olarak ifadesi ve 6183 sayılı yasanın 51. maddesindeki faiz oranının yarısının uygulanacağına ilişkin kısmın çıkarılması suretiyle hükmün istem gibi düzeltilerek onanmasına": Y. 8. C. D. T: 19.10.2006, E: 2006/4333, K: 2006/7760.

¹⁹² Söz konusu kanun 18.05.2005 tarihli ve 25819 sayılı *Resmî Gazete'de* yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹³ Söz konusu değişiklik Kanun Teklifi şeklinde TBMM'ne verilerek kanunlaştırılmıştır. Bkz., Çorum Milletvekili Muzaffer Külcü ile 3 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/442), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 898, s. 3.

¹⁹⁴ "Sanığın 28.09.2005 tarihinde işlemiş bulunduğu kasten yaralama suçundan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 86/2-3-4 ve 62 maddeleri uyarınca 5 gün adli para cezasıyla mahkûmiyetine, aynı kanunun 52 maddesine göre 1 gün karşılığı 20 YTL olarak

*“Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak para cezasında gün para cezası sistemi getirilmiştir. Getirilen bu yeni sistem nedeniyle diğer kanunlarda yer alan ağır para cezalarının uygulanma esasları 5252 sayılı kanunun 5. maddesinde düzenlenmiş ve özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen “ağır para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür. Ancak, bu şekilde ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi durumunda yapılacak işlem hususunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları gidermek amacıyla, maddeyle, söz konusu para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevirmede bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirasının esas alınacağına ilişkin hüküm getirilmiştir”.*¹⁹⁵

Böylece, 5252 sayılı kanunun 4. maddesindeki düzenleme ile 31.12.2002 tarihine kadar yürürlüğe giren kanunlardaki klâsik para cezası miktarlarının saptanmasına ilişkin artırım oranları belirlenmiştir. Bu artırım oranları sonucunda bulunan para cezası miktarları açısından da aynı kanunun 5. maddesinde asgarî ve azamî sınırlar belirlenmiştir. Buna göre, diğer kanunlarda yer alan suç tanımlarındaki para cezası miktarları, yer aldığı kanunun yürürlüğe girdiği tarih esas alınmak suretiyle 5252 sayılı kanunun 4. maddesindeki oranlar doğrultusunda artırılabilecektir. Ancak, bu artırma sonucunda bulunan rakam, 5. maddede belirtilen asgarî sınırın altında ve azamî sınırın üzerinde

tespitiyle 100 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiş olduğu, C. Savcılığı’nca para cezasının hükümlü tarafından ödenmesi için 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun’un 20. maddesinin 3. fıkrası gereğince usulüne uygun ödeme emri tebliğ edildiği halde, hükümlünün süresi içerisinde ödemediği anlaşılmıştır.

5275 sayılı kanunun 106/3. maddesi ise tebliğ olunan ödeme emri üzerine süresi içinde adli para cezasının ödenmemesi halinde C. Savcısı’nın kararıyla ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir şeklinde hüküm ihtiva etmektedir. Kanundaki bu düzenleme ile suçun işlendiği tarih gözetildiğinde, hükümlü hakkında 5252 sayılı kanunun 5349 sayılı kanunla eklenen 5. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması imkanının bulunmadığı, bu nedenle Oltu Sulh Ceza Mahkemesi’nin C. Savcısı’nın talebi üzerine verdiği karar ile bu karara karşı yapılan itiraz üzerine Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen itirazın reddine ilişkin kararda, usul ve yasaya aykırı bir yön görülmemiştir. Bu itibarla yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteğinin *Reddine*, karar verildi”: Y. 2. C. D. T: 29.06.2006, E: 2006/6109, 2006/12757. Yazılı emre konu bu karar ile hükümlünün gün para cezası miktarı kadar hapis yatması gerektiğine karar verilmiştir.

Ancak, “01.06.2005 tarihinden önce işlenmiş suçlarda 5237 sayılı TCK uygulanarak gün para cezası tayin edilmiş olsa bile, verilen para cezasının 100 YTL üzerinden hapse çevrilmesi gerekmektedir”: Bkz., 2. C. D. T: 06.06.2006, E: 2006/2735, K: 2006/11448. Söz konusu kararlar ve açıklamalar için bkz., <http://www.adalet.org/ckarar.php>.

¹⁹⁵ TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 898, s. 1.

olamayacaktır. Bu nedenle, 4. maddeye göre yapılan artırma sonucunda bulunan rakam 5. maddedeki asgarî sınırın altında ise, asgarî sınırı gösteren miktara tamamlanacaktır. Yine, tespit edilen miktar 5. maddedeki azamî sınırın üzerinde ise, bu sınırı oluşturan miktara indirilecektir.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Özgenç, s. 673.

“5237 Sayılı TCK’nın 7/2. maddesi gereğince, kesinleşmiş olan hükmün yeniden ele alınması ve lehe olan yasanın belirlenip uygulanmasında izlenecek yolu gösteren iki yasa vardır. Biri, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne şekilde hüküm kurulacağına ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin hükümleri kapsadığını belirten (m. 2) ve “1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu’nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.” (m. 9/1) şeklinde bir düzenlemeye yer veren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’dur. Diğeri ise, “Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlünün lehine olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir.” şeklinde bir düzenlemeye yer veren (m. 98/1), bu kararın duruşma yapılmaksızın verileceğini ve itiraz yoluna tabi olduğunu belirten (m. 101) ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun’dur.

Görüldüğü gibi, ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra kesinleşmiş mahkûmiyetler hakkında uygulanabilecek olan 5275 sayılı yasa karşısında özel bir yasa olan ve öncelikle uygulanması gereken 5252 sayılı yasaya göre, kararların duruşma yapılarak verilmesi asıl, takdire bağlı olarak duruşma yapılmaksızın verilmesi istisnadır. Asıl olanı, mahkeme kararlarının duruşma yapılarak verilmesidir (CMUK m. 253, CMK. m. 223). Ancak yasa koyucu, bazı hallerde, örneğin, 5252 sayılı yasa da olduğu gibi, duruşma yapılmasını takdire bağlı kıldığı halde; bazı hallerde de, örneğin, 5275 sayılı yasada, CMUK m. 302’de ve CMK m. 271/1’de olduğu gibi, duruşma yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Beraat, mahkûmiyet, davanın reddi, davanın düşmesi, muhakemenin durması, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararları hüküm sayılmaktadır. (CMUK m/253, CMK m/223). Genel Kural, ceza mahkemelerinden verilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabileceği şeklindedir (CMUK m. 305). Ancak, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için yasanın bunu açıkça belirtmesi gerekir (CMUK m. 298, CMK m. 267). 5275 sayılı yasanın aksine, 5252 sayılı yasada, bu yasaya göre verilecek kararlara karşı itiraz yoluna gidilebileceğini belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Kabul edilebilir bir başvuru var ise, yasa yolunun veya merciin belirlenmesindeki yapılaşma, başvuranın haklarını ortadan kaldıramayacağı (CMK m. 264) gibi; duruşma yapılarak verilmesi gereken bir kararın duruşmasız ya da duruşma yapılmaksızın verilmesi gereken bir kararın duruşma yapılarak verilmiş olması da o kararın tabi olduğu yasa yolunu değiştiremez.

5252 sayılı yasaya göre karar verilirken, derhal karar verilmesi, başka bir anlamla, herhangi bir inceleme, araştırma, kanıt tartışması ve takdir hakkının kullanılması gerekmeden lehe olan yasanın belirlenmesi mümkün ise, duruşma yapılarak ya da duruşma yapılmaksızın; aksi halde, duruşma yapılarak karar verilebilir.”: Y.

C. Hafif Para Cezasının Dönüştürülmesi

Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Hafif hapis ve hafif para cezalarının idarî para cezasına dönüştürülmesi" kenar başlıklı 7. maddesinde;¹⁹⁷

"(1) Kanunlarda, "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idarî para cezasına dönüştürülmüştür. İdarî para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükümleri uygulanır. İlgili kanunda "hafif hapis" cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idarî para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırı, yedi yüz otuz dur.

(2) Kanunlarda, "hafif hapis cezası" ile "hafif para cezası"nın seçimlik olarak veya birlikte öngörüldüğü hâllerde, idarî para cezası yaptırımının belirlenmesinde "hafif hapis cezası" esas alınır.

(3) Kanunlarda, sadece "hafif para cezası"nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hâllerde, idarî para cezası, yüz yirmi milyon Türk Lirasından az, on sekiz milyar Türk Lirasından fazla olamaz.

(4) Bu madde hükmüne göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet Savcısı yetkilidir" hükmüne yer verilmiştir.

Kanunun gerekçesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Yeni Türk Ceza Kanunu'nun kabul ettiği gün para cezası sistemi nedeniyle, 5252 sayılı kanunun 7. maddesiyle, özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki "hafif hapis" cezaları "hapis" cezasına, "hafif para" cezaları ise "adlî para" cezasına dönüştürülmüştür. Ancak, 5326 sayılı kanunla kabahatler konusunda getirilen yeni sistemin, diğer kanunlardaki "hafif hapis cezası" veya "hafif para cezası" içeren hükümlere uygulanmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Bu düşünceden hareketle, maddeyle, 5252 sayılı kanunun 7. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, söz konusu cezaların idarî para cezasına dönüştürülmesi ve bunun uygulanması hususu düzenlenmiştir".

Şu hâlde, 5252 sayılı kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasında, kanunlarda "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımların, "idarî para cezasına" dönüştürüldükleri ifade edilmiştir.¹⁹⁸ Ayrıca kanunun üçün-

1. C. D. T: 20.11.2006, E: 2006/3498, K: 2006/5006.

¹⁹⁷ Söz konusu madde, başlığı ile birlikte 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunun 3. maddesi ile değiştirilmiştir. 18.05.2005 tarihli ve 25819 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁸ "Kumar oynatmak suçundan sanıklar V. D. ve Y. K'nin yapılan yargulamaları sonucunda, 5252 sayılı kanunun 7. maddesi ile "Kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların idarî para cezasına dönüştürüldüğü"

cü fıkrasında; kanunlarda, sadece “hafif para cezası”nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği durumlarda, idarî para cezası, yüz yirmi milyon Türk Lirasından az, on sekiz milyar Türk Lirasından fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Avcı, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB, İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Yaptırım Hukuku*, Ankara 2003.
- Bayraktar, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, İstanbul 2005.
- Çınar, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Ankara 2005.
- Çolak, Halûk, *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.
- Erem, Faruk, *Ceza Hukuku*, C. II, 12. Baskı, Ankara 1985.
- Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku, Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi*, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi, Ankara 2003.
- Erdem, Mustafa Ruhan, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, 24-25.11.2000, Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara 2001, s. 192-213.
- Denizhan, Hüseyin, “Adli Para Cezaları”, *AD. Yıl: 97*, Mayıs 2006, S. 25

gözetilerek, kumar oynatmak suçundan sanıkların eylemine uyan ve lehe olduğu kabul edilen 765 sayılı TCK’nın 567/1 maddesi uyarınca hafif hapis ve hafif para cezalarına hükmedilmesi, hükmolunan hafif para cezasının 647 sayılı kanunun 4. maddesi uyarınca paraya çevrilip doğrudan hükmedilen hafif para cezası ile içtima ettirildikten sonra sonuç cezanın idarî para cezasına dönüştürülmesi gerekirken... bozulmasına”: Y. 2. C. D. T: 09.10.2006, E: 2006 / 7327, K: 2006 / 16282.

Donay, Süheyl, "Genel Olarak Para Cezası (Toplum ve Ceza)", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977.

Donay, Süheyl, *Para Cezaları (Para Cezaları)*, İstanbul 1972.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, İstanbul 1997.

Kaban, Mater/ Aşaner, Halim/ Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (Eylül 2001-Temmuz 2004), (2001-2004), Ankara 2004.

Kaban, Mater/ Aşaner, Halim/ Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (Eylül 1996-Temmuz 2001), (1996-2001), Ankara 2001.

Karagülmez, Ali, *Gün Para Cezası Sistemi (Gün Para)*, Ankara 2005.

Karagülmez, Ali, *Suç Olmaktan Çıkarma, İdarî Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu (İdarî Para)*, Ankara 2005.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkında Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB İkinci Kitap, 1. Baskı, Ankara 2004

Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Genel Hükümler*, C.1, 2.Baskı, Ankara 2005.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2006.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara, 2005.

Yılmaz, Zekeriya, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Ankara 2005.

Yücel, Mustafa Tören, "TCK Tasarısı Hakkında Notlar", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, TBB, İkinci Kitap, 1. Baskı, 2004.

İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA EHLİYETİ

Mehmet Altundiş *

Kamu gücü kullanarak, bireylerin iradelerine ihtiyaç duymaksızın, onların hukuksal statülerinde değişiklik yapma yetkisine sahip İdarenin, geniş anlamda devletin; yaptığı tüm işlem ve eylemlerin yargısal yolla denetlenmesi modern tüm demokrasilerde kabul edilen bir kuraldır.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesinin en büyük şartı ve müeyyidesi olan idarenin yargısal yolla denetlenmesi¹ 19. yüzyılda, Almanya'da hukuk devleti uğrunda yapılan mücadelenin başlıca hedeflerinden olmuştur. Hukuk devleti kavramı, varlığını idare hukukunun doğuşuna ve gelişimine borçludur.² Kendisini hukuka bağlı sayan idarenin, işlem ve eylemlerinin yargısal yolla denetlenmesi, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; *"Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi de idarenin yargısal yolla denetimidir."* demektedir.³

İdarenin, yargısal denetim mekanizması dışında var olan denetim araçlarıyla denetlenmesi, birey-devlet ilişkilerinde *"uzlaşma"* değil, *"didişme"* esasının kabul edildiği ülkelerde işlerliği olmayan denetim yollarıdır. Bu nedenle, idarenin asıl denetimi, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılacak olan, yargısal denetimdir. Bu denetimi harekete geçirmek demokratik kültürün ve bilincin yerleşmesinde de

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu

¹ Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukuku'nun Umumî Esasları*, 3. Baskı, C. II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 230.

² Azrak, Ülkü, *Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay*, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara-1993, s. 11

³ AYMK, E.1990/40, K.1991/33, RG, 7.2.1992, S. 21135.

önemli bir yere sahiptir.⁴ Esasında insan haklarına saygılı bir idareden beklenen, ilgilisinin başvurusu üzerine, hukuka aykırılığını tespit ettiği işlemleri geri almak, değiştirmek veya düzeltmektir. Maalesef, idare ancak yargısal denetim sonucunda mahkemenin vereceği iptal kararı sonunda yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğuna ikna olur.⁵ Bu nedenle, yargısal denetim yoluna başvurmadan, soruna idari yollardan çözüm aramak, hak ihlaline uğrayan bireye, zaman kaybettirmesinin yanında, açacağı davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi sonucunu dahi doğurabilir.

Bu çalışmada öncelikle TC 1982 Anayasası ve onun getirmiş olduğu idari yargı sisteminin temel özelliklerine yer verilecek, daha sonra idarenin yargısal yolla denetimini harekete geçirebilecek davacıların, çeşitli menfaat gruplarının, idari dava türlerinden olan iptal davasını açarken ne tür bir ehliyete sahip olmaları gerektiği ele alınacak ve konuya ilişkin mahkeme kararlarına yer verilecektir.

1. İdari Yargı Denetiminde Uygulanan Sistemler

Bugün anayasal demokrasilerde idarenin yargısal denetimi kabul görmüş durumdadır. Ancak, her ülkenin benimsemiş olduğu yargısal denetim sistemi ve modeli birbirinden farklıdır. Bu farklılığın tarihsel kökeni olabileceği gibi, uzmanlaşma, işbölümü gibi teknik nedenler de olabilir.

⁴ "...katılımcılığı bir görev olarak duyumsayan yurttaşlar, hem görülmekte olan bir dava dolayısıyla kendilerine uygulanabilecek olan demokrasi dışı yasalara karşı her fırsatta anayasaya aykırılık itirazında bulunmalı; hem de devletin kendilerine dayatmaya kalktığı baskıcı karar ve uygulamaları durdurmak ve iptal ettirmek için, yine her fırsatta idare mahkemelerine başvurmalıdırlar. Yargı işlevine bu tür bir katılımcılıkla sağlanacak demokratik kazancı küçümsemek olanaksızdır...". Bkz., Eroğul Cem, Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, Ankara 1991, s. 141.

⁵ "...İdare, hasta ruhlu ve insanlıktan uzak bir varlıktır. Dostluk yoluyla varılabilecek çözümleri reddeder. Didişme konusunda o denli açgözlüdür ki, idare mahkemeleri işten başlarını alamazlar. Yargı yerleri kendisini haksız çıkardığında da, genellikle bu kararları uygulamaktan kaçır. İdari uyumsuzlukların o kadar eski bir tarihi vardır ki, bundan bir zevk mi alıyor diye sorulabilir. Müsaadeye dayanan gücü, sanki en görkemli noktasına, kendisinden isteneni geri çevirdiği zaman ulaşıyor sanılır. Biraz daha cana yakın olamaz mı diye düşünmez bile çünkü böyle bir olasılık onu kahreder". Yazarın eşanlamlı gözüken buna karşılık zıt sözcükleri ustaca kullanarak çok güzel bir Fransızca ile yazmış olduğu bu gözlemden biraz zalim davrandığı düşünülse bile, aslında bu sözlerde büyük bir gerçek payı vardır...". Bkz., Özyay İlhan, *Günışığında Yönetim*, İstanbul 1996, s. 307.

İdarenin yargısal yolla denetiminde belli başlı iki sistem kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada gibi Anglo-Amerikan ve Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan “*yargı birliği*” sistemidir.⁶ Bu sistemde, idarenin yargısal yolla denetiminde görevli mahkemeler, “*adliye mahkemeleridir*”. İdareyi denetleyen ayrıca örgütlenmiş idare mahkemeleri bulunmamaktadır. Bu sistemde, adli ve idari yargı bir bütün teşkil etmektedir. İdarenin yargısal denetiminde kabul edilen ikinci sistem ise, başta Fransa olmak üzere pek çok Kıta Avrupası ülkesinde uygulanan “*idari yargı sistemi*”dir. Bu sistemde, yargı birliği sisteminden farklı olarak idarenin yargısal denetimi için kurulmuş ve adliye mahkemelerinden ayrı bir biçimde teşkilatlanmış idari mahkemeler bulunmaktadır. İdari yargı sistemini benimsemiş ülkelerde, idarenin yargısal denetimini sağlamakla görevli mahkemelerin uyguladığı usul ve kurallar, adliye mahkemelerinin uyguladığı usul ve kurallardan farklıdır.

İdari yargı sistemini benimsemiş olan ülkelerde, idarenin yargısal yolla denetlenmesinde görevli olan mercilerin, kuruluşları ve görevleri yönünden çeşitli tasniflere ayrıldığı görülmektedir.

1. A. Kuruluş Yönünden Farklılıklar

a. Danıştay Biçiminde Örgütlenme

Danıştay biçiminde örgütlenmiş ülkelerde, idarenin yargısal denetiminde, kurulmuş ve örgütlenmiş en yüksek mahkeme “*Danıştay*” adı verilen bir mahkemedir. Danıştay’ın, yüksek mahkeme olarak, yargısal fonksiyonun yanı sıra, tamamen idari nitelikte görevleri de bulunmaktadır. Başta Fransa olmak üzere, Belçika, Yunanistan ve İspanya’da idari yargı sistemi Danıştay biçiminde örgütlenmiştir.

b. Mahkeme Biçiminde Örgütlenme

Mahkeme tipi örgütlenmeye giden ülkelerde, idarenin yargısal denetimiyle görevli kılınan ve “*Yüksek İdare Mahkemesi*” adı verilen mahkemeler bulunmaktadır. Bu örgütlenmeye giden ülkelerin başında Almanya gelmektedir⁷.

⁶ Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 17. Baskı, Ankara 2003, s. 3.

⁷ Gözübüyük, s. 10.

1. B. Görevleri Yönünden Farklılıklar

a. Geniş Görevli İdari Yargı Mercileri

İdarenin, idare hukukundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarında genel görevli kılınan, yargı mercileri “geniş görevlidir”. Geniş görevli idari yargı mercileri, idareyi ilgilendiren tüm uyuşmazlıkları kararı bağlar.

b. Dar Görevli İdari Yargı Mercileri:

İdari yargının görev alanın dar tutulduğu Belçika, İtalya gibi ülkelerde idari mahkemelerinin görevi, sadece idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle sınırlıdır⁸. Bu sistemde, idarenin mali sorumluluğunu gerektiren davalar (tam yargı davaları), idari yargı mercilerinde değil, adliye mahkemelerinde görülür ve karara bağlanır.

2. Türk İdari Yargı Sistemi ve Temel Özellikleri

Türk idari yargısını “idari yargı sistemi” olarak ele alıp, incelemeye başlamak 1961 Anayasası’yla mümkün olabilmiştir. 1961 Anayasası’nın hazırlanması evresinde İstanbul tasarısı olarak bilinen Anayasa tasarısında, “mahkeme tipi örgütlenme” önerilmiş, fakat bu öneri kabul görmemiştir.

1961 Anayasası, idari yargı sistemini, kuruluş yönünden “Danıştay tipi örgütlenme” biçiminde düzenlenmişken, görev yönünden benimseydiği model, “Geniş görevli idari yargı sistemi”dir.

1982 Anayasası dönemine gelindiğinde, Milli Güvenlik Konseyi tarafından bugünkü idari yargı sisteminin üç temel yasal düzenlenmesi yapılmıştır. Bunlar 2575 sayılı Danıştay Kanunu (Da. K),⁹ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemeleri Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (BİİVMHK)¹⁰ ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun’dur (İYUK).¹¹

⁸ A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 786.

⁹ RG, 20.1.1982, S. 17580.

¹⁰ RG, 20.1.1982, S. 17580.

¹¹ RG, 20.1.1982, S. 17580.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, idari yargı alanında yeniden bir örgütlenmeye gidilmiştir. Buna göre, idare ve vergi mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri bünyesinden ayrılarak, müstakil yargı mercileri haline getirilmiş ve idare mahkemeleri genel görevli idari yargı mercileri olarak kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesi olarak görev yapan idare ve vergi mahkemelerinin temyiz merci olarak da Danıştay hem temyiz mahkemesi hem de belli bazı davalara bakan ilk derecede görevli bir mahkeme haline getirilmiştir (AY m. 155). İdare ve vergi mahkemelerinin bazı kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış, bunun yerine itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemelerine başvurma kuralı öngörülmüştür (İYUK m. 45).

Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan Türk idari yargı sisteminin genel özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:

a. 1982 Anayasası'nın öngördüğü idari yargı sistemi, kuruluş yönünden hem "Danıştay tipi örgütlenmeyi" hem de, "Mahkeme tipi örgütlenmeyi" içermektedir. Zira ilk derece mahkemesi olarak görev yapan idare ve vergi mahkemeleri yanı sıra, belli bazı davaları ilk derece mahkemesi sıfatıyla inceleyen Danıştay, aynı zamanda temyiz mahkemesidir. Bunun yanı sıra Danıştay'ın salt idari görevleri de bulunmaktadır (Da. K. m. 23/c).

b. Türk idari yargı sistemi, kaynağını doğrudan 1982 Anayasası'ndan almaktadır (AY m. 155). Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası'nda, adli ve idari yargı sistemi olarak iki yargı düzeninin varlığını açıkça kabul etmektedir.¹²

c. Türk idari yargı sisteminde, idari yargı mercilerinin görev alanı geniş tutulmuştur. Açık bir yasal düzenleme bulunmadıkça, idari bir uyumsuzluk adli yargı mercilerince çözüme kavuşturulamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre; "Yasama Organı, ancak haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde, idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğu adli yargının görev alanına dâhil edebilir".¹³

d. Türk idari yargı sistemi, sivil idari yargı-askeri idari yargı şeklinde parçalanmış bir görünüm arz etmektedir. Askeri makamlarca tesis edilmiş olmasa bile, askeri kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde görevli mahkeme Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir (AY m. 157).

¹² AYMK, E.2003/72, K.2004/24, RG, 29.7.2004, S. 25537.

¹³ AYMK, E.1989/29, K.1990/19. Karar için bkz., <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTAL/ITIRAZ/K1990-19.htm>. (Erişim Tarihi: 05.06.2006).

3. Ehliyet Kavramı

Ehliyet, genel olarak hukukta, bir hukuk süjesinin haklara sahip olması, haklarını kullanması, vazife, mükellefiyet ve mesuliyetler yüklenebilmesi hali olarak tanımlanmaktadır¹⁴ Bu tanım, hem “hak ehliyeti” hem de “fiil ehliyeti” tanımını içermektedir. Hak ehliyeti, hak ve borçlara sahip olabilmek iktidarındır. Fiil ehliyeti ise, kişinin kendi davranışlarıyla kendi lehine haklar kazanma veya borçlar yaratabilme ehliyetidir.

Yargılama hukuklarında, “ehliyet” denilince, bundan iki husus anlaşılmaktadır. Birincisi bir davada, davacı veya davalı olabilme yeteneğini; yani “*taraf ehliyetini*”, ikincisi bir davayı, davacı veya davalı olarak bizzat veya vekil aracılığıyla takip edebilme, dava için gerekli usul işlemlerini yapabilmek yeteneğini, yani “*dava ehliyetini*”. Bu açıdan bakıldığında, taraf ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetinin medeni usul hukukundaki büründüğü şekildedir. Dava ehliyeti ise, medeni hakları kullanma ehliyetinin, medeni usul hukukundaki büründüğü şekildedir.¹⁵

Medeni usul hukukunda, ehliyet konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 38’deki atıf uyarınca, Türk Medeni Kanunu’na (TMK) göre tespit olunur (TMK 8 vd). 2577 s. İYUK 31. maddesi ise, ehliyet konusunda, HUMK’a yollamada bulunmaktadır. Bu yollamanın, HUMK’un taraf ve dava ehliyeti konusundaki hükümlerinden, sadece davacı ile ilgili kısımlarına yapıldığını kabul etmek gerekmektedir.¹⁶

a. Davacı Olabilme Ehliyeti

İdari yargıda kimlerin davacı olabileceği sorusuna, 2577 s. İYUK m. 31’deki atıf nedeniyle, HUMK’a göre cevap aranmaktadır. HUMK’un ehliyetle ilişkin 38. maddesi ise, ehliyet konusunda TMK’ya atıf yapmaktadır. TMK 8 vd. incelendiğinde ise, hak ehliyetine sahip her gerçek ve tüzelkişinin, idari yargıda davacı olabileceğini kolaylıkla söyleyebiliriz.

¹⁴ Çelikkol Hüseyin, *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, AD, S. 3, 1985, s. 750.

¹⁵ Kuru Baki/ Yılmaz Ejder/ Arslan Ramazan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2003, s. 275.

¹⁶ Çelikkol, s. 750.

aa. Gerçek Kişilerin Davacı Olabilme Ehliyeti

Gerçek kişilerde, kişilik çocuğun sağ olarak doğduğu anda başlar. Bu andan, ölüm anına kadar, kişi davacı olma ehliyetine sahiptir. Hatta cenin, sağ ve tam doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü anda, davacı olma ehliyetini kazanır.

Gerçek kişilerde, kişilik ölümle son bulur. Bu nedenle, ölmüş kişi adına dava açılmaz, dava açılmış olması halinde, dava ehliyet yönünden reddedilir. Kişi, dava açarken sağ olmasına karşın, davanın devam ettiği süreçte, ölürse nasıl bir yol izleneceği İYUK m. 26’da düzenlenmiştir. İYUK m. 26’ya göre; Yalnız öleni ilgilendiren davalar, davacının ölümü ile konusuz kalacağından, bu davalara ait dilekçeler iptal edilir. Davacının ölümüyle birlikte, konusuz kalan davalar, özellikle mirasçılara intikali elverişli olmayan hakları ilgilendiren davalardır. Özellikle, davacının şahsıyla doğrudan doğruya ilişkili olan davalar bu niteliktedir. Danıştay’ın, “yalnız öleni” ilgilendiren davalar konusunda verdiği eski tarihli kararlar incelendiğinde, “yalnız öleni ilgilendiren davalar” kavramını dar yorumlama eğiliminde olduğunu görülecektir. Örneğin Danıştay 10. Dairesi’ne göre; “Vatandaşlığın kaybettirilmesi işlemiyle doğrudan menfaat ilişkisi bulunan hakkında, işlem tesis edilen kişinin dava açma konusunda herhangi bir iradesi bulunmadığı halde, doğrudan menfaati olmayan eşinin, kardeşinin veya yakınının söz konusu karar hakkında dava açma ehliyeti bulunmamaktadır”.¹⁷ Aynı şekilde Danıştay 5. Dairesi’ne göre de; “Bir kamu kurumunda bekçi olarak çalışmakta iken, görevine son verilen kimsenin açtığı iptal davasında, davacının ölmesi üzerine, dava yalnız öleni ilgilendirdiğinden dolayı, dava dilekçesi iptal edilmelidir”.¹⁸

Danıştay’ın, yalnız öleni ilgilendiren davalar kavramını, bu denli dar yorumlaması, ölen kişinin mirasçılara yapılan haksızlıktır. Çünkü ölen kişinin, örneğin bir memurun, memuriyetten çıkarma işlemi aleyhine açtığı iptal davasının mahkemece kabul edilmesi halinde, memura yolsun kaldığı mali hakların idarece tazmin yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Bu mali hakların, sadece ölen kişinin şahsıyla ilgili olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

¹⁷ Da. 10. D. E.1986/1906, K.1987/769. Karar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/DanistayBilgiBankasi> (Erişim Tarihi: 10.06.2006)

¹⁸ Da. 5. D. E.1964/1740, K.1965/110. Karar için bkz., GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 849.

ab. Tüzelkişilerin Davacı Olabilme Ehliyeti

Tüzelkişiler, kanunun öngördüğü kurallara göre kuruldukları anda, yani hak ehliyetlerini kazandıklarında davacı olma ehliyetini kazanırlar. Bu bakımdan tüzelkişiliğin kazanılma anının belirlenmesi, tüzelkişilerin davacı olma ehliyetleriyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle, davanın açıldığı tarihte tüzelkişiliğe sahip bir kuruluşun, davanın devamı sırasında tüzelkişiliğini devam ettirip ettirmediği, idari yargı mercilerince, davanın her aşamasında göz önüne alınır.¹⁹ Dava devam ederken, tüzelkişiliği sona ermiş olan bir derneğin açtığı davayı Danıştay 8. Dairesi, ehliyet yönünden reddetmiştir.²⁰ Tüzelkişiliği sona ermiş olan bir tüzelkişi, o andan itibaren dava açma ehliyetini yitirir.²¹

Tüzelkişiliğin bir idari işlemle sona erdirilmiş olması halinde, bu işlem aleyhine açılan davanın, ehliyet yönünden reddedilmeyerek işin esasının incelenmesi gerekmektedir. Aksi halde, tüzelkişiliği hukuka aykırı bir işlemle sona eren tüzelkişinin, söz konusu karar aleyhine yargısal denetim mekanizmasını harekete geçirme hakkı ortadan kaldırılmış olur. Bu durum AY m. 36'da güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetinin, idari yoldan ihlali olarak da nitelendirilebilir. Danıştay 12. Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararında; *"Cizvit Rahipleri Müessesesi tarafından, Dışişleri Bakanlığı'na yapılan ve tüzelkişiliğin bulunup bulunmadığı yönündeki bir başvurunun, Bakanlıkça tüzelkişilik olmadığı yönündeki işlemin iptali istemiyle açtığı davada, davacı Cizvit Rahipler Müessesesinin, dava açmaya ehil olduğu yolunda bir vesika ibraz etmeksizin, müesseseyi temsil yetkisi olup olmadığı tespit edilemeyen başrahibin vermiş olduğu vekâletnameye müsteniden iki avukat vasıtasıyla açılan dava, ehliyet yönünden reddedilmiştir"*.²²

Danıştay 10. Dairesi de, Enerji, Yol, Yapı, Altyapı, Tapu Kadastro, Kamu Emekçileri Sendikası tarafından açılan bir davada, davacı sendikanın tüzelkişiliği ve hak ehliyeti olduğunu kabul etmiş, ancak sendikanın 4688 sayılı kanuna göre, kendisini uyarlamaması nedeniy-

¹⁹ "...Bu hukuki durum karşısında; feshedilmekle tüzelkişiliği sona eren şirketin medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyeti de son bulacağından, münfesh tüzelkişiliğin gerek yargı mercilerinde, gerekse diğer resmi merciler önünde temsil edilebileceğinden bahsetmek olanaklı değildir. Dolayısıyla, tasfiyesi tamamlanıp ticaret sicilden silinmek suretiyle hukuk âlemindeki varlığı sona eren şirketin, temyiz dahil yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olma ehliyeti de bulunmamaktadır...". Bkz., Da. 7 D. E.2000/7111, K.2003/23, DKD, S. 1, 2003, s. 289; Aynı yönde bkz. Da. 10. D. E.2000/6026, K.2003/5391, DKD, S. 5, 2004, s. 263.

²⁰ Da. 8. D. E.1961/3878. Karar için bkz. Gözübüyük, s. 363.

²¹ Da. 10. D. E.2000/6026, K.2003/5391, DKD, S. 5, 2004, s. 263.

²² Da. 12. D. E.1966/1167, K.1966/2310. Karar için bkz., Gözübüyük/Tan, s. 819.

le, fiil ehliyeti bulunmadığından, davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Davanın temyiz incelemesini yapan, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da (DİDDGK) Danıştay 10. Daire kararını onamıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na göre "... Anayasa'nın 53. maddesine 4121 sayılı kanunun 4. maddesiyle eklenen fıkra ile kamu görevlilerinin ancak kanunla kurulmalarına cevaz verilecek sendikaların, üyeleri adına yargı mercilerine başvurusu, idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilmesi esası getirilmiş olup, Anayasada öngörülen Kanun henüz çıkmadığı dönemde kurulan kamu görevlileri sendikalarının tüzelkişiliği ve dava açma ehliyeti Anayasa'da yapılan değişiklik gereğince, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş, devamında kamu görevlileri sendikalarının kuruluş, usul ve esaslarını belirlemek amacıyla 12.7.2001 günlü 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu çıkarılmış, kanunun 5. maddesinde sendikaların kurulabilecekleri hizmet kolları düzenlenmiş, geçici 6. maddesinde ise, kanunun yayımı tarihinde faaliyette bulunan kamu görevlileri kuruluşlarının kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 8 ay içinde kanuna uygun olarak, yeni tüzelkişiliklerini düzenlemişse ve ilk genel kurullarını yapmamış olmaları halinde bu kanunda tanımlanan sendikaların hak ve yetkilerini kullanmayacaklarını öngörmüştür. Davacı sendika, 4688 sayılı kanunun geçici 6. maddesinde öngörülen şartları yerine getirmeyerek kendisini kanuna uyarlamaması nedeniyle Anayasa'nın öngördüğü kanun olan 4688 sayılı kanunun 'cevaz verdiği' kamu görevlileri sendikası niteliğinde olmadığına göre, yine Anayasa hükmü gereği üyeleri adına yargı mercilerine başvurma ve idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı sendikanın dava açma ehliyeti bulunmamaktadır..."²³

b. Dava Açma Ehliyeti

Dava açma ehliyeti, davacı olabilme ehliyetinden farklı olarak, davayı bizzat veya vekil vasıtasıyla açma ve takip etme ehliyetine verilen isimdir. İdari yargıda, dava açma ehliyetine sahip olabilmek için bir yandan HUMK ve TMK'nın aradığı şartları taşımak, bir yandan da idari yargıda var olan dava türlerine göre aranan diğer şartları taşımak gerekmektedir. Bu anlamda, birinci manada ehliyete "objektif ehliyet", ikinci manada ehliyete "sübjektif ehliyet" denilmektedir.²⁴

Objektif ehliyet, HUMK m. 38'deki atf dolayısıyla, TMK hükümlerine göre tespit edilmektedir. TMK m. 9'a göre; "Fiil ehliyetine sahip olan

²³ DİDDK, E.2004/2320, K.2004/1949, DD, S. 110, 2005, s. 69.

²⁴ Çelikkol, s. 752.

kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzelkişi dava açma ehliyetine sahiptir.

ba. Gerçek Kişilerde Objektif Dava Açma Ehliyeti

Gerçek kişilerde dava açma ehliyetini, fiil ehliyetinde olduğu gibi üç kısımda incelemek gerekmektedir.

bb. Fiil Ehliyeti Tam Olan Kişilerin Objektif Dava Açma Ehliyeti

Fiil ehliyetinin unsurlarından; ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin objektif dava açma ehliyeti tamdır.

bc. Fiil Ehliyeti Sınırlı Olan Kişilerin Objektif Dava Açma Ehliyeti

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kural olarak dava açma ehliyetleri yoktur. Bunlar adına yasal temsilcileri tarafından dava açılır. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasıyla ilgili olan davaları tek başlarına açabilecekleri kabul edilmektedir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklar olarak, kişinin resim, beden ve manevi dünyası üzerindeki haklarını sayabiliriz. İdari yargıda, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasıyla ilgili olarak, "öğrenim hakkı" veya "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı"nın bu bağlamda düşünülmesi gerekir.

Ayrıca kendisine vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatla uğraşmak için izin verilen vesayet altındaki kimsenin, dava açma ehliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle, vesayet altında bulunan bu kimselerin, uğraştıkları bir faaliyetin idari izninin kaldırılması veya iptal edilmesi halinde, tek başlarına idari yargıda dava açabilme ehliyetleri bulunmaktadır.

bd. Fiil Ehliyeti Olmayan Kişilerin Objektif Dava Açma Ehliyeti

Ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiil ehliyetleri yoktur. Bu kişiler ancak yasal temsilcileri vasıtasıyla dava açabilirler.

be. Tüzel kişilerin Objektif Dava Açma Ehliyeti

Tüzelkişilerde, fiil ehliyetine sahip oldukları anda, yani yetkili organlarını oluşturdukları anda dava açma ehliyetine sahip olurlar.

Tüzelkişiliği bulunmayan adi ortaklığın bu anlamda, dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.²⁵ Ancak adi ortaklığın ortaklarından olan birinin, menfaatini etkileyen kararlar için tek başına dava açma ehliyeti bulunmaktadır.²⁶

4. İdari Yargıda Dava Türleri

İdari yargı sistemimizde var olan davalar, 2577 s. İYUK m. 2’de tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre idari dava türleri şunlardır;

a. İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b. İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c. Tahkim yolu öngörülme-yen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

Yukarıda sayılan davalar dışında, bir dava çeşidi idari yargı mevzuatımızda bulunmamaktadır.²⁷ 521 s. eski Danıştay Kanunu’nda yer alan “*yorum davası*” ve “*temyiz davası*”, 2577 s. İYUK’da öngörülmemiştir. Bu nedenle, idari yargı sistemimizde, “*tespit*” veya “*yorum*” davası adı altında dava türleri bulunmamaktadır.²⁸

Doktrinde, idari sözleşmelerin hiçbir zaman iptal davasına konu teşkil etmeyeceği iddia edilmektedir. Bu görüşe göre, hiçbir zaman yalnız menfaati ihlal edilenler, hukuka aykırılığı önlemek amacıyla da olsa, idari sözleşmelerin feshini ya da idari bir işlemmiş gibi, ida-

²⁵ Da. 7. D. E.2005/1018, K.2005/1227, DD, S. 111, 2006 s. 223; Aynı yönde bkz., Da. 7. D. E.2001/4997, K.2003/555, DKD, S. 2, 2003, s. 252.

²⁶ Da. 10. D. E.2003/3379, K.2003/4036, DKD, S. 3, 2004, s. 286.

²⁷ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, Bursa 2003, s. 901. Buna karşılık, “yok hükmünde” olan işlemlere karşı, tespit davası açılabileceği de savunulmaktadır. Bkz., Gözübüyük/Tan, s. 298, Metin Günday, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 151.

²⁸ Da. 13. D. E.2005/208, K.2005/1561, DD, S. 110, 2005, s. 403.

ri sözleşmelerin iptalini isteyemezler.²⁹ Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira idari sözleşme nedeniyle, menfaati ihlal edilen kişiler, sözleşmenin belirli maddelerinin iptali için iptal davası açabilecekleri gibi, şartları olduğu takdirde, tam yargı davası da açabilirler.

5. İdari Yargıda Sübjektif Dava Açma Ehliyeti

İdari yargıda sübjektif dava açma ehliyeti, iptal davalarında aranan “*menfaat ihlali*” şartını ifade etmektedir. Öncelikle, idari yargıda önemi büyük olan iptal davalarının genel özellikleri ele alınacak sonra bu davayı açmada aranan “*menfaat ihlali*” kriteri açıklanmaya çalışılacaktır.

a. İptal Davalarının Genel Nitelikleri

İptal davası, idarenin hukuka aykırı işleminin, idari yargı mercilerince iptal edilmesini sağlayan bir idari dava türüdür. İptal davasının genel nitelikleri şunlardır;

1. İptal davası, idarenin yargısal yolla denetlenmesinde kullanılan en etkili silahtır. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir ülkede, iptal davası açma yönünde getirilen sınırlamalar, hukuk devleti ilkesini zedeler.

2. İptal davası, idarenin hukuka aykırı olduğuna inanılan işlemleri aleyhine açılabilir. Bir idari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biriyle hukuka aykırı olduğu hallerde işlem iptal davasına konu teşkil edebilir.

3. İptal davasının konusunu her idari işlem değil, ancak icraî işlemler oluşturur. Yani ilgisinin hukuksal statüsünde değişiklik getirmeyen idari işlemler, iptal davasının konusunu oluşturmazlar.

4. İptal davası, objektif niteliği ağır basan bir davadır. Bu nitelik iptal davasını, diğer davalardan ayırır. Aslında iptal davası sadece, davacıyı ilgilendirmez. Davacı açtığı iptal davasıyla bir yandan kendi aleyhine sonuç doğuran bir işlemi iptal ettirir, diğer yandan ise, idareyi hukuka uygun davranmaya sevk eder. Bu ikinci sonuç, iptal davasını, davacının kişiliğinden bağımsızlaştırır, hukuk devleti tarafından sahiplenilir konuma getirir.

²⁹ Gözübüyük, s. 277.

5. İptal davası açma imkânının sınırlanması veya tamamen ortadan kaldırılması Anayasaya aykırıdır. Zira Anayasa m. 125/1 uyarınca, *“İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır”*.

6. İptal davası açılabilmesi için *“kişisel hakkın”* ihlal edilmiş olması gerekmez. Davacının *“menfaatinin ihlal”* edilmiş olması yeterlidir.

7. İptal davası kapsam olarak genişleme eğilimi gösteren bir davadır. İlk zamanlar, birçok yönetsel işlem yargı denetimi dışında tutulmasına karşın günümüzde iptal davasının kapsamı genişlemiştir.³⁰

İptal davası tanımının yer aldığı 2577 s. İYUK m. 2/1-a bendinde, 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle, iptal davasının tanımı şu şekilde değiştirilmiştir; *“İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan davalardır”*. Bu değişikliğin Anayasa'nın 2, 36, 125 ve 142. maddelerine aykırı olduğu savıyla Danıştay 5. Dairesi, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yüksek mahkeme, iptal davaları açısından bir dönüm noktası sayılabilecek kararında aynen; *“...idare, özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkilerin dışında ve üstünde birçok yetkilere sahiptir. İdareye özgü olan bu yetkilerle kişilerin üzerinde, tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal etkiler doğuracak eylem ve işlemler yapabilir. Bu işlemlerin yerine getirilmesi için, bir makam ya da merciin yardımına gereksinim olmadan kişiler çeşitli yükümlülükler altına sokulabilirler.*

Öte yandan, idari işlemler yasallık karinesinden yararlanırlar ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeligi ve hukuka uygun olduğu varsayılır. İdari davalar, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yolla denetlenmesi, kamu hizmetlerinin hukuk kurallarına ve hizmetin gereklerine uygun biçimde yapılmasının sağlanması, kamu hizmetlerinin getirdiği yarar ve zararların bireyler üzerindeki etkilerinin adaletli bir suretle dengelenmesi için vatandaşlara tanınmış bir haktır. İdari davalar, idare hukukuyla birlikte, hukukun üstünlüğü, devletin hukuka bağlılığı ilkesinin sonucu olarak hukuk alanına girmiştir.

İdari yargıda, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar biçimde tanımlanan iptal davaları, idarenin

³⁰ Gözübüyük, s. 135.

hukuka uygun davranmasını sağlayarak, hukuk devleti ilkesini gerçekleştiren önemli yollardandır. İptal davası kolay işleyen ve karmaşık olmayan niteliğiy- le yargısal bir denetim yolu olarak öngörülmüştür.

İptal davaları ile idari işlemlerin hukuk kurallarına uygunluğu incelenir. Aykırılığın saptanmasında işlem ortadan kaldırılır. Böylece, idarenin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi sağlanarak hukuk düzeni korunur.

İtiraz konusu yasa kuralıyla getirilen “kişisel hak ihlali”, genel, soyut ve gayri şahsi düzenleyici kuralların kişilere uygulanarak somutlaşması ve hu- kuksal sonuç doğurmasıdır. İdari yargıda kişisel hak ihlali, tam yargı davası açabilmenin ölçütüdür.

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, ada- letli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları için- de kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.

İptal davalarının koşullarını belirleme yetkisi kuşkusuz ki, Anayasa’da belirtilen kurallar içinde kalmak koşuluyla özellikle “hukuk devleti” ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle çelişmeden, yasa koyucunun takdirindedir. Ancak, devletin hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak, adaletin gerçekleşmesini sağlama- sı hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa’nın 2. maddesinin gereğidir.

Anayasada Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi, hukuk devletinin “olmazsa ol- maz” koşuludur.

İtiraz konusu yasa kuralıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde, idari işlemin davacının “kişisel hakkını ihlal” etmiş olması koşulu getirilerek, hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır.

İdari yargı denetimini sınırlayan, itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez. Bu nedenle Anayasanın 2 ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir...”³¹ demektedir.

Yüksek Mahkeme’nin, iptal davası açmada aranan “kişisel hak ihlali”ni hukuk devleti ilkesine aykırı bulurken dayandığı gerekçe-

³¹ AYMK, E.1995/27, K.1995/47, RG, 10.4.1996, S. 2267.

rin, aynen “*menfaat ihlali*” koşulu için de kabul edilerek “*menfaat ihlali*” koşulunun da Anayasa’ya aykırı bulunabileceği dile getirilmiştir.³² Yüksek mahkeme bu kararlar, yasa koyucunun müdahale edemeyeceği, deyim yerindeyse, “*zırhlı bir özün*” bulunduğunu; bunun da, “*idarenin yargısal denetiminin engellenememesi*” olduğunu ortaya koymuştur. Yani yasa koyucu, idarenin yargısal denetiminin kapsamını genişletebilir, fakat daraltamaz.

Anılan iptal kararı, 10 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına karşılık, bu konudaki yasal boşluk, 8 Haziran 2000 gün ve 4577 sayılı, “*Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 5. maddesiyle doldurulmuştur. Anılan değişiklikte birlikte, İYUK m. 2/1-a bendine göre, iptal davaları “*İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan*” davalar olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeyle, madde metni, 4001 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halini almıştır.

İptal davası açılabilmesi için aranan sübjektif ehliyetin “*menfaat ihlali*” olduğu tespit edildikten sonra, şimdi “*menfaat ihlali*” kavramının ne anlama geldiğini belirlememiz gerekmektedir.

Öncelikle tespit edilmesi gereken nokta, menfaat ihlali kavramının, hak ihlali kavramından daha geniş bir anlamı ifade ettiğiidir. Bu nedenle menfaati bir yarar veya çıkar olarak düşünmek hatalıdır.³³ İdari yargıda dava açma ehliyetinde aranan menfaat ihlali, davacının

³² Erhürman Tufan, “İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr/Sempozyumlar> (Erişim Tarihi: 30.11.2006).

³³ “...Hak ile menfaat arasında fark vardır. Hak ferdin haiz olduğu bir kudrettir. Yani hak sahibinin başkalarından bir şey talep edebilme kudretidir. Hak hukuken himaye edilir, dava ile teyit olunur ve korunur. Hak sahibi zorla hakkını başkalarını riayet ve hürmet ettirebilir. Hâlbuki alelade menfaat, şahsa tanınmış bir kudret değildir. Bir şahıs alelade menfaatine dayanarak başkalarından bir şey talep edebilmek kudretinde değildir. Alelade menfaat dava hakkı ile teyit olunmamakta ve himaye edilmemektedir. Bir menfaat sahibi zorla menfaatine riayet ve hürmet ettiremez. Bunları bir örnekle açıklayalım. Bir daire kadrosunda münhal bir memuriyet açıldığında o dairede çalışan bir memurun o boş bulunan kadroya terfian tayin edilmesinde menfaati vardır. Zira o mevkie geçmekle bir takım istifadeler temin edecektir. Kendisi yerine hariçten bir başkasının bu memuriyete tayini onun menfaatini ihlal eder. Ancak bu memur, söz konusu olan makama kendisinin getirilmesini talep etmek, tayin istemek kudretinde değildir. Mevzuat onun bu menfaatini korumuş değildir. Hâlbuki memurun işlemiş maaşı üzerindeki menfaati bir haktr. Bu hak hukuken himaye edilmiştir...”. Bkz., Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza*, C. I, İstanbul 1949, s. 29-30.

dava konusu yaptığı işlemle arasında kurulabilecek minimum düzeyde de olsa, ilgiyi, alakayı ifade etmektedir. İptal davasıyla bütünleşen “*menfaat ihlali*” kavramının, hak ihlalden daha geniş bir anlam taşıması, iptal davalarının niteliklerinden sayılan, objektif bir dava olmasıyla doğrudan alakalıdır. İptali talep edilen bir işlemde dolayı, doğrudan bir hak kaybı olmamasına rağmen, eğer kişinin dolaylı olarak etkilenmesi söz konusu olacaksa ve bu onun menfaatinin etkileyecekse, kişinin idari yargıda dava açmasında ehliyeti tamdır. Örneğin, bir ilçe meydanında yer alan parkın veya yeşil alanın, kaldırılarak onun yerine camii yapılmasına dair belediye meclis kararı aleyhine, o ilçede yaşayan herkesin iptal davası açmada ehliyeti tamdır. Çünkü o parkın kaldırılması, o ilçede yaşayan herkesin durumunda etkiler meydana getirecektir. Örneğin, emekli olan bir kişi, her sabah yürüyüş yapamayacak veya bir anne çocuklarını oyun için parka götüremeyecektir. Bu nedenlerle, iptal davalarında, menfaat ihlali kavramı daha geniş bir anlamda düşünülmesi gereken bir kavramdır ve bu nedenle, iptal davaları idarenin yargısal denetiminde etkin bir silah olabilmektedir.

Burada yeri gelmişken yapılan bir hatayı da belirtmek isteriz. Bir idari işlemin “*hukuka aykırı olmasıyla*”, kişinin “*menfaatinin ihlali*” arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Davacının, subjektif dava açma ehliyetinin bulunmaması halinde, idari yargı merci işin esasına girmeksizin, davayı ehliyet yönünden reddeder.³⁴ Bu nedenle, işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti mümkün olmaz. Ayrıca, işlemin hukuka uygun olması halinde de, idari yargı mercii, davacının dava açma ehliyeti olmasına halinde, davayı ehliyet yönünden reddetmez. İşlemin hukuka aykırı olup olmadığı, ancak işin esasına girildikten sonra anlaşılabilir. Davanın esasına girilebilmesi için de; davacının dava açmada “*menfaatinin ihlal*” edilmiş olup olmadığının tespiti zorunludur.

Menfaat ihlalinin ne anlama geldiği konusunda Danıştay kararlarında istikrarlı bir uygulama olduğu söylenemez. Ancak, Danıştay’ın, ehliyetle ilgili kararlarında, eskiden olduğu gibi, yeni kararlarında da, kabul ettiği bazı ölçütler bulunmaktadır. Danıştay’a göre, iptal davası

³⁴ İYUK m. 15/1-b, bendinin açık hükmüne rağmen, ehliyet noksanlığı halinde, “davanın değil”, “dilekçenin” reddedildiğine de rastlanılmaktadır. Belki, bu çözüm tarzı yasa koyucunun iradesine aykırıdır, fakat hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için bu tür bir uygulama söz konusu olabilir. Bkz., VDDK, E.1989/140, K.1990/9. Karar için bkz., bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi) (Erişim Tarihi: 05.12.2006)

açacak olan kişinin ihlal edilen menfaatin, “meşru”, “kişisel” ve “güncel” bir menfaat olması gerekmektedir.³⁵

aa. Meşru Menfaat:

Meşru menfaat, iptal davasını açan kişinin, hukuka uygun bir korunmadan faydalanmak istemesi anlamına gelmektedir. Meşru menfaatin varlığından söz edebilmek için, menfaatin hukuken ileri sürülebilir olması şarttır.

Meşru menfaatin konu edildiği Danıştay 10. Dairesi kararına konu olan bir olayda; “...Liman İşletmeleri A. Ş. tarafından, 23.1.2002 tarih ve 24649 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Kamu İktisadi Teşebbüslerince İşletilen Limanların, Deniz Sınırlarının ve Koordinatlarının Belirlenmesine İlişkin Tebliğin 4, 5, 6, 7 ve 8. maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, mahkeme, ...Liman İşletmeleri A. Ş.’ye ait olan, ...Limanının, işletme hakkı verilmesine ilişkin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın, 7.4.1997 günlü, 97/13 sayılı kararını iptal eden Trabzon İdare Mahkemesi’nin, 22.4.1998 günlü, E.1997/1068, K.1998/289 sayılı kararı ile, ...Limanının, işletme hakkının verilmesi ve ihale yapılmak suretiyle özelleştirileceğine ilişkin işlemi iptal eden Ordu İdare Mahkemesi’nin 29.12.1998 günlü, E.1998/365, K.1998/177 sayılı kararının, Danıştay 10. Dairesi’nce onandığı; yukarıda anılan Trabzon ve Ordu İdare mahkemelerinin kararlarının gereğinin gecikmeksizin uygulamak zorunda olan Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın, ‘özelleştirilmesine karar verip, devir ve teslim işlemleri yapılan kuruluşlarla ilgili olarak verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları nedeniyle geriye veya ileriye doğru işlem yapılamayacağı’ içerikli, 6.12.1997 günlü, 1997/66 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararını dayanarak göstererek, kararların gereklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda; davacı şirketin, ...Limanının işletmeciliği yapmasına olanak veren işlemlerin yargı kararı ile iptal edildiği halde, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nca kararların gerekleri yerine getirilerek, işlem veya eylemler yapmaması nedeniyle, ...Limanının işletmeciliğinin halen sürdürülebildiği dikkate alındığında, sözü edilen şirketin bu sıfatıyla açtığı davadan elde etmek istediği menfaatin, hukuken korunması gereken meşru bir nitelik taşımadığı açıktır. Bu nedenle, davanın ehliyet yönünden reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir”.³⁶

³⁵ DİDDGK, E.2004/2163, K.2004/788, DKD, S 6, 2005, s. 38; Da. 7D. E.2000/7111, K.2003/23, DKD, S. 1, 2003, s. 289; Da. 6. D. E.2003/5595, K.2004/179, DKD, S. 4, 2004, s. 181.

³⁶ Da. 10. D. E.2002/1407, K.2002/4320, DKD, S. 1, 2003, s. 397.

Davaya konu olan olayda davacının içinde bulunduğu hukuka aykırı durumun nedeni, kendisinin eyleminden kaynaklanıyorsa da, İYUK m. 28, Mahkeme kararlarının gereklerine yerine getirme yükümlülüğünü, bireylere değil, idareye yüklemiştir. Yani, iptal davası sonucunda verilen kararı, gecikmeksizin yerine getirmek yükümlülüğü idareye aittir. Bu nedenle, idarenin yerine getirmediği yükümlülüğü nedeniyle, bireylere sorumluluk yüklenemez. Ancak olayda, mahkeme kararını gecikmeksizin yerine getirmek zorunda olan Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, AY m. 138/son fıkrasını ihlal ederek; *“özelleştirilmesine karar verip, devir ve teslim işlemleri yapılan kuruluşlarla ilgili olarak verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları nedeniyle geriye veya ileriye doğru işlem yapılamayacağı”*na dair 6.12.1997 günlü, 1997/66 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararını dayanarak göstererek, *“mahkeme kararlarını yerine getirmediği”* anlaşılmaktadır. Her türlü mahkeme kararını gecikmeksizin uygulamak zorunda olan, idarenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, bireylerin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, *“meşru”* hiçbir gerekçeyle açıklanamaz.

ab. Güncel Menfaat

Güncel menfaat, davanın açılması sırasında var olan, aktüel ilgiyi, alakayı ifade etmektedir. Davanın açılması sırasında var olan, bu aktüel ilginin, dava sonuçlanıncaya kadar devam edip etmeyeceğine ilişkin olarak Danıştay kararlarında istikrar bulunduğu söylenemez. Danıştay, bazı kararlarında, davanın açıldığı anda var olan, menfaatin yeterli olduğunu, davanın sona ermesine kadar devam etmesinin gerekmediğine karar vermiştir.³⁷ Bazı kararlarında ise, davanın açıldığı sırada var olan, menfaatin, dava sonuçlanıncaya kadar devam etmesinin zorunlu olduğunu karara bağlamıştır.³⁸

ac. Kişisel Menfaat

Kişisel menfaat, kişinin doğrudan kendisiyle ilgili olmayan konularda dava açamaması anlamına gelmektedir. Örneğin, memuriyetten çıkarma cezası almış bir memurun eşinin, bu cezanın iptali için, açtığı davada kişisel bir menfaatinin bulunduğu söylenemez. Danıştay 5. Dairesi'ne göre, *“Danıştay'da dava açabilmek için, dava konusu yapılan*

³⁷ Da. 5. D. E.1986/1099, K.1988/1908. Karar için bkz. bkz., <http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay/Bilgi/Bankasi> (Erişim Tarihi: 05.12.2006).

³⁸ Da. 6. D. E.1984/233, K.1984/2499, DD, S. 56-57, s. 237.

*idari işlemlerden dolayı davayı açanın, dolaylı veya dolaysız kişisel bir menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir”.*³⁹

Başlarda Danıştay’ın kişisel menfaatin tespitinde daha sınırlayıcı bir uygulama içinde olduğu görülmekteydi. Örneğin Danıştay 10. Dairesi, Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesi’nde çalışan işçilerin, Sümer Holding A.Ş. Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesi’nin özelleştirilmesi yolundaki Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali için açtığı davayı, “...işçilerin çalıştığı kurumun özelleştirilmesine yönelik idari tasarruflarla menfaat ilgisi kurulabilmesi için ancak o işletmeye tabi olmaları gerektiği, aksi yaklaşımın idari dava tehdidi nedeniyle idari istikrarı engelleyecek sonuçlar doğuracağı gerekçeleriyle davayı ehliyet yönünden reddeden...” yerel mahkemenin kararını, bozmuştur.⁴⁰

Danıştay 6. Dairesi, “Faaliyet konusu itibariyle şehirleşme ve imarla ilgisi bulunmayan parti il teşkilatının, imar planı yapılmasına ilişkin işleme karşı dava açmasında menfaatinin bulunmadığı, dolayısı ile dava açma ehliyetinin olmadığı sonucuna varmıştır”.⁴¹

Ancak son yıllarda Danıştay’ın kişisel menfaatin tespitinde daha genişletici bir uygulama içine girdiği görülmektedir. Örneğin “İlçe sınırları içinde, eğitim ve öğretime ilişkin konularda idarenin temsilcisi konumunda olan kaymakamın, ilköğretim okulu yapılması için inşaat izni verilmemesi ve okul inşaatının durdurulması yolunda tesis edilen işlemlere karşı iptal dava açmakta menfaatinin bulunduğuna hükmeden”, Danıştay 6. Dairesi, davayı ehliyet yönünden reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴²

Yine Danıştay 8. Dairesi’ne göre de, “Öğretim üyesi olarak çalışmakta olan davacının, görev yaptığı birimde emekli bir öğretim üyesinin görevlendirilmesiyle ilgili fakülte yönetim kurulu kararının iptali istemiyle, dava açma

³⁹ Da. 5. D. E.1969/4390, K.1970/3355, DD, S. 2, s. 175.

⁴⁰ Da. 10. D. E.1997/2003, K.1997/2445. Aynı yönde bkz., Da. 10. D. E.1997/7246, K.1998/1989. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/DanistayBilgiBankasi) (Erişim Tarihi: 15.11.2006). Kararın gerekçesinde yer alan “idari dava tehdidi altında, idari istikrarın engellenmesi”, amacı 1982 Anayasası dahil olmak üzere hiçbir mevzuatta yer almamaktadır. Kaldı ki, hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir ülkede, hukuka aykırı olan idari işlemlerin ortadan kaldırılmayarak, idari istikrarın sağlanması ulaşılması istenen bir hedef olmamalıdır.

⁴¹ Da. 6. D. E.2000/3480, K.2001/4259. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/DanistayBilgiBankasi) (Erişim Tarihi: 05.11.2006)

⁴² Da. 6. D. E.2001/5614, K.2002/5850. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/DanistayBilgiBankasi) (Erişim Tarihi: 05.11.2006)

ehliyeti bulunmaktadır".⁴³ Danıştay 5. Dairesi'nin kararına konu bir diğer olayda; "...Üniversitesi Tıp Fakültesi Kütüphanesi'nde memur olarak görev yapan, davacı, 1.derece kadroya atanmak için defalarca başvuruda bulunmuş, ancak bir başka kişi, 1.dereceli yüksekokul sekreterliğine atanmıştır. Davacı, bu atama işleminin iptali için İzmir 3. İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur. İzmir 3. İdare Mahkemesi, davayı ehliyet yönünden reddetmiş, ancak Danıştay 5. Dairesi, yerel mahkemenin kararını bozmuştur".⁴⁴

6. Çeşitli Menfaat Grupları Açısından Menfaat İhlali

a. Dernekler

Dernekler, Dernekler Kanunu m. 2/a'ya göre; "Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzelkişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle, oluşturdukları tüzelkişiliğe sahip kişi topluluklarıdır". Her derneğin bir tüzüğünün bulunması zorunludur.

Dernekler Kanunu m. 4/b'ye göre; "Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanının" gösterileceği yer almaktadır. Buna göre, derneğin, üyeleri adına veya amacı doğrultusunda dava açma imkânına sahip olabilmesi için, tüzüğünde bu yönde bir düzenlenme bulunması zorunludur.

Danıştay kararları incelendiğinde, dernek üyelerinin çoğunluğunu, hatta tamamını ilgilendiren konularda derneğin, üyeleri adına açtığı davalar ehliyet yönünden reddedilmektedir. Örneğin, Fırıncılar Derneğinin, fırıncıları ilgilendiren belediye meclis kararı aleyhine açtığı iptal davası, Danıştay 6. Dairesi tarafından ehliyet yönünden reddedilmiştir.⁴⁵

Aynı şekilde, Erzurum Arabacılar ve Faytoncular Derneği tarafından, üyeleri adına açılan davada, Danıştay 11. Dairesi, "507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun 22. maddesinin (m) bendinde yer alan, "dernek üyelerinin çalışma konularına giren hususlarda haklarını korumak için resmi ve özel kuruluşlarda gerekli teşebbüslerde bulunmak hük-

⁴³ Da. 8. D. E.2004/3976, K.2005/123, DD, S. 109, 2005, s. 256.

⁴⁴ Da. 5. D. E.2003/4666, K.2004/3214, DKD, S. 6, 2005, s. 149; Aynı yönde bkz., Da. 10D. E.1990/1213, K.1990/1115. Karar için bkz. bkz., <http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/DanistayBilgiBankasi> (Erişim Tarihi: 08.11.2006)

⁴⁵ Da. 6D. E.1952/603, K.1952/2191, DKD, S. 58, s. 215.

mi", dernege, uyelerinin haklarını korumak için dava açmak yetkisi veren bir hüküm niteliğinde olmadığından, açılan davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir".⁴⁶

Danıştay 10. Dairesi de, yeni tarihli bir kararında 3.1.2004 tarih ve 25335 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan, 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle dava açan derneğin, tüzüğünün, banka mağdurları adına dava açma olanağı tanımadığı ve derneğin meşru, güncel ve kişisel bir menfaatinin etkilenmediğinden bahisle, açtığı davayı ehliyet yönünden reddetmiştir.⁴⁷

Derneğin üyeleriyle ilgili olmayan, doğrudan dernek tüzelkişiliğiyle ilgili olan davalarda ise, derneğin, subjektif dava açma ehliyeti tamdır. Danıştay 10. Dairesi'nin kararına konu olan bir olayda; *"...İnsan Hakları Derneği tarafından, insan hakları günü olan 10.12.1999 tarihinde yapılması düşünülen konsere izin verilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, gerek Gaziantep İdare Mahkemesi gerekse Danıştay 10. Dairesi, ehliyet hususunu hiç tartışmamış, davanın esasını incelemişlerdir".⁴⁸*

Vakıflar ise, gerçek ve tüzelkişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülmesiyle oluşan tüzelkişilerdir (TMK m. 101). Vakıflar, vakfın yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicile tescille tüzelkişilik kazanır. Bu andan itibaren, tüzelkişiliklerini ilgilendiren davalarda, davacı olma ehliyetini kazanırlar. Danıştay 10. Dairesi, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Vakfı tarafından *"...Çimento Sanayi Ticaret AŞ'nin satışına ilişkin, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davayı, esastan karara bağlayan, Edirne İdare Mahkemesi'nin kararını, 'davacı vakfın amaçları arasında özelleştirme uygulamalarının izlenmesi ve değerlendirilmesinin bulunması ve iptali istenilen işlemin özelleştirmeye ilişkin olmasının, davacının hukuki statüsü karşısında dava açma ehliyeti kazandırmayacağından' bahisle, bozmuştur".⁴⁹*

⁴⁶ Da. 11. D. E.1973/909, K.1973/1185, DD, S. 21-23, s. 525; Aynı yönde bkz. DDK. E.1985/1885, K.1986/2093. Karar için bkz. Akyürek Akman, Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru, DD, S. 81, Ankara-1991, s. 42.

⁴⁷ Da. 10. D. E.2004/5645, K.2004/6431, DKD, S. 6, 2005, s. 242.

⁴⁸ Da. 10. D. E.2000/5570, K.2003/108, DKD, S. 1, 2003, s. 433.

⁴⁹ Da. 10. D. E.1998/3993, K.1998/7250. Aksi yönde bkz. Da. 10D. E.1998/2251, K.1999/4119. Kararlar için bkz., Karar için bkz., <http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay/Bilgi/Bankasi> (Erişim Tarihi: 10.06.2006)

b. Sendikalar

Sendika, Sendikalar Kanunu m. 2'ye göre; “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır”.

Sendikalar, Sendikalar Kanunu m. 32/2 uyarınca; “çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü, husumete ehildir”. Danıştay eski tarihli kararlarında, sendikaların, sadece üyelerinden birini ilgilendiren konularda, dava ehliyeti olmadığını içtihat etmiştir.⁵⁰

Danıştay 12. Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında ise; “...Sendikası üyesi bulunan davacının 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle, ...Sendikası tarafından açılan davada, İzmir 4. İdare Mahkemesi, 'sübjektif idari işlemlerin belirli kişilere yönelik, somut nitelikli, hukuk alanında yenilik getiren tek taraflı tasarruflar olduğu, olayda kamu görevlisi olan davacının disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin sübjektif, birel ve özgül nitelikte bir işlem olduğu, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/f bendi uyarınca, davacı sendikanın ancak, ortak, ekonomik ve mesleki hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesiyle ilgili olarak idarelerle doğacak uyumsuzluklarda üyelerini yargı organları önünde temsil etme yetkileri bulunduğu, bu durumda sendika üyesi bulunan davacının disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin olarak tesis edilen, sübjektif işleme karşı davacı sendikanın dava açma ehliyeti bulunmadığından, davayı ehliyet yönünden reddetmiş, Danıştay 12. Dairesi, yerel mahkemenin kararını onamıştır”.⁵¹

Ancak Danıştay 5. Dairesi, 12. Daire kararının aksine, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesi uyarınca, sendikaların üyeleri adına dava açabileceğine hükmetmiştir. Danıştay 5. Dairesi'nin yeni tarihli kararında; “...Davacı, Bağımsız Haberleşme, Basın Yayın Hizmet Kolu Kamu Görevlileri Sendikasının, kurucu üyesi olan ve... PTT Merkez Müdürlüğünde geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin 20.3.2002 günlü, 3417 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Davacı

⁵⁰ Da. 12. D. E.1969/205, K.1970/117, DD, S.2, s. 334.

⁵¹ Ayrıca, davacı vekilinin, “4688 sayılı kanunun 19/f maddesinin yorumlanırken, mahkemenin davayı reddetmek yerine, en azından 2577 s. İYUK m. 15/1-d maddesi gereğince, dilekçe ret kararı vererek, kişinin dava açma hakkının engellenmemesi gerektiğine” ilişkin itirazı da kabul görmemiştir. Da. 12D. E.2003/1891, K.2003/3322, DKD, S. 5, 2004, s. 343; Aynı yönde bkz. Da. 12D. E.2003/5386, K.2004/1556, DKD, S. 6, 2005, s. 317.

yı ilk derecede gören, Sakarya İdare Mahkemesi, 2577 sayılı yasanın değişik ikinci maddesinin 1/a fıkrasındaki, iptal davalarının idari dava türleri arasında sayıldığı; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesinde, üyelerin idare ile doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki, yönetim ve yargı organları önünde temsil etme veya ettirmenin, dava açmanın ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmanın, sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyetlerinden olduğunun hükme bağlandığı; bu iki yasa maddesinin birlikte değerlendirilmesinden, kamu görevlileri sendikalarının, kuruluş ve amaçlarına uygun olarak yasada tanımını bulan üyelerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması noktasında dava açma ehliyetlerinin mevcut olduğu, tek tek üyelerinin şahsi menfaatlerini ilgilendiren işlemlerle ilgili olarak dava açma ehliyetlerinin, hukuki yardımda bulunma yetkilerinin olduğu sonucuna varıldığı, dava konusu uyuşmazlıkta, dava, davacı sendikanın kurucu üyesi olan'ın geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin işleme karşı, davacı sendika vekili tarafından açılmış ise de, söz konusu işlem doğrudan davacının şahsi menfaatini ilgilendirdiğinden, davanın bizzat menfaati ihlal edilen...tarafından veya adı geçince yetkilendirilmiş avukatça açılması gerektiği; bu durumda dava açma ehliyeti bulunmayan sendikanın açmış olduğu bu davanın esastan incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçeyle, 2577 s. İYUK m. 15/1-b maddesi uyarınca, davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir". Davanın temyiz incelenmesini gerçekleştiren, Danıştay 5. Dairesine göre ise; "...4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesinde, sendikaların, idare ile doğacak ihtilaflarında, üyelerini yargı organları önünde temsil etme veya ettirme, dava açma ve açılan davalarda, taraf olma durumlarının, "hukuki yardım gerekliliğinin" ortaya çıkması durumunda, sendikaların üyeleri adına dava açabileceklerini açıkça hükme bağlamış olması karşısında, Sakarya İdare Mahkemesi'nin aksi yöndeki, yorumuna katılmaya hukuken olanak bulunmamaktadır".⁵²

Konuya ilişkin, Danıştay 11. Dairesi'nin içtihadı da, 12. Daire içtihadı yönündedir. Danıştay 11. Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında, "...Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü'nde sahne marangozu olarak çalışan davacı adına, Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından, davacının 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesi ile 657 sayılı kanuna eklenen ek geçici 16. madde hükümlerinden yararlandırılması, puan esasına göre belirlenen sözleşme ücretinin, 6388 sayılı kanunun emekli keseneğine esas intibak unvanına göre belirlenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali davasında, İstanbul 1. İdare Mahkemesi, davayı işin esasına gi-

⁵² Da. 5. D. E.2002/3906, K.2003/985, DKD, S. 5, 2004, s. 179.

rerek incelemiş, davanın kısmen kabul, kısmen reddine karar vermiştir. Temyiz incelemesi yapan, Danıştay 11. Dairesi, "...4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesinde, sendika ve konfederasyonların, kuruluş amaçları doğrultusunda üyelerinin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını her düzeydeki ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil edeceği veya ettireceği, dava açabileceği ve bu nedenle açılan davalarda, taraf olabileceği kuralı getirilmiştir. Yukarıda belirtilen kanun hükmü uyarınca, sendika ve konfederasyonların sadece üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla üyelerini temsile yetkili olduğu ve üyeleri adına bu amaç doğrultusunda, dava açabileceği, bu yetkinin üyelerinin bireysel davalarını kapsamadığı açıktır. Bu nedenle, davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerekmektedir".⁵³

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesi incelendiğinde, sendikanın sadece sendika tüzelkişiliğini ilgilendiren davalarda veya sendika üyelerinin tümünü ilgilendiren davalarda dava ehliyetine sahip olduğunu iddia etmek, AY m. 36 ve 53 ile bağdaşmaz. Kaldı ki, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/2-f maddesinde, "...hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenlerle açılan davalarda taraf olmak", sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyet alanları içindedir.

Hak arama özgürlüğünün kısıtlanmaması ve gereksiz hak kayıplarına neden olunmaması için, sendikaların, bizzat üyelerini ilgilendiren bireysel konularda da, dava açma ehliyetlerinin bulunduğunu işaret eden, Danıştay 5. Dairesi'nin, içtihadının yerinde olduğunu belirtmek isteriz. Nitekim Danıştay daireleri arasındaki bu görüş ayrılığı, 3.3.2006 tarih ve E.2005/1, K.2006/1 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı'yla çözüme kavuşturulmuştur. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında 2004 yılında 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişikliğe atıf yapılmak suretiyle, kamu görevlileri sendika ve üst kuruluşlarının, sendika üyesi olan kamu görevlisinin isteği üzerine, statüsü ve bu statüsünden kaynaklanan hak, yükümlülük, görev ve sorumlulukları ile atama, nakil, disiplin ve personel hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere dayalı olarak, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel nitelikli işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla dava açabilecekleri ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabilecekleri sonucuna ulaşılmıştır.

⁵³ Da. 11. D. E.2004/5740, K.2005/1355, DD, S. 110, 2005, s. 326.

İçtihadı Birleştirme Kararına göre, 4688 sayılı kanununun 19/f maddesi, sendika ve üst kuruluşlarının, bizzat taraf oldukları hukuki ilişkiler dolayısıyla davacı ve davalı oluş sıfatları ile ortak çıkarların korunması için tanınan davacı olabilmeye sıfatından başka, hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya bunların mirasçılarını her derecedeki yargı organları önünde temsil etmek ve dava açma hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu 19/f maddesi ile sendika ve üst kuruluşları, diğer tüzel kişiliklere genel hükümler uyarınca tanınan taraf olma ve dava açma ehliyetinin dışında, üyelerini ve bunların mirasçılarını temsil etme ve ettirme yetkisi ile donatmaktadır. Buna göre, söz konusu maddenin sendikalara ve üst kuruluşlarına tanıdığı yetkinin ehliyet değil temsil bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerek metindeki terimlere bağlı olarak maddenin yorumu, gerekse madde gerekçesi ile konuya ilişkin tarihsel süreç ve mevzuatımızda yapılan değişiklikler dikkate alındığında 4688 sayılı kanununun 19/f maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikalarına, üyelerinin haklarını korumak amacıyla tanınmış olan dava açma hakkının kullanımında sınırlamaya gidilmesi, Anayasasının hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddesi kuralına uygun düşmeyeceği gibi; 151 sayılı Sözleşmenin, yukarıda anılan 1. ve 3. maddelerine de aykırılık oluşturacağı açıktır...".⁵⁴

Yukarıda açıklanan nitelikte, dava açmak veya yargı mercilerine başvurmak, kamu görevlilerinin kuracakları "sendikalara" ve "üst kuruluşlarına" tanınmış bir yetkidir. Bu nedenle, sendika ve üst kuruluşlarının il temsilciklerinin, üyeleri adına dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.⁵⁵

Yine sendikaların kurulu buldukları iş kollarındaki işyerlerini ilgilendiren konularda, dava açma ehliyetleri vardır. Danıştay 10. Dairesi, "Uşak Yem Sanayi TAŞ'ın, özelleştirilmesi işlemine karşı, dava açan sendikanın, dava açma ehliyetini olduğunu belirterek, aksi yöndeki Manisa İdare Mahkemesi kararını bozmuştur".⁵⁶

c. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları:

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan

⁵⁴ RG, 18.6.2006, S. 26202.

⁵⁵ DİDDGK, E.2000/751, K.2003/277, DKD, S. 2, 2003, s. 109.

⁵⁶ Da. 10. D. E.1995/4319, K.1996/2743. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 10.06.2006)

ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir (AY m. 135).

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır (AY m. 135/3).

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, devlet tüzelkişiliği dışında ayrı kamu tüzelkişilikleri bulunduğundan, kendi tüzelkişiliklerini ilgilendiren davalarda, dava açma ehliyetleri olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Tarafı doğrudan doğruya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan davalarda, bu kurumların, dava açma ve davalı olabilme ehliyetleri, onların, sahip oldukları kamu tüzelkişiliğinin bir sonucudur.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleriyle olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzelkişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır (Avukatlık Kanunu m. 78).

Barolar, devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir kamu tüzelkişiliğine sahip olduklarından dolayı, kendi tüzelkişiliklerini ilgilendiren, davalarda, dava açma ehliyetleri tamdır.⁵⁷

⁵⁷ "...Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin ve ASKİ idaresinin 10 yılı doldurmuş su sayaçlarının ön ödemeli elektronik kartlı sayaçla değiştirilmesine yönelik kararı ile sayaç bedeli olarak 200, montaj bedeli olarak 100 YTL alınmasına yönelik işlemlerin iptali istemiyle dava açılmıştır. Davayı ilk derecede gören, Ankara 7. İdare Mahkemesi 2005/2238 sayılı kararında, ehliyet hususunu tartışmamış, Ankara kamuoyunda çok tartışılan belediye uygulamasının yürütmesini, özetle şu gerekçelerle durdurmuştur; "...Olayda, davalı idarelerce peşin ödemeli sayaç takılmasını zorunlu kılan kararlar alındığı yine bu kapsamda 3516 sayılı yasada bu yönde bir düzenleme olmamasına karşın 10 yıllık periyodik muayene zamanı dolan mekanik su sayaçlarının yerine kartlı sayaç takılmasının zorunlu tutulduğu, sayaç bedeli olarak 200, montaj bedeli olarak da 100 YTL'nin abonelerden istenildiği, dolayısıyla kamu hizmetinin sunumu peşin ödemeye bağlanarak anılan anayasal ve yasal kamu hizmeti anlayışına uymayan, ticari niteliği ağır basan yeni bir ilişki biçimi oluşturulmak istendiği, bunun yanında ön ödemeli kartlı su sayaçlarının standartlarının ise mecburi uygulamada olmadığı, başka bir deyişle

Bunun yanı sıra, Danıştay içtihatları incelendiğinde, Baroların, çeşitli konularda, kendi tüzelkişiliklerini ilgilendirmeyen bazı konularda da, açtıkları davaların dinlendiği, ehliyet noktasında reddedilmediği görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yeni tarihli bir kararına göre; "...*Davacı İstanbul Barosu Başkanlığı, 13.7.2001 günlü 24461 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin, 'Örgün Eğitim Dışına Çıkarma' başlıklı 41. maddesinin (d) bendinde yer alan 'Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak' hükmü ile 'uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz' hükmünün iptali istemiyle dava açmıştır. Gerek Danıştay 8.Dairesi, gerekse Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, davalı idarenin, 'İstanbul Barosunun dava açma ehliyeti bulunmadığı yönündeki itirazlarını', dikkate almamış ve davanın esasına incelemiştir.*"⁵⁸

Benzer bir kararda, İzmir Barosu Başkanlığı'nca, İzmir İli, Bergama İlçesinin Ovacık Çamköy-Narlıca Köyleri mülki sınırları içerisinde... Madencilik A. Ş. tarafından, siyanür içi yöntemiyle altın çıkartılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetine izin verilmesine ilişkin, 29.3.2002 günlü Bakanlar Kurulu prensip kararlarının iptali istemiyle dava açılmıştır. Davayı ilk derecede gören, Danıştay 8 ve 6. Daireleri Müşterek Kurulu'nun, 23.6.2004 günlü E.2004/27, K.2004/30 sayılı kararıyla, "...1136 sayılı Yasa'nın 76. maddesi uyarınca; avukatlık mesleğine mensup olanlarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerine uygun olarak gelişmesini, iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla kurulan, tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan davacının belirtilen anlamda, meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilenmediği, dolayısıyla işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığından, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir".

Temyiz aşamasında Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, "*Hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumakla görevi bulunan Baro'nun, yargı kararını uygulamadığı ve çevre sorunlarına yol açtığını öne sürdüğü*

bu sayacın ölçüler ve Türk Standartlarını düzenleyen mevzuatta tanımlanmadığı görülmektedir. Bu durumda davanın konusuyla sınırlı olmak üzere davalı idarelerin 10 yılını doldurmuş su sayaçlarının zorunlu olarak ön ödemeli elektronik kartlı sayaçla değiştirilmesine ve buna bağlı olarak sayaç bedeli olarak 200, montaj bedeli olarak 100 YTL. İstenilmesine ilişkin işlem, karar ve tasarruflarında hukuka uyarlık bulunmamıştır...". Karar için bkz. http://www.ankarabarusu.org.tr/Pg_Pb_List.aspx?Tip=Duyuru&Count=10 (Erişim Tarihi: 10.7.2006).

⁵⁸ DİDDK, E.2003/417, K.2005/234, DD, S. 110, 2005, s. 66.

*Bakanlar Kurulunca alınan prensip kararı ile menfaat ilgisinin bulunduğu nun açık olması nedeniyle, temyiz isteminin kabulüne karar vermiştir”.*⁵⁹

Danıştay 10. Dairesi de, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan, Türkiye Barolar Birliği'nin, “kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelik taşıyan ve Resmi Gazete’de yayımlanan, Bakanlar Kurulu prensip kararının, iptali istemiyle açtığı davada, davalı idarenin; Türkiye Barolar Birliği'nin, bu davada dava açma ehliyeti olmadığına dair, savunmasına itibar etmemiş, davanın esasını incelemiştir”.⁶⁰

Danıştay 10. Dairesi, bir kararında ise, “Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Elektrik Mühendisleri Odasının, Türkiye Elektrik Kurumu'nun, iki ayrı anonim şirket olarak teşkilatlanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın, iptali istemiyle açtığı davayı, ehliyet yönünden reddetmiştir”.⁶¹ Ancak Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin, 15.12.1998 tarih ve 23554 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, “İpek Yolu Vadisi Serbest Bölgesinin Yer ve Sınırlarının Belirlenmesi ve Kurulup İşletilmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali istemiyle açtığı dava, Danıştay 10. Dairesi'nce, ehliyet konusu tartışılmaksızın, esastan incelenmiştir”.⁶²

Ayrıca, Türkiye Musiki Eser Sahipleri Meslek Birliği'nin, 24.9.2002 tarih ve 24886 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, “Fikir ve Sanat Eserleri Sahipleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonlar Hakkındaki Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzüğün” 17. maddesinin, iptali istemiyle açtığı dava, Danıştay 10. Dairesi'nce, esastan karara bağlanmıştır.⁶³ Danıştay başlarda, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyeleri adına dava açma yetkilerinin bulunmadığını içtihat etmiştir. Örneğin, Türk Eczacılar Birliği'nin, üyeleri adına açtığı davayı, Danıştay Dava Daireleri Kurulu, ehliyet yönünden reddetmiştir.⁶⁴

Aynı şekilde, Danıştay 4. Dairesi, Türkiye Barolar Birliği tarafından, 31.8.1989 gün ve 20268 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, “197 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin”, iptali istemiyle açtığı davayı, “...1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 110. maddesinde, Türkiye Barolar Birliği'nin, 17 bent halinde sayılmış olan görevleri arasında, Baro mensuplarının genel menfaatleri ve mesleğin ahlak ve düzen ve geleneklerini korumak,

⁵⁹ DİDDGK, E.2004/2163, K.2004/788, DKD, S. 6, 2005, s. 37.

⁶⁰ Da. 10. D. E.2002/4061, K.2004/5219, DKD, S. 6, 2005, s. 236.

⁶¹ Da. 10. D. E.1993/4903, K.1993/4528. Karar için bkz., http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi (Erişim Tarihi: 10.06.2006)

⁶² Da. 10. D. E.1999/474, K.2005/3949, DD, S. 111, 2006, s. 292.

⁶³ Da. 10. D. E.2002/7366, K.2005/2483, DD, S. 111, 2006, s. 288.

⁶⁴ DDDK, E.1968/197, K.1970/730, DD, S. 3, s. 173.

bunun için gerekli mercilere başvurularda bulunmak, avukatların meslekte gelişmesini teşvik edecek ve sağlayacak her türlü tedbirleri almak, kanunların avukatlara tanıdığı, hakların gerçekleşmesine ve yüklediği görevlerin tam ve şerefli bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun, yukarıda değinilen 110. maddesiyle, dava konusu yapılan tebliğ ile getirilen yükümlülüklerin, Türkiye Barolar Birliği'nin menfaatlerini ihlal edici nitelikte bulunmadığı sonucuna varıldığından, iptal davasını açılabilmesi için aranan, menfaat ihlali koşulu gerçekleşmediğinden, dava ehliyet yönünden reddedilmiştir",⁶⁵

Ancak Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Mimarlık Odası'nın, hazinenin mülkiyetinde bulunan Beşiktaş-Vişnezade Mahallesi'nde bulunan, 703 ada, 24 parsel sayılı Maçka Kışlası vasıflı taşınmazı üzerinde, 49 yıl süreyle, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı lehine, irtifak hakkı kurulmasına ilişkin, 16.8.1990 günlü Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca onaylı işlemin, iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 2. İdare Mahkemesi, İstanbul Teknik Üniversitesi'ne tahsisli olan, Maçka Kışlasının bir başka kamu kuruluşu olan, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı lehine, irtifak hakkı tesisine ilişkin işlemin, 6235 sayılı, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 2 ve 15. maddelerinin birinci fıkrasında belirtilen, amaçlardan, mimarlık mesleğinin genel menfaatini ilgilendiren bir işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı, dolayısıyla Mimar Odası'nın bu işleme yönelik dava açma ehliyeti bulunmadığından, davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Temyiz aşamasında, Danıştay 10. Dairesi, "...hukuk devletinin ögesi olan idarenin yargısal denetiminin sağlanması, iptal davaları yolu ile olur. İptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğüne saygı duyulmasına, sonuçta idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasına çalışılmaktadır. Bunun için, ülkede yaşayan herkesin, menfaat gereği, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen hukuk devleti esaslarına aykırı, kamu yararını ihlal eden işlemlerin hukuk âleminden silinmesini sağlamak için, bu işlemlere karşı bireylerin dava açma hakkını geniş yorumlamak gerekmektedir. 6235 sayılı, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 1. maddesinde; birlik ve odanın, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, davacı birliğin kamu yararını koruma görevi ve yükümlülüğü, bir kamu kurumu olmasının doğal sonucu olarak tanınmış olmaktadır. Dava konusu taşınmaz, tescilli kültür varlığı ve mimari değeri olan bir eser olduğu anlaşıldığından, bu taşınmazla ilgili alınan kararın "kamu yararı"na uygun olmadığı açısından, yargı denetimine tabi tutulması

⁶⁵ Da. 4. D. E.1989/2467, K.1980/3275, DD, S. 82, s. 345.

amacıyla açılan davada, Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Mimar Odası'nın, dava açma ehliyeti bulunduğuna karar vermiştir".⁶⁶

Yine Danıştay 5. Dairesi, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi'nin Sağlık Bakanlığı'nca hazırlanıp 28.8.2003 günlü, 25213 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Eğitim Personelinin Nitelik ve Seçim Esasları Hakkında Yönetmeliğin" tüm maddeleri ile bu Yönetmeliğe dayalı olarak 5 Temmuz 2004 günü yapılacağı 7.4.2004 tarihinde ilan edilen şef ve şef yardımcılığı sınavının, söz konusu Yönetmeliğe dayalı sınavsız atama işlemlerinin iptalini ve yürütmenin durdurulması istemiyle yaptığı başvuruda, Türk Tabipleri Merkez Birliği'nin dava açma ehliyetinin var olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararına göre "...Tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak, üyelerinin menfaatiyle kamu yararını denkleştirmekle görevli Türk Tabipleri Birliğinin, ilgili mevzuat hükümleri ve asıl atama yöntemi ihmal edilip bir kısım meslek mensuplarını ayrıcalıklı konuma yükselten yönetmeliğe dayalı sınavsız atama işlemlerini irdeleyip dava konusu etmesi, üstlendiği görevin doğal sonucudur. 6023 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen hükümleri ve yapılan değerlendirmeler karşısında, davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi'nin, Birlik üyelerinin hukukunu korumak amacıyla dava açabileceğinin; esasen, Yasa ile belirlenmiş olan kuruluş amacı göz önünde bulundurulduğunda, düzenleyici işlemlerin yanı sıra, bu düzenleyici işlemlerin uygulama işlemleri niteliğindeki sınavsız atama işlemlerine karşı da dava açma ehliyetinin var olduğunun kabulü gerekmektedir..."⁶⁷. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, kanunla kendisine verilen görevler bakımından Birliği temsilen genel düzenleme olan dava konusu Yönetmeliğe karşı dava açma ehliyeti bulunmakta ise de, Birlik tüzel kişiliğini ve tabiplik mesleğini ilgilendiren meşru ve güncel bir menfaat ilişkisi bulunmayan, ayrıca üyelerinin hak ve menfaatleri arasında "birliktelik" olmayan, mensupların "ortak" çıkarlarını zedelemeyen, farklı yerlerdeki ve farklı ihtisas alanlarındaki klinik ve laboratuarlara atama yapılması nedeniyle ancak mensupların kişisel çıkarlarını etkilemesi söz konusu olan tamamen bireysel nitelikteki şef ve şef yardımcılığı kadrolarına sınavsız yapılan atama işlemlerine karşı subjektif anlamda dava açma ehliyeti bulunmadığına karar vermiştir..."⁶⁸

⁶⁶ Da. 10. D. E.1993/4733, K.1994/4393. Karar için bkz. Gözübüyük, s. 171.

⁶⁷ Karar için bkz., http://www.ttb.org.tr/eweb/guncel/karar_34.php (Erişim Tarihi: 30.11.2006).

⁶⁸ Karar için bkz., http://www.ttb.org.tr/eweb/guncel/karar_39.php (Erişim Tarihi: 30.11.2006).

d. Belde veya Köy Sakini Olma

Belde veya köy sakini olma sıfatıyla, belirli bir belediye veya köy sınırları içinde yaşayan insanların, yaşadıkları çevreyle ilgili olarak alınan kararların, yapılan işlemlerin yargısal yolla denetlenme imkânına sahip olmaları gerekir. Zira kişilerin yaşadıkları belde, salt orada yaşamaktan kaynaklanan, bazı menfaatleri var olabilir. Örneğin, emekliliğini spor yaparak, daha sağlıklı geçirmek isteyen bir kişinin, satın almayı düşündüğü evin, yeşil bir alana yakın olmasını istemesi sonucu, aldığı evin civarında bulunan, yeşil alanın, belediyece yıkılarak, yerine bir başka inşaatın yapılacağına ilişkin kararın iptali istemiyle açacağı davada, menfaati bulunmaktadır. Yine, aynı örnekte, yeşil alanının çevresinde bulunan ve küçük çocuklarını zaman geçirmek için oraya götüren annenin dahi, belediyenin yeşil alanın yıkılması hakkında aldığı kararın iptali istemiyle açacağı davada, menfaati bulunmaktadır.

Danıştay uzun süre, salt belde sakini olmanın, idari yargıda iptal davası açabilmek için, yeterli olmadığını içtihat etmiştir.⁶⁹ Ancak, Danıştay'ın bu içtihatlarını değiştirme eğiliminde olduğunu sevinerek görmekteyiz. Danıştay 6. Dairesi'nin kararına göre; *"beldenin ve beldeye yaşayanların hayatını yakından ilgilendiren fiziksel çevreyi sağlıklı kılmak amacı ile yapılması öngörülmüş aktif yeşil alanın (çocuk bahçesinin), tamamının kaldırılması sonucunu doğuran, imar planı değişikliği işlemi en azından beldeye yaşayan bir kişi olarak davacını menfaatini ihlal ettiği gözetilmeksizin, mülkiyet ilişkisinden söz edilerek davanın ehliyet yönünden reddedilmesi, usul ve yasaya uygun olmadığından, aksi yöndeki İdare mahkemesi kararını bozmuştur"*.⁷⁰

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da, bir kararında, *"Köy halkının, mera harman yeri olarak kullanılmasına tahsis edilen, taşınmazların, sadece bir kişinin kullanımına verilmesi işleminin köy sakini olan davacının, menfaatini ihlal ettiğine karar vermiştir"*.⁷¹

Danıştay 6. Dairesi'nin yeni tarihli diğer bir kararında ise; *"...dava İzmir, Gümüldür... Pafta... Parsel sayılı mülkiyeti hazineye ait taşınmazın, arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin, 24.10.2001 günlü 4 sayılı Belediye Meclis kararının ve bu işlemin değiştirilmesi istemiyle"* açılmıştır.

⁶⁹ Da. 6. D. E.1968/2553, K.1970/835. Karar için bkz., Gözübüyük, s. 177.

⁷⁰ Da. 6. D. E.1987/931, K.1988/417, DD, S. 72-73, s. 361; Aynı yönde bkz., Da. 6. D. E.1991/3829, K.1992/1435, DD, S. 86, s. 319; Da. 6. D. E.1993/1858, K.1993/5451, DD, S. 89, s. 370.

⁷¹ DİDDGK, E.1995/396, K.1996/598. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi_\(Erisim_Tarihi:_16.08.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi_(Erisim_Tarihi:_16.08.2006)).

Davacılar, arıtma tesisinin kurulduğu taşınmazın zilyedi konumundadırlar. Davacılar, davalarını da, bu sıfatlarına dayandırmışlardır. Danıştay 6. Dairesi, *“taşınmaz maliki olmayan ve dava açma ehliyetini belde sıfatına değil, taşınmaz zilyedi olma olgusuna dayandıran, davacıların, ilerde doğması ihtimali bulunan bir hak iddiasına dayandırdıkları davayı, ehliyet yönünden reddetmiştir”*.⁷²

e. Milletvekilliği Sıfatı-Belediye Meclis Üyeliği

1982 Anayasasının 80.maddesine göre, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi değil veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler”*. Bu esastan hareket edilerek, milletvekilinin, salt bu sıfatına dayanarak iptal dava açması, günümüzdeki idari yargı anlayışı karşısında pek kabul görecektir bir esas değildir, nitekim, Danıştay 5. Dairesi, *“bir milletvekilinin, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü’ne yapılan atama işleminin dayanağı olan 19.12.1989 günlü 1989-14901 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali için açtığı davayı, ehliyet yönünden reddetmiştir”*.⁷³ Bir başka olayda ise Milletvekili olan davacı, milletin vekili olduğunu, hukukun üstünlüğünü sağlayacağına and içtiğine göre, yasal düzenlemelere, Anayasa’ya ve hukuka aykırı olan Bakanlar Kurulu Kararı’nın iptali istemiyle açtığı davada menfaatinin bulunduğunu iddia etmiştir. Bu iddia Danıştay 10. Dairesi’nce yerinde görülmemiştir. Daireye göre, *“milletvekilliği hukuksal bir statüdür. Bir milletvekilinin bu sıfatla dava açabileceği haller Anayasa’nın 85 ve 150. maddelerinde özel olarak düzenlenmiş olup, Anayasa Mahkemesi’ne anılan maddelerde öngörüldüğü biçimde iptal davası açılabilmesi, milletvekillerine milletin “vekaletini” aldıkları gibi bir düşünce ile iptal davası açabilmek yetkisi tanınmaz. Aksine bir düşünce kaynağını Anayasa’dan almayan bir yetkinin kullanılması anlamını taşır ki bunun da hukuken kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır”*.⁷⁴

⁷² Da. 6. D. E.2004/6309, K.2005/2411, DD. S. 110, 2005, s. 207.

⁷³ Da. 5. D. E.1990/509, K.1990/1087, DD, S.81, s. 181; Aksi yönde bkz., Da. 10. D. E.1990/2308, K.1992/3555; Da. 10. D. E.1990/1742, K.2328. Kararlar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi) (Erişim Tarihi: 05.12.2006)

⁷⁴ Da. 10. D. E.1995/2009, K.1995/3001. Kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 2577 sayılı İYUK m. 2/1-a bendinde, iptal davası açmada “kişisel hakları ihlali edilen” koşulu yer almaktaydı. Buna karşılık temyiz incelemesi yapan İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesi’nin, İYUK m. 2/1-a bendinde yer alan “kişisel hakları ihlal edilenler” ibaresini iptal etmiş olmasına rağmen, bu durumda dahi, davacı milletvekili sıfatı ile dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptalini arasında menfaati alakasının kurulamayacağına karar vermiştir. Karar için bkz.,

Buna karşılık Danıştay 10. Dairesi dönemin ana muhalefet partisinin üst yöneticisi olan bir milletvekilinin, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.4.1987 tarih ve 54 sayılı kararı ile özelleştirilmesine karar verilen Uçak Servisi A. Ş. (USAŞ)'nin 10.000.000.000 TL nominal değerli sermayesinin %70'ine tekabül eden 7.000.000.000 TL nominal değerli hisselerinin SAS Service PartnerA/S (SSP) veya SSP'nin belirleyeceği SAS Şirketler grubundan bir şirkete satılması hakkında, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'na bu satışla ilgili anlaşmalar yapmak yetkisi verilmesine ilişkin Yüksek Planlama Kurulu'nun 9.2.1989 gün ve 89/3 sayılı kararı ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi'ne verilen satış yetkisine dayanılarak USAŞ'ın satışına ilişkin 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararının iptali istemiyle açtığı davada, dava açma ehliyetinin bulunduğunu içtihat etmiştir.⁷⁵

Yine bir milletvekilinin Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi T.A.Ş.'nin bağlı ortaklıklardan olan Söke, Balıkesir, Pınarhisar, Ankara Çimento fabrikalarının Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'na devredilen hisselerinin tamamı ile Afyon Çimento Fabrikasının hisselerinin %51'inin "Societe Ciments Francais" isimli bir Fransız şirketine satışına ilişkin Yüksek Planlama Kurulu Kararının iptali istemiyle açtığı davada, dava açma ehliyetinin bulunduğu içtihat etmiştir.⁷⁶

Belediye Meclis üyeliği sıfatına dayanarak, "Mülkiyeti belediyeye ait olan taşınmazın, 2886 sayılı Yasa'nın 51/9 maddesi uyarınca, 49 yıl süreyle kiraya verilmesine ilişkin, belediye encümen kararının iptali istemiyle, dava açan, belediye meclis üyelerinin, açtığı davayı Antalya 1. İdare Mahkemesi, ehliyet yönünden reddetmiştir. Temyiz safhasında, Danıştay 10. Dairesi, "davacıların, uyuşmazlık konusu taşınmazın, kiralınması konusunda, belediye encümenine yetki veren belediye meclis kararının değil, taşınmazların 2886 sayılı Yasanın 51/9 maddesi uyarınca kiralınmasına ilişkin encümen kararının dayanağı meclis kararında, usul hataları yapıldığı iddiasıyla iptalini istediklerinden tesis edilen idari işlemin hukuka uygunluğunun saptanması ve idarenin hukuka bağlılığının tespiti yönünden bu davayı açmada, meşru ve güncel menfaatleri bulunmaktadır. Ayrıca, davacıların, dava konusu encümen kararlarında karşı oy kullanmalarından dolayı, belde halkını koruma görevini yerine getirmediği gerekçesi, dava açma hakkını ortadan kaldırma-

Gözübüyük/Tan, s. 367.

⁷⁵ Da. 10. D. E.1990/2308, K.1991/3355. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 06.12.2006)

⁷⁶ Da. 10D. 1990/1742, K.1991/2328. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 06.12.2006).

yacaktır. Bu nedenlerle, davayı ehliyet yönünden reddeden Antalya 1. İdare Mahkemesi'nin, kararını bozmuştur".⁷⁷

f. Vatandaşlık ve Vergi Yükümlülüğü Sıfatı

Salt Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının, iptal davası açmada yeterli bir koşul olduğunu söylemek güçtür. Ancak bazı konularda, salt vatandaşlık bağının, iptal davasını açmak için yeterli koşul sayılması düşünülebilir. Özellikle, tüm ülkeyi ilgilendiren, bütün vatandaşlar için etki ve sonuç doğuran hallerde, vatandaşlık sıfatı, iptal davası açmada, yeterli bir kriter sayılabilir.⁷⁸ Ancak, Danıştay 10. Dairesi bir kararında, "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma dışında bir niteliği olmayan kişinin, Sümerbank'ın, özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararını dava konusu edemeyeceğinden, davayı ehliyet yönünden reddeden, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin, kararını onamıştır".⁷⁹

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yeni tarihli bir kararına konu olan bir olayda; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan bir kişi, bu sıfatına dayanarak, şair Nazım Hikmet Ran'ın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığından ıskatına ilişkin 25.7.1951 günlü, 3/13401 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın, geçersiz kaldığı ve uygulanamayacağı hususunun tespiti ile nüfus kaydında, 8.3.2002 günlü VGF 90 numaralı form düzenleterek ve düzenleyerek vatandaşlıktan ıskat işleminin iptali istemiyle dava açmıştır.

Davayı ilk derecede gören, Danıştay 10. Dairesi, "iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu

⁷⁷ Da. 10. D. E.2002/4860, K.2002/80, DKD, S. 2, 2003, s. 323.

⁷⁸ Örneğin bir Türk Vatandaşı'nın "Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine ortaya çıkan savaş sırasında, Türkiye'de konuşlandırılmak amacıyla NATO'dan askeri kuvvet istenilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın, iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay 10. Dairesi, "Hukuk devleti esasının tüm kurum ve kuralları ile yerleştirilmesi, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaat ilişkisinin bulunmadığını söylemenin mümkün olmadığını, öte yandan, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile yabancı silahlı kuvvetlerin yurda çağırılması olayını, savaşı doğurucu, kışkırtıcı bir unsur olarak gören her Türk vatandaşının, hem hukuk devleti ilkesini yerleştirme gereği olarak, hem de ülkede çıkabilecek bir savaş bakımından kişisel, meşru ve aktüel bir menfaat bağı bulunmaktadır". Da. 10. D. E.1990/4944, K.1990/3569. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay_Bilgi_Bankasi) (Erişim Tarihi: 05.12.2006).

⁷⁹ Da. 10. D. E.1996/2608, K.1997/5233, DD, S. 96, s. 626.

nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemde meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulünün zorunlu olduğu, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan; "Kaybettirme ve çıkarma kararları şahsidir, ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmez" hükmü karşısında, dava açma hakkının esas hak sahibine ait olacağı, vatandaşlık hakkının şahsa bağlı haklardan olduğu ve dava konusu işleme dayanak oluşturan Bakanlar Kurulu kararının, dava konusu edilmediği göz önüne alındığında, vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin kararın nüfus kütüğüne tesciline ilişkin işlem ile davacının, doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığından, davayı ehliyet yönünden reddetmiştir.

Temyiz incelemesi yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre; "iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de, idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine olanak sağladığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir. Nazım Hikmet Ran, Türk Dünyasında ve 20. yüzyıl dünya edebiyatının en büyük şairlerinden olup, milletlerarası bir kurum olan UNESCO'nun, şair için 100. Doğum yılı anısına, 2002 yılını "Nazım Hikmet Yılı" ilan etmesi, bu gerçeğin bir tasdiki olmaktadır. Nazım Hikmet'in, Türk ve Doğu halklarının şiirini büyük ölçüde etkilemiş, şiirde yeni yollar açmış, geçmiş ve gelecek yüzyılların ebediyen yaşayacak bir klasik olması itibarıyla hakkındaki vatandaşlıktan ıskat kararının nüfus kütüğüne tesciline ilişkin işlemin iptali istemi ile açılan bu davada, davacının güncel menfaati bulunduğu gibi, adı geçen şairin, ulusal sınırları da aşarak, dünya çapında kabul görmüş bir sanatçı olması nedeniyle, bir vatandaş olarak, davacının kişisel ve meşru menfaatinin de, ihlal edildiği anlaşıldığından, bakılan davada, davacının sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle, davanın esasına incelenmesi gerekmektedir".⁸⁰

Vergi yükümlüsü sıfatı, vergi hukukundan doğacak bir uyuşmazlıkta, dava açmak için yeterli bir ehliyet olduğu muhakkaktır. Özellikle, yerel yönetimlerin uygulanmasında, ortaya çıkabilecek masraflar nedeniyle, mükellef sıfatıyla dava açabilmesi mümkündür.⁸¹

⁸⁰ DİDDK, E.2004/3, K.2005/2371, DD, S. 111, 2006, s. 74.

⁸¹ "...Belediye masraflarının artmasını mucip olacak mahiyetteki yolsuz kararlara karşı belde sakinlerinden her biri iptal davası ikame edebilir. Çünkü belde sakinleri, belde masraflarına bir takım vergi ve resimler vermek suretiyle iştirak etmektedirler. Bu itibarla, hepsinin mükellef sıfatıyla, sarfiyatın yolsuz olmamasını istemekte menfaatleri vardır...". Sarıca, s. 40.

g. Kiracılık ve Zilyetlik Sıfatı

Aynı hakkın, şahsi hakka olan üstünlüğü, kendisini iptal davası açma sırasında da göstermektedir. Davacının, malik veya kiracı olması onun açacağı iptal davasının, dinlenip dinlenmeyeceğini doğrudan etkilemektedir.

Danıştay bazı kararlarında, taşınmazlarla ilgili olarak açılan, iptal davalarında, davacının taşınmazın kiracısı olması nedeniyle, davayı ehliyet yönünden reddetmektedir.⁸² Danıştay'ın bu nitelikte kararlarına rağmen, Fransız Danıştay'ı, kiracılık sıfatını, iptal davasını açmada yeterli saymaktadır⁸³. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise, bir kararında, kiracılık sıfatının, iptal davasının açılabilmesi için yeterli saymıştır.⁸⁴

Danıştay 6. Dairesi, yeni tarihli bir kararında ise, *“Kiracının, sit alanından çıkarma ile ilgili işlemin iptali istemiyle açtığı davada, dava açma ehliyeti olmadığından”*, davayı ehliyet yönünden reddeden Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin, kararını onamıştır.⁸⁵

Danıştay 6. Dairesi, *“zilyedin, taşınmazın parselasyona tabi tutulmasına ilişkin işleme karşı dava açma ehliyeti bulunmadığı”na hükmetmiştir.*⁸⁶

Danıştay'ın, kiracılık sıfatının, iptal davası açmak için yeterli sayılmayacağına ilişkin, kararlarına katılmak olanaksızdır. Menfaat ilişkisini mülkiyetle açıklayarak buna göre çözüme ulaşmak, iptal davaları ile ulaşmak istenen sonuç da göz önüne alındığında, daraltıcı bir yorum olarak kabul edilir.

Kiracılık sıfatının, iptal davasını açmada yeterli saymayarak, dar bir yorum yapan Danıştay 6. Dairesi, malik sıfatı söz konusu olduğunda ise, bu yorumu genişletmektedir. Danıştay 6. Dairesi'nin, yeni tarihli kararına göre; *“imar planı değişikliğine karşı uyumsuzluk konusu taşınmazın yakınındaki taşınmaz maliki olan kişinin dahi dava açma ehliyeti bulunmaktadır”*.⁸⁷

Danıştay 6. Dairesi, *“intifa hakkı sahibinin imar planı değişikliğine karşı açılan davada ehliyetinin bulunduğu”na karar vermişken,*⁸⁸ *“belediyenin*

⁸² Da. 6. D. E.1973/3117, K.1975/1330. Karar için bkz., Gözübüyük, s. 174.

⁸³ Gözübüyük/Tan, s. 351.

⁸⁴ DİDDGK. E.1987/47, K.1988/3, DKD, S. 72-73, s. 104.

⁸⁵ Da. 6. D. E.2003/3450, K.2004/6401, DD, S. 109, 2005, s. 199.

⁸⁶ Da. 6. D. E.1981/2303, K.1984/3079. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danıştay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 16.08.2006).

⁸⁷ Da. 6. D. E.2003/1712, K.2003/422, DKD, S. 3, 2004, s. 196.

⁸⁸ Da. 6. D. E.1983/767, K.1984/2527. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danıştay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 22.08.2006).

taşınmazında kiracı olan kişinin bu yerde yapılan parselasyon işlemine karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığı"na hükmetmiştir".⁸⁹

h. Hizmetten Yararlanan Sıfatı

Bir kamu kurumundan ya da kamu hizmetinden yararlananların, bu hizmetlerle ilgili kararlara karşı dava açmakla kişisel menfaatlerinin bulunduğunu genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁰ Kamu hizmetlerinden yararlanan ilgililerin, bu hizmetlerin yürütülmesi ve dağıtılmasıyla ilgili olarak hazırlanan tarifeler için açtıkları iptal davaları, Danıştay'ca kabul edilmektedir.⁹¹

Fransız Danıştay'ının uygulaması da bu yöndedir. Conseil d'Etat, "bir semtten tramvay yolunun kaldırılması", "tramvay ücretinin artırılması, kararlarına karşı" bu hizmetlerden yararlananların açtıkları davalara bakmış ve hizmetten yararlanmayı menfaat koşulu için yeterli saymıştır.⁹²

KAYNAKÇA

Akyürek, Akman, "Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru", *DD*, S. 81, 199.

Azrak, Ülkü, *Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay*, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara 1993.

Çelikkol, Hüseyin, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *AD*, S. 3, 1985.

Eroğul, Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, Ankara 1991.

Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, Bursa 2003.

Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Ankara 2003.

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. II, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999.

⁸⁹ Da. 6. D. E.1991/1677, K.1991/44. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danıştay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 22.08.2006).

⁹⁰ Da. 6. D. E.1985/45, K.1985/966. Karar için bkz., [http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danıştay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/e-hizmetler/Danistay%20Bilgi%20Bankasi) (Erişim Tarihi: 22.08.2006).

⁹¹ Da. 6. D. E.1950/726, K.1951/299, DKD, S. 53, s. 520.

⁹² Gözübüyük, s. 175.

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara-2004.

Kuru Baki/ Yılmaz Ejder/ Arslan Ramazan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2003.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukuku'nun Umumî Esasları*, 3. Baskı, C. II, İstanbul 1966.

Özay, İlhan, *Günışığında Yönetim*, İstanbul 1996.

Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza*, C. I, İstanbul-1949.

BERLİN İSTİNAF MAHKEMESİ'NİN “AVUKATIN REKLAM YAPMA HAKKI”NA İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Stefan Rapp LL. M.
Uta Kuchkelkorn
Çev. Av. D. Derya Yeşiladalı **

Bu makale, Berlin İstinaf Mahkemesi'nin avukatların reklam yapmalarına ilişkin olarak vermiş olduğu karar üzerine yazılmış olup, ABD yargılamasından alınmış ilginç örneklerin Almanya adli sisteminde verilmiş kararların bir karşılaştırılması anlamındadır. Diğer bir ifade ile iki sistem arasındaki farklılıklar ile Almanya'da avukatlık mesleğinin içinde bulunduğu ve avukatların karşılaştıkları güçlükler işaret edilmektedir. Makale ayrıca, avukatların reklam hakkına ilişkin yargısal bakış açısındaki zafiyetlere ışık tutmaktadır.

Berlin, Almanya: Ele alınan dava, bir avukatlık firmasının hasımlarını gösterir bir listeyi web-sitesinde yayımlamasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu listede bankalar ve finansal hizmet sunan kurumlar yer almaktadır. Bu bağlamda avukatlık firmasının amacı ve gerekçesi; bünyesinde bulunan avukatların iştiğal alanlarını göstermekti. Söz konusu listede yer alan ve ticari itibarının zedelenmesi bakımından kaygı duyan bir hasım, ismini/unvanını önceden izin almadan yayımlayan hukuk firması aleyhine dava açmıştır. Davaya ilişkin karar veren Berlin İstinaf Mahkemesi (Berlin Kammergericht) de kararında; temyiz edenin (hukuk firması) yeni müşteriler edinmek için, karşı tarafın unvanını haksız olarak ifşa ettiğine ve bu davranışın temyiz eden hukuk firmasının ticari iş hürriyetinin korunması sınırlarını aşmaktadır.

Ticari iş yapma serbestisi/hürriyetinin yasal dayanağını Alman Anayasa'sının 2. maddesinin ikinci fıkrası oluşturmaktadır. Söz konusu madde; pek çok diğer haklar yanında, bir kişinin kişisel bilgilerinin

* Journal of Academic Legal Studies 39-41 (2006).

** TBB, CCBE Temsilcisi.

ne ölçüde kamuya açıklanabileceğine kendisi tarafından karar verilebileceğine ilişkin temel hürriyete ilişkin düzenleme getirmektedir.

Hemen belirtelim ki Amerikalı bir avukat yukarıda değinilen kararı hayretle karşılayacaktır. Bir kıyaslama yapmak ve aradaki farkları tespit etmek adına ABD’de avukatların reklam yapmasına ilişkin iki örnek verilecektir. Ayrıca, vereceğimiz bu örnekler Alman hukuk bürolarının ABD’de ambulans kovalayan avukatların öyküsünden ne kadar etkilendiğini ve aynı zamanda ne kadar rahatsızlık duyduğunu da açıklar niteliktedir.

İlk örnek Alabama eyaletinde görülen bir davaya dayanmaktadır.

Şöyle ki; bir avukat anaokulunda meydana gelen bir kazada ölen çocuğun ebeveynine çiçek göndermiştir. Bu haliyle olay duygusal bir jest görünümündedir. Ancak çiçeğe iliştilmiş mektup tüm dikkatleri çekmiştir. Zira söz konusu mektupta avukat taziyetleri ile birlikte eğer aile isterse anaokulu aleyhine dava açarak hukuki hizmet verebileceğini de ifade etmektedir. Bu davranış; kendi içinde hem sosyal olarak hem de profesyonel açıdan sorgulanabilir nitelikte iken “*Rahibe Mary*” adlı bir kişi ortaya çıkarak, Tanrı’nın kendisini aileye bir mesaj iletmekle görevlendirdiğini; buna göre ana babanın adı geçen avukatı aramaları gerektiğini bildirmiştir.

Diğer taraftan, Maryland eyaleti mevzuatı benzer olaylarda limitler öngörmektedir. Buna göre; avukatlar 30 günlük bir tecil (moratorium) süresi içinde haksız fiil sonucu maddi zarara uğrayan veya ölen kişiler veya yakınları ile; diğer bir deyişle “*muhtemel müvekkiller*”le temasa geçemezler. Bu süre doğrudan posta göndererek reklam yapmayı da kapsamaktadır.

Avukat Robin Ficker ve bir reklam şirketi sahibi olan Natalie Boehm bu mevzuatın; avukatların reklam yapmalarının ABD Anayasası’nın birinci değişikliği kapsamında güvence altında (korunduğu) olduğunu ileri sürerek, ilgili bölümlerinin iptali için dava açmıştır. Mahkeme bu iddiayı kabul etmiştir.

Tekrar incelediğimiz karara dönecek olursak; hemen belirtelim ki Berlin İstinaf Mahkemesi hukuk bürosunun reklam yapmasının Alman Anayasası’nın 5/1 maddesi (söz öyleme/ifade hürriyeti) kapsamında değerlendirilebilme ihtimalini göz önüne almıştır. Diğer taraftan konuya muhtemel müvekkillerin, hukuk bürosunun bu tür ihtilafları halletme deneyimi hakkında bilgi sahibi olma hakları yönünden yaklaşmıştır. Ancak Mahkeme reklam yapmanın birincil amacının

ekonomik olduğuna karar vermiştir. Diğer bir ifade ile Mahkeme hukuk bürosunun amacının, ne kamu menfaati nede müvekkil menfaati olmadığına; amacın dikkatleri hukukun belli bir alanındaki beceriye çekmek olduğu, dolayısıyla kendi finansal hedeflerini yükseltmek olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda; hukuk bürosunun ticari iş yapma/faaliyeti hürriyeti hakkı kapsamında korunamayacağına karar verilmiştir. Diğer bir ifade ile karşı tarafın kamuoyunun gözleri önüne konulmasına kendisinin karar verebileceği hususu hukuk bürosunun konuşma/ifade hürriyetine üstün tutulmuştur.

Bir an için söz konusu davayı; Kammergericht'in göz önüne almadığı, kamu menfaati yönünden değerlendirelim.

Bilindiği gibi, hukuk hizmeti geniş bir faaliyeti kapsamaktadır. Şöyle ki; sunulan hizmetlerin niteliği değişmektedir. Bunun sonucu olarak tüketici, doğrudan kişisel deneyimi olmadıkça hizmetin niteliğini değerlendiremez. Bu perspektiften bakıldığında hukuki reklamın, kamu menfaati oluşturması bakımından, hiçbir ekonomik işleve hizmet etmediği tartışılabilir. Bir müvekkil hukuki hizmetin kalitesini önceden tahmin edemediği sürece reklamın müvekkilin seçimi üzerinde olumlu bir etkisi olmayacaktır ve hatta müşteriyi yanıltacaktır. Tamamen faydasız olmasının yanında avukatların reklam yapması avukatlık ücretlerine yansiyarak hukuki yardım talep eden müşteriden fazladan masraf talep edilmesine yol açacaktır.

Ancak, incelediğimiz olayda bu söylediklerimizin uygulanabilirliği bulunmamaktadır: Öncelikle, hukuk bürosunun olayın karşı tarafını oluşturanlara dava açmış olduğu bir gerçektir. Bu gerçek ise büronun ihtilaf konusu hukuk alanında deneyim, uzman olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, potansiyel müvekkillere sunacakları muhtemel hizmetlerin kalitesi konusunda önemli bir bilgi sunulduğu tartışmasızdır. İkinci olarak; bu bilginin açıklanması ne hukuk bürosuna nede muhtemel müşterilere herhangi bir masraf yüklememiştir. Bu bilgi bedava olduğu gibi müşteriler yönünden hukuk bürosunun geçmişteki performanslarıyla ve sorumlu avukatlar ve tercih edilecek avukatla ilgili önemli ipuçları veren bir bilgi niteliği taşımaktadır.

Yukarıdaki tartışmayı bir yana bırakacak olursak artık, Almanya'da avukatlar için sağlıklı bir iş piyasası olmadığını ifade edebiliriz. Bunun sebeplerinden birisi de profesyonel piyasanın yeni mezunlarla dolu olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk fakültelerinde eğitim gören ortalama 100.000 hukuk öğrencisinden her yıl 6.000 kişi avukat olarak piyasaya girmektedir. 1954 ila 1974 yılları arasında serbest avukatların

oranı %44, 1970 ila 1986 arası %113, 2002 yılına kadar %142,7 oranında artarak avukatların sayısı bugün 140.000 ulaşmıştır.

Kammergericht'in Kararına geri dönersek: eğer hukuk bürosu, müvekkili ve davanın karşı tarafı arasında bir muhakeme söz konusu ise kanımızca bu mahkeme bilgilerine ulaşılacaktır. Bu ise yasal dayanağını Alman Anayasası'nın 5/1 maddesinde bulmaktadır. Kammergericht'in Kararı'nda belirtildiği gibi bir davada davalı veya davacı olmanın aşağılayıcı (hakaretamiz) bir yanı bulunmamaktadır.

Bu itibarla; liste halinde ifşa edile şirketler açısından durum pek hoş olmamakla beraber söz konusu liste ne bir hakaret nede alay etmek anlamında yorumlanamaz.

Sonuç olarak; bir iletişimin kanuniliğini, o iletişimin saikini inceleyerek değerlendirmek ifade hürriyetinin iki tarafı değil kamuoyunu da ilgilendirdiği gerçeğini gözardı etmektir.

AVUKATLIK ASGARI ÜCRET TARİFESİ'NİN TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ TARAFINDAN HAZIRLANMASI ANAYASA'YA AYKIRI DEĞİLDİR

İ. Güneş Gürseler

“.....avukatların yaptıkları iş dilekçe vermekten ibaret olmasına rağmen (Gerek mülga 466 sayılı yasanın ve gerekse CMK'nın 141-144. maddelerinde yapılacak işlemin subut delillerini ekleyerek dava dilekçesini vermekten ibaret olduğu, tüm inceleme ve araştırmayı mahkemenin yapacağı, CMK ya göre duruşmalı olarak karar verilecek ise de tarafların duruşmaya gelme zorunluluklarının dahi bulunmamaktadır.) 380,46 YTL olan asgari ücretin yaklaşık üç katı olan 900 YTL vekalet ücretine hükmedilmesi, yapılan işe uygun adalette bir ücret değildir. Aynı ücrete asgari ücretle çalışan bir kişi yaklaşık üç ay çalışması gerektiği halde dilekçe yazım karşılığı vekalet ücreti olarak hükmedilmesi adalet ve eşitlik ilkelerine aykırıdır.

Ayrıca bu uygulama işi gücü olmayan suçluluğu ihtiyat haline getirenler için şüpheli tavırlarla bir günlük ya da birkaç günlük gözaltına alınmalarına, tutuklanmalarına sebebiyet verip akabinde tazminata neden olabilecek sonuçlar doğuracak; yine beraat eden sanıkların avukatların araştırıp bularak kendi düşünceleri olmadığı halde tazminat davası açmaya yönlendirilmelerine sebebiyet verecek niteliktedir. Belki de sebebiyet vermektedir.

...

Yine Anayasa ya göre kamu gelir ve giderlerinin kanun ve bütçe kanunları ile yapılması, kamu çalışanlarının ödeneklerinin kanunla düzenlenmesi, Anayasal zorunluluk olmasına, hazine aleyhine hükmedilecek vekalet ücretinin de Devlet hazinesinde ödenecek olmasına rağmen, ödenecek bu miktarın meslek kuruluşu olan Barolar Birliği'nin belirlemesi Anayasa ya aykırılık teşkil etmektedir.

Kamu gelirleri ve giderlerinin kanunla yapılması zorunlu olmasına ve

* Av., Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri.

Anayasa'nın 7. maddesine göre kanun yapma yetkisi sadece TBMM ye ait olup bu yetkinin devredilemez olmasına rağmen, Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile bir nevi yasama yetkili devri mahiyetinde hazineye ödenecek miktarları belirleme yetkisi Barolar Birliği'ne devredilmiş, Adalet Bakanlığı'na sadece onaylama yetkisi verilmiş, iade edilmesi üzerine 2/3 oranında çoğunlukla kabul edilmesi halinde kesinleşeceği hükmü getirilmiştir ki bu da Anayasa'ya aykırıdır.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, Anayasa ya aykırı olan Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile kamu giderlerinin kanunla yapılması ilkesine ters düşecek şekilde harcama yapılması sonucunu doğuran asgari ücret tarifesinin düzenleme yetkisini barolara devreden hükmü ile buna dayanarak düzenlenen avukatlık asgari ücret tarifesinin 13/3. maddesinin iptaline karar verilmesi arz ve talep olunur.15.3.2006"

Yukarıda ifade bozuklukları ve yazım hataları ile olduğu gibi aktarılan satırlar, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/299 esas sayılı davasının yargılaması sırasında Avukatlık Yasası'nun 168. maddesi ile 2005 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde açtığı iptal davasının dilekçesinden alınmıştır.

Yani, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'ni oluşturan üç yargıç avukatları ve onların meslek kuruluşunu bu gözle görmektedir;

- Türkiye Barolar Birliği'ne Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ni düzenleme yetkisi verilerek bir nevi yasama yetkisi devredilmiştir.

- Hazine aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin Devlet Hazinesi'nden ödenecek olmasına karşın miktarının meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenmesi Anayasa'ya aykırıdır.

- Avukatlar bir dilekçe yazarak asgari ücretin üç katı kazanç sağlıyorlar.

- Avukatlar dava açmayı düşünmeyen insanları dava açmaya zorluyorlar.

- Avukatlar işi gücü olmayan suçu itiyat haline getirmiş insanların gözaltına alınıp tutuklanmalarını sağlıyor, tahliyeden sonra da tazminat davası açıyorlar.

Bir mahkemenin üç yargıcının altını imzalayıp Anayasa Mahkemesi'ne gönderdikleri dilekçedeki bu satırlar, yargı organımızın neden hala kurumlaşamadığını, neden hala "bağımsız" olmadığını, sav, sa-

vunma, yargı üçlüsü içinde savunmanın neden hala gereken yerini alamadığını açıklamaktadır.

Bütün savcı ve yargıçlarımızı aynı değerlendirmeye tabi tutmak söz konusu olamaz ise de ne yazık ki hakkımızdaki genel yaklaşım ve düşüncelerinin çok farklı olduğunu söylemek kolay değildir.

Bunun en açık kanıtı Avukatlık Yasası'nın söz konusu 168. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının mahkemelerimiz tarafından dört yıl içinde iki kez Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş olmasıdır.

Çine Asliye Ceza Mahkemesi, 2002 yılında Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesindeki "avukata aittir" sözcükleri ile 168. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ilk başvuruyu yapmıştı.

Sevindirici olan, her iki davada Anayasa Mahkemesi'nin savunmaya verdiği önemi, avukat ücreti ile savunmanın bağımsızlığı arasındaki ilişkiyi vurgulamasıdır.

Çine Asliye Ceza Mahkemesi'nin açtığı dava sonunda verdiği 2002/126E 2004/27K sayılı 3.3.2004 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi;

"Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma, hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı olan hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştığından da söz edilemez."

"1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değişiklikten önceki 168. Maddesinde avukatlık ücretinin takdirinde hukuksal yardımın başladığı veya davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeler esas alınmış ise de itiraz konusu kuralla ekonominin gerekleri gözetilerek avukatların emeklerinin gerçek karşılıklarını almaları amaçlanmıştır." hükmünü vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin açtığı 2006/60E 2006/51K sayılı 17.4.2006 tarihli kararında ise;

Avukatlık Yasası'nın 168. maddesi yönünden iptal isteğini yukarıda belirtilen aynı konudaki 2002/126 E., 2004/27 K. sayılı 3.3.2004

tarihli kararın *Resmi Gazete'*de yayımlandığı 19.2.2005 tarihi üzerinden on yıl geçmediğini belirterek reddetmiş, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin iptali istemini ise bir davaya bakmakta olan mahkemenin ancak o dava sebebiyle uygulanacak yasa veya yasa hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı talebinde bulunabileceğini Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin iptali istemini incelemenin Anayasa Mahkemesi'nin görevine girmediğini belirterek reddetmiştir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi her iki kararında; avukatlık ücretinin avukatın bağımsızlığı ile doğrudan ilgisini, Türkiye Barolar Birliği'nin avukatlık ücret tarifesinin düzenlenip uygulanmasındaki yetkilerini savunmanın ve savunma mesleğinin önemine uygun olarak değerlendirmiştir.

Vekil eden ile avukat arasındaki ilişkinin en önemli unsurlarından biri avukatlık ücretidir. Bu nedenle vekalet ücreti Avukatlık Yasası ile Meslek Kuralları'nda önemle ve öncelikle düzenlenmiş, ayrı bir tarife bağlanmıştır. Ayrıca, vekil eden, vekalet ücreti ödemiş olmasına dayanarak avukata her istediğini yaptırılmaz. Ücret ödemiş olmak avukatın bağımsızlığına gölge düşüremez. Avukat bir işi kabul etmekle vekil edenin emri altına girmiş olmaz, Vekalet ücreti herhangi bir malın değeri gibi düşünülemez.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği avukatlık mesleğinin yürütülmesinde etkin kuruluşlardır. Avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren tarife taslağı Avukatlık Yasası'nın 168. maddesi gereğince baro yönetim kurulu tarafından hazırlanmakta ve Türkiye Barolar Birliği'nce son şekli verilip Adalet Bakanlığı incelemesinden geçirilerek yürürlüğe girmektedir.

Bu nedenle baroların avukat ücretinin belirlenmesindeki yasal yetkisi yadsınamaz. Ayrıca; Avukatlık Yasası'nın 76. maddesine göre avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahiplerini ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını ve hukukun üstünlüğünü sağlamak amacı ile tüm çalışmalarını yürüten baroların, avukatlık mesleğinin en önemli unsurlarından birini oluşturan vekalet ücreti ile ilgili tüm konuları doğrudan takibi en başta gelen görevidir.

Avukatlık Yasası'nın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 95. maddesi, "*avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunması*" görevini barolara vermektedir. Türkiye Barolar Yönetim Kurulu'nun görevlerini belirleyen 121. maddenin 18. bendi de; "*Mesleki dayanışma-*

nın sağlanması ve devamlılığı için her türlü çalışmalarda bulunmak, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak ve bu konularda her türlü yasal ve idari girişimlerde bulunmak.” görevlerini vermektedir.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği bu görevlerini yerine getirmeğe çalışırken savunma mesleği ve avukatlar olarak, birlikte yargı organını oluşturduğumuza inandığımız her düzeydeki yargıç ve savcı meslektaşlarımızdan kurumlaşmış ve bağımsızlığını almış bir savunma organının oluşumunda gereken olumlu katkıyı ne yazık ki görememekteyiz.

Adalet Akademisi’nde yargıç ve savcılara verilen “*Aman, avukat-tan uzak durun.*” eğitiminden, Avukatlık Yasası’nda yasa maddesi ile belirlenen; Türkiye Barolar Birliği’nin ve baroların protokoldeki yeri, avukat kimliğinin resmi belge niteliğinde olması gibi düzenlemelerin fiilen uygulanamamasından CMK da açıkça belirtilen avukatın vekaletname ibraz etmeden dosyayı inceleyebilme hakkının yönetmelikle geri alınmasına kadar bir çok konuda avukatın hak ve yetkilerinin tanınmaması ne yazık ki yargı kararları ile gerçekleştirilmektedir.

Görevleri başında saldırıya uğrayan, öldürülen meslektaşlarımıza bırakın yasal işlemlerin etkin ve özenli yapılmasını beklemeyi bir geçmiş olsun ya da başsağlığı mesajı esirgenmektedir.

Bunlar sav, savunma ve hüküm üçlüsünün ayrılmaz bir bütün olduğu anlayışını henüz tam anlamı ile yerleştiremediğimizi göstermektedir. Bizler yargı mensupları olarak bu eksikliği yaşayınca siyasi iktidarların yargı organına bakışı da o kadar eksik olmaktadır. Örneğin bir yanda Sayın Adalet Bakanı, bir Avukatlık Yasası Taslağı sunulduğunda kolaylıkla yasalaştırabileceklerini sıkça dile getirirken öbür tarafta Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda müdafî/vekil görevlendirmelerinde savunmayı ve avukatların haklarını daraltan, barolar ve Türkiye Barolar Birliği’ni devreden çıkaran, ücret tarifesi hazırlama yetkisini kaldıran değişiklikler yapılmakta, müdafî/vekil olarak görevlendirilen avukatların birikmiş ücretleri ödenmemekte, yukarıda belirttiğimiz ve Avukatlık Yasası ile tanınan hakların kullanılmasını engelleyen idari tasarruflar geri alınmamakta, uzun uğraşlar sonucu kendisinden randevu alınan Sayın Başbakan’ın sorunların çözümü için üç bakana verdiği talimat yerine getirilmemektedir.

Bütün bu olumsuzluklara emekli olmamış yaklaşık yüz profesörün görev yaptığı 35 hukuk fakültesinin her yıl verdiği ortalama 9000 mezunun sadece stajını tamamlayıp mesleği icraya başladığını eklersek

nasıl bir niceliksel baskı altında olduğumuzu ve bunun da çok önemli nitelik kayıplarına yol açtığını görürüz.

Bu nedenle hepimizin görevi çok zor;

- hukuk fakültesi öğrencisine, stajyere, avukata mesleğine duyması gereken saygıyı, vermesi gereken önemi anlatacağız,

- yargıca, savcıya aynı kökten bir bütünü oluşturduğumuzu, birimizin varlığını sürdürmesinin diğerine bağlı olduğunu, bu üçlünün uyumu ve kalitesinin “*adil yargılanma*” ile adalete saygıyı gerçekleştireceğini anlatacağız,

- siyasetçiye de; bağımsız savunmanın bağımsız yargıda, bağımsız yargının gerçek hukuk devletinde, gerçek hukuk devletinin de ancak eksiksiz demokrasi de olabileceğini anlatacağız. 2.2.2007

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 17.4.2006

E. 2006/784

K. 2006/2254

* **Lehe kanun değerlendirmesi
yapmada görevli mahkeme**

(5237 sayılı TCK m. 7, 85/2; 5252
sayılı K. m. 9/3; 5235 sayılı
K. m. 12)

1. Olayda bir kişinin ölüp iki kişinin yaralandığının ve sanıktan şikayetçi olduklarının anlaşılması karşısında, eylemin suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85/2. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı, anılan maddede öngörülen cezanın süresi bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi ve 5252 sayılı, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9/3 maddesi uyarınca lehe yasa değerlendirmesi yapmanın 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi hükmüne göre Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girdiği bu nedenle de görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, incelemeye devamla yazılı şekilde hüküm kurulması,

2. Sanığın sorgusunun da yapıldığı 8.3.2005 tarihli duruşma tutanağının 1. sayfasının katip tarafından imzalanmaması,

Kanuna aykırı, sanık müdafininin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan sair yönleri incelenmeksizin, hükmün bu sebeplerden dolayı *bozulmasına*, 17.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 27.4.2006****E. 2006/1060****K. 2006/2464**

*** Eksik ceza tayini kararına
karşı aleyhe temyiz olmaması
* Lehe kanunun uygulanması
(5237 sayılı TCK m. 22/6)**

1 yılın 365 gün yerine 360 gün kabul edilerek paraya çevrilmesi suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Olayda, ölenin sanığın oğlu, yaralanın da yeğeni olması ve şikayetinin bulunmaması karşısında sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp değerlendirildikten sonra lehe yasanın tayini gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül-müş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı *bozulmasına*, 27.4.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 1.5.2006****E. 2006/964****K. 2006/2486**

*** Takibi şikayete bağlı suç
(5237 sayılı TCK m. 85/1, 89)**

Hükmedilen cezanın miktarı itibariyle koşulları oluşmadığından sanık müdafininin duruşmalı inceleme isteğinin CMUK'un 318. mad-desi uyarınca *reddine*,

Mağdur Yılmaz İstifin sanık hakkında şikayetçi olmaması karşısın-da, 5237 sayılı TCK'nın 89. maddesinde yazılı yaralamaya neden olma suçunun takibi şikayete bağlı suçlardan olduğu da gözetilerek sanığın sadece Candaş Uymaz'ın ölümünden sorumlu tutulması gerektiği ve eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 85/1. maddesine uyduğu düşünülme-den yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafininin temyiz itirazları bu nedenle ye-rinde görülmüş olduğundan, hükmün *bozulmasına*, 1.5.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 13.3.2006****E. 2006/203****K. 2006/1516***** Kesinleşmiş hükümlerde lehe olan hükmün belirlenmesi***** Kasten işlenen suç nedeniyle sanığın belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması**(5237 sayılı TCK m. 53, 302;
765 sayılı TCK m. 125)

1. Kesinleşmiş hükümlerde lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kararların, somut olayda suçun unsurları, fiilin yeni yasada farklı suçları oluşturması hali de nazara alınmak suretiyle ortaya çıkacak sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi gerektiği, hükmünün mensubu olduğu örgütün amacı doğrultusunda; 1995 yılında Batman-Sason yolunun kesilerek bir kamyon gıda maddesinin gasp edilmesi, 1995 yılında Sason kırsalında güvenlik güçlerine saldırı ve iki adet G-3 silahın gasp edilmesi, 1995 yılında Sason ilçesi Acer Jandarma Karakolu'na giden askeri araca pusu atılması, 1995 yılında GKK'larının bulunduğu yere mayın konulup, patlatılması ve 1 kişinin yaralanması, 1995 yılında, Sason-Yücedağ köyüne mayın döşenip, silahlı saldırı yapılması, 1996 Nisan ayında Genç kırsalında güvenlik güçleri ile silahlı çatışma, 1996 yılında güvenlik güçleri mevziilerine mayın döşenmesi, 1996 Ağustos ayında Lice-Genç karayolunda askeri araçlara pusu atılması, 1997 Temmuz ayında Dicle Kurşunlu Köyü kırsalında güvenlik güçleri ile silahlı çatışma, yine aynı ay içinde aynı bölgede silahlı çatışma ve 1 güvenlik görevlisinin yaralanması, 1997 Aralık ayında Kığı kırsalında silahlı çatışma, 1998 Kasım ayında Kığı-Ağığüney Köyünde silahlı çatışma, 1999 Mayıs ayında askeri araca pusu atılması, 1999 Mayıs ayında Ağığüney köyünden zorla erzak gaspı, 8.9.1999 günü Mutki, Çaygeçit-Ayşe Hatun Dağı bölgesinde güvenlik güçleri ile silahlı çatışma eylemine katıldığının anlaşılması karşısında, 5237 sayılı yasanın 302. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi sırasında yukarıda açıklanan başka suçların da işlenmesi nedeniyle aynı yasa maddesinin 2. fıkrası uyarınca yasanın amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alındığında, hükümlü hakkında ayrıca bu suçlardan dolayı da ilgili hükümlere göre ceza tayini gerektiği, bu durumda da 765 sayılı TCK'nın 125. maddesinin hükümlünün lehine olduğu gözetilmeden yasaya uygun olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi,

2. Kabule göre ise, Anayasa ve yasaların kişilere tanıdığı hakların yine yasalara dayanılarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilmesi na-

zara alındığında, kasten işlemiş olduğu suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen hükümlü hakkında TCK'nın 53. maddesi uygulanarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı düşünceler ile bu konuda hüküm tesisine gerek görülmemesi,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı *bozulmasına*, 13.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 25.05.2006

E. 2006/1576

K. 2006/5308

* İş kazası nedeniyle iş
göremezlik derecesinin tespiti
(506 sayılı K. m. 19, 31, 109)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı gerektirici nedenlere göre davalıların tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2. Dava, davacıda 26.1.1992 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucunda oluşan beden güç kaybı oranının tespiti istemine ilişkindir.

506 sayılı yasanın 19. maddesinde geçici iş göremezlik hali sonunda kuruma ait veya kurumun sevk edeceği sağlık tesisleri sağlık kurumları tarafından verilecek raporlarda belirtilen arızalarına göre iş kazası sonucu meslekte kazanma gücünün en az %10 azalmış bulunduğu Kurumca tespit edilen sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanacağı, 31. maddesinde Kurumun, sigortalıya bağlanacak gelirleri yapılan inceleme ve soruşturmalar sonunda ve gerekli belgelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde tespit ederek ilgililere yazı ile bildireceği, ilgililerin bağlanan geliri bildiren yazıyı aldıktan sonra bir yıl içinde yetkili. Mahkemeye başvurarak kurum kararına itirazda bulunabilecekleri, itirazın reddi hakkındaki mahkeme kararının kesinleşmesiyle kurum kararının kesinleşmiş olacağı, 109. maddesinde de sigortalıların iş görmezlik hallerinin tespitinde, Kurum Sağlık tesisleri sağlık kurumlarınca verilecek raporlar da belirtilen hastalık ve arızaların esas tutulacağı, kurumca verilen karara ilgililer tarafından itiraz edilmesi halinde durumun Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karar bağlanacağı bildirilmiştir. Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulu'nca ve-

rilen karar kurumu bağlayıcı nitelikte ise de mahkeme Yüksek Sağlık Kurulu kararı ile bağlı olmayıp somut maddi gerçeği uzman kuruluşlardan görüş sormak suretiyle tespit etmelidir. Yüksek Sağlık Kurulu Kararı'na itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu giderek Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu aracılığıyla yaptırılmalıdır.

Yapılan incelemede davacının 26.1.1992 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucunda sağ ve sol el bileğinde açık kırık, sol tibiada kırık oluştuğu, SSK Sağlık Dairesi'nce 18.5.1993 tarihli karar ile 2.8.1994 tarihinde kontrol yapılmak kaydı ile sürekli iş göremezlik, derecesini % 42.2 olarak belirlenip davacıya gelir bağlandığı, kontrol sonucu anılan dairece 22.9.1994 tarihli karar ile 4.9.1996 tarihinde kontrol yapılmak kaydı ile sürekli iş göremezlik derecesi % 32 olarak belirlendiği, kontrol sonucu 27.2.1997 tarihli karar ile kontrole gerek olmadığına, sürekli iş göremezlik oranının % 13.2 olarak kesin olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Körfez İş Mahkemesi'nin 1999/1390 esas nolu dosyasında görülen SSK tarafından işverene karşı açılan rücu davasında davalı işverenin talebi üzerine Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nden alınan 12.1.1998 tarihli raporda sürekli iş göremezlik oranının % 31.2 olarak belirlendiği ve anılan mahkemece Bu oran esas alınarak verilen hükmün Yargıtay 10. HD tarafından onanmak suretiyle kesinleştiği, Körfez İş Mahkemesinin 2005/12 Esas nolu dosyasında görülen davacının açtığı tazminat istemli davada Adli Tıp Kurumu'nun 12.1.1998 tarihli raporunda belirlenen oran esas alınarak sonuca gidilmesi üzerine verilen kararın Dairemizin 20.3.2001 tarihli karar ile maluliyet oranının 506 sayılı yasanın 109. maddesinde düzenlenen prosedüre uygun olarak belirlenmesi gerektiğinden bahisle bozulması üzerine bu davanın açıldığı, görülmektedir.

Sosyal Sigortalar Kurumu gelir bağlama evrakları ile tedavi belgelerinden davacının sürekli iş göremezlik oranının zaman içinde azalma gösterdiği ve 26.1.1992-1.9.1994 tarihleri arasında % 42.2, 1.9.1994-1.10.1996 tarihleri arasında % 32 olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık sürekli iş göremezlik oranının kesin olarak belirlendiği ve kontrol kaydının kalktığı 1.10.1996 tarihinde oranın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda mahkemece Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nden alınan 31.10.2001 tarihli raporda oranın % 17 olarak belirlenmesi üzerine çelişkinin giderilmesi için Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan rapor alınmış, 20.12.2001 tarihinde oranın % 17 olduğu bildirilmişken önceden Yüksek Sağlık Kurulu'na başvurulmadığından, bu aşamaya

gelindikten sonra gerekmediği halde Yüksek Sağlık Kurulu'na başvurulmuş, anılan kurulca oranın % 13.1 olarak belirlenmesi üzerine bu defa çelişkinin giderilmesi için Cerrahpaşa Tıp Fakültesi öğretim görevlilerinden oluşan Tıp Konseyi teşekkür ettirilmek suretiyle bu konseyden rapor alınmış ve Konsey raporunda oranın % 10 olduğu bildirilmiştir.

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu sürekli iş göremezlik oranının belirlenmesi ile ilgili ihtilafta söz sahibi olan son tıbbi mercii olup bu kurulca verilen rapor mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olduğu halde mahkemece bu hukuki olgu gözetilmeksizin Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nce oluşturulan Tıp Konseyi raporunda belirlenen oran esas alınarak sonuca gidilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki; bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 01.06.2006

E. 2006/2926

K. 2006/5574

*** İş kazası sonucu maluliyet**

*** Maddi ve manevi tazminat**

*** Kesinlik sınırı**

*** Tazminat hesaplama yöntemi**

(5219 sayılı K. m. 2, 1086

sayılı HUMK m. 427)

1. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapan 5219 sayılı yasanın 2. maddesi uyarınca 21.07.2004 tarihinden sonra, anılan yasanın 427. maddesindeki kesinlik sınırı, 1.000 YTL'ye çıkarılmış olup, inceleme konusu karar bu tarihten sonra verilmiş ve kesinlik sınırının altında bulunmuş olmakla, söz konusu maddelere göre manevi tazminata ilişkin hüküm kesin nitelik taşıdığından 01.06.1990 tarih ve E: 1989/3, K: 1990/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da göz önünde tutularak, davacının manevi tazminat istemine ilişkin temyiz dilekçesinin, kararın kesinlik sınırları içinde kalması nedeniyle Dairemizce reddine karar vermek gerekmiştir.

2. Davacının maddi tazminat davasına ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının aşağıda bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine

3. Dava, is kazası sonucu beden güç kaybına uğrayan davacının maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının maddi zararının sigortaca bağlanan gelirin peşin sermaye değeri ile karşılandığından bahisle maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın belirlenmesinde; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik ve karşılıklı kusur oranları Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Diğer yandan tazminat miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu tartışmasızdır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak % 10 artırılıp % 10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş yerleşmiş görüşlerindedir.

Kuşkusuz, açıklanan zarar ve tazminat hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı alması veya işçinin yaşı ve işçide oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ilerde çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. Malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcayacağı asıldır. 60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığını da diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aylığını aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarara uğramadığının kabulü isabetsiz olur. Kaldı ki sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta olup tamamen uzun vadede ki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif döneminde zarar hesabına dahil edilmesi gerekir.

Cismani zararlarda kural olarak zarar olay tarihinde gerçekleşmiş olduğundan zararın hesaplanmasına olay tarihinden ve olay tarihindeki değer üzerinden başlanmalıdır.

Yapılan incelemede, iş kazasının 23.8.1996 gününde gerçekleştiği, davacının zararlandırıcı olay sonucu sağ kolunun ampute olduğu ve % 46 oranında iş göremez duruma geldiği, ancak Sosyal Sigortalar Kurumu'nca iş kazası sigorta kolundan sürekli iş göremezlik aylığı bağlanması için geç bir tarihte müracaat etmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik gelirinun 1.7.2002 tarihinden itibaren bağlandığı, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda işlemiş dönem zararının olay tarihinden değilde, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca gelire girme tarihi esas alınarak 1.7.2002 tarihinden itibaren başlatıldığı, pasif dönem zararının ise zarar hesabında asgari ücret esas alınarak hesaplanması gerekirken, sigortalının yaşlılık aylığı esas alınarak hesaplama yapıldığı görülmektedir. Hal böyle olunca hesap raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez.

Yapılacak iş; davacıya bağlanan gelirin hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan verilere göre hesaplanan peşin sermaye değerini SSK'dan sormak ve bildirim miktarını hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınarak yukarıda açıklanan esaslara göre bilirkişiye zarar hesabı yaptırılarak hesaplanan tazminattan indirmek ve sonucuna göre karar vermektir.

Sonuç: Hükmün yukarıda 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle *bazulmasına*, davacının manevi tazminata ilişkin hükme yönelik temyiz dilekçesinin I nolu bentte açıklanan nedenlerle *reddine*, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 1.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 06.03.2006

E. 2006/152

K. 2006/1979

* İş kazası nedeniyle maluliyet

* Maddi ve manevi tazminat

* Eksik teselsül

* Zamanaşımı

* Tazminat isteme hakkı

(818 sayılı BK m. 51, 47, 60, 125)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre davacılar vekili ile davalılardan TEDAŞ vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2. Dava, iş kazası sonucu Maluliyet nedeniyle hak sahiplerinin uğramış olduğu manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilerek davalılar lehine manevi tazminat karar verilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, bu tür uyuşmazlıklarda davalılar arasında BK 51 anlamında farklı sebeplerden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olduğundan eksik teselsül (eksik Zincirleme sorumluluk) bulunmaktadır.

Davalı işveren ve TEDAŞ'ın sorumluluklarının kaynakları farklıdır. İşverenin mirasçılarının, sözleşmeden doğan bir sorumluluğu olduğu halde, TEDAŞ'ın sorumluluğu haksız fiilden doğmaktadır. Bu nedenle işveren mirasçılara karşı açılacak dava BK m. 125 gereğince 10 yıllık bir zamanaşımına, TEDAŞ'a karşı açılacak dava ise BK m. 60 gereğince 1 ve 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun zamanaşımı süresi (BK 60) uyarınca zararın ve failin öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl, herhalde olay tarihinden itibaren 10 yıl olarak düzenlenmiştir.

Zamanaşımı süresinin başlaması için, haksız eylemden zarar görenin "faili" ve "zararı" öğrenmiş olması gerekir. Zararı öğrenmeden amaç, zararın kapsamı ve esaslı unsurları hakkında davayı açmaya elverişli bütün şartları öğrenmesidir. Zararın kapsamını belirleyecek husus "gelişmekte olan bir durum", vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar ancak tedavi sonucunda düzenlenecek doktor raporu ile belirlenebilecekse, zamanaşımı süresi, bedensel zararı kesin olarak saptayan son tıbbi raporun verilmesinden sonra işlemeye başlar; YHGK'nın 27.11.2002 gün ve 2002/1034 sayılı kararında aynı yöndedir. Olayımızda kazaya uğrayan Sigortalı H. İ.'nin % 86 oranında maluliyete uğra-

dığı SSK'nın 26.09.2001 tarihli yazısı ile tespit edilmiş. H. İ. tarafından 10.09.2001 tarihinde davalılar aleyhine maddi manevi tazminat davası açmış olması nedeni ile faillerin öğrenme tarihinin 10.09.2001 olduğu anlaşılmaktadır.

3. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Öyleyse, bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa onlarında manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan, yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara maruz kalma söz konusudur. Kaza sonucu ağır yaralanan ve 2 kez ameliyata rağmen iyileşmeyen çocuklarının durumu sebebiyle ruhsal bütünlüğü bozulan anne ve babanın (HGK 26.4.1995 gün ve 1995/11-122, 1995/430) ve haksız eylem sonucu ağır yaralanan ve iktidarsız kalan kocanın karısının manevi tazminat isteyebileceklerine (HGK 23.9.1987 gün ve 1987/9-183 1987/655) ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları aynı esaslara dayanmaktadır.

Somut olayda, iş kazası sonucu kollarını ve ayağının birini kaybettiği, ömür boyu başkasının bakımına muhtaç hale geldiği, iş görevsizlik oranının % 86 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılan sigortalı H. İ. ile birlikte oturmayan kardeşleri H. İ. ile F. Ü.'nün bu olay nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır biçimde ihlal edildiği söylenemez. Bu nedenle kardeşler lehine manevi tazminata hükmedilmesi doğru

4-1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, avukatlık ücretinin takdirinde hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır. Mahkemenin ihtiyari dava arkadaşlarından her biri için Avukatlık asgari ücret tarifesine göre kabul edilen miktar üzerinden ayrı ayrı vekalet ücretine karar vermesi gerekirken; hükmedilen toplam tazminat miktarı üzerinden vekalet ücretine karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, temyiz eden tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**T. 12.06.2006****E. 2006/5490****K. 2006/6326***** Bağ-kur sigortalılığının tespiti**

2926 sayılı K. m. 2, 3, 5, 7, 9, 10;

506 sayılı K. m. 79)

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2. Dava, davacının ilk tevkifat kesintisinin yapıldığı tarih ile 17.6.2005 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı yasada 506 sayılı yasanın 79. maddesine koşut geçmiş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. 2926 sayılı yasanın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanlar, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Anılan yasanın 5. maddesi ile 7. madde de belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir. 2926 sayılı yasanın 2 ve 3. maddeleri kapsamında, kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip kaçınmak mümkün değildir. Diğer yandan resen tescil başlığını taşıyan 9.maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılıklarının başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde kuruma kayıt ve tescilini yaptırmayanların tescil işlemlerinin kurumca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 sayılı yasanın 36. maddesi kapsamında kurumun prim alacaklarını Bakanlar Kurulu Kararı ile ürün bedellerinden tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için kuruma başvuru olmasa dahi bahse konu biçim de prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerim ortaya koydukları tartışmasızdır. Bağ-Kur'un iş bu prim ödenmesine rağmen, sigortalıyı re'sen kayıt ve tescil etmemesi yasanın kendisine yüklediği re'sen tescil mükellefiyetine aykırılık teşkil etmektedir. 2926 sayılı yasanın 10. maddesine göre kayıt ve tescil

işlemlerinde Valilik, Kaymakamlık, Özel idare, Belediye, Muhtarlık ve Nüfus idareleri kayıtları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, kanunla kurulu meslek kuruluşlarının, tarım satış kooperatifler kanununa göre kurulan pancar ekicileri İstihsal Kooperatifleri ile Birliği, T. Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi ve tarım kesimine yönelik faaliyette bulunan milli bankaların kayıtlarının esas alınacağı bildirilmiştir. Bu kayıtların tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olduğu ortadadır.

Yapılan incelemede, davacının Bağ-Kur'un ilk tevkifat kesintisinin 22.5.1995 olduğu, ilk tevkifat kesintisi tarihinden sonra 1995 yılı ürün bedelinden Haziran 1996 tarihinde 1996 yılı ürün bedelinden Mayıs 1997 tarihinde, 1997 yılı ürün bedelinden Mayıs 1998 tarihinde, 1999 yılı ürün bedelinden 22.5.2000 tarihinde, 2000 yılı ürün bedelinden 20.5.2001 tarihinde Bağ-Kur prim kesintisi yapıldığı ziraat odası kaydının ve kooperatif kaydının sorulmadığı, zabıta araştırması yapılmadığı 78 dönüm tarlası bulunduğu görülmektedir.

Mahkemece tesis edilen sigortalılık başlangıcının 1.6.1995 olarak kabulü ile 1.6.1995 ile 20.5.2001 tarihleri arasında davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine ilişkin hüküm yerinde ise de, tevkifat kesintisine ilişkin belgenin dosyada bulunmadığı 20.5.2001 ile 17.6.2005 tarihleri arasına yönelik istemin kabulü yerinde değildir.

Yapılacak iş; 20.5.2001-17.6.2005 tarihleri arasındaki dönemde, davacıya varsa ürün sattığı kişi, kurum ve kuruluşları açıklattırmak, bu kişi, kurum ve kuruluşlardan ürün bedellerinden prim kesintisi yapıp yapılmadığını sormak yapılmış ise belgelerini getirtmek, 2926 sayılı kanunun 10. maddesinde belirtildiği üzere meslek kurulu veya kooperatif kaydı bulunup bulunmadığını, muhtarlıktan tarihte belirterek tarımla iştigal edip etmediğini araştırmak, ziraat odası kaydı kooperatif kaydını sormak, zabıta araştırması yapmak davacı adına tapuda kayıtlı taşınmazın davacı adına tesis tarihini araştırmak ve sonucunda tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşmak gerekir.

Yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davacının 20.5.2001-17.6.2005 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**T. 26.01.2006****E. 2005/9269****K. 2006/331***** Yurtdışı borçlanma işlemi***** Yurtdışında düzenlenen****evrağın delil niteliği**

(3201 sayılı K. m. 3; 4958 sayılı

K. m. 56; 1086 sayılı

HUMK m. 296)

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının davalı Kurum'a borçlanma talebinde bulunduğu 25.04.2005 tarihinde 3201 sayılı yasanın 3. maddesinde değişiklik yapan 4958 sayılı yasanın 56. maddesinin yürürlükte bulunmasına göre davalı Kurum vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2. Dava 1989-1997 tarihleri arasında Suudi Arabistan'da geçen çalışma süresinin 3201 sayılı yasa uyarınca iki yıllık başvuru süresi aranmaksızın borçlanılabileceğinin tespiti aksi yöndeki davalı kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının yurtdışında geçmiş olan çalışma sürelerinin 3201 sayılı kanuna göre (4958 sayılı yasa ile değişik şekline göre başvuru süresi kaldırılmış olduğundan) Türkiye'ye kesin dönüş tarihine bakılmaksızın borçlanılabileceğinin tespitine, aksi yöndeki Kurum işleminin iptaline karar verilmiştir.

Davacının borçlanma işlemini yapabilmesi için ön koşul; borçlanılabilecek yurtdışında geçen fiili çalışmanın varlığıdır. Ancak böyle bir çalışmanın bulunması halinde davacının yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıl içinde davalı kuruma müracaat şartı aranmaksızın borçlanma yapabileceğinin tespitine ilişkin davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edilebilir. Davacı tarafça borçlanma işlemine esas alınabilecek nitelikte yurtdışında geçen bir çalışmanın varlığı kanıtlanamaz ise artık davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğundan söz edilemeyeceğinden ve açılan davanın dinlenme olanağı bulunmadığından, dava şartı yokluğundan reddine karar verilecektir. Diğer yandan davacı yurtdışı hizmet borçlanması talebini süre yönünden reddeden kurum işleminin iptaliyle birlikte dava konusu yurtdışında geçen süreleri borçlanılabileceğinin tespitini de istemiştir. İstek hem işlemin iptalini hem de borçlanma yapabileceğinin tespitini içerdiğine göre dava konusu sürelerde davacının yurt dışında çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması, çalışmış ise bu hususun hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanması gerekir.

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının bu çalışmalarının değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak sosyal güvenlik haklarından yararlandırılmaları amacıyla kendilerine borçlanma hakkı tanınmıştır. 3201 sayılı yasa, yabancı ülkede ve yabancı sigorta kurumuna tabi olan işverenler nezdinde geçen ve Türk Sigorta Kurumları kapsamı dışında kalan hizmetlerin değerlendirilmesini düzenlemektedir. Daha açık bir anlatımla TC Emekli Sandığı'na, Sosyal Sigortalar Kurumu'na, Bağ-Kur'a 506 sayılı yasanın geçici 20. maddesine göre kurulan sandıklara, prim keserek ve karşılık ödenmiş sürelerin 3201 sayılı yasa gereğince borçlanılması olanaksızdır.

Bu nedenle öncelikle borçlanılmak istenilen yurt dışında geçmiş olan hizmetin Türk işveren yanında geçip geçmediği, Türk işveren yanında geçmiş ise Türk Sigorta Kanunları kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yapılan incelemede davacının yurtdışı çalışması ile ilgili olarak gerek Kurum'a gerekse mahkemeye ibraz ettiği TC Cidde Başkonsolosluğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ataşeliği'nce 18.10.1997 tarihinde tanzim edilen belgede *"davacının ataşeliğe ibraz ettiği belgelerin incelenmesinden adı geçen Suudi Arabistan'da 16.06.1989-14.10.1997 tarihlerinde Suudlu işveren nezdinde çalıştığının tespit edildiğinin"* yazıldığı ancak davacı tarafından ibraz edilen belgelerin ekte bulunmadığı gibi ne tür belgeler olduğunun da yazı içeriğinde belirtilmediği görülmektedir.

HUMK'un 296. maddesinde dış ülkede usulüne uygun yetkili memurları tarafından düzenlenen ve onaylanan resmi senetlerin o ülkede yürürlükte bulunan yasalara uygun ve o ülkedeki TC Başkonsolosluğu veya konsolosluk görevini yürüten TC Siyasi Memuru tarafından onaylanması halinde resmi senet hüküm ve kuvvetinde sayılacağı bu şekilde onaylanmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceğinin mahkemece takdir olunacağı bildirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti 5.10.1961 tarihli Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Lahey Sözleşmesi'ni 3028 sayılı kanun ile onaylamış ve bu sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti; *"Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikaten Muaf Tutulması"* hakkındaki çok taraflı uluslararası sözleşmeyi de onaylamış ve 16.1.1987 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır. Ancak bahse konu bu son sözleşme şartları oluşmadıkça belge davanın kabulüne yeterli delil olarak kabul edilemez. Söz konusu hizmet belgesini doğrulayan başkaca bir delil ve emare de dosya ekinde bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Kanunları'nın uygulanması ile ilgili uyuşmaz-

lıklar kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemenin ibraz edilen belgenin yasal ve gerçeğe uygun olup olmadığının re'sen incelenip göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak; resmi nitelik kazandırılmış belgelere itibar edilerek sonuca gidilebilir.

Mahkemece yapılacak iş; öncelikle borçlanılmak istenen hizmetin Türk işveren nezdinde Türk Sosyal Güvenlik Kurumları kapsamında geçip geçmediğini tespit etmek, Türk Sosyal Güvenlik Kurumları kapsamı dışında bir hizmetin varlığının mevcudiyeti halinde ise davacıya ibraz ettiği hizmet belgesini HUMK'un 296. madde uygulaması gereğince TC yetkili Sosyal Güvenlik kurumlarının karşılığı olan Suudi Arabistan yetkili sosyal güvenlik kurumlarından davacının çalıştığı günleri gösteren işyerine ait hizmet belgesi, işe giriş çıkış tarihleri, Suudi Arabistan iş karnesi, iş güvence karnesi, hizmet cetveli gibi bilgi ve belgeler elde edilip, bu bilgi ve belgelerin o yöredeki Türk Suudi Arabistan Elçiliği'nce veya Başkonsolosluğu'nda tercümesi yapılarak doğruluğu tasdik ettirilip, resmi senet özelliğine kavuşturulduktan sonra eldeki yargılama dosyası içerisine getirtilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Mahkemece yukarıda belirtildiği şekilde davacının çalışma sürelerinin kuşku duyulmayacak biçimde saptanması halinde bu sürelerle sınırlı olmak üzere 3201 sayılı kanunun 3. ve devamı maddeleri gereği borçlandırma hakkından yararlandırılması gerektiği düşünülmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 8. Daire
T. 06.12.2006
E. 2006/76
K. 2006/4896

* Avukatlık asgari ücret tarifesi
* Bir avukatın yanında aylıklı
çalışan avukatın aylık ücreti
(Av. K. m. 164, 168)

Davacı : Adalet Bakanlığı

Davalı : Türkiye Barolar Birliği

Davanın Özeti: 4.12.2005 gün ve 26013 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti"ne ilişkin Birinci Kısım, Dördüncü Bölüm 2. maddesinin hukuka aykırı olduğu öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Bir avukat yanında çalışan avukatın yaptığı işin doğrudan hukuki yardım niteliğinde olduğu, aralarında vekalet ilişkisi bulunduğu, tarifenin aynı bölümünde, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişi ve tüzel kişilerin sözleşmeli avukatlarına ödeyecekleri aylık avukatlık ücretinin de düzenlendiği, bunun iptali istenen düzenlemeye emsal oluşturduğu, düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı, istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: Dava, 4.12.2005 gün ve 26013 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti"ne ilişkin Birinci Kısım, Dördüncü Bölüm 2. maddesinin hukuka aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücret tarifesinin hazırlanması" başlıklı 168. maddesinde; baronun yönetim kurullarının, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne göndereceği, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarifenin o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığı'na gönderileceği, bu tarifenin Adalet Bakanlığı'na ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşeceği, ancak, Adalet Bakanlığı'nın uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliği'ne geri göndereceği, geri gönderilen bu tarifenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılacağı, sonucun Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığı'na bildirileceği, 8. maddenin 6. fıkrası hükümlerinin kıyasen uygulanacağı, avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonucunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı hükmü yer almış, aynı yasanın 164. maddesinde de, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Konu ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde, bütün hukuki yardımlarda avukat ile iş sahipleri arasında yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, Avukatlık Kanunu ve bu tarife hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, aynı tarifenin 2. maddesinde de, bu tarifede yazılı avukatlık ücretinin kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ile uzlaştırıcılık ücreti karşılığı olduğu kuralı yer almış, yine aynı tarifenin iptali istenilen birinci kısım dördüncü bölüm 2. maddesinde de, bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti 1.000.000.000-lira (1.000.00.-YTL) olarak gösterilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu tarifenin Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanarak Adalet Bakanlığı'na onay için gönderildiği, ancak dava konusu edilen düzenleme nedeniyle Bakanlıkça bir daha görüşülmek üzere tarifenin geri gönderildiği, Türkiye Barolar Birliği'nce aynen kabul edilerek onaylanması üzerine tarifenin anılan kısmının iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda anılan yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan

meblağı veya değeri ifade ettiği görülmekte olup, vekalet ücretinin doğabilmesi için bir hukuki yardım ve vekalet sözleşmesi bulunması gerekmektedir.

İptali istenen düzenlemede yer alan (büro sahibi) işveren avukat ile yanında çalışan avukat arasında, iş akdinden doğan. Çalıştıran-çalışan ilişkisi, bir başka deyişle istihdam ilişkisi bulunduğuna göre, buna ilişkin olarak belirlenen ücretin doğrudan hukuki yardımın karşılığı olan bir meblağı veya değeri ifade etmediği iş akdi karşılığı alınan ücreti ifade ettiği görülmektedir.

Bu hale göre, bir avukat yanında aylıklı çalışan avukatın aylık ücretinin avukatlık asgari ücret tarifesinde düzenlenebilecek bir niteliği bulunmadığından, tarifede yer almasında anılan kanun hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu tarifenin Birinci Kısım Dördüncü Bölüm 2. maddesinin iptalinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Dava, 4.12.2005 gün ve 26013 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "*Bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti*" ne ilişkin Birinci Kısım, Dördüncü Bölüm 2. maddesinin hukuka aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "*Avukatlık ücret tarifesinin hazırlanması*" başlıklı 168. maddesinde; baro yönetim kurullarının, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne göndereceği, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarifenin o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığı'na gönderileceği, bu tarifenin Adalet Bakanlığı'na ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşeceği, ancak Adalet Bakanlığı'nun uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliği'ne geri göndereceği, geri gönderilen bu tarifenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılacağı, sonucun Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığı'na bildirileceği, 8. maddenin 6. fıkrası hükümlerinin kıyasen uygulanacağı, avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın

tamamlandığı veya dava sonucunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı hükmü yer almış, aynı yasanın 164. maddesinde de, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği kuralı yer almıştır.

Dava konusu Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Konu ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde, bütün hukuki yardımlarda avukat ile iş sahipleri arasında yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, Avukatlık Kanunu ve bu tarife hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, aynı tarifenin 2. maddesinde de, bu tarifede yazılı avukatlık ücretinin kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ile uzlaştırıcılık ücreti karşılığı olduğu kuralı yer almış, yine aynı tarifenin iptali istenen birinci kısım dördüncü bölüm 2. maddesinde de, bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti 1.000.000.000.-lira (1.000.00.-YTL) olarak gösterilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu tarifenin Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanarak Adalet Bakanlığı'na onay için gönderildiği, ancak dava konusu edilen düzenleme nedeniyle Bakanlıkça bir daha görüşülmek üzere tarifenin geri gönderildiği, Türkiye Barolar Birliği'nce aynen kabul edilerek onaylanması üzerine tarifenin anılan kısmının iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda anılan yasal düzenlemelerden anlaşıldığı üzere avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği görülmekte olup, vekalet ücretinin doğabilmesi için bir hukuki yardım ve vekalet sözleşmesi bulunması esastır.

Oysa iptali istenen düzenlemede yer alan bir avukat ve yanında çalışan avukat arasında, iş akdinden doğan çalıştıran-yanında çalışan ilişkisi, bir başka deyişle istihdam ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla buna ilişkin olarak belirlenen ücretin doğrudan hukuki yardımın karşılığı olan bir meblağı veya değeri ifade etmediği görülmektedir.

Bu durumda, bir avukat yanında aylıklı çalışan avukatın aylık ücretinin avukatlık asgari ücret tarifesinde düzenlenebilecek bir niteliği bulunmadığından, tarifede yer almasında mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Davalı idare tarafından, çalışan ve çalıştıran avukat arasında vekalet ilişkisi bulunduğu yolunda iddialarda bulunulmuş ise de, söz konusu vekalet davaya konu tarifede belirtilen hukuki yardım ve vekalet sözleşmesi kapsamında bulunmadığından bu iddiaya itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu tarifenin Birinci Kısım Dördüncü Bölüm 2. maddesinin iptaline, 40.00 YTL yargılama giderlerinin davalı Türkiye Barolar Birliği'nden alınarak davacı Adalet Bakanlığı'na verilmesine, artan posta ücretinin istek halinde davacı tarafa iadesine 06.12.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Danıştay 10. Daire

T. 30.05.2005

E. 2002/4243

K. 2005/2721

*** Baro Başkanına protokolde yer verilmemesi**

*** Barolar Birliği Başkanı ile ilgili Ulusal ve Resmi bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliğinde herhangi bir düzenleme yapılmaması**

(4667 sayılı K. m. 46 ile değişik 1136 sayılı Av. K. m. 76/3, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hk. K. m. 4)

Davacı : Türkiye Barolar Birliği

Davalılar : 1- Başbakanlık

2- İçişleri Bakanlığı - Ankara

İstemin Özeti: Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği'nin 22.11.2000 tarih ve 2000/1714 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla değiştirilip 23.12.2000 tarih ve 24269 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe konulan değişik Ek-1 işaretli listesinin dördüncü (4.) sırasının, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklik doğrultusunda Baro Başkanına protokolde yer verilmediği, Yönetmelikte Barolar Birliği Başkanı ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmadığı öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Başbakanlık ile Diğer Davalı İçişleri Bakanlığı Savunmasının Özeti: Dava konusu yönetmelik değişikliğinin daha önce aynı yönetmelikle ilgili olarak Danıştay 10. Dairesi'nce verilen iptal kararı doğrultusunda yapıldığını, Ek-1 işaretli listede Baro Başkanına Cumhuriyet Başsavcısı ve diğer yargı mensupları ile birlikte aynı sırada yer verildiği, bu şekilde

yapılan düzenlemenin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na aykırı olmadığı öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Dava konusu yönetmelik değişikliği ile getirilen Ek-1 işaretli listenin, daha önce Danıştay 10. Dairesi'nce verilen iptal kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi ve Baro Başkanına Cumhuriyet Başsavcısı ve diğer yargı mensupları ile birlikte aynı sırada yer verilmesi nedeniyle dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: Dava, Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği'nin 22.11.2000 tarih ve 2000/1714 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla değiştirilip 23.12.2000 tarih ve 24269 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe konulan değişik Ek-1 işaretli listenin 4. sırasının iptali isteğiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı kanununun 46. maddesi ile değişik 76. maddesinin 3. fıkrasında protokolde baroların İl Cumhuriyet Başsavcısı'nın yanında yer alacağı hükme bağlanmış, 1.10.1981 günlü 17475 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği'nin Başkent Dışındaki İllerde Tebrikata giriş sırasını gösteren Ek-1 listenin 4. sırasını değiştiren 23.12.2000 günlü 24269 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan yönetmeliğin 1. maddesinde bu sıralama "*Cumhuriyet Başsavcısı DGM Cumhuriyet Başsavcısı Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanı, DGM Başkanı, Bölge idare Mahkemesi Başkanı, Üniversite Rektörleri, Baro Başkanı*" olarak belirlenmiştir.

1136 kanununun 76/3 maddesinde yer alan protokolde baroların İl Cumhuriyet Başsavcısı'nın yanında yer alacağı hükmü ile yasa koyucunun protokolde yargının iddia-savunma-karar organları olarak aynı grupta birlikte yer almasını amaçladığı, bu nedenle maddedeki "*yanında*" ibaresinin fiziki olarak yan yana durma anlamında değil bir grup içinde yer almak olarak yorumlanması gerekeceği, davaya konu yönetmelik değişikliğinin de bu anlamda düzenlemeye yer verilmesi nedeniyle hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Bu nedenle davanın reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Dava, Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği'nin 22.11.2000 tarih ve 2000/1714 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla değiştirilip 23.12.2000 tarih ve 24269 sayılı *Resmi Gazete'*de

yayımlanarak yürürlüğe konulan değişik Ek-1 işaretli listesinin dördüncü (4) sırasının iptali istemiyle açılmıştır.

Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi uyarınca, bayramların anlam ve önemine uygun olarak coşku ile kutlanmasını sağlamak ve böylece büyük Atatürk'e ve ilkelerine bağlılığı geliştirmek, ulusal birliği pekiştirmek, ulusal ve resmi bayramlarda yapılacak törenleri düzenlemek, bütün koordinatör kuruluş ve bakanlıkları belirlemek, resmi ve özel kuruluşların bu konuyla ilgili hizmetlerinde birlik ve beraberliği sağlamak amacıyla hazırlanıp 1.10.1981 tarih ve 17475 sayılı *Resmi Gazete'*de Bakanlar Kurulu Kararı'yla yayımlanıp yürürlüğe konulmuştur.

Yönetmeliğin Resmi Törenlerde Uygulanacak Genel Esaslar başlıklı 7. maddesinin (B) bendinde, başkent dışında mahalli mülki amirin tebrikleri, Ek-1'deki listede gösterilen sırayla kabul edeceği belirtilmiştir.

1.10.1981 tarih ve 17474 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği'nin Ek-1 işaretli listesinin iptali istemiyle daha önce açılan bir başka davada dairemizin 27.9.2000 tarih ve E: 1998/6921, K: 2000/4825 sayılı kararıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği Anayasa'da devletin örgütlenme biçimi olarak öngörülen yasama, yürütme, yargı sıralaması dikkate alınarak yargıyı temsile yetkili olanlara anılan sıralamaya ekli listede yer verilmediği gerekçesiyle Ek-1 işaretli listenin beşinci sırasının iptaline karar verilmiş olup, anılan karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 23.11.2001 tarih ve E: 2001/2, K: 2001/810 sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir.

Dairemizce verilen yukarıda tarih ve sayısı belirtilen iptal kararından sonra 23.12.2000 tarih ve 24269 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan yönetmelik değişikliği ile yargıyı temsile yetkili olan yargı mensuplarına Ek-1 işaretli listenin dördüncü sırasında yer verilerek yeni bir düzenleme yapılmış olup davacı, söz konusu bu yönetmelik değişikliğinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda öngörüldüğü şekilde Baro Başkanına protokolde Cumhuriyet Savcısı'nun yanında yer verilmediğini, Barolar Birliği Başkanı'nun protokoldeki yeri ile ilgili bir düzenleme içermediğini öne sürerek anılan değişiklik ile getirilen Ek-1 işaretli listenin dördüncü sırasının iptali istemiyle bu davayı açmıştır.

Dava konusu yönetmelik değişikliği ile daha önce Ek-1 işaretli listenin beşinci sırasında yer alan temsile yetkili yargı mensupları ile aynı grup içinde yer alan Baro Başkanına listenin üçüncü sırasında bulunan

belediye başkanından sonra gelmek üzere listenin dördüncü sırasında yer verilmiş olup, söz konusu dördüncü sıra Cumhuriyet Başsavcısı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı, Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanı, Bölge İdare Mahkemesi Başkanı, Üniversite Rektörleri, Baro Başkanı olarak düzenlenmiştir.

1136 sayılı kanunun, 4667 sayılı kanunun 46. maddesiyle değişik 76. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Protokolde Barolar İl Cumhuriyet Başsavcısı yanında yer alır*” hükmü ile yasa koyucunun protokolde yargının, iddia-savunma-karar organları olarak aynı grupta, birlikte yer almasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, maddedeki “*yanında*” ibaresinin sözlük anlamında değil, yasanın amacı doğrultusunda anlaşılması gereğine uygun olarak yapıldığı anlaşılan dava konusu düzenlemede, bu haliyle yasaya aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, yönetmeliğin Ek-1 işaretli listesinin Başkent dışındaki illerde tebrikata giriş sırasını düzenlediği dikkate alındığında ve Barolar Birliği Başkanı’na Başkent protokol sıralamasında yer verildiği göz önünde bulundurulduğunda davacının, protokolde Barolar Birliği Başkanı’na yer verilmediği yönündeki iddiasında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 30.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 28.07.2006
E. 2006/216
K. 2006/292

* Avansın işin gereğini çok aşmamasına ve kalanının işin sonunda müvekkile iadesi gerektiği

* Kararın temyiz edilmemesinin ve giderlerinin yatırılmamasının olası sonuçları hakkında müvekkilin ikaz edilmesi gerektiği
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 42)

Şikayetli avukat hakkında, Silifke Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/776 Esas sayılı tazminat davasında verilen kararı temyiz etmediği ve bu sebeple görevini ihmal ettiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçiler tarafından Silifke Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/624 Esasta olduğu bildirilen tazminat davasının 2001/776 Esasta kayıtlı olduğunu, Silifke Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/360 Esasta kayıtlı ceza davasında Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından 7/8 oranında kusur tayin edilmiş olması sebebiyle raporun davada karara esas alındığını, karar tebliğ edildiğinde süresi içinde temyiz dilekçesi verip yargıca havale ettirdiği ve yazı işleri müdürlüğüne verdiğini, ancak temyiz giderleri verilmediği veya mahkeme kalemine yatırılmadığından bir müddet sonra dilekçenin yazı işleri müdürü tarafından iade edildiğini bildirmiş, görevini tam olarak yaptığını savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, 20.02.2006 günlü duruşmada, “Şikayetçilerin şikayet dilekçemizde belirtilmiş olan Silifke Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2001/624 Esas sayılı dosyası, aslında şikayetli avukatın yukarıda bahsettiği Silifke Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2001/624 Esas sayılı dosyasıdır dediler, imzaları alındı.” beyanına müsteniden Yargıtay bozmasından sonra Silifke Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2004/360 Esas sayılı dosyada şikayetlinin görevin tam olarak yaptığı saptamasına göre disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Oysa şikayetçiler Baro Başkanlığı’na verdikleri 02.05.2005 günlü dilekçe 20.02.2006 günlü duruşma ve 03.04.2006 günlü dilekçede ısrarla tazminat davasının yeterince savunulmadığını ve kararın temyiz edilmediğini bildirmektedirler.

Şikayetli avukatın da, 08.07.2005 günlü savunma dilekçesinde, Silifke Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2001/624 Esasta kayıtlı olan dosyanın, gerçekte 2001/776 Esasta kayıtlı olduğunu bildirmiş olması karşısında, delillerin değerlendirilmesinde isabet bulunmadığı açıktır.

Şikayetli avukatın 08.07.2005 günlü dilekçede bildirdiği, “İlgili karar tarafımıza bildirildikten sonra süresi içinde temyiz dilekçesini yazdım ve yargıca havale ettirip yazı işleri müdüriine verdim. Davalılar gerekli temyiz giderlerini vermediklerinden veya mahkeme kalemine yatırmadıklarından temyiz dilekçesi bana geri verildi. Bu dilekçenin bir fotokopisini incelenmesi için ekte sunuyorum. Bu dava dosyasının içeriğini de kanıt olarak ayrıca sunuyorum.” beyanı karşısında, kararın temyiz edilmediği açık olduğundan, yeniden inceleme ve araştırmaya gerek görülmemiş, işin esası hakkında karar vermek gerekmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 42. maddesi, “Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin gereğini çok aşmamasına, avanstaki yapılan harcamaların zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstaki kalan paranın müvekkile geri verilmesine dikkat edilir.” hükmünü amirdir.

Şikayetli avukat temyiz dilekçesi yazmış ve dosyasına sunmuş ise de; gerekli harç yatırılmadığından karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Temyiz giderlerinin müvekkilden talep ve yatırılmadığı takdirde olası sonuçları hakkında ikaz edildiğine ilişkin kanıt sunulmamıştır.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi; “Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun

biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmünü amirdir.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütmek ve mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan özenle kaçınmak zorundadır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın kararı temyiz etmediği ve temyiz giderlerinin yatırılmamasının olası sonuçları hakkında müvekkilini ikaz etmediği sabit olduğundan, eylem Avukatlık Yasası'nın 34 üncü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 42. maddelerine aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme hukuki isabet görülmemiş, disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçiler M. Ş. ve Ü. Ş.'nin itirazının kabulüne, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli Av. H. E.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

K. 2006/290
E. 2006/214
T. 28.07.2006

* Levhaya yazılma tarihinden itibaren üç ay içinde Baro bölgesinde büro kurmak zorunluluğu
* Avukatın, levhasına yazılı bulunduğu Baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık yapması yasağı
* Bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık yapmanın yasal olması

* Başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edilecek davanın baroya yazı ile bildirilmesi gerektiği
* Meslektaşlarla ilgili şikayetlerin tetkikinde Baronun babalık rolü
* Meslek vakarının, "*ortak manevi mamelek*" olarak anlaşılması gerektiği
(Av. K. m. 12/c, 43, 67, 95/1, 97/6; TBB Meslek Kuralları m. 4, 27/2)

Şikayetçi Av. B. Ü. şikayet dilekçesinde; şikayetli avukatın eski eşi aleyhine açtığı tazminat davasında eşinin vekili olduğunu, bu davada verdiği cevap dilekçesinde, "*davacı yanın nasıl olup da bunu algılayamadığını (...) ne yazık ki özel hayatı aile meslek hayatını birbirine karıştıra-*

rak mesleğini kötüye kullanmış ve meslek etiğini hiçe sayarak (...) Yasemin Turan'ın müvekkile kurduğu komplolara alet olmuştur. Kendisi avukat olan davacının bu ifadesini meslek etiğine uygun bulmadığımızı belirtmek isteriz." şeklinde beyanda bulunduğunu, Kırklareli Barosu'na kayıtlı olmasına rağmen İstanbul adresinde çalıştığını, avukata karşı aldığı dava nedeniyle baroya bildirimde bulunmadığını belirterek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat, özel yaşamı ilgilendirmesi ve mesleki görevle ilgili olmadığından Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca bildirim zorunluluğu bulunmadığını, İstanbul'da sigortalı olarak deneme süresi içinde bir başka avukat yanında çalıştığından nakil yaptırmadığını, deneme süresi sonunda başarılı olursa nakil talebinde bulunacağını ve bulunduğu savunmuş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Kırklareli Barosu Yönetim Kurulu 07.10.2005 gün ve 2005/47 sayılı kararı ile Av. E. K. hakkında Av. B. Ü.'ye karşı dava takip etmesine rağmen bunu baroya bildirmediği, İstanbul'da sürekli çalışmasına rağmen, Kırklareli'de büro açmadığı ve aynı baroya kayıtlı avukat yanında çalışmadığından, Avukatlık Yasası'nın 43, 44/A ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddelerine aykırı davrandığından disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulunca, "Av. B. Ü.'ye karşı tazminat davasına girmesine rağmen, baroya bildirmediği, İstanbul'da Av. Deniz Ketenci'nin yanında çalışmasına ve Kırklareli Barosu'nda kaydı bulunmasına rağmen, üç ay içinde kayıtlı bulunduğu baro bölgesinde büro açmadığı" iddialarıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 ve Avukatlık Yasası'nın 43. maddesi gereğince kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

İncelenen dosya kapsamından; şikayetçi Av. B. Ü. tarafından eşi A. Ü. aleyhine açılmış bulunan Tekirdağ 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/134 sayılı davasına şikayetli avukatın davalı vekili olarak katıldığı ve durumu barosuna bildirmediği, İstanbul Barosu'nda kayıtlı Av. D. K.'nin yanında sigortalı avukat olarak çalışmasına rağmen kayıtlı bulunduğu baro bölgesinde bürosunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi; "Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı barosuna bir yazı ile bildirir."

Avukatlık Yasası'nın 43. maddesi; "Her avukat leohaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır."

Avukatlık Yasası'nın 67. maddesi; *"Bir avukat, levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık eder veya disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunursa, o yer barosu yönetim kurulu tarafından bu konuda düzenlenecek tutanak, gereken işlem yapılmak üzere, avukatın levhasında yazılı olduğu baroya bildirilir."*

Avukatlık Yasası'nın 12/c maddesi; *"bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık yapmak"* hükümlerini amirdir.

Görüldüğü üzere, bir avukat yanında ücret karşılığı sigortalı avukat olarak çalışmak yasaldir. Bu konumdaki avukatların en az ücretleri de, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde düzenlenmiştir.

Ücret karşılığı sigortalı avukat olarak çalışmak da, çalışma süreklilik unsuru taşıdığından, sigortalı avukatın o yer barosuna kaydı zorunludur. Aksini düşünmek Avukatlık Yasası'nın 43. maddesini fiilen ortadan kaldırır ve Avukatlık Yasası'nın 67. maddesindeki yasağı uygulanmaz hale getirir.

Avukat, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca *"bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek"* yükümlülüğündedir.

Avukatlık Yasası'nın 95/1. maddesi ile Baro Yönetim Kurulu, *"avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamakla"* genel, 97/6. madde ile Baro Başkanı, *"meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya ve dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmakla"* özel olarak görevlendirilmiştir.

Maddenin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baro öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için; baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır.

Görüldüğü üzere bildirim amacını izin veya avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında Baro organlarını daha aktif hale getirerek, mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmek, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamakla sorumlu kılmasıdır.

11 Ağustos 1341 (1925) tarihinde yürürlüğe giren, İstanbul Barosu Dahili Nizamnamesi'nin 32. maddesinde, *"Avukatlar gerek asaleten ve gerek vekaleten bir birleri aleyhine dava açacaklarında, en aşağı bir hafta evvel İnzibat meclisine yazı ile malumat vermeye mecburdurlar."* hükmü mevcut olup,

4 Temmuz 1938 tarihinde yürürlüğe giren 3499 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 78/F maddesinde Baro Başkanı, *"Baro azası veya avukatla müvekkil arasında tahaddüs eden ihtilafları idare meclisine intikale mahal vermeden dostane bir surette halline çalışmak"*la görevlendirilmiştir. Baro Başkanına verilen bu görevin önemi, *"Baro reisinin Baro azası ile bir avukat ve müvekkil arasında çıkmış olan ihtilafların İdare Meclisine intikaline hacet kalmadan dostane bir surette halline çalışması kayda şayandır. Bu suretle Baro reisinin gerek avukatlar arasında yanlış anlayış ve görüş farkları ve yahut hissi bazı sebeplerle ihtilaf manzarası arzeden hususlarda işin şüyuuna meydan vermeden halletmek sureti ile bir muslih rolü yapacağına göre, böyle bir salahiyyetin reislere verilmesinin meslek menfaati bakımından büyük faide temin edeceği aşikârdır (Adliye Encümeni mazbatasası sahife 24)."* sözleri ile belirtilmiş olup, öğretilerde bu görev, *"şikayetlerin tetkikinde babalık rolü"* olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası uygulama da bu yönde olup; Paris Barosu İç Yönetmeliği'nin 43. maddesinde, *"hiçbir avukat, evvelden baro başkanına haber vermeden yargıç, avukat, savcı veya diğer adalet yardımcısı hakkında, şikayet dilekçesi veremez."*, Vod Kantonu Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde, *"Meslektaşlar arasında ihtilaflar mümkün olduğu kadar dostça çözümlenir. Bu maksatla her iki avukat tecrübeli meslektaşlarının, Baro Başkanının ve Yönetim Kurulunun mütalaasını alır."* denilmektedir.

Bu da göstermektedir ki, tarihsel geçmişi de olan madde ile öngörülen, *"takipten önce"* yapılması gereken bildirimle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin özenle korunması, meslektaşlarla ilgili sorunların mümkün olduğu kadar Baro bünyesinde dostça çözümlenmesi, meslek itibarının zarar görmemesi amaçlanmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi gereği, *"Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmaz zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özen göstermekle yükümlüdür."* Meslek itibarı *"meslek vakarı"* anlamındadır. Meslek itibarı *"ticari itibar"* değildir. Bazı mesleklerin varlığı belli bir *"vakar"*ın varlığına bağlıdır. Meslek vakarı *"ortak manevi mamelek"* tir.

Bu nedenle “*dava*” kavramının dar yorumu sonucu, ceza kovuşturması başlatılması amacıyla yapılan şikayet, icra takibi gibi v.s. işlemlerin ve özel yaşamla ilgili sorunların kapsam dışı kalması olanaksızdır.

Yargının kurucu unsurlarından, bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatın, Sav/Savunma/Karar bütünlüğü içinde olabildiğince meslek itibarına zarar vermemesi ve mahkemeler önüne özel ve kamusal sorunlarını götürmemesi gerekir. Çünkü sonuçta zarar göreceği olan, meslek itibarıdır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası’nın 43 ve 67. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 27/2. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu olduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi Av. B. Ü. ve şikayetli E. K.’nin itirazlarının reddine, Kırklareli Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.07.2006

E. 2006/210

K. 2006/286

*** Reklam yasağına aykırılık**

(Av. K. 55, 134, 135/2, 147/2;

TBB Meslek Kuralları m. 7, 8;

TBB Reklam Yasağı Yön. m. 11)

Şikayetli avukatın 03.11.2004 tarihli Yeni Asır Gazetesi’nde çıkan haber/röportajının reklam yasağına aykırılık teşkil ettiği iddiası ile İzmir Barosu Yönetim Kurulu’nca resen açılan disiplin kovuşturması sonucu, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası’nın 55., TBB Meslek Kuralları’nın 7 ve 8. ve Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 11. maddelerine aykırı bulunarak, Avukatlık Yasası’nın 134, 135/2. maddeleri uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat 14.01.2005 tarihli savunmasında; dosya içerisinde bulunan Yeni Asır Gazetesi’nin 03.11.2004 tarihli nüshasında çıkan haber/röportajı basıldıktan sonra gördüğünü, gazeteci ile görüşmediğini, EGİAD üyesi olduğu için yapılan röportajından alıntılar yapılmış olabileceğini savunmuş,

17.02.2005 tarihli ek savunmasında ise; yazının nasıl hazırlandığını tespit ettiğini, İldaş Reklamcılık Ltd Şti sahibi İlhan Bilgehan’ın

davasını kazanması üzerine sürpriz olarak bu yazıyı yazdırdığını ve kendisinin katılımı, haberi ve izni olmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli avukatın, kendi bilgi ve izni olmaksızın haberin hazırlandığına delil olarak dosyaya sunduğu belgelerin incelenmesinde; şikayetli avukatın kendisine, “*jest yapılması*”na sebep olduğunu bildirdiği ve uzun zamandır sürüncemede kaldığını ileri sürdüğü icra takibinin İzmir 11. İcra Müdürlüğü’nün 2004/4284 sayılı takip dosyası olduğu, bu dosyada 02.07.2004 tarihinde bazı taşınurların haczedildiği, borçlunun üçüncü şahsın malı olduğunu bildirmesi üzerine, şikayetli avukat tarafından İzmir 11. İcra Mahkemesi’nde istihkak davası açıldığı, davanın 14.12.2004’te davacı lehine karara bağlandığı, 21.04.2005 de taşınurların muhafaza altına alınması için tekrar mahalline gidildiği görülmektedir.

Gazete haberinin yayınlandığı 03.11.2004 tarihine söz konusu icra dosyasında haciz yapılmış, istihkak davası açılmış dava devam etmektedir. 21.04.2005 tarihinde muhafaza için tekrar gidildiğine göre, o tarihe kadar da alacak tahsil edilmiş değildir. Bu durumda, şikayetli avukatın uzun zamandır tahsil edilemeyen bir alacağı tahsil ettiği için müvekkilinin sürpriz olarak böyle bir haber yayınlattığı biçimindeki savunmasının, bu savunma için sunulan belgelere uygun düşmediği görülmektedir.

Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukatın gösterdiği tanığın dinlenmemiş olmasında da Avukatlık Yasası’nın 147/2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü bir olayın delili yalnız bir tanığın şahsi bilgisinden ibaret ise tanık dinlemek zorundadır.

Gazete haberinin içeriği ile haberde kullanılan şikayetli avukatın çok sayıda hukuk kitaplarını kucaklar biçimde çektiği fotoğraf, şikayetli avukatın bilgisi dışında hazırlanmasının mümkün olamayacağını göstermektedir. Şikayetli avukatın Egiad üyesi olduğu ve bu fotoğrafın da o sebeple çekildiği röportajdaki bilgilerin de bu yönde toplanan bilgilerden yararlanılarak hazırlandığı şeklindeki savunmasına da, fotoğrafın hukuk kitapları ile birlikte düzenlenmiş olması karşısında itibar edilmemiştir.

Avukatlık Yasası’nın 55. maddesi, “*Avukatların iş elde edebilmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır.*” ,

TBB Meslek Kuralları’nın 7. maddesi, “*Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır.*”, 8. maddesi, “*Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir.*”,

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 11. maddesi, "Bu yönetmelik kapsamında olanlar salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek herhangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlenmeli almakla yükümlüdürler." hükümlerini amirdir.

Yasanın, TBB Meslek Kuralları'nın ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği hükümlerinin bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğini, iş temini konusunda meslektaşlar arasında haksız rekabetin yaratılması, mesleğin ticarileştirilmesi ve avukatın iş sahipleri karşısında bağımsızlığını kaybetme tehlikelerine karşı korumak için getirilen kurallar olduğu tartışmasızdır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu oluşturduğu şeklindeki değerlendirmesinde hukuksal isabetsizlik bulunmamaktadır. Şikayetlinin eyleminin Avukatlık Yasası'nın 6. kısmında yer alan 34 ve 55. maddelerine aykırı olması sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesine göre verilen cezanın takdirinde de hukuksal isabetsizlik bulunmamış ve karanın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. F. K.'nin itirazının reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.07.2006
E. 2006/206
K. 2006/282

* İcra takibinde yasal sınırları aşan faiz ve çek tazminatı istemenin mesleğin saygınlığı ve onuru ile bağdaşmaması
* Disiplin cezasının tayininde, eylem ile ceza arasında adaletli bir dengenin kurulması gerektiği
(Av. K. m. 1, 34, 158; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatın, şikayetçi aleyhine yaptığı icra takiplerinden birinde işlemiş faizi istenen faiz oranına göre fazla hesaplayıp talep ettiği, diğerinde reeskont faizini takip tarihindeki geçerli faiz oranının

üzerinde talep ettiği ve çek tazminatını da %5 yerine %10 olarak talep ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, takiplerde yasaya aykırılığın önce icra müdürüne denetleneceğini, ödeme emrinin icra müdürü tarafından taleple bağlı olmadan düzenleneceğini, yasaya aykırılığın yasal yollara başvuru olarak giderilebileceğini, fazla ödeme olduğu takdirde istirdat edilebileceğini, şikayetçinin takiplere itirazı olmadığı gibi borç ödendikten sonra dosyaların infazen kaldırıldığını, itirazın kötü niyetli olduğunu bildirmiştir.

Dosya içerisinde bulunan Antalya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2004/7820 sayılı dosya takip talebi ve ödeme emri fotokopisine göre, 300.000.000 TL asıl alacak için 100.000.000 TL %42 reeskont faizinden işlemiş faiz talep ettiği ve takip tarihinde reeskont faizinin %42 olduğu, ancak takip dayanağı bono vadesi ile takip tarihi arasındaki sürenin işlemiş faizinin 46.010.000 TL olduğu halde 100.000.000 TL talep edildiği, Antalya 3. İcra Müdürlüğü'nün 2004/5166 no.lu takibinde de, 6.000.000.000 TL'lik çeke bağlı alacak için %50 reeskont faizi ve %10 çek tazminatı istendiği, işlemiş faiz olarak da 115.000.000 TL talep edildiği, çek tarihi ile takip tarihi arasındaki 8 günlük işlemiş faizin 55.275.000 TL olması gerektiği görülmektedir.

İcra takipleri bono ve çeke dayandırılmış olup, alacaklı ile borçlu arasında faiz oranlarını belirleyen bir sözleşme bulunmadığı ve takip tarihinde reeskont faiz oranının %42 olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Türk Ticaret Yasası'nın 695. maddesi uyarınca çek tazminatı %5 oranındadır.

Şikayetli avukatın icra takiplerinden birinde reeskont faiz oranının üzerinde reeskont faizi istediği, Türk Ticaret Yasası'nın 695. maddesi uyarınca %5 çek tazminatının üzerinde %10 çek tazminatı talep ettiği, özellikle de işlemiş faiz hesaplamasında istenen faiz oranlarına göre de olması gereken faiz tutarının üzerinde miktarların talep edildiği anlaşılmaktadır.

Borçlunun muhtemel bilgi yetersizliğinden yararlanarak icra takiplerinde yasal sınırlarının üzerinde faiz ve çek tazminatı istemek, ayrıca işlemiş faiz miktarının takip dayanağı belge ile takip tarihi arasındaki süreye göre hesaplanan miktarın üzerinde talep edilmesi, itiraz edilmediği takdirde veya itiraz süresi kaçırıldığı takdirde haksız kazanç sağlamak düşüncesi, avukatlık mesleğinin saygınlığı ve onuru ile bağdaşmayan bir davranış biçimidir. Çünkü avukatlık ve kamu

hizmetidir ve avukat kamununun mesleğe güveninin sarsılmamasına özen göstermek zorundadır (*Avukatlık Yasası'nın 1 ve 34.; TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddeleri*).

Bu nedenle şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmede isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, eylem ile ceza arasında adaletli bir dengenin kurulamadığı, şikayetlinin disiplin sicilinde tekerrüre esas disiplin cezasının olmadığı anlaşılınca Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler de nazara alınarak, şikayetli avukat hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca tayin edilen kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak itirazın kabulü ile Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında tayin olunan kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına şikayetli Av. A. Ç.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.07.2006
E. 2006/205
K. 2006/281

* Müvekkilden yazılı talimat
almadan karşı tarafla sulh
anlaşması yapmanın disiplin
cezasını gerektirdiği
* Bir haktan vazgeçme
sonucunu doğuran tüm
işlemlerde, iş sahibinin yazılı
muafakatinin alınması
zorunluluğu
(Av. K. m. 34; TBB
Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukat hakkında, Cide Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan 2003/163 Esas sayılı, "yola vaki müdahalenin önlenmesi" davasının 27.12.2004 günlü duruşmasında avukatın karşı tarafla sulh anlaşması yaparak dosyayı işleminden kaldırdığı ve 11.04.2005 günlü kararlar davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, işlemlerden vekil olarak şikayetçiye bilgi verilmediği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, müvekkilin amacına ters düşebilecek bir şekilde ve talimat almadan hareket etmediğini, tüm gelişmelerden müvekkilin haberdar olduğunu, istediği yolun anlaşma ile kararlaştırılan şekilde açıldığını, yolun halen mevcut olduğunu belirterek herhangi bir ihmal ve kusurunun bulunmadığını, vekaletnamede sulh yetkisi olmadığı için davayı müracaata bıraktığını savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından; Cide Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/163 Esas sayılı dava dosyasının 27.12.2004 tarihli duruşma tutanağında, "*Davacı vekili ile davalı birlikte söz alarak, aramızda sulh anlaşması yaptık. Bilirkişilerin raporlarında davalının şu an kendi taşınmazı içerisinde kalıp, evin kuzeyinde son olarak kadastro bilirkişisi Fatih Akgün'ün 13.02.2004 tarihli krokili raporunda (A) olarak gösterilen yolun Şaban Koç ve diğer taşınmazlarca yol olarak kullanılmasına, dava öncesinde parsel yol olarak bırakılan ve krokide (C) olarak geçen yolun davalı tarafından kullanılmasına, ücreti vekalet ve yargılama giderlerinin davalıdan istenmediği konusundaki sulhumuzun ve bu konudaki anlaşmamızın zapta geçirilmesine ve aramızda sulh yapılmakla karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesini istiyoruz.*" dedikleri ve zaptın taraflarca imzalanarak davanın müracaata bırakıldığı ve mahkemenin 2006/79 Karar ve 11.04.2005 tarihli kararı ile davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikayetli avukatın müvekkilinden yazılı talimat almadan, karşı tarafla sulh anlaşması yaparak davayı takipsiz bırakmış olmasının disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi; "*Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.*"

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesi; "*Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.*" hükümlerini amirdir.

Avukatlar mesleki faaliyetlerini yürütürken, kamunun mesleğe olan güvenini sarsan eylem ve işlemlerden kaçınmak zorundadır. Bu çerçevede avukatlar müvekkillerinin davada sulh olmak veya davayı müracaata bırakmak gibi hususları yerine getirirken yazılı talimat almalıdırlar.

Bir avukatın vekaletnamesinde sulh yetkisi olmadığı halde, karşı tarafla sulh anlaşması yapması veya bu sonucu doğuracak şekilde davranması meslek kurallarının ihlali anlamındadır. Kaldı ki, vekaletnamede yetki de olsa, bu yetki, yetkinin kullanımı esnasında ilgili kamu kurumu ve kuruluşunu işlem hususunda bağlayıcı bir husustur. Bir haktan vazgeçme sonucunu doğuran işlemlerde, iş sahibinin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesindeki "*özen ve güven*" ilkelerine aykırı olduğu ve bu nedenle disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmede isabetsizlik görülmemiş, aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. F. A. G.'nin itirazının reddine, Kastamonu Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma ezası verilmesine ilişkin 03.02.2006 tarih ve 2005/3 Esas, 2006/2 Karar sayılı kararın, aleyhe itiraz olmadığından, onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

Çevirenler: Elif Ekinci/ Avukat *
Serkan Cengiz/ Avukat **

AGGA-YUNANİSTAN DAVASI (No:3)

Başvuru no: 32186/02

Agga-Yunanistan Davasında (Başvuru no:3);

Başkan : Mr. □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

Yargıçlar : Mr. □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

Mrs. □ □ □ □ □ □ □ □

Mrs. □ □ □ □ □ □ □ □

Mr. □ □ □ □ □ □ □ □

Mr. □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

Mr. □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

Ve Daire yazı işleri müdürü Mr □ □ □ □ □ □ □ □ 'den oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Daire), 22 Haziran 2006 tarihinde yaptığı oturum sonrasında aynı gün aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

USUL İŞLEMLERİ

1. Bu dava, Yunan vatandaşı Mehmet Agga (başvurucu) tarafından Yunanistan Cumhuriyeti aleyhine İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi uya-

* Av., İzmir Barosu elifekinci@gmail.com.

** Av., İzmir Barosu www.serkanecengiz.av.tr.

rınca 6 Ağustos 2006 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurudan (no: 32186/02) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucu, Komoniti'de (Kuzey Yunanistan)¹ görev yapan avukat Mr. S. Emin tarafından temsil edilmiştir. Yunan Hükümeti (Hükümet) Devlet Hukuk Konseyi danışmanı Mr. V. Kyriazopoulos ve Devlet Hukuk Konseyi'nde hukuksal yardımcı olarak çalışan Mrs. M. Papida tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, özellikle tanınan bir dinin resmi görevlisinin yetkilerini gasp etmekten dolayı mahkum edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerinde yer alan haklarının ihlal edildiği yönünde iddialarda bulunmuştur.

4. Başvuru, Mahkeme'nin 1. Daire'sine havale edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü, md.52/1). Bu Daire içinde davayı inceleyecek olan heyet, Sözleşme'nin 27/1 maddesi ve İç Tüzük'ün 26/1 maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

5. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde Dairelerinin yapısını değiştirmiştir (İç Tüzük, md. 25/1). Dava, yeni oluşturulan Birinci Daire'ye gönderilmiştir (İç Tüzük, md. 52/1).

6. Daire, 5 Nisan 2005 tarihli kararıyla başvuruyu kabuledilir bulunduğunu açıklamıştır.

7. Başvurucu ve Hükümet, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerini sunmuşlardır (İçtüzük, md. 59/1).

OLGULAR

I. DAVADAKİ OLAYLAR

8. Başvurucu, 17 Ağustos 1990 tarihinde sorumluluk bölgesindeki camilerde ibadatlere katılan Müslümanlar tarafından Xanthi müftüsü olarak seçilmiştir. Yunan Devleti ise bölgede görev yapmak üzere bir başka müftü atamıştır. Buna rağmen, başvurucu görevden geri çekilmeyi reddetmiştir.

9. Başvurucu aleyhine, 11 Şubat 1996 ve 17 Şubat 1996 tarihlerinde Xanthi müftüsü sıfatıyla resmi bildirimler imzalaması ve bunları yayınlaması nedeniyle "tanınan bir din" in resmi görevlisinin yetkilerini gasp etmekten dolayı Ceza Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca dört ayrı ceza kovuşturması başlatılmıştır.

¹ Gümilcine (Ç.N.)

10. Başvurucu davalar boyunca kendi seçtiği avukatlar tarafından yasaya (hukuka) uygun olarak temsil edilmiştir. Ulusal mahkemeler davalı ve davacıya ait çok sayıda tanık dinlemiştir.

11. Lamia Tek Hakimli İlk Derece Ceza Mahkemesi, 11 Aralık 1997 tarihinde, Xanthi müftüsü sıfatıyla resmi bildirimler yayınlaması ve bunları imzalamasından dolayı başvurucuyu açılan ilk üç davada suçlu bulmuştur (karar no: 3913/1997, 3914/1997, 3915/1997).

Lamia Tek Hakimli İlk Derece Ceza Mahkemesi (*monomeles plim-meliodikio*), 1 Aralık 1999 tarihinde, başvurucuyu dördüncü davada da aynı gerekçeyle suçlu bulmuştur (Karar no. 4919/1999). Başvurucu kararları temyiz etmiştir.

12. Lamia 3 Hakimli İlk Derece Ceza Mahkemesi (*trimeles plimmeli-odikio*), 31 Mayıs 2000 tarihinde dört davada da başvurucunun mahkumiyeti ile sonuçlanan kararları onamıştır. Hükmedilen toplam 8 ay hapis cezası para cezasına çevrilmiştir (Karar no: 1654/2000, 1655/2000, 1656/2000 ve 1657/2000). Başvurucu, bu mahkumiyet kararlarının Sözleşme'nin 6, 9 ve 10. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

13. Temyiz Mahkemesi, 8 Mart 2002 tarihinde, her dört dava ile ilgili olarak da başvurucunun temyiz taleplerini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, Ceza Kanunu'nun 175. maddesinde yer alan suçun, "*tamnan bir dinin resmi görevlisi adı altında ve bu din görevlisine ait olan idari yetkilerden birisinin kullanılmasında*" işlendiğini belirtmiştir

Temyiz Mahkemesi, başvurucunun Xanthi Müftüsü gibi davranması ve görüntü sergilemesi nedeniyle bu suç işlendiğini belirtir. Mahkeme, buna ilaveten, başvurucunun mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerine aykırı olmadığını; zira başvurucunun dini inancından veya birtakım görüşlerini ifade etmesinden dolayı değil, bir müftünün yetkilerini zorla gasp etmesi nedeniyle cezalandırıldığını belirtmiştir.

Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili olarak, Temyiz Mahkemesi, başvurucunun dava boyunca kendi seçtiği avukatlar tarafından kanuna uygun olarak temsil edildiğini ve tüm savunma haklarından faydalandığını belirtmiştir (hüküm no. 304/2002).

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

14. İlgili iç hukuk ve uygulama, 17 Ekim 2002 karar tarihli, 50776/99 ve 52912/99 başvuru numaralı Agga- Yunanistan (no. 2) davasında (33-44 nolu paragraflar arasında) yer almaktadır.

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 9. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

15. Başvurucu, mahkumiyet kararının Sözleşme'nin 9. maddesini ilgilendirdiğini ileri sürmüştür. Madde aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes düşünce, vicdan, din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

A. Tarafların iddiaları

16. Hükümet, ilk olarak başvurucunun yayınladığı resmi bildirilerin içerikleri nedeniyle değil sadece Xanthi müftüsü gibi davranması gerekçesiyle mahkum edildiğini savunmuştur.

Sonuç olarak, burada başvurucunun dini inançlarını ifade etme hakkına bir müdahale söz konusu değildir; zira Sözleşme'nin 9. maddesi, başvurucuya "tanınan bir din" in resmi görevlisinin yetkilerini gasp etme hakkı vermemektedir.

17. Hükümet, müdahale söz konusu olsaydı dahi, bu müdahalenin Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. bendi uyarınca her halükarda haklı olacağını savunmuştur.

İlk olarak, Hükümete göre, Atina Barış Antlaşması² yürürlükte değildir ve başvurucunun iddialarının mevcut davaya uygulanan Ceza Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu görüşe göre, hükümet, müdahalenin Ceza Kanunu'nun 175. maddesi ile hukuk tarafından düzenlenmiş olduğunu iddia etmiştir. Bu madde, mahkemeler tarafından başvurucunun mahkumiyetini öngörülebilir kılacak bir şekilde yorumlanmıştır.

² 1913 Atina Antlaşmasında Müslüman cemaatin özerkliğine ve hiyerarşik yapısına dokunulmayacağı, müftülerin Müslüman seçmenleri tarafından seçileceği belirtilmiştir. 1920 tarihli ve 2345 sayılı yasaya göre azınlık dini kurumlarını kendi özgür iradesiyle oluşturur ve müftülerini seçer. 24 Aralık 1990'da çıkarılan bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 2345 sayılı yasa yürürlükten kaldırarak müftüler, valiler tarafından atanmaya başlanmıştır.(Ç. N.)

Söz konusu müdahalenin meşru bir amacı bulunmaktadır. Ulusal mahkemeler, meşru müftünün yetkisini koruyarak, özel olarak dini topluluklarda ve genelde toplumda düzeni korumaya çalışmıştır. Ulusal mahkemeler, aynı zamanda Devletlerin üzerinde sınırsız takdir hakkını kullanabildiği bir alanda ülkenin uluslararası ilişkilerini korumaya çalışmıştır.

18. Buna ilaveten, hükümet, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu savunmuştur. Müftüler, birçok ülkede devlet tarafından atanmaktadır. Dahası, müftüler, Yunanistan'da önemli adli görevler ifa etmektedirler ve yargılama yapan kişiler halk tarafından seçilemezler.

Hükümet, Xanthi'de şu an 2 müftü olduğunu, bu nedenle mahkemelerin Müslümanlar arasında; Müslümanlar ve Hristiyanlar arasında ve Türkiye ve Yunanistan arasında gerilim yaratmamak için yetkisiz müftüyü mahkum etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkemeler, 175. maddedeki suçun "*din görevlisinin yetkilerinin gerçekten yerine getirildiği esnada*" işlendiğini belirtmiştir. Mahkemeler, aynı zamanda, başvuru konusunun söz konusu davranışlarının kanunda açıkça belirtilen "*bir müftünün idari vazifeleri*" kapsamında yer aldığını belirtmiştir.

19. Başvurucu hükümetin savunmalarına katılmamaktadır. Başvurucuya göre, Atina Barış Antlaşması'nın halen yürürlüktedir (bkz. *Agga v. Yunanistan*, no. 2, yukarıda belirtilen karar, §§ 33-36). Dahası, başvuru, Thrace'da yaşayan Müslümanların 2345/1920 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılmasını hiçbir zaman kabul etmediğine dikkat çekmiştir. Son olarak, Yunanistan'daki Hristiyanların dini liderlerini seçme haklarının olduğunu ve Müslümanların bu olanaktan mahrum bırakılmalarının ayrımcı muamele oluşturduğunu ileri sürmüştür.

20. Başvurucu, mahkumiyetinin kendini dini lider olarak benimseyen kişiler ile birlikte dinini özgürce yerine getirme hakkına müdahale oluşturduğunu iddia etmektedir.

İlaveten, mahkumiyetinin kanun tarafından öngörülmediğini belirtmiştir. Bu hususta, Atina Barış Antlaşması'nın halen yürürlükte olduğunu, Yunanistan Başbakanının bu hususu 1923 Lozan Barış Antlaşması'na yol açan diplomatik konferansta kabul ettiğini belirtmiştir. Dahası, Temyiz Mahkemesi, yakın zamanlarda verdiği bir kararda Atina Barış Antlaşması'nın geçerliliğinin devam ettiğini onay-

lamıştır ve hukuk alanında faaliyet gösteren bilim adamları da aynı görüştedirler.

Müslümanlar, 2345/920 sayılı kanunun yürürlükten kalkmasını hiçbir zaman kabul etmemiştir.

Başvurucu, son olarak, mahkumiyetinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını; zira Yunanistan'da Hıristiyanların ve Musevilerin dini liderlerini seçme hakları olduğunu ve Müslümanların böyle bir olanaktan mahrum bırakılmalarının ayrımcı muamele oluşturduğunu ileri sürmüştür.

B. Mahkemenin değerlendirmesi

21. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan hakkına müdahale edilip edilmediğini; eğer bir müdahale varsa, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. bendi uyarınca bu müdahalenin "*kanun tarafından öngörülmüş*" olup olmadığını, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını göz önünde bulundurmakla mükelleftir.

1. Bir müdahalenin varlığı

22. Mahkeme, din özgürlüğünün birey vicdanının temel bir ögesi olmasının yanı sıra; bu özgürlüğün aynı zamanda kişinin diğerleriyle toplu olarak ve aleni şekilde ibadet ederek ve dinini öğretmek dinini ortaya koyma özgürlüğünü de kapsadığını yinelemiştir (*bkz. diğerleri arasından, Kokkinakis-Yunanistan, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, A serisi, no. 260, sf. 17/31*)

23. Mahkeme, buna ilaveten, başvurunun "*tanınan bir dinin*" resmi görevlisinin yetkilerini gasp etmekten mahkum edildiğini yineler. İlgili ulusal mahkeme kararında da ortaya konulduğu gibi başvurunun mahkumiyetinin sebebi, başvurunun Xanthi müftüsü sıfatıyla dini içerikli resmi bildirimler yayınlamış olmasıdır. Bu şartlar dahilinde, Mahkeme, başvurunun mahkumiyetinin, Sözleşme'nin "*diğerleriyle birlikte toplu halde ve aleni şekilde... dinini ortaya koymak için, ... ibadet ederek ve dinini öğretmek*" gibi ifadeler içeren 9/1 maddesi ile garanti altına alınan din özgürlüğü hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir (*Serif/Yunanistan, Başvuru no. 38178/97, § 39, AHİM 1999-IX*).

2. Kanun tarafından öngörülebilir olma

24. Taraflar, mevcut müdahalenin kanun ile düzenlenmiş olup olmadığı hususunda anlayamamış olmalarına rağmen Mahkeme bu mesele hakkında karar vermeyi gerekli görmemiştir. Zira diğer nedenler sebebiyle başvurucunun mahkumiyeti her halükarda Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağdaşmamaktadır (*Agga v. Yunanistan (no. 2)*, yukarıda bahsedilen karar, § 54).

3. Meşru amaç

25. Mahkeme, mevcut davadaki müdahalenin Sözleşme'nin 9/2 maddesi uyarınca meşru bir amacı olduğunu kabul etmiştir. Bu amaçlardan en önemlisi kamu düzeninin korunmasıdır.

Mahkeme, bu bağlamda başvurucunun bölgedeki Müslüman cemaatinin dini lideri olduğunu iddia eden tek kişi olmadığını ve yetkililerin 20 Ağustos 1991 tarihinde bir başka kişiyi de Xanthi müftüsü olarak atadıklarını ifade etmiştir (*Agga v. Yunanistan (no. 2)*, yukarıda bahsedilen karar, § 55).

4. Demokratik bir toplumda gereklilik

26. Mahkeme, Sözleşme'de yer aldığı manada, düşünce, inanç ve din özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel öğelerinden biri olduğunu yineler.

Demokratik bir toplumda doğası gereği bulunan çoğulculuk, yüzyıllar içinde ve birçok güçlük içinde kazanılmış olup varlığı yukarıda belirtilen özgürlüğe bağlıdır. Demokratik bir toplumda çeşitli dini grupların menfaatlerini uzlaştırmak amacıyla din özgürlüğüne sınırlamalar konulmasının gerekli olabileceği de bir gerçektir (bkz., *Kokkinakis v. Yunanistan*, yukarıda bahsedilen karar, prg., 17 ve 18, §§ 31 ve 33).

Durum bu olmakla beraber, bahsi geçen kısıtlamaların “zorunlu sosyal bir ihtiyacı” karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekir (bkz, diğerleri arasında, *Wingrove v. Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996 tarihli karar, *İlam ve Karar Raporları*, 1996-V, p. 1956, § 53).

27. Mahkeme, aynı başvurucuya ait ve aynı olguları içeren dava ile ilgili 2 numaralı *Agga-Yunanistan* kararında (yukarıda bahsedilen karar), başvurucunun Ceza Kanunu'nun 175 ve 176. maddelerine bağlı

olarak mahkum edilmesinin Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali anlamına geldiği yönlü tespitini yineler. Mahkeme ilgili kararında özellikle şu hususları vurgulamıştır:

"(...) başvuruçuyu mahkum eden ulusal mahkeme, hükme esas olan kararda başvuruçunun yasal sonuçlar doğuracak belirli bir hareketine değinmemiştir. Yerel mahkeme, başvuruçuyu dini içerikli resmi bildirimler yayınlaması ve bu bildirimleri Xanthi müftüsü sıfatıyla imzalaması gibi basit bir gerekçeyle mahkum etmiştir.

Dahası, kararda başvuruçunun Xanthi'deki Müslüman cemaatin en azından bir kısmının desteğine sahip olduğu hususu tartışılmamıştır.

Bununla beraber, Mahkeme'ye göre, kişinin kendisini sadece kendisini takip etmeye istekli bir grubun dini lideri olarak tanıtmaması nedeniyle cezalandırılması, demokratik bir toplumdaki dini çoğulculuğu sağlama isteği ile uyuzmaz.(...) Mahkeme, başvuruçunun, müftülere ya da tanınan bir dinin diğer görevlilerine ait yasalarda yer alan hukuki ve idari yetkileri kullanmaya teşebbüs ettiğine dair bir delilin bulunmadığını da belirtir.

Son olarak, Mahkeme, demokratik toplumlarda Devletlerin dini toplulukların mevcudiyeti sürdürmelerini veya bu toplulukların başına dini bir lider getirilmesini sağlamak için önlemler alması gerektiği fikrini benimsemeyiz. (...) gerilim yaratılmasına dair genel referans dışında, Hükümet, Xanthi'de 2 dini lider bulunmasının bölgede yaşayan Müslümanlar arasında yarattığı ya da ileride yaratabileceği karışıklığı hiç dikkate almamıştır.

Dahası, Mahkeme, Müslümanlar ve Hıristiyanlar arasında veya Yunanistan ve Türkiye arasında gerilim riskinin haklı varlığını belirleyici, çok uzak ihtimallerden öte somut hiçbir kanıt gösterilememiş olduğunu belirtir."

28. Görülmekte olan davaya dönülecek olursa, Mahkeme, başvuruçunun, Devletin veya Belediye yetkilisinin yetkilerini kasıtlı olarak gasp etme eyleminden dolayı, bu eylemi suç olarak düzenleyen Ceza kanunu'nun 175. maddesi uyarına mahkum edildiğini incelemiştir.

Bununla beraber, Mahkeme, 2 numaralı Agga-Yunanistan kararında da incelemiştir olduğu gibi, başvuruçuyu mahkum eden ulusal mahkeme kararında başvuruçunun yasal etkiler doğuracak herhangi bir özel eylemine değinilmediğine dikkat çekmiştir. Aksine, ulusal mahkeme, başvuruçuyu dini içerikli mesajlar yayınladığı ve bu mesajları da Xanthi müftüsü olarak imzaladığı gerekçesiyle mahkum etmiştir.

29. Yukarıda belirtilen olaylar ışığında, Mahkeme, yukarıda bahsi geçen konuyla ilgili daha önce vermiş olduğu kararda belirtilmiş olan gerekçeden ayrılmasını gerektirecek herhangi bir gerekçe bulamamıştır. Mahkeme, özellikle, başvurusunun 175. madde uyarınca mahkum edilmesini davadaki olayın şartlarına göre haklı kılacak “zorunlu bir sosyal ihtiyaç” olgusunun belirtilmemiş olduğunu dile getirir.

Sonuç olarak, Sözleşme’nin 9/2 maddesi uyarınca kamu düzenini korumak amacıyla başvurusunun ibadetle ve öğreterek, diğerleriyle topluluk içinde ve aleni şekilde dinini ortaya koyma hakkına yapılan müdahale, demokratik bir toplumda zorunlu değildir. (bkz. *Agga v. Yunanistan* (no. 2), yukarıda belirtilen karar, § 61).

Bu nedenle, incelenmekte olan davada Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlali söz konusudur.

II. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

30. Başvurucu, yukarıdaki iddialarının yanı sıra, yazılı olarak sunduğu birtakım görüşlerinden dolayı mahkum edilmesi nedeniyle de Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve ya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

31. Mahkeme, 9. maddenin ihlal edildiğine dair tespitlerin belirlenmesinden sonra, 10. maddesinin uygulanmasını gerektirecek ayrı bir olayın var olmaması nedeniyle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair ayrı bir değerlendirmeyi gerekli görmemiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİ UYARINCA BAŞVURU

32. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder.”

A. Tazminat

33. Başvurucu, iddiasını destekleyici herhangi bir belge ileri sürmeden, Lamia 3 Hakimli İlk derece Ceza Mahkemesi tarafından ödemeye mahkum edildiği para cezasına mukabil olarak 1,848.86 Avro tutarında maddi tazminat talebinde bulunmuştur. Buna ilaveten, 10,000 Avro'da manevi tazminat talep etmiştir.

34. Hükümet sözcüsü, başvurusunun sadece gerçekten katlandığı zararların tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve başvurusunun manevi tazminat talebi ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmesinin kendi içinde Sözleşme'nin 41. maddesinin amaçları bakımından yeterli bir adil tatmin oluşturduğunu belirtmiştir.

35. Mahkeme, başvurusunun herhangi bir para cezası ödemediğini ispatlayamadığını incelemiştir. Buna ilaveten başvuru belirli bir tutara ilişkin herhangi bir delil de ileri sürmemiştir. Mahkeme, akabinde başvurusunun bu kalem altındaki iddialarını reddetmiştir.

Bunun yanı sıra, başvurusunun manevi tazminat talebi ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği bulgusunun kendi içinde Sözleşme'nin 41. maddesinin amaçları bakımından kendi içinde yeterli adil tatmin oluşturduğunu belirtmiştir.

B. Masraf ve giderler

36. Son olarak, başvuru, ulusal yargılama boyunca ortaya çıkan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamadan kaynaklanan masraf ve giderleri için 5,119.95 Avro tutarında bir geri ödeme talebinde bulunmuştur. İddiasını aşağıdaki gibi izah etmiştir:

(a) Ulusal mahkemeler huzurundaki yargılama sürecindeki ücret ve masraflar için 1,619.95 Avro;

(b) Çeşitli masraflar (seyahat ve konaklama masrafları) için 2,500 Avro ve

(c) Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'si (Mahkeme) huzurundaki yargısal süreçteki ücretler için 1,000 Avro.

Başvurucu, Mahkeme'ye sadece ulusal yargılama sürecine ait faturaları sunmuştur.

37. Hükümet, masraflar ve giderlerin gerçekten ve gerekli şekilde maruz kalınan zararları kapsaması ve tutarının makul miktarlarda olması gerektiğini ileri sürmüştür.

38. Mahkeme, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca sadece gerçekten ve gerekli şekilde maruz kalınan zararları kapsayan ve tutarının makul miktarlarda olduğu gösterilen masraflar ve giderlerin geri ödeneceğini yineler.

Buna ilaveten, İctüzük'ün 60/2. maddesinde "*Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca yapılan her talebin detaylarının ilgili destekleyici belgeleri veya senet ve makbuzlarıyla birlikte kalem kalem beyan edilmesi gerektiği, aksi halde mahkemenin bu talebi kısmen veya tamamen reddedebileceği*" hükmü yer almaktadır. (bkz., örnek olarak, *Cumpănă and Mazăre v. Romanya* [GC], no. 33348/96, § 133, AIHM 2004-XI).

39. Mahkeme, incelemekte olduğu davada, başvurusunun sadece ulusal mahkeme yargılaması esnasında maruz kaldığı masraf ve giderlerle ilgili olarak destekleyici belge sunduğunu belirtir.

Mahkeme ulusal mahkemeler önünde yapılan masraf ve giderlerin giderim elde etmek veya Sözleşme açısından ihlal oluşturduğu tespit edilecek bir olayın önlenmesi amacıyla gerçekten ve zaruri olarak yapıldığı ve ayrıca söz konusu masraf ve giderlerin miktar açısından da makul olduğu düşüncesindedir.

Bu davaya esas teşkil eden Mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulan kritere bağlı olarak, bu kalem altında başvuru lehine her türlü vergiden muaf olmak üzere 1,620 Avro tazminata hükmedilmiştir.

C. Gecikme faizi

Mahkeme, bu davada gecikme faizinin hesabında Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranının baz alınmasını ve bu orana %3'lük bir eklenti yapılmasını uygun bulduğunu belirtir.

TÜM BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,

1. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine *hükmeder*;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanmasını gerektirecek ayrı bir meselenin mevcut olmadığına *hükmeder*;
3. (a) Hükümetin başvurucuya masraf ve giderler için Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca kararın kesinleşme tarihinden itibaren 3 ay içinde her türlü vergiden muaf olmak üzere 1,620 Avro (binaltıyüzyirmi-avro) ödemesine,
(b) Yukarıda bahsedilen 3 aylık sürenin sona ermesinden itibaren fiili ödemeye kadar yukarıdaki meblağa Avrupa Merkez Bankası marjinal borç verme oranının baz alınarak ve bu orana %3'lük bir eklenti yapılarak ortaya çıkan faiz oranın işletileceğine *hükmeder*;
4. Başvurucunun diğer tazminat taleplerini reddeder.

İş bu karar İngilizce olarak verilmiş ve İchtüzük'ün 77/2 ve 77/3 maddelerine uygun olarak 13 Haziran 2006 tarihinde yazılı olarak açıklanmıştır.

1 Mart 2003 tarihinde başvuru olarak (no. 1022226/03) Mahkemeye sunulmuştur.

2. Başvuruculara adli yardım verilmiştir.

3. Başvurucular parlamento seçimleri için mevcut olan %10'luk ulusal seçim barajının yasama meclisinin seçimi bağlamında halkın ifade özgürlüğüne müdahale ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular 1 nolu Protokolün 3. maddesine dayanmıştır.

4. Daire 9 Mayıs 2006 tarihli kararı ile başvurunun kısmen kabule-dilebilir olduğuna karar vermiştir.

5. Başvurucular ve Hükümet yazılı olarak ek görüşlerini sunmuşlardır (Mahkeme İç Tüzüğü m.59/1).

6. 5 Eylül 2006 tarihinde Strasbourg'ta bulunan İnsan Hakları Bina-sında bir duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m. 59/3).

Mahkeme huzurunda:

(a) Hükümet için

□ □ □□ □□ □□,

Yardımcı Ajan,

□ □ □□ □□□□,

□ □□□□□ □□,

□ □□□ □□□□,

□ □□□ □□□□ □□□□

Ü. □□□□□□□□,

Danışmanlar;

(b) Başvurucular için

□ □□□ □□□,

Avukat,

S. □□□□□□,

Danışman.

Mahkeme Sayın Özmen ve Sayın Elçi tarafından yapılan sunum-ları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. Başvurucular sırasıyla 1962 ve 1959 yıllarında doğmuşlar ve Şırnak'ta yaşamaktadırlar. Başvurucular 3 Kasım 2002 tarihinde yapı-

lan parlamento seçimlerinde Halkın Demokrasi Partisi'nin (DEHAP) Şırnak adayları olarak seçime katılmışlardır. Buna karşın hiçbirisi seçilememiştir.

A. 3 Kasım 2002 tarihli milletvekili seçimi

8. 1999 yılında meydana gelen deprem sonrasında Türkiye'de iki defa ciddi ekonomik kriz meydana gelmiştir. Bu krizleri ilk olarak o dönemin Başbakanının sağlık durumu ve ikinci olarak da hükümet eden koalisyon içindeki çoklu parçalılık, 3 siyasal parti, nedeniyle siyasal bir kriz takip etmiştir.

9. Bu nedenlerle Türkiye Büyük Millet Meclisi (Ulusal Meclis) 31 Temmuz 2002 tarihinde genel seçim tarihini öne çekerek 3 Kasım 2002 tarihinde seçimlerin yapılmasına karar vermiştir.

10. Eylül ayında 3 sol parti, HADEP, EMEP ve SDP bir "*İşçi, Barış ve Demokrasi Bloğunu*" ve aynı zamanda yeni bir siyasal parti oluşumuna, DEHAP, karar vermiştir. Başvurucular yeni partinin önde giden adayları olarak Şırnak ilinde seçim kampanyalarına başlamışlardır.

11. 3 Kasım 2002 seçimlerinin sonuçları uyarınca Şırnak ilinde DEHAP, kullanılan 103,111 oyun 47,449'nu yüzdeler olarak ise %45.95'ni almıştır. Hal böyle olmakla birlikte, partinin %10'luk ulusal seçim barajını aşamaması nedeniyle, başvurucular seçilememişlerdir. Şırnak ili için tahsis edilen 3 sandalye aşağıdaki gibi paylaşılmıştır: 2 sandalye AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi, muhafazakar sağ parti) için, parti oyların %14.05'ni (14.460) almıştır. Diğer sandalyeyi ise seçimlere bağımsız olarak katılan ve oyların %9.69'nu (9.914) alan sayın Tatar kazanmıştır.

12. Seçimlere katılan 18 partiden sadece AKP ve CHP (Cumhuriyet Halk Partisi) %10'luk seçim barajını aşmada başarılı olmuştur. Kullanılan oyların 34.26'ni alan AKP ulusal parlamentonun %66'na karşılık gelen 363 sandalye kazanmıştır. Oyların %19.4'nü alan CHP ulusal parlamentonun %33'ne karşılık gelen 178 sandalye kazanmıştır. Ayrıca 9 adet bağımsız milletvekili de seçilmiştir.

13. Bu seçimlerin sonuçları büyük bir siyasi ayaklanma olarak yorumlanmıştır. Parlamentoda temsil edilmeyen seçmen oranı bir rekora ulaşmakla kalmamış (yaklaşık %45) buna ek olarak seçime katılmayanların oranı (kayıtlı seçmenlerin %22) 1980'den buyana ilk defa

%20'yi aşmıştır. Sonuç olarak seçimlerden çıkan Ulusal Meclis 1946 yılından bu yana, çok partili sisteme geçilen ilk yıl, temsiliyet yönü en az olan bir Meclis'tir. Ayrıca 1954 yılından bu yana ilk kez sadece iki parti Meclis'te temsil edilmektedir.

14. Bazı yorumcular Ulusal Meclis'in temsil özelliğinin olmayışını yüksek bir seçim barajının dışındaki ve ötesindeki çok sayıdaki etkenin kümülatif etkisine bağladılar. Örneğin siyasal ve ekonomik krizle ilişkilendirilen tepki oyu olgusu, 1999 parlamento seçimlerinde sandalye kazanan 5 parti, 2002 seçimlerinde %10'luk seçim barajına ulaşamadılar ve sonuç olarak da parlamentoda temsil edilme olanağından yoksun kaldılar. Yine aynı şekilde seçmenler arasındaki bölünmüşlük sonuçlar üzerinde etkili olmuştu ve seçim öncesi koalisyonlarına yönelik teşebbüsler hiçbir sonuç vermemiştir.

B. Genel durum ve seçim sistemi

15. Seçim sistemi Türkiye'de en çok tartışılan konulardan birisidir; hala da oldukça tartışmalı bir konu olarak mevcudiyetini sürdürmektedir.

16. Çoğunluk temsili sisteminin kullanıldığı 1950, 1954 ve 1957 seçimleri parlamentodaki çoğunluk ile muhalefet arasındaki kurumsal dengenin sağlanmasında başarılı olamamıştır. Bu dengesizlik 1960 darbesinin ana nedenlerinden birisidir. Silahlı kuvvetlerin müdahalesi sonrasında parlamento çoğulculuğu ve siyasal sistemi güçlendirmek amacıyla D'hont metodunu kullanarak nisbi sistem kabul edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak 1965 ve 1969 yıllarında yapılan seçimler küçük partilerin temsil edilmesini sağlamanın yanı sıra Ulusal Meclis'te istikrarlı çoğunluklar yaratmıştır. Bununla birlikte 1973 ve 1977 seçimlerinde temel siyasal akımlar, geniş seçmen desteğine rağmen, istikrarlı hükümetler kuramamışlardır Bu hükümet istikrarsızlığı dönemi birbirini takip eden koalisyon oluşumları ile akıllarda kalmış, koalisyonların her biri küçük partilerin hükümet politikası üzerindeki oranısız tesirleri nedeniyle oldukça kırılma eğilimindedir.

17. 1980-1983 yılları arasındaki askeri rejimi takiben 13 Haziran 1983 tarihinde Ulusal parlamento üyelerinin seçilmesi dair 2839 sayılı kanun yürürlüğe girmiş, yasa iki barajla birlikte nisbi sistemi tekrardan ihdas etmiştir. %10'luk ulusal seçim barajına seçim bölgesi barajı da eklenmiştir (seçmen sayısının her bir seçim bölgesinde seçilecek sandalyeye göre bölünmesi). Anayasa Mahkemesi 1995 yılında bölge barajının geçersiz ve hükümsüz olduğuna karar vermiştir. 1983 yılın-

daki genel seçimlerde Anavatan Partisi (ANAP) Parlamento'da mutlak bir çoğunluk sağlamıştır.

18. 29 Kasım 1987 Parlamento seçimleri Anavatan Partisi'nin, oyların %36.31 ile istikrarlı bir meclis çoğunluğunu oluşturmasına olanak vermiştir. Aynı zamanda 2 diğer partide sandalye kazanmışlardır. Oyların %19'u, %10'luk ulusal seçim barajını aşamayan partiler lehine kullanılmıştır. 20 Ekim 1991 tarihinde yapılan seçimlerde 5 parti parlamento'da sandalye kazanmıştır. Bu durum özellikle seçimlere ortak listeye girmeyi yasaklayan 2839 saygılı yasaya karşı hile anlamına gelen küçük siyasal partilerin (MÇP, IDP, HEP) diğer siyasal partilerin bayrağı altında seçime katılmış olmalarının bir sonucudur. Dolayısıyla yeni parlamentoda temsil edilmeyen siyasi partiler lehine kullanılan oy oranı %0.05'e düşmüştür. Hükümet iki partiden kurulu bir koalisyon dayandırmıştır. Bu seçimlerde Halkın Emek Partisi'nin (HEP- Kürt yanlısı) 18 adayı SHP (sosyal demokrat) listesinden Parlamento'ya seçilmişler sonrasında SHP'den istifa ederek kendi partilerindeki (HEP) görevlerine geri dönmüşlerdir.

19. 24 Aralık 1995 tarihli genel seçimlerde 5 parti Parlamento'da sandalye kazanmıştır. Buna karşın bunlardan hiç birisi parlamento çoğunluğuna sahip olamamış ve bir koalisyon oluşturulmuştur. Parlamentoda temsil edilmeyen partiler lehine kullanılan oyların oranı %14'dür.

20. Aynı şekilde 1999 Parlamento seçimleri hiçbir partinin parlamento çoğunluğunu elde edememesi ile sonuçlanmıştır. Ulusal Parlamento'da 5 parti sandalye kazanmıştır. Üç partiden oluşan bir koalisyon hükümeti kurmuştur. Parlamentoda temsil edilmeyen partiler lehine kullanılan oyların oranı %18'dir.

21. Halihazırda gerek Parlamento'da gerekse de sivil toplumun önde gelen şahsiyetleri tarafından %10'luk barajın etkilerini düzeltmek amacıyla çok sayıda öneri ileri sürülmüştür.

II. KONUYLA İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Konuyla ilgili metinler

1. Anayasa

22. 23 Temmuz 1995 tarihinde değiştirilen Anayasa m. 67/6 hükmü şöyledir:

“Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.”

23. Anayasa m.80 hükmü şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.”

2. Seçim sistemi

24. 13 Haziran 1983 tarihli *Resmi Gazate'* de yayımlanan 2893 sayılı yasa milletvekili seçim sistemine ilişkin kuralları belirlemiştir.

25. Türk Ulusal Meclisi 85 seçim bölgesinden tek dereceli seçimle seçilen 550 milletvekiline sahiptir. Seçim nisbi seçim sistemi baz alınarak tüm Türkiye çapında aynı günde gerçekleştirilir. Oylar özgür, eşit ve gizlidir. Oyların sayımı ve kaydedilmesi açıktır. Her il bir seçim bölgesini oluşturmaktadır.

26. 2839 sayılı yasanın 16. maddesi şöyledir.

“...Siyasî partiler anlaşarak müşterek liste halinde aday gösteremezler...”

27. 2839 sayılı yasanın (23 Mayıs 1987 tarihinde değiştirilmiştir) 33. maddesi şöyledir:

“Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu aşamayan partiler milletvekili çıkaramazlar. Bu siyasî parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasî partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür...”

28. Sandalyelerin oylara dağıtımında nisbi D'hont sistemi kullanılmaktadır. Her bir liste için kullanılan oylar ilk olarak sayılara (1, 2, 3, 4, 5 vesaire) bölünür ve sandalyeler en yüksek orana göre listelere tahsis edilir. Bu yöntem çoğunluğun lehine olan bir sistemdir.

3. Anayasa Mahkemesi kararları

29. Anayasa Mahkemesi 18 Kasım 1995 tarihli kararında (E. 1995/54, K/1995/59) 2839 sayılı yasanın 34/A kısmının anayasallığı hakkında karar verme olanağına sahip olmuştur. Aynı yasanın 33. maddesine atıfta bulunan bu kısım *“ulusal seçim bölgesinde”* seçilen Meclis üyelerine sandalyelerin tahsisi açısından ayrıca %10'luk bir seçim barajı getirmiştir.

30. Anayasa Mahkemesi bir ulusal seçim bölgesi tesis eden hükümleri iptal etmiş buna karşın %10'luk ulusal barajının Anayasa'nın 67. maddesini ihlal etmediğini belirtmiştir. ile

Konuyla ilgili kararın ilgili paragrafları şöyledir:

“...Türkiye Devleti'nin biçiminin bir Cumhuriyet olarak belirlendiği Anayasa'da, Cumhuriyetin değiştirilemeyeceği öngörülen nitelikleri de demokratik düzenin seçildiğini göstermektedir. Devletin anayasal yapısı ulusal egemenliğe dayanmakla, bunun kaynağı olarak ulusal istenç, aracı olarak da özgür seçimler benimsenmektedir. Anayasa'nın değişik maddelerinde vurgulanan bu yeğleme, “*Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları*” başlıklı 67. maddede yoğunlukla ve ayrıntılı biçimde belirginleşmiştir. Maddenin değişik altıncı fıkrası, seçim yasalarının “*temsilde adalet*” ve “*yönetimde istikrar*” ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenleneceğini öngörmektedir. Amaç, seçmen istencinin yasama organına olabildiğince uygun yansımadır. Toplumsal istemlerin ve yeğlemelerin yasama organına tam olarak yansımını sağlayacak yöntemleri içeren sistemlerin en uygununu, en doyurucusunu, başka bir anlatımla hiçbir yakınmaya yol açmayanını edinmek olanaksız ise de yakınmaya en az neden olanı yeğlemek olanaklıdır. Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa'ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa'nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz.

Temsili demokrasilerin değişik alanlardaki yansımaları, etkileriyle belli olmaktadır. İstikrar sağlayacağı sanılarak getirilen adaletsiz sistemlerin, toplumsal gelişmeleri önemli ölçüde engelleyen sonuçları olduğu bilimsel araştırmalarla açıklanmaktadır. Temsilde adaletin ağırlığı, yönetimde istikrarın temel koşuludur. Adalet, istikrar sağlar. Yalnızca istikrar düşüncesi, adalet olmayınca istikrarsızlık yaratır. Anayasa'nın gözetilmesini istediği “*temsilde adalet ilkesi*” serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm öğeleriyle özetlenmekte ve oyla orantılı temsilci sayısı ile yaşama geçirilmektedir. “*Yönetimde istikrar ilkesi*” ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtabilecek yöntemler olarak algılanmaktadır. “Baraj” olarak adlandırılan yeterlilik oranıyla sağlanmak istenen yönetimde istikrar, temsilde adalet gibi 4121 sayılı yasayla gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa'da yer almıştır. Kimi durumlarda birbirinin

karşıtı gibi görünen bu iki ilkenin demokrasinin doğal aracı sayılan seçimlerde birbirini dengeleyecek ve tümleyecek biçimde birlikteliğine önem verilmelidir. Bunun için en az yakınılan seçim sisteminin uygulanması gerekmektedir. Bu iki ilkeyi her yönüyle olmasa da genelde bağdaştırmak, ülkelere göre değişmesi olağan bir durumdur. Bunu seçmek yasama organının yetkisinde olmakla birlikte bu yetki, yasanın biçimsel düzenlemesiyle değil, özüyle Anayasa'ya uygun olarak yaşama geçirmekte kullanılmalıdır.

Anayasa da belirtilen "*Hükümet istikrarının*" sağlanması amacıyla ulusal bir baraj tesis edilmiştir...

Seçime katılan ve 2839 sayılı yasanın 33. maddesinde öngörülen % 10'luk ülke barajını aşan siyasî partilere verilecek ülke seçim çevresi milletvekilinin hesabında gözetilecek ölçünün yasama organının takdiriyle yürürlüğe konulduğu açıktır. Seçim sistemlerinin anayasal ilkelere ödünsüz uygunluğu yanında kimi zorunlu koşulları içermesi kaçınılmazdır. Sistemin doğasından kaynaklanan ve yüzdelerle konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabul edilebilir ve aykırılığından söz edilemez belirlemelerdir. Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak elatmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki % 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 3 yargıcı bu görüşleri kabul etmemiş ve %10'luk seçim barajının Anayasa'nın 67. maddesiyle uyumlu olmadığını karar vermiştir.

31. Hal böyle olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi aynı kararında il barajı için mevcut olan illere düşen sandalyelerin belirlenmesinde kullanılan %25'lik seçim barajının (il barajı) geçersiz ve hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme böylesine bir barajın adil temsil ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiş ve şunu vurgulamıştır:

"Anayasa'nın amaçladığı 'yönetimde istikrar ilkesi' için milletvekili seçimlerinde bir ülke barajı öngörülmüşken, ayrıca her seçim çevresi için yeni bir barajın getirilmesi 'temsilde adalet' ilkesiyle bağdaşmaz."

B. Konuyla ilgili Avrupa Konseyi belgeleri

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Komitesinin Raporu

32. Hükümet, (ad hoc) Türkiye' deki Milletvekili Seçimlerini (3 Kasım 2002) İzleme Komitesinin 20 Aralık 2002 tarihinde yayınlanan

raporuna atıfta bulunmuştur. Raporun konuyla ilgili kısımları şunları ifade etmektedir:

“Medya tarafından geniş bir şekilde bildirildiği üzere 18 partiden sadece ikisi TBMM’ye seçilebilmişler, AKP ve CHP, %10’luk seçim barajını aşamamaları nedeniyle bu güne kadar Mecliste temsil edilen diğer partileri dışarıda bırakmışlardır. Seçimlere kadar hükümette olan siyasal parti oyların sadece %1’ni alabilmiştir. Ekonomik problemler seçimlerde belirleyici olmuştur.

362 sandalye ile AKP açısından açık ve mutlak bir çoğunluk ortaya çıkmış muhalefet için 179, bağımsız milletvekilleri için 9 sandalye ortaya çıkmıştır (bağımsız milletvekilleri iyi bir itibara sahip oldukları küçük kasabalarda seçilmişlerdir) 1999 seçimlerinde AKP’nin³ 59, CHP’nin ise 3 sandalye kazandığı hatırlanmalıdır.

Bu durum ülke içinde istikrarsız ve karmaşık koalisyonlardan kaçınılacağı için muhtemelen çok iyi bir istikrar ortamı yaratacaktır. 4 Kasım 2002 tarihinde Türkiye’deki borsa %6.1 oranında artmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte bu sonuçlar oyların %44’nün Parlamento’da temsil hakkına sahip olmadığı anlamına gelmektedir.

Dolayısıyla sonuçlar daha önce hükümet eden 3 siyasal partinin tek bir sandalye bile kazanamaması nedeniyle tüm sisteme karşı açık bir protesto olarak algılanmak zorundadır!”

2. Seçim Meselelerinde İyi Uygulama Yasası

33. Avrupa Konseyi seçim barajlarına dair herhangi bir bağlayıcı standart yayınlamamıştır. Bu mesele organizasyonu oluşturan metinler içinde de gündeme getirilmemiştir. Diğer taraftan Viyana Komisyonu tarafından kabul edilen Seçim Meselelerinde İyi Uygulama Yasası, konu açısından tavsiyelerde bulunmaktadır (bkz., Viyana Komisyonu, “Seçim Meselelerinde İyi Uygulama Yasası: Açıklayıcı Rapor ve Rehber”). Genel bir prensip olarak Yasa oyların doğrudan olmasını gerektirmektedir. Buna karşın iki dereceli bir parlamento açısından Meclis Dairelerinden birisinin dolaylı oylarla seçilmesine olanak da vermektedir. Kullanılacak muhtemel seçim sistemi açısından Yasanın rehber ilkeleri her türlü sistemin seçilebileceğini belirtmiştir.

3. Parlamenterler Meclisinin Kararı 1380 (2004)

34. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 22 Haziran 2004 tarihinde kabul edilen “Yükümlülükler ve Taahhütlerin Türkiye ta-

³ Ç. N.: Her ne kadar raporda AKP olarak belirtilse de doğrusu Fazilet Partisi’dir.

rafından Onurlandırmasına" dair 1380 sayılı kararın (2004) 6 ve 23. paragrafları şöyledir:

"6. Çoğulcu demokrasi açısından Parlamenterler Meclisi, Türkiye'nin çok partili, bir sistem ile işleyen bir demokrasiye, serbest seçimlere ve kuvvetler ayrılığına sahip olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın siyasal partilerin sıklıkla kapatılması ise gerçek bir endişe kaynağıdır. Parlamenterler Meclisi siyasal partiler hakkındaki Ekim 2001 Anayasa değişikliklerinin ve Mart 2002 tarihinde yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerin kapatma gibi aşırı bir önlemin gelecekte kullanılmasını sınırlayacağını umut etmektedir. Parlamenterler Meclisi ayrıca parlamentoda temsil edilmeleri öncesinde siyasal partilerden kullanılan oyların ulusal bazda %10'luk kısmını aşmalarının istenmesinin bir aşırılık olduğunu ve yurt dışında yaşayan Türklerin oy verme düzenlenmelerinin de değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

...

23. Parlamenterler Meclisi dolayısıyla Türkiye'yi, Türkiye'nin görevlileri tarafından uygulanmakta olan reform sürecinin bir parçası olarak:

...

ii. %10'luk seçim barajının aşağıya çekmeye ve yurt dışında yaşayan Türklerin sınırlara bizzat gelmeksizin oy kullanabilmeleri amacıyla seçim yasasını değiştirmeye davet etmektedir;

..."

C. Karşılaştırmalı hukuk

35. Her ne kadar oyların sınıflandırılması tiplerine ve seçim sistemine dair benzeşik bir sistem bulunmamasına rağmen genel olarak 3 ana tip olarak ayırmak olağandır: çoğunluk oy sistemi, nisbi sistem ve karma sistem. Çoğunluk oy sisteminde kazananlar, karar turunda oyların çoğunluğunu alan aday veya adaylar listesidir. Bu tür oy sistemi açık bir parlamento çoğunluğuna sahip olan hükümetlere oy vermeyi olanaklı hale getirmektedir. Buna karşın aynı zamanda azınlıktaki siyasal partilerin temsil edilmesine karşı bir baskı oluşturmaktadır. Dolayısıyla örneğin İngiltere'de onlarca yıldır uygulanan ve iki baskın siyasal partinin varlığı ile birleştirilmiş olan tek bir milletvekili için tek dereceli çoğunluk sistemi diğer partilere, almış oldukları oylarla bağlantılı olarak bir kaç sandalye verilmesi sonucu doğurmuştur. Başka

örnekler de mevcuttur örneğin Fransa'da çoğunluk sistemi seçimi iki dereceli bir sürece yaymıştır. En aşırı karşıtı olan nisbi sistemin amacı kullanılan oyların nisbi olarak sandalyelere dağıtılmasıdır. Nisbi temsil sistemi çeşitli siyasi güçleri çok daha yaklaşık bir şekilde yansıtmıştırdan dolayı en adil sistem olarak değerlendirilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte nisbi temsil sisteminin dezavantajı, sistemin seçmen desteğini almayı amaçlayanların bölünmesine neden olabilecek bir eğilime sahip olması ve dolayısıyla da istikrarlı parlamento çoğunluğunun yaratılmasını güçleştirmesidir...

36. Halihazırda Avrupa'da en yaygın olarak kullanılan sistem nisbi sistemdir. Örnek vermek gerekirse Danimarka, İspanya, Estonya, İrlanda, Lüksembourg, Malta, Moldavya, Norveç, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Bulgaristan ve Türkiye nisbi sistemin bu veya öteki türlerinden birisini tercih etmiştir. Bu iki tip oy sisteminin çeşitli kombinasyonlarını içeren karma sistemlerde mevcuttur (örneğin İtalya, Litvanya, Rusya, Ukrayna ve Almanya).

37. Nisbi sistemle seçilmiş olan yasama meclislerinde istikrarlı çoğunlukların sağlanabilmesi amacıyla yasal seçim barajları sıklıkla kullanılmaktadır. Barajlar *"belirli veya değişkendir sandalyelerin paylaşılmasında bir listenin veya adayın payını tespit eden seçim sonuçlarına göre tanımlanmaktadır"*. Buna karşın barajlar tarafından oynanan rol her ülkedeki seçim sistemine ve barajların belirlenmesine göre değişiklik göstermektedir. Düşük bir baraj sadece küçük grupların dışarıda bırakılmasına imkan verir ve istikrarlı çoğunluğun oluşturulmasını güçleştirir. Oysaki siyasal parti sisteminin fazlasıyla parçalı olduğu durumlarda yüksek bir baraj pek çok oyun temsil hakkından mahrum bırakılmasına neden olur.

38. Karma bir sistem bağlamında nisbi temsil sisteminin şu veya bu biçimini kullanan ve bir seçim barajı koymuş olan Avrupa Konseyi ülkeleri arasında aşağıda belirtilen örneklerle rastlanabilir. İsveç'te bir siyasal partiye sandalye tahsis edilebilmesi için siyasal partinin %4'lük ulusal barajı ve %12'lik seçim çevresi barajını aşması gerekmektedir. Bulgaristan'da ulusal seçim barajı %8 olarak belirlenmiştir. Lihteyhştayn'da ulusal oyların %8'nin alınması zorunludur. Danimarka'da siyasal partiler ya %2'lik ulusal barajı aşmalı ya da ülkenin 3 coğrafi bölgesinden ikisinde oyların çoğunluğunu almalıdır.

39. Genel kural olarak, belirlenen barajlar yüksek barajları aşmak zorunda olan koalisyonlara aynı şekilde uygulanmaz uygulanmaz. Örneğin Çek Cumhuriyetinde bir parti için öngörülen baraj %5'dir. Buna

karşın bir koalisyon durumunda katılan her bir parti için baraj %5 artırılır Romanya’da ise %5 olan temel baraj koalisyon halinde %3 artırılır. 3 veya daha fazla partiden oluşan koalisyonlarda artırma oranı sadece %1’dir. Polonya’da seçim barajları yerel listeler için %5 ve ulusal listeler için %8’dir. Koalisyon için belirlenen seçim barajı parti sayısına bakılmaksızın %8’dir. Aynı mantığın devamında Moldavya’daki bağımsız adaylar açısından belirlenen seçim barajı %3’ten aşağıdadır.

HUKUK

I. I NOLU PROTOKOLÜN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

40. Başvurucular Parlamento seçimleri için %10’luk bir seçim barajı konulmasının halkın yasama meclisinin seçiminde düşüncesini özgürce ifade etmesine müdahale ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular 1 nolu Protokolün 3. maddesini dayanak göstermişlerdir:

“Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

A. Tarafların argümanları

1. Başvurucular

41. Başvurucular ilk olarak seçim barajının 1980 askeri rejimi sonrasındaki özel duruma dayandırıldığını ve otoriter bir hükümetin kurulması ile toplumun depolitize edilmesinin amaçlandığını belirtmiştir.

42. İkinci olarak başvurucular barajın hükümetler istikrarını sağlanması amacıyla hizmet ettiği iddiasını kabul etmemişlerdir. Türkiye’nin arka planına ilişkin bir çalışma barajsız bir seçim sisteminin sağlam hükümetler kurulmasına olanak verdiğini göstermektedir. 1965, 1969, 1973 ve 1977 parlamento seçimlerinde kullanılmış olan nisbi sistemi göz önüne alarak başvurucular bu seçimlerin ilk ikisinden sonraki seçimlerde tek parti hükümetlerinin kurulmasının olanaklı hale geldiği hususuna vurgu yapmaktadırlar. Ayrıca 1983-2006 yılları arasında seçim barajına rağmen sadece 3 defa tek partiden oluşan hükümetler kurulmuştur. Böylesine yüksek bir seçim barajının uygulanması meşru bir amaca hizmet etmemektedir.

43. Başvurucular mesele konusu edilen istisnai tedbirin temsili de-

mokراسiyi güçlendirdiği yönündeki görüşü savunmanın oldukça güç olduğunu belirtmişlerdir. Parlamento'nun her demokrasinin özgür mekanı olması gereğinden dolayı böylesine yüksek bir ulusal seçim barajı, özgür bir temsili oldukça adaletsizleştirmiş ve hükümetlerin meşruluğuna dair krizlere neden olmuştur. Şu açıktır ki kullanılan oyların %55'ni yansıtan bir Parlamento demokrasinin dayanak noktasını oluşturan temsili meşruiyetin güçlendirilmesi ehliyetine sahip değildir.

44. %10'luk ulusal seçim barajı orantısız ve keyfi olmasının yanı sıra 1 nolu Protokolün 3.maddesi tarafından garanti altına alınmış olan hakkın özüne de zarar vermiştir. Seçim barajı toplumun geniş bir kesimini Parlamento'da temsil edilmekten mahrum bırakmıştır. 1987, 1991, 1995 ve 1999 yıllarındaki Parlamento seçimlerinde Parlamento'da temsil edilmeyen siyasi partiler lehine kullanılan oyların oranı sırasıyla %19.4 (yaklaşık 4.5 milyon oy), 0.5 (yaklaşık 140.000 oy), %14 (4 milyon oy) ve %18.3 (yaklaşık 6 milyon oy). 2002 seçimlerinin sonuçları oyların %45.3'nün (yaklaşık 14.5 milyon oy) hesaba katılmamış olması ve Parlamento'nun oluşumuna yansıtılmamış olması nedeniyle bir "*temsil krizine*" neden olmuştur.

45. Başvurucular ayrıca bölgesel temsil meselesine de vurgu yapmışlardır. Ülkenin güney doğu bölgesindeki partilerin tek bir parlamento üyesine sahip olmadığını, buna karşın bunların oyunun yaklaşık 2 milyon olduğunu belirtmişlerdir. Başvurucular bununla bağlantılı olarak %10'luk seçim barajının öncelikle bölgedeki Kürt nüfusunun temsilinin engellenmesi amacıyla konulmuş olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna ek olarak DEHAP, 13 il seçim bölgesinde önde giden parti olmasına ve iki il seçim bölgesinde de ikinci önde giden parti olmasına rağmen Parlamento'da tek bir sandalye bile elde edememiştir.

46. Son olarak, başvurucular %10'luk seçim barajının diğer Avrupa sistemlerinde uygulanan sistemle karşılaştırıldığında oldukça yüksek olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucular asgari %10'luk bir ulusal seçim barajının tesisi için herhangi makul bir gerekçenin olmadığını ve böyle bir maninin temsili demokrasi ile temelde çeliştiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Hükümet

47. Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika davasıyla (2 Mart 1987 tarihli karar Seri A no. 113) tesis edilen prensiplere atıfta bulunan Hükümet 1 nolu Protokolün 3. maddesinin mutlak bir oy verme hakkı

ortaya koymadığını ve seçim barajlarının belirlenmesiyle bağlantılı olarak Sözleşen Devletlere geniş bir takdir yetkisinin bırakılmış olduğunu ileri sürmüştür.

48. Hükümet 1 nolu Protokolün 3. maddesinin “herkes” veya “hiçbir kimse” türünde bir ifadeyi ihtiva etmediğini ileri sürmüş ve bunun yalnızca Yüksek Sözleşen Taraflarca üstlenilen “gizli oy ile makul aralıklarla serbest seçimler düzenleme” taahhüdü şeklinde bir ibare olduğunu belirtmiştir.

49. 1 nolu Protokolün 3. maddesi prensip olarak oy verme hakkını ve yasama meclisi seçimlerinde aday olma hakkını garanti altına alır. Sonuç olarak madde herhangi bir seçim sistemi belirlenmeksizin serbest seçimlerin düzenlenmesi hükmünü ihtiva eder. Ek olarak bu seçimlerin gizli ve makul aralarla yapılması zorunludur. Kabul etmek gerekir ki seçimlerin “halkın iradesini serbestçe ifade” etmesini sağlayacak koşullar altında yapılması zorunludur. Bu kavramın anlamı seçmenler üzerinde adaya ilişkin tercihlerini etkilemek bağlamında hiçbir kısıtlama ve baskının getirilememesidir. Kavram ayrıca temel olarak oy verme ve aday olma hakkının kullanılmasından tüm yurttaşlara eşit davranılması prensibini de barındırır.

50. Türk seçim sistemi açısından Hükümet 2939 sayılı kanun ile %10'luk baraj ile birlikte nisbi sistemin getirilmiş olduğunu belirtmiştir. Bu sistem ile 1983, 1987, 1991, 1995, 1999 ve 2002 seçimlerinin hemen sonrasında çoğunluğun oluşturulması olanaklı hale gelmiştir. Seçim barajı sayesinde yukarıda belirtilen seçimlerin 3'ü sonrasında tek bir çoğunluk partisinin temsilcileri ile hükümet kurulması mümkün olmuştur. Bunun anlamı seçim barajının, hükümet istikrarının sağlanması olarak ifade edilebilecek meşru bir amaca hizmet etmesi ve barajın devamı hususunda bir konsensüs olduğudur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi 18 Kasım 1995 tarihli kararında seçim barajının “adil temsil” için bir engel oluşturmadığına karar vermiştir.

51. Hükümet devamında ulusal seçim barajının halkın temsilcileri arasındaki siyasi parçalanmanın önlenmesi amacıyla getirilmiş olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca amacın küçük gruplara kendilerini ulusal boyutta faaliyet gösterecek şekilde organize etme ve Parlamento'da temsiliyet sağlanması olanağı verme olduğunu belirtmiştir. Seçim barajı 2002 seçimlerine katılmış olan tüm siyasal partilere uygulanmıştır. Örneğin 1999 seçimlerinden sonra koalisyonu oluşturan DSP (Demokratik Sol Parti), ANAP (Anavatan Partisi) ve MHP (Milliyetçi Hareket Partisi) sırasıyla oyların %1.23, %5.12 ve %8.34'nu elde etmiş, DEHAP

(oyların %6.23'nü almıştır), Parlamento'da tek bir sandalye bile elde edememiştir. Bu durum sırasıyla %7.25, %2.49 ve %1.15 oranında oy alan GP (Genç Parti), SP (Sosyalist Parti) ve YTP (Yeni Türkiye Partisi) açısından da geçerlidir.

52. Hükümet DEHAP'ın, sırasıyla %34.26 ve %19.4 oranında oy alan AKP ve CHP gibi %10'luk seçim barajını aşması durumunda Parlamento'da sandalye kazanabileceğine işaret etmiştir.

53. Hükümet ayrıca ulusal mevzuatta siyasal partilerin %10'luk seçim barajını aşmak amacıyla koalisyon kurmalarına engel olan herhangi bir hükmün olmadığını belirtmiştir. DEHAP 3 Kasım 2002 seçimlerinde adayları olan diğer siyasi partilerle bir koalisyon oluşturabilir ve böylelikle de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde sandalye elde edebilirdi. Bununla bağlantılı olarak Hükümet oyların %1'ni alan bağımsızların 9 sandalye kazandığına vurgu yapmaktadır.

54. Hükümet ayrıca 2002 seçimlerinden sonra Parlamento'da ikinci en güçlü parti olan CHP'nin 1999 Parlamento seçimlerinde seçim barajını aşmadığını belirtmektedir. Bu durum belirli bir seçimde engeli aşmayan herhangi bir siyasi partinin bir diğer seçimlerde aşabileceğini ve Meclis'te sandalye kazanabileceğini ortaya koymaktadır.

55. Ayrıca Hükümet 1961 ve 1980 yılları arasında ki bu yıllar seçmen bölgesi barajı kullanılmaksızın nisbi temsil sisteminin uygulandığı yıllardır, Türkiye'nin 20 farklı hükümete sahip olduğunu, oysa %10'luk seçim barajının yürürlükte olduğu 1983- 2006 yılları arasında 3'ü koalisyon 3'ü tek partiden oluşan 6 hükümetin iktidar olduğunu vurgulamıştır. Bu durum açıkça barajın ülkenin ekonomisi üzerinde can alıcı etkisi olan siyasi istikrarı sağladığını ortaya koymaktadır.

56. Sonuç olarak Hükümet %10'luk seçim barajının yasama meclisinin seçiminde halkın iradesinin serbestçe ifade edilmesi açısından engel oluşturmadığını belirtmiştir. Son olarak Hükümet, Mahkeme'nin dikkatini şu andaki Parlamento'nun seçmenlerin oylarının yarısından fazlasını yansıttığı olgusuna dikkat çekmektedir.

B. Mahkemenin değerlendirmesi

1. Genel prensipler

57. 1 nolu Protokolün 3. maddesi belirli bir hak veya özgürlükten ziyade, halkın kanaatinin serbest ifade edilmesini sağlayan seçimler yapma yükümlülüğü bağlamında ilk bakışta hakları garanti altına alınan Sözleşme ve diğer Protokollerden farklı görünebilir

58. Hal böyle olmakla birlikte, Protokolün 3. maddesine ilişkin *travaux préparatoires'* ı ve de tüm Sözleşme bağlamında hükmün ne şekilde yorumlandığını göz önüne alarak Mahkeme, 1 nolu Protokolün 3. maddesinin oy verme ve aday olmada da dahil olmak üzere bireysel hakkı garanti altına aldığına karar vermiştir (bkz., yukarıda bahsedilen *Mathieu-Mohin ve Clerfayt* davası sayfa. 22-23, paragraf 46-51). Gerçekten de Mahkeme benzerine başka bir yerde rastlanmayan bu şekildeki bir lafzın Yüksek Sözleşen Tarafça üstlenilen taahhüde daha fazla bir ciddiyet verilmesi arzusu ile açıklanabilir olduğu görüşünü benimsemiş ve bu alanın Devletlerin sadece müdahale etmekten kaçınmakla kalmayacakları buna karşın pozitif tedbirler alma yükümlülüğü altında oldukları bir alan olduğunu belirtmiştir (*ibid.*, § 50).

59. Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanmasının temelini oluşturan demokratik prensiplerin sıklıkla önemine dikkat çeken Mahkeme (*bkz., diğerleri arasında Türkiye Birleşik Komünist Partisi / Türkiye, 30 Ocak 1998 tarihli karar, Raporlar ve Kararlar 1998-I, paragraf 45*) 1 nolu Protokolün 3. maddesi tarafından garanti altına alınan hakların hukuk devleti tarafından yönetilen anlamlı bir demokrasinin tesisi ve devamının sağlanması açısından can alıcı bir öneme sahip olduğunu vurgulamıştır.

60. Her şeye rağmen 1 nolu Protokolün 3. maddesi tarafından korunan hak mutlak değildir. Zımnı sınırlamalar açısından bir takım olanaklar mevcuttur ve Sözleşen Devlete bu alanda bir takdir yetkisinin verilmesi zorunludur.

61. Bahsi geçen takdir yetkisi görülmekte olan işbu davada hatırı sayılır bir tartışmanın konusunu oluşturmuştur. Mahkeme bu alandaki takdir yetkisinin geniş olduğunu tekrardan belirtmektedir (*bkz., Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda aktarıldı, § 52; ve çok yakın tarihli *, Matthews v. İngiltere* [GC], no. 24833/94, § 63, AİHM 1999-I; *Labita v. İtalya* [GC], no. 26772/95, § 201, AİHM 2000-IV; *Podkolzina v. Letonya*, no. 46726/99, § 33, AİHM 2002-II; ve *Hirst v. İngiltere (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 61, AİHM 2005-IX). Aynı husus ister nisbi temsil veya çoğunluk oyu olsun ister bir başka sistem olsun halkın kanaatinin ifade edilmesini sağlayacak oy tipinin belirlenmesinde uygulanır (*bkz., yukarıda bahsedilen Matthews* kararı paragraf. 63). Bu bağlamda 3.madde seçimlerin "*halkın kanaatinin özgürce ifade edilmesini sağlayacak koşullarda*", "*makul aralıklarla*", "*gizli oyla*" ve "*serbestçe*" yapılmasının ötesine gitmemektedir. Bu ihtirazı kayda tabi tutulması nedeniyle madde nisbi temsil sistemi veya bir veya iki oylu çoğunluk sistemi gibi "*özel*

bir sistemin yürürlüğe konulması yükümlülüğü” yaratmamaktadır (bkz., yukarıda bahsedilen, Mathieu-Mohin ve Clerfayt, § 54).

Bu alandaki kurallar her bir devletin tarihsel ve siyasi faktörlerine bağlı olarak değişmektedir. Çok sayıdaki Avrupa Konseyi üyesi ülkenin seçim mevzuatında bulunan hatırı sayılır çeşitlilik durumu olası seçeneklerin farklılığını göstermektedir. 1 nolu Protokolün 3. maddesinin uygulanması bağlamında her ülkenin seçim yasasının değerlendirilmesinin ilgili ülkenin geçirmiş olduğu siyasi evrimin ışığında yapılması zorunludur. Böylelikle bir sistem bağlamında kabul edilemez olan özellikler seçilen sistemin en azından “*yasama meclisinin seçiminde halkın kanaatinin özgürce ifade edilmesini*” temin edecek koşulları sağlayan başka bir bağlamda incelendiğinde haklı görülebilecektir. (bkz., *Py v. Fransa*, no. 66289/01, § 46, AİHM 2005-I (alıntılar)).

62. Ayrıca seçim sistemleri birbiriyle nadiren bağdaşan amaçların yerine getirilmesine çalışmaktadır: Bir tarafta halkın kanaatinin adil ve samimi bir şekilde yansıtılması diğer tarafta da yeterli düzeyde açık ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkmasının geliştirilmesi bulunmaktadır. Bu koşullar altında “*yasama meclisinin seçiminde halkın kanaatinin özgürce ifade edilmesini temin edecek koşulları sağlanması*” ifadesi (Sözleşme’nin 10. maddesi altında korunan ifade özgürlüğünden ayrı olarak) temel olarak tüm vatandaşlara oy verme ve seçimlere katılma haklarını kullanırlarken eşit davranılması prensibini içermektedir. Hal böyle olmakla birlikte bundan tüm oyların seçimin sonuçları bağlamında aynı ağırlığı taşıması zorunluluğu veya tüm adayların eşit zafer şansına sahip olması zorunluluğu anlamı çıkmaz. şeklinde Dolayısıyla da hiçbir seçim sistemi “*boşa giden*” oyları ortadan kaldıramaz (bkz., *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 54).

63. Yukarıda belirtilen ölçütlerin hiçbirisi halkın kanaatinin serbest, adil ve düzenli aralıklarla yapılan seçimler aracılığıyla garanti etmeleri halinde prensip olarak diğerlerinden daha geçerli olarak değerlendirilmemelidir.

64. Sözleşme kurumları seçim barajı meselesini her zaman üye Devletlere bırakılan takdir yetkisi bağlamında ele almış ve bunu belirttikten sonra Devletlerin bu alanda hatırı sayılır bir serbestlikten yararlandıklarını belirtmiştir (bkz., *Federación nacionalista Canaria v. İspanya* (karar), no. 56618/00, AİHM 2001-VI; *Etienne Tete v. Fransa*, no. 11123/84, Komisyon kararı, 9 Aralık 1987, Kararlar ve Raporlar s (DR) 54, sayfa. 52; *Marcel Fournier v. Fransa*, no. 11406/85, Komisyon kara-

rı, 10 Mart 1988 ve *Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei v. İtalya*, no. 25035/94, Komisyon kararı, 15 Nisan 1996, DR 85, sayfa. 112).

65. Hal böyle olmakla birlikte 1 nolu Protokolün gerekliliklerine uyulup uyulmadığının tespiti en son olarak Mahkeme'nin görevidir. Mahkeme kullanılan sınırlamaların mesele konusu edilen hakkın kullanılmasını hakkın özüne zarar verecek bir ölçüde ve onları etkisiz kılacak şekilde engellemediği, sınırlamaların meşru bir amaca ulaşmak amacıyla konulduğu ve kullanılan yöntemlerin orantılı olduğu hususlarında tatmin olmak zorundadır. (bkz., *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 52). Özellikle bu tür koşullardan hiçbirisi yasama meclisinin seçiminde halkın kanaatinin serbest bir şekilde ifade edilmesini engellememelidir. Bir diğer ifadeyle bu koşullar evrensel oy kullanma hakkı aracılığıyla halkın arzusunun tespit edilmesini amaçlayan bir seçim prosedürünün etkinliğinin ve bütünselliğinin devam ettirilmesi kaygısını yansıtmak zorundadır (bkz., *Hilbe v. Liechtenstein* (karar), no. 31981/96, AİHM 1999-VI, ve *Melnichenko v. Ukrayna*, no. 17707/02, § 56, AİHM 2004-X). Evrensel oy kullanma hakkı prensibinden yapılacak her türlü ayrılma seçilmiş olan yasama meclisinin ve seçim yasalarının demokratik geçerliliğinin altını oyma riski taşır. Her türlü grubun veya her türlü genel halk kategorilerinin dışarıda bırakılması halinde bu durum 1 nolu Protokol'ün 3. maddesinin temelini oluşturan amaçlarla bağdaşabilir olmak zorundadır. (bkz., diğerleri arasında, *Aziz v. Kıbrıs*, no. 69949/01, § 28, AİHM 2004-V). Aynı şekilde halkın kanaatinin serbestçe ve demokratik bir şekilde ifade edilmesi ile birlikte seçim sisteminin düzenlenmesine dair sonradan yapılacak hiçbir değişiklik, demokratik düzen açısından zorunlu gerekçelerin bulunması hali istisna olmak üzere, bu tercihin sorgulanması çağrısı yapamaz. (bkz., *Lykourazos v. Yunanistan*, no. 33554/03, § 52, ECHR 2006-...).

2. Yukarıda belirtilen prensiplerin görülmekte olan davaya uygulanması

66. Başvuruların iddiasına göre, 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan parlamento seçimlerinde DEHAP'ın Şırnak ilinde kullanılan oyların %45.95'ni almış olmasına rağmen DEHAP listesinden seçime katılan başvuruçuların Ulusal Parlamento'ya seçilememeleri 1 nolu Protokolün 3. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Başvuruçular ulusal düzeyde oyların %6.22'sini alan partileri %10'luk seçim barajını aşamamış ve dolayısıyla da Parlamento'da temsil edilmekten yoksun bırakılmıştır.

67. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme söz konusu barajın Meclis'teki sandalyelerin farklı liste ve farklı adaylar arasında ulusal düzeyde nasıl paylaşılacağını belirleyen seçim kurallarının bir ürü-

nü olduğunu belirtmektedir. Barajın etkisi onu aşamayan partilerin Parlamento'daki temsiliyetten mahrum bırakılması olmuştur. Baraj 2839 sayılı yasanın 33.maddesince düzenlenmiş ve 3 Kasım 2002 seçimlerinde çok önce başvuruçular söz konusu seçimlerde kendi partilerinin şikayet edilen bu engeli aşamamaları halinde, kendi seçim bölgelerinde alacakları oy sayısına bağlı olmaksızın, mecliste herhangi bir sandalye elde edemeyeceklerini öngörebilmesi için yürürlüğe girmişti (bkz., karşı çıkarım, *Lykourazos*, § 55).

68. Mahkeme ayrıca, diğer Sözleşme hükümlerinden farklı olarak, 1 nolu Protokolün 3. maddesinin bir sınırlamanın hizmet etmek zorunda olduğu amaçları ve sınırlamaları belirtmediğine dikkat çeker ve Mahkeme şikayet edilen tedbirin aşırı ve zaaf yaratıcı meclis bölünmelerini önlemeyi ve dolayısıyla da hükümete istikrarın güçlendirilmesini amaçladığını kabul eder. Bu nokta da dikkat özellikle Türkiye'nin 70'li yıllardaki istikrarsızlık dönemi üzerinde yoğunlaşmıştır (bkz., yukarıda paragraf 16).

69. Kullanılan yöntemin orantılılığı açısından Mahkeme bu sorunu kendi içtihatlarında tesis edilen ölçütler ışığında incelemek ve bir sistem bağlamında kabul edilemez olan özelliklerin bir diğer sistem bağlamında meşru görülebileceği olgusunu gözden kaçırmaksızın Türkiye'deki siyasal ve tarihi koşulları da göz önüne almak zorundadır.

70. Hükümet söz konusu tedbirin orantılı olduğunu ve meselelerin büyük ölçüde kendi takdir yetkisi içinde olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet özellikle başvuruçuların bağımsız aday olmaları veya DEHAP'ın seçim öncesinde daha büyük partilerle koalisyon kurması hallerinde seçilebileceklerini belirtmiştir.

71. Mahkeme bağımsız bir aday olarak seçime girilebileceğini gerekçeli iddia açısından politik müzakereler siyasal partiler tarafından yapılan katkının yerinin doldurulamaz olduğunu, böylelikle siyasal partilerin genel olarak yerel yönü ağır basan bağımsız adaylar gibi diğer aktörlerden ayrıştırılabileceğine vurgu yapmıştır. Temsili demokrasilerde siyasal partiler ülke halkı içersinde rastlanabilecek farklı kanaatleri temsil ederler ve dolayısıyla da "halkın kantinin özgürce ifade edilmesine" katkı sunarlar (bkz., özellikle, *Türkiye Birleşik Komünist partisi ve Diğerleri Türkiye*, §§ 44 ve 45).

72. %10'luk engelin aşılması amacıyla diğer siyasal partilerle bir koalisyon oluşturulması ihtimali açısından, 2839 sayılı yasanın 16.maddesinin ortak liste sunmayı ve parlamento seçimlerine tam anlamıyla

hukuki olan koalisyonlar kurarak katılmayı engellediği dikkate alınmalıdır. Her ne kadar geçmişte küçük gruplar daha büyük partilerin ismi altında Ulusal Meclise girmiş ise de bu geçici ittifakların tek amacının ilgili yasak hükmün çevresinden dolanmak olduğu ve bu geçici ittifakların Türk seçim sistemindeki zayıf noktaları yansıttığı unutulmamalıdır.

73. Bununla bağlantılı olarak temsili bir demokraside demokratik kontrolün ve siyasi sorumluluğun ana enstrümanı olan ve “*gerçek bir demokratik siyasal rejim*” arzusunu olabildiğince samimi bir şekilde yansıtmak zorunda olan Parlamento tarafından oynanan rolün can alıcı önemine vurgu yaparak Mahkeme, 3 Kasım 2002 seçimlerinden sonra başka herhangi bir dengeleyici düzenleme ihtimali olmaksızın yüksek bir baraja sahip olan ilgili seçim sisteminin Türkiye’de çok partili sisteme geçişten bu yana temsil özelliği en az olan bir Parlamento ortaya çıkardığını belirtmektedir (bkz., yukarıda paragraf 13). Somut bir ifade ile seçmenlerin %45.3’ü Parlamento’da temsil edilmemektedir.

74. Hal böyle olmakla birlikte barajın kabul edilmesinden bu yana düzenlenen Parlamento seçimlerinin sonuçlarına ilişkin düzenlenen bir analiz (bkz., yukarıda paragraflar 14 ve 17-20) barajın toplum içindeki siyasal alternatiflerin ortaya çıkmasını engellemediğini göstermektedir. Aynı şekilde Mahkeme, Hükümetin barajın amacının küçük gruplara kendilerini ulusal boyutta tesis etme olanağı vermeyi amaçladığı ve bir ulusal siyasi projenin parçasını oluşturduğu iddiasını ilgiyle hesaba katmaktadır.

75. Ayrıca Anayasanın 67.maddesinin 6 fıkrasının (bkz., yukarıda paragraf 22) seçim yasalarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenleneceği hükmüne ayrıca dikkat çekilmelidir. Anayasa Mahkemesi 18 Kasım 1995 tarihli kararında, aşırı ve zayıflatan parlamento bölünmelerinden kaçınabilmek amacıyla, genel orantılılık prensibini dengeleyen düzeltici bir barajın mevcudiyetinin mantıksal temelini ele almıştır. Barajların “*oy verme ve seçilme hakkını*” engellediğini kabul eden Anayasa Mahkemesi, normal sınırları aşmamaları şartıyla barajların kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi %10’luk barajın konuyla ilgili anayasal prensiplerle uyumlu olduğuna hükmetmiştir (bkz., yukarıda paragraflar 29-30).

76. Kabul etmek gerekir ki Sözleşen Devletlerce kabul edilmiş olan seçim sistemlerinin aşırı farklılığı ışığında ve çok sayıda ülkenin kullandığı değişken nisbi temsilin Parlamento seçimlerine ilişkin ulusal

barajlara sahip olduğunu göz önüne alarak (bkz., paragraflar 35-39) Mahkeme görülmekte olan bu davada Türk yetkililerin –ve ayrıca Türk politikacıların- uygun seçim sisteminin belirlenmesi açısından en iyi konumda olduğunu kabul etmek zorundadır. Mahkeme Türk seçim sisteminin kusurlarını düzelterek ideal bir öneri getiremez. Hal böyle olmakla birlikte Türkiye’de uygulanan ulusal barajın diğer Avrupa sistemleri ile karşılaştırıldığında en yüksek olduğu hususu elde kalan meseledir.

77. Sonuç olarak, şikayet edilen barajın indirilmesinin ve/veya hedeflenen amacı (istikrarlı parlamento çoğunluklarının tesisi) feda etmeksizin çeşitli siyasal eğilimlerin en uygun şekilde temsilini sağlayacak düzeltici karşı dengeleyicilerin yürürlüğe sokulmasının arzu edileceğini belirterek Mahkeme, ulusal karar vericilere bu alanda yeterli bir serbestliğin bırakılmasının önemli olduğunu düşünmektedir. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme mesele konusu edilen ulusal barajda dahil olmak üzere seçim sisteminin Türk toplumu içerisinde çok fazla tartışılan bir konu olduğunu ve barajın etkilerinin düzeltilmesi amacıyla gerek Parlamento’da gerekse de toplumun diğer önde gelenleri tarafından çok sayıda önerinin getirilmekte olduğunu ve bunun da çok önemli olduğunu belirtmektedir (bkz., yukarıda paragraf 21). Dahası, 1995’in başlarında Anayasa Mahkemesi adil temsil ve hükümet istikrarına dair anayasal prensiplerin zaruri olarak birbirini dengeleyecek ve tamamlayacak şekilde birleştirilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamıştır (bkz., yukarıda paragraflar 29 ve 30).

78. Yukarıdaki sonuçlar ışığında mahkeme Türkiye’nin şikayet edilen barajın yüksekliğine rağmen 1 nolu Protokolün 3. maddesi bağlamında takdir yetkisini aşmadığını düşünmektedir.

79. Dolayısıyla 1 nolu Protokolün 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME

5’e karşı 2 oyla 1 nolu Protokolünün 3.maddesinin ihlal edilmediğine karar verir.

Fransızca olarak hazırlandı ve Mahkeme İç Tüzüğü m.77/2 ve 3 uyarınca yazılı olarak 30 Ocak 2007 tarihinde açıklandı..

S. □ □ □ □ □ □
Yazı İşleri Müdürü

J.-P. □ □ □ □ □ □
Başkan

Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. paragrafı ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. paragrafı uyarınca bay Cabral Barreto ve bayan Mularoni'nin ortak muhalefet şerhi eklidir.

J.-P.C.
S.D.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES CABRAL BARRETO AND MULARONI

(Çeviri)

Çoğunluğun 1 nolu Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmemiştir tespitiyle mutabık olamayız.

Sözleşme kurumlarının içtihatlarında bu hükmün uygulanmasına dair uygulanan prensiplerin özetlenmesinin ki bunlar kararın 57-65 paragraflarında özetlenmiştir, yararlı olduğunu düşünmekteyiz:

(1) 1 nolu Protokolün 3.maddesi oy verme ve seçimlerde aday olma hakkı da dahil olmak üzere bireysel hakları garanti altına alır;

(2) 1 nolu Protokolün 3. maddesi tarafından garanti altına alınan haklar hukukun üstünlüğü ilkesi ile yönetilen anlamlı bir demokrasinin temellerinin tesisi ve devamı açısından can alıcı bir önem taşımaktadır;

(3) Sözleşen Devletlere, seçilen sistemin yasama meclisinin seçiminde en azından halkın kanaatinin serbestçe ifade edilmesini sağlayacak koşulları ihtiva etmesi şartıyla bu mesele açısından bir takdir yetkisinin bırakılması zorunludur;

(4) 1 nolu Protokolün 3. maddesinin gerekliliklerine uyulup uyulmadığını tespiti en son yol olarak Mahkeme tarafından yapılır. Mahkeme kısıtlamaların mesele konusu edilen hakkın özüne zarar verecek şekilde sınırlayıcı olmadığı ve hakkı etkisizleştirmedeği, bu kısıtlamaların meşru bir amaç güttüğü ve kullanılan yöntemlerin orantısız olmadığı hususlarında kendisini tatmin etmek zorundadır;

Dolayısıyla, avantajlarına ve dezavantajlarına bakarak bir seçim sisteminin diğerine göre daha iyi olup olmadığını, "mükemmel" bir sistemin olmadığını ve hiç kimsenin "boşa giden oylar" olgusundan kaçınamayacağını söylemek Mahkemenin görevi değildir. Hal böyle olmakla birlikte bizim düşüncemize göre, konuyla ilgili hakkın kullanılmasına dair getirilen koşulların bizim içtihatlarımızın gereklerini taşıyıp taşımadığının en son çare olarak tespit etmek Mahkemenin gö-

revidir (bkz., diğerleri arasında, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika*, 2 Mart 1987, Seri A no. 113). Kanaatimizce bunun anlamı şudur: Biz tüm seçim sistemini bir bütün olarak ele almalıyız.

Nisbi temsil sistemini benimseyen pek çok ülkenin yönetilebilirliğin sağlanması amacıyla aynı zamanda siyasal partilerin parlamentoya seçilmesine dair barajlar getirdiği hususuna oldukça vakıfız. Bunun meşru bir amaç olduğunu duraksamaksızın kabul etmekteyiz. Hal böyle olmakla birlikte barajın çok yüksek olması halinde orantılılık açısından bir takım problemlerin ortaya çıkabileceğini düşünmekteyiz.

Strasburg kurumları önüne getirilen seçim barajlarına dair önceki tüm davalar genel olarak Avrupa’da kabul edilen ve %5 civarında olan barajların seviyelerini mesele konusu yapmışlardır. Çoğunluğun bu durumu kararda belirtmemiş olması üzücüdür. Sadece bu türden bir davanın incelenmesinde Mahkeme güçlükle şu hususa işaret etmiştir (*Federación nacionalista Canaria v. İspanya* (karar), no. 56618/00, AIHM 2001-VI):

“Kanarya Adalarının Özerlik Yasası’nın ilk geçici hükmünün ikinci paragrafı iki alternatif koşulu ortaya koymaktadır: Bir seçim bölgesindeki geçerli tüm oyların %30’nun alınması zorunludur veya Özerk Toplumun bütününde geçerli oyların %6’nın alınması zorunludur. Mahkeme başvuru federasyon tarafından gösterilen adaylar gibi seçim adaylarını engellemekten oldukça uzak olan böylesine bir sistemin, küçük siyasi gruplara belirli düzeyde bir koruma sağladığını belirtmektedir.”

Türkiye’deki seçim barajı %10’dur. Söz konusu bu baraj Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oldukça aşırı bulunmuş ve Meclis 1380 sayılı kararı ile Türkiye’yi barajı indirmeye davet etmiştir. Bu durum 1 nolu Protokolün 3. maddesi altında ciddi bir problemin varlığı hususunda yeterli bir gerekçe olabilir.

Buna karşın 1 nolu Protokolün 3. maddesinin belirli koşullar ortaya koymaması nedeniyle Türk sisteminin bir bütün olarak ele alınmasının önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Bir siyasi partinin Meclis’te sandalye edinmesi açısından oldukça yüksek bir ulusal baraj tesis eden bu sistemin bir karşı dengeleyiciye sahip olmadığına dikkat çekiyoruz.

Hükümet, Mahkeme’yi ikna etmek için, barajın genel olarak kabul edilen seçim barajları bağlamında yüksek olsa da, sistemin bir bütün olarak “orantılı” olduğunu belirtip aşağıdaki iki argümanı ileri sürmüştür:

(a) Bağımsız aday olmaları halinde başvuruçular seçilebilecekti.

(b) DEHAP'ın seçim öncesinde daha büyük partiler ile koalisyon kurması halinde başvuruçular seçilebilecekti.

Her iki noktada çoğunluk tarafından kararın 71 ve 73. paragraflarında ifade edilen değerlendirmeleri tamamıyla paylaşmaktayız: Savların hiç birisi ikna edici değildir hatta ikincisi doğru bile değildir.

Ayrıca duruşmada başvuruçuların temsilcisi Türkiye'de siyasi bir tartışmanın konusunu oluşturan ve siyasi seçimlere bağımsız aday olarak girme ihtimalini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir kanun tasarisından bahsetmiştir. Bu nokta da Hükümet temsilcisi başvuruçunun temsilcisini yalanlamamıştır: Bu nedenle Türk seçim sisteminin gelecekte Parlamento'da sandalye edinilmesi açısından daha sınırlayıcı bir hala geleceği kuvvetle muhtemeldir.

2002 seçim sonuçlarının ve özellikle de kullanılan oyların %45.3'nün Ulusal Meclis'in oluşumuna yansıtılmaması olgusunun sadece seçim sisteminden kaynaklandığı görüşünün benimsenmesi, kabul etmek gerekir ki, saflık olacaktır. Hiç kuşku yok ki seçmenler bir önceki Parlamento'da hükümette bulunan siyasi partilere açık bir mesaj vermek istemişlerdir. Buna karşın Avrupa ortalamasının 2 katı olan baraj meselesi mevcudiyetini korumakta ve düzeltici karşı dengeleyicilerin yokluğu "*yasama meclisinin seçiminde halkın kanaatinin serbestçe ifade edilmesinin*" sağlanmasına yardımcı olmamaktadır. Buna ek olarak mevcut sistem bölgesel düzeyde oldukça güçlü olan buna karşın ulusal düzeyde güçsüz olan partilerin Parlamento'da sandalye kazanmasına müsaade etmemektedir. Büyük bir ülkede milyonlarca seçmeni temsil eden siyasi partilerin ulusal Yasama Meclisine girmelerinin engellenmesinin üzücü olduğu kanaatindeyiz.

Çoğunluk oy sistemi elde edilen sonuçlarla bağlantılı olarak sandalyelerin dağıtılması, bazı zamanlarda bir seçim barajına sahip olan nisbi temsil sisteminden daha da aleyhte olabileceği iddia edilebilir (görülmekte olan davada yüksek bir baraj). Hal böyle olmakla birlikte çoğunluk oy sistemlerinde prensip olarak ulusal veya bölgesel öneme bakılmaksızın tüm siyasi partiler mecliste temsil edilmektedir. Bu durum bizim açımızdan 1 nolu Protokolün 3. maddesinin amaçları bağlamında katidir.

Çoğunluk gibi ve Sözleşme kurumlarının içtihatlarına uygun olarak bu alanda Devletlerin oldukça geniş takdir yetkilerinin olduğu kanaatindeyiz. Hal böyle olmakla birlikte görülmekte olan bu davada

takdir yetkisinin aşılmış olduğu ve yine çoğunluk tarafından Devlete verilmiş olan serbestliğin aşırı olduğu düşüncesindeyiz.

Ciddi ve yeni meseleler içermesi nedeniyle işbu dava açısından Büyük Daire incelemesinin gerekli olacağı düşüncesindeyiz.

Kanaatimizce herhangi bir düzeltici karşı dengeleyici olmaksızın %10'luk bir seçim barajı tesisi eden Türk seçim sistemi, 1 nolu Protokolün 3. maddesi altında ciddi sorunlar ortaya koymaktadır ve ilgili hüküm ihlal edilmiştir.

Bir ihlal tespiti sonrasında bile ulusal Yasama Meclisi seçim yasasının (gelecekteki seçimlerde Türkiye açısından en iyi yolun tespit edilmesiyle bağlantılı olarak) nasıl değiştirileceği hususunda geniş bir takdir yetkisine sahip olacak ve aynı zamanda "*Yasama Meclisinin seçiminde halkın kanaatinin serbestçe ifade edilmesinin*" daha iyi sağlayacaktır.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 16 Aralık 2006/26378

- 5561 Sosyal Sigortalar Kanunu ile Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5562 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*
- 5563 Türkiye Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Bir Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 19 Aralık 2006/26381

- 5560 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 21 Aralık 2006/26383

- 5564 Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanun

RG 29 Aralık 2006/26391 (Mükerrer)

- 5565 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu
- 5566 2005 Malî Yılı Kesinhesap Kanunu
- 5567 2005 Malî Yılı Katma Bütçeli İdareler Kesinhesap Kanunu

RG 30 Aralık 2006/26392

- 5568 Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanun, İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması

* Bkz., Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5569 Hakkında Kanun, Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile Belediye Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Mali Sektöre Olan Borçlarının Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun
- 5570 Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun

RG 13 Ocak 2007/26402

- 5571 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ile Turizmi Teşvik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 17 Ocak 2007/26406

- 5572 Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5573 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu, Yükseköğretim Kanunu, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Telsiz Kanunu ile 78 ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 27 Ocak 2007/26416

- 5575 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Önlenmesi Amaçlarına Yönelik Yardım Sağlanmasının Kolaylaştırılması İçin İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 31 Ocak 2007/26420

- 5577 Devlet İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 09 Şubat 2007/26429

- 5578 Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 10 Şubat 2007/26430

- 5579 Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 13 Şubat 2007/26433

5576 Petrol Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Şubat 2007/26434

5580 Özel Öğretim Kurumları Kanunu

YÖNETMELİKLER

RG 16 Aralık 2006/26378

- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Güzel Sanatlar Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Spor Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Aralık 2006/26379

- İstanbul Altın Borsası Bütçe, Muhasebe ve Alım Satım Yönetmeliği

RG 18 Aralık 2006/26380

- Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 19 Aralık 2006/26381

- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Aralık 2006/26384

- Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetlerine Ait Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kimlik Paylaşımı Sistemi Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Aralık 2006/26385

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 24 Aralık 2006/26386

- Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 25 Aralık 2006/26387

- Atatürk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Erzurum Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Bilgi Sistemleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Aralık 2006/26388

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Aralık 2006/26389

- İstanbul Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Aralık 2006/26390

- Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gezi Tekneleri Yönetmeliği
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Uygulama Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Değerlendirme ve Kalite Geliştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtdışındaki Kapsama Dahil Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Aralık 2006/26391

- Spor Şurası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İkili Anlaşmalar, Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların Motorlarından Çıkan Gazların Havayı Kirlletmesine Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (70/220/AT)
- Organize Sanayi Bölgelerinin Elektrik Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik
- Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Farmakovijilans ve Klinik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Ahilik Kültürünü Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Aralık 2006/26392

- Koruyucu Aile Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Halk Oyunları ve Halk Müziği Jüri Üyeleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akşam Sanat Okulu ve Mesleki Eğitim Merkezi Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Ereğli Liman Yönetmeliği
- Bağcılık Yönetmeliği
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Florasan Aydınlatma Balastlarının Enerji Verimliliği ile İlgili Yönetmelik
- Belirli Gerilim Sınırları Dahilinde Kullanılmak Üzere Tasarlanmış Elektrikli Teçhizat ile İlgili Yönetmelik (73/23/AT)
- Basit Basıncılı Kaplar Yönetmeliği (87/404/AT)
- Elektromanyetik Uyumluluk Yönetmeliği (89/336/AT)
- Gaz Yakan Cihazlara Dair Yönetmelik (90/396/AT)
- Ev Tipi Elektrikli Buzdolapları, Dondurucular ve Kombinasyonlarının Enerji Verimlilik Şartları ile İlgili Yönetmelik (96/57/AT)
- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standartları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeoloji Mühendisleri Odası Serbest Jeoloji Mühendislik ve Müşavirlik Hizmetleri Uygulama, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurulu Milli Komiteler Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Köy Enstitüleri ve İsmail Hakkı Tonguç Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu Lisans Eğitim- Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 30 Aralık 2006/26392 (Mükerrer)

- İthalatçı Birlikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ocak 2007/26393

- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sürekli Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Ocak 2007/26395

2006/11456 Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Ocak 2007/26396

- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Tarife Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erişim ve Bağlantı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik

RG 09 Ocak 2007/26398

- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Reklam Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tıbbi Cihaz Yönetmeliği
- Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği
- Vücut Dışında Kullanılan (İn vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği

- Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenilirliği ve Kalitesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Ocak 2007/26399

- Türkiye'deki Yabancı Misyon Personeli Kimlik Kartı Yönetmeliği
- Zirai Mücadele İşlerini Ücret Karşılığında Yapmak İsteyenler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Ocak 2007/26400

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kamu Kurumları Araştırma Geliştirme Projeleri Destekleme Programına ve Tübitak Birimlerince Yürütülen Projelere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Damga Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 12 Ocak 2007/26401

- Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 13 Ocak 2007/26402

2006/11534 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik

- Yurt Dışında Görevlendirilecek Memurların Seçim Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans, Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ocak 2007/26403

- İstanbul Teknik Üniversitesi Profesör Doktor Emin Turan Onat Malzemelerin Dinamik Davranışı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 16 Ocak 2007/26405

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Teknoloji ve Yenilik Destek Programlarına İlişkin Yönetmelik
- Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Ocak 2007/26406

2006/11473 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Ticaret Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ocak 2007/26407

2006/11516 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2006/11545 Taşınır Mal Yönetmeliği

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Bütçe Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ocak 2007/26408

- Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Ödül ve Disiplin Yönetmeliği
- Tekerlekli Araçlar ile Bu Araçlara Takılan ve/veya Araçlarda Kullanılan Aksam ve Parçalar ile İlgili Teknik Mevzuatın Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Yetiştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ocak 2007/26409

- Çanakkale Liman Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ocak 2007/26410

- Süleyman Demirel Üniversitesi Uluğbey Karası Bağcılığı ve Şarap Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Ocak 2007/26411

- Basınçlı Ekipmanlar Yönetmeliği (97/23/AT)

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 23 Ocak 2007/26412

2006/10932 Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Elemanlarının Eğitim Amacıyla Yurtdışına Gönderilmesinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ocak 2007/26413

- Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Seçmen Kütük Bürolarının Adalet Müfettişleri Tarafından Denetlenmesine Dair Yönetmelik

RG 25 Ocak 2007/26414

- Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Muhasebe Yönetmeliği
- Diyanet İşleri Başkanlığı Yurt Dışı Teşkilatına Atanacak Personelin Seçim Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ocak 2007/26415

2007/11570 İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Tarım Ürünleri Ticaretine İlişkin Menşe İspat Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ocak 2007/26416

- Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Bayburt Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ocak 2007/26417

- Atatürk Üniversitesi Ağrı Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Ocak 2007/26418

- Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Karadeniz Ülkeleri ve Türk Cumhuriyetleri Ekonomik ve Sosyal Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 30 Ocak 2007/26419

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Yönetim Hizmetleri ile Bağlantılı Emniyet Olaylarının Rapor Edilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik

RG 31 Ocak 2007/26420

- Hava Trafik Emniyeti Elektronik Personeli Sertifika ve Lisans Yönetmeliği
- Hava Trafik Kontrol Hizmetleri Personeli Lisans ve Derecelendirme Yönetmeliği (SHY 65-01)
- Asansör Yönetmeliği (95/16/AT)
- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği
- Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmalarının Onaylanması, Kabulü ve Uygulanmasına İlişkin Genel Şartlar Hakkında Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Şubat 2007/26421

- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Hissedarı Olduğu Anonim Şirketlerde Görev Yapan Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Şubat 2007/26422

- Hazine Müsteşarlığı Yurt Dışı Teşkilatı Kadrolarına Yapılacak Atamaların Esas ve Usullerine Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Uluslararası Menkul Kıymetler Serbest Bölgesi Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Sigortaları Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Yurt Dışı Teşkilatında Görevlendirilecek Personelin Seçim Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Personelinin Uyacakları Meslekî ve Etik İlkelerine Dair Yönetmelik
- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisans Öğrenimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Şubat 2007/26423

- Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2007/26424

- Afyon Kocatepe Üniversitesi İncehisar Mermer ve Doğaltaş Teknolojisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 05 Şubat 2007/26425

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Deprem Araştırma ve Risk Yönetimi Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Şubat 2007/26426

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Müzeler Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.Genel Müdürlüğünün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3. Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik

RG 08 Şubat 2007/26428

- Tüketici Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Muhasebe Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Serbest Maden Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Şubat 2007/26431

- Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Şubat 2007/26432

- Erzincan Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Şubat 2007/26433

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Yurtdışı Kadrolarına Yapılacak Atama Esasları ile Yurtdışındaki Kadrolarda Çalışanların Görev ve Sorumluluklarının Belirlenmesine Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yurtdışı Teşkilatında Görevlendirilecek Personelin Atanma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Şubat 2007/26434

- Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**

** Bkz., Ekler

- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Şubat 2007/26435

- Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği
- Vergi Dairesi Başkanlıklarının Kuruluş ve Görev Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alt Yapılar İçin Afet Yönetmeliği
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

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.

K A N U N L A R

**TERÖR VE TERÖRLE
MÜCADELEDEN DOĞAN
ZARARLARIN
KARŞILANMASI HAKKINDA
KANUNDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR KANUN**

Kanun No. 5562

Kabul Tarihi: 13/12/2006

MADDE 1 - 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 3 – Bu Kanununun geçici 1 inci maddesi ve bu kanuna 28/12/2005 tarihli ve 5442 sayılı kanunla eklenen geçici 1 inci madde gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, maddelerde öngörülen sonuçlandırılma süresinin bitiminden itibaren bir yıl uzatılmıştır. Bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulu bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak

üzere uzatabilir."

MADDE 2 – Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

15/12/2006

Y Ö N E T M E L İ K L E R

**CEZA MUHAKEMESİ
KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN
TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ,
GİZLİ SORUŞTURMACI VE
TEKNİK ARAÇLARLA
İZLEME TEDBİRLERİNİN
UYGULANMASINA İLİŞKİN
YÖNETMELİK**

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Yönetmeliğin amacı, Ceza Muhakemesi

Kanunu'nda öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve uygulanmasında uyulacak usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik hükümleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 164 ve 165 inci maddesinde düzenlenen adli kolluk ve bu görevi yapan diğer kolluk birimleri, kamu kurum ve kuruluşları ile telekomünikasyon alanındaki özel kurumların görev ve sorumluluklarına ilişkin hükümleri kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 29/3/1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 30 uncu maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135, 136, 137, 138, 139 ve 140 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte yer alan:

a) Aidiyet numarası: Bu Yönetmelikte belirlenen işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarının

dan farklı olarak kurumlarınca verilen numarayı,

b) Başkanlık: 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun Ek 7 nci maddesi uyarınca kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

c) Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını,

ç) Gizli soruşturmacı: Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisini,

d) Hâkim: Yetkili sulh ceza hâkimini veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesini,

e) İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri,

f) İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim

ekler

araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, arama, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri,

g) İşletmeci: Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi de dâhil olmak üzere, Telekomünikasyon Kurumu ile yapılan görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, bu Kurumdan alınan telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin uyarınca telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve telekomünikasyon alt yapısı işleten şirketleri,

ğ) Kamu görevlisi: Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiyi,

h) Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi,

ı) Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdaki alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini,

i) Sorumlu kolluk görevlisi: Gizli soruşturmacının araştırmada bulunduğu operasyonun takibi, gizli soruşturmacı ile irtibat kurulması, can güvenliğinin sağlanması, hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda operasyona son verilmesinden sorumlu olan kişiyi,

j) Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sin-

yallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını,

k) Teknik araçlarla izleme: Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlar dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınması işlemini,

l) Veri taşıyıcısı: İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği araçları,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi talebi ve kararı

MADDE 5–(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle

delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir; bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da dinlenebilir, kayda alınabilir veya sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

(2) Cumhuriyet Savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi istemlerine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek hâkimden talepte bulunur.

(3) Gerekli koşulların varlığı saptandığında, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da iletişimin tespitine, dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Talebi alan hâkim nöbeti sona erse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Yasal süresi içerisinde hâkim tarafından bir karar verilmemesi veya aksine karar verilmesi hâlinde tedbir, Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Durum Cumhuriyet Savcısı tarafından hemen Başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet Savcısı bu halde kararını verdiği saati ve hâkimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talep

veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar. Bu işlerde görevlendirilecek katipler ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından birlikte belirlenir.

(4) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gönderilen talep yazısı, hâkim tarafından saat belirtilerek havale yapılır. Talep, istemin içeriği gösterilmeksizin, hâkim havalesinde belirtilen saat de işlenmek suretiyle, bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt katibi tarafından mahkemenin değişik iş defterine kaydedilir. Hâkim tarafından havale saatinden itibaren 24 saat içerisinde karar verilir. Hangi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse iş o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılır. Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir. Bu maddedeki tüm işlemler sırasında gizliliğe uyulur.

(5) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin talep ve kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok

üç ay için yapılabilir ve bu süre bir defa daha uzatılabilir.

Talep ve kararda belirtilecek hususlar

MADDE 6 – (1) İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet Savcısı kararlarında, aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

a) Soruşturma numarası veya kovuşturmayaya geçilmişse mahkeme esas numarası,

b) Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

c) Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,

ç) Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,

d) İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu,

e) Tedbirin türü,

f) Tedbirin kapsamı,

g) Tedbirin süresi.

(2) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin talep ve kararda mobil telefonun numarasının ve tespit işleminin süresinin belirtilmesi yeterlidir.

(3) İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi hususunda uzatma-

ya ilişkin talep ve kararlarda ise birinci fıkradaki unsurlarla birlikte uzatılan kararı veren mahkemenin adı ile karar tarihi ve numarası da belirtilir.

Tedbirin kapsamı

MADDE 7 – (1) İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine şüpheli veya sanık bakımından karar verilir.

(2) Birinci fıkrada sayılan tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim araç sahibinin farklı kişiler olması hâlinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir.

(3) İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsar.

(4) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhâl imha edilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir.

(5) Şüpheli veya sanığa yüklenen

suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci madde hükmü uygulanamaz.

(6) Dinleme ve kayda alma kararının yerine getirilmesi sırasında şüphelinin başka bir iletişim aracını kullandığı belirlendiğinde buna ilişkin verilecek karar ya da kararların süresi önceki tedbir kararında verilen sürenin bitiş tarihini geçemez.

Tedbirin uygulanabileceği suçlar

MADDE 8 – (1) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulabilir.

(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitinde birinci fıkra hükmü aranmaz.

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi

MADDE 9 – (1) Dinleme, iletişimi-

min kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir.

(2) Bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesine uygun olarak;

a) İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet Savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilir. Kolluk birimi, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını Başkanlığa bildirir ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilir.

b) İletişimin tespiti kararı ile ilgili işlemlerin icrasını Cumhuriyet Savcısı doğrudan veya kolluk birimi aracılığıyla Başkanlıktan talep eder. Tedbirlere ilişkin kararlar işletmecilere gönderilmez.

c) Karar olmadan ve aidiyet numarası bildirilmeden Başkanlıkça işlem başlatılmaz.

(3) Başkanlık işletmecilerle ilgili tüm çalışmaları yaparak, bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesine göre düzenlenmiş kararlar doğrultusunda verilere erişim ile ilgili işlemleri yürütür. İletişimin tespitine ilişkin veriler ceza muhakemesinde kullanılmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen dava zamanaşımı hükümleri dikkate alınmak suretiyle Başkanlıkça arşivlenir.

(4) İşlemin başladığı, bitirildiği

tarikh ve saat ile işlemleri yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(5) İşleme kararda belirtilen süre dolmadan son verildiğinde, bu durum Cumhuriyet Savcısı tarafından gereği yapılmak üzere derhal Başkanlığa bildirilir. Kolluk aracılığıyla uygulanan tedbirlerde durumdan kolluk haberdar edilir.

(6) Dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet Savcısınca görevlendirilen adli kolluk birimi personelince ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilir ve tamamı bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-1 sayılı İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına İlişkin Tutanağa kaydedilir. Bu kayıtların çözümünün uzun süre alacağına tespit edilmesi durumunda Cumhuriyet Savcısı tarafından ilgili kolluk görevlilerine yeterli süre verilir. Bu hususta Cumhuriyet Savcısı bilirkişi de görevlendirebilir.

(7) Dinleme ve kayda almaya ilişkin alt veri taşıyıcısına nakledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personelince Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilir.

(8) Tespit veya sinyal bilgisi değerlendirme sonuçları dökümü de, görevlendirilen kolluk birimi personelince Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilir.

İşlemlerin niteliği

MADDE 10 – (1) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci mad-

desindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile bu Yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdii açıkça anlaşılan kararlara karşı Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafii, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile Başkanlık tarafından itiraz edilebilir.

(2) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada Cumhuriyet savcıları veya mahkemeler tarafından; abone bilgileri, telefon numarası, elektronik cihaz bilgileri veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu gibi iletişimin tespiti kapsamı dışındaki bilgiler işletmecilerden talep edilebilir. Bu tür istemler işletmeciler tarafından derhal yerine getirilir.

(3) Başkanlık tarafından yürütülmeyen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sonucu kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, hukuken değerlendirilemez ve delil olarak da kabul edilemez.

(4) Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet Savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.

İşlem görevlileri

MADDE 11 – (1) Cumhuriyet Savcısınca belirlenen kolluk birimince; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve tespitle ilgili işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla yeterli sayıda personel görevlendirilir.

(2) Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.

(3) Bu Yönetmelik kapsamında yapılan işlemlerin ve yapıldığı yerlerin gizliliği, düzeni ve güvenliği ile kolluk görevlilerinin aidiyet numaralarının belirlenmesine ve muhafazasına ilişkin esas ve usuller ilgili kolluğun merkez birimlerince düzenlenir.

Süre

MADDE 12 – (1) İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi veya mobil telefonun yerinin tespitine en fazla 3 ay için karar verilir. Bu süre üç aydan fazla olmamak üzere bir defa daha uzatılabilir.

(2) Bu süre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülmesi hâlinde, hâkim tarafından bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilir. Mobil telefonun yerinin tespitinde bu fıkra hükmü uygulanmaz.

(3) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı derhal

hâkim onayına sunulur. Hâkimin 24 saat içerisinde karar vermemesi veya aksine karar vermesi hâlinde tedbir Cumhuriyet Savcısınca derhal kaldırılır ve durum Başkanlığa bildirilir. Kolluk aracılığıyla uygulanan tedbirlerde durumdan kolluk haberdar edilir.

(4) Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar.

(5) Dinleme kesintisiz olarak devam eder.

(6) Kararın uygulanması sırasında, hakkında tedbir uygulanan kişinin, Kanunda öngörülen suçu işlediğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile derhal kaldırılır. Bu karar Cumhuriyet Savcısı tarafından en kısa sürede Başkanlığa bildirilir.

İmha

MADDE 13 – (1) Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir ve durum Başkanlığa bildirilir. Bu durumda yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, Cumhuriyet Savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağına kaydedilir.

(2) Veri taşıyıcısının Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesinden sonra, gerekmesi hâlinde imha işlemi Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir.

(3) Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi suretiyle de birinci fıkra hükümleri yerine getirilebilir.

(4) Tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi hâlinde, soruşturmanın sona ermesinden itibaren en geç 15 gün içinde Cumhuriyet Başsavcılığı tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.

Tesadüfen elde edilen deliller

MADDE 14 – (1) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Teknik Araçlarla İzleme

Teknik araçlarla izleme talebi ve kararı

MADDE 15 – (1) Bu Yönetmeliğin 18 inci maddesinde belirtilen suçlardan biri dolayısıyla yapılan

soruşturmalarda, suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.

(2) Cumhuriyet Savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen teknik araçlarla izlemeye ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur.

(3) Cumhuriyet Savcısı gerekli koşulların varlığını saptadığında, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde teknik araçlarla izlemeye karar verebilir ve kararını 24 saat içinde hâkimin onayına sunar. Bu talebi sırasında kararını verdiği saat ile hâkimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talebi alan hâkim nöbeti bitse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(4) Bu işlerde görevlendirilecek katipler ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından birlikte belirlenir. Cumhuriyet başsavcılığınca gönderilen talebin üzerine hâkim tarafından havale yapılır. Talep, mahkemenin değişik iş defterine içeriği gösterilmeksizin bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt katibi

tarafından kaydedilir. Hangi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse iş o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılır. Verilen kararlar tutanakla Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir.

(5) Bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur.

(6) Teknik araçlarla izlemeye ilişkin kararlar kolluğa yazılı olarak bildirilir.

Teknik araçlarla izlemeye ilişkin talep ve kararların içeriği

MADDE 16 – (1) Teknik araçlarla izlemeye ilişkin talep ve kararlarda aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

- a) Soruşturma numarası,
- b) İzlenecek şüpheli veya sanığın kimliği,
- c) Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suçla ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- ç) İzleme süresi,
- d) Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler.

Tedbirin kapsamı

MADDE 17 – (1) Teknik araçlarla izlemeye ait talep ve kararlar aynı so-

ruşturmayla ilgili olmak üzere birden fazla kişiyi kapsayabilir.

(2) Karar süresince, izlenecek kişilerin işyeri veya kamuya açık yerlerdeki tüm faaliyetleri izlenebilir, görüntülenebilir ve kayda alınabilir. Kişilerin konut olarak kullandığı yerlerde teknik araçlarla izleme yapılamaz.

(3) İzlemeden maksat, belirli bir süre devam eden ve kişilerin hareket veya ilişkilerinin görüntülenmesi ya da yaptıkları konuşmalarının tespiti amacını güden işlemlerdir.

(4) Kişilerin işledikleri suçların delil, iz, emare ve eserlerinin tespiti maksadıyla yapılmış bireysel saptamalar izleme sayılmaz.

Tedbirin uygulanabileceği suçlar

MADDE 18 – (1) Teknik araçlarla izleme tedbiri ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilir.

Teknik araçlarla izleme işlemi

MADDE 19 – (1) İzlenen kişinin işyeri ve kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyeti teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydı alınabilir.

ekler

(2) Ses kayıtları bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-3 sayılı Teknik Araçlarla İzleme Sonucu Elde Edilen Konuşmaların Çözümüne İlişkin Tutanak ile yazılı metin haline getirilir. Görüntü kayıtları belge haline getirilebilir. Ses ve görüntü kayıtlarının belgelendirilmeleri sırasında uzmanlardan yararlanılabilir. Belgelendirme işlemleri bir tutanağa bağlanır.

(3) Ses ve görüntü kayıtlarının tümü mühürlenerek Cumhuriyet Savcısına teslim edilir.

Süre

MADDE 20 – (1) Teknik araçlarla izlemeye en fazla dört haftalık süre için karar verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere dört haftadan fazla olmamak kaydıyla uzatılabilir.

(2) Bu süre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülmesi hâlinde, hâkim tarafından bir haftadan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilir.

(3) Teknik araçlarla izlemede süre, kararın ilgili kolluk birimine yazılı olarak tebliğinden itibaren başlar. Karar en geç 24 saat içerisinde kolluk birimine ulaştırılır. Aksi hâlde süre 24 saatin sonunda işlemeye başlar.

(4) İzleme süresi kesintisiz olarak devam eder. Bu süre içinde gerçekleştirilen işlemler ve ara vermeler yazılı olarak kayda alınır.

(5) Kararın uygulanması sırasında, Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa,

tedbir Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile derhâl kaldırılır.

İmha

MADDE 21 – (1) Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda elde edilen deliller Cumhuriyet Savcısının gözetiminde uygun görülen şekilde derhal imha edilir ve bu hususta bir tutanak düzenlenir.

(2) Teknik izleme sürecinde elde edilen deliller ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısının gözetiminde derhâl yok edilir ve durum bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağına kaydedilir.

(3) Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi suretiyle de birinci fıkra hükümleri yerine getirilebilir. Başka bir kopyanın da kalmadığı açıkça belirtilerek silme işlemi tutanağa bağlanır.

(4) Veri taşıyıcısının Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesinden sonra gerekmesi hâlinde imha işlemi Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir.

Teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen deliller

MADDE 22 – (1) Teknik araçlarla izleme sırasında yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ancak, 18 inci maddede belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi hâlinde; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Gizli Soruşturmacı

Gizli soruşturmacı talebi ve kararı

MADDE 23 – (1) Bu Yönetmeliğin 26 ncı maddesinde belirtilen suçlardan biri dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

(2) Cumhuriyet Savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur.

(3) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verilebilir.

(4) Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin kararlar yazılı olarak

kolluğa bildirilir.

Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararın içeriği

MADDE 24 – (1) Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararlarda aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Soruşturma numarası,

b) Aidiyet numarası,

c) Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

ç) Gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler,

d) Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler.

(2) Verilen karar Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir.

(3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir.

Tedbirin kapsamı

MADDE 25 – (1) Aynı soruşturma ile ilgili olarak birden fazla gizli soruşturmacı görevlendirilebilir.

(2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

Tedbirin uygulanabileceği suçlar

MADDE 26 – (1) Gizli soruşturmacı tedbiri ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilir.

Gizli soruşturmacının yetki ve sorumlulukları

MADDE 27 – (1) Gizli soruşturmacı; gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.

(2) Görevine başlamadan önce gizli soruşturmacıya, örgütün işlemede olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacağı, ancak görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ile diğer hak ve yükümlülükleri anlatılır ve bu hususta Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-4 sayılı Gizli Soruşturmacı Bilgilendirme Tutanağı düzenlenerek dosyasında saklanır.

Gizli soruşturmacının çalışma ilkeleri

MADDE 28 – (1) Gizli soruşturmacının operasyonla ilgili işlemleri soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetince, diğer işlemleri ilgili kolluk kuvvetinin bu konuya ilişkin görevlendireceği birimi tarafından yürütülür.

(2) Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kişi, soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetinin talebi üzerine bu konuya ilişkin görevlendirilen birimi tarafından saptanır. Ancak, görevlendirilecek kişinin bu hususta rızasının alınması şarttır. Bu kişiye, ilgili kolluk birimi tarafından aidiyet numarası verilir. İlgili kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturma ve kovuşturması sırasında bu aidiyet numarası kullanılır.

(3) Gizli soruşturmacıya ilişkin tüm bilgi ve belgeler ilgili kolluk biriminde saklanır.

(4) Gizli soruşturmacıya, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi, özlük haklarının korunması ve benzeri işlemler ilgili kolluk birimi tarafından yerine getirilir. İlgili kolluk birimine, belgelerin temini ve işlemlerin gerçekleştirilmesi hususunda, kendilerinden talepte bulunulan kişi, kurum ve kuruluşlar gerekli yardımı yaparlar.

(5) Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere,

ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir.

(6) Gizli soruşturmacı görevi sırasında ilgili kolluk birimine gerektiğinde rapor verir. Bu raporların ne şekilde verileceği gizli soruşturmacı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından belirlenir. Bu raporlarda gizli soruşturmacının elde ettiği bilgiler ile topladığı delil, iz, eser ve emarelere yer verilir. Düzenlenen rapor kolluk tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na sunulur.

İmha

MADDE 29 – (1) Gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet Savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydı ile imha edilir. İmha işlemi bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağına kaydedilmek suretiyle belirlenir.

Tesadüfen elde edilen deliller ve kişisel bilgiler

MADDE 30 – (1) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildi-

ği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

(2) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 26 ncı maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilir.

Gizlilik

MADDE 31 – (1) Gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili tüm bilgiler talep ve kararda gösterilemeyeceği gibi görevinin sona ermesinden sonra da tüm bilgi ve belgeler gizli tutulur. Ayrıca bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Son Hükümler

Yürürlük

MADDE 32 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 33 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı yürütür.

söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi...

HUKUKUK YAYINCILIĞINDA BİR SİMGE SEÇKİN YAYINCILIK

Oya Günendi*

Bu sayımızla birlikte yeni bir söyleşi serisine başlıyoruz. Amacımız hukukçularımıza, meslektaşlarımıza ve de mesleki bakımdan hukukçu olmasa da, hukuk konularına duyarlı okuyucularımıza, hukuk yayıncılığını daha yakın perspektiften göstermek. Bu yüzden her sayımızda hukuk yayıncılığı yapan bir yayıneviyle söyleşi yaparak, sizlere tanıtımını sağlamak amacındayız.

İlk olarak bu işe yıllarını vermiş bir yayınevini seçtik. Adı gibi seçkin bir yayınevi, olan Seçkin Yayınevi... Sahibinin soyadını almış, Sayın Aytaç Seçkin'in. Söyleşi yapmak üzere Sağlık Sokağı'ndaki büyük binalarına gittiğimde, Sayın Aytaç Seçkin, oğlu Sayın Koray Seçkin ve Seçkin Yayınevi'nin çiçeği burnunda "Terazi" Hukuk Dergisi'nin editörü Sayın Mehmet Handan Surlu tarafından



* Av., Ankara Barosu

çok sıcak ve samimi bir şekilde karşılandım. Ferah bir çalışma ortamları olduğunu gördüm ve toplantı odasında tatlı bir muhabbet olarak gelişen aşağıda keyifle okuyacağınızı umduğum söyleşiyi gerçekleştirdik.

Oya GÜNENDİ: Aytaç Bey yayıncı olmaya nasıl karar verdiniz?

Aytaç SEÇKİN: Ben aslında kitapçılıkla başladım. Kitap alım satımı yapan bir arkadaşımın muhasebesini tutuyordum. O bir gün dedi ki gel ortak olalım. Ve ortak olduk. Bu şekilde kitapçılığa başlamış oldum... Ama ortaklık 20 gün sürdü. Eski kitap alım satımı yapıyordum. 1965'te yeni kitaba döndüm. 1969'da yayına başladım.

K. S.: 1959 yılında, babam eski kitap alım satımı ile başlamış bu işe, çok küçük bir sermaye ile. Daha sonra, daha ciddi, büyük ölçekli bir kitabevine dönüşmüş.

O. G.: Neden hukuk kitapları?

K. S.: Aslında çok özel bir tercih değil. 70'li yılların başında, kitap almaya gelen okuyucularla sohbet ederken, tesadüf işte, hukukçular da geliyor gidiyor, birisinin benim kitabım var nasıl yayınlatırım diye sormasıyla o şekilde yayıncılığa başlıyor. O dönemde tabii Ankara'da aslında hukuk yayıncılığı çok gelişmiş değil, bir Olgaç yayınevi var. Onun için esas İstanbul merkez. Burada hukuk kitapları alım satımında da babam ciddi ciddi bir kitabevi olarak çalışıyormuş. Sonrasında zamanla 70'li yıllarda çok sayıda kitap yayımlandı. 80 sonrası 12 Eylül'den sonra bütün kanunlar altüst oldu. O bir fırsattı. O anda çok fazla kitap ihtiyacı vardı, kaynak ihtiyacı vardı. O dönemde hukuk kitapları piyasası çok hareketlendi. Sonrasında 1990'da Kocatepe Pasajı'ndaki küçük dükkanımızdan buraya taşındık ve bir kitabevi kimliğinden sıyrılıp tamamıyla bir yayınevi olarak devam ettik. Kocatepe Pasajı'ndaki dükkanımız küçük bir dükkan, burada büyük çaplı bir yayınevi olarak yani



kitap satışından ziyade yayıncı olarak çalışmaya başladık. Kitap satışı ikinci plana düştü, öncelik yayınevine geçti.

O. G.: Bir aile şirketisiniz diyebilir miyiz?

K. S.: Evet, 1992'den itibaren biz de katıldık (Aytaç Bey'in iki oğlu, Koray Bey ve Cem Bey). Daha kurumsal bir yapı kazanmak için, 2000 yılında AŞ'ye dönüştük. Adımız "Seçkin Kitabevi" iken "Seçkin Yayıncılık" oldu.

O.G.: Yayınevinizde kaç kişi çalışıyor, işleyiş şekliniz nasıl?

K. S.: Şu anda Yayınevi'nde yaklaşık 50 kişi çalışıyor. Dört ayrı bölüm var kendi bünyemizde. Birisi yayın-editörlük kısmı. Diğeri kitapçılara toptan satış bölümümüz. Şubelerimiz var, onların bağlı olduğu bir satış bölümümüz var. Bir de bir pazarlama bölümümüz var. Onlar da Adliye'de dolaşıp, oralarda kitap sergileyerek satış yapıyorlar.

O.G.: Kendi yayınlarınız dışındaki yayınların dağıtımını da yapıyor musunuz?

K. S.: Evet şöyle, kendi yayınlarımız dışındaki diğer hukuk kitaplarının ve bu arada üniversitelerin hukuk dışı kitaplarını da yayımlayabiliyoruz ve dağıtımlarını yapıyoruz. Hukuk yayıncılığı alanında büyük bir dağıtım ağına sahibiz. Hukuk yayıncılığı ve dağıtım konusunda şu anda en güçlü yayıneviyiz.

O. G.: Yayımlanması için size gelen kitaplarda Seçkin Yayınevi'nin yayımlama kriterleri nelerdir? Kısaca yayın ilkeleriniz nelerdir?

K. S.: Yayınladığımız iki tür kitap var. Biri uygulamaya yönelik kitaplar, biri de akademik çalışmalar, daha detaylı monografiler, tezler vs.



Monografilerde yani tezlerde vs. çok fazla satış imkanı olmuyor, çok sınırlı oluyor. Ama onlardan çok büyük bir beklentimiz de olmuyor. Amacımız daha çok, hukuk hayatına katkıda bulunmak için, ürünler yüzüstüne çıksın diye yayımlıyoruz.

O. G.: Bu tür monografik yayımları teşvik edici çalışmalarınız var mı?

K. S.: Özellikle yayına teşvik anlamında bir çalışmamız yok ama söylemesek de biliniyor, özellikle akademik çevre tarafından. Ancak bazı kitaplar var ki, on kişiyi yirmi kişiyi ilgilendiren, onlara kadar inemiyoruz ama, ne bileyim işte örneğin Osmanlı hukukunda bir konuyu inceleyen bir kitabın yayımlanması pek kolay olmuyor. Daha güncel tezleri, çalışmaları, ağırlıklı olarak yayımlıyoruz.

Diğer taraftan aslında bizim uygulamaya yönelik kitaplarımız daha fazla, daha ağırlıkta. Burada da dikkat ettiğimiz kriter, gerçekten okuyucuya ve genellikle hukukçulara fayda sağlaması, okuyucunun bir problemini çözmesi, uygulama için yararlı olacak bir kaynak olması.

O.G.: Yazarın yazma ilkeleri çatıştığında, diyelim ki redaksiyonda, dizgide, canınızın sıkıldığı sorunların ortaya çıktığı oluyor mu? Yayın ilkeleriniz esnek mi?

K. S.: Bazen oluyor tabi ama çok ciddi bir sorunla karşılaşmıyoruz. Yayın ilkelerimiz öyle çok katı değil, çok temel ilkelerimiz var tabi ama bunlar çok geniş bir çerçeveyi kapsayan temel ilkeler. Özelde yazarın tercihlerini uyguluyoruz ağırlıklı olarak, onun yorumlarına biz uyuyoruz. Aynı konuda çok farklı düşüncelerde kitaplar çıkarabiliyoruz. Onu okuyucu tercih ediyor. Okuyucunun pek çok kitap arasından seçme şansı var. Mesela bazı şeyler vardır, bazı okuyucu teoriden ziyade uygulamayı talep eder ve sadece içtihatır belki istediği yani çok fazla açıklama kısmının ağırlıklı olmasını istemez. Bazısı da içtihatları yeterli görmez, işin teorisini ben öğrenmek istiyorum der. İkisi de farklı farklı okuyucu, bizim herhangi bir tanesi için bir tercih yapma şansımız yok. Biz çeşit çeşit kitaplar sunuyoruz. Farklı ağırlıkları var bunların, okuyucu hangisini tercih ederse onu alıyor. Geçmişe oranla çok büyük seçme şansları var okuyucuların. O yüzden bazen eleştiriler alsak da yayımladığımız bir kitap hakkında, mesela sadece içtihatları almış, yayımlanmış çok az bir açıklama var şeklinde... Ama onu da tercih eden var. Okuyucu bizim için ön planda. Sonuçta bizim varolma sebebimiz okuyucuya istediği, arzu ettiği, ihtiyacı olan bilgiyi sunmak. Bunun için çalışıyoruz, amacımız bu.

O.G.: Son zamanlarda, son bir iki yıldır, hukuk yayınları, özellikle de bir hukuk dergileri patlaması var. Bu rekabeti arttırıcı ve dolayısıyla da hukuk yayınlarının kalitesini arttırıcı bir etki yarattı mı?

K. S.: Pek değil. Buna katılmıyorum, şöyle, ben hatırlıyorum mesela 1980'lerde tirajlar çok yüksekti, 5.000 tane falan basılırdı bir kitap ve satılırdı. Şimdi tirajlar 1.000'e hatta 500'e düştü. Şimdi çeşidin artmış olması tabi bir etken. Eskiden de belki 5.000 okuyucu

vardı, şu anda da aynı 5.000 okuyucu var ama, 1.000 tanesi o kitabı alıyorsa 500'ü başka bir kitap alıyor veya bazısı örneğin medeni hukuk kitabını almıyor da, sadece içinden onu ilgilendiren sözgelimi boşanma kısmı ile ilgili yayımlanmış kitapları alıyor. Aynı konuya yönelik yayın ve yazar fazlalığının çok büyük etkisi oluyor. Mesela bakıyorsunuz şimdi, en son Ceza Kanunu değişti, şu anda ceza ile ilgili bu yayınevinden ve başka yayınevinden çıkmış, en azından her gün basılan beş tane ceza kanunu, ceza muhakemesi kanunu var. Kabahatler kanunu var. Herkes artık bunu yayımlayabiliyor. Bu tirajı topladığınız zaman aşağı yukarı o rakama yaklaşıyor ama teker teker tiraj daha düşük oluyor. Yani 5000 yine 5.000 aslında. Mesela bilumum şerh var, aynı konuya hitap ediyor. Şimdi burada tercih seçenekleri ortaya çıkıyor. Bir kısmı o şerhi alıyor, bir kısmı bu şerhi. Kayıt tutuyor aşağı yukarı. Ancak okuyucu sayısı pek artmıyor. Hakim sayısını bilemeyeceğim ama avukat sayısı arttığı halde, okuyucu sayısı pek değişmiyor. Sonuçta şöyle değerlendirilebilir, seçme şansı oluyor herkesin. Yani beş ayrı ceza kanunundan hangisini isterse onu alma şansı oluyor. Böyle bir avantajı var okuyucu açısından.

O.G.: Sonradan çıkan yayınların çok tutmadığını görüyorum. Aklıma gelen bir kaç hukuk dergisi var örneğin yayın hayatı bir seneyi bulmadı diyebilirim, kapatmak zorunda kaldı. Bunu hangi etkenlere bağlıyorsunuz?

K. S.: Geçmişe oranla başlangıç maliyetleri yükselmeye başladı. Eskiden bir yayınevinden bir kitap veya dergiyi hemen çıkarırdınız, üç beş ay idare ederdiniz, devam edebirdiniz. Ama şimdi kar marjları çok düşmeye başladı, yani eskiye oranla gözlemlediğimiz şey o. Kitapçılar daha fazla iskonto ile kitap almak istiyorlar. Okuyucu, mümkün olduğunca çok iskonto ile kitap almak istiyor. Maliyetler sürekli yükseliyor. Böyle olunca gerçekten kar marjında bir daralma var. Eskiden bir kitap basıp, hem de 2.000 basıp mesela, bir iki senede satardınız ve gerçekten bir yayınevini döndürebilirdi. Şimdi kazanç, bir yayınevini döndürebilecek durumda değil, öyle bir iki kitapla. Ölçek, büyümek durumunda kalıyor. Yani elli-yüz kitaba ulaşırsanız, artık yayınevi belli bir raya girmiş anlamına gelir. Birinin eksisini diğerinin artısıyla kapatma amacı.

O.G.: Peki kanunlarımızın sürekli değişiyor olması... Bu sizin gibi, sadece hukuk yayınları üzerine yayıncılık yapan bir yayınevini zor durumda bırakmıyor mu?

K. S.: Evet bu en büyük sıkıntımız diyebiliriz. Özellikle son 3-4 yıldır Meclis çok iyi çalışıyor. Bu şu anlama geliyor. Bastığımız kitapların bir çoğunu atıyoruz. Kanun değiştirildiğinde. Böyle bir tarafı var bu işin. Örneğin basıyoruz 1.000 tane kitap, depoya koyuyoruz. Mesela İhale Kanunu, bizim çok ciddi biçimde zarar ettiğimiz bir alan oldu. Bizim kendi yayınlarımız olan üç tane, böyle ciltli, farklı farklı yazarların İhale Kanunu kitapları, hepsi de uzman kişilerin yayımladığı kitaplar. İhale Kanunu değişti, değişince biner tane koca koca ciltli kitabı atmak durumunda kaldık. Yeni kanuna göre tekrar yayımladık. Arkasından bu sefer yönetmelikleri değiştirdiler. Yani iki kez yayımladık ve şu anda yayımlamaya cesaret edemiyoruz, çünkü yine bir tasarı var.

O.G.: Öyle görünüyor ki, çok sıkı takip etmek durumundasınız kanun değişikliği teklif ve tasarılarını...

K. S.: Öyle evet, her sabah bir sürpriz bekliyoruz, *Resmi Gazete*'yi açıp bakıyoruz, bakalım bugün ne geldi başımıza diye. Biraz diken üstündeyiz. Bu durum bize ciddi bir maliyetle geri dönüyor. Düşünün ki her türlü kağıt, matbaa, telif, cilt vs. bütün o masraflarını yapıp bir köşeye koyuyorsunuz ve hiçbir geri dönüşü olmadan doğrudan kağıtçılara hurda kağıt olarak veriyorsunuz.

O.G.: Kendimden biliyorum, bu kanun değişiklikleri, gerek meslektaşlarımızı gerekse kanunlarla işi olan diğer okuyucuları da, kanunları yazılı basımdan okumak yerine internetten okumaya yönlendiriyor. Çünkü söylediğiniz gibi, aldığımız bir kanun kitabının ömrü çok uzun olmuyor. Ve hukukçular değişiklikleri daha dinamik yayınlardan takip etmeyi yeğliyor.

K. S.: Tabi tabi. Şimdi son dönemde belki dergilerin biraz öne çıkmasının temel sebebi de bu. Örneğin bir avukat açısından düşünürsek, koca bir kitap alıyor ve rafa koyuyor, kanun değişince kullanılamaz hale geliyor. Bundan dolayı biraz daha hızlı bir periyotta güncelleme olabilen araçlar daha öne çıkmaya başladı. Dergi bunlardan birisi, İnternet ikincisi. İnternet aslında önemli bir araç burada ve bu tür referans alanlarında. Tıp, hukuk, mühendislik gibi belli alanlarda aranılan konuların daha rahat takip edilebileceği bir mecra. Ama şöyle bir sorun var, internetteki bilgiler çok yeterli değil açıkçası. Bazen gelen okuyucularla ben sohbet ediyorum, bazısı kitap almak çok da gerekli değil, internette her şey var diyor ama çok yüzeysel aradığınızı bulursunuz, onda hiçbir sorun yok ama derine inmek isterseniz sağlıklı bir sonuç alamazsınız.

O.G.: Çok haklısınız, internetten çok faydalanan biri olarak dahi söyleyebilirim ki, sadece kaynakça olarak güzel. Neyi nerede bulabileceğimi, örneğin aradığım herhangi bir konuyu arama motorlarında yazdığımda ilgili eseri Seçkin Yayınevi'nde bulabileceğimi göstermesi güzel.

K. S.: Evet ve zaman içinde daha profesyonel siteler çıkacak. Mesela Almanya'da, abone oluyorsunuz, aylık 20 Euro para ödüyorsunuz, medeni hukukla ilgili kanunlar, içtihatlar, yorumlar, makaleler bir arada olarak sunuluyor

O.G.: Sizin de planlarınız arasında mı böyle bir hizmet?

K. S.: Tabi tabi biz de bunu düşünüyoruz. Ama orada en büyük sıkıntı telif konusu. Yani ne üzerinden telif ödenecek? O çok net değil ama yurtdışında bunlar çözüldüğüne göre bunlar burada da çözülecek ve ona doğru bir gidiş var o muhakkak.

O.G.: Korsan konusuna değinmeden olmaz...

K. S.: Korsanla ders kitaplarında çok büyük bir sıkıntımız var. Kitapları hem matbada çoğaltıyorlar hem de fotokopiyle çoğaltıyorlar. Bunun bir suç olduğunu bile çoğu kişi bilmiyor. Hatta bir seferinde bize bir mail gelmişti, yetmiş tane alacağız şu kitaptan, iyi bir fiyat verin yoksa öğrencilere fotokopileri için vereceğim kitabı diye...

O.G.: Ne söylediğinin farkında değilmiş belli ki, kendi kendini ele veriyor.

K. S.: Korsan yayın, yayıncılık sektöründe çok ciddi bir sorun. Korsan yayınlar bize öyle ağır darbe vuruyor ki, her bastığımız kitaptan bir kazanç sağlamamız mümkün değil. Yani basarsınız tercih edilmez, beğenilmez, tutmayabilir veya kanun değişebilir; dolayısıyla yüklü bir maliyetimiz var. İyi satan kitaplarımız, onları finanse eder aslında veya çok kaliteli, güzel bir akademik çalışmayı yayımlarsınız ama okuyucusu çok azdır. Aslında korsan olmasa ve ders kitaplarından daha iyi kaynak sağlayabilsek, bu tür yayınlara daha fazla kaynak ayırma imkanımız olur. Ama her ne kadar dengelemeye çalışsak da, gitgide korsanın bize sekte vurması ile yayımlamak için uğraştığımız akademik çalışmaların da sayısı azalıyor. Mesela ders kitapları açısından söylersek, toplam öğrenci okuyucu sayısının ancak %10'una kitap satabiliyoruz. Kalanının hepsi fotokopi demeyeceğim, çünkü ders notları ile idare edenler var. Yani %80-90'ı farklı yollardan, ikinci el vs. ve bunun da nereden bakarsanız bakın %50'si korsan yollardan kitap ihtiyacını karşılıyor. Bu bizi çok ciddi sarsan bir tablo.

O.G.: İşte özellikle bu iki etken nedeniyle sizi çok cesur buluyorum. Korsan yayıncılığın henüz tam olarak önüne geçememiş ve kanunları son zamanlarda sürekli değişen bir ülkede hukuk yayıncılığı yapmak çok büyük cesaret işi.

K. S.: Ee, biraz öyle evet...

O.G.: Yazan hukukçu kesiminin istatistğini siz çok iyi verebilirsiniz diye düşünüyorum.

K. S.: Yazar sayısını tam olarak bilemiyorum ama belki şu anda 1000 civarındadır toplam kitabı yayımlanmış kişi sayısı.

O.G.: Hep aynı kişilerle mi çalışıyorsunuz?

K. S.: Ağırlıklı olarak aynı kişilerle... Çünkü bir kitap yazmış kişi, ikinci kitabı daha kolay yazıyor. O ilk cesaret işi çok kolay değil. Adeta bir hamle... Çünkü herkesin muhakkak ki çok derin bilgisi var çalıştığı konuda ama bunu bir kitaba aktarması çok kolay olmayabilir. Çünkü kitabın kurgulanması çok kolay bir şey değil. Yani 300-500 sayfayı birden kafanızda organize edeceksiniz, yazacaksınız, başı sonu birbiriyle tutarlı olacak... Çok kolay değil... Bu anlamda belki dergiler bir araç olabilir. Çünkü makale yazmak, bir kitap yazmaya oranla çok çok daha kolay. Ben dergilerin bu tür bir avantaj sağlayacağını düşünüyorum, yani yazar sayısını artırılması açısından. Bir de kitap iddialı da bir şey. Makale yazmaya daha kolay cesaret edilebilir diye düşünüyorum. O yüzden zaman içerisinde dergi aracılığıyla yazma cesaretini bularak, daha fazla yazar kitap yazacak diye tahmin ediyorum.

Şöyle bir sıkıntımız var. Eskiden üniversitelerden çok sayıda kitap gelirdi yayımlanması için, yani üniversiteler ciddi bir kaynaktı kitap yazarken ama orada da üniversite sayısının artması ders saatlerinin artması, bir hocanın birkaç üniversitede birden derse girmek zorunda kalması, üniversitelerden gelen kitap sayısını biraz azalttı. Bir de dediğim gibi özellikle ders kitabı anlamında hocaları teşvik edecek bir şey de yok, yani kitap yazıyorsunuz, bastırıyorsunuz 1.000 tane, siz 1.000 taneyi satana kadar 2000 tane de korsan çoğalıyor. Yani açıkçası örneğin İstanbul'da bir yandan danışmanlık yapan veya avukatlık yapan bir hoca için biraz fazla büyük bir zahmet. Yani birkaç saat içerisinde bir mütalaa verip kazanç sağlamak varken, siz altı ayınızı bir yılınızı ayırıyorsunuz bir kitaba, onda da korsan fotokopi çekenler ya da korsan satanlar kazanıyor. Bu çok büyük bir adaletsizlik ve aslında hocaların kitap yazmasını da engelleyen bir şey. Sistematik eser yazımına çok büyük darbe. Diğer yandan da doyurucu bir telif bulamaz hale geliniyor, çünkü satılmayınca telif de verilemiyor.

Diğer taraftan bir de uygulamacı yazarlarımız var. Yargıtay'dan, diğer hakimlerden, avukatlardan... Daha çok oradan aslında kitap çıkıyor. Dediğim gibi akademik çevreler biraz orada geri planda kaldılar geçmişe oranla, uygulamacılar daha hızlı kitap yazmaya başladılar.

O.G.: Sürekli devinim halinde olmalısınız, okuyucuya daha iyi nasıl ulaşabilirim, okuyucu bize nasıl ulaşır diye? Bu konuda çalışmalarınız var mı?

K. S.: İstanbul'da büyük bir şube açtık şu sıralar. Küçük bir yerde, pasaj içerisinde küçük bir şubemiz vardı, onu cadde üstüne taşıdık.

O.G.: Tam olarak nerede?

K. S.: Şişli Adliyesi'nin hemen altında.

O.G.: Daha uygun bir yer olamazdı, çok uygun.

K. S.: Evet, Şişli'nin çok merkezi bir yerinde, büyükçe bir dükkan ve içerisindeki kitapların %60'ı hukuk ağırlıklı ve %40'ı da ekonomi, diğer sosyal bilimlerle ilgili bazı kitaplar yer alacak.

Bu da aslında bir ihtiyaçtı. Özellikle İstanbul'da insanların keyifle alışveriş yapacakları bir yere ihtiyaç vardı. Ankara'da kitabevleri daha doyurucu İstanbul'a göre, Ankara kitabevleri daha güçlü.

O.G.: Bu tür açılımların devamını düşünüyor musunuz?

K. S.: Bunu zaman içerisinde birkaç büyük ile de yaymayı düşünüyoruz. Asıl şu anda şöyle bir sıkıntı var. Geçmişte hukuk kitabı satan kitapçılar vardı çeşitli illerde. Daha sonra bu kitapçılar yavaş yavaş hukuk kitaplarını bırakmaya başladılar. Bunun da sebebi şu

oldu, adliyelerde stand açıldığı zaman mesela Konya'da hemen hemen ne zaman gitseniz, herhangi bir kitapçının orada bir standını görebilirsiniz, her hafta bir stand var, Adliye'nin içerisinde. Şimdi böyle olunca, kimse o standdan alış veriş yapmak varken gidip de kitapçıdan kitap sormuyor.

O.G.: Yaşam hızlı, okuyucu da en hızlı ve kolay ulaşabileceği mekanı tercih ediyor dolayısıyla.

K. S.: Evet, işte bu yüzden, yavaş yavaş bu tür kitapçılar ellerindeki hukuk kitaplarını bitirdiler, artık satmıyorlar.

O.G.: Bildiğim kadarıyla siz uzun zaman standda satışa direndiniz.

K. S.: Evet çünkü o çok sağlıklı değil. Bilmiyorum bu durum belki zaman içerisinde değişecek. Ama şimdi bizim için de kaçınılmaz oldu, evet biz aslında uzunca bir süre direndik, böyle bir şeye girmeyelim, kitapçılar aracılığıyla satalım diye. Bu standda satış şekli 1983-84 yıllarında başladı, 1996 yılına kadar biz böyle bir şeye girmedik, çok direndik ama baktık ki başka türlü kitap satamayacağız, mecbur kaldık ve biz de artık iki ekip oluşturduk ve onlar aracılığıyla satış yapıyoruz. Ama dediğim gibi çok sağlıklı bulmuyorum. Kitap için kitapçıya gitmek bana daha uygun görünüyor.

O.G.: Elbette ve şu da var ki, okuyucu meslektaşlarımız standda, o anda düşünebildiği veya çok yakın belli kitapları alabilir. Ama özellikle avukatların çok olağan olarak önüne somut bir konu geldiğinde, onunla ilgili bir şey aradığı zaman standda bulması güç. Stand geçicidir. Sonuçta kitapçıya gitmek zorunda kalınacak.

K. S.: Evet kesinlikle öyle tabi.

O.G.: Dergi yayıncılığına başladınız bu arada, "Terazi" Hukuk Dergisi'ni çıkarıyorsunuz.

K. S.: Evet, editörlüğünü Mehmet Handan Surlu'nun yaptığı "Terazi" dergimizi aylık olarak çıkarıyoruz. Eylül ayında başladık yayımlamaya. 6. sayımızı çıkardık, çok keyifli ve güzel gidiyor. Onla beraber bir de *Ceza Hukuku Dergisi* çıkarıyoruz. Onun da ilk sayısı çıktı, ikinci sayısı da önümüzdeki Mart ve Nisan'a yetiyecek. Bu 6 ayda bir yayımlanıyor, biraz daha akademik makaleler ağırlıklı. *Terazi Hukuk Dergisi* daha uygulamaya dönük, makalelerin kısa olmasını tercih ediyoruz, 5-6 sayfayı geçmeyecek şekilde, dergi sayfası olarak bu 9-10 sayfaya tekabül ediyor aşağı yukarı. Bir sorunu çözmesi bizim için önemli. Amacımız, çok makale yer alsın, çok karar yer alsın, okuyan bir kişi en azından yayımlanmış on beş makeden beşi altısı onuyla ilgilenin istiyoruz. Çünkü herkes her konuyla ilgilenmiyor. Kısa tutarak makale sayısını artırmanın sebebi bu. Akademik dergilerinse böyle bir sınırlaması yok, belli konularda akademik ağırlıklı sözler söylenmesi gerekiyor. Ama uygulamaya yönelik dergilerde kararlarla da hitap etme amacı güdüyor. Hiç değilse okuyucunun %70'i o kararlardan yararlınsın istiyoruz. Kısa olmasının bir sebebi de hukuk-

çuların da vakti sınırlı. Onlar bir otobüste giderken, duruşma beklerken hemen şöyle 3-4 sayfayı okuyup bilgi edinmek istiyor. Bunların yanı sıra bir de özel hukuk alanında yeni bir dergi düşüncemiz de var.

O.G.: Hakemli dergiler mi?

K. S.: Her ikisi de hakemli dergi.

O.G.: Makale sorunuz oluyor mu, yazan kesimin az olduğunu düşünürsek?

K. S.: Pek olmuyor, çünkü aslında herkesin söyleyeceği, söylemek istediği bir şeyler var. Cesaretlendirmek belki gerekiyor, olabileceğini en azından anlatmak gerekiyor. Ben öyle düşünüyorum. Çünkü bir hakim ya da avukat, ya şimdi ben bunu yazsam nasıl anlaşılır, haddini bil mi derler? Öyle bir tedirginlik içerisinde bence büyük bir yazar kesimi hazırda bekliyor. Halbuki hiç öyle bir şey yok. Konuya hakimseniz, biliyorsanız bunu ortaya koyabilirsiniz

O.G.: Dergilerinizin tanıtımı ne durumda? Hukukçularımızın çoğu dergilerinizden haberdar mı, yoksa ilgilenen zaten bulur mu diyorsunuz?

K. S.: Biz 45 bin avukata mektup gönderdik dergilerimizle ilgili. Çoğu hukukçunun haberdar olduğunu düşünüyoruz bu yüzden arada adres değişikliği vs sebeplerle bilgilendirilemeyenler dışında.

O.G.: Avukat sayısı şu anda 59 bin.

Son olarak iyi ki bu işi yaptım, yapıyorum diyor musunuz?

AYTAÇ SEÇKİN: Tabi, çok seviyorum işimi,

O.G.: Bu güzel söyleşi için çok teşekkür ediyorum.

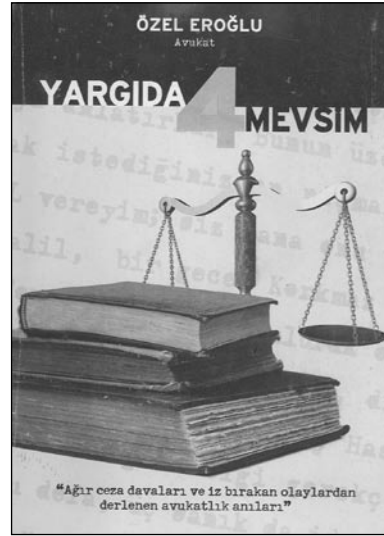
Aytaç, K. S.: Biz teşekkür ediyoruz.

Özel Eroğlu,

YARGIDA 4 MEVSİM

Kendi Yayını, İstanbul 2006.

Meslekdaşımız Özel Eroğlu, 1973 yılından bu yana Zonguldak Barosu üyesi olarak serbest avukatlık yapmaktadır. Kendi özetlemesiyle, “Ağır ceza davaları ve iz bırakan olaylardan derlenen avukatlık anıları”nı kitaplaştırmış ve özel olarak hukukçular ile ilgilenenlerin yararlanmasına sunmuştur. (Kitap, Balıkcı İşhanı K.2, Kd.Ereğli, 0 372 316 1208, GSM 0 533.518 72 50, e-mail:avukat_ozel@hotmail.com adresinden edinilebilir.)



Yazar önsözünde Nietzsche'nin “başarmak için keskin olmak yetmez, biraz da paslanmak gerekir,” sözünden hareketle işe başladığını, yeterli birikim sağladıktan sonra dostlarının teşviki ile yazmaya başladığını söylüyor. Gerçekten anlattığı olaylar ilginç, sonuçları meraklandırıyor. İlgilenenlere tavsiye ederiz.

Ahmet İyimaya,

Siyaset Hukuku Sorunları,

Ankara 2007.

TBMM Anayasa Komisyonu önceki başkanlarından ve avukat Ahmet İyimaya, siyaset deneyimlerini hukukçu süzgecinden geçirerek yazmış olduğu makaleleri bu kitapta toplayarak siyasetçilerin, hukukçuların ve ilgililerin yararlanmasına sunmuştur. Bu makalelerden üç tanesi *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin önceki sayılarında da yayımlanmış ve büyük ilgi görmüştü.

Yazarını kutlar, deneyimlerini ve

birikimini bizimle paylaştığı için teşekkür ederiz.

Talih Uyar,

İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt: 6 ve 7, Sekiz misli genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2006 ve 200.

Uygulayıcıların kitaplıklarının vaz geçilmez eseri Talih Uyar'ın, İcra ve İflas Şerhi'nin 6 ve 7. ciltleri peş peşe yayımlandı. Kitaplar çok yakından bilindiği için okuyucularımıza duyurmakla yetinmekteyiz.

Ali İhsan Özüğür,

Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanlığından yeni emekli olmuş yazar, büyük ölçüde 2005 ve 2006 tarihli Yargıtay içtihatlarının yer aldığı Yargıtay kararları derlemesinin güzel bir örneğini bizlere sunuyor. Kitapta konu ile ilgili milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası sözleşmeler ile ilgili Bakanlar Kurulu kararına, yasa ve yönetmeliklere de yer verilmiş.

**Ahmet Arslan/Emin Sınmaz/
Tuncay Dündar,**

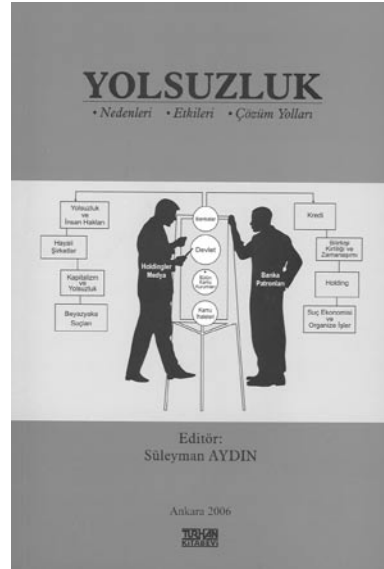
Danıştay İdari Dava Daireleri “Emsal” Kararları, Cilt I-II, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Danıştay Savcısı ve Tetkik Hakimi olan yazarlar geriye doğru son on dört yılı (2006-1993) kapsayan döneme 5, 6, 8, 10, 11, 12 ve 13. dairelerin kararlarını tarayıp içtihat haline gelmiş kararları bir araya getirmişlerdir. Ayrıca ileriye ışık tutabilecek bu nitelikteki kararlar konularına göre de tasnif edilmek suretiyle uygulayıcılara kolaylıklar sağlanmıştır.

Hukukçular için önemli bir kaynak niteliğindeki çalışma pek çok konuda kararları bir araya getirmiştir.

Yolsuzluk (Nedenleri, Etkileri, Çözüm Yolları), Editör:Süleyman Aydın, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Kitabın tanıtım yazısında, “*Kasım 2000 ve Şubat 2001 ekonomik ve mali krizlerine neden olan bankaların içi*



çeşitli yol ve yöntemlerle boşaltılmıştı,” deniyor ve yöntemleri kısaca anlatılıyor. Kitap 13 bölümde 22 yazarın makalelerini içeriyor. Konuya ilgi duyanlara önerilebilecek nitelikte bir kitap.

Semih Güner,

Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007

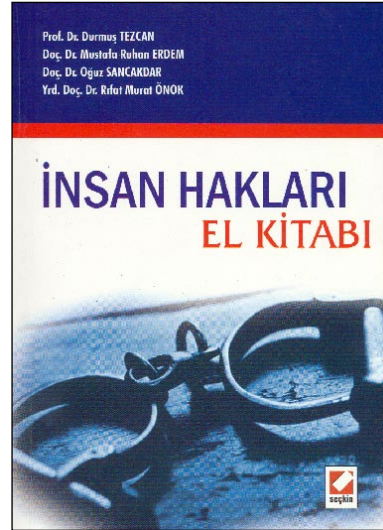
2003 yılında yapılan ikinci baskısı kısa zamanda tükenen AVUKATLIK HUKUKU kitabının üçüncü baskısı Avukatlık Kanunu’nda yapılan değişiklikler ve yargısal içtihatlarla zenginleştirilerek meslektaşlarımızın ilgisine sunulmuştur. Yazar, önsözünde “Çalışmanın bu baskısında da eksikliklerin olduğunu görüyor ve biliyorum. Bunların bir kısmının yargısal içtihatlarla dolacağını, bir kısmının da bilimsel içtihatların oluşmasıyla netleşeceğini düşünüyorum,” diyor.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN/ Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM
Doç. Dr. Oğuz SANCAKDAR / Yrd. Doç. Dr. Rıfat Murat ÖNOK

İnsan Hakları El Kitabı,

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, 488 sayfa.

İnsan hakları alanında uzman dört akademisyen tarafından ele alınan çalışma, Avrupa Birliği'ne tam üye olma amacıyla ilerleyen Türkiye'nin, mevcut insan hakları sorunlarına ve çözümlerine, konu hakkında temel kavramları öğrenmeyi hedefleyen öğrencilere, hukukçu olmayıp da insan hakları konusuna ilgi duyanlara da yöneliktir. Daha çok araştırmacılara ve uygulamacılara yönelik olarak, 2002 yılında Prof. Dr. Durmuş Tezcan tarafından hazırlanan "AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" adlı esere kıyasla, yine aynı konuları daha pratik işleyen, deyim yerindeyse "yeni başlayanlar için insan hakları" tadında bir eser niteliğindedir.



Kitabın yayımlanmasındaki amacı güzel bir özetle açıklayan "önsöz"ü, kitap boyunca başvurulacak "kısaltmalar" izlemekte, "giriş" bölümünden itibaren de on bir bölüm halinde, insan hakları konusu, özellikle AİHM içtihatlarına ağırlık verilerek ele alınmaktadır.

Giriş bölümünde, Türkiye'de insan haklarının gelişimi kısa bir tarihçeyle hatırlatılarak, 2000'lerin başından itibaren, insan hakları ihlallerini iç hukukla önlemeye yönelik reformlar, AİHM içtihatları paralelinde Anayasa ve kanun değişiklikleri, Avrupa Konseyi ile işbirliği ve Avrupa standartlarına uyum süreci ele alınmaktadır.

AİHS'in, bireyi de uluslararası hukukun bir öznesi haline getirmedeki önemli bir araç olması nedeniyle, Avrupalı devletler ve dolayısıyla Türkiye

açısından temel insan hakları kriterlerini ortaya koyduğundan, Avrupa Birliği'ne tam üye olma amacını güden Türkiye'nin, bu standartları bilmesi ve uymasının önemi vurgulanmaktadır. AİHM'in yapısı ve yetkilerine kısaca değinilerek, ulusal mahkemeler karşısındaki yeri izah edilmekte ve kararlarına karşı ulusal mahkemelerimizin seçenekleri kısaca anlatılmaktadır.

Kitabın II. bölümünde, insan haklarının tanımı, kısa tarihi, korunmasının önemi ve dayandığı felsefi temeller ele alınmaktadır. III. bölümde, insan haklarının türlerine yer verilmektedir. IV. bölümde, pratikte en gerekli olan kısma yer verilerek, insan hakları hukukunun temel ilkeleri kısaca açıklanmaktadır. Ancak sınırlandırıldığında ya da elimizden alındığında fark edebildiğimiz, ama aslında hep var olan ve olması gereken başlıca haklarımız ve özgürlük konuları ayrı ayrı sıralanmaktadır. Bu başlıklar altında, aslında ne gibi haklara sahibiz ve bunlar hangi yollarla sınırlandırılmakta, bu konulardaki AİHM içtihatları ile beslenerek gözler önüne serilmektedir. V. bölüm, bir önceki bölümü daha da detaylandırarak, temel hak ve özgürlüklerin niteliğini açıklamakta, ancak ve ancak özerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilceğini, yani temel hak ve özgürlüklerin meşru sınırlandırma yollarını anlatmaktadır. VI. ve VII. bölümlerde, haklarımızı arayabileceğimiz ilgili ulusal ve uluslararası resmi kurum, kuruluşlar ve komisyonlar tanıtılmaktadır. Başvuru adresleri belirlendikten sonra, VIII. bölümde, hangi yollarla haklarımızı arayabileceğimizin cevabını bulmaktayız. IX., X. ve XI. bölümlerde, insan hakları konusunda bilgilendirme, bilinçlendirme, eğitim, araştırma, halkla ilişkiler ve iletişim konuları kısaca açıklanmaktadır. Kitabın sonuna gelindiğinde, XII. bölümde, insan hakları kurullarınca yapılan çalışmalardan örnekler verilerek, baştan itibaren edinilen bilgiler somuta indirgenmekte ve teorinin okuyucunun zihninde şekillenmesine yardımcı olunmaktadır.

Son olarak Ekler bölümünde, başlıca iletişim bilgilerinin ve internet adreslerinin verilmesi, kendisinin ya da yakınlarının haklarının sınırlandırıldığını düşünen okuyucu için, esere temel bir başvuru kitabı özelliği vermektedir. Ayrıca kitabın sonunda kavram dizinin yer alması, daha hızlı ve noktasal tespitle aradığını bulmak isteyenlere pratik bir kolaylık sunmaktadır.

Oya GÜNENDİ